GIURISPRUDENZA PENALE TRIMESTRALE

2, 2020

ISSN 2724-0304

Giurisprudenza Penale Trimestrale

Editore e Direttore Editoriale
Guido Stampanoni Bassi

Direttore Responsabile
Lorenzo Nicolò Meazza

Vice Direttori
Lorenzo Roccatagliata
Riccardo Lucev

Comitato di redazione
Marzia Aliatis, Lucilla Amerio, Mario Arienti, Gloria Bordanzi, Giulia Borgna, Chiara Bosacchi, Lorenzo Brizi, Stefania Carrer, Stefania Ciervo, Maria Francesca Cucchiara, Filippo Lombardi, Veronica Manca, Nicola Menardo, Mattia Miglio, Giovanni Morgese, Gaetano Stea, Stefania Treglia.

Comitato scientifico
Fulvio Baldi, Roberto Bartoli, Renato Bricchetti, Pasquale Bronzo, Silvia Buzzelli, Nicola Canestrini, Federico Cappelletti, Lina Caraceni, Stefania Carnevale, Fabio Salvatore Cassibba, Massimo Ceresa-Gastaldo, Laura Cesaris, Roberto Chenal, Giulio Corato, Luigi Cornacchia, Federico Consulich, Ombretta Di Giovine, Corrado Ferriani, Fabio Fiorentin, Roberto Flor, Giuseppe Fornari, Marco Gambardella, Guglielmo Giordanengo, Katia La Regina, Luigi Ludovici, Enrico Maria Mancuso, Antonella Massaro, Antonia Menghini, Enrico Mezzetti, Bruno Nascimbene, Michele Panzavolta, Nicoletta Parisi, Daniele Piva, Maurizio Riverditi, Alessandra Rossi, Andrea Saccucci, Ciro Santoriello, Francesco Sbisà, Alessio Scarcella, Irene Scordamaglia, Nicola Selvaggi, Paola Spagnolo, Giorgio Spangher, Giuseppe Vaciago, Daniele Vicoli, Roberto Zannotti.

Codice Cineca
E255848

Contatti
redazione@giurisprudenzapenale.com

Fascicolo trimestrale n. **2, 2020** chiuso in data **7 luglio 2020**.

Criteri di citazione dei contributi

N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Giurisprudenza Penale Trimestrale*, 2, 2020, pp. xx e ss.

In alternativa, è possibile citare la Rivista con l'indicazione "*Giur. Pen. Trim.*" o "*GPT*".

Criteri di pubblicazione dei contributi

I contributi pubblicati nel fascicolo trimestrale sono stati selezionati, da parte del comitato direttivo della Rivista, sulla base dell'approfondimento scientifico svolto dall'Autore e della attualità dell'argomento oggetto di analisi.

EDITORIALE

Diritto dell'emergenza, sospensione della prescrizione e garanzie fondamentali: davvero "bilanciabile" il principio di irretroattività?

L'emergenza pandemica, come sappiamo, ci ha costretti a misurare e ridurre lo spazio conquistato, nel tempo, dalle nostre libertà, e simmetricamente a verificare – quasi *ex abrupto* – la resilienza dello Stato di diritto.

Molte le questioni giuridiche che si sono incastonate in una quotidianità assillata, da un lato, dall'urgenza di approntare misure necessarie a contenere il contagio, e dalla necessità di assicurare, dall'altro, la prosecuzione delle attività essenziali dello Stato secondo forme ed equilibri conciliabili con il diagramma delle garanzie costituzionali.

In ambito penale, due "innovazioni rimediali" hanno occupato e preoccupato particolarmente gli interpreti: il processo telematico e la sospensione dei termini di prescrizione.

Entrambi i problemi sono campo gravitazionale di principi confliggenti, ed aprono a bilanciamenti vertiginosi.

Lo svolgimento del processo attraverso piattaforme telematiche ambisce ad assicurare continuità nella giurisdizione salvaguardando – nelle intenzioni – la salute, ma confligge con principi come oralità e immediatezza, pubblicità dell'udienza, o con quello che di recente si è affermato come il diritto dell'imputato di "presenziare fisicamente al proprio processo": sollecitando una complessità di garanzie costituzionali e convenzionali riferibili più in generale al diritto di difesa e del diritto ad un processo equo il cui spessore ha trovato già importanti conferme – anche in recenti decisioni del *Conseil Constitutionnel* francese (di cui da conto il commento di L. GUESDON, *infra*) – e la cui considerazione ha condotto ad un giusto ripensamento il legislatore italiano, che ne ha ridotto significativamente lo spazio applicativo.

La sospensione retroattiva dei termini di prescrizione, solo apparentemente scontata e ovvia in un contesto emergenziale così drammatico, evoca problemi altrettanto articolati e persino più delicati, rinnovando un dibattito molto acceso e travagliato sullo statuto costituzionale che accompagna l'istituto, e sulla stessa natura – sostanziale o processuale – della prescrizione (per una analisi v. il contributo di N. MADIA, *infra*).

Per vero, una recente giurisprudenza costituzionale, maturata in occasione della nota saga *Taricco* (ordinanza n. 24 del 2017, sentenza n. 115 del 2018) ha offerto indicazioni perentorie – se non definitive – sul punto, confermando la natura sostanziale della prescrizione, attribuendole persino cittadinanza costituzionale e valenza "identitaria", e conseguentemente assoggettando l'istituto – e le sue sempre possibili modulazioni di disciplina – alle garanzie della legalità, nei corollari della riserva di legge, della tassatività e – prima e più in alto – della irretroattività.

Quest'ultima appare in effetti la garanzia meno permeabile a bilanciamenti: il *nullum crimen sine praevia lege poenali* è tra i pochi principi riconosciuti da una rocciosa giurisprudenza della Corte come assolutamente inderogabile (ad es., sentenza nn. 393 e 394 del 2006, ma anche n. 236 del 2011) e la stessa cifratura convenzionale della garanzia (art. 7 CEDU) – pur contemplando una vistosa eccezione al proprio interno (art. 7 § 2 CEDU) – lo riconosce in generale come insuscettibile di deroghe anche "[i]n caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione" (art. 15, § 2 CEDU).

La perentorietà di queste affermazioni – e l'imperativo di coerenza che guida la giurisprudenza costituzionale, proteggendola dall'anatema dell'arbitrarietà delle sue interpretazioni – sembra segnare binari obbligati ed ammettere solo variazioni intertemporali orientate *pro futuro* se queste hanno ricadute *in malam partem*: tanto che in dottrina non è mancato chi – per uscire dall'*impasse* – ha riproposto l'"argomento rompi-argini" (*Drammbruchargument*) volto a rimettere in discussione – una ennesima volta – la natura della prescrizione, con una tesi estrema la cui fragilità ci sembra insita nella stessa ragione per la quale la si intende prospettare.

Infatti, la "riconversione dogmatica" si vorrebbe invocare come soluzione "pragmaticamente necessitata" – ed improcrastinabile – per assicurare la opportuna "flessibilizzazione" ad un istituto che l'emergenza pandemica ha dimostrato essere troppo rigido, per

come attualmente concepito e costituzionalmente fisionomizzato, risultando come tale incompatibile con le necessarie modulazioni che alla ragione comune – così si lasica intendere – apparrebbero necessitate. Sennonché, a noi pare, la cerniera su cui si articola il problema non è quella tra scienza e consenso, ma tra scienza e testo costituzionale; e le garanzie dello Stato di diritto così come i principi sanciti nella Carta fondamentale servono proprio ad affrontare, e attraversare, le stagioni dell'emergenza, sempre pronte a presentarsi nelle più mutevoli versioni che dietro le vesti della necessità e cogenza si possono presentare. Cosicché appare comodo quanto inappagante proporre di aggirarle manipolando la cifratura dogmatica di un istituto che – *bon gré mal gré* – nell'architettura del sistema ordinamentale italiano è sostanza della legalità penale, e non semplice morte del processo.

Su queste basi, del resto, sono state sollevate – e questa rivista ne ha dato debito conto – perspicue questioni di costituzionalità da sensibili giudici del Tribunale di Siena, di Spoleto, e, da ultimo, di Crotone, che con argomenti affilati e raffinati hanno appunto prospettato l'illegittimità dell'art. 83, comma 4, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, ove non esclude l'applicabilità a fatti commessi prima dell'entrata in vigore di tale disposizione normativa, per contrasto con il divieto di retroattività della legge penale sfavorevole.

Diversa risposta ha ritenuto di dare, al problema, la Cassazione, in una recentissima ordinanza, ritenendo che "La sospensione del corso della prescrizione prevista dall'art. 83 comma 4 del d.l. 18 marzo 2020, n. 18, conv. con mod. con la legge 24 aprile 2020, n. 27 e succ. mod. con d.l. 30 aprile 2020, art. 3, comma 1, lett. h), conv. con la legge 25 giugno 2020, n. 70, non viola il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole di cui all'art. 25, comma 2, Cost., in quanto, premessa la natura sostanziale dell'istituto della prescrizione (Corte cost. n. 115 del 2018), la durata della sospensione, dovuta a fattore esogeno (emergenza sanitaria), ha carattere generale, proporzionato e temporaneo, così realizzando un ragionevole bilanciamento tra diritti fondamentali, nessuno dei quali è assoluto e inderogabile".

Chiaro il cambio di angolatura: ribadita con fermezza la natura sostanziale della prescrizione, e la soggezione alla garanzia dell'irretroattività, si propende per una revisione dello statuto stesso della garanzia, nella prospettiva – asseritamente consustanziale ad ogni *Grundrecht* – del bilanciamento.

Pur al cospetto di una questione che non si lascia racchiudere in assunzioni pregiudiziali, ci limitiamo, al riguardo, a rilevare una evidente divergenza rispetto alla posizione della Corte costituzionale, già ricordata, in ordine appunto allo statuto dell'irretroattività, la cui "assoluta inderogabilità" – per usare le parole autorevoli di MARCELLO GALLO[1] – "non tollera dubbi".

Ma anche ammettendo che questa posizione possa apparire "rivedibile", e pur attendendo le motivazioni della Suprema Corte che dovrebbero giustificare la deroga e la sua ragionevolezza, resta l'interrogativo più impellente: prima e più in alto della Corte di Cassazione, non dovrebbe essere la Consulta, "custode dei bilanciamenti", a dover definire l'ambito di gioco delle garanzie fondamentali, il loro "contenuto indefettibile" (*Wesengehalt*), e con esso la tenuta dello Stato di diritto di fronte all'emergenza?

La delibazione di non manifesta infondatezza, crediamo, avrebbe dovuto suggerire la rimessione, anche per l'originalità che caratterizza questo nuovo, albeggiante, "diritto vivente", così sensibilmente distante dall'*acquis* consolidato nei tracciati della giurisprudenza costituzionale.

Anche nel merito, del resto – proprio seguendo la scansione tipica del giudizio di proporzionalità che la Cassazione sembra evocare – vi sono motivi di dubitare che la verifica superi lo *strict scrutiny* a cui le eventuali deroghe – ammesso e non concesso che siano improvvisamente ritenute ammissibili per un principio sino ad ora considerato granitico ed *Abwägungsfest* – devono essere sottoposte: infatti, anche assumendo come premessa la tutela della salute e l'esercizio della potestà punitiva quali *scopi legittimi* della disposizione normativa (come tali capaci di giustificare, ad un primo stadio, la limitazione al diritto fondamentale), la sospensione dei termini di prescrizione – per soddisfare l'ulteriore vaglio di *necessità* – dovrebbe superare la "prova di resistenza" circa l'assenza di alternative altrettanto efficaci a garantire il medesimo risultato di efficienza della risposta punitiva e dell'apparato processuale, e che al contempo risultino, in tesi, meno limitative dei diritti fondamentali (ivi comprese misure generali di "clemenza collettiva", come amnistia e indulto); a pena di lasciar residuare il sospetto che la "prescrizione sospesa" sia

solo il *commodus discessus* per ovviare ad incapacità organizzative rispetto a pur possibili alternative rimediali anche altrove intraprese per garantire l'equilibrio tra continuità nella giurisdizione, salute pubblica e garanzie connesse all'equo processo (basti pensare all'esempio spagnolo, di apertura mattutina e pomeridiana de tribunali con doppi turni di udienze e con l'eccezionale prosecuzione dell'attività giudiziaria in agosto).

La stessa scelta normativa, per superare la verifica di legittimità, dovrebbe poi essere filtrata al metro della *proporzionalità in senso stretto* (*proportionality stricto sensu* o *balancing*), ultimo *step* del *proportionality check*, entrando dunque in bilanciamento con i diritti fondamentali contrapposti.

E in questa sede si incontra un interrogativo che a noi pare persino più cogente: perché assumere come primo diritto attingibile, "liquido ed esigibile", la durata ragionevole del processo, e più in generale il complesso delle garanzie individuali, sino ad addebitare retroattivamente al singolo – e non allo Stato – il costo della dilazione dei tempi processuali come inevitabile effetto dell'emergenza pandemica, considerando preminente – come da tempo reclama lo *slogan* della "lotta all'impunità" – il vincolo teleologico dell'interesse punitivo statale e, per converso, *quantité négligeable* l'ulteriore aggravio imposto alla condizione di imputato, peraltro in spregio del *nullum crimen*? Risponde davvero a proporzione un simile bilanciamento, o riflette, piuttosto, una curvatura statocentrica simmetrica e contraria rispetto ad una scelta orientata alla (massima) tutela dei diritti fondamentali?

Alla Corte costituzionale, in ogni caso, spetta ora il compito di verificare la plausibilità delle argomentazioni in campo, scrutinando le questioni già sollevate: ricordando le sue recenti, nitide decisioni in merito, e più in generale, il fulgido insegnamento per cui "[n]è il principio di obbligatorietà dell'azione penale, né la rilevanza costituzionale dei beni giuridici che sono stati offesi […] possono rendere giusto, e quindi conforme a Costituzione, un processo che abbia violato i diritti fondamentali, e costituzionalmente rilevanti, della persona che vi è soggetta" (sentenza n. 200 del 2016).

Un insegnamento la cui levatura, forse, andrebbe sottratta alle folate di ogni emergenza; rammentando anche, del resto, che "i tribunali hanno il compito speciale di non enfatizzare oltremodo gli aspetti episodici della vita", e che "la continuità con il passato non è solo una necessità ma anche un dovere"[2].

Vittorio Manes
Professore ordinario di Diritto penale nell'Università di Bologna.

[1] M. GALLO, *Le fonti rivisitate. Appunti di diritto penale*, Torino, 2017, 84 ss., 91.
[2] F. FRANKFURTER, *Some Reflections on the Reading of Statutes*, in *Columbia Law Review*, vol 47, n. 4, 1947, p. 534.

INDICE

NOVITÀ

Corte costituzionale 7

Corte di cassazione - Sezioni unite 10

Corte di cassazione - Sezioni semplici 13

Legislazione 19

CONTRIBUTI

L. SCARAMELLINI, Palliativi e cure effettive: interventi proposti e proposte di intervento in tema di responsabilità penale degli esercenti le professioni sanitarie 23

D. AMATO, Contagio da Covid-19 "in occasione di lavoro" e responsabilità datoriale: è davvero necessario uno *scudo penale*? 32

L. CESARIS, Il d.l. n. 29 del 2020: un inutile e farraginoso meccanismo di controllo 39

N. MADÌA, Dubbi di costituzionalità e nodi da sciogliere in materia di sospensione della prescrizione prevista dalla legislazione anti Covid-19 47

V. MANCA, Umanità della pena, diritto alla salute ed esigenze di sicurezza sociale: l'ordinamento penitenziario a prova di (contro)riforma 58

F. P. MODUGNO, A volte ritornano (i porti chiusi): la Cassazione sul caso Sea Watch alla prova del Covid-19 73

F. S. CASSIBBA, In difesa dell'art. 15 Cost.: illegittima la circolazione delle intercettazioni per la prova di reati diversi 93

M. PISAPIA - C. CHERCHI, Detenzione e libertà di espressione. Riflessioni sul trattamento sanzionatorio del reato di diffamazione a mezzo stampa in occasione della pronuncia della Corte Costituzionale 100

N. MENARDO, Prospettive di riforma dei reati agroalimentari, rischio penale d'impresa e responsabilità degli enti. Brevi osservazioni al D.D.L. S n. 283 della XVIII Legislatura (progetto della Commissione Caselli) 111

F. LOMBARDI, La coltivazione domestica di piante da stupefacenti per uso personale alla luce delle recenti Sezioni Unite. Osservazioni a prima lettura 127

L. SCOLLO, I limiti sostanziali e processuali del reato di corruzione internazionale. Note a margine della sentenza della Corte d'Appello di Milano sul caso ENI-Saipem in Algeria 135

A. QUATTROCCHI, Le nuove manifestazioni della prevenzione patrimoniale: amministrazione giudiziaria e contrasto al "caporalato" nel caso Uber 155

G. BORGNA, Uncharted waters: navigating through extradition proceedings in the face of the coronavirus pandemic 165

L. GUESDON, L'inconstitutionnalité du recours forcé à la visio-conférence dans le contentieux de la détention provisoire dans la procédure pénale française. 177

NOVITÀ

CORTE COSTITUZIONALE

Presidente della Corte costituzionale, decreto 20 aprile 2020

Con decreto 20 aprile 2020, la Presidente della Corte Costituzionale ha regolato la gestione delle udienze da parte della Consulta durante l'emergenza da Covid-19.

Tenuto conto dell'autonomia della Corte Costituzionale e della specificità dei procedimenti dinanzi ad essa sono state messe a punto le seguenti modalità di lavoro, valide a partire dal 5 maggio e fino al 30 giugno 2020, o comunque fino a nuovo provvedimento:

a) *Camere di consiglio, Udienze pubbliche e riunioni anche da remoto*.

La partecipazione dei giudici alle Camere di consiglio e alle Udienze pubbliche può avvenire anche mediante collegamenti da remoto e il luogo da cui essi si collegano è considerato Camera di consiglio o Aula di udienza a tutti gli effetti di legge. La modalità di collegamento da remoto può essere adottata per ogni altra riunione della Corte e dei suoi giudici o organi interni.

b) *Trattazione allo stato degli atti o con discussione da remoto delle questioni fissate in Udienza pubblica.*

Le cause fissate per la discussione in udienza pubblica sono decise sulla base degli atti depositati e di brevi note aggiuntive, a meno che una delle parti ne chieda la discussione orale, che in tal caso si svolgerà con collegamento da remoto, secondo le modalità operative comunicate alle parti. Il decreto precisa i termini entro i quali può essere chiesta la discussione da remoto o possono essere depositate brevi note aggiuntive.

c) *Trattazione immediata dei casi di eccezionale gravità*.

Le modalità indicate sopra non si applicano ai casi di eccezionale gravità e urgenza per i quali la Presidente, sentito il Collegio, ravvisi la necessità di trattazione immediata in udienza pubblica, da svolgersi secondo modalità che rispettino le esigenze di sicurezza e di prevenzione.

Relazione della Corte costituzionale sull'attività della Corte nel 2019, 28 aprile 2020

In data 28 aprile 2029 è stata pubblicata sul sito della Corte Costituzionale la relazione della Presidente Marta Cartabia sull'attività della Corte costituzionale nel 2019.

La relazione prende le mosse dall'emergenza sanitaria dovuta alla gestione del Covid-19 e analizza poi la giustizia costituzionale nel 2019 con riferimento alla quale "*emergono con nitore tre profili: 1) la necessità di rafforzare il principio di leale collaborazione, specie nel dialogo con il Legislatore; 2) lo sviluppo della cooperazione inter-giurisdizionale nella protezione dei diritti fondamentali; 3) un sindacato più stringente in materia penale e di esecuzione penale*".

Questioni decise

Artt. 69, comma 4, 89, 99, comma 4, c.p. – Vizio parziale di mente – Recidiva reiterata – Divieto di prevalenza dell'attenuante – Illegittimità.

Corte costituzionale, Sent. 24 aprile 2020 (ud. 7 aprile 2020), n. 73

Presidente Cartabia, Relatore Viganò

Con la sentenza n. 73/2020 la Consulta ha accolto la questione di legittimità costituzionale sollevata, in riferimento agli articoli 3, 27, primo e terzo comma, e 32 della Costituzione, dell'art. 69, quarto comma, cod. pen., nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante del vizio parziale di mente di cui all'art. 89 cod. pen. sulla circostanza aggravante della recidiva di cui all'art. 99, quarto comma, cod. pen.

Artt. 47, comma 4, e 50, commi 1 e 6, O.P. – Semilibertà – Affidamento in prova al servizio sociale – Disparità di applicazione – illegittimità.

Corte costituzionale, Sent. 24 aprile 2020 (ud. 7 aprile 2020), n. 74

Presidente Cartabia, Relatore Viganò

In tema di ammissione alla semilibertà la sentenza n. 74 del 2020, avendo ritenuto fondata una questione di legittimità costituzionale sollevata da un magistrato di sorveglianza di Avellino, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 50, comma 6, O.P. nella parte in cui non consente al magistrato di sorveglianza di applicare in via provvisoria la semilibertà, ai sensi dell'art. 47, comma 4, O.P. in quanto compatibile, anche nell'ipotesi prevista dal terzo periodo del comma 2 dello stesso art. 50.

La Corte Costituzionale "*ha osservato che la vigente legge sull'ordinamento penitenziario già consente al magistrato di sorveglianza di concedere in via provvisoria la misura dell'affidamento in prova al servizio sociale al condannato che debba espiare una pena, anche residua, non superiore a quattro anni*".
Ne consegue che deve considerarsi "*irragionevole non consentirgli anche di anticipare la concessione della meno favorevole misura alternativa della semilibertà, quando il percorso rieducativo compiuto dal condannato non giustifichi ancora la sua completa uscita dal carcere, ma già consenta di ammetterlo a trascorrere parte della giornata fuori dall'istituto penitenziario. La necessità di attendere la decisione del Tribunale potrebbe infatti arrecare un grave pregiudizio al percorso rieducativo del condannato, soprattutto quando la sua istanza sia motivata da un'offerta di lavoro all'esterno del carcere, che normalmente ha una durata limitata nel tempo*".

Art. 41 *bis*, comma 2 *quater*, lett. f), O.P. – Detenuti appartenenti al medesimo gruppo di socialità – Divieto di scambiare oggetti – Illegittimità.
Corte costituzionale, Sent. 22 maggio 2020 (ud. 5 maggio 2020), sentenza n. 97
Presidente Cartabia, Relatore Zanon
Con la sentenza n. 97 del 2020 la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 41 *bis*, comma 2 *quater*, lettera f), della legge 26 luglio 1975, n. 354, nella parte in cui prevede l'adozione delle necessarie misure di sicurezza volte a garantire che sia assicurata "*la assoluta impossibilità di comunicare tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità, scambiare oggetti*" anziché "*la assoluta impossibilità di comunicare e scambiare oggetti tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità*".
Ad avviso della Corte, infatti, "*il divieto di scambiare oggetti prescritto dalla norma censurata, se applicato necessariamente a detenuti assegnati al medesimo gruppo di socialità, viola gli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost. Si giustifica perciò, ad opera di questa Corte, l'adozione di un dispositivo di accoglimento che riconduca la disposizione censurata entro i limiti del rispetto dei citati parametri costituzionali, ne elimini la necessaria applicazione anche ai detenuti che a tale medesimo gruppo siano assegnati, e ne circoscriva l'applicazione ai detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità*".

Art. 30 *ter*, comma 7, O.P. – Permessi premio – Reclamo al Tribunale di Sorveglianza – termine di 24 ore – Illegittimità.
Corte costituzionale, Sent. 12 giugno 2020 (ud. 27 maggio 2020), n. 113
Presidente Cartabia, Relatore Viganò
Con la sentenza n. 113 del 2020 la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 30 *ter* comma 7, O.P., nella parte in cui prevede, mediante rinvio al precedente art. 30 *bis*, che il provvedimento relativo ai permessi premio è soggetto a reclamo al tribunale di sorveglianza entro ventiquattro ore dalla sua comunicazione, anziché prevedere a tal fine il termine di quindici giorni.

Questioni sollevate

Art. 44, comma 2, DPR n. 380/2001 – Lottizzazione abusiva – Confisca dei terreni e delle opere – Proporzionalità – Sanzione meno grave – Mancata previsione – Sospetta illegittimità.
Corte di appello di Bari, Sezione II penale, Ord. 18 maggio 2020
La Corte di appello di Bari ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 44 secondo comma D.P.R. 380/01 per contrasto con l'art. 117 Cost. nella parte in cui, qualora la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite risulti sproporzionata alla luce delle indicazioni della giurisprudenza della CEDU espressa dalla Grande Camera nella sentenza del 28.6.2018, Giem e altri c. Italia, non consente l'applicazione in via principale di una sanzione meno grave, come quella dell'obbligo di procedere all'adeguamento parziale delle opere eseguite per renderle integralmente conformi alle legittime.

Art. 83, comma 4, D.L. 17 marzo 2020, n. 18 – Legislazione d'emergenza – Decreto Cura Italia – Sospensione della prescrizione – Applicazione retroattiva – Sospetta illegittimità.
Tribunale di Siena, Sezione penale, Ord. 21 maggio 2020, Giudice dott. Simone Spina
Il Tribunale Ordinario di Siena, in composizione monocratica, ha sollevato due identiche questioni di legittimità costituzionale dell'art. 83, comma 4, D.L. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, per contrasto con il principio di legalità in materia penale, espresso dall'art. 25, comma 2, Cost. e, più in particolare, con il sottoprincipio di irretroattività della legge penale

sfavorevole al reo, là dove è previsto che il corso della prescrizione dei reati commessi prima del 9 marzo 2020 rimanga sospeso, per un periodo di tempo pari a quello in cui sono sospesi i termini per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti penali.

Art. 83, comma 4, D.L. 17 marzo 2020, n. 18 – Legislazione d'emergenza – Decreto Cura Italia – Sospensione della prescrizione – Applicazione retroattiva – Sospetta illegittimità.

Tribunale di Spoleto, Ord. 27 maggio 2020, Giudice dott. Luca Cercola

Con due ordinanze in pari data, il Tribunale di Spoleto ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 83, comma 4, del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18 (cd. decreto cura Italia convertito con legge 24 aprile 2020, n. 27) nella parte in cui, nel prevedere la sospensione della prescrizione dal 9 marzo all'11 maggio 2020, non esclude l'applicabilità della sospensione ai procedimenti relativi a fatti di reato commessi anteriormente all'entrata in vigore della disposizione normativa.

Art. 2 D.L. n. 29/2020 – Rivalutazione ammissione alla detenzione domiciliare o al differimento della pena per motivi connessi al Covid-19 – Medesimo giudice che lo ha emesso – Sospetta illegittimità.

Magistrato di Sorveglianza di Spoleto, Ord. 26 maggio 2020, n. 1380, Giudice dott. Fabio Gianfilippi

Il Magistrato di Sorveglianza di Spoleto ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 del d.l. 10 maggio 2020 n. 29, nella parte in cui prevede che proceda a rivalutazione del provvedimento di ammissione alla detenzione domiciliare o di differimento della pena per motivi connessi all'emergenza sanitaria da Covid-19, il magistrato di sorveglianza che lo ha emesso, per violazione degli artt. 3, 24 comma 2 e 111 comma 2 Cost.

Artt. 2 e 5 D.L. n. 29/2020 – Emergenza sanitaria – Detenzione domiciliare – Differimento della pena – Rivalutazione della permanenza dei motivi legati all'emergenza sanitaria – Sospetta illegittimità.

Tribunale di Sorveglianza di Sassari, Ord. 4-9 giugno 2020, n. 645

Presidente Soro, Estensore De Vito

Il Tribunale di Sorveglianza di Sassari ha sollevato le seguenti questioni di legittimità costituzionale relative al Decreto Legge 10 maggio 2020, n. 29, in tema di "*Misure urgenti in materia di detenzione domiciliare o di differimento della pena per motivi connessi all'emergenza sanitaria da Covid-19*":

– in relazione all'art. 2 del D. L. 20 maggio 2020, n. 29 "*nella parte in cui prevede che la rivalutazione della permanenza dei motivi legati all'emergenza sanitaria sia effettuata entro il termine di quindici giorni dall'adozione del provvedimento e, successivamente, con cadenza mensile e, ancora, immediatamente nel caso in cui il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria comunica la disponibilità di strutture penitenziarie o di reparti di medicina protetta, per violazione degli artt. 3, 27, comma 3, 32, 102, comma 1 e 104, comma 1, Cost.*";

– in relazione all'art. 5 del D. L. 20 maggio 2020, n. 29 "*nella parte in cui prevede che le disposizioni di cui all'articolo 2 si applicano ai provvedimenti di ammissione alla detenzione domiciliare o di differimento pena adottati successivamente al 23 febbraio 2020, per violazione degli artt. 3, 27, comma 3, 102, comma 1 e 104, comma 1, Cost.*".

Artt. 4 *bis*, comma 1, 58 *ter*, O.P., 2 d.l. 152 del 1991 – Ergastolo – Associazioni di tipo mafioso – Assenza di collaborazione – Liberazione condizionale – Inapplicabilità – Sospetta illegittimità.

Cassazione Penale, Sez. I, Ord. 18 giugno 2020 (ud. 3 giugno 2020), n. 18518

Presidente Mazzei, Relatore Santalucia

Con l'ordinanza in epigrafe, la prima Sezione penale della Corte di Cassazione ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata – con riferimento agli artt. 3, 27 e 117 Cost. – la questione di legittimità costituzionale degli artt. 4 *bis*, comma 1, 58 *ter* O.P. e 2 d.l. 152 del 1991, convertito con modificazioni nella legge n. 203 del 1991, "*nella parte in cui escludono che il condannato all'ergastolo per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-bis c.p. o al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, che non abbia collaborato con la giustizia, possa essere ammesso alla liberazione condizionale*".

Art. 83, comma 4, D.L. 17 marzo 2020, n. 18 – Legislazione d'emergenza – Decreto Cura Italia – Sospensione della prescrizione – Applicazione retroattiva – Sospetta illegittimità.

Tribunale di Crotone, Sezione penale, Ord. 19 giugno 2020, Giudice dott.ssa Federica Girardi

Con l'ordinanza in epigrafe il Tribunale di Crotone in composizione monocratica ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 83, quarto comma,

del decreto-legge 17 marzo, n. 18, convertito con modificazioni dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, per contrasto con il principio di legalità in materia penale, espresso dagli artt. 25, secondo comma, della Costituzione e 11 Cost. in relazione all'art. 7 CEDU e, più in particolare, con il sotto-principio di irretroattività della legge penale sfavorevole al reo, là dove è previsto che il corso della prescrizione dei reati commessi prima del 9 marzo 2020 rimanga sospeso, per un periodo di tempo pari a quello in cui sono sospesi i termini per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti penali.

Art. 83, comma 4, D.L. 17 marzo 2020, n. 18 – Legislazione d'emergenza – Decreto Cura Italia – Sospensione della prescrizione – Applicazione retroattiva – Sospetta illegittimità.
Tribunale di Roma, Sezione penale, Ord. 19 giugno 2020, Giudice dott.ssa Carmela Foresta
Con l'ordinanza in epigrafe il Tribunale ordinario di Roma in composizione monocratica ha sollevato questioni di legittimità costituzionale:

- *dell'art. 83, comma 4, D.l. 17 marzo 2020, n. 18, conv. in Legge 20 aprile 2020, n. 27 per contrasto con l'art. 25, secondo comma, Cost., nella parte in cui prevede l'applicazione della sospensione dei termini di prescrizione a fatti commessi prima della sua entrata in vigore.*
- *dell'art. 83, comma 9, D.l. 17 marzo 2020, n. 18, conv. in Legge 20 aprile 2020, n. 27 in relazione all'art. 25, secondo comma, Cost. nella parte in cui prevede una causa di sospensione della prescrizione sulla base di un provvedimento giudiziario autorizzato da un provvedimento organizzativo del capo dell'Ufficio, ovvero, in via subordinata,*
- *dell'art. 83, comma 4, D.l. 17 marzo 2020, n. 18, conv. in Legge 20 aprile 2020, n. 27 in relazione all'art. 3 Cost., nella parte in cui non prevede la sospensione del processo sino alla data di rinvio del procedimento per l'impossibilità della sua trattazione e comunque non oltre il 31 luglio 2020.*

CORTE DI CASSAZIONE - SEZIONI UNITE

Questioni decise

Art. 309, commi 8 *bis* e 9 *bis*, c.p.p. – Misure cautelari personali – Udienza di riesame – Partecipazione personale dell'interessato sottoposto a misura restrittiva della libertà personale – Istanza nella richiesta di riesame – Necessità.
Cassazione Penale, Sezioni Unite, Sent. 9 aprile 2020 (ud. 27 febbraio 2020), n. 11803
Presidente Carcano, Relatore Rago
Con la sentenza n. 11803 del 2020, le Sezioni unite si sono pronunciate sulla seguente questione di diritto: "*se, nel procedimento di riesame avverso provvedimenti impositivi di misure cautelari personali, il soggetto sottoposto a misura privativa o limitativa della libertà personale, che intenda esercitare il diritto di comparire personalmente all'udienza camerale ai sensi dell'art. 309, comma 8-bis, c.p.p. deve formularne istanza, personalmente o a mezzo del difensore, nella richiesta di riesame, oppure possa presentare la richiesta anche non contestualmente alla proposizione dell'impugnazione cautelare, ma comunque in tempo utile per consentire di organizzare la tempestiva traduzione, ai fini del regolare svolgimento del procedimento di cui all'art. 309 c.p.p.*".
All'esito dell'udienza del 27 febbraio 2020, le Sezioni Unite avevano fornito la seguente soluzione: "*nel procedimento di riesame avverso provvedimenti impositivi di misure cautelari coercitive la persona detenuta o internata ovvero sottoposta a misura in concreto limitativa della possibilità di partecipare all'udienza camerale può esercitare il diritto di comparire personalmente all'udienza stessa solo se ne ha fatto richiesta, anche per il tramite del difensore, con l'istanza di riesame, ferma restando la facoltà di chiedere di essere sentita su specifici temi con l'istanza di differimento ai sensi dell'art. 309, comma 9-bis, cod. proc. pen.*".

Art. 73, DPR n. 309/1990 – Stupefacenti – Coltivazione domestica – Rilevanza penale – Esclusione – Condizioni.
Cassazione Penale, Sezioni Unite, Sent. 16 aprile 2020 (ud. 19 dicembre 2019), n. 12348
Presidente Carcano, Relatore Andronio
Era stata rimessa alle Sezioni Unite la seguente questione di diritto: "*se, ai fini della configurabilità del*

reato di coltivazione di piante dalle quali sono estraibili sostanze stupefacenti, è sufficiente che la pianta, conforme al tipo botanico previsto, sia idonea, per grado di maturazione, a produrre sostanza per il consumo, non rilevando la qualità di principio attivo ricavabile nell'immediatezza, ovvero se è necessario verificare anche che l'attività sia concretamente idonea a ledere la salute pubblica ed a favorire la circolazione della droga alimentandone il mercato".

Con sentenza depositata il 16 aprile 2020, le Sezioni Unite hanno affermato il seguente principio di diritto: "*il reato di coltivazione di stupefacenti è configurabile indipendentemente dalla quantità di principio attivo ricavabile nell'immediatezza, essendo sufficienti la conformità della pianta al tipo botanico previsto e la sua attitudine, anche per le modalità di coltivazione, a giungere a maturazione e a produrre sostanza stupefacente; devono però ritenersi escluse, in quanto non riconducibili all'ambito di applicazione della norma penale, le attività di coltivazione di minime dimensioni svolte in forma domestica, che per le rudimentali tecniche utilizzate, lo scarso numero di piante, il modestissimo quantitativo di prodotto ricavabile, la mancanza di ulteriori indici di un loro inserimento nell'ambito del mercato degli stupefacenti, appaiono destinate in via esclusiva all'uso personale del coltivatore*".

Artt. 156, 161 e 184 c.p.p. – Notificazioni all'imputato detenuto – Notifica nel luogo di detenzione – Necessità – Dichiarazione o elezione di domicilio – Rilevanza – Esclusione.

Cassazione Penale, Sezioni Unite, Sent. 22 aprile 2020 (ud. 27 febbraio 2020), n. 12778

Presidente Carcano, Relatore Rago

Era stata rimessa alle Sezioni Unite la seguente questione di diritto: "*se la notifica del decreto di giudizio immediato all'imputato detenuto che abbia eletto domicilio presso il difensore di fiducia debba essere effettuata ex art. 156 co. 1 c.p.p. o presso il domicilio eletto*".

Con sentenza n. 12778 del 2020, le Sezioni Unite hanno affermato il seguente principio di diritto: "*le notifiche all'imputato detenuto, anche qualora abbia dichiarato o eletto domicilio, vanno eseguite presso il luogo di detenzione, con le modalità di cui all'art. 156 c. 1 c.p.p., mediante consegna di copia alla persona. La notifica al detenuto eseguita presso il domicilio dichiarato o eletto dà luogo ad una nullità a regime intermedio, soggetta alla sanatoria prevista dall'art. 184 c.p.p.*".

Art. 513 *bis* c.p. – Turbata libertà dell'industria o del commercio – Compimento di atti di concorrenza connotati da violenza o minaccia – Idoneità a contrastare od ostacolare la libertà di autodeterminazione del concorrente – Necessità.

Cassazione Penale, Sezioni Unite, Sent. 28 aprile 2020 (ud. 28 novembre 2019), n. 13178

Presidente Carcano, Relatore De Amicis

Con ordinanza n. 26870 del 2019 era stata rimessa alle Sezioni Unite la seguente questione di diritto in tema di illecita concorrenza con minaccia o violenza (art. 513 *bis* c.p.): "*se, ai fini della configurabilità del reato di illecita concorrenza con minaccia o violenza, sia necessario il compimento di condotte illecite tipicamente concorrenziali o, invece, sia sufficiente il compimento di atti di violenza o minaccia in relazione ai quali la limitazione della concorrenza sia solo la mira teleologica dell'agente*".

Con la sentenza n. 13178, depositata il 28 aprile 2020, le Sezioni Unite hanno affermato il seguente principio di diritto: "*ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 513-bis c.p. è necessario il compimento di atti di concorrenza che, posti in essere nell'esercizio di un'attività commerciale, industriale o comunque produttiva, siano connotati da violenza o minaccia e siano idonei a contrastare od ostacolare la libertà di autodeterminazione dell'impresa concorrente*".

Artt. 578 *bis* c.p.p., 44 DPR n. 380/2001 – Lottizzazione abusiva – Proscioglimento per intervenuta prescrizione – Confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente realizzate – Applicazione – Presupposti.

Cassazione Penale, Sezioni Unite, Sent. 30 aprile 2020 (ud. 30 gennaio 2020), n. 13539

Presidente Carcano, Relatore Andreazza

Con ordinanza n. 40380 del 2019, era stata rimessa alle Sezioni Unite la seguente questione di diritto: "*se, in caso di declaratoria di estinzione per prescrizione del reato di lottizzazione abusiva, sia consentito l'annullamento con rinvio limitatamente alla statuizione sulla confisca ai fini della valutazione da parte del giudice di rinvio della proporzionalità della misura, secondo il principio indicato dalla sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'uomo 28 giugno 2018 G.I.E.M. srl e altri c. Italia*".

Con sentenza n. 13539 del 2020, le Sezioni Unite hanno affermato i seguenti principi di diritto:

– "*la confisca di cui all'art. 44 DPR 380/2001 può essere disposta anche in presenza di un causa estintiva*

determinata dalla prescrizione del reato purché sia stata accertata la sussistenza della lottizzazione abusiva sotto il profilo oggettivo e soggettivo, nell'ambito di un giudizio che abbia assicurato il contraddittorio e la più ampia partecipazione degli interessati, fermo restando che, una volta intervenuta detta causa, il giudizio non può, in applicazione dell'art. 129 c.1 c.p.p., proseguire al solo fine di compiere il predetto accertamento";

– "*in caso di declaratoria, all'esito del giudizio di impugnazione, di estinzione del reato di lottizzazione abusive per prescrizione, il giudice di appello e la Corte di Cassazione sono tenuti, in applicazione dell'art. 578-bis c.p.p., a decidere sull'impugnazione agli effetti della confisca di cui all'art. 44 DPR 380/2001*".

Artt. 75, comma 1 *bis*, e 80, comma 2, D.P.R. n. 309/1990 – Stupefacenti – Aggravante ingente quantità – Configurabilità – Criteri di determinazione espressi da Sez. Un. n. 36258/2012 – Persistente attualità anche a seguito delle modifiche *ex* d.l. 36/2014.

Cassazione Penale, Sezioni Unite, Sent. 12 maggio 2020 (ud. 30 gennaio 2020), n. 14722

Presidente Carcano, Relatore Fumu

Con ordinanza n. 38635 del 2019 era stata rimessa alle Sezioni Unite la seguente questione di diritto "*se, con riferimento alle cd. 'droghe leggere', la modifica del sistema tabellare realizzata per effetto del D.L. 20 marzo 2014 n. 36 convertito con modificazioni nella legge 16 maggio 2014, n. 79, imponga una nuova verifica in ordine alla sussistenza dei presupposti per l'applicazione della circostanza aggravante della ingente quantità, in considerazione dell'accresciuto tasso di modulazione normativa, oppure mantengano validità, per effetto della espressa reintroduzione della nozione di quantità massima detenibile, ai sensi del comma 1 bis dell'art. 75 d.P.R. n. 309 del 1990 e ss.mm .ii., i criteri basati sul rapporto tra quantità di principio attivo e valore massimo tabellarmente detenibile di cui alla sentenza delle SS.UU. n. 36258 del 24 maggio 2012, Biondi, Rv. 253150*".

Con sentenza n. 14722, depositata il 12 maggio 2020, le Sezioni Unite hanno affermato il seguente principio di diritto "*a seguito della riforma introdotta in tema di stupefacenti dal d.l. 20 marzo 2014, n. 36, convertito con modificazioni dalla legge 16 marzo 2014, n. 79, mantengono validità i criteri fissati dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 36258 del 24 maggio 2012, Biondi, per l'individuazione della soglia oltre la quale è configurabile la circostanza aggravante dell'ingente quantità prevista dall'art. 80, comma 2, d.P.R. n. 309 del 1990 e che, con riferimento in particolare alle c.d. droghe leggere, la soglia rimane fissata in 2 kg. di principio attivo*".

Artt. 79, comma 1, lett. c), 95 e 112 DPR n. 115/2002 – Istanza ammissione al patrocinio a spese dello Stato – Autocertificazione – Falsità o incompletezza – Revoca – Condizioni.

Cassazione Penale, Sezioni Unite, Sent. 12 maggio 2020 (ud. 19 dicembre 2019), n. 14723

Presidente Carcano, Relatore Cimapi

Con ordinanza n. 29284 del 2019 era stata rimessa alle Sezioni Unite la seguente questione di diritto "*se la falsità o incompletezza dell'autocertificazione allegata all'istanza di ammissione al patrocinio a spese dello Stato ne comporti l'inammissibilità e, dunque, la revoca, in caso di intervenuta ammissione, anche nell'ipotesi in cui i redditi effettivi non superino il limite di legge; ovvero in tale ultima ipotesi, non incidendo sull'ammissibilità dell'istanza, ne determini la revoca soltanto nei casi espressamente previsti dagli artt. 95 e 112 del d.P.R. n. 115 del 2002*".

Con sentenza n. 14273, depositata il 12 maggio 2020, le Sezioni Unite hanno affermato il seguente principio di diritto "*la falsità o l'incompletezza della dichiarazione sostitutiva di certificazione prevista dall'art. 79 c. 1 lett. c) d.p.r. 115 del 2002, qualora i redditi effettivi non superino il limite di legge, non comporta la revoca dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, che può essere disposta solo nelle ipotesi espressamente disciplinate dagli artt. 95 e 112 d.p.r. 115 del 2002*".

Artt. 294 e 310 c.p.p. – Misure cautelari coercitive – Rigetto del GIP – Appello del PM – Applicazione da parte del Tribunale del riesame – Interrogatorio di garanzia – Superfluità.

Cassazione Penale, Sezioni Unite, Sent. 5 giugno 2020 (ud. 26 marzo 2020), n. 17274

Presidente Cammino, Relatore Piccialli

Con la sentenza n. 17274 del 2020 le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno affermato il seguente principio di diritto "*in caso di applicazione di una misura cautelare coercitiva da parte del tribunale del riesame in accoglimento dell'appello del pubblico ministero avverso la decisione di rigetto del giudice per le indagini preliminari, non è necessario procedere all'interrogatorio di garanzia a pena di inefficacia della misura suddetta*".

Artt. 12, 16, 27, 291 e 311 c.p.p. – Misure cautelari – Incompetenza del Giudice per le indagini preliminari – Annullamento dell'ordinanza di custodia cautelare in carcere – Impugnazione del P.M. – Ammissibilità – Condizioni.

Cassazione Penale, Sezioni Unite, Sent. 24 giugno 2020 (ud. 23 aprile 2020), n. 19214

Presidente Carcano, Relatore Pistorelli

Era stata rimessa alle Sezioni Unite la seguente questione di diritto "*se e a quali condizioni sia impugnabile da parte del pubblico ministero l'ordinanza con la quale il tribunale del riesame abbia dichiarato l'incompetenza per territorio del giudice per le indagini preliminari che ha disposto la misura cautelare impugnata e, esclusa la ricorrenza dei presupposti per il mantenimento temporaneo della efficacia della medesima misura per ragioni di urgenza, abbia altresì annullato la relativa ordinanza applicativa di cui all'art. 292 cod. proc. pen.*".

Con sentenza n. 19214 del 2020, le Sezioni Unite hanno affermato il seguente principio di diritto "*sussiste l'interesse del pubblico ministero ad impugnare il provvedimento con il quale il tribunale del riesame, rilevata l'incompetenza del giudice per le indagini preliminari, annulli, per carenza delle condizioni di applicabilità, l'ordinanza con cui quello stesso giudice ha disposto la misura cautelare della custodia in carcere, se l'impugnazione è funzionale a garantire il tempestivo intervento del giudice competente*".

Questioni rimesse

Artt. 35 *ter* O.P, 3 Convenzione EDU – Spazio minimo disponibile – Nozione.

Cassazione Penale, Sez. IV, Ord. 11 maggio 2020 (ud. 21 febbraio 2020), n. 14260

Presidente Mazzei, Relatore Cairo

La Sezione quarta ha rimesso alle Sezioni Unite le seguenti questioni di diritto:

"*a) se i criteri di computo dello "spazio minimo disponibile" per ciascun detenuto – fissato in tre metri quadrati dalla Corte EDU e dagli orientamenti costanti della giurisprudenza della Corte di legittimità – debbano essere definiti considerando la superficie netta della stanza e detraendo, pertanto, lo spazio occupato da mobili e strutture tendenzialmente fisse ovvero includendo gli arredi necessari allo svolgimento delle attività quotidiane di vita;*

b) se assuma rilievo, in particolare, lo spazio occupato dal letto o dai letti nelle camere a più posti, indipendentemente dalla struttura di letto "a castello" o di letto "singolo" ovvero se debba essere detratto, per il suo maggiore ingombro e minore fruibilità, solo il letto a castello e non quello singolo;

c) se, infine, nel caso di accertata violazione dello spazio minimo (tre metri quadrati), secondo il corretto criterio di calcolo, al lordo o al netto dei mobili, possa comunque escludersi la violazione dell'art. 3 della CEDU nel concorso di altre condizioni, come individuate dalla stessa Corte EDU (breve durata della detenzione, sufficiente libertà di movimento al di fuori della cella con lo svolgimento di adeguate attività, dignitose condizioni carcerarie) ovvero se tali fattori compensativi incidano solo quando lo spazio pro capite sia compreso tra i tre e i quattro metri quadrati".

CORTE DI CASSAZIONE - SEZIONI SEMPLICI

Art. 216 l.f. – Bancarotta fraudolenta – Condotta distrattiva – Prova del fatto – Oggetto.

Cassazione penale, Sez. V, Sent. 1° aprile 2020 (ud. 5 dicembre 2019), n. 10971

Presidente Vessicchelli, Relatore Scordamaglia

Con la sentenza in epigrafe, la Suprema Corte si è pronunciata in tema di prova della condotta distrattiva nei reati fallimentari. Sul punto il Giudici hanno chiarito che "*non è consentito al giudice trarre il proprio convincimento dalla sola presenza di un disavanzo in un dato momento dell'esistenza dell'azienda successivamente fallita, in ordine all'avvenuta consumazione del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale, occorrendo, invece, accertare che l'eccedenza passiva costituisca la conseguenza del venir meno di beni determinati, dei quali sia nota l'esistenza in un momento anteriore alla formazione del deficit. La prova dei fatti di distrazione, integranti il reato di bancarotta fraudolenta (art. 216 L.F.), richiede, dunque, che si accertino e si indichino i beni non rinvenuti all'atto del fallimento o di cui si ignori la destinazione, posto che, ove essa fosse desunta dall'accertamento del passivo, il reato di bancarotta fraudolenta sarebbe ravvisabile in ogni ipotesi di fallimento*".

Art. 8, d. lgs. n. 231/2001 – Responsabilità da reato degli enti – Reato presupposto soggetto alla giurisdizione nazionale – Ente con sede

all'estero – Differente disciplina della responsabilità amministrativa nello Stato di appartenenza – Irrilevanza.

Cassazione Penale, Sez. VI, Sent. 7 aprile 2020 (ud. 11 febbraio 2020), n. 11626

Presidente Calvanese, Relatore Bassi

In tema di responsabilità da reato degli enti, la persona giuridica risponde dell'illecito amministrativo derivante da un reato-presupposto per il quale sussista la giurisdizione nazionale, commesso dai propri legali rappresentanti o soggetti sottoposti all'altrui direzione o vigilanza, a prescindere dalla nazionalità dell'ente e dal luogo ove esso abbia la sede legale, nonché dall'esistenza o meno, nello Stato di appartenenza, di norme che disciplinino analoga materia, anche con riguardo alla predisposizione ed all'efficace attuazione di modelli organizzativi e di gestione atti ad impedire la commissione di reati fonte di responsabilità amministrativa ai sensi del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

Artt. 12 e 270 c.p.p. – Utilizzabilità intercettazioni in procedimenti diversi - Divieto - Connessione ex art. 12 c.p.p. – Non operatività.

Cassazione penale, Sez. V, Sent. 9 aprile 2020 (ud. 6 febbraio 2020), n. 11745

Presidente Gerardo, Relatore Zaza

Sulla scorta dell'orientamento da ultimo fatto proprio dalle Sezioni Unite Cavallo (Cass. n. 51/2020), secondo cui "*il divieto di cui all'art. 270 cod. proc. pen. di utilizzazione dei risultati di intercettazioni di conversazioni in procedimenti diversi da quelli per i quali siano state autorizzate le intercettazioni – salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza – non opera con riferimento ai risultati relativi a reati che risultino connessi ex art. 12 cod. proc. pen. a quelli in relazione ai quali l'autorizzazione era stata ab origine disposta, sempreché rientrino nei limiti di ammissibilità previsti dalla legge*", la Sezione quinta si è pronunciata sul medesimo tema, confermando la validità di tale soluzione e ritenendola applicabile anche in caso di giudizio abbreviato. Infatti "*come stabilito dalla giurisprudenza di legittimità, in questo rito alternativo rimangono deducibili le inutilizzabilità definibili come 'patologiche', ossia derivanti dall'assunzione di atti probatori in violazione di specifici divieti normativi*". E, come ricordano i Giudici di legittimità, "*la stessa giurisprudenza ha riconosciuto tali caratteristiche nell'acquisizione di intercettazioni in violazione del divieto di cui all'art. 270 cod. proc. pen.*".

Art. 316 c.p.p. – Sequestro conservativo – Periculum in mora – Futuro depauperamento del debitore – Necessità – Esclusione.

Cassazione penale, Sez. V, Sent. 10 aprile 2020 (ud. 15 novembre 2019), n. 11945

Presidente Palla, Relatore Miccoli

La sentenza si è pronunciata in tema di sequestro conservativo ex art. 316 c.p.p., misura che può essere adottata in presenza di un preciso *periculum in mora*, vale a dire "*se vi è fondata ragione di ritenere che manchino o si disperdano le garanzie per il pagamento della pena pecuniaria, delle spese di procedimento e di ogni altra somma dovuta all'erario dello Stato (…)*" (comma 1), oppure "*se vi è fondata ragione di ritenere che manchino o si disperdano le garanzie delle obbligazioni civili derivanti dal reato (…)*" (comma 2).

il Supremo Collegio ha poi ricordato che "*secondo la giurisprudenza consolidata di questa Corte, le due suindicate ipotesi possono rilevare autonomamente (…), sicché per l'adozione del sequestro conservativo è sufficiente che vi sia il fondato motivo per ritenere che manchino le garanzie del credito, ossia che il patrimonio del debitore sia attualmente insufficiente per l'adempimento delle obbligazioni di cui all'art. 316, commi 1 e 2, cod. proc. pen., non occorrendo invece che sia simultaneamente configurabile un futuro depauperamento del debitore*".

Sulla scorta di queste premesse, la Corte ha ritenuto di aderire a quest'ultimo orientamento, ulteriormente chiarendo che "*il periculum in mora è dato dal pericolo di dispersione della garanzia patrimoniale, che è insito nella insufficienza del patrimonio dell'obbligato, valutata in relazione all'entità delle pretese risarcitorie, sicché non occorre che sia simultaneamente configurabile un futuro depauperamento ad opera del debitore*".

La Corte ha dunque concluso che "*punto cruciale nell'individuazione del periculum in mora è (…) il credito nei confronti dell'imputato: pertanto, per l'adozione del sequestro conservativo è sufficiente che vi sia il fondato motivo per ritenere che manchino le garanzie del credito, ossia che il patrimonio del debitore sia attualmente insufficiente per l'adempimento delle obbligazioni di cui all'art. 316, commi 1 e 2, cod. proc. pen., non occorrendo invece che sia simultaneamente configurabile un futuro depauperamento del debitore*".

Artt. 603, 622 e 623 c.p.p. – Cassazione – Annullamento con rinvio – Assoluzione in primo grado – Condanna ai soli effetti civili in appello – Annullamento della sentenza per mancata rinnovazione di una prova dichiarativa decisiva – Rinvio al giudice penale – Necessità.

Cassazione Penale, Sez. IV, Sent. 10 aprile 2020 (ud. 13 febbraio 2020), n. 11958

Presidente Bricchetti, Relatore Cappello

La quarta sezione penale della Corte di Cassazione ha affermato che, in caso di annullamento della sentenza di appello di riforma, con condanna ai soli effetti civili, della decisione assolutoria di primo grado, per riscontrata violazione delle regole del giusto processo in ragione della mancata rinnovazione dell'assunzione delle prove dichiarative decisive, il rinvio per il nuovo giudizio va disposto, sia pure ai soli effetti civili, dinanzi al giudice penale.

Art. 646 c.p. – Appropriazione indebita – Oggetto del reato - Dati informatici o "files" sottratti da un computer aziendale restituito "formattato" – Configurabilità.

Cassazione Penale, Sez. II, Sent. 13 aprile 2020 (ud. 7 novembre 2019), n. 11959

Presidente Cammino, Relatore Di Paola

Integra il delitto di appropriazione indebita la sottrazione definitiva di "dati informatici" o "file" mediante copiatura da un "personal computer" aziendale, affidato all'agente per motivi di lavoro e restituito con "hard disk formattato", in quanto i "dati informatici", per fisicità strutturale, possibilità di misurarne le dimensioni e trasferibilità da un luogo all'altro, sono qualificabili come cose mobili ai sensi della legge penale.

Artt. 40 e 589 c.p. – Omicidio colposo – Condotta omissiva – Rapporto di causalità – Esposizione all'amianto.

Cassazione Penale, Sez. IV, Sent. 15 aprile 2020 (ud. 30 gennaio 2020), n. 12151

Presidente Di Salvo, Relatore Nardin

In tema di accertamento del nesso causale tra esposizione ad asbesto nei luoghi di lavoro (a sua volta riconducibile ad una condotta omissiva del datore di lavoro) e l'evento morte dovuto all'insorgenza del mesotelioma il Supremo Collegio ha ricordato i seguenti principi:

• deve escludersi la possibilità di ricorrere all'accertamento in termini meramente probabilistici, essendo invece necessario procedere alla ricostruzione di uno specifico nesso tra singola condotta/esposizione e singolo evento/morte, secondo i canoni della cd. causalità individuale;

• va, inoltre, individuata una legge scientifica di copertura, che colleghi causalmente la condotta all'evento, cui va affiancato un giudizio di cd. probabilità logica, nell'ambito del quale devono essere considerati ed esclusi fattori causali alternativi alla condotta;

• non è giuridicamente accettabile la teoria dell'effetto acceleratore, secondo cui ogni esposizione nel tempo avrebbe una efficacia causale rispetto all'insorgenza della patologia e alla rapidità di evoluzione del processo cancerogenetico, poiché essa non può considerarsi una legge scientifica di copertura condivisa dalla dottrina medica;

• in questo modo, dovendosi ritenere irrilevante ogni esposizione successiva al momento di innesco irreversibile della malattia e rimanendo quest'ultimo per lo più impossibile da accertare, ai fini del riconoscimento della responsabilità dell'imputato è necessaria l'integrale o quasi integrale sovrapposizione temporale tra la durata dell'attività lavorativa della singola vittima e la durata della posizione di garanzia rivestita dall'imputato nei confronti della stessa.

Solo a queste condizioni, dunque, può ritenersi accertato il nesso di causa in questo specifico tipo di decessi di natura professionale.

Art. 4 *bis* O.P. – Limiti e condizioni per l'accesso alle misure alternative alla detenzione – Retroattività – Esclusione.

Cassazione Penale, Sez. I, Sent. 23 aprile 2020 (ud. 20 marzo 2020), n. 12845

Presidente Mazzei, Relatore Centofanti

Con sentenza n. 12845 del 2020 la Sezione prima si è pronunciata sulla possibilità che la disposizione *ex* art. 4 *bis* O.P., nella parte in cui prevede limiti e condizioni per l'accesso alle misure alternative alla detenzione per i condannati per la fattispecie di violenza sessuale, possa operare retroattivamente.

Aderendo alla recente giurisprudenza costituzionale (Corte cost. 32/2020) la Corte ha ricordato la "*necessità di rivedere la tradizionale esegesi dell'art. 4 bis Ord. pen., riguardo al regime intertemporale di sua applicazione: gli aggravamenti di disciplina, in punto di accesso alle misure alternative alla detenzione, previsti dal testo della disposizione introdotto nel 1991, da leggi successive resi via via più stringenti, nonché estesi ad un numero crescente di fattispecie di reato, integrano un assetto punitivo peggiorativo, che*

impegna le garanzie di cui alla citata norma costituzionale, in quanto, a seconda dei casi, tale assetto preclude in modo assoluto, ovvero rende significativamente meno probabile, o più lontana nel tempo, la concessione delle misure stesse. Lo ius superveniens non può pertanto, nelle parti corrispondenti, operare retroattivamente".

Artt. 10 *bis* d. lgs n. 74/2000, 161, commi 6 e 7, e 168 l.f. – Omesso versamento imposte – Presentazione domanda di concordato – Rilevanza penale – Conferma.

Cassazione Penale, Sez. III, Sent. 5 maggio 2020 (ud. 20 febbraio 2020), n. 13628

Presidente Andreazza, Relatore Gai

Con la sentenza n. 13628 del 2020 la Corte di Cassazione si è pronunciata sul rapporto tra la procedura di concordato preventivo del soggetto tenuto al versamento delle imposte e il profilo degli effetti inibitori o meno della stessa rispetto all'obbligo di versamento imposto dalla legge tributaria e, conseguentemente, della rilevanza penale o meno dell'omissione del versamento.

La Corte si è uniformata all'orientamento, maggioritario all'interno della giurisprudenza di legittimità, secondo cui la procedura di concordato preventivo, sia essa introdotta con piano concordatario o con riserva, non inibisce il pagamento dei debiti tributari il cui termine di scadenza sia successivo al deposito della domanda, giuste le disposizioni di cui all'art. 161, comma 7, e 167 legge fall., salva la presenza di un provvedimento del tribunale che abbia vietato il pagamento di crediti anteriori. Infatti, Il pagamento del debito fiscale "*che, in condizioni ordinarie, costituisce un atto di ordinaria amministrazione, si qualifica quale atto di straordinaria amministrazione nel caso in cui il debitore sia ammesso ad una procedura di concordato preventivo*" con la conseguenza che "*la sua omissione costituisce reato*".

Art. 13 d. lgs. n. 74/2000 – Pagamento del debito tributario – Causa di non punibilità – Circostanza attenuante ad effetto speciale – Regime differenziato – Legittimità.

Cassazione penale, Sez. III, Sent. 7 maggio 2020 (ud. 29 novembre 2019), n. 13901

Presidente Rosi, Relatore Zunica

La sentenza in epigrafe si è pronunciata sugli effetti della estinzione del debito tributario, così come disciplinata dalla normativa previgente alla riforma dell'ultimo anno (L. n. 1572019).

In particolare, nell'analizzare la diversa funzione del pagamento, la Corte ha anzitutto rilevato che "*la riforma del 2015 ha effettivamente creato un doppio regime, prevedendo che il pagamento integrale del debito si configuri come causa di non punibilità per alcuni reati del d. lgs. n. 74 del 2000 (art. 4, 5, 10 bis, 10 ter e 10 quater) e come circostanza attenuante a effetto speciale per i restanti reati, oltre che come presupposto al fine di poter accedere al rito del patteggiamento*".

A giudizio della Corte, tale differenziazione è viziata da profili di manifesta irragionevolezza, poiché "*la maggiore pregnanza attribuita al pagamento del debito tributario rispetto ai reati di cui agli art. 10 bis, 10 ter e 10 quater comma 1 del d. lgs. n. 74 del 2000 si spiega in base alla considerazione secondo cui il nucleo comune delle condotte illecite risiede in tal caso nel mancato pagamento di quanto dichiarato, mentre, quanto ai reati di cui agli art. 4 e 5, per i quali il disvalore del fatto "retrocede" a un momento precedente, ovvero quello della omessa o infedele dichiarazione, è previsto un regime applicativo molto più rigoroso, essendo cioè richiesta la "spontaneità" dell'iniziativa del contribuente-imputato, individuata in un agere tempestivo e anticipatorio rispetto alla formale conoscenza di un accertamento fiscale o di un procedimento penale.*

Il diverso assetto previsto dall'art. 13 bis del d. lgs. n. 74 del 2000, che valorizza il pagamento del debito tributario ai soli fini della mitigazione del trattamento sanzionatorio, sia pure in misura significativa, appare giustificato, rispetto ai reati di cui agli art. 2, 3 e 10 quater comma 2, dal rilievo che in questi casi viene in rilievo una dichiarazione non omessa o infedele, ma fraudolenta, ovvero contraddistinta dal compimento da parte del contribuente di qualificati artifici volti a ingannare il fisco, come ad esempio, per quanto concerne l'art. 2 oggetto di giudizio, l'utilizzo di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti".

Art. 11 d. lgs. n. 74/2000 – Sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte – Atto fraudolento – Nozione.

Cassazione Penale, Sez. III, Sent. 11 maggio 2020 (ud. 15 novembre 2019), n. 14217

Presidente Di Nicola, Relatore Aceto

Con la sentenza in epigrafe la Corte di Cassazione si è espressa in tema di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte, marcando i contorni della fattispecie tipica.

In particolare, la Corte ha ritenuto che "*in conformità alla 'ratio' della norma, per 'atto fraudolento' deve intendersi qualsiasi atto che, non diversamente dalla alienazione simulata, sia idoneo a rappresentare ai terzi una realtà (la riduzione del patrimonio del debitore) non corrispondente al vero, mettendo a repentaglio o comunque rendendo più difficoltosa l'azione di recupero del bene in tal modo sottratto alle ragioni dell'Erario. Si è così affermato che integra la condotta, rilevante come sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte dovute da società, la messa in atto, da parte degli amministratori, di più operazioni di cessioni di aziende e di società societarie simulate finalizzate a conferire ai nuovi soggetti societari immobili, dal momento che nella fattispecie criminosa indicata rientra qualsiasi stratagemma artificioso del contribuente tendente a sottrarre, in tutto o in parte, le garanzie patrimoniali alla riscossione coattiva del debito tributario, la costituzione di un fondo patrimoniale, la vendita simulata mediante stipula di un apparente contratto di "sale and lease back"; ma anche la costituzione fittizia di servitù, di diritti reali di godimento, la concessione di locazione, la ricognizione di debito, insomma ogni atto di disposizione del patrimonio che abbia la sua causa nel pregiudizio alle ragioni creditorie dell'Erario*".

Ha proseguito la Corte rilevando che "*oggetto di immediata tutela dell'incriminazione della condotta non è il patrimonio in sé del contribuente, che costituisce garanzia (generica) del debito erariale contratto, quanto, piuttosto, la necessità di preservare la riscossione del credito erariale da qualsiasi attività volta a depauperare in modo fraudolento tale garanzia così da ostacolare l'attività di riscossione coattiva del credito. L'interpretazione della norma non dà adito a dubbi posto che la natura simulata ovvero fraudolenta, rispettivamente della vendita o dell'atto, qualifica l'azione sotto il profilo della sua offensività. Occorre, cioè, che per effetto della condotta si determini una situazione tale per la quale il bene simulatamente alienato o in relazione al quale sono stati compiuti atti fraudolenti appaia all'Erario effettivamente uscito dal patrimonio del debitore sì da rendere impossibile o comunque più difficile il recupero. Non rilevano, dunque, i fisiologici atti di disposizione del proprio patrimonio che il contribuente può liberamente compiere; rileva la disposizione fraudolenta, quella cioè oggettivamente idonea a ingannare il terzo sulla reale consistenza del patrimonio stesso*".

Art. 12 *bis* d. lgs. n. 74/2000 - Reati tributari - Prescrizione del reato - Confisca per equivalente - Inapplicabilità.

Cassazione penale, Sez. III, Sent. 11 maggio 2020 (ud. 15 novembre 2029), n. 14218

Presidente Di Nicola, Relatore Zunica

Con la sentenza in epigrafe la Corte di cassazione si è pronunciata sulla opportunità di irrogare la misura della confisca per equivalente prevista dall'art. 12 *bis*, d. lgs. n. 74/2000, in ipotesi di reati tributari (nella specie, sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte *ex* art. 11) che siano dichiarati estinti per intervenuta prescrizione.

La Corte ha ritenuto che sia legittima la revoca della confisca *ex* art. 12 *bis* operata dal Giudice di appello, che aveva contestualmente dichiarato prescritto il reato contestato. Nel giungere a tale conclusione, il Collegio ha richiamato il principio di diritto formulato dalle Sezioni unite con la sentenza 21 luglio 2015 (ud. 26 giugno 2015) n. 31617, secondo cui il giudice, nel dichiarare l'estinzione del reato per intervenuta prescrizione, non può disporre, atteso il suo carattere afflittivo e sanzionatorio, la confisca per equivalente delle cose che ne costituiscono il prezzo o il profitto.

Art. 45 c.p., 10 *bis* d. lgs. n. 74/2000 – Omesso versamento – Legale rappresentante subentrato dopo la presentazione della dichiarazione ma prima della scadenza del versamento – Responsabilità penale – Configurabilità.

Cassazione Penale, Sez. III, Sent. 15 maggio 2020 (ud. 13 dicembre 2019), n. 15218

Presidente Izzo, Relatore Scarcella

In tema di omesso versamento di somme dovute all'erario, la terza Sezione della Corte di Cassazione si è pronunciata sul tema della responsabilità dell'amministratore subentrante per il debito erariale contratto dal precedente amministratore.

"*Nel caso in cui un diverso soggetto sia subentrato nella carica di amministratore di una società di capitali dopo la presentazione della dichiarazione di imposta ma prima della scadenza del versamento*" – scrive la Cassazione – "*lo stesso sarà responsabile dell'omesso versamento delle somme dovute sulla base della stessa dichiarazione, qualora non abbia compiuto un previo controllo contabile sugli ultimi adempimenti fiscali, esponendosi in questo modo volontariamente a tutte le conseguenze connesse ad eventuali pregresse inadempienze*".

"*Laddove, infatti, si ritenesse che il nuovo amministratore non risponde dell'illecito penale allorquando*

l'inadempimento sia ascrivibile alla condotta del precedente titolare della carica, il quale abbia lasciato la società in condizioni di crisi economica, l'obbligo fiscale potrebbe essere facilmente aggirato mediante un avvicendamento nella gestione dell'ente prima della scadenza del termine per il pagamento delle imposte. Del mancato versamento delle tasse non risponderebbe sostanzialmente né il precedente né il nuovo amministratore".

Art. 416 *bis* c.p. – Mafia capitale – Carattere mafioso dell'associazione – Esclusione.

Cassazione penale, Sez. VI, Sent. 12 giugno 2020 (ud. 22 ottobre 2019), n. 18125

Presidente Fidelbo, Relatori Di Stefano – Silvestri

In data 12 giugno 2020 la Sezione sesta della Corte di cassazione ha depositato la sentenza nel procedimento "mafia capitale".

I giudici di legittimità "*hanno escluso il carattere mafioso dell'associazione contestata agli imputati e hanno riaffermato l'esistenza, già ritenuta nel processo di primo grado, di due distinti associazioni per delinquere semplici*", non essendo stati evidenziati "*né l'utilizzo del metodo mafioso, né l'esistenza del conseguente assoggettamento omertoso, ed essendo stato escluso che l'associazione possedesse una propria e autonoma 'fama' criminale mafiosa*".

Art. 13 d. lgs. n. 74/2000 - Causa di non punibilità - Integrale pagamento del debito tributario prima della dichiarazione di apertura del dibattimento - Credito di imposta - Compensazione - Inapplicabilità.

Cassazione penale, Sez. III, Sent. 10 giugno 2020 (ud. 29 gennaio 2020), n. 17806

Presidente Lapalorcia, Relatore Andreazza

Con la sentenza n. 17806 del 2020 la Corte si è soffermata sulla nozione di "integrale pagamento" rilevante ai sensi dell'art. 13 d. lgs. 74/2000 ai fini di escludere la punibilità dei reati tributari di omesso versamento. Nel caso di specie, il ricorrente aveva invocato che si tenesse conto, a fini estintivi, di un sopravvenuto credito d'imposta suscettibile di compensazione con tale debito. La Corte ha negato la correttezza di tale impostazione, poiché – premessa comunque l'impossibilità pratica di accogliere tale tesi, per il fatto che il credito era maturato dopo la scadenza per l'effettuazione del pagamento estintivo del debito – la Corte afferma di non dover neppure entrare in questa questione di diritto intertemporale, ritenendo di poter pervenire prima ancora, già in linea di diritto, ad escludere l'accoglibilità della tesi proposta dal ricorrente, in quanto "*il dettato dell'art. 13 cit., che fa espresso riferimento al 'pagamento', in esso includendo anche ipotesi specifiche derivanti da istituti di natura conciliativa, non consente di includervi l'ipotesi della compensazione legale che, come noto, rientra, per espressa qualificazione del codice civile, tra i 'modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento', ovvero, in altri termini, diversi proprio dal pagamento*". Medesima ragione per la quale un'eventuale compensazione non si sarebbe potuta ritenere, prima ancora, anche ove effettuata prima della scadenza del termine di consumazione del reato di omesso versamento (27 dicembre), utile ad evitare il superamento della soglia di punibilità e quindi la consumazione del reato.

Art. 646 c.p. – Appropriazione indebita – Contratto preliminare immobiliare – Oggetto del reato – Acconto e caparra – Irrilevanza penale.

Cassazione Penale, Sez. II, Sent. 23 giugno 2020 (ud. 3 marzo 2020), n. 19095

Presidente Diotallevi, Relatore Imperiali

In tema di appropriazione indebita la Corte di Cassazione, pur dando atto di un precedente difforme, ha ribadito l'orientamento giurisprudenziale secondo cui "*non integra il delitto di cui all'art. 646 c.p. la condotta del promittente venditore che, a seguito della risoluzione del contratto preliminare per l'acquisto di un immobile, non restituisca al promissario acquirente la somma ricevuta a titolo di acconto sul prezzo pattuito, e ciò in quanto, a seguito della dazione, la somma di denaro è entrata definitivamente a far parte del patrimonio dell'"accipiens" senza alcun vincolo di impiego, con la conseguenza che nel caso di in cui il contratto venga meno tra le parti matura solo un obbligo di restituzione che, ove non adempiuto, integra esclusivamente un inadempimento di natura civilistica*".

Tale principio "*va applicato sia all'acconto che alla caparra, giacché, come si è osservato, benché sotto il profilo civilistico l'uno sia differente dall'altra, sotto il profilo penalistico non è possibile effettuare alcuna distinzione proprio perché sia l'acconto che la caparra non hanno alcun impiego vincolato: di conseguenza, entrando la somma di denaro a far parte del patrimonio dell'accipiens, a carico di costui, nel caso in cui il contratto venga meno fra le parti con effetti restitutori, matura solo un obbligo di restituzione che, ove non adempiuto, integra solo gli estremi di un inadempimento di natura civilistica*".

Art. 216 R.D. 16 marzo 1942, n. 267 – Reati fallimentari – Bancarotta per distrazione – Bancarotta preferenziale – Nozioni.
Cassazione penale, Sez. V, Sent. 26 giugno 2020 (ud. 5 dicembre 2019), n. 19365
Presidente Vessichelli, Relatore Riccardi
Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione ha distinto la nozione di bancarotta fraudolenta per distrazione da quella di bancarotta fraudolenta preferenziale: "*mentre la bancarotta fraudolenta per distrazione punisce le iniziative che si risolvono in un depauperamento del patrimonio sociale in danno degli interessi della massa dei creditori della società, a prescindere dall'attualità o meno del suo stato di decozione, la bancarotta preferenziale si limita a sanzionare, in termini oltretutto di gravità sensibilmente attenuata, quei comportamenti che si risolvono, in presenza di uno stato di decozione della società, nel pagamento di alcuni creditori, con danno prevedibile o reale per tutti gli altri: comportamenti, in quest'ultimo caso, che, mutuando a fini meramente descrittivi le categorie amministrativistiche, si direbbe che danno luogo ad uno 'sviamento di potere' da parte dell'organo di amministrazione, nell'esercizio del potere discrezionale - pur riconosciutogli dalla legge - di gestione della situazione debitoria della società, laddove le prime costituirebbero una ipotesi di 'violazione di legge', perché esplicative di un potere ablativo, di tipo opportunistico, semplicemente non riconosciuto dalla legge*".

LEGISLAZIONE

Decreto Legge 8 aprile 2020, n. 23 – "*Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali*".

Il decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23 (cd. Decreto Liquidità) – pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 94 dell'8 aprile 2020 ed in vigore dal 9 aprile 2020 – ha stabilito, per quanto qui d'interesse:
• all'**art. 5** il differimento al 1° settembre 2021, l'entrata in vigore del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza di cui al d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14
• all'**art. 36** (rubricato "*termini processuali in materia di giustizia civile, penale, amministrativa, contabile, tributaria e militare*") che:
1. *Il termine del 15 aprile previsto dall'art. 83, commi 1 e 2, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 è prorogato all'11 maggio 2020. Conseguentemente, il termine iniziale del periodo previsto dal comma 6 del predetto articolo è fissato al 12 maggio 2020. Le disposizioni del presente articolo si applicano, in quanto compatibili, ai procedimenti di cui ai commi 20 e 21 del decreto-legge n. 18 del 2020.*
2. *La disposizione di cui al comma 1 non si applica ai procedimenti penali in cui i termini di cui all'art. 304 c.p.p. scadono nei sei mesi successivi all'11 maggio 2020.*
Nei giudizi disciplinati dal codice del processo amministrativo sono ulteriormente sospesi, dal 16 aprile al 3 maggio 2020 inclusi, esclusivamente i termini per la notificazione dei ricorsi, fermo restando quanto previsto dall'art. 54 c. 3 dello stesso codice.
4. *La proroga del termine di cui al comma 1, primo periodo, si applica altresì a tutte le funzioni e attività della Corte dei conti, come elencate nell'art. 85 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18. Conseguentemente, il termine iniziale del periodo previsto dal comma 5 del predetto articolo è fissato al 12 maggio 2020.*

Legge 24 marzo 2020, n. 27 – *"Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19".*
Con la Legge 24 marzo 2020, n. 27, pubblicata in Gazzetta Ufficiale in data 29 aprile 2020, il Parlamento ha convertito con modificazioni il Decreto Legge 17 marzo 2020, n. 18 (cd. Cura Italia).
Con specifico riguardo alla giustizia penale, l'art. 83 del Decreto aveva, fra l'altro, stabilito un periodo di sospensione dall'attività giudiziaria ad eccezione delle questioni urgenti (inizialmente dal 9 marzo al 15 aprile, poi esteso sino all'11 maggio dal Decreto Legge 8 aprile 2020, n. 23).
Per ciò che qui rileva, l'art. 83 comma 12 del Decreto aveva previsto, per il periodo compreso tra il 9 marzo e il 30 giugno 2020, la celebrazione delle udienze

non rinviabili a porte chiuse e, ove possibile, tramite videoconferenza.
In sede di conversione il Parlamento ha introdotto all'art. 83 i commi 12 *bis*, 12 *ter*, 12 *quater* e 12 *quinquies*, che hanno notevolmente ampliato i casi di udienze da remoto fino alla data del 30 giugno 2020., dei quali di seguito si riporta uno stralcio.
12 *bis*. *Fermo quanto previsto dal comma 12, dal 9 marzo 2020 al 30 giugno 2020 le udienze penali che non richiedono la partecipazione di soggetti diversi dal pubblico ministero, dalle parti private e dai rispettivi difensori, dagli ausiliari del giudice, da ufficiali o agenti di polizia giudiziaria, da interpreti, consulenti o periti possono essere tenute mediante collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia (…).*
12 *ter*. *A decorrere dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto e sino al 30 giugno 2020, per la decisione sui ricorsi proposti per la trattazione a norma degli articoli 127 e 614 del codice di procedura penale la Corte di cassazione procede in camera di consiglio senza l'intervento del procuratore generale e dei difensori delle altre parti, salvo che la parte ricorrente faccia richiesta di discussione orale (…).*
12 *quater*. *Dal 9 marzo 2020 al 30 giugno 2020, nel corso delle indagini preliminari il pubblico ministero e il giudice possono avvalersi di collegamenti da remoto, individuati e regolati con provvedimento del direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia, per compiere atti che richiedono la partecipazione della persona sottoposta alle indagini, della persona offesa, del difensore, di consulenti, di esperti o di altre persone, nei casi in cui la presenza fisica di costoro non può essere assicurata senza mettere a rischio le esigenze di contenimento della diffusione del virus COVID-19. La partecipazione delle persone detenute, internate o in stato di custodia cautelare è assicurata con le modalità di cui al comma 12 (…).*
12 *quinquies*. *Dal 9 marzo 2020 al 30 giugno 2020, nei procedimenti civili e penali non sospesi, le deliberazioni collegiali in camera di consiglio possono essere assunte mediante collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia. Il luogo da cui si collegano i magistrati è considerato camera di consiglio a tutti gli effetti di legge (…).*

Decreto Legge 30 aprile 2020, n. 28 – "*Misure urgenti per la funzionalità dei sistemi di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, ulteriori misure urgenti in materia di ordinamento penitenziario, nonchè disposizioni integrative e di coordinamento in materia di giustizia civile, amministrativa e contabile e misure urgenti per l'introduzione del sistema di allerta Covid-19*".
Per far fronte ai problemi causati al settore della pandemia da Covid-19, il Decreto Legge 30 aprile 2020, n. 28, ha introdotto, per quanto qui d'interesse, le seguenti novità.
• **Art. 1**, ha prorogato al 1° settembre 2020 del termine di entrata in vigore della disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni (stabilita dal decreto-legge 30 dicembre 2019, n. 161, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2020, n. 7).
• **Art. 2**, è intervenuto sulla disciplina relativa alla detenzione domiciliare e alla concessione dei permessi, stabilendo che, nel caso in cui le istanze siano presentate nell'interesse di detenuti per reati di mafia o terrorismo, l'autorità competente, prima di pronunciarsi, deve chiedere, tra gli altri, il parere del procuratore della Repubblica presso il tribunale che ha emesso la sentenza e, nel caso di detenuti sottoposti al regime previsto dall'articolo 41 *bis* O.P., anche quello del procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo in ordine all'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata ed alla pericolosità del soggetto. La norma ha poi previsto che, salva la sussistenza di esigenze di motivata eccezionale urgenza, il permesso non può essere concesso prima di ventiquattro ore dalla richiesta degli stessi pareri, mentre per l'applicazione della detenzione domiciliare, il magistrato di sorveglianza ed il tribunale di sorveglianza decidono non prima, rispettivamente, di due giorni e di quindici giorni dalla richiesta dei suddetti pareri, anche in assenza di essi.
• **Art. 3**, ha introdotto le seguenti novità sulla disciplina di celebrazione delle udienze a distanza:
– una estensione del tempo di vigenza di tali norme, sino al 31 luglio 2020 (art. 3, comma 1, lett. i);
– il seguente nuovo periodo al comma 12 *bis* dell'art. 83: "*Fermo quanto previsto dal comma 12, le disposizioni di cui al presente comma non si applicano, salvo*

che le parti vi acconsentano, alle udienze di discussione finale, in pubblica udienza o in camera di consiglio e a quelle nelle quali devono essere esaminati testimoni, parti, consulenti o periti" (art. 3, comma 1, lett. d);
– il seguente nuovo periodo al comma 12 *quinquies* dell'art. 83: "*Nei procedimenti penali, le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle deliberazioni conseguenti alle udienze di discussione finale, in pubblica udienza o in camera di consiglio, svolte senza il ricorso a collegamento da remoto*" (art. 3, comma 1, lett. g).

Decreto Legge 10 maggio 2020, n. 29 – "*Misure urgenti in materia di detenzione domiciliare o differimento dell'esecuzione della pena, nonché in materia di sostituzione della custodia cautelare in carcere con la misura degli arresti domiciliari, per motivi connessi all'emergenza sanitaria da COVID-19, di persone detenute o internate per delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso, terroristico e mafioso, o per delitti di associazione a delinquere legati al traffico di sostanze stupefacenti o per delitti commessi avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione mafiosa, nonché di detenuti e internati sottoposti al regime previsto dall'articolo 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, nonché, infine, in materia di colloqui con i congiunti o con altre persone cui hanno diritto i condannati, gli internati e gli imputati*".

Il Decreto Legge 10 maggio 2020 n. 29, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 119 del 10 maggio 2020, prevede le seguenti novità.

• **Art. 1** interviene all'art. 47 *ter*, comma 7, O.P., disponendo che la detenzione domiciliare debba essere revocata quando vengano a cessare le condizioni previste non soltanto per le ipotesi di cui ai commi 1 (*detenzione domiciliare assistenziale*) e 1 *bis* (*detenzione domiciliare ordinaria*), ma anche per la *detenzione domiciliare umanitaria o surrogatoria* di cui al comma 1 *ter*, vale a dire quella applicabile nelle ipotesi in cui potrebbe procedersi al rinvio obbligatorio o facoltativo dell'esecuzione della pena ai sensi degli articoli 146 e 147 c.p..

• **Art. 2** stabilisce che quando i condannati e gli internati per determinati gravi delitti, nonché coloro che siano sottoposti al regime detentivo speciale *ex* art. 41 *bis* O.P. siano "*ammessi alla detenzione domiciliare o usufruiscono del differimento della pena per motivi connessi all'emergenza sanitaria da COVID-19, il magistrato di sorveglianza o il tribunale di sorveglianza che ha adottato il provvedimento, acquisito il parere del Procuratore distrettuale antimafia del luogo in cui è stato commesso il reato e del Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo per i condannati ed internati già sottoposti al regime di cui al predetto articolo 41-bis*", debbano valutare "*la permanenza dei motivi legati all'emergenza sanitaria entro il termine di quindici giorni dall'adozione del provvedimento e, successivamente, con cadenza mensile*". Tale valutazione "*è effettuata immediatamente, anche prima della decorrenza dei termini sopra indicati, nel caso in cui il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria comunica la disponibilità di strutture penitenziarie o di reparti di medicina protetta adeguati alle condizioni di salute del detenuto o dell'internato ammesso alla detenzione domiciliare o ad usufruire del differimento della pena*" (comma 1).
La norma prevede poi che l'autorità giudiziaria, prima di provvedere, debba sentire "*l'autorità sanitaria regionale, in persona del Presidente della Giunta della Regione, sulla situazione sanitaria locale e acquisisce dal Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria informazioni in ordine all'eventuale disponibilità di strutture penitenziarie o di reparti di medicina protetta in cui il condannato o l'internato ammesso alla detenzione domiciliare o ad usufruire del differimento della pena può riprendere la detenzione o l'internamento senza pregiudizio per le sue condizioni di salute*" (comma 2). L'eventuale provvedimento con cui l'autorità giudiziaria revochi la detenzione domiciliare o il differimento della pena è immediatamente esecutivo (comma 3).

• **Art. 3** prevede che, nei medesimi casi e per le medesime ipotesi di reato indicati dall'art. 2, quando nei confronti degli imputati e degli indagati sia "*stata disposta la sostituzione della custodia cautelare in carcere con la misura degli arresti domiciliari per motivi connessi all'emergenza sanitaria da Covid-19*", il P.M. debba verificare "*la permanenza dei predetti motivi entro il termine di quindici giorni dalla data di adozione della misura degli arresti domiciliari e, successivamente, con cadenza mensile, salvo quando il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria comunica la disponibilità di strutture penitenziarie o di reparti di medicina protetta adeguati alle condizioni di salute dell'imputato*". In tali casi il P.M., "*quando acquisisce*

elementi in ordine al sopravvenuto mutamento delle condizioni che hanno giustificato la sostituzione della misura cautelare o alla disponibilità di strutture penitenziarie o reparti di medicina protetta adeguate alle condizioni di salute dell'imputato, chiede al giudice il ripristino della custodia cautelare in carcere, se reputa che permangono le originarie esigenze cautelari" (comma 1).

Prosegue la norma stabilendo che, a fronte della richiesta del P.M., il giudice, fermo restando quanto previsto dall'articolo 299 comma 1 c.p.p. in ordine alla revoca delle misure cautelari per sopravvenuta mancanza delle loro condizioni di applicabilità o delle esigenze cautelari, "*prima di provvedere sente l'autorità sanitaria regionale, in persona del Presidente della Giunta della Regione, sulla situazione sanitaria locale e acquisisce dal Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria informazioni in ordine all'eventuale disponibilità di strutture penitenziarie o di reparti di medicina protetta in cui l'imputato può essere nuovamente sottoposto alla custodia cautelare in carcere senza pregiudizio per le sue condizioni di salute*". In tal caso il giudice deve provvedere "*valutando la permanenza dei motivi che hanno giustificato l'adozione del provvedimento di sostituzione della custodia cautelare in carcere nonché la disponibilità di altre strutture penitenziarie o di reparti di medicina protetta idonei ad evitare il pregiudizio per la salute dell'imputato*" (comma 2).

• **Art. 4** stabilisce una nuova limitazione ai colloqui all'interno degli istituti penitenziari e degli istituti penali per minorenni, secondo cui a decorrere dal 19 maggio 2020 e sino alla data del 30 giugno 2020, "*al fine di consentire il rispetto delle condizioni igienico-sanitarie idonee a prevenire il rischio di diffusione del Covid-19*", i colloqui con i congiunti o con altre persone cui hanno diritto i condannati, gli internati e gli imputati (e indagati) "*possono essere svolti a distanza, mediante, ove possibile, apparecchiature e collegamenti di cui dispone l'amministrazione penitenziaria e minorile o mediante corrispondenza telefonica, che può essere autorizzata oltre i limiti*" (comma 1).

Saranno, invece, il direttore dell'istituto penitenziario e il direttore dell'istituto penale per minorenni, sentiti il provveditore regionale dell'amministrazione penitenziaria e il dirigente del centro per la giustizia minorile, nonché l'autorità sanitaria regionale a stabilire, nei limiti di legge, "*il numero massimo di colloqui da svolgere con modalità in presenza, fermo il diritto dei condannati, internati e imputati ad almeno un colloquio al mese in presenza di almeno un congiunto o altra persona*" (comma 2).

• **Art. 5** prevede che le disposizioni di cui agli articoli 2 e 3 si applichino a tutti i provvedimenti di ammissione alla detenzione domiciliare o di differimento della pena e ai provvedimenti di sostituzione della misura cautelare della custodia in carcere con quella degli arresti domiciliari adottati successivamente al 23 febbraio 2020 (comma 1).

La norma dispone altresì che per i provvedimenti già emessi alla data di entrata in vigore del decreto legge, il termine di quindici giorni previsto dagli articoli 2, comma 1, e 3, comma 1, decorra dalla data di entrata in vigore del decreto, ossia l'11 maggio 2020 (comma 2).

TRIMESTRALE, 2, 2020

CONTRIBUTI

Palliativi e cure effettive: interventi proposti e proposte di intervento in tema di responsabilità penale degli esercenti le professioni sanitarie.

di ***L. Scaramellini***

Può l'attuale emergenza sanitaria essere l'occasione per un organico ripensamento della disciplina della responsabilità penale degli esercenti le professioni sanitarie? Questo è il quesito al quale cerca di dare risposta il presente contributo.
Dal un lato, infatti, pur se animata dall'intento di contenere maggiormente il rischio penale per i medici, la disciplina di cui all'art. 590-sexies c.p. ha mostrato, sin dalle prime applicazioni pratiche, molteplici nodi difficili da sciogliere, che hanno finito con il limitarne notevolmente la portata rispetto alle previsioni iniziali.
Dall'altro lato, invece, uno scudo penale "emergenziale" come quello proposto in Senato, nel corso della discussione per la conversione del Decreto Legge "Cura Italia", rischierebbe di risolversi in un mero palliativo, frutto più degli interessi politici ed economici sottesi alla gestione dell'attuale crisi che della volontà di dare risposte effettive alle esigenze di tutela dei medici-eroi.
In tale contesto, soltanto un cambio radicale del sostrato giuridico-culturale potrà portare alla costruzione di un sistema che, valorizzando l'alleanza terapeutica tra medico e paziente, tuteli efficacemente ed effettivamente gli esercenti le professioni sanitarie.

Sommario. 1. Premessa. – **2.** La Legge Gelli-Bianco e la disciplina prevista dall'art. 590-*sexies* c.p. – **2.1** L'imperizia. – **2.2.** Il rispetto delle linee guida "accreditate" o, in mancanza di queste, delle buone pratiche clinico-assistenziali. – **2.3.** L'adeguatezza alle specificità del caso concreto. – **2.4.** Il grado della colpa. – **3.** Le proposte di emendamento al Decreto Legge "*Cura Italia*". – **4.** Palliativi o cure effettive? Alcune riflessioni. – **5.** Le possibili direttrici per una terza (e definitiva?) riforma del diritto penale medico.

1. Premessa.

Intervistata dalla stampa, alla domanda *«Il tampone è stato immediato?»*, l'anestesista dell'ospedale di Codogno che, per prima, ha intuito la diagnosi di Mattia, il paziente uno, ha così riposto: «*Ho dovuto chiedere l'autorizzazione all'azienda sanitaria. I protocolli italiani non lo giustificavano. Mi è stato detto che se lo ritenevo necessario e me ne assumevo la responsabilità, potevo farlo*»[1].

Responsabilità. Una parola che – di fronte all'avanzata inarrestabile di un nemico sconosciuto, che in pochissimo tempo ha imposto a ciascuno di noi cambiamenti radicali nel modo di lavorare, di stare accanto ai nostri cari, di vivere la quotidianità – ha alimentato, e continua ad alimentare, il dibattito pubblico. Ci si interroga su eventuali responsabilità degli organi di governo nazionale ed internazionale, delle amministrazioni regionali e locali, delle strutture sanitarie; persino di quei medici, infermieri, operatori socio-sanitari, ecc., inizialmente acclamati come eroi dalle finestre e dai balconi di tutta Italia per il loro instancabile e coraggioso lavoro.

È sufficiente, infatti, aprire le pagine di un qualunque quotidiano per cogliere i sintomi dell'inizio di una deriva accusatoria nei confronti proprio di quello stesso personale sanitario, destinatario di innumerevoli manifestazioni di stima e solidarietà. Si sono registrate le prime denunce presentate dai parenti delle vittime per asseriti negligenze nelle cure dei propri cari, l'avvio di indagini da parte di diverse Procure della Repubblica per presunti casi di *malpractice*, finanche inaccettabili campagne pubblicitarie volte a promuovere azioni legali, civili e penali, nei confronti degli "eroi", trasformatisi, improvvisamente, in nemici.

Così, nel tentativo di arginare tale fenomeno e restituire serenità agli esercenti le professioni sanitarie – già stremati da condizioni di lavoro precarie, turni massacranti, carenza di presidi di protezione individuale, di farmaci, macchinari e personale – nel corso della discussione in Senato per la conversione in

legge del Decreto cosiddetto "*Cura Italia*"[2], sono stati formulati diversi emendamenti volti ad introdurre una sorta di "scudo" per mettere al riparo il personale sanitario dai rischi legati all'esercizio della professione nell'ambito dell'emergenza Covid-19, sia sotto il profilo civile sia sotto il profilo penale, qui di interesse. Al momento la discussione, dopo aver suscitato reazioni di segno contrastante, ha subìto una battuta di arresto, in attesa dell'avvio di un tavolo di lavoro che consenta l'instaurarsi di un dibattito più approfondito e ampio.

Il presente elaborato si pone, dunque, la finalità di svolgere talune riflessioni in merito agli aspetti ancora aperti che riguardano la responsabilità penale degli esercenti le professioni sanitarie: l'attuale disciplina, riformata poco più di due anni fa, è effettivamente inadeguata di fronte ad una situazione emergenziale come quella in essere? Vi sono, nel nostro ordinamento, altri strumenti giuridici che potrebbero essere invocati per tutelare il personale sanitario? Le proposte di modifica al Decreto Legge "*Cura Italia*" avrebbero consentito di mettere effettivamente al riparo medici, infermieri, operatori socio-sanitari dalla spada di Damocle di un procedimento penale?

2. La Legge Gelli-Bianco e la disciplina prevista dall'art. 590-sexies c.p.

Per poter fornire una risposta agli interrogativi di cui sopra, è preliminarmente necessario ripercorrere i tratti essenziali della disciplina che attualmente governa la responsabilità penale in ambito medico-chirurgico.

Tale settore è stato oggetto, nell'ultimo decennio, di ben due riforme legislative di notevole portata: il Decreto-Legge 13 settembre 2012, n. 158, convertito con Legge 8 novembre 2012, n. 189, meglio nota come "Legge Balduzzi" e, successivamente, la Legge 8 marzo 2017, n. 24, conosciuta come "Legge Gelli-Bianco".

Si tratta di due provvedimenti che, a parere di chi scrive, risultano legati da un rapporto di discontinua continuità. Da un lato, infatti, entrambi sono frutto della volontà del Legislatore di intervenire, arginandolo, sul fenomeno della cosiddetta "medicina difensiva"[3], causa non solo di un incremento significativo della spesa pubblica in ambito sanitario, ma, altresì, di profili di inefficienza e minor affidabilità delle cure prestate. Dall'altro lato, con la Legge Gelli-Bianco si è cercato di fornire una risposta ai numerosi nodi lasciati irrisolti dalla previgente disciplina, con ripercussioni pratiche di non poco conto.

Proprio a tal fine, il Legislatore del 2017 è intervenuto ridisegnando i confini della responsabilità penale degli esercenti le professioni sanitarie (medici, infermieri, operatori socio-sanitari, ecc.) secondo una nuova architettura normativa e concettuale, fondata su una serie di pilastri, quali, in estrema sintesi: l'ancoraggio della non punibilità alla sola imperizia, l'introduzione di un sistema di validazione delle linee guida, l'eliminazione di qualunque riferimento al grado della colpa (parametro, questo, poi recuperato dai successivi interventi giurisprudenziali in materia, come meglio si vedrà nel prosieguo). Su tali pilastri è stato così eretto il nuovo art. 590-*sexies* c.p., rubricato "*Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario*", cuore pulsante dell'attuale assetto normativo in tema di responsabilità penale medico-chirurgica, a tenore del quale "*Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma.*

Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto"[4].

Se il primo comma della disposizione in parola non colpisce certo per originalità, limitandosi a circoscrivere il perimetro di applicazione della stessa alle sole ipotesi di omicidio colposo (art. 589 c.p.) e di lesioni personali colpose (art. 590 c.p.)[5], non è revocabile in dubbio, invero, la portata innovativa, rispetto al passato, del secondo comma, attraverso il quale si è voluto introdurre una particolare disciplina per gli esercenti una professione sanitaria, onde sottrarli alla normale punibilità prevista dal codice penale in presenza di una serie di presupposti, tra loro cumulativi: la verificazione dell'evento a causa d'imperizia, il rispetto delle linee guida "accreditate", l'adeguatezza di queste alle specificità del caso concreto.

Pur senza alcuna pretesa di esaustività, di seguito si fornisce una breve disamina degli stessi.

2.1. L'imperizia.

Affinché possa trovare applicazione la nuova causa di non punibilità, il secondo comma dell'art. 590-*sexies* c.p., innanzitutto, richiede in maniera espressa che l'evento morte o lesione sia la conseguenza di una condotta imperita, sia essa attiva od omissiva. Come noto, il concetto di imperizia ricomprende in sé tutte quelle

condotte derivanti da una insufficiente attitudine a svolgere una attività che richiede conoscenze specifiche di regole scientifiche e tecniche dettate dalla scienza e dall'esperienza[6]. In altre parole, l'imperizia consiste in una scarsa preparazione professionale, che può derivare da insipienza tecnico-scientifica ovvero da un inadeguato bagaglio di esperienza specifica o, ancora, da un difetto di capacità.

Lo *standard* richiesto in termini di perizia verrà valutato secondo il parametro oggettivo del cosiddetto *homo eiusdem professionis et condicionis*, vale a dire prendendo come riferimento la figura astratta di un "agente-modello", esperto ed accorto, che svolga quella stessa attività posta in essere in concreto dal soggetto agente. Con specifico riferimento all'ambito medico-chirurgico, vi saranno una pluralità di "agenti-modello" a seconda, per esempio, della qualifica professionale (medico generico *vs* medico specialista), dell'area di specializzazione (anestesista, medico cardiologo, infermiere, ecc.), dell'età e dell'esperienza (specializzando, medico appena abilitato, ecc.).

Riportando ad unità i diversi orientamenti sviluppatisi in relazione al previgente art. 3 della Legge Balduzzi[7], il Legislatore del 2017 ha chiaramente escluso dal perimetro applicativo della nuova disposizione le ipotesi di morte e lesioni cagionate da condotte negligenti (vale a dire da trascuratezza, disattenzione, dimenticanza, leggerezza in rapporto ad una regola di condotta che prescrive di attivarsi in maniera diligente) ed imprudenti (vale a dire, derivanti dalla violazione di regole cautelari che richiedono di astenersi dall'agire ovvero che richiedono di agire adottando debite cautele)[8]. Per esemplificare, la nuova disciplina non potrà essere invocata nel caso di condotte quali la dimenticanza di garze o ferri chirurgici nell'addome del paziente (negligenza) o l'esecuzione di un intervento chirurgico in condizioni fisiche precarie (imprudenza).

2.2. Il rispetto delle linee guida "accreditate" o, in mancanza di queste, delle buone pratiche clinico-assistenziali.

Il tema delle linee guida è, senza ombra di dubbio, l'aspetto centrale della nuova disciplina, tanto da venire ad esso dedicato un intero articolo della Legge Gelli-Bianco (art. 5).

Innanzitutto, è utile ricordare come, secondo un orientamento ormai da tempo consolidato in giurisprudenza, le linee guida consistono in raccomandazioni di comportamento clinico, sviluppate attraverso un processo sistematico di elaborazione concettuale, volto a offrire indicazioni utili ai medici nel decidere quale sia il percorso diagnostico-terapeutico più appropriato in specifiche circostanze cliniche. Esse si sostanziano, dunque, nell'indicazione di *standard* diagnostico-terapeutici conformi alle regole dettate dalla migliore scienza ed esperienza medica, a garanzia della salute del paziente e costituiscono il condensato delle acquisizioni scientifiche, tecnologiche e metodologiche concernenti i singoli ambiti operativi[9].

Diversamente, le buone pratiche clinico-assistenziali sono definite dai principali esperti internazionali in tema di qualità e rischio clinico come "*ogni attività, procedura o comportamento riguardante percorsi assistenziali, basata su standard di qualità e di sicurezza. Questi standard hanno origine da evidenze, da letteratura e da organizzazioni sanitarie. Una buona pratica necessita di indicatori specifici da monitorare nel tempo e può variare a seconda del settore a cui si fa riferimento (ospedale, infermeria o studio medico) come anche in base alle singole aree (terapia intensiva, impiego di farmacia, prevenzione delle infezioni)*"[10].

Seguendo il solco tracciato dalla previgente normativa, l'art. 5 della Legge Gelli-Bianco ribadisce, innanzitutto, l'importanza delle linee guida e delle buone pratiche clinico-assistenziali, sancendo espressamente il dovere generalizzato di medici, infermieri, operatori socio-sanitari, ecc., di osservare le raccomandazioni ivi contenute "*nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale*".

Il Legislatore del 2017 non si è, tuttavia, fermato qui, ma – anche con l'obiettivo di superare le critiche di eccessiva genericità mosse, da più fronti, alla Legge Balduzzi – ha costruito un vero e proprio sistema di linee guida, strutturato e formalizzato, attraverso la previsione di un articolato *iter* di elaborazione ed emanazione delle stesse[11].

Chiarito, dunque, come l'attività di "*elaborazione di linee guida*" comprenda sia la loro produzione *ex novo* sia l'adattamento nazionale di linee guida internazionali sia l'aggiornamento di linee guida preesistenti, l'art. 5 della Legge Gelli-Bianco individua in maniera puntuale i soggetti ai quali tale compito è demandato: non più le sole società scientifiche, ma anche enti ed istituzioni pubbliche e private nonché società e associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie, purché in possesso di determinati requisiti[12].

Per tali soggetti è poi prevista una sorta di "accreditamento", attraverso l'iscrizione ad un apposito elenco, da aggiornarsi con cadenza biennale, di competenza del Ministero della Salute. Il primo elenco delle società e delle associazioni tecnico-scientifiche autorizzate all'elaborazione delle linee guida è stato

divulgato con determina del Ministero della Salute del 6 novembre 2018, in attuazione del Decreto Ministeriale del 2 agosto 2017.
Così individuati i soggetti legittimati alla produzione di linee guida, la normativa richiede un ulteriore requisito, vale a dire la pubblicazione delle stesse nel Sistema Nazionale delle Linee Guida ("**SNLG**"), gestito dall'Istituto Superiore di Sanità, al quale è affidato il compito di svolgere un vaglio di affidabilità al fine di estromettere la cosiddetta "scienza spazzatura" o "scienza scaduta".
In conclusione, perché possa trovare applicazione la causa di non punibilità *ex* art. 590-*sexies* c.p., l'esercente una professione sanitaria dovrà attenersi alle sole linee guida "accreditate", ovverosia a quelle linee guida (ed ai relativi aggiornamenti) provenienti dai soggetti iscritti nell'apposito elenco di competenza del Ministero della Salute ed incluse nel SNLG.
Non sono, invece, ricomprese in tale sistema le cosiddette buone pratiche clinico-assistenziali, alle quali la Legge Gelli-Bianco attribuisce un ruolo sussidiario, giacché il medico dovrà attenersi a queste ultime soltanto in assenza di linee guida "accreditate". Per le buone pratiche clinico-assistenziali, peraltro, non è previsto uno specifico *iter* di elaborazione e pubblicazione, così come contemplato per le linee guida, né alcuna indicazione è stata fornita dal Legislatore circa il contenuto e i requisiti delle stesse. Tuttavia, al fine di fornire supporto ai professionisti sanitari su quegli argomenti non coperti dalle linee guida "*come definite e pubblicate ai sensi di legge*", l'ISS ha pubblicato sulla pagina *web* del SNLG "*le buone pratiche identificate dal CNEC attraverso un processo di ricognizione della letteratura biomedica e delle best practices riconosciute con meccanismi di consenso fra esperti, a livello nazionale e internazionale*"[13].
Non da ultimo, sul rapporto tra linee guida "accreditate" e non e buone pratiche clinico-assistenziali, si è espressa di recente la Corte di Cassazione, la quale ha chiarito come, in mancanza di linee guida approvate ed emanate mediante il procedimento di cui all'art. 5 della Legge Gelli-Bianco, possa farsi richiamo alle linee guida attualmente vigenti, considerandole alla stregua di buone pratiche clinico-assistenziali (precisando, tuttavia, come tale opzione ermeneutica non sia "*agevole ove si consideri che le linee guida differiscono notevolmente, sotto il profilo concettuale, prima ancora che tecnico-operativo, dalle buone pratiche clinico-assistenziali*")[14].

2.3. L'adeguatezza alle specificità del caso concreto.

Le linee guida seguite dall'esercente una professione sanitaria dovranno essere, inoltre, "adeguate" alle specificità del caso concreto. Tale inciso codifica un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato, secondo il quale le linee guida non corrispondono *tout court* a regole cautelari, come quelle che presidiano le ipotesi di colpa specifica[15]. Pertanto, il rispetto di linee guida accreditate presso la comunità scientifica non determinerà, di per sé, l'esonero dalla responsabilità penale del sanitario, dovendosi comunque accertare l'idoneità del percorso terapeutico indicato dalle linee guida seguite rispetto alle specificità del quadro clinico del paziente[16]. Ne consegue che, qualora le emergenze della situazione contingente lo impongano, l'esercente una professione sanitaria potrà (anzi, dovrà) disattendere le raccomandazioni contenute nelle linee guida "accreditate". Tuttavia, in tale scenario è evidente come, qualora dovesse instaurarsi un procedimento penale, sarà ben arduo il compito del medico (o meglio, del suo difensore) di provare la fondatezza delle ragioni sottese alla scelta, ritenuta più adeguata nell'interesse del paziente, di non conformarsi alle raccomandazioni contenute nelle linee guida.

2.4. Il grado della colpa.

A differenza della previgente disciplina contenuta nella Legge Balduzzi – secondo la quale la punibilità dell'esercente una professione sanitaria veniva esclusa per le condotte al medesimo ascritte soltanto nelle ipotesi di colpa lieve – il dettato normativo dell'attuale art. 590-*sexies* c.p. non contiene alcun riferimento al grado della colpa.
Si tratta di una presa di posizione da parte del Legislatore tanto innovativa quanto peculiare, dalla quale, sin da subito, sono sorte una serie di problematiche in sede di applicazione pratica della disposizione che ci occupa. Se da un lato, infatti, non è revocabile in dubbio che nelle ipotesi di macroscopica inosservanza delle linee guida, la punibilità non possa mai essere esclusa, neppure per colpa lieve, *quid iuris*, per esempio, nei casi in cui le linee guida vengano adeguatamente scelte in base alle specificità del caso concreto, ma il sanitario, pur attenendosi ad esse, commetta degli errori nella fase della loro esecuzione?
La risposta è stata fornita dalle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione, con la pronuncia 22 febbraio 2018, n. 8770 (Mariotti), che, dopo diverse decisioni di segno ondivago, ha definito puntualmente il perimetro applicativo dell'art. 590-*sexies* c.p.: tale risultato è stato raggiunto ricorrendo ad una

interpretazione costituzionalmente orientata della norma, che ha permesso ai Supremi Giudici il recupero del parametro della gravità della colpa per imperizia. Non è questa la sede per una analisi approfondita del percorso logico-argomentativo adottato dalla Corte, in merito al quale la dottrina si è ampiamente espressa[17]. Ai nostri fini, ci si limita a ricordare che, a seguito dei principi statuiti con la sentenza "Mariotti", l'esercente una professione sanitaria risponderà a titolo di colpa per morte o lesioni personali derivanti dall'esercizio di attività medico-chirurgica:

a) se l'evento si è verificato per colpa (anche lieve) da negligenza o imprudenza;

b) se l'evento si è verificato per colpa (anche lieve) da imperizia, quando il caso concreto non è regolato da linee guida o da buone pratico clinico-assistenziali;

c) se l'evento si è verificato per colpa (anche lieve) da imperizia nell'individuazione e nella scelta di linee guida o di buone pratiche clinico assistenziali non adeguate alle specificità del caso concreto;

d) se l'evento si è verificato per colpa grave da imperizia nell'esecuzione delle raccomandazioni contenute in linee guida o di buone pratiche clinico-assistenziali adeguate, tenendo conto del grado di rischio da gestire e delle speciali difficoltà dell'atto medico.

3. Le proposte di emendamento al Decreto Legge "*Cura Italia*".

Così ricostruita la vigente disciplina in tema di responsabilità penale in ambito medico-chirurgico, con l'espandersi e l'aggravarsi dell'emergenza legata alla propagazione del Covid-19 e il diffondersi delle prime notizie in merito a denunce e indagini a carico degli esercenti le professioni sanitarie, da più fronti si sono levate voci che ne hanno evidenziato l'inadeguatezza, invocando un intervento legislativo sul tema.

Come anticipato in premessa, in sede di conversione in legge del Decreto "*Cura Italia*", sono, dunque, stati presentati alcuni emendamenti, di iniziativa di diverse forze politiche, volti ad introdurre una normativa *ad hoc*, onde tutelare il personale medico (e le strutture sanitarie) dal rischio di azioni legali – sul versante civile, erariale e penale, qui di interesse – connesse alle condotte poste in essere nell'ambito della crisi pandemica. A tacer del fatto che il dibattito si è ora spostato in altra (più opportuna) sede a seguito del ritiro di alcuni emendamenti e della conversione di altri in ordini del giorno, è comunque utile analizzare le proposte di "scudo penale" fino ad ora formulate per poterne cogliere pregi e limiti.

Ci si intende soffermare, in particolare, su due emendamenti.

Gli onorevoli Mallegna e Sicari hanno sottoposto all'attenzione del Senato l'introduzione di un comma 1-*bis* all'art. 13 del Decreto "*Cura Italia*", a tenore del quale "*Per tutta la durata dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 di cui al decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6 e ai provvedimenti attuativi, l'esercente una professione sanitaria o il soggetto abilitato a norma dell'articolo 102 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, non è punibile per i reati di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale quando il profilo di colpa sia determinato da indisponibilità di mezzi o il soggetto abbia agito in situazione di urgenza allo scopo di salvaguardare la vita o l'integrità del paziente. Nei casi contemplati dal precedente periodo, qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, in deroga a quanto previsto dall'articolo 590-sexies, secondo comma, del codice penale, la punibilità è sempre esclusa*".

La norma così formulata, pur ampliando, da un lato, il perimetro della non punibilità a tutte le ipotesi di imperizia, a prescindere dal grado della colpa (disattendendo, dunque, l'orientamento sancito dalla sentenza Mariotti), circoscrive, dall'altro lato, lo "scudo penale" alle sole ipotesi di morte o lesioni colpose, secondo il modello dell'art. 590-*sexies* c.p. (con l'esclusione, quindi, di diverse fattispecie che potenzialmente potrebbero venire in essere in un contesto emergenziale straordinario) e ai casi di colpa derivante da (a) indisponibilità di mezzi o (b) dall'aver agito in situazione di urgenza allo scopo di salvaguardare la vita o l'integrità del paziente.

Più ampia risulta, invece, la struttura dell'emendamento a firma dell'onorevole Marcucci, il quale ha proposto l'introduzione di un nuovo art. 1-*bis*, il cui comma terzo dovrebbe prevedere quanto segue: "*Fermo quanto previsto dall'articolo 590-sexies del codice penale, per tutti gli eventi avversi che si siano verificati od abbiano trovato causa durante l'emergenza epidemiologica COVID-19 di cui alla delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, la punibilità penale è limitata ai soli casi di colpa grave. La colpa si considera grave unicamente laddove consista nella macroscopica e ingiustificata violazione dei principi basilari che regolano la professione sanitaria o dei protocolli o programmi emergenziali eventualmente predisposti per fronteggiare la situazione in essere, tenuto conto di quanto stabilito dal comma 2*".

I tratti caratterizzanti di tale proposta sono i seguenti:

a) l'esclusione della punibilità del personale sanitario per "*tutti gli eventi avversi che si siano verificati od abbiano trovato causa durante l'emergenza*

epidemiologica COVID-19 di cui alla delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020". Nessun riferimento, dunque, alle sole fattispecie di omicidio o di lesioni colpose così come nessun riferimento specifico alla *species* dell'imperizia;

b) il recupero del parametro della colpa grave, quale limite esterno all'area di non punibilità;

c) l'introduzione di una puntuale definizione di colpa grave, secondo la quale "*La colpa si considera grave unicamente laddove consista nella macroscopica e ingiustificata violazione dei principi basilari che regolano la professione sanitaria o dei protocolli o programmi emergenziali eventualmente predisposti per fronteggiare la situazione in essere*";

d) la valorizzazione delle specificità del contesto di emergenza pandemica. In particolare, il proposto comma due stabilisce che, nella valutazione del grado della colpa, dovrà guardarsi, tra l'altro, alla "*proporzione tra le risorse umane e materiali disponibili*", al "*numero di pazienti su cui è necessario intervenire*" nonché al "*carattere eterogeneo della prestazione svolta in emergenza rispetto al livello di esperienza e di specializzazione del singolo operatore*".

4. Palliativi o cure effettive? Alcune riflessioni.

Pur se animata dall'intento di contenere maggiormente il rischio penale per gli esercenti le professioni sanitarie, l'impianto introdotto dalla Legge Gelli-Bianco, e in particolare la disciplina di cui all'art. 590-*sexies* c.p., ha mostrato, sin dalle prime applicazioni pratiche, molteplici nodi difficili da sciogliere, che hanno finito con il limitarne notevolmente la portata rispetto alle previsioni iniziali.

Nodi che, soltanto parzialmente risolti dalla successiva giurisprudenza, rendono, a parere di chi scrive, tale normativa inidonea di per sé a fornire una tutela ad ampio spettro sul versante penale al personale sanitario impegnato quotidianamente nella strenua battaglia contro il Covid-19.

Si pensi, ad esempio, alle molteplici fattispecie di rilevanza penale nelle quali medici, infermieri, operatori socio-sanitari possono incorrere nell'esercizio della propria professione in un contesto di straordinaria emergenza quale quello in essere – è fatto noto l'apertura di diversi fascicoli investigativi per l'ipotesi di epidemia colposa – laddove, per converso, l'art. 590-*sexies* c.p. ricomprende nel proprio perimetro soltanto i casi di omicidio e lesioni colpose.

E ancora, la Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza "Mariotti", hanno doppiamente limitato la causa di non punibilità in parola, rendendola applicabile esclusivamente agli eventi di morte o lesioni (i) cagionati da imperizia non grave (ii) nella fase esecutiva della professione sanitaria, ovverosia in quella di attuazione delle raccomandazioni contenute nelle linee guida (correttamente) prescelte. Con la conseguenza, irragionevole ed inaccettabile, che, ad esempio, il medico, il quale, nonostante uno stato psico-fisico precario a causa del forte stress e delle innumerevoli ore di lavoro, seguiti ad operare nel tentativo di salvare quante più vite possibili – non certo per velleità personali, bensì per sopperire ad una oggettiva carenza di personale – potrebbe rischiare qualora, malauguratamente, dalla propria condotta dovessero derivare un nocumento al paziente, una contestazione per lesioni colpose causate da imprudenza, senza poter beneficiare della previsione *ex* art. 590-*sexies* c.p.

Altro aspetto critico è quello connesso al tema delle linee guida. Come rappresentato nei precedenti paragrafi, l'assetto normativo introdotto dalla Legge Gelli-Bianco è saldamente ancorato non al rispetto delle linee guida genericamente intese, bensì al rispetto di quelle linee guida "*definite e pubblicate ai sensi di legge*". Una scelta, questa, che, seppur dettata dalla ragionevole necessità di sottoporre ad un vaglio di affidabilità il sapere, a fronte del proliferare della *junk science*, corre, tuttavia, il rischio di cristallizzare le conoscenze tecnico-scientifiche, facendole rimanere sempre un passo indietro rispetto alle reali esigenze. Il medico, l'infermiere, l'operatore socio-sanitario, al fine di mettersi al riparo da eventuali conseguenze sul versante penalistico, saranno portati a conformarsi strettamente a quanto previsto dalle linee guida vigenti, già "certificate", laddove, al contrario, la straordinarietà dell'attuale situazione richiederebbe, invero, l'assunzione di un "rischio di sperimentare".

Non bisogna, infatti, scordare che due sono i profili, strettamente correlati, che vengono in rilievo rispetto alla situazione che le strutture sanitarie stanno vivendo. Da un lato, il profilo emergenziale: il personale sanitario si trova ad operare in condizioni di alta criticità, che impongono interventi rapidi ed immediati nonché un impiego importante di forze in termini di personale, ore di lavoro, concentrazione, ecc., tanto che, da più parti, si è parlato di una situazione "*da medicina di guerra*". Dall'altro lato, il profilo delle conoscenze (*rectius*, della mancanza di conoscenze) scientifiche: il Covid-19 è stato definito dagli esperti un "*nemico sconosciuto*", "*subdolo*", per il quale terapia e vaccino appaiono essere un approdo ancora molto lontano. A fronte di tale scenario, dei risultati potranno essere raggiunti soltanto attraverso la ricerca e l'innovazione, che non possono essere confinate

entro schemi precostituiti. E valgano come esempio proprio le parole dell'anestesista di Codogno, la quale si è dovuta "assumere la responsabilità" del tampone effettuato al paziente uno, in quanto non giustificato dai protocolli italiani.
Da taluni è stato affermato come il nostro ordinamento presenti già degli strumenti che, al di là del ricorso alla causa di non punibilità di cui all'art. 590-*sexies* c.p., possono fornire adeguata risposta alle esigenze della classe medica nell'ambito dell'emergenza pandemica in essere: tra questi, la causa di giustificazione dello stato di necessità, disciplinata all'art. 54 c.p. o ancora l'esclusione della punibilità per chi ha commesso il fatto per caso fortuito o per forza maggiore *ex* art. 45 c.p. Ebbene, se è vero che tali disposizioni ben potrebbero essere evocate in relazione a determinati casi in una ottica difensiva, è altresì vero che, affrontando un discorso di più ampio respiro, non possono condividersi le conclusioni di chi ritiene che le predette norme forniscano una soluzione di portata generale (trattandosi, peraltro, di norme che incidono su profili diversi del reato). Un intervento del Legislatore sul tema si rende, pertanto, indispensabile.
Nelle proposte avanzate in sede di conversione del Decreto Legge "*Cura Italia*" si possono cogliere alcuni spunti interessanti, quali il tentativo di ampliare l'area della colpa non punibile (andando oltre i confini della sola imperizia ed includendo ulteriori fattispecie, oltre a quelle di morte e lesioni colpose), l'ancoraggio della responsabilità penale esclusivamente al dolo e alla colpa grave, della quale si è, altresì, cercato di fornire una definizione (slegata da qualsivoglia riferimento al sistema delle linee guida "accreditate") nonché la valorizzazione del contesto organizzativo, in termini di persone e di mezzi, in cui la professione viene svolta.
Nondimeo, quello della responsabilità penale medico-chirurgica è un ambito così delicato e complesso da richiedere una riflessione quanto più ampia e approfondita possibile, che mantenga ben distinto il piano delle effettive esigenze di tutela dei medici-eroi dal piano degli interessi politici ed economici sottesi alla gestione dell'attuale crisi: dopo due interventi riformatori in cinque anni, "interventi emergenziali" non ponderati, che finirebbero col risolversi in meri palliativi, non possono essere ammessi.

5. Le possibili direttrici per una terza (e definitiva?) riforma del diritto penale medico.

L'esperienza attuale offre un insegnamento essenziale, che dovrà essere posto a fondamento di qualunque nuovo intervento riformatorio del diritto penale medico: soltanto un cambio radicale del sostrato giuridico-culturale attraverso, da un lato, l'abbandono definitivo di un modello accusatorio nei confronti degli operatori sanitari, volto alla ricerca spasmodica dell'errore o dell'omissione, e, dall'altro lato, la valorizzazione del principio cardine dell'ordinamento secondo il quale la sanzione penale è l'*extrema ratio*, potrà portare alla costruzione di un sistema che, valorizzando l'alleanza terapeutica tra medico e paziente, tuteli efficacemente ed effettivamente gli esercenti le professioni sanitarie.
In tale prospettiva – anche prendendo in considerazione l'esperienza comparatistica – è opinione di chi scrive valutare l'introduzione di un vero e proprio "statuto" del diritto penale medico, articolato in una serie di norme sia di diritto sostanziale sia di diritto processuale.
Sotto il primo profilo, quello sostanziale, si potrebbe considerare:
a) l'introduzione di una norma, sul modello, tra gli altri, dell'art. 150 del Codice Penale Portoghese[18], che statuisca come i trattamenti medico-chirurgici aventi finalità terapeutica, eseguiti, nel rispetto delle *leges artis* da esercenti le professioni sanitarie legalmente autorizzati non debbano considerarsi un fatto tipico dell'offesa all'integrità fisica. Si tratterebbe di una petizione di principio, volta a recepire quanto già affermato dalla giurisprudenza; tuttavia, in tal modo, verrebbe sancito espressamente quel cambio di approccio rappresentato in apertura del presente paragrafo: non più un ragionamento in ottica di non punibilità, bensì in ottica di assenza di tipicità;
b) la riscrittura dell'art. 590-*sexies* c.p., costruendo una fattispecie qualificata, in relazione alla quale, per un verso, venga maggiormente valorizzato il nesso di causalità tra la condotta del sanitario e l'evento dannoso (che si ritiene non emerga in maniera chiara dall'attuale formulazione del primo comma) e, per altro verso, la punibilità sia limitata alla sola colpa grave.
Sempre in una prospettiva comparatistica, un riferimento potrebbe essere il Codice Penale austriaco, nel quale, a seguito della riforma del 2015, è stato introdotto un "privilegio" per gli esercenti le professioni sanitarie, che limita la punibilità proprio alle sole ipotesi di colpa grave[19];
c) l'introduzione di una definizione normativa di colpa grave plasmata sulle peculiarità dell'attività medico-chirurgica, che prenda in considerazione, congiuntamente e non in via alternativa, il rispetto dei principi fondanti delle *leges artis* in materia nonché il contesto organizzativo (di personale e di mezzi) in cui l'attività viene svolta.

Una riforma del diritto penale sostanziale non è, però, da sola sufficiente se non accompagnata anche da strumenti che, sotto il profilo processuale, portino ad un effetto deflattivo dei procedimenti penali. Se è vero che le statistiche mostrano come siano molto limitati i casi in cui un procedimento penale si conclude con una condanna per un medico, è altresì opportuno considerare come la sola esistenza di un procedimento penale, ancorché in fase di indagini, possa avere effetti devastanti per medici, infermieri, operatori socio-sanitari, sia a livello professionale sia a livello umano. Effetti, questi, di ancora maggior impatto quando gli indagati altro non sono che quel personale sanitario, che fino a pochi giorni addietro abbiamo calorosamente acclamato.

E allora, una possibile soluzione – da applicarsi, innanzitutto, a quei procedimenti penali generati dall'emergenza Covid-19, per poi essere eventualmente estesa a tutti i procedimenti penali aventi ad oggetto la responsabilità medica – potrebbe essere quella di istituire un *pool* di super consulenti, scelti, per esempio, tra i membri dell'Istituto Superiore di Sanità, i quali sia demandata l'analisi dei vari fascicoli al fine di fornire un parere ai Pubblici Ministeri circa la fondatezza o meno della notizia di reato. In altri termini, prima di procedere all'iscrizione di un determinato soggetto, medico, infermiere, operatore socio-sanitario, nel registro degli indagati, dovrebbe essere necessario per i Pubblici Ministeri ottenere una valutazione da parte di esperti selezionati, che esprimano una propria analisi preliminare in merito all'opportunità o meno di incardinare il procedimento penale nei confronti di soggetti (professionisti) determinati.

Il quadro fino ad ora descritto potrebbe, infine, essere integrato con una previsione volta ad incentivare il ricorso a strumenti alternativi di risoluzione delle controversie medico-paziente, quali, per esempio, quello della mediazione sanitaria, già valorizzata dalla Legge Gelli-Bianco con riferimento ai procedimenti civilistici: in tale ottica, si potrebbe giungere ad ipotizzare di riconoscere a strumenti similari a quello della mediazione un ruolo (obbligatorio?) anche sul versante penalistico, con effetti estintivi del reato.

Laura Scaramellini
Avvocato del Foro di Milano.

[1] G. VISETTI, *Coronavirus, l'anestesista di Codogno che ha intuito la diagnosi di Mattia: "Ho pensato all'impossibile"*, *Repubblica*, 6 marzo 2020.

[2] Disegno di Legge n. 1766 – *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, recante misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*.

[3] Secondo la definizione fornita dal Congresso degli Stati Uniti D'America, la "medicina difensiva" consiste in quel fenomeno per il quale il medico ordina esami, procedure o visite in eccesso (medicina difensiva cosiddetta "positiva") o, all'opposto, evita pazienti a rischio o procedure ad alto rischio (medicina difensiva cosiddetta "negativa"), principalmente, anche se non in via esclusiva, per ridurre la propria esposizione al contenzioso legale. Cfr. G. FORTI - M. CATINO - F. D'ALESSANDRO - C. MAZZUCATO - G. VARRASO (a cura di), *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e di gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, Pisa, 2010.

[4] Tale disposizione è andata ad abrogare l'art. 3, comma primo, della Legge Balduzzi, a mente del quale "*L'esercente la professione sanitaria che, nello svolgimento della propria attività, si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica nazionale e internazionale, risponde dei danni derivanti da tali attività solo nei grave casi di dolo e colpa*".

[5] La circostanza per la quale tale disciplina risulta applicabile alle sole ipotesi delittuose di omicidio e lesioni colpose è stata oggetto di diverse critiche atteso che il diritto penale medico conosce ulteriori fattispecie, tra le quali, a titolo di esempio l'interruzione colposa di gravidanza. Cfr., *ex multis*, P. PIRAS, *La riforma della colpa medica nell'approvanda legge Gelli-Bianco*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2016.

[6] Cfr. M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Giappichelli Editore, Torino, 2018.

[7] L'art. 3 non forniva alcuna indicazione in merito alla forma di colpevolezza (imprudenza, negligenza, imperizia) rilevante ai fini della esclusione della punibilità, soffermandosi, invece, sul grado della stessa (come anticipato, non veniva esclusa la punibilità soltanto per quelle condotte caratterizzate da dolo e colpa grave). Ciò nonostante, le prime pronunce giurisprudenziali sul tema avevano sancito l'orientamento – che trovava conforto anche in un'ampia parte di dottrina – secondo il quale l'art. 3 della Legge Balduzzi aveva valenza soltanto con riferimento alle ipotesi di imperizia dell'esercente una professione sanitaria e non anche nelle ipotesi di negligenza ed imprudenza (cfr., *ex multis*, Cass. Pen., 28 maggio-30 giugno 2015, n. 27185; Cass. Pen., 20 marzo-23 aprile 2015, n. 16944; Cass. Pen., 8 luglio 2014, Sozzi; Cass. Pen., 11 marzo 2014, Carlucci). Successivamente, però, la stessa giurisprudenza aveva iniziato a mutare il proprio orientamento e, seguendo un approccio più fedele al dato letterale della norma, aveva concluso per l'applicabilità dell'art. 3 della Legge Balduzzi anche ad ipotesi connotate da colpa generica diversa dall'imperizia, sempre l'operato del medico fosse stato conforme alle linee

guida e alle buone pratiche clinico-assistenziali (cfr., *ex multis*, Cass. Pen., Sez. IV, 16 marzo-30 marzo 2017, n. 1614, Cass. Pen., Sez. IV, 11 maggio-6 giugno 2016, n. 23283; Cass. Pen., Sez. IV, 1° luglio-16 novembre 2015, n. 45527).

[8] Con riferimento alla nozione di imprudenza, la giurisprudenza più recente la definisce come la realizzazione di una attività positiva che non si accompagni nelle speciali circostanze del caso a quelle cautele che l'ordinaria esperienza suggerisce di impiegare a tutela dell'incolumità e degli interessi propri ed altrui (cfr. Cass. Pen., Sez. IV, n. 24384, 26 aprile 2018; conforme a Cass. Pen., Sez. IV, n. 16944, 20 marzo 2015, Rota e altri). In dottrina, sulla nozione generale di negligenza e imperizia cfr. MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G. L., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, agosto 2018.

[9] Cfr., *ex multis*, Cass. Pen., Sez. IV, 5 novembre 2013. n. 18430, Cass. Pen. , 24 gennaio 2013, n. 11493; Cass. Pen., 8 ottobre 2013. n. 7951. Tali concetti sono stati, di recente, ribaditi da Cass. Pen., Sez. IV, 21 marzo 2019, n. 28102

[10] Definizione utilizzata dall'Agenzia Nazionale per i Servizi Sanitari Regionali.

[11] Cfr. art. 5 della Legge Gelli-Bianco.

[12] Sul punto, la Legge Gelli-Bianco ha attribuito al Ministero della Salute il compito di regolamentare i requisiti minimi di rappresentatività sul territorio nazionale delle società e delle associazioni tecnico-scientifiche, la loro costituzione mediante atto pubblico, le varie garanzie da inserire nello statuto, le procedure di iscrizione agli albi, le verifiche sul mantenimento dei requisiti nonché le modalità di sospensione e di modificazione.

[13] I criteri adottati ai fini di tale selezione sono i seguenti: rilevanza dell'argomento, data di pubblicazione inferiore a 3 anni, composizione multidisciplinare e multiprofessionale del panel di esperti, descrizione chiara e dettagliata della metodologia adottata e in linea con gli standard adottati dal CNEC per valutare la qualità delle evidenze scientifiche.

[14] Cfr. Cass. Pen., Sez. IV, n. 28102, 21 marzo 2019.

[15] Cfr., *ex multis*, Cass. Pen., Sez. IV, n. 28187/2017.

[16] Cfr., da ultimo, Cass. Pen., Sez. IV, 4 marzo 2020, n. 10175. In precedenza, si era espressa in senso conforme Cass. Pen., Sez. IV, 22 aprile 2015, n. 244555.

[17] Cfr., *ex multis,* C. CUPELLI, *L'art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle sezioni unite: un'interpretazione 'costituzionalmente conforme' dell'imperizia medica (ancora) punibile*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 3/2018; P. PIRAS, *L'accertamento della colpa medica nella giurisprudenza post Mariotti*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 18 gennaio 2019.

[18] Cfr. *Artigo 150.º Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos: 1 - As intervenções e os tratamentos que, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as leges artis, por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, não se consideram ofensa à integridade física. 2 - As pessoas indicadas no número anterior que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos violando as leges artis e criarem, desse modo, um perigo para a vida ou perigo de grave ofensa para o corpo ou para a saúde são punidas com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias, se pena mais grave lhes não couber por força de outra disposição legal.*

[19] Si tratta del cosiddetto *Medizinalpersonenprivileg* previsto dal § 88 dello StGbB, a tenore del quale "*Handelt der Täter nicht grob fahrlässig und ist:*

1. die verletzte Person mit dem Täter in auf- oder absteigender Linie verwandt oder verschwägert oder sein Ehegatte, sein eingetragener Partner, sein Bruder oder seine Schwester oder nach § 72 Abs. 2 wie ein Angehöriger des Täters zu behandeln,

2. aus der Tat keine Gesundheitsschädigung oder Berufsunfähigkeit einer anderen Person von mehr als vierzehntägiger Dauer erfolgt oder

3. der Täter ein Angehöriger eines gesetzlich geregelten Gesundheitsberufes und die Körperverletzung in Ausübung seines Berufes zugefügt worden,

so ist der Täter nach Abs. 1 nicht zu bestrafen".

TRIMESTRALE, 2, 2020

Contagio da Covid-19 "in occasione di lavoro" e responsabilità datoriale: è davvero necessario uno *scudo penale*?

di ***D. Amato***

La recente introduzione dell'art. 42 d.l. n. 18/2020, nella parte in cui ha previsto che l'infezione da coronavirus *contratta in ambito lavorativo dia luogo all'indennizzo INAIL, ha suscitato notevoli malumori fra gli imprenditori, preoccupati del fatto che tale norma estenda i rischi penali di cui sono ordinariamente gravati. A ciò è conseguita la richiesta, a Governo e Legislatore, di un intervento normativo – il c.d.* scudo penale *– volto a scongiurare questa eventualità.*
In realtà, come ha precisato lo stesso istituto previdenziale, la disposizione in parola non ha alcun riflesso sulle responsabilità datoriali, le quali sono e restano disciplinate dai principi vigenti in materia penale. Desta quindi notevoli perplessità il fatto che il Parlamento abbia dato seguito a tale istanza, tramite l'approvazione di una specifica norma volta a venire incontro alle pretese del mondo produttivo. A ben vedere, tuttavia, l'iniziativa pare giustificata da fini puramente elettorali, essendo priva di reali conseguenze sul piano giuridico.

«*Queste donne pretendono che la metà del ruscello non basta per irrigare le loro terre. Esse vogliono più della metà, almeno così credo d'interpretare i loro desideri. Esiste perciò un solo accomodamento possibile. Bisogna lasciare al podestà i tre quarti dell'acqua del ruscello e i tre quarti dell'acqua che resta saranno per i Fontamaresi. Così gli uni e gli altri avranno tre quarti, cioè, un po' più della metà…*».

I. SILONE, *Fontamara*[1].

Sommario. 1. L'infezione da Covid-19 quale «infortunio sul lavoro» e il caos informativo. – **2.** Lo scenario attuale: la responsabilità del datore di lavoro in caso di contagio. – **3.** Lo scudo penale per i datori di lavoro: una norma inutile o irrealizzabile? – **4.** Alle radici di una preoccupazione reale: le perduranti criticità giurisprudenziali in materia di infortuni sul lavoro.

1. L'infezione da Covid-19 quale «infortunio sul lavoro» e il caos informativo.

La pandemia provocata dal virus SARS-CoV-2 ha avuto un impatto fortissimo sul nostro Paese, ove, al 31 maggio 2020, risultano oltre duecentotrentamila persone contagiate, più di trentatremila morti[2] e conseguenze a lungo termine sulla salute dei sopravvissuti non ancora del tutto note.
Se le ricadute più nefaste si sono verificate sul piano prettamente sanitario, non meno trascurabili sono i risvolti che la diffusione del Covid-19 ha avuto sul mondo del lavoro e, di riflesso, sull'economia in genere[3]. Com'è noto, infatti, nel tentativo di arginare il propagarsi del contagio, il Governo è stato costretto – nella cosiddetta *Fase 1* – a disporre l'interruzione di tutte le attività non essenziali, per poi procedere – nel corso delle *Fasi 2* e *2 bis* – a una graduale riapertura dei vari settori lavorativi.
Caratteristica comune, nel corso di tutta la crisi sanitaria, è stata il profluvio di atti normativi, emanati da una molteplicità di fonti (Parlamento, Governo, Presidente del Consiglio dei Ministri, Ministri, Regioni, Enti Locali)[4], al fine di governare un contesto in rapida evoluzione e, senz'altro, di difficile gestione.
A fronte di una situazione siffatta, era inevitabile che il repentino susseguirsi di leggi, decreti, regolamenti, ordinanze e protocolli – invero non sempre perspicui – creasse un certo disorientamento nell'opinione pubblica. Tuttavia, se in talune occasioni ciò è dipeso direttamente dalla scarsa qualità della produzione normativa, in altre si ha l'impressione che le polemiche siano state strumentali o frutto della tendenza – purtroppo sempre più in voga – ad affrontare

tematiche complesse in modo alquanto superficiale e senza conoscerne adeguatamente tutti i risvolti e le implicazioni.

Particolarmente emblematico, da questo punto di vista, è il caos che si è creato attorno all'art. 42, co. 2 d.l. 18/2020[5] (c.d. decreto *Cura Italia*) il quale, in estrema sintesi e per quanto qui di interesse, ha stabilito che l'infezione da Covid-19, contratta «*in occasione di lavoro*», costituisce infortunio sul lavoro e dà quindi diritto all'indennizzo INAIL.

Se, nelle intenzioni del legislatore, la norma in parola era volta unicamente a disciplinare, peraltro in senso favorevole ai lavoratori[6] e agli imprenditori[7], i profili assicurativi correlati al contagio da *coronavirus* in ambito lavorativo, del tutto diversa è stata la lettura che ne è stata data da parte del mondo imprenditoriale e, si deve osservare, anche da alcuni dei primi commentatori. In sintesi, questi hanno ritenuto che la predetta disposizione, nel qualificare come *infortunio*, anziché come *malattia*, l'infezione da Covid-19, costituisse la chiave di volta per attribuire al datore di lavoro la responsabilità penale per le morti (art. 589 c.p.) o le lesioni (art. 590 c.p.) patiti dai propri dipendenti a causa del virus[8]. Da qui la pressante richiesta a Governo e Legislatore di porre rimedio a questa situazione, approntando uno *scudo penale* volto a tutelare da tali contestazioni gli imprenditori alle prese con la difficile sfida della prosecuzione – o della ripartenza – delle attività lavorative in un contesto sanitario ancora connotato dalla presenza del virus.

Se così è, occorre anticipare sin da subito come la pretesa appaia difficilmente comprensibile, poiché l'art. 42, co. 2 d.l. n. 18/2020 non ha in alcun modo mutato la responsabilità correlata agli infortuni sul lavoro, né – da un punto di vista penalistico – ha alcuna rilevanza il fatto che la trasmissione del virus venga qualificata come *infortunio* o *malattia*, essendo entrambe le ipotesi pacificamente riconducibili agli artt. 589 e 590 c.p.[9]. Ciò che desta maggior sconcerto, tuttavia, è che a tale istanza si sia in qualche modo dato seguito, con una strampalata proposta di emendamento che si porrebbe proprio l'obiettivo di offrire una tutela giuridica contro queste incriminazioni.

Prima di affrontare nel dettaglio la questione, è opportuno tratteggiare brevemente l'attuale posizione giuridica dei datori di lavoro con riferimento ai profili penali correlati alle infezioni da *coronavirus* patite dai propri dipendenti.

2. Lo scenario attuale: la responsabilità del datore di lavoro in caso di contagio.

È bene fare immediatamente chiarezza sul punto: il fatto che un lavoratore si ammali di Covid-19, nello svolgimento delle proprie mansioni professionali, può dare luogo a un'incriminazione per omicidio o lesioni (a seconda che la malattia abbia un esito letale o meno), verosimilmente in forma colposa[10], con l'aggravante della violazione delle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro. L'imputazione di tale evento, tuttavia, non dipende certo dall'art. 42, co. 2 d.l. n. 18/2020, bensì dalle ordinarie regole che disciplinano la materia penale.

A costo di essere didascalici, sia consentito ricordare come, affinché a un soggetto possano essere mosse le contestazioni predette – nel caso in esame nella forma omissiva, per non aver impedito il contagio – occorrerà in primo luogo dimostrare come proprio su tale persona gravasse una posizione di garanzia relativa alla tutela della salute del lavoratore-vittima; dopodiché sarà necessario appurare – oltre ogni ragionevole dubbio[11] – come fra la condotta omissiva del reo e l'infezione vi sia un nesso causale; infine, si dovrà verificare la possibilità di muovere un rimprovero, quantomeno per colpa, in capo all'agente.

Per quanto concerne il primo profilo, *nulla quaestio*: è indubbio come il datore di lavoro sia ordinariamente gravato – in base a quanto previsto, fra l'altro, dall'art. 2087 c.c. e dalla complessa normativa delineata dal d. lgs. n. 81/2008 – di una serie di stringenti obblighi in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, da cui deriva pacificamente l'esistenza di una posizione di garanzia. Maggiori difficoltà si potranno invece porre in presenza di organizzazioni complesse, nel momento in cui ci si trovi ad affrontare il problema di quale sia il soggetto, o i soggetti, concretamente gravati da tale posizione di garanzia[12].

Il secondo requisito, relativo all'accertamento del nesso causale, rappresenta invece un ostacolo forse insormontabile nella situazione in esame. Ciò dipende, essenzialmente, dal carattere ubiquitario del virus e dalle correlate innumerevoli occasioni di contagio, ragion per cui, nella maggior parte dei casi[13], risulterà impossibile per la pubblica accusa riuscire a dimostrare che il lavoratore si sia infettato proprio nello svolgimento dell'attività lavorativa. Né potranno valere, almeno in sede penale, scorciatoie logiche relative alla maggiore o minore probabilità di infezione o anche a vistosi casi di aumento del

rischio, magari correlati alla scarsità o inefficacia dei dispositivi di protezione: l'unica cosa che conta, in ambito penale, è poter dimostrare la causalità individuale, ossia che quel determinato lavoratore si sia infettato in quel contesto lavorativo, esattamente nel momento in cui della tutela della sua salute e sicurezza era responsabile proprio quell'imputato, nonché che la corretta adozione dei presidi antinfortunistici sarebbe valsa a evitare il verificarsi dell'evento[14]. Si tratta, com'è stato osservato, di una vera e propria *probatio diabolica*[15], al punto che anche ai fini civilistici, ove vigono regole probatorie molto meno stringenti[16], ci si è interrogati sulla possibilità di fornire tale prova, arrivando a ipotizzare il ricorso a meccanismi presuntivi semplificati[17].

Il terzo profilo, afferente alla colpa, è quello che tradizionalmente pone i maggiori problemi, essenzialmente a causa della difficoltà, per l'agente reale, di conoscere *ex ante* il contenuto della condotta diligente e della facilità con cui questa viene delineata – tramite la controversa figura dell'agente modello e non di rado dietro le distorsioni del senno di poi – *ex post*[18]. Se ciò è vero nella stragrande maggioranza dei casi – e in particolare proprio nell'ambito degli infortuni sul lavoro –, la situazione qui presa in esame presenta invece delle caratteristiche del tutto peculiari. La sostanziale ignoranza, da parte della stessa comunità scientifica, circa le caratteristiche del virus e della malattia da questo provocata ha di fatto posto tutti i soggetti nelle medesime condizioni, comportando la necessità per la stessa Autorità pubblica di fornire delle "regole di comportamento" volte ad affrontare il rischio in parola. Non è ovviamente possibile, in questa sede, procedere a una disamina di dettaglio di tali norme, ma è sufficiente ricordare come – oltre alle regole di portata generale stabilite dai vari decreti legge, d.p.c.m. e ordinanze regionali – le specifiche misure da adottarsi in ambito lavorativo siano state demandate a una serie di protocolli stipulati direttamente fra le parti sociali, da ultimo con la partecipazione dello stesso Governo, la cui osservanza è stata imposta a tutti i datori di lavoro[19]. Si tratta, come è chiarito negli stessi accordi, di atti non esaustivi e che necessitano di essere adattati al contesto concreto di ciascuna realtà lavorativa[20], ma la "cornice" di regole cautelari ivi contenute e il *modus operandi* indicato, che prevede il coinvolgimento nell'adozione dei presidi delle rappresentanze sindacali locali, del Rappresentante dei lavoratori per la sicurezza e del Medico competente, costituisce indubbiamente un valido ausilio per il Datore di lavoro. Ecco, quindi, che il rispetto di tali disposizioni, se non potrà azzerare il rischio, potrà tuttavia ridurlo entro i limiti di ciò che è consentito, e quindi lecito, impedendo che al soggetto possa essere mosso un rimprovero per colpa[21].

Concludendo, sul punto, pare di potersi affermare come, allo stato e salve ipotesi particolari, i rischi penali correlati alle infezioni da *coronavirus* in ambito lavorativo siano contenuti, innanzitutto a causa dell'estrema difficoltà nella dimostrazione che il contagio sia avvenuto proprio sul posto di lavoro, nonché in virtù di quel complesso di norme che dovrebbero agevolare gli imprenditori nell'individuare e nell'adottare, in via preventiva, tutte quelle misure necessarie a impedire il verificarsi di tale evento.

3. Lo scudo penale per i datori di lavoro: una norma inutile o irrealizzabile?

Chiariti i rischi reali correlati alla possibile diffusione del Covid-19 in ambito lavorativo, occorre tornare a interrogarsi sul clamore sollevato dall'introduzione dell'art. 42, co. 2 d.l. n. 18/2020.

A una prima riflessione, all'origine della diatriba potrebbero rinvenirsi due distinti fenomeni, consistenti o in un sincero fraintendimento circa le concrete ricadute di tale disposizione o nel tentativo di sfruttare l'occasione per chiedere un generale salvacondotto circa le responsabilità penali correlate agli infortuni sul lavoro[22].

Partendo da quest'ultima ipotesi, si tratta evidentemente di una richiesta irricevibile, non essendo certamente auspicabile – né consentita – l'introduzione di una disciplina di favore per i datori di lavoro che non rispettino la normativa prevenzionistica. Questione diversa e ben più seria – su cui ci si soffermerà più diffusamente in chiusura di queste riflessioni – è invece quella relativa a una corretta applicazione della normativa nel settore in esame, scevra da impulsi paternalistici e forme occulte di responsabilità da posizione, di cui purtroppo talvolta si continua a trovare traccia nella giurisprudenza.

Per quanto attiene invece ai timori di coloro che ritengono che l'art. 42 del decreto *Cura Italia* abbia di fatto aggravato la posizione degli imprenditori, consentendo di addebitare loro le eventuali morti o lesioni riportate dai rispettivi dipendenti a causa del virus, si tratta di preoccupazioni infondate, poiché – come si è anticipato – ciò non dipende minimamente dalla norma in parola. Sarebbe quindi bastata, come

pure è stato fatto[23], una presa di posizione ufficiale per chiarire l'equivoco.
Tuttavia, in quella che è diventata una perniciosa tendenza a inseguire e assecondare le richieste dell'elettorato, perfino quando irrazionali, ciò non è stato ritenuto sufficiente e si è così cercato di intervenire normativamente per introdurre l'invocato *scudo penale*. In particolare, la proposta di emendamento è così formulata: «*1. Ai fini della tutela contro il rischio di contagio da COVID-19, i datori di lavoro pubblici e privati adempiono all'obbligo di cui all'articolo 2087 del codice civile mediante l'applicazione delle prescrizioni contenute nel protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del COVID-19 negli ambienti di lavoro, sottoscritto il 24 aprile 2020 tra il Governo e le parti sociali, e successive modificazioni e integrazioni, e negli altri protocolli e linee guida di cui all'articolo 1, comma 14, del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, nonché mediante l'adozione e il mantenimento delle misure ivi previste. Qualora non trovino applicazione le predette prescrizioni, rilevano le misure contenute nei protocolli o accordi di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale*»[24].
Tralasciando talune criticità redazionali – a mero titolo d'esempio, si citano gli obblighi di cui all'art. 2087 c.c., mentre nulla si dice in merito a quelli di cui al d.lgs. n. 81/2008 – ciò che si fa fatica a cogliere è il senso stesso della proposta. Qualora infatti i datori di lavoro diano concreta applicazione ai protocolli o agli accordi citati – i quali necessitano comunque di essere adeguati allo specifico contesto applicativo[25] – avranno già diligentemente ottemperato ai loro doveri, ragion per cui, anche in caso di infortunio, sarà ben difficile poter muovere loro un rimprovero. Detto in altri termini, il corretto assolvimento degli obblighi prevenzionistici esclude già la colpa e, quindi, la responsabilità penale del datore di lavoro. Né si può sostenere che lo *scudo* sia volto a prevenire anche il semplice instaurarsi di un procedimento penale e dei correlati risvolti negativi sull'attività d'impresa, poiché l'avvio dell'azione penale – oltre che imposto dall'art. 112 Cost. – sarebbe pur sempre necessario per verificare l'assolvimento degli oneri comunque imposti al datore di lavoro[26].
In conclusione, non si può far altro che osservare come la proposta di emendamento faccia sorgere dei dubbi preoccupanti sull'operato del legislatore (*rectius*, sugli autori della stessa) o sul rispetto dimostrato nei confronti dei possibili destinatari della norma, considerati forse quali ingenui elettori da imbonire con provvedimenti bandiera, privi di logica e di utilità.

4. Alle radici di una preoccupazione reale: le perduranti criticità giurisprudenziali in materia di infortuni sul lavoro.

In conclusione di questa succinta analisi, siano consentite alcune considerazioni di più ampio respiro sulla responsabilità penale in caso di infortuni sul lavoro.
Al netto di talune richieste senz'altro eccessive e irricevibili, volte a una generalizzata deresponsabilizzazione dei datori di lavoro, le preoccupazioni sollevate da molti imprenditori sono del tutto comprensibili. Non è certo possibile, in questa sede, affrontare il tema in modo compiuto, ma non vi è dubbio come la giurisprudenza in materia presenti non trascurabili criticità, sotto diversi profili. Senza alcuna pretesa di esaustività, si pensi: *a*) alla complessa individuazione dei soggetti responsabili, soprattutto all'interno delle organizzazioni complesse, e all'iscrizione nel registro degli indagati di una pletora di soggetti, talvolta cessati dall'incarico anche da parecchio tempo; *b*) agli episodi di mancato rispetto della regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio nell'accertamento del nesso causale, talvolta tradita in modo palese dal ricorso al superato paradigma dell'aumento del rischio o più implicito, come nel caso in cui le conoscenze scientifiche non siano sufficientemente solide per pervenire a tale risultato[27]; *c*) al limitato riconoscimento dei fattori interruttivi del nesso causale, soprattutto quando consistenti in comportamenti incoscienti dei lavoratori-vittime[28]; *d*) all'estrema difficoltà di approntare strategie difensive volte a escludere addebiti per colpa, dal momento che – complici i ben noti *bias* cognitivi – spessissimo si trova *ex post* una cautela che, se osservata, sarebbe valsa a impedire il verificarsi dell'evento[29].
Si tratta di questioni di non poco momento e che meritano di essere affrontate con la dovuta serietà. In particolare, problemi di questa portata non sono certo risolvibili attraverso improbabili *scudi penali*, né si prestano a interventi legislativi settoriali che peraltro, in materia di responsabilità professionale, non hanno fornito in tempi recenti grandi risultati[30].
D'altra parte, come è stato autorevolmente ricordato proprio nel corso della pandemia[31], sarebbe sufficiente fare rigorosa applicazione dei principi che già

governano la materia penale: onere che spetta senza dubbio alla giurisprudenza, ma cui il mondo forense e accademico possono e devono contribuire.

Davide Amato
Avvocato del Foro di Milano.
Assegnista di ricerca nell'Università Cattolica del Sacro Cuore.

---

[1] I. SILONE, *Fontamara*, (1933), Ed. Mondadori Classici Moderni, 2000. p. 61.

[2] Per l'esattezza, secondo i dati ufficiali riportati dalla Protezione Civile (consultabili al seguente link), al 31 maggio 2020 si registrano 233.019 contagiati e 33.415 morti. Si tratta, peraltro, di numeri che realisticamente sottostimano il fenomeno, a causa dell'impossibilità di censire nel dettaglio l'intera popolazione.

[3] Secondo le stime di Bankitalia, per il 2020 è previsto un decremento del PIL compreso fra il 9 e il 13%. Cfr., BANCA D'ITALIA, *Considerazioni finali del Governatore, Relazione annuale*, Roma, 2020, p. 9, consultabile qui.

[4] Per un approfondimento del tema, con particolare riguardo alle varie sanzioni poste a presidio del rispetto della copiosa normativa, v. D. PIVA, *Il diritto penale ai tempi del coronavirus: troppo su inosservanza e poco su carcere*, in *Archivio penale (web)*, 2 aprile 2020; C. RUGA RIVA, *La violazione delle ordinanze regionali e sindacali in materia di coronavirus: profili penali*, in *Sistema pen.*, 24 marzo 2020, pp. 231 ss.

[5] Si riporta, per comodità del lettore, il testo dell'art. 42, co. 2 d.l. 17 marzo 2020, n. 18, conv. con mod. dalla l. 24 aprile 2020, n. 27: «*Nei casi accertati di infezione da coronavirus (SARS- CoV-2) in occasione di lavoro, il medico certificatore redige il consueto certificato di infortunio e lo invia telematicamente all'INAIL che assicura, ai sensi delle vigenti disposizioni, la relativa tutela dell'infortunato. Le prestazioni INAIL nei casi accertati di infezioni da coronavirus in occasione di lavoro sono erogate anche per il periodo di quarantena o di permanenza domiciliare fiduciaria dell'infortunato con la conseguente astensione dal lavoro. I predetti eventi infortunistici gravano sulla gestione assicurativa e non sono computati ai fini della determinazione dell'oscillazione del tasso medio per andamento infortunistico di cui agli articoli 19 e seguenti dell'allegato 2 al decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali del 27 febbraio 2019, recante "Modalità per l'applicazione delle tariffe 2019". La presente disposizione si applica ai datori di lavoro pubblici e privati*».

[6] Basti considerare come la copertura sia estesa anche agli infortuni *in itinere*, inoltre l'*iter* necessario per il riconoscimento dei benefici previdenziali è molto più agevole in caso di infortunio, anziché di malattia professionale, in cui è richiesta la dimostrazione della sussistenza del nesso causale con la specifica attività lavorativa espletata, cfr. G. LUDOVICO, *Malattia (per i quarantenati e per gli affetti) e infortuni sul lavoro*, in O. BONARDI - U. CARABELLI - M. D'ONGHIA - L. ZOPPOLI (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Ediesse, 2020, p. 75.

[7] Ciò in quanto l'infortunio non viene computato ai fini della determinazione del costo "assicurativo" in capo al datore di lavoro. Per un approfondimento del tema, v. R. RIVERSO, *Vero e falso sulla responsabilità datoriale da Covid-19. Aspetti civili, penali e previdenziali*, in *Questione giustizia*, 19 maggio 2020, par. 4.

[8] A mero titolo d'esempio, si vedano le dichiarazioni riportate in J. GILIBERTO, *Imprese in rivolta sulla responsabilità per il contagio. Patuanelli: «Governo e Parlamento dovranno occuparsene»*, in *ilsole24ore.com*, 15 maggio 2020.

[9] Si noti, peraltro, come la qualificazione dell'infezione da *coronavirus* quale infortunio sia del tutto conforme alla giurisprudenza in materia, nonché alla prassi dell'Istituto. Si veda, anche per i necessari riferimenti giurisprudenziali, R. RIVERSO, *Vero e falso sulla responsabilità datoriale da Covid-19*, cit., par. 4; G. LUDOVICO, *Malattia (per i quarantenati e per gli affetti) e infortuni sul lavoro*, cit., pp. 73 ss.

[10] Per quanto non si possano escludere concettualmente le contestazioni a titolo di dolo, da un punto di vista empirico ciò appare un'ipotesi piuttosto marginale, soprattutto in seguito alla nota vicenda *ThyssenKrupp* (Cass. pen., ss. uu., 18 settembre 2014, n. 38343, in *giurisprudenzapenale.com*).

[11] Nonostante talune autorevoli voci in dottrina abbiano provato a sostenere la necessità di un diverso standard probatorio a seconda che si versi in ipotesi di causalità commissiva o omissiva, deve senz'altro propendersi per la tesi secondo cui il criterio delineato dall'art. 533 c.p.p. debba essere applicato per entrambe le ipotesi. Per tutti, v. F. D'ALESSANDRO, *Sub art. 40 c.p.*, in E. DOLCINI - G. L. GATTA (a cura di), *Codice penale commentato*, Wolters Kluwer, 2015, pp. 526 ss.; ID., *Spiegazione causale mediante leggi scientifiche a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *Criminalia 2012*, 2013, pp. 331 ss.

[12] Fra la copiosa dottrina che ha affrontato l'argomento, si vedano, da ultimo, S. TORDINI CAGLI, *I soggetti responsabili*, in D. CASTRONUOVO - F. CURI - S. TORDINI CAGLI - V. TORRE - V. VALENTINI, *Sicurezza sul lavoro: profili penali*, Giappichelli, 2019, pp. 79 ss.; S. DE LUCA TAMAJO, *I soggetti attivi e passivi della sicurezza sul lavoro*, in L. MIANI - F. TOFFOLETTO (a cura di), *I reati sul lavoro*, Giappichelli, 2019, pp. 3 ss.

[13] Nel presente scritto sono prese a riferimento essenzialmente le attività di carattere non sanitario. La questione si porrebbe in termini diversi invece ove si avessero in mente strutture di questo tipo, quali le R.S.A.: in questo caso, infatti, la lunga

permanenza degli ospiti in un medesimo contesto e la sostanziale assenza di rapporti col mondo esterno, al di fuori della struttura, potrebbe rendere certamente più agevole la dimostrazione del nesso causale.

[14] Il tema si è posto in modo particolare soprattutto nel campo delle malattie professionali lungolatenti, su cui v. D. CASTRONUOVO, *I delitti di omicidio e lesioni*, in D. CASTRONUOVO - F. CURI - S. TORDINI CAGLI - V. TORRE - V. VALENTINI, *Sicurezza sul lavoro: profili penali*, cit., pp. 306 ss.; C. BACCAREDDA BOY, *Malattie professionali e responsabilità penale*, in L. MIANI - F. TOFFOLETTO (a cura di), *I reati sul lavoro*, cit., pp. 204 ss. Più in generale, circa i criteri di accertamento del nesso causale e il ripudio della teoria dell'aumento del rischio, sono ancora oggi imprescindibili, in giurisprudenza, Cass. pen., ss. uu., 11 settembre 2002, n. 30328, in *Riv. it. med. leg.*, 2002, pp. 599 e, in dottrina, F. STELLA, *Giustizia e modernità*, Giuffrè, 2003, pp. 339 ss.

[15] Così ad es. G. BRIOLA – C. CAPUZZO, *La responsabilità penale del datore di lavoro per contagio da Covid-19*, in *Quotidiano giuridico*, 28 aprile 2020.

[16] Sulla *ratio* alla base della diversità di standard probatori fra processo civile e processo penale, cfr. per tutti F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., pp. 164 ss.

[17] Il problema è stato sollevato da diversi commentatori, cfr. ad es. G. LUDOVICO, *Malattia (per i quarantenati e per gli affetti) e infortuni sul lavoro*, cit., p. 77.

[18] La dottrina, sul punto, ha raggiunto una mole non facilmente governabile. Per una lucida disamina del tema, negli scritti più recenti, F. GIUNTA, *Culpa, culpae*, in *disCrimen*, 4 giugno 2019, nonché, anche per gli ulteriori necessari riferimenti, C. PIERGALLINI, *Voce Colpa (diritto penale)*, in *Enc. Dir., Annali*, X, Giuffrè, 2017, pp. 222 ss.

[19] In particolare, i *Protocolli* del 14 marzo e del 24 aprile 2020 sono stati recepiti nel D.P.C.M. del 26 aprile 2020, che ne ha imposto l'osservanza. Per un approfondimento circa la distinzione fra norme di portata generale, contenute nella normativa governativa e quelle più specificamente rivolte al mondo del lavoro, demandate ai protocolli, si v. G. NATULLO, *Covid-19 e sicurezza sul lavoro: nuovi rischi, vecchie regole?*, in O. BONARDI - U. CARABELLI - M. D'ONGHIA - L. ZOPPOLI (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, cit., p. 51.

[20] S. DOVERE, *La sicurezza dei lavoratori in vista della fase 2 dell'emergenza da Covid-19*, in *Giustizia insieme* del 4 maggio 2020, ritiene che tali atti costituiscano delle linee guida.

[21] Come si vedrà meglio *infra*, la giurisprudenza ha spesso adottato un atteggiamento estremamente rigoroso in materia di colpa – e in particolare nel settore della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro – arrivando a imporre standard comportamentali difficilmente esigibili in concreto. Di recente, tuttavia, si iniziano a cogliere dei segnali di una maggiore sensibilità al tema, come rappresentato ad esempio da Cass. civ., sez. lav., 11 febbraio 2020, n. 3282, in *DeJure*, ove «*L'art. 2087 c.c., non configura infatti un'ipotesi di responsabilità oggettiva […], essendone elemento costitutivo la colpa, intesa quale difetto di diligenza nella predisposizione delle misure idonee a prevenire ragioni di danno per il lavoratore. Né può desumersi dall'indicata disposizione un obbligo assoluto in capo al datore di lavoro di rispettare ogni cautela possibile e diretta ad evitare qualsiasi danno al fine di garantire così un ambiente di lavoro a "rischio zero" quando di per sé il pericolo di una lavorazione o di un'attrezzatura non sia eliminabile, neanche potendosi ragionevolmente pretendere l'adozione di strumenti atti a fronteggiare qualsiasi evenienza che sia fonte di pericolo per l'integrità psicofisica del lavoratore, ciò in quanto, ove applicabile, avrebbe come conseguenza l'ascrivibilità al datore di lavoro di qualunque evento lesivo, pur se imprevedibile ed inevitabile*».

[22] È questa l'interpretazione proposta in R. RIVERSO, *Vero e falso sulla responsabilità datoriale da Covid-19*, cit., par. 6.

[23] Si veda, da ultimo, la Circolare INAIL n. 22 del 20 maggio 2020, consultabile qui.

[24] Così l'art. 29 *bis* (Obblighi dei datori di lavoro per la tutela contro il rischio di contagio da COVID-19) contenuto nel Disegno di legge n. 2461 presentato alla Camera dei Deputati relativo alla conversione in legge del d.l. 8 aprile 2020, n. 33. Occorre precisare come tale proposta abbia suscitato diverse perplessità fra gli stessi esponenti della maggioranza, venendo giustamente ritenuto superfluo da parte del Ministro del Lavoro, la quale tuttavia, se da un lato l'ha giudicato inutile, dall'altro non ha escluso la possibilità di uno specifico intervento normativo volto a meglio definire le responsabilità correlate all'infezione da *coronavirus*. V. G. POGLIOTTI, *Il Governo frena sulla norma per lo scudo in caso di contagio*, in *Il Sole 24 ore*, 21 maggio 2020.

[25] È acquisizione pacifica come l'eventuale ottemperanza alle norme cautelari prevista dai protocolli, se non integrate da specifiche misure ritagliate sulla concreta realtà imprenditoriale, lascerebbe residuare degli spazi per un addebito a titolo di colpa generica. Circa i doveri di osservanza delle regole cautelari e l'insufficienza nei casi di ottemperanza alle cautele positivizzate, dovendosi sempre verificare la situazione nel caso concreto, v. per tutti M. ROMANO, *Art. 43*, in *Commentario sistematico del codice penale*, I, Giuffrè, 2004, p. 462.

[26] Una situazione analoga si è recentemente verificata in occasione della riforma della legittima difesa, con riferimento alla quale si è ampiamente sostenuto come l'intervento fosse volto anche a evitare che "cittadini onesti" fossero esposti ai patimenti correlati all'instaurarsi di un procedimento penale nei loro confronti. La vicenda, d'altra parte, ha rappresentato un tipico esempio di populismo penale. Per un'ampia disamina del tema, v. E. AMODIO, *A furor di popolo*, Donzelli, 2019, *passim*.

[27] Emblematico il caso delle malattie professionali. Un'acuta disamina circa i rapporti fra leggi scientifiche e accertamento processuale è contenuta in M. ROMANO - F. D'ALESSANDRO, *Nesso causale ed esposizione ad amianto. Dall'incertezza scientifica a quella giudiziaria: per un auspicabile chiarimento delle Sezioni Unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, pp. 1129 ss. Per una recente e approfondita ricostruzione della giurisprudenza in materia di malattie professionali cfr. A. BELL - V. JANN, *L'accertamento del nesso di causa nei processi per patologie asbesto-correlate. Una caotica storia ventennale*, in *Dir. pen. uomo*, 12 giugno 2019.

[28] Per tutti, M. RIVERDITI, *Omicidio e lesioni colpose*, in L. MIANI - F. TOFFOLETTO (a cura di), *I reati sul lavoro*, cit., pp. 83 ss. D. MICHELETTI, *La responsabilità esclusiva del lavoratore per il proprio infortunio. Studio sulla tipicità passiva nel reato colposo*, in *Criminalia 2014*, 2015, pp. 323 ss.

[29] Si veda, anche per i necessari riferimenti dottrinali, S. GROSSO, *Il giudizio di prevedibilità dell'evento e l'incidenza dell'"hindsight" e "outcome bias" sul giudizio di responsabilità colposa*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 2, pp. 583 ss.

[30] Basti pensare alle recenti riforme in materia di responsabilità medica – peraltro nemmeno applicabili in un contesto che pure lo richiederebbe come quello attuale – che non sono state certo esenti da critiche. Ampiamente, sul tema, M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Giappicchelli, 2017. Perfino più fallimentare è stato il tentativo di riforma della responsabilità nel campo della protezione civile, abortita ancora prima di nascere per un difetto di formulazione della legge delega, su cui v. F. D'ALESSANDRO, *Intervento*, in AA.VV., *La protezione civile nella società del rischio. La responsabilità del Sistema e dei diversi attori nelle prospettive di riforma legislativa*, Edizioni ETS, 2016, pp. 49 ss. e, volendo, D. AMATO, *Attività di protezione civile e responsabilità penale: criticità attuali e prospettive di riforma*, in *Criminalia 2015*, 2016, p. 410.

[31] F. PALAZZO, *Pandemia e responsabilità colposa*, in *Sistema penale*, 26 aprile 2020.

TRIMESTRALE, 2, 2020

Il d.l. n. 29 del 2020: un inutile e farraginoso meccanismo di controllo.

di ***L. Cesaris***

*Preso da incontenibile quanto inutile furore normativo, il legislatore interviene nuovamente in materia penitenziaria (e non solo) confermando di agire ancora una volta con scarsa conoscenza della predetta materia e, soprattutto, delle cadenze procedimentali che accompagnano la concessione del differimento di pena ai sensi degli artt. 146 e 147 c.p., della detenzione domiciliare prevista dall'art. 47-*ter *ord. penit. compresa quella di cui al comma 1-*ter *dello stesso articolo.*
Il d.l. 10 maggio 2020 n. 29 nasce come risposta alle polemiche strumentali e infondate di alcuni quotidiani e trasmissioni televisive, che non meritano neppure di essere citate, cavalcate in sede parlamentare, in ordine alla concessione della detenzione domiciliare o del differimento di pena a soggetti appartenenti all'area della criminalità organizzata.
E ciò può in parte spiegare – non certo giustificare – le scelte operate, dirette a imporre una rivisitazione cadenzata a intervalli brevi, anzi brevissimi, delle decisioni adottate dalla magistratura di sorveglianza in epoca di pandemia, dal 23 febbraio 2020: non è facilmente comprensibile la ragione dell'indicazione di questa data, forse perché è stato varato il d.l. contenente «Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19» *(mentre al 30 gennaio risale la dichiarazione della epidemia quale emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale).*

Sommario. 1. Una risposta mediatica a provvedimenti di "scarcerazione" e l'ambito di operatività. - **2.** La decisione del giudice di sorveglianza. **–** 3. La modifica all'art. 47-ter comma 7 ord. penit. – **4.** Interventi in materia cautelare. – **5.** Disposizioni transitorie. **– 6.** Un passo avanti …forse: la ripresa dei colloqui in presenza.

1. Una risposta mediatica a provvedimenti di "scarcerazione" e l'ambito di operatività.

Preso da incontenibile quanto inutile furore normativo il legislatore interviene nuovamente[1] in materia penitenziaria (e non solo) confermando di agire ancora una volta con scarsa conoscenza della predetta materia e, soprattutto, delle cadenze procedimentali che accompagnano la concessione del differimento di pena ai sensi degli artt. 146 e 147 c.p., della detenzione domiciliare prevista dall'art. 47-*ter* ord. penit. compresa quella di cui al comma 1-*ter* dello stesso articolo.
Il d.l. 10 maggio 2020 n. 29 nasce come risposta alle polemiche strumentali e infondate[2] di alcuni quotidiani e trasmissioni televisive, che non meritano neppure di essere citate, cavalcate in sede parlamentare, in ordine alla concessione della detenzione domiciliare o del differimento di pena a soggetti appartenenti all'area della criminalità organizzata.
E ciò può in parte spiegare – non certo giustificare– le scelte operate, dirette a imporre una rivisitazione cadenzata a intervalli brevi, anzi brevissimi, delle decisioni adottate dalla magistratura di sorveglianza in epoca di pandemia, dal 23 febbraio 2020: non è facilmente comprensibile la ragione dell'indicazione di questa data, forse perché è stato varato il d.l. contenente «Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19» (mentre al 30 gennaio risale la dichiarazione della epidemia quale emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale).
L'attenzione cade sulle previsioni contenute nell'art. 2 del d.l. in commento, dirette a introdurre un meccanismo di rivalutazione delle ordinanze concessive di detenzione domiciliare o di differimento della pena, di verifica cioè della «permanenza dei motivi legati all'emergenza sanitaria entro il termine di quindici giorni dall'adozione del provvedimento e successivamente con cadenza mensile».
Si noti che tale rivalutazione è imposta solo in relazione a decisioni assunte per «motivi connessi all'emergenza sanitaria da COVID 19»: dal che si deduce che analoghi provvedimenti, che siano adottati in presenza di condizioni di salute incompatibili con lo stato detentivo, ma che prescindano dalla pandemia (o non vi facciano cenno) non sono sottoposti al

meccanismo di controllo ora ricordato. E soprattutto riguarda i provvedimenti concernenti «i condannati e gli internati per i delitti di cui agli articoli 270, 270-bis, 416-bis del codice penale e 74, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, o per un delitto commesso avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione mafiosa, o per un delitto commesso con finalità di terrorismo ai sensi dell'articolo 270-sexies del codice penale».

L'ambito di operatività è individuato mediante un elenco di fattispecie di reato, che non coincide con quello di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. e neppure con quello di cui all'art. 51 comma 3-*bis* c.p.p., ed è redatto con l'indicazione di articoli del codice penale, con la descrizione di condotte criminose e infine con un generico riferimento ai «condannati e internati sottoposti al regime previsto dall'articolo 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354». E in relazione proprio a quest'ultimo riferimento non si può non osservare che l'art. 41-*bis* disciplina due diverse ipotesi di regime differenziato *in peius*, l'una prevista nel 1 comma e motivata da «casi eccezionali di rivolta o altre gravi situazioni di emergenza», e l'altra contenuta nel 2 comma, applicabile «quando ricorrano gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica».

A fronte delle polemiche suscitate dalla concessione di misure domiciliari a 4 detenuti sottoposti al regime di cui al 2 comma, è evidente che il legislatore si riferisce a quest'ultimo comma, tuttavia non si può non evidenziare l'approssimazione con cui è redatto il d.l. in esame, confermata anche da errori di sintassi.

La scelta operata dal legislatore dà luogo a una disparità di trattamento tra coloro che rientrano nell'elenco sopra citato e coloro che invece non vi siano ricompresi. Infatti i primi vedranno il provvedimento soggetto a continui ravvicinati controlli, mentre per i secondi varranno le consuete verifiche in prossimità della scadenza del termine indicato nell'ordinanza sull'andamento della malattia, oltre che quelle *in itinere* a seguito di segnalazioni circa eventuali violazioni di prescrizioni.

I provvedimenti emanati – dal tribunale di sorveglianza e dal magistrato di sorveglianza in via provvisoria *ex* art. 684 c.p.p. – nei confronti dei soggetti rientranti nell'elenco e nelle ipotesi sopra ricordate sono sottoposti necessariamente ad una verifica entro 15 giorni dalla loro adozione: colpisce la brevità del lasso temporale entro cui operare il controllo circa il permanere della situazione, che conferma come il d.l. in esame sia reazione a provvedimenti di "scarcerazione" e soprattutto miri a un nuovo immediato vaglio.

Viene immediato chiedersi come possa mutare la situazione sanitaria in un così breve arco di tempo.

Ma a parte questo, si tratta di un termine quasi impossibile da rispettare, tanto più che è prevista una serie di adempimenti: infatti, deve essere sentita l'autorità sanitaria regionale nella persona del presidente della giunta regionale sulla situazione sanitaria locale. Mirando il d.l. a una rivisitazione (e a una revoca) del provvedimento, è presumibile che la situazione sanitaria sia quella della regione in cui si trova l'istituto nel quale era ristretto il soggetto. Ma a fronte della segnalazione ad opera del Dap di disponibilità di strutture nelle quali ripristinare la detenzione, potrebbe trattarsi dell'ambito regionale della nuova eventuale allocazione.

Il giudice (magistrato di sorveglianza o tribunale di sorveglianza) deve altresì acquisire il parere del procuratore distrettuale antimafia del luogo in cui è stato commesso il reato o quello del procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo per i soggetti sottoposti al regime di cui al 2 comma dell'art. 41-*bis* cit.

Anche il riferimento al luogo della commissione dei fatti di reato suscita perplessità, giacché non è detto che il soggetto lo abbia scelto come domicilio e soprattutto perché ancora una volta sembra perpetuarsi una verifica della pericolosità basata sui fatti oggetto della sentenza di condanna e dunque ancorata al passato, anche se – per come è formulata la previsione – il parere sembra riguardare la situazione complessiva del detenuto o internato e quella generale legata alla pandemia da Covid 19. Si noti, infatti, che ai sensi del d.l. 30 aprile 2020, n. 28, ai fini della applicazione (e della proroga) degli artt. 146 e 147 c.p., anche nelle forme della detenzione domiciliare, si deve richiedere «il parere del Procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto ove ha sede il tribunale che ha emesso la sentenza e, nel caso di detenuti sottoposti al regime previsto dall'articolo 41-bis, anche quello del Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo in ordine all'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata ed alla pericolosità del soggetto»[3].

Si vengono a intersecare pareri di procure individuate con criteri diversi e con finalità differenti, con un effetto di appesantimento dell'intero *iter*, tanto più che mentre ai fini della concessione delle misure

sono indicati alle procure dei termini per ottemperare a quanto richiesto, nell'art. 1 del d.l. n. 29 del 2020 nulla si dice.
Ancora devono essere acquisite «dal Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria informazioni in ordine all'eventuale disponibilità di strutture penitenziarie o di reparti di medicina protetta in cui il condannato o l'internato ammesso alla detenzione domiciliare o ad usufruire del differimento della pena può riprendere la detenzione o l'internamento senza pregiudizio per le sue condizioni di salute». Non è, infatti, indifferente per il buon esito delle terapie poter contare su strutture che possano erogare, pur nel periodo emergenziale (ed anzi verrebbe da dire a maggior ragione in tale periodo), i migliori e più adeguati interventi terapeutici ed assistenziali.
Si noti che gli adempimenti posti in capo alla magistratura di sorveglianza scontano la piena e sollecita collaborazione delle autorità sanitarie regionali e del Dap, oltre che delle Procure, che dovrebbero far pervenire in tempo utile quanto richiesto. Ma l'uso del condizionale pare opportuno, anzi obbligato, ove si ricordino le mancate risposte del Dap in relazione al caso di un condannato sottoposto al regime di cui all'art. 41-*bis* comma 2 ord. penit. che è all'origine del d.l. in commento[4].
Peraltro, non sfugge come le cadenze temporali del controllo rendano del tutto inutile l'apposizione del termine di durata della misura ad opera del tribunale di sorveglianza e soprattutto come tale controllo paia volto a delegittimare l'operato della magistratura di sorveglianza, mettendone in dubbio la capacità di verifica e di decisione. Termine di durata, che – è doveroso ricordarlo – viene indicato nel caso di provvedimento concessivo sia di detenzione domiciliare sia di differimento della pena, e che è parametrato in relazione alle condizioni di salute del soggetto, alle esigenze connesse a tali condizioni e alle necessità terapeutiche.
Non è forse superfluo ricordare che la salute è un diritto fondamentale riconosciuto a tutte le persone, anche a quelle private della libertà personale (non rileva a quale titolo), nella Costituzione (art. 32) e nelle carte sovranazionali: nella Cedu, mancando una previsione espressa, il diritto alla salute viene ricavato dagli artt. 2, 8, e 3, e nella Carta di Nizza nell'art. 35. Non si può non ricordare al riguardo che la Cedu nell'art. 15 definisce i diritti espressi negli artt. 2 e 3 come inderogabili «anche in caso di guerra o di altro pericolo pubblico», e dunque anche in questo periodo di emergenza da Covid 19 non sono ammesse deroghe. Non è un caso che il Consiglio di cooperazione penologico (PC-CP GT)[5], riprendendo la Dichiarazione del Commissario per i diritti dell'uomo del Consiglio d'Europa[6], la Dichiarazione di principi del CPT[7] nonché le linee guida del Segretario generale del Consiglio d'Europa[8], abbia evidenziato la necessità di monitorare con maggiore attenzione la salute negli istituti penitenziari e di evitare disparità di trattamenti sanitari riconducibili allo *status detentionis*. Così che i detenuti che necessitino di particolari e specifici trattamenti devono essere trasferiti in centri clinici penitenziari che garantiscano tali trattamenti e, qualora ciò non sia possibile, in ospedali civili. E proprio perché la salute è diritto non comprimibile – ricorda ancora il PC-CP – devono essere adottate misure liberatorie come la grazia o di dimissione anticipata per le persone affette da disabilità grave, per le persone anziane e per quelle con una prognosi di fine vita ravvicinato.
Accanto alla ipotesi ricordata *supra*, il legislatore nello stesso art. 2 disciplina il caso in cui, dopo che sia stata emessa in via provvisoria la decisione del magistrato di sorveglianza, intervenga da parte del Dap la comunicazione di «disponibilità di strutture penitenziarie o di reparti di medicina protetta adeguati alle condizioni di salute del detenuto o dell'internato ammesso alla detenzione domiciliare o ad usufruire del differimento della pena». In questo caso la valutazione è effettuata «immediatamente, anche prima della decorrenza» del termine di 15 giorni o della verifica mensile.
La previsione rivela molto nettamente l'intento di ripristinare l'esecuzione carceraria nei confronti di soggetti ritenuti pericolosi, e ciò a prescindere dalle condizioni di salute in cui si trovino e dalle esigenze di cura. Colpisce che il legislatore in tal modo privilegi presunte esigenze di tutela della collettività rispetto a quelle di salvaguardia della salute, specie ove si ricordi che la Corte edu in numerose occasioni ha escluso che la salute possa essere oggetto di bilanciamento con altri interessi pur meritevoli di tutela.

2. La decisione del giudice di sorveglianza.

Acquisite le informazioni e i pareri prescritti nei commi 1 e 2 dell'art. 2, il giudice decide in ordine al permanere dei motivi che avevano determinato la concessione del provvedimento valutando altresì «la disponibilità di altre strutture penitenziarie e di

reparti di medicina protetta idonei a evitare il pregiudizio per la salute del detenuto o dell'internato».
Non si può non evidenziare che tra i motivi che hanno indotto il giudice ad adottare la decisione, di cui il d.l. impone la rivalutazione, certamente un rilievo ha assunto l'assenza o la non adeguatezza non solo dell'istituto in cui era precedentemente recluso il beneficiario della misura ma altresì di altre strutture penitenziarie o di reparti di medicina protetta idonei a proteggere la salute del soggetto. Così che pare evidente che il legislatore ignori (o finga di ignorare) la necessaria istruttoria compiuta dal giudice ai fini delle sue determinazioni.
Si noti che nel comma 2 si chiede all'autorità giudiziaria di acquisire «informazioni in ordine all'eventuale disponibilità di strutture penitenziarie o di reparti di medicina protetta in cui il condannato o l'internato può riprendere la detenzione o l'internamento senza pregiudizio per le sue condizioni di salute», e nel comma 3 ai fini della decisione si deve valutare la «disponibilità di altre strutture penitenziarie o di reparti di medicina protetta idonei ad evitare il pregiudizio per la salute del detenuto o dell'internato». L'accento cade sul pregiudizio e l'assenza di tale pregiudizio deve guidare il giudice nella valutazione della situazione complessiva e soprattutto costituisce l'obiettivo da perseguire proprio perché, come si è più volte affermato, la salute è valore assoluto non comprimibile, che deve essere garantito a ogni persona, senza alcuna esclusione.
A tal fine il giudice potrà acquisire tutti gli elementi che ritenga utili e necessari secondo la previsione generale dell'art. 666 comma 5 c.p.p., non limitandosi ai pareri prescritti nell'art. 2.
Pur nel silenzio di quest'ultima norma, si ritiene che l'interessato possa produrre tutta la documentazione utile in vista dell'udienza che si svolgerà secondo le cadenze di cui agli artt. 678 e 666 c.p.p.
Se dunque nell'udienza davanti al Tribunale di sorveglianza il diritto di difesa dell'interessato viene garantito anche con la possibilità di esaminare i pareri e la documentazione pervenuti, non altrettanto può dirsi in relazione alla pronuncia del magistrato di sorveglianza.
È presumibile che il difensore e l'interessato si attivino in vista della decisione che dovrà essere adottata ai sensi del comma 1 dell'art. 2 cit., tuttavia questa attività sarà in un certo qual senso "alla cieca", non essendo previsto nel d.l. in commento che il difensore acceda al fascicolo e possa dunque prendere visione dei pareri pervenuti. In questo caso il diritto di difesa pare fortemente compresso, non essendo garantito il diritto alla prova contraria, desumibile in via generale dagli artt. 24 e 111 Cost., che comportano appunto «la facoltà per l'interessato di controdedurre anche mediante produzioni documentali e presentazione di memorie»[9].
La lesione risulta ancora più grave ove si pensi che il magistrato di sorveglianza, nell'emanare il provvedimento in via d'urgenza ai sensi dell'art. 684 comma 2 c.p.p., non adotta il rito di sorveglianza, trattandosi – secondo dottrina e giurisprudenza[10] – di una decisione interlocutoria, posto che la decisione in senso proprio è riservata al tribunale di sorveglianza. A ciò si aggiunga che l'eventuale provvedimento di revoca pronunciato al termine del procedimento di "rivisitazione" – pur se impugnato – è immediatamente esecutivo, come precisa l'art. 2 comma 3 del d.l. in esame.

3. La modifica all'art. 47-ter comma 7 ord. penit.

Il legislatore è intervenuto con l'art. 1 del d.l. in commento anche sul comma 7 dell'art. 47-*ter* ord. penit., che disciplina le ipotesi di revoca correlata al venir meno delle condizioni di cui ai commi 1 e 1-*bis* dello stesso art. 47-*ter*.
Si tratta della revoca c.d. "obbligata", che interviene «quando vengono a cessare le condizioni previste nei commi 1 e 1-*bis*», cioè, per quanto concerne il 1 comma, quando muti la situazione che aveva legittimato la concessione del beneficio, indipendentemente dal comportamento tenuto dal beneficiario durante l'esecuzione della misura.
Benché non fosse richiamato il co. 1-*ter* dell'art. art. 47-*ter*, tuttavia si riteneva che potesse intervenire la revoca del provvedimento anche quando cessasse la situazione che aveva legittimato l'adozione della misura domiciliare in alternativa al rinvio *ex* artt. 146 e 147 c.p. E del resto alla verifica del permanere della situazione o della condizione è finalizzata la possibilità attribuita al tribunale di sorveglianza di fissare un termine di durata della misura[11].
La modifica operata con il d.l. n. 29 del 2020 recepisce questa interpretazione, consentendo la revoca della misura qualora si accerti il venir meno delle condizioni o della situazione che erano state poste alla base del provvedimento concessivo.
Non stupisce dunque l'interpolazione, che risulta coerente con quanto disposto in relazione alle ipotesi di cui al 1 comma dell'art. 47-*ter*; al riguardo non

si può non osservare che, venute meno le condizioni che avevano portato alla concessione della detenzione domiciliare ai sensi degli artt.146 e 147 c.p., la misura potrebbe essere ancora disposta dal tribunale di sorveglianza qualora la situazione del beneficiario possa essere ricondotta ad altre ipotesi di cui al comma 1 dell'art. 47-*ter*. Spetterà dunque al tribunale di sorveglianza verificare se l'esecuzione non possa proseguire con la modalità alternativa, seppure per cause diverse da quelle per le quali era stata concessa la detenzione domiciliare in prima battuta.
Non operano, invece gli effetti retroattivi della previsione dell'art. 1 in ordine al differimento di pena *ex* art. 47-*ter* comma 1-*ter* ord. penit., così che il meccanismo di controllo delineato nell'art. 2 troverà applicazione solo per i provvedimenti emanati dopo l'entrata in vigore del d.l., cioè dall'11 maggio[12].

4. Interventi in materia cautelare.

Come già si è accennato, il d.l. n.29 del 2020 interviene con l'art. 3 anche in materia cautelare, imponendo altresì per le ordinanze, che hanno sostituito alla custodia cautelare in carcere gli arresti domiciliari, una verifica della sussistenza o meglio della permanenza dei motivi posti a base delle predette ordinanze.
L'ambito di operatività è individuato con i medesimi criteri descritti nell'art. 2 e anche i termini sono gli stessi.
L'iniziativa è attribuita al p.m., il quale, acquisiti elementi «in ordine al sopravvenuto mutamento delle condizioni che hanno giustificato la sostituzione della misura cautelare o alla disponibilità di strutture penitenziarie o reparti di medicina protetta adeguate alle condizioni di salute dell'imputato, chiede il ripristino della custodia cautelare sempre che permangano le originarie esigenze cautelari».
Nulla si dice in ordine invece a eventuali provvedimenti che il p.m. debba emettere per comprovare l'avvenuta istruttoria così come richiesto dall'art. 3 e per consentire il decorso del termine successivo di 30 giorni.
La decisione sul ripristino è demandata all'autorità giudiziaria procedente secondo le cadenze descritte nell'art. 2, e quindi previa acquisizione dei pareri indicati nello stesso articolo.
Merita di essere evidenziato che, a differenza di quanto previsto in relazione alla procedura individuata nell'art. 2, si attribuisce al giudice il potere di disporre anche d'ufficio «accertamenti in ordine alle condizioni di salute dell'imputato o di procedere a perizia, nelle forme di cui agli articoli 220 e seguenti del codice di procedura penale, acquisendone gli esiti nei successivi quindici giorni», in un termine dunque contenuto.
Stupisce l'espressa attribuzione di questo potere in capo al giudice ove si ricordi che nell'art. 299 c.p.p., concernente revoca e sostituzione delle misure cautelari, nel comma 4-*ter* si prevede che il giudice, quando non sia in grado di decidere, disponga «anche d'ufficio e senza formalità accertamenti sulle condizioni di salute o su altre condizioni o qualità personali dell'imputato», e con tempi assai limitati, specie se si tratti delle situazioni indicate nell'art. 275 comma 4-*bis* c.p.p., cioè di affezione da Aids conclamato o di grave deficienza immunitaria o di altra malattia particolarmente grave, per effetto della quale le condizioni di salute risultano incompatibili con lo stato detentivo e comunque tali da non consentire adeguate cure in caso di detenzione in carcere. Con questa previsione si mira a salvaguardare la salute del soggetto, tanto che i tempi sono molto brevi: qualora sia disposta perizia, questa deve essere depositata entro cinque giorni, che si riducono a due «nel caso di rilevata urgenza».
È pur vero che il giudice ricorre al meccanismo descritto nell'art. 275 quando ritenga di non accogliere la richiesta di sostituzione della custodia in carcere con una misura meno grave, mentre nell'art. 3 del d.l. n. 29 del 2020 viene attribuita al giudice la facoltà di disporre perizia quando non sia in grado di decidere allo stato degli atti. E peraltro si tratta di una previsione in *malam partem*, essendo diretta a ripristinare la custodia in carcere.
Merita poi di essere segnalato che il ricorso alla perizia fa slittare di 15 giorni (al massimo) la decisione del giudice, così che la prima "rivisitazione" del provvedimento potrebbe intervenire dunque dopo 30 giorni.
Non si può non evidenziare la diversa disciplina delineata rispetto a quella concernente la rivalutazione del provvedimento adottato dalla magistratura di sorveglianza: nulla si dice, infatti, nell'art. 2 in merito alla possibilità di disporre perizia, forse perchè implicita ai sensi degli artt. 666 e 678 c.p.p.; tuttavia, se il giudice di sorveglianza dovesse ritenere necessaria la perizia, dovrebbe indicare per il suo espletamento un termine ancora più compresso, dovendo egli decidere nei 15 giorni dalla emanazione dell'ordinanza

sottoposta a verifica. Ma una simile conclusione pare poco convincente, giacché è verosimile che l'esigenza di ricorrere ad una perizia potrebbe emergere dopo l'acquisizione delle informazioni di cui allo stesso art. 2. Così che si è indotti a ritenere che il termine di 15 giorni entro cui decidere possa dilatarsi: in caso contrario si verificherebbe una disparità di trattamento fra imputati, la cui situazione sanitaria può essere ponderata dal giudice anche a seguito del ricorso ad altre informazioni, tra cui quelle risultanti dalla perizia, e i condannati, per i quali invece pare contare solo la celerità della decisione.
Con riferimento in generale al procedimento delineato non si può non evidenziare il *vulnus* inferto al diritto di difesa, specie ove si consideri che sembra escluso che si proceda all'interrogatorio dell'imputato: si rinvia, pur con le ovvie differenze, a quanto già osservato *supra*, § 2.

5. Disposizioni transitorie.

Nell'art. 5 sono dettate disposizioni transitorie secondo cui le verifiche di cui all'art 2 (e art. 3 per quanto concerne gli imputati) riguardano i provvedimenti adottati successivamente al 23 febbraio 2020, con la specificazione che per quelli emanati prima dell'entrata in vigore del decreto il termine di quindici giorni previsto dagli articoli 2, comma 1, e 3, comma 1, decorre dalla data di entrata in vigore del presente decreto».
Colpisce la retroattività del controllo imposto, quasi che la magistratura di sorveglianza non abbia saputo ponderare le scelte condizionata dalla pandemia. Come già si è osservato, la previsione di queste verifiche e l'apposizione di un termine così stretto entro cui effettuarle vanifica quello indicato nel provvedimento sottoposto a controllo e soprattutto insinua dubbi sull'operato della magistratura e in specie su quella di sorveglianza. E suona come ulteriore conferma di un tentativo non troppo velato di condizionarne l'operato.
Non può sfuggire, infatti, che il giudice, che concedesse a soggetti individuati mediante l'elenco di cui al comma 1 dell'art. 2 una misura domiciliare o un differimento di pena ai sensi degli artt. 146 e 147 c.p., per poter rispettare il termine di 15 giorni, dovrebbe attivarsi pressoché subito al fine di acquisire la documentazione prevista dal d.l. in esame e provvedere agli adempimenti in vista della udienza (avviso al p.m., al difensore e all'interessato della fissazione dell'udienza, emanazione del decreto con cui si dispone la partecipazione a distanza[13], fermo il rispetto dei termini previsti dall'art. 666 comma 3 c.p.p.).
È evidente allora come il meccanismo delineato comporti un aggravio di lavoro per gli uffici di sorveglianza che già sono oberati di lavoro e dotati di scarse risorse, con inevitabili ripercussioni sulla gestione dell'"ordinario". Un aggravio ancora più significativo ove si tenga presente che, come precisa l'art. 6 del d.l. in esame, agli adempimenti richiesti si deve provvedere «mediante l'utilizzazione delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente», con un ulteriore carico per gli uffici di sorveglianza. Così che si profila il rischio di istruttorie poco approfondite per carenza di personale e di tempo, e di effetti disincentivanti in ordine a future concessioni di misure umanitarie motivate dalla pandemia Covid 19.

6. Un passo avanti …forse: la ripresa dei colloqui in presenza.

Come si accennava, anche questo d. l. è strettamente legato alla pandemia da Covid 19 e nell'art. 4, intitolato «misure urgenti antiCovid 19 per gli istituti penitenziari e gli istituti penali per minorenni», si ribadisce il ricorso a modalità di colloquio a distanza mediante, ove possibile, apparecchiature e collegamenti di cui dispone l'amministrazione penitenziaria e quella minorile dal 19 maggio al 30 giugno.
L'intento dichiarato è quello di evitare la diffusione del virus negli istituti penitenziari per adulti e per minori. Tuttavia, nel 2 comma si attribuisce al direttore della struttura penitenziaria la facoltà di fissare «il numero massimo di colloqui da svolgere con modalità in presenza, fermo il diritto» del detenuto (a prescindere dal titolo esecutivo, e quindi imputato, condannato, internato) di fruire di «almeno un colloquio al mese in presenza di almeno un congiunto o altra persona».
Varie sono le considerazioni che una tale disposizione suscita. La prima riguarda la proroga delle limitazioni ai colloqui in presenza, che vengono mantenute fino al 30 giugno.
Non si può poi non evidenziare che la possibilità di colloqui mediante videochiamata è subordinata alla disponibilità effettiva da parte delle singole amministrazioni delle apparecchiature necessarie. E tenuto conto che le prime sperimentazioni al riguardo risalgono al 2015[14] continua a stupire che vi possano essere ancora istituti che ne siano privi.

Suppliscono le telefonate, che possono essere effettuate anche in numero superiore a quello indicato nell'art. 39 comma 2 reg. esec.
Tuttavia, vi è una nota positiva: la riapertura ai colloqui in presenza, che rappresentano un momento molto significativo per le persone recluse e ancor più in questo momento, stante la cessazione anche dei contatti con operatori diversi dagli appartenenti alla polizia penitenziaria e la sospensione della fruizione dei permessi-premio fino al 30 giugno.
Ma a ben vedere si tratta di un ritorno alla normalità solo abbozzato, solo annunciato. Infatti, è stata attribuita al direttore la facoltà di determinare il numero dei colloqui in presenza, «sentiti il provveditore regionale dell'amministrazione penitenziaria … nonché l'autorità sanitaria regionale in persona del presidente della regione», restando salvo il diritto per i detenuti ad un colloquio al mese. La decisione pare correlata agli indici di contagio riscontrati sul territorio e nell'istituto stesso.
Non si può non ricordare che l'art. 37 reg. esec., che disciplina la materia dei colloqui, fissa nel comma 8 il numero massimo di colloqui fruibili nel corso del mese: 6 colloqui che vengono ridotti a 4 quando si tratti di detenuti e internati per uno dei delitti di cui all'art.4-*bis* comma 1 primo periodo ord. penit., che siano esclusi dai benefici indicati in questo stesso articolo.
Con il d.l. si opera una riduzione assai pesante del numero dei colloqui, che, se pur dettata da ragioni sanitarie, suscita qualche perplessità, giacché non si può ignorare che la diffusione del virus potrebbe essere provocata più che dai familiari da operatori penitenziari (come è accaduto).
Nelle more della stesura di questo commento, è stato emanato il d.p.c.m. 17 maggio 2020 recante «misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19». Nell'art. 1 intitolato «Misure urgenti di contenimento del contagio sull'intero territorio nazionale», nel comma 1 lett. cc) si dispone(va) che «i colloqui visivi si svolgono in modalità telefonica o video, anche in deroga alla durata attualmente prevista dalle disposizioni vigenti. In casi eccezionali può essere autorizzato il colloquio personale, a condizione che si garantisca in modo assoluto una distanza pari a due metri».
Ma il 18 maggio è stato pubblicato un altro d.p.c.m. contenente "Modifiche all'articolo 1, comma 1, lettera cc), del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 17 maggio 2020, concernente: «Disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, recante ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19».
Il d.p.c.m. pubblicato il 17 maggio ribadiva la preferenza per i colloqui a mezzo telefono o con videochiamata, considerando il colloquio in presenza fattibile solo in casi eccezionali e solo se garantita una distanza di 2 metri tra i colloquianti. Una modalità, questa, che urta con la previsione del controllo visivo, e non auditivo, sul colloquio, dato che la distanza imposta rende il colloquio udibile da altri, oltre che dagli addetti al controllo, con violazione delle garanzie espresse nell'art. 15 Cost. Non solo, ma è di tutta evidenza che siffatta modalità rende ancora più difficile l'incontro.
Ma al di là di questi rilievi preme evidenziare che il d.p.c.m., che è un atto amministrativo e che come tale non ha forza di legge (dato che ha come finalità quella di dare attuazione a disposizioni legislative e non) incide su un diritto affermato nell'art. 18 ord. penit. Diritto che il d.l. n. 29 del 2020 pure riconosce, facendo ricorso alla espressione "fermo il diritto". La fonte emergenziale secondaria non può derogare a norme primarie, e tanto meno alla fonte primaria che la legittima.
Resosi conto della situazione paradossale che si veniva a creare, oltre che delle conseguenze che ne sarebbero derivate sulla popolazione detenuta e sui famigliari, il legislatore ha prontamente posto rimedio riformulando la lettera cc) ed eliminando il periodo concernente i colloqui in presenza e mantenendo le disposizioni relative ai nuovi ingressi.
Se dunque è apprezzabile la rapidità con la quale il legislatore è intervenuto, tuttavia è evidente la superficialità con cui si approccia alle questioni penitenziarie.

Laura Cesaris
Professore a contratto di Diritto dell'esecuzione penale nell'Università degli Studi di Pavia.
Professore a contratto di Diritto processuale penale nell'Università Bocconi di Milano.

[1] È del 30 aprile 2020 il precedente decreto legge, n. 28 sempre in materia penitenziaria. Si rinvia al commento di F. GIANFILIPPI, *Emergenza sanitaria in carcere, provvedimenti a tutela di diritti fondamentali delle persone detenute e pareri sui collegamenti con la criminalità organizzata nell'art. 2 del dl 30 aprile 2020 n. 28*, in Giurisprudenza Penale Web, 2020, 5.
[2] Si rinvia ai dati forniti dal Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, in *Bollettino* 15 maggio 2020, n. 32, da cui emerge che solo 4 detenuti (di cui uno imputato) soggetti al regime *ex* art. 41-*bis* comma 2 ord. penit. e 217 condannati per reati *lato sensu* associativi hanno beneficiato di misure domiciliari, mentre 248 sono stati i provvedimenti adottati nei confronti di imputati.
[3] Cfr. sul punto F. GIANFILIPPI, *Emergenza sanitaria in carcere, provvedimenti a tutela di diritti fondamentali delle persone detenute*, cit.
[4] Si allude alla nota vicenda di Zagaria: dalla ordinanza concessiva emerge che reiteratamente è stato chiesto al Dap di indicare una struttura nella quale potessero essere effettuati i cicli di chemioterapia, posto che l'ospedale di Sassari era stato trasformato in unità di riferimento dedicata a pazienti affetti da Covid 19 (e allo stesso modo altri ospedali in Sardegna). Cfr. Trib. sorv. Sassari 23 aprile 2020, in *questa rivista*, 2020, 4.
[5] Si tratta della Dichiarazione relativa a Covid 19 adottata dai membri del gruppo di lavoro del Consiglio di Cooperazione penologico il 17 aprile 2020.
[6] La Dichiarazione del Commissario per i diritti dell'uomo emessa il 6 aprile 2020 è intitolata "*Pandemie de Covid 19: des mesures doivent être prises de toute urgence pour proteger les droits des détenus en Europa*".
[7] Il CPT ha adottato il 20 marzo 2020 la "*Declaration de principes relative au traitement des personnes privées de liberté dans le context de la pandemie de coronavirus (COVID 19)*".
[8] Il documento del 7 aprile 2020 è intitolato "Respecter la démocratie, l'état de droit et les droits de l'Homme dans le cadre de la crise sanitaire du COVID-19. Une boite à outils pour les États membres".
[9] Cfr. Cass. 13 gennaio 2011, Bratzu, Ced 249560, che, nel dichiarare la manifesta infondatezza della questione di legittimità dell'art.71-*bis* ord. penit e successive modifiche, delinea l'ambito di conoscenza del magistrato, che consegue «all'acquisizione, nel contraddittorio fra le parti, di documenti, informazioni, memorie provenienti…anche dall'interessato».
[10] Cfr. F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, 1992, 397; F. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza*, 2 ed. agg., 2011, 67. In giurisprudenza cfr. Cass. 14 novembre 1994, Pensieri, in *A. nuova. proc. pen*., 1995, 689; Cass. 27 febbraio 2001, Ced 218746.
[11] In questo senso L. CESARIS, sub *art. 47*-ter, in F. DELLA CASA - G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario*, 2019, 685, e già DELLA CASA, voce *Misure alternative alla detenzione*, in *Enc. dir. Ann.*, III, 846, nt. 190.
[12] Cfr. F. GIANFILIPPI, *La rivalutazione delle detenzioni domiciliari per gli appartenenti alla criminalità organizzata, la magistratura di sorveglianza e il corpo dei condannati nel d.l. 10 maggio 2020 n.29,* in Giustizia Insieme.
[13] Si ricorda che per effetto del d.l. 17 marzo 2020 n. 18 dal 9 marzo 2020 al 30 giugno 2020, ferma la disposizione dell'art. 472 comma 3 c.p.p., la partecipazione a qualsiasi udienza delle persone detenute, internate o in stato di custodia cautelare è assicurata, ove possibile, mediante videoconferenza o con collegamenti da remoto
[14] Ci si riferisce alla circ. min. 2 novembre 2015, n. 0366755, cui ha fatto seguito la circ. min. 30 gennaio 2019, n. 0031246.

TRIMESTRALE, 2, 2020

Dubbi di costituzionalità e nodi da sciogliere in materia di sospensione della prescrizione prevista dalla legislazione anti Covid-19.

di ***N. Madìa***

Con il presente scritto l'Autore affronta tre questioni problematiche di estremo rilievo, anche pratico, che si sono affacciate con l'emanazione della disciplina progressivamente introdotta al fine di regolare il funzionamento dei procedimenti penali durante l'emergenza Covid 19.
Si tratta, in particolare, di tre questioni afferenti al tema della sospensione dei termini di prescrizione.
Da un lato, occorre verificare la compatibilità costituzionale col principio di irretroattività di una norma di sfavore dei novelli termini di prescrizione.
Dall'altro, per quanto concerne, nello specifico, la dilatazione delle tempistiche di perenzione dei reati connesse al rinvio di procedimenti in fase dibattimentale, occorre operare dei distinguo per dimostrare l'esistenza di due regimi distinti di sospensione della prescrizione.
In ordine, infine, alle misure di volta in volta inserite per fare fronte all'emergenza, occorre accertare i riverberi dei ritocchi di continuo apportati sul tema di successione di leggi penali nel tempo.

Sommario. 1. Le questioni. – **2.** I sospetti di incostituzionalità relativi alla sopravvenuta disciplina sospensiva della prescrizione. – **3.** Il diverso regime della sospensione della prescrizione per i processi di c.d. prima e seconda fascia: tra libere interpretazioni in *malam partem* e ulteriori dubbi di costituzionalità. – **4.** Problematiche in materia di successione di leggi nel tempo.

1. Le questioni.

La disciplina progressivamente introdotta al fine di regolare il funzionamento dei procedimenti penali durante l'emergenza Covid 19 contempla, altresì, ipotesi di sospensione del corso della prescrizione, assimilabili, quanto ad effetti, a quelle enucleate nell'art. 159 c.p. In ragione dell'intervento di tali "nuove" cause sospensive, dunque, i termini necessari all'estinzione dei reati, oggetto dei procedimenti interessati dalle disposizioni che si sono avvicendate nella contingenza, sono tutti andati incontro a un incremento corrispondente alla durata del congelamento del decorso del tempo ivi sancita.
Se questo è il quadro di riferimento, appare utile affrontare alcune questioni problematiche di estremo rilievo anche pratico.
Da un lato, occorre verificare la compatibilità costituzionale, in particolare con il principio di irretroattività di una norma di sfavore, enucleato nell'art. 25, co. 2, Cost., dell'applicazione dei novelli termini di prescrizione nel contesto di procedimenti concentrati *su condotte evidentemente consumate prima dell'introduzione delle modifiche legislative.*
Al riguardo, occorre subito segnalare come, con due distinte ordinanze del 21 maggio 2020 di contenuto analogo, il Tribunale di Siena, in composizione monocratica, in persona del medesimo Giudice (Dr. Simone Spina), abbia sollevato q.l.c. della disposizione sospettata di confliggere con la guarentigia costituzionale, ovvero l'art. 83, quarto comma, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni dalla legge 24 aprile 2020, n. 27[1].
Analoga iniziativa, a distanza di qualche giorno, e precisamente il 27 maggio 2020, è stata avviata, ancora con due distinte ordinanze di contenute uniforme, il Tribunale di Spoleto, in composizione monocratica, nuovamente in persona del medesimo Giudice (Dr. Luca Cercola)[2].
Dall'altro, per quanto concerne, nello specifico, la dilatazione delle tempistiche di perenzione dei reati connesse al rinvio di procedimenti in fase dibattimentale, nel cui ambito erano state fissate udienze poi ricadute all'interno del periodo di stallo dell'attività giudiziaria, occorre operare dei distinguo confacenti a dimostrare come non si possa affermare l'esistenza di un unico regime di sospensione della prescrizione e come, anche in ordine alla dilatazione delle tempistiche di perenzione dei reati connesse al rinvio di procedimenti in fase dibattimentale disposto nel periodo di graduale ripresa dell'attività,

ovvero tra il 16 aprile, poi 12 maggio, al 30 giugno, poi 31 luglio, aleggino ulteriori dubbi di costituzionalità della disciplina.
In ordine, infine, alle misure di volta in volta inserite per fare fronte all'emergenza, occorre accertare i riverberi dei ritocchi di continuo apportati sul tema di successione di leggi penali nel tempo.
Si tratta di una decretazione d'urgenza iniziata il 9 marzo 2020 (data in cui sono entrate in funzione le prescrizioni formulate nel decreto- legge 8 marzo 2020, n. 11), proseguita il 17 marzo 2020 (data in cui ha acquistata efficacia il d.l. 17 marzo 2020, n. 18, c.d. "Cura Italia", convertito, senza modifiche nelle parti oggetto di queste note, dalla l. 24 aprile 2020, n. 27), andata ancora avanti il 9 aprile 2020 (data di entrata in vigore dell'ultimo decreto in materia, il decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23) e conclusasi il primo maggio 2020 (con l'entrata in vigore del d.l. 30 aprile 2020, n. 28).

2. I sospetti di incostituzionalità relativi alla sopravvenuta disciplina sospensiva della prescrizione.

Come hanno rilevato anche il Tribunale di Siena e quello di Spoleto in veste di Giudici *a quibus,* la Corte costituzionale è ormai consolidata nel sostenere la natura sostanziale della prescrizione. In particolare, con la sentenza n. 393 del 2006[3], e poi, più di recente, non mutando linea esegetica, mediante le due pronunce che hanno scandito la c.d. "saga Taricco" – ord. n. 24 del 2017 e sent. n. 115 del 2018[4]-, la Consulta ha escluso la matrice processuale dell'istituto, ascrivendolo, senza distinzioni di sorta, alla nozione di *matièré pénale*.
Non è stata riscontrata alcuna differenza tra il corredo genetico delle regole deputate a calibrare i termini ordinari di prescrizioni – racchiuse nell'art. 157 c.p.- e quelle preposte all'individuazione delle cause interruttive e sospensive – di cui agli artt. 159 c.p. e 160 c.p.-, ancorché l'attenuazione o la neutralizzazione degli effetti del trascorrere del tempo sulla vita del reato dipendano inesorabilmente da accadimenti processuali.
La matrice processuale delle situazioni a cui si lega il dilatarsi dei termini di prescrizione non ha condotto ad assegnare una natura composita all'istituto, foriera di distinzioni tra le sfere di appartenenza- sostanziale o processuale- dei disposti che ne compongono la disciplina. Gli arresti in cui si è articolato l' "*affaire* Taricco" rappresentano un indice sintomatico decisivo di questa tendenza, poiché, nonostante si siano occupati proprio dei meccanismi interruttivi della prescrizione, non hanno posto in discussione la natura unitaria dell'istituto, non discernendo al suo interno aspetti sostanziali da profili processuali, suscettibili, in quanto tali, di seguire la regola del *tempus regit actum* in luogo del dogma dell'irretroattività della legge penale di sfavore.
In questo quadro, la Consulta ha due alternative dinnanzi a sé: i) mediante una sentenza interpretativa di rigetto, può reputare la *sfavorevole* disciplina dell'emergenza epidemiologica in tema di sospensione della prescrizione idonea a produrre i suoi effetti *soltanto* in relazione a fatti realizzati *dopo* il suo avvento; ii) con una sentenza di accoglimento della q.l.c., può espungere la stessa dal sistema in quanto affetta da incostituzionalità manifesta, perlomeno nella parte in cui investe *anche* condotte ad essa antecedenti.
La prima soluzione appare scarsamente praticabile in quanto, da un lato, sovvertirebbe la *ratio* istitutiva della legge, ispirata proprio all'esigenza di evitare che la forzata paralisi della giustizia non si rifletta troppo sull'incedere della prescrizione; dall'altro, urterebbe contro la lettera della legge, poiché, come hanno osservato anche i Giudici *a quibus,* nel momento in cui si dispone la stasi dei termini di singoli segmenti in cui il procedimento si scinde, evidentemente si presuppone la ricorrenza di un'ipotesi di reato rispetto alla quale *si è già mossa la macchina giudiziaria*[5]. Del resto, si è soggiunto nelle ordinanze dei Tribunali di Siena e Spoleto, se la logica dell'"eccezione" dovesse reputarsi applicabile unicamente *pro futuro,* non si comprenderebbe a quali casi se ne estenderebbe l'efficacia, in modo particolare per quanto concerne la disciplina del rinvio delle udienze che, all'evidenza, sottintende un fatto astrattamente riconducibile ad una fattispecie incriminatrice *già* commesso, in relazione al quale è stata *già* esercitata l'azione penale.
In breve, la disciplina sarebbe condannata ad un'esistenza effimera, ad una sostanziale interpretazione abrogatrice.
Non si può neppure pensare che la novella sia stata allestita per la persecuzione di quei *nuovi* reati suscettibili di innescare procedimenti "contratti e a tappe forzate", come il rito per direttissima, destinati a sfociare in un immediato esito processuale da procrastinare in avanti. Infatti, i procedimenti di convalida dell'arresto – fase preliminare dei giudizi per

direttissima – sono tra quelli che rappresentano un'eccezione dell'eccezione, non essendo per essi operativo il regime di sospensione dei termini processuali, in ossequio all'art. 83, co. 3, lett. b), d.l. n. 18/2020.

Apparendo, dunque, impervi itinerari ermeneutici capaci di circoscrivere l'efficacia della legge *unicamente* ai fatti posteriori alla sua emanazione, sembra difficile sottrarre la normativa ad un giudizio di incostituzionalità per contrasto coll'art. 25, co. 2, Cost.

Non è il pacifico carattere eccezionale e temporaneo della disciplina dell'emergenza a poterne salvaguardare la permanenza nel sistema[6]: i) in quanto il co. 5 dell'art. 2 c.p. consente alle leggi temporanee ed eccezionali di derogare ai canoni della successione di norme penali del tempo, ad eccezione del principio di irretroattività *in malam partem;* ii) e questo è sintonico con il rango primario del principio di legalità e dei suoi corollari, tra cui quello dell'irretroattività, i quali fanno parte – come ribadito dalla Consulta anche per sbarrare l'ingresso nel sistema alla "regola Taricco"- del catalogo dei precetti fondamentali, come tali invalicabili e insuscettibili di rientrare in operazioni di bilanciamento finalizzate a mitigarne o ad annullarne la portata in nome di interessi contrapposti[7].

Non appare neanche sostenibile – come messo in luce dai Tribunali di Siena e Spoleto – affermare che l'art. 159, co. 1, c.p. – laddove dispone: "*Il corso della prescrizione rimane sospeso in ogni caso in cui la sospensione del procedimento o del processo penale o dei termini di custodia cautelare è imposta da una particolare disposizione di legge" –,* contemplerebbe una sorta di rinvio mobile, mediante il quale il legislatore avrebbe deciso di attribuire preventivo rilievo a qualunque causa sospensiva della prescrizione introdotta in futuro[8]. Tale risultato interpretativo provocherebbe un surrettizio aggiramento del principio di irretroattività *in peius*, non garantendo, dunque, alle disposizioni sopravvenute, una patente di immunità da censure di incostituzionalità, se concepite per colpire anche fatti commessi in epoca precedente[9].

Neppure da quella giurisprudenza che si è confrontata con atti legislativi che hanno sospeso eccezionalmente i termini di prescrizione in aree colpite da eventi sismici, è consentito cogliere spunti per affrontare la questione. In quei casi, infatti, la Suprema corte non si è proprio soffermata sul problema inerente alla legittimità dell'applicazione retroattiva di quelle discipline, assumendo questo dato come un presupposto scontato e implicito delle sue decisioni[10].

Al fine di salvaguardare la permanenza nel sistema della disciplina, autorevole dottrina ha proposto di: *"rivalutare la correttezza della soluzione che inquadra la prescrizione del reato quale istituto soggetto al principio di irretroattività",* valorizzando le componenti processuali insite al suo interno e distinguendo i casi in cui l'estinzione dell'illecito sia già maturata, da quelli in cui non si sia ancora prodotta, al momento dell'introduzione della nuova causa sospensiva[11].

In particolare, secondo questo indirizzo, se – come nella fattispecie concreto poste a base delle ordinanze dei Giudici *a quibus* – il termine estintivo del reato non è ancora scaduto quando la prescrizione viene allungata, la nuova legge non renderebbe punibile un fatto non punibile, di talché la *ratio* istitutiva della garanzia prevista dall'art. 25, comma 2, Cost. non subirebbe nocumenti, non configurandosi un abuso del potere punitivo della Stato e un attacco alle esigenze di prevedibilità delle conseguenze della violazione della legge penale[12].

In simile ottica, nulla impedirebbe allo Stato di "concedersi" più tempo, se fondate ragioni di emergenza (da valutarsi secondo il parametro della ragionevolezza ai sensi dell'art. 3 Cost.) lo suggeriscono.

Pur essendo innegabile, come rammenta il fautore di questa soluzione, che l'applicazione *tout court* alla prescrizione del canone della irretroattività risulti non unanime nella letteratura penalistica, trattandosi di istituto in cui si confondono una dimensione sostanziale (collegata allo scemare delle finalità general- special preventive connesse alla pretesa punitiva, che il senso di oblio del reato, dovuto al trascorrere del tempo, comporta) e una processuale (collegata ai riverberi degli accadimenti processuali sulle tempistiche occorrenti all'estinzione dell'illecito)[13], tale approccio non sembra allo stato praticabile, attese le – sopra indicate – plurime e ormai consolidate prese di posizione della Consulta circa l'operatività, senza alcun distinguo, dell'intero coacervo dei corollari del principio di legalità in simile ambito.

In quest'ottica, anche al fine di prevenire che "*(…) il costo temporale dell'incapacità dello Stato di svolgere regolarmente i processi nel periodo dell'emergenza*"[14] si scarichi sull'imputato, risolvendosi in un pericoloso precedente idoneo a fornire la giustificazione per la rimozione di un istituto (in realtà sostanzialmente già avvenuta con la "abolizione" della prescrizione dopo

il primo grado di giudizio ad opera della l.n. 3/ 2019) che serve, invece, proprio a scongiurare che le croniche inefficienze dell'apparato giudiziario si riversino perniciosamente sui soggetti coinvolti nel processo, appare difficile e per niente auspicabile un *revirement* da parte della Corte costituzionale, basato su un ripensamento della natura *esclusivamente* sostanziale della prescrizione[15].

Invero, diversamente da quanto adombrato dall'orientamento di pensiero favorevole al "salvataggio" dell'odierna causa sospensiva, l'approdo esegetico che ha definito il "caso Taricco", lungi dall'atteggiarsi ad una sorta di espediente per uscire da quell'*impasse,* come tale superabile se necessario, è frutto di una argomentata e convinta presa di posizione, allineata ad una stratificata tradizione giuridica, alimentata, come sottolineato sempre da autorevole dottrina, da contributi di studiosi altrettanto importanti di quelli citati per supportare l'orientamento contrapposto, che nel nostro paese – e non solo, peraltro[16] – tende ad attribuire essenza sostanziale alla prescrizione[17].

Infatti, se, come è pacifico nell'elaborazione del Giudice delle leggi, il principio di irretroattività *in malam partem* persegue la finalità di assicurare al consociato la conoscibilità anticipata di tutte le conseguenze delle sue condotte, allora sembra arduo affermare che l'incremento " in corsa" dei termini di prescrizione, provocando una dilatazione delle tempistiche al cui interno è possibile esercitare la pretesa punitiva, non esponga l'agente a un peggioramento non pronosticabile della disciplina esistente quando si è risolto a commettere il fatto, compromettendosi il senso di affidamento sull'assetto ordinamentale in base al quale ha effettuato le sue scelte.

Un conto, invero, è sapere che lo Stato è tenuto a punire in via definitiva una condotta in un determinato lasso di tempo, altro conto è sapere che tale accertamento deve avvenire in un diverso e più lungo arco temporale, con l'effetto che la creazione, *post patratum crimen*, di in un ulteriore fattore "procedimentale" idoneo all'espansione dei tempi di prescrizione, è arduo sostenere che non infranga il presidio predisposto nell'art. 25, comma 2, Cost.

D'altronde, lo stallo della macchina giudiziaria provocato da un evento pandemico (come da qualsiasi altra calamità), allontanando l'accertamento del fatto dalla sua consumazione, accentua quel senso dell'oblio che costituisce la ragione di fondo, al cui interno si condensano tutte le altre, della prescrizione, non traducendosi, dunque, in una valida giustificazione per la sua sospensione.

Se è così, non sembra neppure possibile, da parte della Consulta, onde cimentarsi in un'operazione di "salvataggio" della norma, senza però smentire sé stessa circa la natura sostanziale dell'istituto, imbastire un ragionamento che muova dal presupposto di una posizione paritetica, sul piano delle gerarchie costituzionali, tra il canone dell'irretroattività della legge penale e il bene salute, che l'art. 32 Cost. definisce alla stregua di "*fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività",* al fine poi di avallare la legittimità di ragionevoli bilanciamenti tra tali diritti fondamentali, in un contesto di interazione e integrazione reciproche tra prerogative di base, che eviti la prevalenza assoluta di una sull'altra di rango analogo[18].

Tale impostazione non è a nostro modo di vedere adottabile neppure osservando: i) che la disposizione in materia di sospensione della prescrizione, essendo anch'essa funzionale a fronteggiare l'emergenza sanitaria in atto, concorre a concretizzare il diritto alla salute, realizzando, quindi, un bilanciamento ragionevole, in quanto, da un lato, confacente a conciliare interessi di pari grado, dall'altro, proporzionato allo scopo e all'esigenza di evitare un'eccessiva compressione della *ratio* istitutiva del principio di irretroattività; ii) che, infatti, la disposizione censurata è volta a impedire l'acuirsi delle conseguenze di una già gravissima emergenza sanitaria *in fieri,* emergendo, dunque, la sua necessità e adeguatezza rispetto allo scopo di assicurare la salute individuale e collettiva. Non si tratta, in altri termini, di norme dirette a disinnescare gli effetti di una crisi *passata,* rispetto alla quale – nell'immaginato e non condiviso (come diremo subito) percorso ermeneutico finalizzato a mantenere la norma nel sistema- si potrebbe discutere della necessità e adeguatezza di una deroga ad altri valori primari; iii) che tale disposizione, nella misura in cui sospende il corso della prescrizione per un periodo molto limitato di tempo, strettamente correlato alla durata preventivata dello stato di allarme, risulta viepiù proporzionata e non eccessiva rispetto al suo scopo; iv) che, collocandosi nel solco delle tesi riduzionistiche formulate negli anni '90 nella scuola di Francoforte, dove si erano individuate aree del diritto penale non appartenenti al

Kernstrafrecht, la prescrizione sarebbe un istituto periferico dello *ius criminale,* rispetto al quale le garanzie possono essere modulate e attenuate onde fare spazio ad altri interessi primari.

Tale impianto argomentativo, come accennato, non sarebbe persuasivo in quanto: i) il principio di irretroattività, come emerge in modo netto dall'elaborazione della giurisprudenza costituzionale, assume la veste di diritto "tiranno" nei confronti di altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, nel senso che non tollera alcuna deroga idonea a minare la libertà di scelta dei consociati e ad aprire la strada ad arbitri legislativi; ii) nulla conforterebbe l'assunto secondo cui la prescrizione sarebbe un istituto periferico del diritto penale. Anzi, la Consulta, anche con la sentenza n. 393 del 2006, non ha operato alcun distinguo "gerarchico" tra disposizioni concernenti in senso stretto la misura della pena e disposizioni che riguardano ulteriori e diversi profili, inerendo anch'esse al complessivo trattamento riservato al reo. Si cita espressamente, a tale ultimo proposito, proprio la prescrizione (§4 del *Considerato in diritto*); iii) al di là di questa presa di posizione della Corte costituzionale, sarebbe comunque difficile definire la prescrizione un istituto periferico del diritto penale, giacché essa è il crocevia di una serie di diritti e valori fondamentali, da quello di difesa a quello a una ragionevole durata del processo, passando per la funzione general/special preventiva della pena; iv) la logica dell'emergenza non può legittimare la lesione di garanzie fondamentali, pena – come già accennato- l'apertura di varchi a strumentali provvedimenti "liberticidi" protetti dall'alibi di "contingenze specifiche"[19].

Dunque, la normativa in questione appare affetta da incostituzionalità manifesta e, come tale, destinata ad essere espunta dal sistema.

Si deve, peraltro, segnalare – come già notato in dottrina[20] – che analoghi sospetti di incostituzionalità riguardano la previsione inserita nella seconda parte del co. 3-*bis* dell'art. 83 del d.l. 18/2020, introdotta dalla legge di conversione n. 27/2020. Secondo tale disposto, "*nei procedimenti pendenti dinanzi alla Corte di cassazione e pervenuti alla cancelleria della Corte nel periodo dal 9 marzo al 30 giugno 2020 il decorso del termine di prescrizione è sospeso sino alla data dell'udienza fissata per la trattazione e, in ogni caso, non oltre il 31 dicembre 2020*".

Siamo al cospetto di una disposizione che deroga a quanto previsto dal co. 4 dello stesso art. 83 del d.l. 18/2020, stabilendo che la sospensione della prescrizione operi, per i procedimenti ivi indicati, sino alla data fissata per la trattazione del ricorso in Cassazione, con il limite massimo, comunque, del 31 dicembre 2020.

Di nuovo, come rilevato in dottrina, la norma, riguardando i procedimenti già pendenti dinanzi alla Corte di cassazione nonché quelli che perverranno alla cancelleria della stessa Corte sino al 31 luglio 202018, è chiaramente destinata ad applicarsi anche ai reati commessi prima della sua entrata in vigore (30 aprile 2020), con ciò provocando i noti dubbi di legittimità costituzionale[21].

3. Il diverso regime della sospensione della prescrizione per i processi di c.d. prima e seconda fascia: tra libere interpretazioni in *malam partem* e ulteriori dubbi di costituzionalità.

Fingendo adesso che la disciplina possa avere legittimo e regolare ingresso nel sistema, merita di essere affrontata una problematica interpretativa di rilevante impatto pratico – visto il modo in cui ci si sta orientando nella pratica quotidiana, come si dirà- riguardante la sospensione della prescrizione correlata al rinvio delle udienze.

Tale disciplina, come si vedrà ancora, ingenera, d'altronde, un ulteriore dubbio di costituzionalità.

Il legislatore, con il Decreto c.d. "Cura Italia", ha suddiviso il periodo di riferimento in due fasi.

Una prima fase (art. 83, co. 1 e 2, d.l. n. 18/ 2020, conv., senza modifiche *in parte qua,* dalla l.n. 27/ 2020), dal 9 marzo al 15 aprile 2020 – termine poi spostato all'11 maggio *ex* art. 36, co. 1, d.l. n. 23/ 2020-, in cui l'attività giudiziaria, tranne tassative eccezioni, risulta sospesa *tout court:* in questo ambito sono ricaduti quei processi dove le udienze hanno subito un rinvio *ex officio* (c.d. processi di prima fascia). Una seconda fase (art. 83, co. 6, d.l. n. 18/ 2020, conv., senza modifiche *in parte qua,* dalla l.n. 27/ 2020), dal 16 aprile – termine poi protratto al 12 maggio dall'art. 36, co. 1, d.l. n. 23/ 2020- al 30 giugno 2020 – termine poi spostato al 31 luglio, dall'art. 3, co. 1, lett. i), d.l. 30 aprile 2020, n. 28-, in cui l'attività giudiziaria è potuta lentamente ripartire, previa adozione da parte dei capi degli uffici giudiziari di

una serie di presidi di sicurezza confacenti alla prevenzione del contagio: in questo ambito ricadono processi in cui il rinvio delle udienze è divenuto una scelta da assumere ove reputata funzionale al controllo della diffusione del *virus* (c.d. processi di seconda fascia).

Per quanto concerne i procedimenti di c.d. "prima fascia", l'art. 83, co. 1 e 2, d.l. n. 18/ 2020, stabilisce che, dal 9 marzo 2020 al 15 aprile 2020 (termine poi slittato all'11 maggio), le udienze dovevano essere rinviate - per l'appunto- d'ufficio a data successiva al 15 aprile 2020 (poi 11 maggio) e che, per lo stesso arco temporale, rimaneva sospeso il decorso dei termini per il compimento di qualsiasi atto del procedimento. In altri termini, come è stato annotato anche dai Giudici *a quibus* nelle due richiamate, il co. 2 ricomprende il co. 1, disponendo la sospensione dei termini, non solo per i giudizi oggetto di rinvio ai sensi del co. 1, ma per tutti i procedimenti[22]. Il co. 4 dell'art. 83 stabilisce che, nei procedimenti in cui operava la sospensione generalizzata dei termini ai sensi del co. 2, era altresì sospesa, per lo stesso periodo, la prescrizione.

Il dato testuale appare inconfutabile nel prevedere che la sospensione della prescrizione, per quei processi fissati nel lasso cronologico 9 marzo – 15 aprile (poi 11 maggio), non potesse oltrepassare questa barriera temporale. Infatti, dal combinato disposto dei co. 1, 2 e 4 dell'art. 83, discende che le udienze collocate tra il 9 marzo e il 15 aprile (poi 11 maggio) erano tutte rinviate a data successiva al 15 aprile (poi 11 maggio) e che l'incedere della prescrizione restava bloccato *soltanto* sino a quel giorno, insieme a tutti i termini procedimentali[23].

La perdurante verità di questo assunto risulta suffragata, *ex adverso,* dalla differente disciplina approntata per i processi di c.d. "seconda fascia", da trattare alla ripresa "controllata" dell'attività, in ossequio alle prescrizioni impartite dai capi degli uffici giudiziari (periodo 16 aprile, poi 12 maggio, 30 giugno, poi 31 luglio). Il co. 9 dell'art. 83, allorché prevede, invero, che il cammino della prescrizione rimane "*sospes*[o] *per il tempo in cui il procedimento è rinviato ai sensi del comma 7, lettera g) e, in ogni caso, non oltre il 30 giugno*" stabilisce in via espressa che tale misura afferisce unicamente i processi ritardati "facoltativamente", in adempimento delle direttive imposte dai capi degli uffici. Infatti, il co. 7 dell'art. 83, alla lett. g), tra le precauzioni che i dirigenti *possono* adottare per assicurare la ripresa "in sicurezza", individua la possibilità di rinviare le: *"udienze a data successiva al 30 giugno nei procedimenti civili e penali (…)"*. In breve, la legge prescrive incontestabilmente che solo per i rinvii effettuati dopo il 15 aprile (poi 11 maggio), in base alle indicazioni degli apicali, il flusso della prescrizione si arresti per l'intero periodo, con l'unico limite del 30 giugno, poi spostato al 31 luglio.

Nella prassi applicativa, in cui chi scrive si è imbattute nello svolgimento dell'attività professionale, si osserva invece la consolidata tendenza degli organi giudicanti a sospendere *sempre* la prescrizione oltre la data del 15 aprile (poi 11 maggio), sino al 30 giugno, poi 31 luglio (se la prosecuzione dell'istruttoria dibattimentale è differita ad una data successiva), senza distinguere tra processi di "prima" e "seconda" fascia.

Non si sa se questa fosse la *mens legislatoris,* ma è fuori discussione che, se lo era, la stessa non si é tradotta nella *mens legis,* non essendosi trasfusa nel dettato normativo.

E allora, poiché *in claris non fit interpretatio,* la disciplina sulla sospensione della prescrizione non può essere manipolata *contra reo,* se è vero come è vero che l'attività ermeneutica, in omaggio al principio di legalità e al suo corollario della tassatività, non può condurre a colmare lacune o rimediare a carenze della tecnica di redazione normativa, sorvolando sul contenuto delle espressioni usate dal legislatore.

Concludendo sul punto, per i dibattimenti di "prima fascia" – 9 marzo/15 aprile (poi 11 maggio) –, la prescrizione poteva subire un blocco non oltre la fine di tale fase, al di là se la data di rinvio del processo cadesse in un frangente successivo; per i dibattimenti di "seconda fascia" – 16 aprile, poi 12 maggio/ 30 giugno, poi 31 luglio-, la prescrizione resta ferma sino alla data della nuova udienza, con il limite invalicabile del 30 giugno, poi 31 luglio.

Per tale seconda categoria di dibattimenti – 16 aprile, poi 12 maggio/ 30 giugno, poi 31 luglio-, si deve sottolineare un altro possibile profilo di incostituzionalità della legge.

Infatti, per i giudizi di "seconda fascia", la legge affida una "delega in bianco" ai capi degli uffici per l'individuazione dei criteri in base ai quali decidere se trattare o meno i processi; valutazione a cui si lega, come visto, anche la selezione dei processi rispetto ai quali opera la sospensione della prescrizione sino al 30 giugno.

Per tale via, al di là delle forme, di fatto non è più la legge a enucleare le fattispecie idonee a determinare la sospensione della prescrizione nella fase di ripresa dell'attività giudiziaria (dal 12 maggio), essendo rimessa tale decisione alla totale discrezionalità dei capi degli uffici e dei giudici chiamati a implementare le direttive dei superiori.

Siffatto *modus procedendi* appare distonico con il principio di legalità e, in particolare, con i suoi corollari della riserva di legge e della precisione, giacché, come ha affermato la Corte costituzionale già nella primo arresto della "saga Taricco": "*Nell'ordinamento giuridico nazionale il regime legale della prescrizione è soggetto al principio di legalità in materia penale, espresso dall'art. 25, secondo comma, Cost., come questa Corte ha ripetutamente riconosciuto (da ultimo sentenza n. 143 del 2014). È perciò necessario che esso sia analiticamente descritto, al pari del reato e della pena, da una norma che vige al tempo di commissione del fatto"* (ord. 24/ 2017, *§* 4 del *Considerato in fatto e in diritto).*

Hanno poi aggiunto i Giudici, sempre riferendosi anche al regime della prescrizione, che le norme di diritto penale sostanziale: "*(…) devono quindi essere formulate in termini chiari, precisi e stringenti, sia allo scopo di consentire alle persone di comprendere quali possono essere le conseguenze della propria condotta sul piano penale, sia allo scopo di impedire l'arbitrio applicativo del giudice"* (*§* 5 del *Considerato in fatto e in diritto*).

Con più specifico riferimento alla possibile violazione della riserva di legge, ancora nel *§* 5 del *Considerato in fatto e in diritto,* la Corte costituzionale ha osservato: "*(…) è necessario interrogarsi, sia sul rispetto della riserva di legge, sia sul grado di determinatezza (…), con riguardo al potere del giudice, al quale non possono spettare scelte basate su discrezionali valutazioni di politica criminale. In particolare il tempo necessario per la prescrizione di un reato e le operazioni giuridiche da compiersi per calcolarlo devono essere il frutto dell'applicazione, da parte del giudice penale, di regole legali sufficientemente determinate. In caso contrario, il contenuto di queste regole sarebbe deciso da un tribunale caso per caso, cosa che è senza dubbio vietata dal principio di separazione dei poteri di cui l'art. 25, secondo comma, Cost. declina una versione particolarmente rigida nella materia penale".*

Parole chiare e nette, che dimostrano come, nel caso di specie, l'art. 83, co. 9, d.l. 18/ 2020 confligga coll'art. 25 Cost., anche nella misura in cui affida al potere dei capi degli uffici e, di conserva, dei giudici, le scelte relative ai processi da rinviare; meccanismo a cui si lega la sospensione della prescrizione e che finisce, dunque, per rimettere alla discrezionalità giudiziaria la determinazione dei tempi necessari per l'estinzione dei reati.

4. Problematiche in materia di successione di leggi nel tempo.

Altri nodi da sciogliere – sempre tralasciando i profili di incostituzionalità della normativa- si legano alle ricadute sulla disciplina della successione di leggi penali del tempo ancorate alla frenetica introduzione di nuove disposizioni che hanno gradualmente modificato l'assetto della sospensione della prescrizione.

Il corpo normativo che, per primo, ha regolato la materia è stato il d.l. n. 11/ 2020. Per tutti i procedimenti di c.d. "prima fascia", all'art. 1, co. 1, si prevedeva il rinvio d'ufficio delle udienze a data successiva al 22 marzo 2020. Per quanto riguarda la prescrizione, il co. 3 dell'art. 1 rimandava al co. 4 dell'art. 2 del medesimo articolato, che ne stabiliva la sospensione per tutto il tempo del rinvio, ma, in ogni caso, non oltre il 31 maggio. L'art. 2 enucleava la disciplina per i processi di c.d. "seconda fascia" (quelli da celebrare secondo le prescrizioni presidenziali nel periodo 23 marzo- 31 maggio). Anche per questi procedimenti, il co. 4 dell'art. 2 sanciva la sospensione della prescrizione per l'intera durata del rinvio, sempre non oltre il 31 maggio.

Successivamente, nell'intento di fronteggiare le mutevoli e imprevedibili esigenze dettata dalla repentina evoluzione del fenomeno epidemiologico, il Governo ha varato il d.l. n. 18/ 2020, c.d. "Cura Italia", che, come accennato, ha (forse involontariamente) apportato significative interpolazioni *in mitius* per i dibattimenti di c.d. "prima fascia".

Le novità di favore attengono, come notato, alla diversificazione del regime sospensivo della prescrizione tra processi di "prima" e "seconda" fascia. Sino alla sua promulgazione, per tutti i giudizi, senza distinzioni di sorta, la prescrizione rimaneva paralizzata per il tempo del rinvio, ancorché non oltre il 31 maggio; dopo la sua promulgazione, per i processi di "prima fascia" (9 marzo – 15 aprile, poi 11 maggio) la prescrizione, come sopra osservato, non era più sospendibile oltre il limite che segnava l'avvio

della ripresa graduale dell'attività in ottemperanza alle direttive dei capi degli uffici (15 aprile, poi 11 maggio).

Ci si chiedeva, allora, se i giudizi – tutti di "prima fascia" – rinviati nell'arco temporale compreso tra il 9 marzo (data in cui avevano acquisito forza le misure implementate dal d.l. n. 11/ 2020) e il 16 marzo (il 17 marzo è entrato in vigore, secondo il suo art. 127, il d.l. n. 18/ 2020 che, inoltre, all'art. 83, co. 22, ha espressamente abrogato la disciplina previgente), dovessero sottostare alla normativa in voga in quel momento oppure potessero beneficiare della più favorevole previsione subentrata. Ovviamente, se, come poi è puntualmente avvenuto, il d.l. n. 11/ 2020 non fosse stato convertito in legge, perdendo efficacia *ex tunc,* allora si sarebbero neutralizzati i suoi riflessi applicativi e la questione prospettata si sarebbe svuotata di significato[24].

Immaginando, invece, la perdurante efficacia delle previsioni di questo primo Decreto, la disciplina successiva (d.l. n. 18/ 2020) risulta, come detto, maggiormente conveniente in relazione ai processi di "prima fascia", frapponendo un argine al corso della prescrizione, anziché per tutto il tempo del rinvio (con il limite del 30 giugno, poi 31 luglio), non oltre il 15 aprile (poi 11 maggio) mentre, in base al d.l. n. 11/ 2020, come più volte sottolineato, la data limite era il 31 maggio.

Ebbene, l'operatività della novella anche al passato è suffragata dalla lettera dell'art. 83, co. 1 e 2, d.l. n. 18/ 2020, che stabilisce l'esplicita retrocessione dei suoi effetti al 9 marzo. D'altronde, a prescindere da tale espressa dichiarazione d'intenti, che elimina in radice qualsiasi incertezza, comunque, nel caso di specie, i risvolti favorevoli della normativa di nuovo conio avrebbero acquistato efficacia retroattiva. Si sarebbe trattato (ove il d.l. 11/ 2020 fosse stato convertito in legge), infatti, di successione di diposizioni eccezionali e temporanee convergenti sulla medesima situazione necessitante, con la conseguenza che, essendo accomunate da analoga logica emergenziale e finalità uniformi, si sarebbe dissolta la ragione fondante la deroga, enucleata nel c. 5 dell'art. 2 c.p., alle dinamiche generali della successione di leggi penali nel tempo[25].

Invero, come si è premurata di ribadire di recente la Corte costituzionale, con la sentenza n. 63 del 2019[26], sebbene la garanzia della retroattività della *lex mitior,* essendo ricavabile, non già dal presidio invalicabile rappresentato dall'art. 25, co. 2, Cost., bensì dallo spettro di tutela del principio di ragionevolezza-uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., nonché, a livello sovranazionale, dagli art. 7 CEDU e 49, § 1 e – soggiungiamo noi- § 3, laddove si afferma il principio di proporzionalità delle pene[27], CDFUE, sia soggetta a limitazioni sorrette da valide giustificazione sul piano del contemperamento tra interessi di pari rango, laddove tali ragioni di deroga non ricorrano, come nel caso di specie, allora recupera slancio il diritto dell'agente ad essere giudicato e in caso punito, "*in base all'apprezzamento attuale dell'ordinamento relativo al disvalore del fatto da lui realizzato, anziché in base all'apprezzamento sotteso alla legge in vigore al momento della sua commissione*" (§ 6. 1 del *Considerato in diritto*).

Sulla scorta di tale ragionamento, ai processi celebrati e differiti dal 9 marzo al 16 marzo, si sarebbe comunque dovuto estendere il d.l. n. 18/ 2020, con conseguente sospensione della prescrizione solo fino al 15 aprile, poi 11 maggio.

Vi è, infine, un'ulteriore questione "spigolosa" legata al continuo avanzamento (da ultimo ad opera del d.l. n. 28/ 2020) dei termini di ripresa dell'attività giudiziaria e allo speculare ampliamento del periodo di sospensione della prescrizione, correlato alla pressoché totale paralisi della giustizia.

Il d.l. n. 18/ 2020 ha previsto il blocco completo dell'attività giudiziaria sino al 15 aprile. Il co. 4 dell'art. 83, come già detto, ha parallelamente introdotto la sospensione dei termini di prescrizione, sino al 15 aprile, per i processi ricadenti in questo arco temporale.

Il d.l. n. 23/ 2020, coll'art. 36, co. 1, ha provocato lo slittamento di tale termine all'11 maggio.

Nonostante la l.n. 27/ 2020, di conversione del d.l. n. 18/ 2020, sia entrata in vigore il 30 aprile 2020, ovvero dopo l'emanazione del d.l. 23/ 2020 e nello stesso giorno dell'entrata in vigore del d.l. 28/ 2020, bisogna comunque rapportare la sospensione della prescrizione per i processi di prima fascia al nuovo termine dell'11 maggio e per quelli di seconda fascia al 31 luglio.

Infatti, il d.l. 18/ 2020, *in parte qua,* è stato convertito senza modificazioni, con la conseguenza, imposta, se non sbagliamo, dalle regole generali in tema di rapporti intertemporali tra atti normativi in questi casi (art. 15, comma 5, l.n. 400 del 1988 che prevede: "*Le modifiche eventualmente apportate al decreto-legge in sede di conversione hanno efficacia dal giorno successivo a quello della pubblicazione della legge di*

conversione, salvo che quest'ultima non disponga diversamente"), che le disposizioni in materia di sospensione dei termini di prescrizione, introdotte dall'Esecutivo e ratificate dal Parlamento, dispiegano i loro effetti sin dal giorno di entrata in vigore del provvedimento d'urgenza e la legge di conversione non da vita ad una relazione di successione di leggi nel tempo, non presentando un contenuto normativo autonomo[28].

Se è così, solo tra i due dd.ll. nn. 18 e 23 del 2020 si potrà configurare un avvicendamento normativo.

Ci si domanda, dunque, se la sospensione della prescrizione, nel contesto di processi di c.d. " prima fascia", trattati e differiti prima del 9 aprile (data di entrata in vigore del d.l. n. 23/ 2020), debba essere regolata in ottemperanza alle disposizioni contenute nel d.l. n. 18/ 2020 (che limitava gli effetti dello stallo sulla prescrizione alla data del 15 aprile) o in ossequio alle più svantaggiose previsioni innestate dal d.l. n. 23/ 2020 (che ha procrastinato quella scadenza all'11 maggio).

Non pare che in questo caso sia invocabile il principio d'irretroattività in *malam partem,* non *bypassabile* neppure in periodi emergenziali. Infatti, questa guarentigia si fonda su una *ratio* diversa da quella su cui risiede la regola della retroattività della *lex mitior*. Mentre quest'ultima, in un'ottica riconducibile in senso lato alla tutela della ragionevolezza- uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., mira ad assicurare un trattamento penale omogeneo ai cittadini, corrispondente a quello più vantaggioso connesso all'applicazione di una nuova legge[29], il divieto di retroattività *in peius,* come ribadito di recente dalla Consulta ancora nella sentenza n. 63 del 2019 (nello specifico nel § 6. 1 del *Considerato in diritto*), costituisce un valore assoluto, refrattario ad eccezioni, volto a preservare la libertà di autodeterminazione del soggetto, il quale, a tal fine, deve necessariamente essere preventivamente edotto e reso certo delle conseguenze del suo agire.

Il rinvio di un'udienza, ovvero un mero adempimento processuale, non è, evidentemente, un *quid* assimilabile ad una condotta umana che deve potersi realizzare con piena cognizione di causa. Di talché, nulla impedisce, questa volta, di applicare a tutti i giudizi di c.d. "prima fascia" rinviati prima del 9 aprile, il più lungo periodo di sospensione della prescrizione previsto dal d.l. 23/ 2020. Infatti, se il legislatore, nel medesimo contesto di emergenza, ha inteso, con una norma sopravvenuta, regolare in via retroattiva la contingenza straordinaria, dilatando il termine di totale paralisi dell'attività giudiziaria e, con esso, quello di sospensione della prescrizione, deve prevalere, in assenza di diritti primari idonei a fungere da "contro – limiti", la legge successiva, evidentemente reputata più consona alle mutate circostanze della situazione di eccezionalità[30]. Se è così, non paiono residuare dubbi circa il fatto che, in ordine ai dibattimenti rimandati in data anteriore al 9 aprile, la prescrizione, lungi dal rimanere ibernata sino al 15 aprile, in linea con la disciplina vigente al momento del rinvio, si debba fermare sino all'11 maggio, come disposto coll'avvento del d.l. n. 23/ 2020[31].

Ovviamente, la questione appena analizzata, perderà di interesse ove il d.l. 23/ 2020 non venisse convertito in legge, perdendo di efficacia *ex tunc*.

D'altra parte, ove il d.l. 23/ 2020 non venisse tradotto in legge, il limite del 15 aprile di sospensione della prescrizione per i processi di "prima fascia", rimarrebbe intatto anche a seguito dell'emanazione del d.l. 28/ 2020.

Invero, l'art. 3 di tale articolato ha totalmente trascurato la disciplina (art. 83, commi 1, 2 e 4, d.l. 18/ 2020) relativa al periodo di pressoché assoluta paralisi giudiziaria (9 marzo/ 15 aprile), per concentrarsi unicamente, al comma 1 lett. c), sul periodo di ripresa graduale dell'attività (art. 83, comma 6, d.l. 18/ 2020), che viene spostato – come già stabiliva l'art. 36, comma 1, seconda parte, d.l. 23/ 2020- al 12 maggio.

Insomma, in caso di mancata conversione del d.l. 23/ 2020 e ove il legislatore non corresse ai ripari, emendando la chiara svista normativa inficiante il provvedimento d'urgenza di "ultimo conio", il sistema non sarebbe coordinato e si creerebbe al suo interno una sorta di "zona franca", sguarnita di disciplina dell'emergenza, che potrebbe offrire il pretesto per libere interpretazioni in sede applicativa.

Infatti, le due normative in successione sarebbero soltanto il d.l. 18/ 2020, convertito nella l.n. 27/ 2020, e il d.l. 28/ 2020: in virtù del primo addentellato, il periodo di totale fermo dell'attività giudiziaria e di automatica sospensione della prescrizione andrebbe dal 9 marzo al 15 aprile; tra il 15 aprile e l'11 maggio si verrebbe a insinuare un vuoto regolamentare; solo dal 12 maggio, sulla scorta delle modifiche apportate dall'art. 3, comma 1, lett. b), al comma 6 dell'art. 83 d.l. 18/ 2020, si ritroverebbe una disciplina afferente

la "fase due" dell'emergenza; fase due che, secondo l'art. 3, co. 1, lett. i) d.l. 28/ 2020 viene prolungata dal 30 giugno al 31 luglio.

Al di là di quanto appena osservato circa l'inapplicabilità del principio di irretroattività in materia, comunque, tale ultimo slittamento non avrebbe provocato problemi legati alla successione di leggi, poiché il d.l. 28/ 2020 è entrato in vigore il 30 aprile 2020, ovvero prima dell'avvio della seconda fase (11 maggio), di talché tutti i rinvii disposti in questo frangente sono stati effettuati in ossequio alla disciplina vigente in quel momento e la situazione non ha subito una modifica in forza di una regolamentazione postuma.

Nicola Madìa
Avvocato del Foro di Roma.
Assegnista di ricerca in diritto penale presso l'Università degli studi di Roma "Tor Vergata".

[1] Le ordinanze sono consultabili in *Giurisprudenza penale web,* 26 maggio 2020.
[2] Le ordinanze sono consultabili in *Giurisprudenza penale web,* 27 maggio 2020.
[3] Corte cost., sent. 29 novembre 2006, n. 393.
[4] Corte cost., ord. 6 febbraio 2017, n. 17; Corte cost., sent. 31 maggio 2018, n. 115.
[5] Al riguardo, G. Castiglia, *Udienze e termini penali in regime di pandemia di Covid- 19,* in *Sistemapenale,* 5, 2020, p. 338, ha notato come sia ovvio che, prevedendo l'art. 83 d.l. 17/ 2020 la sospensione della prescrizione a partire dal 9 marzo 2020, questo articolo detti una regola destinata a operare anche per reati commessi prima della sua entrata in vigore.
[6] Sul carattere eccezionale e temporaneo della normativa, F. Malagnino, *Sospensione dei termini nel procedimento penale in pandemia da Covid- 19,* in *Giurisprudenza penale web,* 18 aprile 2020, 27.
[7] In questi stessi termini si è già espresso, O. Mazza, *Sospensioni di primavera: : prescrizione e custodia cautelare al tempo della pandemia,* in *Arch. pen. web,* 1, 2020, 6 ss.
[8] Questa soluzione, con estremo scetticismo, è stata prospettata e poi scartata da F. Malagnino, *Sospensione dei termini,* cit., 29. Questa stessa possibilità è stata anche segnalata da G. L. Gatta, *Sospensione della prescrizione* ex *art. 83, co. 4, d.l. n. 18/ 2020: sollevata questione di legittimità costituzionale,* in *www.sistemapenale.it,* 27 maggio 2020.
[9] È giunto a questa conclusione anche, F. Malagnino, *Sospensione dei termini,* cit., 29.
[10] Tra le altre, Cass., VI, 13 ottobre 2014, n. 42557; Cass., Sez. VI, 24 aprile 2018, n. 18066.
[11] G.L. Gatta, "Lockdown" *della giustizia penale, sospensione della prescrizione del reato e principio di irretroattività: un cortocircuito,* in *www.sistemapenale.it,* 4 maggio 2020, 11.
[12] G.L. Gatta, "Lockdown" *della giustizia*, cit., 14.
[13] Sul punto, anche per i necessari riferimenti bibliografici, G. L. Gatta, "Lockdown" *della giustizia*, cit., 11.
[14] Sono parole di O. Mazza, *Sospensioni di primavera,* cit., 8.
[15] Analoghe perplessità le hanno espresse, A. Gamberini - G. Insolera, *Che la pandemia non diventi l'occasione per accelerare le soluzioni sulla prescrizione e sulle sue ragioni costituzionali,* in *www.sistemapenale.it,* 24 maggio 2020.
[16] Proprio di recente, e sempre in ordine alla possibilità di estendere alla prescrizione misure introdotte per fronteggiare l'emergenza Covid che avrebbero finito per peggiorarne il regime giuridico, nella dottrina spagnola si è ribadita la natura sostanziale dell'istituto e la conseguente estensione ad esso dell'intero coacervo dei corollari del principio di legalità. Di conseguenza, si é negato che la disciplina varata nella contingenza pandemica, non chiara nel riferirsi anche alla prescrizione, potessero essere oggetto di una libera interpretazione *in malam partem,* volta a supportare l'idea per cui anche gli effetti di quell'istituto fossero stati sospesi durante la contingenza. Così, in particolare, J. Dopico Gómez- Aller, *Prescrizione del reato e stato di emergenza in Spagna,* in *www.sistemapenale.it,* 28 maggio 2020.
[17] Così, nell'ambito di una pacata ma argomentata critica alla tesi favorevole a rivedere la natura giuridica dell'istituto così come enucleata dalla Consulta nel "caso Taricco", G. Flora, *"COVID* REGIT ACTUM". *Emergenza sanitaria, norme eccezionali e deroghe ("ragionevoli"?) ai principi costituzionali,* in *Penaledp.it,* 12 maggio 2020. Critiche altrettanto eleganti le ha sviluppate, F.R. Dinacci, *Psoriasi interpretative: la legge nel tempo in tema di prescrizione e termini di custodia nell'emergenza Covid. Alla ricerca di una "legalità" perduta,* in *Arch. pen. web,* 2, 2020, 5 ss.
[18] Sul rango primario del diritto alla salute, Corte cost., sent. 9 maggio 2013, n. 85; Corte cost., sent. 23 marzo 2018, n. 58.
[19] Nello stesso senso, A. Gamberini - G. Insolera, *Che la pandemia,* cit.
[20] C. Castiglia, *Udienze e termini processuali penali in regime di pandemia da Covid 19,* in *Sistemapenale,* 5, 2020, 338.
[21] C. Castiglia, *Udienze e termini,* cit., 338.
[22] In questi termini, G. Picaro, *Il* virus *nel processo penale. Tutela della salute, garanzie processuali ed efficienza dell'attività giudiziaria nei d.l. n. 18 e n. 23 del 2020,* in *www.sistemapenale.it,* 17 aprile 2020.
[23] Analogamente, G. Picaro, *Il virus*, cit.

[24] Così, F. Malagnino, *Sospensione dei termini,* cit., 26.
[25] F. Malagnino, *Sospensione dei termini,* cit., 27. In giurisprudenza, Cass., Sez. I, 1° luglio 2008, n. 26316.
[26] Corte cost., 21 marzo 2019, n. 63.
[27] In questi termini, C. Sotis, *Le "regole dell'incoerenza"*, Roma, 2012, 91 ss; M. Gambardella, voce *Legge penale nel tempo,* in *Enc. Dir., Ann.,* vol. VII, Milano, 2014, cit., 654.
[28] Si è pronunciato nei medesimi termini, O. Mazza, *Postilla di diritto intertemporale,* in *Arch. pen. web,* 2, 2020, 1 ss. Ha invece ipotizzato, attraverso un sottile ragionamento, che la legge di conversione del d.l. 18/ 2020, ovvero la l.n. 27/ 2020, entrasse lei in successione con il d.l. 23/ 2020, A. Scalfati, *La custodia cautelare durante l'emergenza: leggi confuse e illiberali,* ivi, 2, 2020, 1 ss. La conseguenza di tale premessa è che, a partire dal 30 aprile 2020, la scadenza del termine di sospensione della prescrizione per le attività processuali risulterebbe retroattivamente fissata al 15 aprile 2020.
[29] In materia, M. Gambardella, voce *Legge penale*, cit., 652.
[30] F. Malagnino, *Sospensione dei termini,* cit., 27. Ma già, autorevolmente, in questi termini, R. Pannain, *Manuale di diritto penale, Pt. gen.,* Roma, 1942, 108.
[31] Analogamente, O. Mazza, *Sospensioni di primavera,* cit., 3.

TRIMESTRALE, 2, 2020

Umanità della pena, diritto alla salute ed esigenze di sicurezza sociale: l'ordinamento penitenziario a prova di (contro)riforma.

di ***V. Manca***

I recenti provvedimenti della magistratura di sorveglianza a favore di alcuni detenuti c.d. "ostativi" hanno generato un clamore mediatico eccessivo, dato che si tratta pur sempre di decisioni giurisdizionali su casi concreti, che non possono trovare generalizzazioni né strumentalizzazioni politiche.
Ad ogni modo, tenuto conto della complessità delle questioni sottese, risulta quanto mai opportuno continuare ad occuparsi del tema, perché si è comunque in piena emergenza sanitaria da Covid-19, anche in carcere. In questa Rivista, si sono già forniti numerosi precedenti di merito, che hanno evidenziato alcuni orientamenti della magistratura di sorveglianza degni di nota.
L'obiettivo è quello di disvelare il maggior numero di informazioni possibili, a servizio della conoscenza, partendo direttamente dalla fonte, resa accessibile e pubblica.
Solo con un coordinamento di tutti i professionisti e con la massima condivisione della casistica (e dei principi di diritto in essa espressi) è possibile infatti sviluppare un ragionamento d'insieme, ad ampio raggio, sulle criticità del sistema penitenziario.

"La dignità umana,
in quanto premessa dei diritti fondamentali,
non è un diritto fondamentale a sé stante,
ma sintesi di tutti i princìpi
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"[1].

Sommario. 1. Premessa e nota di metodo. – **2.** Analisi della casistica. – **3.** Il differimento pena: il concetto di "grave infermità fisica". – **3.1.** Dalla Costrizione agli *standard* europei dei diritti fondamentali dei detenuti. – **3.2.** *(Segue)* I recenti orientamenti della Cassazione e la giurisprudenza di merito. – **3.3.** La detenzione c.d. in "deroga". – **3.4.** L'applicazione provvisoria: "il grave pregiudizio". – **3.5.** Le altre misure extramurarie. – **4.** Rimedi *ex* art. 39 Reg. Corte EDU, *class actions* e qlc su art. 147 c.p.? – **5.** Suggestioni in chiave di (contro)riforma.

1. Premessa e nota di metodo.

I recenti provvedimenti della magistratura di sorveglianza a favore di alcuni detenuti c.d. "ostativi" hanno generato un clamore mediatico eccessivo, dato che si tratta pur sempre di decisioni giurisdizionali su casi concreti, che non possono trovare generalizzazioni né strumentalizzazioni politiche[2].
Ad ogni modo, tenuto conto della complessità delle questioni sottese, risulta quanto mai opportuno continuare ad occuparsi del tema, perché si è comunque in piena emergenza sanitaria da *Covid-19*, anche in carcere. In questa *Rivista*, si sono già forniti numerosi precedenti di merito, che hanno evidenziato alcuni orientamenti della magistratura di sorveglianza degni di nota[3]. L'obiettivo è quello di disvelare il maggior numero di informazioni possibili, a servizio della conoscenza, partendo direttamente dalla fonte, resa accessibile e pubblica. Solo con un coordinamento di tutti i professionisti e con la massima condivisione della casistica (e dei principi di diritto in essa espressi)

è possibile infatti sviluppare un ragionamento d'insieme, ad ampio raggio, sulle criticità del sistema penitenziario. Allo stesso tempo, inoltre, l'analisi delle argomentazioni contenute nelle ordinanze consente di verificare le potenzialità applicative dei singoli istituti normativi, già esistenti.

2. Analisi della casistica.

Già in precedenza, si è tentato di offrire un primo quadro ricognitivo sulla giurisprudenza di merito in materia di misure alternative per motivi di salute[4].

Si è individuata da subito una prima grande suddivisione tra pronunce applicative di disposizioni esistenti, interpretate, anche in chiave evolutiva rispetto all'emergenza sanitaria[5], e decisioni sulla nuova versione dell'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive brevi di cui all'art. 1 della legge n. 199/2010, *ex* art. 123 del decreto legge del 17 aprile 2020, n. 18[6].

Di rilievo sono ancor di più le pronunce collocate all'interno della prima macro-area, perché, in tali circostanze, la giurisprudenza di merito ha saputo declinare i presupposti applicativi delle misure alternative in funzione dell'emergenza sanitaria da *Covid-19*:

(i) un primo gruppo di pronunce ha adottato un'interpretazione estensiva del concetto di "*grave infermità fisica*" di cui all'art. 147, co. 1 n. 2 c.p., pur sempre in linea con la più recente giurisprudenza di legittimità in materia di differimento della pena per motivi di salute[7]. Il passaggio argomentativo ulteriore è stato quello di ancorare il quadro clinico del detenuto, già affetto da una seria precisa di patologie, al *Covi-19* e alle più che probabili ricadute letali sullo stesso, secondo le linee guida dell'Istituto Superiore della Sanità del 7 marzo 2020 e dell'OMS-WHO del 15 marzo 2020;

(ii) un secondo gruppo di pronunce ha avuto il merito di riempire di contenuto la diversa locuzione di "*gravi motivi*" che giustificassero, nel caso concreto, un'applicazione provvisoria della misura alternativa richiesta: l'attesa della fissazione della camera di consiglio dinanzi al tribunale di sorveglianza rappresenta di per sé motivo di potenziale aggravamento della situazione sanitaria, atteso che la permanenza in carcere aumenta l'esposizione al rischio da contagio *Covid-19*;

(iii) un terzo gruppo di pronunce ha avuto ad oggetto istanze iscritte d'ufficio, su segnalazione dell'area sanitaria del carcere, sempre in armonia con quanto sollecitato dal DAP, con nota del 21 marzo 2020[8]: nonostante le polemiche diffuse dalla stampa, le segnalazioni inviate alla magistratura di sorveglianza sono state formulate sulla base delle linee guida ricevute, atteso che le misure per motivi di salute (nella specie, il differimento della pena *ex* art. 147, co. 1 n. 2) c.p.) hanno una applicazione universale, a prescindere, quindi, dal titolo di reato. Preminente è infatti la tutela del diritto alla salute, che lo Stato è tenuto a garantire, in ogni caso, anche alla persona reclusa[9];

(iv) un quarto gruppo di pronunce ha, invece, interessato situazioni di detenuti che intendevano accedere alle misure alternative tradizionali, non necessariamente ancorate ai motivi di salute: in alcuni casi, la magistratura di sorveglianza ha accolto le istanze, concedendo, in via provvisoria, misure extramurarie. Oggetto della motivazione non è più il quadro clinico del detenuto, e, quindi, la sua soggettiva predisposizione a contrarre il *Covid-19*, ma l'impossibilità di garantire misure preventive e di contenimento, tenuto conto della situazione oggettiva in cui versa quel singolo istituto penitenziario (in termini, ad es., di sovraffollamento carcerario e di profilassi sanitarie).

L'insieme delle pronunce, sin qui brevemente menzionate, impongono una riflessione più articolata degli istituti penitenziari applicati, anche in una prospettiva critica per meglio comprendere effettivamente la *ratio* di tali disposizioni e il ricorso che ne è stato fatto, di recente, nella prassi.

3. Il differimento pena: il concetto di "grave infermità fisica".

L'istituto dell'art. 147, co. 1 n. 2 c.p., sul rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena[10], è un procedimento che viene incardinato, o su impulso di parte – anche prima dell'emissione dell'ordine di carcerazione, o iscritto d'ufficio, con apposita informativa della direzione del carcere, ai sensi dell'art. 108 reg esec. (cioè, d.p.r. del 30 giugno 2000, n. 230). L'ipotesi particolare di cui al co. 1 n. 2), si riferisce alla presenza del requisito della infermità fisica[11].

L'infermità deve manifestarsi in forma "grave", perché la prognosi *quoad vitam* si palesa come infausta, imminente o ravvicinata, o, dal pericolo di altre rilevanti conseguenze dannose sullo stato di salute del condannato. La gravità della patologia rende indispensabile l'accesso del detenuto a forme extramurarie di espiazione pena, perché non è possibile garantire al condannato un trattamento sanitario né in

carcere, né in ospedale, in altro luogo esterno di cura, di cui all'art. 11 ord. penit.[12]. In tal senso, i requisiti per accedere al differimento dell'esecuzione sono due, nel senso che la gravità oggettiva della patologia deve essere affiancata alla possibilità di fruire allo stato di libertà di cure diverse e più efficaci di quelle che vengono prestate in esecuzione[13].

Devono essere prese in considerazione anche le conseguenze dannose sulla salute derivante dalla permanenza in carcere, laddove la detenzione finisca per aggravare lo stato di infermità: bisogna, quindi, valutare se, in relazione al caso concreto, il carcere possa aggravare ulteriormente le condizioni di salute del detenuto, pur non con effetti nefasti, da potersi tradurre in una esecuzione contraria al senso di umanità, di cui all'art. 27, co. 3 Cost.[14].

La sofferenza aggiuntiva, che, di per sé è inevitabile per la privazione della libertà personale, rileva laddove essa superi la soglia dell'umana tollerabilità (in altri termini: lo stato di salute incompatibile con la detenzione "*non è limitato alla patologia implicante un pericolo di vita, dovendosi aver riguardo ad ogni stato morboso o scadimento fisico capace di determinare una situazione di esistenza al di sotto di una soglia di dignità*")[15].

Ad ogni modo, l'incompatibilità con lo stato di detenzione è oggetto di esame, sulla base del caso concreto: ciò che rileva, infatti, non è "*solo la disponibilità delle attrezzature sanitarie e le terapie praticabili in carcere, ma altresì l'ambiente nella sua accezione più lata, le condizioni igienico-sanitarie, la qualità del vitto e la possibilità di rispettare una dieta appropriata alla patologia, ad es., per i diabetici*"[16].

Trattasi quindi di un giudizio relativo, che deve pur sempre basarsi sul rapporto tra condizione individuale del soggetto e condizione dell'ambiente carcerario[17].

Alla base del differimento della pena è insito perciò un rigoroso bilanciamento tra interessi contrapposti, a rilevanza costituzionale: esigenze di sicurezza della collettività, da una parte, e istanze di tutela dei diritti fondamentali della persona (*rectius*: diritto alla salute e umanità della pena), dall'altra.

Tale giudizio complesso è anche alla base della valutazione di autori per reati di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. e di persone ristrette in regime di 41-*bis* ord. penit.: il differimento della pena di cui all'art. 147 c.p. non soffre, infatti, di preclusioni soggettive, proprio perché si riferisce a soggetti le cui condizioni di salute non consentono più efficacemente la soggezione del detenuto al comando punitivo dello Stato (anche se proteso verso il fine rieducativo), se non nei limiti di un'esecuzione della condanna in termini disumani e degradanti, al di sotto della soglia di dignità della persona (e, quindi, in violazione degli artt. 2 e 3 Cost.).

Va da sé che è compito della magistratura verificare, anche in termini più stringenti, la pericolosità sociale del condannato, specie se rispetto ad autori ad alta "potenzialità criminosa": la pericolosità sociale va valutata in concreto alla luce delle patologie in atto e all'età avanzata (soprattutto, se si tratta di un ultrasettantenne)[18], all'interno di un giudizio complessivo[19]. Tanto che, ai sensi del co. 4 dell'art. 147 c.p., inserito ad opera della legge n. 40/2011, si fa divieto di disporre il differimento della pena, e, se concesso, va revocato, qualora sussista il pericolo concreto della commissione di nuovi delitti, potendosi dar luogo, semmai, solo alla diversa forma di detenzione domiciliare di cui all'art. 47-*ter*, co. 1-*ter* ord. penit.[20].

Tenendo sempre a mente che il magistrato di sorveglianza effettua una valutazione stringente sul caso concreto, anche alla luce dell'attualità della pericolosità sociale del detenuto, il differimento della pena può essere disposto, solo laddove non sia stato possibile preventivamente disporre il ricovero in un ospedale civile o in altro luogo di cura, o, mediante altresì il trasferimento in altra struttura penitenziaria più adeguata per la presenza di presidi sanitari specializzati: è il caso di Salvatore Riina, affrontato dalla Cassazione, con sent. n. 27766/17, con cui è stato annullato il provvedimento di rigetto dell'istanza di differimento della pena, perché "*carente di motivazione sotto il profilo della attualizzazione della valutazione di pericolosità del soggetto, tale da configurare quelle eccezionali esigenze che impongono l'inderogabilità dell'esecuzione della pena*"[21].

3.1. Dalla Costituzione agli *standard* europei dei diritti fondamentali dei detenuti.

A differenza della Costituzione, che tutela espressamente il diritto alla salute, peraltro, a portata universale, ai sensi degli artt. 32, 2, 3 Cost., la Convenzione europea dei diritti dell'uomo non prevede disposizioni analoghe: tuttavia, la giurisprudenza evolutiva della Corte EDU ha saputo, nel tempo, configurare uno statuto garantista anche per il diritto alla salute, sia per le persone libere, sia per quelle detenute[22].

Da ultimo, infatti, la Corte EDU ha condannato l'Italia, nel caso *Provenzano c. Italia*, per la violazione dell'art.

3 CEDU, a causa della reiterazione del regime del 41-*bis* ord. penit., senza una rivalutazione attuale delle sue condizioni di salute[23].

Del resto, il tema dell'incompatibilità con lo stato di detenzione è stato affrontato dalla Corte EDU, già in passato, proprio in relazione ad un altro noto caso italiano, quello di Contrada (v. Corte EDU, *Contrada* (n. 2) *c. Italia*, 11 febbraio 2014, ric. n. 7509/08)[24]. Con tale pronuncia, infatti, la Corte EDU ha cristallizzato la propria precedente giurisprudenza in materia disumanità della pena, ai sensi dell'art. 3 CEDU, per la permanenza in carcere di detenuti malati[25].

Al fine della violazione del parametro convenzionale è necessario, in breve, che sussista: *(i)* uno stato di salute fortemente compromesso da patologie gravi; *(ii)* la certificazione sanitaria del quadro clinico che indichi come incompatibile il carcere; *(iii)* l'assenza di motivi ostativi all'accesso a misure extramurarie di espiazione della pena, come, ad es., la pericolosità sociale del soggetto[26].

Il *leading case* in materia risale comunque all'ulteriore caso di *Scoppola* (n. 1) *c. Italia* in cui il ricorrente, di età avanzata (67 anni) non era più in grado di deambulare autonomamente: secondo la Corte EDU, la permanenza in carcere, a fronte del quadro clinico dell'interessato, ha rappresentato una violazione dell'art. 3 CEDU (tra cui: problemi cardiovascolari, diabete, difficoltà motorie dovute ad atrofia muscolare e alla frattura di un femore, ipertrofia prostatica e depressione); così nel caso successivo, sempre a favore del medesimo ricorrente *Scoppola* (n. 4) *c. Italia*[27]. Caso analogo è quello di *Cara-Damiani c. Italia*, rispetto al quale non era stata giudicata come idonea la soluzione di trasferire il detenuto in una struttura penitenziaria più attrezzata, dato che: "*mantenere in detenzione una persona tetraplegica o in ogni caso gravemente handicappata in condizioni inadatte al suo stato di salute costituisce trattamento degradante*"[28]. Medesimo ragionamento anche in *Cirillo c. Italia*, in cui nuovamente si valuta l'incompatibilità con lo stato di detenzione per l'inadeguatezza di programmi specifici di cura per la patologia di cui era affetto il detenuto (in questo caso, si trattava di programmi di fisioterapia ed elettrostimolazione)[29].

Ricondurre l'incompatibilità con lo stato di detenzione per condizioni di salute nell'alveo di tutela dell'art. 3 CEDU ha permesso alla Corte EDU di sancire la natura assoluta del diritto alla salute del detenuto, atteso che tale parametro convenzionale non può essere soggetto a deroghe o limitazioni: si ricava, infatti, dall'art. 15 CEDU[30], dai lavori preparatori alla Convenzione[31], nonché dalla giurisprudenza della Corte EDU[32] che l'art. 3 CEDU esclude la possibilità di un bilanciamento con altri principi, valori o obiettivi, anch'essi meritevoli di protezione, e "*nega rilevanza, quali possibili ipotesi di riduzione del livello di tutela assicurato dalla disposizione, alle specifiche motivazioni addotte dalle autorità nazionali per sottoporre un individuo a violazioni dell'art. 3 CEDU*"[33].

Oltre alle sentenze, sin qui citate, non può non correre alla mente l'ulteriore giurisprudenza della Corte EDU, sempre in relazione all'art. 3 CEDU, in materia di sovraffollamento carcerario: con la sentenza pilota *Torreggiani e altri c. Italia*, infatti, la Corte EDU ha qualificato la permanenza in carcere, in condizioni igienico-sanitarie precarie, con uno spazio personale inferiore ai 3 mq, come un trattamento inumano, integrante la soglia minima di gravità di cui all'art. 3 CEDU (così, per tutte le altre sentenze pilota, *Varga e altri c. Ungheria*, *Neshkov e altri c. Bulgaria, Vasilescu c. Belgio*)[34].

I due fattori, se combinati assieme, rispetto alla medesima situazione, rappresentano indubbiamente una potenziale violazione dell'art. 3 CEDU (anche in relazione alla più "relativista" giurisprudenza, incardinata con il *leading case Muršić c. Croazia*[35]): in ragione, infatti, di una valutazione complessiva, il sovraffollamento carcerario, da una parte, e l'emergenza sanitaria, dall'altra, potrebbero costituire due elementi rilevanti, a prescindere anche da una accertata incompatibilità soggettiva con lo stato di detenzione.

3.2. *(Segue)* I recenti orientamenti della Cassazione e la giurisprudenza di merito.

Sulla base di questa grammatica concettuale comune, si può parlare anche di un parziale mutamento di sensibilità anche all'interno della giurisprudenza di legittimità, che, nel complesso, rimane comunque molto rigorosa.

Ai fini della sospensione dell'esecuzione della pena detentiva, infatti, "*non è necessaria un'incompatibilità assoluta tra la patologia e lo stato di detenzione*"[36], occorre, invece, che l'infermità sia tale da comportare un serio pericolo di vita, o da non poter assicurare la prestazione di adeguate cure mediche in ambito carcerario, o, ancora, da causare al detenuto sofferenze aggiuntive ed eccessive, in spregio del diritto alla salute e del senso di umanità al quale deve essere improntato il trattamento penitenziario.

La Cassazione è inoltre intervenuta, a più riprese, a evidenziare la centralità del giudizio di valutazione dell'incompatibilità con il carcere: il magistrato, infatti, è chiamato a "*verificare, non soltanto se le condizioni di salute del condannato, da determinarsi ad esito di specifico e rigoroso esame, possano essere adeguatamente assicurate all'interno dell'istituto di pena o comunque in centri clinici penitenziari, ma anche se esse siano compatibili o meno con le finalità rieducative della pena, alla stregua di un trattamento rispettoso del senso di umanità, che tenga conto della durata della pena e dell'età del condannato comparativamente con la sua pericolosità sociale*"[37].

Trattasi, peraltro, di un giudizio complesso, tra le condizioni di salute del detenuto ed il regime carcerario, la cui valutazione "*deve essere effettuata sia in astratto, con riferimento ai parametri stabiliti dalla legge, sia in concreto, con riferimento alla possibilità di effettiva somministrazione nel circuito penitenziario delle terapie di cui egli necessita*"[38].

La Suprema Corte prescrive altresì un ordine gerarchico di considerazioni preliminari, che devono essere effettuate dal magistrato: il differimento della pena rappresenta, infatti, un rimedio residuale, solo laddove tutte le altre soluzioni intramurarie non siano, allo stato, percorribili[39]. Sul punto, si è chiarito come «*la permanenza in carcere può essere deliberata se il giudice accerta che esistano istituti in relazione ai quali possa formularsi un giudizio di compatibilità (tra le condizioni di salute del soggetto e il regime carcerario) e tale accertamento deve rappresentare un "momento primario" rispetto alla decisione e non una modalità esecutiva della stessa, rimessa all'autorità amministrativa*»[40].

Lo scrutinio preliminare imposto alla magistratura è così rigoroso che si richiede, in caso di rigetto del differimento della pena, di indicare espressamente la struttura penitenziaria specializzata a fornire le cure mediche al detenuto: così, infatti, laddove il tribunale di sorveglianza "*ritenga che l'invocato rinvio dell'esecuzione non possa essere concesso, sul presupposto che è possibile praticare utilmente le cure necessarie in ambiente carcerario fornito di centro clinico specializzato, deve indicare, nel provvedimento di rigetto, con precisione e non genericamente, la struttura penitenziaria in cui la pena deve essere espiata*"[41].

Superata tale fase preliminare, il magistrato è chiamato a effettuare un concreto bilanciamento degli interessi in gioco, tra l'umanità della pena e la dignità della persona reclusa, da un lato, e la sicurezza della collettività, dall'altra (si esclude che possa far parte del bilanciamento l'intangibilità del giudicato e la certezza dell'esecuzione penale). Laddove, infatti, il diritto alla salute non può essere tutelato integralmente, per l'assenza di strutture penitenziarie specializzate, o per l'impossibilità di ricovero in luogo esterno di cura, incombe un'ulteriore stringente valutazione sulla situazione personale del condannato: la pericolosità sociale deve essere valutata in stretta relazione alle patologie in atto e all'età dell'interessato (così: "*Assume, in vero, i contorni di una detenzione non ammissibile mantenere in carcere una persona che non è in grado di percepire il senso stesso della detenzione e, comunque, di percepirlo in modo non pieno né compiuto nei suoi aspetti rieducativi, preminenti per la nostra civiltà costituzionale*")[42].

Con riguardo a detenuti in regime di 41-*bis* ord. penit., di recente, la Cassazione ha rammentato che, nel giudizio di pericolosità sociale, devono essere indicate espressamente tutte le argomentazioni di fatto, rapportate all'attuale capacità del soggetto di compiere, nonostante lo stato irreversibile di salute, azioni idonee in concreto ad integrare il pericolo di recidiva. In altri termini: gli esiti del bilanciamento tra gli interessi antagonisti *"devono essere necessariamente rinnovati ed attualizzati in parallelo all'evolversi della situazione sanitaria*"[43].

Con riguardo inoltre a soggetti ultrasettantenni, anche c.d. "ostativi", la Cassazione ha precisato che, se è vero che il raggiungimento della soglia di settant'anni non comporta alcun automatismo, in caso di rigetto, il magistrato deve motivare specificamente sulla compatibilità del mantenimento del condannato in carcere, con la tutela della salute, nonché con la funzione rieducativa della pena e con il senso di umanità della stessa[44].

Su tale linea, si può dire, che si sono collocate le recenti pronunce di merito:

(i) il TDS Sassari, dd. 23.04.2020 ha deciso in merito al differimento della pena, nelle forme della detenzione domiciliare di cui all'art. 47-*ter*, co. 1-*ter* ord. penit., per un detenuto al regime del 41-*bis* ord. penit., seguendo il seguente *iter* argomentativo: il Collegio ha, *in primis*, vagliato tutte le opzioni preliminari possibili, dal trasferimento in altra struttura penitenziaria alla possibilità di cura in altri luoghi esterni; in secondo luogo, ha operato il bilanciamento di interessi, tra il diritto alla salute del condannato e l'esigenza di sicurezza della collettività, argomentando in modo specifico anche

sull'attualizzazione della pericolosità sociale dell'interessato, tenuto conto della patologia in corso e dell'età dello stesso[45];
(ii) l'Uff. Sorv. Milano, con provvedimento dd. 20.04.2020, ha disposto il differimento della pena, nelle forme della detenzione domiciliare di cui sopra, per un detenuto recluso in regime di 41-*bis* ord. penit, di età avanzata, con un fine pena prossimo e un quadro clinico compromesso ed irreversibile: in linea, quindi, con le valutazioni della Corte di Cassazione, per autori di reati ultrasettantenni, il magistrato ha concluso che: "*considerato il non lontano fine pena a fronte di una lunga carcerazione, l'esistenza di riferimenti familiari, l'età e il compromesso quadro clinico del condannato, deve ragionevolmente escludersi il pericolo di fuga o di reiterazione dei reati*"[46].
Non sono mancati, anche, provvedimenti di rigetti:
(i) Uff. Sorv. Milano, dd. 10.03.2020 ha rigettato l'istanza di differimento della pena a carico di un autore condannato alla pena dell'ergastolo c.d. "ostativo", perché, nel giudizio complessivo, il magistrato ha ritenuto prevalenti le esigenze di sicurezza sociale, considerando il detenuto attualmente pericoloso; decisione confermata anche dal TDS Milano, con ordinanza dd. 23.03.2020, per cui, oltre al quadro della soggettiva pericolosità sociale, si è valutata "non grave" la situazione sanitaria del condannato, ancora curabile dallo stato di detenzione[47].

3.3. La detenzione c.d. in "deroga".

Come si è anticipato, la maggior parte delle ordinanze commentate[48] hanno avuto ad oggetto, sì, la misura del differimento della pena, ma nelle forme della detenzione domiciliare (e, nella specie quella di cui al co. 1-*ter* dell'art. 47-*ter* ord. penit.): soluzione che, da una parte, soddisfa, in ogni caso, le esigenze di sicurezza pubblica, e consente, anche se in forma extramuraria, la prosecuzione dell'espiazione della pena per il condannato, dall'altra[49].
La misura della detenzione c.d. in deroga o umanitaria, introdotta con la legge n. 663/1986, e modificata con successiva legge n. 165/1998, ha una funzione sussidiaria rispetto al differimento della pena: può essere concessa in luogo del differimento della pena, laddove residui un margine di pericolosità sociale, che faccia ritenere ancora necessario un controllo da parte dello Stato[50]; si ritiene che, in questo caso, la detenzione domiciliare configuri lo strumento più idoneo a garantire un corretto bilanciamento tra le esigenze del condannato e quelle di difesa sociale[51].
Può essere concessa, anche in via autonoma, e d'ufficio, quando, nonostante la presenza di condizioni di salute gravi, il condannato non sia in pericolo di vita e possa partecipare consapevolmente al processo rieducativo, anche attraverso gli interventi del servizio sociale[52].
Rispetto al tema *Covid-19*, la magistratura di sorveglianza, in linea con la giurisprudenza di legittimità – che postula necessariamente una correlazione tra incompatibilità con lo stato di detenzione e l'aggravarsi dello stato di salute – ha soppesato nel giudizio complessivo, ai fini del differimento della pena, l'impatto del contagio da *Covid-19* sulla patologia del detenuto, già sufficientemente grave da essere idonea a giustificare un accesso del soggetto all'esterno: l'Istituto Superiore della Sanità e l'Organizzazione Mondiale della Sanità hanno attestato scientificamente un più elevato rischio da contagio per le persone recluse, dato che, allo stato, non è possibile praticare misure di distanziamento, né di prevenzione e contenimento del *virus*[53]. Tali considerazioni – a carattere scientifico – hanno contribuito a qualificare come "soggetti a rischio" anche le persone recluse, specie se già aggravate da un quadro clinico, irreversibile e difficilmente curabile all'interno delle strutture penitenziarie, anche tra quelle più specializzate. Così, tra le ordinanze più esemplificative: *(i)* TDS Milano, dd. 19 marzo 2020; *(ii)* TDS Milano, dd. 31.03.2020; *(iii)* TDS Bologna, dd. 26.03.2020[54].

3.4. L'applicazione provvisoria: "il grave pregiudizio".

Nella maggior parte dei casi, tuttavia, si è proceduto in via provvisoria. Ai sensi del co. 2 dell'art. 684 c.p.p., si riconosce, in capo al magistrato di sorveglianza, il potere di decidere su istanze di differimento pena, laddove abbia il fondato motivo di ritenere che sussistano i presupposti per cui il tribunale di sorveglianza procederà in tal senso. E ciò sia che il condannato sia libero, qualora l'ingresso in carcere possa nuocere alle condizioni di salute; sia che sia già in corso la detenzione. In quest'ultimo caso, grava sulla direzione dell'istituto penitenziario informare il magistrato di sorveglianza che il detenuto versa in una delle situazioni previste dagli artt. 146 e 147 c.p. (ai sensi dell'art. 108 reg esec.): in tal senso, deve leggersi anche la recente nota del DAP del 21 marzo 2020[55].
Trattasi, quindi, di un provvedimento "cautelare" e come tale deve fondarsi sui presupposti del *fumus*

boni iuris, dato dal fondato timore che sussistano i requisiti legittimanti il rinvio, e il *periculum in mora*, inteso come effettiva possibilità che la detenzione o il perpetuarsi della stessa rechino grave detrimento del condannato[56].

Anche la detenzione domiciliare c.d. "in deroga" (perché applicabile, anche per un residuo di pena maggiore) può essere concessa in via provvisoria: questa facoltà, in origine, non era prevista; lo è, però, a partire dal decreto legge n. 78/2013, con la modifica del co. 1-*quater* dell'art. 47-*ter* ord. penit., per cui è consentito al magistrato di sorveglianza applicare d'urgenza la detenzione domiciliare, anche nelle forme di cui al co. 1-*ter* della stessa disposizione, laddove "*vi sia un grave pregiudizio derivante dalla protrazione dello stato di detenzione*"[57].

Il magistrato decide *de plano*, con decreto motivato; una decisione interinale, che comunque conserva efficacia fino alla decisione del tribunale di sorveglianza; nel caso di rigetto vengono trasmessi immediatamente gli atti al tribunale di sorveglianza competente a provvedere e a pronunciarsi definitivamente sull'istanza[58].

In tal senso, si devono leggere, quindi, i decreti applicativi, tra cui:

(i) Uff. Sorv. Verona, dd. 27.03.2020, in cui il magistrato di sorveglianza, sulla base della segnalazione della direzione del carcere, ha concesso il differimento della pena, nelle forme della detenzione domiciliare a un detenuto affetto da diabete mellito insulinodipendente e da insufficienza renale cronica. In questo caso, il magistrato ha indicato anche un termine finale, fissato al 31 luglio 2020[59]. Tale circostanza non è usuale, dato che, di norma, coincide o con il fine pena, o non viene indicata alcuna data di scadenza; tuttavia, si ritiene che la durata del rinvio non sia vincolante, poiché allo scadere del termine previsto occorre verificare la persistenza della situazione di fatto che ne costituisce il presupposto[60];

(ii) Uff. Sorv. Trento, dd. 20.04.2020, secondo le medesime modalità operative di cui sopra, ha concesso la detenzione domiciliare *ex* art. 47-*ter*, co. 1-*ter* ord. penit., in via provvisoria, ad un detenuto aggravato da diabete mellito scompensato, da cardiopatia ischemica ed ipertensione[61];

(iii) Uff. Sorv. Spoleto, dd. 24.03.2020, per cui si è disposto il differimento della pena per un soggetto ultrasettantenne, con diverse patologie di natura cardiaca e respiratorie (cardiopatia ipertensiva, ipertensione arteriosa sistemica, portatore di *pace-maker*): anche in questo caso, analogamente a quanto statuito dall'Uff. Sorv. Verona, il termine finale della misura extramuraria viene individuato "*almeno per il tempo dell'emergenza sanitaria e fino a valutazione del competenze tribunale di sorveglianza*"[62];

(iv) Uff. Sorv. Reggio Calabria, dd. 03.04.2020, con cui si è concesso il differimento della pena, nelle forme della detenzione domiciliare c.d. "in deroga", dato che la presenza di una grave infermità fisica, nell'attuale e specifica situazione emergenziale "*potrebbe esporre il detenuto a esiti infausti in ambito intramurario in tal modo ledendo il fondamentale diritto alla salute e trasformando la detenzione carceraria in un trattamento contrario al senso di umanità della pena*". Anche in questo caso, il magistrato ha operato un giudizio complessivo, in cui sono confluite valutazioni sulla pericolosità sociale del detenuto, anche in relazione al contesto socio-familiare, all'età, al residuo pena e al pericolo di fuga, nonché alla recidiva[63].

Di rilievo, inoltre, il provvedimento del magistrato di sorveglianza de L'Aquila: *(v)* con provv. dd. 26.03.2020, infatti, Uff. Sorv. L'Aquila ha disposto la misura del rinvio facoltativo della pena, nelle forme della detenzione domiciliare c.d. "in deroga", per un condannato alla pena dell'ergastolo, affetto da tubercolosi polmonare: anche in questo, caso, il magistrato di sorveglianza ha ripercorso, nella parte motiva del decreto, i presupposti applicativi dell'art. 147, co. 1 n. 2) c.p., dalla grave patologia, dalla prognosi nefasta "*quoad vitam"*, fino alle possibili conseguenze dannose per il protrarsi della detenzione[64].

Ancor più di rilievo, poi *(vi)* il provvedimento del magistrato di sorveglianza di Verona, il quale ha ritenuto di operare il differimento della pena, senza l'aggiunta di prescrizioni accessorie, per sei mesi. Nel decreto si legge che: "*il rischio che il detenuto vada soggetto a contaminazione da parte del SARS – CoV – 2 è altissimo; pertanto, il quadro nosografico che già affligge il detenuto, per come sopra esposto, deve essere considerato quale grave infermità che giustifica la concessione del differimento facoltativo della pena, soprattutto in ragione della contestualizzazione della situazione, che non consente in alcun modo di prevenire con efficacia il contagio in carcere e, quindi, non consente la cura effettiva della malattia COVID – 19 che, se contratta da soggetto con patologie pregresse come quelle che affliggono il detenuto, potrebbe avere sbocco esiziale*". Dirimente, nel giudizio di valutazione della posizione personale, sono stati sicuramente il contesto socio-familiare di provenienza e la

condotta intramuraria irreprensibile, anche in una prospettiva di risocializzazione: "*Quanto finora accennato permette di apprezzare come […] abbia posto in essere un buon avvio di un cammino sulla strada della legalità e della accettazione delle regole di vita che disciplinano il comune sentire ed il comune agire in un consesso civile. Particolarmente apprezzabile è la volontà di continuare nel serio e già intrapreso percorso di reinserimento nella società*"[65].

3.5. Le altre misure extramurarie.

Limitata è, ad oggi, la casistica sull'applicazione della nuova versione dell'esecuzione presso il domicilio di pene detentive brevi, di cui all'art. 123 del decreto legge del 17 aprile 2020, n. 18.

Molteplici, infatti, sono le zone "d'ombra" della disciplina, anche in termini di istruttoria e di competenza, che non hanno consentito decisioni pronte e in tempi rapidi[66].

Nella prassi, sono state preferite altre vie: *(i)* la concessione provvisoria di misure alternative tradizionali, puntando sul fatto della presenza di condizioni esterne favorevoli e di un percorso intramurario positivo proteso già verso l'esterno, come è il caso dell'Uff. Sorv. Siracusa, dd. 16.03.2020 che ha disposto la prosecuzione della pena in affidamento in prova al servizio sociale di un condannato, che in precedenza aveva usufruito della semilibertà[67]; *(ii)* la concessione provvisoria di misure extramurarie di tipo terapeutiche, tra cui, a titolo esemplificativo: Uff. Sorv. Siena, 01.04.2020, con applicazione della misura dell'affidamento in prova in casi particolari *ex* art. 94 del d.p.r. n. 309/1990, in via provvisoria, per un condannato, con un fine pena breve, e supportato dai servizi territoriali, per un programma terapeutico ambulatoriale; e Uff. Sorv. Mantova, 08.04.2020, sempre per un detenuto seguito dal SerD territorialmente competente, con un'istruttoria in tal senso già perfezionata[68].

In tal senso, la magistratura sembra aver seguito gli auspici espressi da una parte della dottrina, che chiedeva soluzioni interpretative più estensive dei requisiti applicativi delle misure alternative, specie se disposte in via provvisoria, per tutte quelle situazioni già istruite, e in attesa di decisione: come è per il caso dell'affidamento in prova al servizio sociale, con sintesi intramuraria chiusa, attività lavorativa presente (o attivabile ad emergenza cessata) e un contesto socio-familiare solido (anche sulla base delle ulteriori indagini degli ULEPE)[69].

4. Rimedi *ex* art. 39 Reg. Corte EDU, *class actions* e qlc su art. 147 c.p.?

Un caso particolare si è verificato nella prassi dall'Ufficio di Sorveglianza di Verona, fino al Tribunale di Sorveglianza di Venezia: caso noto ormai alla stampa di un detenuto, recluso presso la Casa circondariale di Vicenza, che aveva presentato diverse istanze extramurarie, tra cui quelle di esecuzione presso il domicilio, *ex* art. 1 della legge n. 199/2010, e quella *ex* art. 123 del decreto legge n. 18/2020. Tali istanze sono state rigettate da parte del magistrato di sorveglianza di Verona, in ragione dell'attualità della pericolosità sociale del condannato: in particolar modo, alla luce di un provvedimento disciplinare, il magistrato di sorveglianza ha ritenuto preclusivo l'accesso alle forme "più celeri" di detenzione domiciliare. Di diniego anche le ulteriori decisioni in merito alla richiesta di applicazione provvisoria dell'affidamento in prova al servizio sociale e, in subordine, della detenzione domiciliare, ai sensi degli artt. 47 e 47-*ter*, co. 1-*bis* ord. penit.: rispetto alla molteplicità delle istanze di diniego, il Tribunale di Sorveglianza di Venezia si è trovato, quindi, di fronte ai reclami, da una parte, e alla trasmissione degli atti d'ufficio, sulla decisione delle misure alternative, più tradizionali, all'altra.

Nelle more di fissazione udienza, tuttavia, è stata adita la Corte EDU, con un ricorso *ex* art. 39 reg. esec. della Corte, in base al quale, anche su istanza di parte possono essere richieste misure cautelari, provvisorie ed urgenti, laddove sussista il pericolo di una violazione dei diritti fondamentali, prevalentemente, in materia di diritto alla vita, tortura e trattamenti inumani e degradanti (artt. 2 e 3 CEDU). Trattandosi di procedura riservata, le informazioni rese pubbliche riferiscono di un'interlocuzione con il Governo italiano, diretta a comprendere lo stato della situazione nel carcere di Vicenza, anche alla luce della posizione personale del condannato[70]. Dalle motivazioni dell'ordinanza TDS Venezia, 28.04.2020, si apprende che il detenuto è stato visitato ben 13 volte e che si trovava in buone condizioni di salute. Si apprende, inoltre, che la Direzione della Casa circondariale di Vicenza, pur in piena emergenza sanitaria, è stata in grado di adottare una serie di misure, formalizzate nei documenti, funzionali a prevenire possibili contagi, e a predisporre l'organizzazione interna dell'istituto.

Secondo il Tribunale di Sorveglianza di Venezia, quindi, allo stato, non è possibile affermare che il condannato sia un soggetto a rischio di contagio da *Covid-19* (essendo la situazione, a differenza della Casa di reclusione di Verona o di Torino[71] ben monitorata e gestita dalla Direzione): la decisione di accoglimento dell'istanza di detenzione domiciliare a favore del condannato, perciò, si è incentrata unicamente sulla presenza degli ulteriori elementi di diritto, quali, la disponibilità di un domicilio, idoneo, la presenza di un nucleo familiare solido e socialmente integrato e di una rivalutazione della pericolosità sociale del condannato, ritenuta dal Collegio, non più attuale.

Altra forma di tutela, alquanto innovativa e sperimentale, è quella portata avanti da parte di alcuni legali, sulla Casa di reclusione di Bari e di Lecce, in merito alle c.d. *class actions*: trattasi di un'iniziativa patrocinata dall'associazione *Nessuno Tocchi Caino*, con cui, sostanzialmente, si avanza verso l'Amministrazione penitenziaria e il Ministero della Giustizia un'azione inibitoria, di natura preventiva a far sì che le autorità preposte alla gestione penitenziaria adottino le misure organizzative e preventive per la tutela dei diritti dei detenuti[72].

Altra via che potrebbe essere ripresa, pur avendo già avuto un esito negativo nel 2013, si ritiene possa essere quella della legittimità costituzionale: con ordinanza dd. 18.02.2013, il Tribunale di Venezia aveva sollevato questione di legittimità costituzionale in relazione all'art. 147, co. 1 n. 2) c.p., nella parte in cui non prevedeva un'ipotesi di differimento della pena per trattamento inumano e degradante, a causa del sovraffollamento carcerario[73].

Tuttavia, al 29 febbraio 2020, i detenuti presenti nelle carceri italiane erano ben n. 61.230, cifra molto vicina a quella del 31 gennaio 2012, che ha preceduto la condanna all'Italia nel caso *Torreggiani e altri c. Italia*, con una presenza, nel complesso, di n. 65.701 detenuti.

La circostanza che, ad oggi, i numeri sono prossimi a quelli di una situazione drammatica e diffusa di sovraffollamento carcerario, che, oggettivamente, non consente l'adozione di misure straordinarie di distanziamento sociale, contenimento e prevenzione del contagio da *Covid-19*, dovrebbe far nuovamente riflettere sull'attualità di una questione di legittimità da sottoporre alla Corte costituzionale.

5. Suggestioni in chiave di (contro)riforma.

L'esame della giurisprudenza sin qui esaminata, può fornirci delle chiavi di lettura, anche per un primo approccio critico alla recentissima modifica all'ordinamento penitenziario, approvata con il decreto legge del 30 aprile 2020, n. 28, e contestualmente pubblicato in Gazzetta Ufficiale[74].

Ai sensi dell'art. 2 del d.l. n. 28/2020, si legge, in particolare, che:

(i) al co. 1 dell'art. 30-*bis* ord. penit., in materia di permessi di necessità, si inseriscono i due seguenti periodi: "*Nel caso di detenuti per uno dei delitti previsti dall'articolo 51, commi 3*-bis *e 3*-quater*, del codice di procedura penale, l'autorità competente, prima di pronunciarsi, chiede altresì il parere del procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto ove ha sede il tribunale che ha emesso la sentenza e, nel caso di detenuti sottoposti al regime previsto dall'articolo 41*-bis*, anche quello del procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo in ordine all'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata ed alla pericolosità del soggetto. Salvo ricorrano esigenze di motivata eccezionale urgenza, il permesso non può essere concesso prima di ventiquattro ore dalla richiesta dei predetti pareri*";

e *(ii)* si sostituisce il co. 9, per cui: "*Il procuratore generale presso la corte d'appello è informato dei permessi concessi e del relativo esito con relazione trimestrale degli organi che li hanno rilasciati e, nel caso, di permessi concessi a detenuti per delitti previsti dall'articolo 51, commi 3*-bis *e 3*-quater*, del codice di procedura penale o a detenuti sottoposti al regime previsto dall'articolo 41*-bis*, ne dà comunicazione, rispettivamente, al procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto ove ha sede il tribunale che ha emesso la sentenza e al procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo*";

(iii) in materia, invece, di detenzione domiciliare c.d. "in deroga", di cui all'art. 47-*ter* ord. penit., si aggiunge il co. 1-*quinquies*, per cui: "*1*-quinquies. *Nei confronti dei detenuti per uno dei delitti previsti dall'articolo 51, comma 3*-bis *e 3*-quater *del codice di procedura penale o sottoposti al regime previsto dall'articolo 41*-bis*, il tribunale o il magistrato di sorveglianza, prima di provvedere in ordine al rinvio dell'esecuzione della pena ai sensi degli articoli 146 o 147 del codice penale con applicazione della detenzione domiciliare, ai sensi del comma 1*-ter*, o alla sua proroga, chiede il parere del procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto ove ha sede il tribunale che ha emesso la sentenza e, nel*

caso di detenuti sottoposti al regime previsto dall'articolo 41-bis*, anche quello del Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo in ordine all'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata ed alla pericolosità del soggetto. I pareri sono resi al magistrato di sorveglianza e al tribunale di sorveglianza nel termine, rispettivamente, di due giorni e di quindici giorni dalla richiesta. Salvo che ricorrano esigenze di motivata eccezionale urgenza, decorsi detti termini, il magistrato o il tribunale di sorveglianza procedono comunque anche in assenza dei pareri".*

Ad una primissima valutazione, si coglie positivamente la scelta del legislatore di contenere le modifiche, rispetto all'impostazione originaria: trattasi, in ogni caso, di modifiche procedimentali, che andranno ad innestarsi nella fase istruttoria di valutazione della singola istanza. Come si nota, in entrambi i casi, sia per il permesso di necessità, di cui all'art. 30 ord. penit., sia per la detenzione domiciliare c.d. in "deroga", di cui all'art. 47-*ter*, co. 1-*ter* ord. penit., si prescrive, in aggiunta a tutti gli altri adempimenti istruttori di acquisizione delle informative, la obbligatoria richiesta formale di parere alla DDA per tutti gli autori di reati annoverati nell'art. 51, co. 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p., e, della DNA, se è in corso il regime di cui all'art. 41-*bis* ord. penit. E, in particolare:

(i) per il permesso di necessità, si impone che il magistrato di sorveglianza non possa decidere in merito all'istanza, se non dopo che siano decorse 24 ore dall'invio della richiesta di parere;

(ii) per la detenzione domiciliare c.d. "in deroga", si impone che il magistrato o il tribunale di sorveglianza competenti debbano attendere il termine minimo di due giorni, per gli autori di reati di cui all'art. 51, co. 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p., e, di 15 giorni, per detenuti in regime di cui all'art. 41-*bis* ord. penit.[75].

Trattasi, a ben vedere, di termini di natura acceleratoria per la DDA e la DNA, e, meramente dilatori per il magistrato di sorveglianza[76]: tali cadenze temporali inoltre possono essere derogate, secondo il testo del decreto legge, laddove "*ricorrano esigenze di motivata eccezionale urgenza*"[77].

In tema di detenzione domiciliare in "deroga", oltre alla clausola di "*motivata eccezionale urgenza*", si esplicita anche che il magistrato o il tribunale di sorveglianza competenti possano procedere alla fase decisoria, anche in assenza dei pareri, comunque richiesti. La diversa scelta legislativa di chiarire espressamente la facoltà del magistrato di decidere, anche in assenza di ricezione del parere richiesto, fa pensare che, in materia di permessi di necessità, ciò non sia possibile[78].

Tali informative, sono obbligatorie, ma non vincolanti quanto al contenuto: ad ogni modo, a fronte di pareri negativi, incombe sul magistrato di sorveglianza un onere di argomentazione particolarmente rafforzato, nella motivazione[79].

Devono, inoltre, trattarsi di pareri "*sull'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata ed alla pericolosità sociale*": in armonia con la giurisprudenza di legittimità, tali informative dovrebbero essere il più attuali, dettagliate e motivate possibili, così da fornire, in fase istruttoria, tutti gli elementi utili e necessari che confluiscono nel giudizio complessivo della pericolosità sociale del condannato[80].

Come si è avuto modo di evidenziare, dalla disamina dei precedenti in materia, la fase istruttoria per la valutazione di istanze di cui agli artt. 147, co. 1 n. 2), nelle forme della detenzione domiciliare di cui all'art. 47-*ter*, co. 1-*ter* ord. penit. risulta, già, molto complessa e articolata: tali misure, infatti, rappresentano l'*extrema ratio*, solo laddove non sia più possibile la prosecuzione della detenzione a causa della salute del condannato. Parte integrante e preliminare del giudizio complessivo è, infatti, l'individuazione di altre soluzioni praticabili, o, all'interno di un'altra struttura penitenziaria specializzata, o, presso un ospedale esterno, o, un luogo esterno di cura, di cui agli art. 11 ord. penit.

Rappresentano, quindi, delle soluzioni assolutamente eccezionali, sulla base, peraltro, di requisiti già molto rigorosi. individuati, in parte dalle norme, e, in parte, dalla giurisprudenza di legittimità.

Solo laddove, infatti, tali vie non risultino praticabili, il magistrato di sorveglianza, alla luce di un bilanciamento di interessi, tra la tutela del singolo e la sicurezza collettiva, decide per la misura della detenzione domiciliare "in deroga": tale misura, come si è visto, rappresenta pur sempre una forma alternativa dell'espiazione della pena detentiva, anche se presso il domicilio. Si rivela, inoltre, la misura extramuraria più idonea per garantire, comunque, la prosecuzione dell'esecuzione penale e la tutela della sicurezza collettiva. Viene concessa, infatti, quando comunque a carico del condannato persista un margine di pericolosità sociale, ancorché scemato, per cui non sia possibile, nonostante la grave infermità fisica, procedere alla più ampia misura del differimento della pena, senza prescrizioni aggiuntive. Può altresì essere anche una misura temporanea, eccezionalmente

concessa per una situazione – come il *Covid-19* – straordinaria, cessata la quale, a fronte del venir meno dei presupposti applicativi, può comportare il reingresso in carcere; e, più in generale, è una misura suscettibile di revoca, laddove il condannato non si dimostri meritevole, nel corso dell'esecuzione della misura.

Dal punto di vista applicativo, quindi, la più grande novità è data dall'innesto procedimentale – all'interno di una fase istruttoria che comunque rimane ancorata ai principi esistenti in materia – della richiesta obbligatoria delle informative, e della determinazione di tempi minimi, prima dei quali – salvo un'eccezionale motivata urgenza – non è consentita una decisione in merito all'istanza presentata.

Del resto, un approccio simile è stato adottato anche dalla Corte costituzionale, n. 253 del 2019, nella parte in cui, pur dichiarando l'illegittimità dell'art. 4-*bis*, co. 1 ord. penit. al solo fine dell'accesso al permesso premio – ha imposto a carico dell'interessato un onere probatorio rafforzativo, a fronte di informative negative. Si è indicato, infatti, che: "*La magistratura di sorveglianza deciderà, sia sulla base di tali elementi, sia delle specifiche informazioni necessariamente ricevute in materia dalle autorità competenti, prima ricordate; con la precisazione che – fermo restando l'essenziale rilievo della dettagliata e motivata segnalazione del Procuratore nazionale antimafia o del Procuratore distrettuale (art. 4*-bis*, comma 3*-bis*, ordin penit.) – se le informazioni pervenute dal comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica depongono in senso negativo, incombe sullo stesso detenuto non il solo onere di allegazione degli elementi a favore, ma anche quello di fornire veri e propri elementi di prova a sostegno*[81].

Anche in questo caso, ad ogni modo, il veto della DDA e DNA, come richiesto dall'art. 4-*bis*, co. 3-*bis* ord. penit., è stato nel corso degli anni ridimensionato dalla giurisprudenza di legittimità[82], consentendo alla magistratura di sorveglianza di superare anche informative negative, a fronte di un complesso e articolato bilanciamento di interessi, sempre calibrati sulla singola posizione[83].

Così varrà, si auspica, anche per le modifiche sin qui commentate.

Veronica Manca
Avvocato del Foro di Trento.
Dottore di ricerca in Diritto penale nell'Univeristà di Trento.

[1] V. Silvestri, *L'individuazione dei diritti della persona*, in *Dir. pen. cont.*, 27.10.2018.

[2] Il riferimento va al decreto legge del 30 aprile 2020, n. 28, dal titolo "*Misure urgenti per la funzionalità dei sistemi di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, ulteriori misure urgenti in materia di ordinamento penitenziario, nonchè disposizioni integrative e di coordinamento in materia di giustizia civile, amministrativa e contabile e misure urgenti per l'introduzione del sistema di allerta Covid-19*", pubblicata in questa *Rivista*.

[3] V. Manca, *Ostatività, emergenza sanitaria e Covid-19: le prime applicazioni pratiche*, in questa *Rivista*; Stampanoni Bassi, *Il differimento dell'esecuzione della pena nei confronti di Pasquale Zagaria: spunti in tema di bilanciamento tra diritto alla salute del detenuto (anche se dotato di "caratura criminale") e interesse pubblico alla sicurezza sociale*, in questa *Rivista*.

[4] V. Manca, *Ostatività, emergenza sanitaria e Covid-19: le prime applicazioni pratiche*, cit.; ID., *Esecuzione della pena ed emergenza Covid-19: le prime ordinanze dei Tribunali di sorveglianza*, in *Quotidiano Giuridico*, 09.04.2020.

[5] V, sul punto, Manca, *Ostatività, emergenza sanitaria e Covid-19: le prime applicazioni pratiche*, cit.; in senso analogo, anche, Della Bella *La magistratura di sorveglianza di fronte al COVID: una rassegna dei provvedimenti adottati per la gestione dell'emergenza sanitaria*, in *Sistema penale*, 29.04.2020; Minnella, *Coronavirus ed emergenza carceri, in Diritto penale e Uomo*, 4, 2020.

[6] V, sul punto, i provvedimenti allegati a: *Svuotare il carcere in fretta, prevenire è necessario. Il comunicato della Commissione Carcere della Camera Penale Veneziana*, in questa *Rivista*. All'interno di queste due macro-aree non sono mancate, tuttavia, come è fisiologico che sia, ordinanze di rigetto: interessanti sono state le argomentazioni sviluppate dalla magistratura, che, a fronte del caso concreto, hanno ritenuto praticabili, in via primaria, altre soluzioni intramurarie (come, ad es. l'isolamento sanitario), non essendo, in particolar modo, ancora attuale il "grave pregiudizio" di contagio per il singolo detenuto: v., quelle in questa *Rivista*: Uff. Sorv. Verona, 22.04.2020; Uff. Sorv. Palermo, 08.04.2020; Uff. Sorv. Milano, 10.03.2020.

[7] Per tutte, v. Cass. pen., Sez. I, 17.05.2019, n. 27352. Più nel dettaglio, *infra*, § 3.2.

[8] Consultabile al seguente *link http://www.ristretti.it/commenti/2020/aprile/pdf9/circolare_dap_21_marzo.pdf*

[9] Per un commento, v., anche: Bianchetti, *Il coraggio di osare. Alla ricerca di soluzioni sensate per detenuti a rischio di contagio da Coronavirus*, in *Diritto Penale e Uomo*, 3, 2020.

[10] Per un'analisi istituzionale dell'art. 147, co. 1 n. 2) c.p., v., per tutti, TIGANO, *Art. 147*, in *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Milano, 2019, 905-922.
[11] Differenti, invece, le ipotesi di cui al co. 1 n. 1) e n. 3), per il rinvio facoltativo della pena in caso di presentazione di domanda di grazia e per l'esecuzione della pena per condannata madre di prole di età inferiore ai tre anni. Per un commento, v., DOVA, sub *art. 147*, in Dolcini, Gatta, *Codice penale commentato*, I, *Artt. 1-313*, Milano, 2015, 2063.
[12] V. DEGL'INNOCENTI, FALDI, *Misure alternative alla detenzione e procedimento di sorveglianza*, Milano, 2014, 131.
[13] Così: Cass. pen., Sez. I, 02.03.2016, n.37836; in senso analogo: Cass. pen., Sez. I, 09.01.2017, n. 39525; Cass. pen., Sez. I, 05.04.2016, n. 38680; Cass. pen., Sez. I, 18.09.2015, n. 41192.
[14] Così: Cass., Sez. I, 13.11.2018, n. 103; Cass. pen., Sez. I, 09.04.2018, n. 37062; Cass. pen., Sez. I, 17.10.2018, n. 53166; Cass. pen., Sez. I, 2017, n. 43586; Cass. pen., Sez. I, 29.11.2016, n. 54446; Cass. pen., Sez. I, 03.03.2015, n. 12565; Cass. pen., Sez. I, 24.01.2011, n. 16681; Cass. pen., Sez. I, 01.10.2010, n. 41542.
[15] V. Cass. pen., Sez. I, 08.05.2009, n. 22373; in senso conforme, più recente: Cass. pen., Sez. I, 22.03.2017, n. 27766.
[16] Così: CESARIS, *Procedimento di revisione e vicende esecutive della sentenza di condanna*, in *Cass. pen.*, 2000, 3148.
[17] Così: CENTONZE, *L'esecuzione della pena detentiva e la ricostruzione sistematica della nozione di gravità delle condizioni di salute del condannato*, in *Rass. pen. e crimin*, 2006, 3, 31. V., anche: PRESUTTI, *Grave infermità fisica del condannato e differimento dell'esecuzione della pena*, in *Ind. pen*., 1986, 436; CRESTANI-BORDIGNON, *Incompatibilità tra condizioni di salute e stato di detenzione. Aspetti giuridici e medico-legali*, in *Riv. it. med. leg*., 1986, 406.
[18] V. Cass. pen., Sez. I, 24.11.2010, n. 43488. In senso conforme: Cass. pen., Sez. I, 13.11.2018, n. 1033; Cass. pen., Sez. I, 29.03.2017, n. 19677; Cass. pen., Sez. I, 22.03.2017, n. 27766; Cass. pen., Sez. I, 01.12.2015, n. 3262.
[19] V., tra le molte: Cass. pen., Sez. I, 22.03.2017, n. 27766; Cass. pen., Sez. I, 30.06.2015, n. 3622; Cass. pen., Sez. I, 18.09.2015, n. 41192; Cass. pen., Sez. I, 01.12.2015, n. 3262; Cass. pen., Sez. I, 24.06.2014, n. 32882; Cass. pen., Sez. I, 17.12.2014, n. 5934.
[20] V. Cass. pen., Sez. I, 29.11.2016, n. 54446; Cass. pen., Sez. I, 01.12.2015, n. 3262.
[21] V. Cass. pen., Sez. I, 22.03.2017, n. 27766. Per un commento: TIGANO, *Differimento dell'esecuzione della pena e diritto a una morte dignitosa per condannati di "indiscusso spessore criminale"*, in *Ind. pen*., 2018, 209; FILIPPI, *Anche Totò Riina ha diritto ad una "morte dignitosa"*, in *Il Penalista*, 14.06.2017.
[22] Per un commento ricognitivo della giurisprudenza della Corte EDU, v., per tutti, CECCHINI, *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo,* in *Dir. pen. cont*., 23.01.2017.
[23] V. Corte EDU, 25.10.2018, *Provenzano c. Italia*, ric. n. 55080/13, con commento di MORI, *A Strasburgo c'è un Giudice anche per i capimafia: con Provenzano non cade ma scricchiola il 41*-bis, in Stampanoni Bassi, Manca Amerio (a cura di), *Dentro il 41*-bis: *riflessioni costituzionalmente orientate sul regime differenziato*, in questa *Rivista*.
[24] V. Corte EDU, 11.02.2014, *Contrada* (n. 2) *c. Italia*, ric. n. 7508/09, con commento di MANCA, *La Corte EDU torna a pronunciarsi sul divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti: l'inadeguatezza degli standard di tutela delle condizioni di salute del detenuto integrano una violazione dell'art 3 CEDU*, in *Dir. pen. cont*., 07.11.2014.
[25] V., per tutti: ESPOSITO, *Le pene vietate nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rass. pen. e crimin*., 2012, 3, 157.
[26] Per uno spunto di riflessione: v., per tutti: RANALLI, *Nuovi interventi della Corte Europea dei diritti dell'uomo in materia di trattamento carcerario*, in *Rass. pen. e crimin*, 2013, 2, 158-172.
[27] V. Corte EDU, 17.07.2012, *Scoppola* (n. 4) *c. Italia*, ric. n. 65050/09.
[28] V. Corte EDU, 27.02.2012, *Cara-Damiani c. Italia*, ric. n. 2447/05.
[29] V. Corte EDU, 29.01.2013, *Cirillo c. Italia*, ric. n. 36274/2010.
[30] V., per un approfondimento: MANNOZZI, *Diritti dichiarati e diritti violati: teoria e prassi della sanzione penale al cospetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in Manes, Zagrebelsky (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, 346; NICOSIA, *Trattamento penitenziario e diritti fondamentali alla luce del diritto sovranazionale*, in Gaboardi, Gargani, Morgante, Presotto, Serraino, *Libertà dal carcere, libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, Torino, 2013, 13.
[31] V., per tutti: ESPOSITO*, Il diritto penale "flessibile". Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008, 126.
[32] Sul punto: CESARIS, *Nuovi interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo a tutela della salute delle persone detenute*, in *Rass. penit. e crimin*., 2012, 215.
[33] V. CECCHINI, *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 13: nonché COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU)*, in *Dir. pen. cont./Riv. trim.*, 2011, 222; COLELLA, CASSIBA, *Art. 3*, in Ubertis, Viganò (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2016, 65.
[34] V. Corte EDU, *Varga e altri c. Ungheria*, ric. nn. 1409/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13, 64586/13, con nota di MANCA, *L'Italia* post-*Torreggiani come modello nella sentenza pilota della Corte EDU Varga c. Ungheria*, in *Dir. pen. cont.*, 01.04.2015.

Per un commento complessivo alle altre sentenze pilota, v., per tutti: DOLCINI, *L'Europa in cammino verso carceri meno affollate e meno lontane da accettabili standard di umanità* in *Dir. pen. cont.*, 16.03.2016.

[35] V. Corte EDU, GC, 20.10.2016, *Muršić c. Croazia*, ric. n. 7334/13. Per un commento, per tutti: PUGIOTTO, *La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici, in Riv. it. pen. e proc. pen.,* 2016, 3, 1204.

[36] V. Cass. pen., Sez. I, 17.05.2019, n. 27352.

[37] V. Cass. pen., Sez. I, 17.10.2018, n. 53166.

[38] V. Cass. pen., Sez. I, 02 luglio 2019, n. 46603.

[39] V. Cass. pen., Sez. I, 02 luglio 2019, n. 46603: "*Ne consegue che, da un lato, la permanenza nel sistema penitenziario può essere deliberata se il giudice accerta che esistano istituti in relazione ai quali possa formularsi un giudizio di compatibilità, dall'altro, che tale accertamento deve rappresentare un* prius *rispetto alla decisione e non una mera modalità esecutiva della stessa, rimessa all'autorità amministrativa*".

[40] V. Cass. pen., Sez. I, 19 giugno 2019, n. 41410.

[41] V. Cass. pen., Sez. I, 18 settembre 2015, n. 41192. Non solo: «*Il provvedimento di rigetto della richiesta di differimento dell'esecuzione della pena per grave infermità fisica è affetto da vizio di motivazione solo se l'omesso riferimento alle necessità di tutela del diritto alla salute e al divieto di trattamenti contrari al senso di umanità si combina con l'accertata sussistenza di un quadro patologico particolarmente grave, capace "ictu oculi" di essere causa di una sofferenza aggiuntiva proprio per effetto della privazione dello stato di libertà, nonostante il regime di detenzione possa assicurare la prestazione di adeguate cure mediche*». Così: Cass. pen., Sez. I, 24 giugno 2014, n. 32882.

[42] V. Cass. pen., Sez. I, 29 novembre 2016, n. 54446.

[43] V. Cass. pen., Sez. I, 19.04.2018, n. 22307; Cass. I, Sez. I, 04.05.2017, n. 39160.

[44] V., tra le molte, Cass. pen., Sez. I, 13.07.2016, n. 52979.

[45] V. TDS Sassari, 23.04.2020, con nota di STAMPANONI BASSI, *Il differimento dell'esecuzione della pena nei confronti di Pasquale Zagaria: spunti in tema di bilanciamento tra diritto alla salute del detenuto (anche se dotato di "caratura criminale") e interesse pubblico alla sicurezza sociale*, cit. Per un commento più approfondito, v. MINNELLA, *Coronavirus ed emergenza carceri*, cit., 41.

[46] V. Uff. Sorv. Milano, 20.04.2020, in questa *Rivista.*

[47] V. Uff. Sorv. Milano, 10.03.2020; TDS Milano, (ord.) 23.03.2020, n. 2161/2020: entrambe in questa *Rivista*.

[48] V. Uff. Sorv. Milano, 20.04.2020. Con un primo commento: DELLA BELLA*, Emergenza COVID e 41 bis: tra tutela dei diritti fondamentali, esigenze di prevenzione e responsabilità politiche*, in *Sistema penale*, 01.05.2020.

[49] Per un commento istituzionale alla disciplina dell'art. 47-*ter*, co. 1-*ter* ord. penit., v., per tutti: CESARIS, sub *art. 47-ter*, in Della Casa, Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, 2019, 671.

[50] V. Cass. pen., Sez. I, 26.02.2013, n. 18938, per cui: "*La misura in questione è dunque alternativa al differimento della pena, ma implicitamente ha presupposti suoi propri e sono quelli necessariamente della detenzione domiciliare, tra i quali* in primis *la sua idoneità a evitare il pericolo che il condannato commetta altri reati*".

[51] V. Cass., pen., Sez. I, 05.04.2013, n. 18439.

[52] Sul punto, TIGANO, *Art. 147*, cit., 921. Con la sentenza n. 99 del 2019, la Corte costituzionale ha esteso l'applicazione della detenzione domiciliare anche alla grave infermità psichica sopravvenuta nel corso dell'esecuzione: la prima applicazione pratica è della Prima Sezione della Cassazione, con sent. n. 39797/2019, proprio in relazione ad un detenuto in regime di 41-*bis* ord. penit.: "*Assodato ciò, deve, alla luce della novità ordinamentale emersa, inquadrata nell'alveo della sedimentata elaborazione ermeneutica, ritenersi che lo stato di salute – ora anche psichica – incompatibile con il regime carcerario, idoneo a giustificare l'applicazione della detenzione domiciliare di cui all'art. 47-*ter*, co. 1-*ter*, ord. pen., non è limitato alla patologia implicante un pericolo per la vita, dovendosi avere riguardo ad ogni stato morboso o scadimento psicofisico capace di determinare una situazione di esistenza al di sotto di una soglia di dignità da rispettarsi pure nella condizione di restrizione carceraria, dovendo contemplarsi, nella valutazione conclusiva, l'esigenza di non ledere il fondamentale diritto alla salute e il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità,* ex *artt. 32 e 27 Cost.*". Così anche: Cass. pen., Sez. I, 07.05.2019, n. 29448.

[53] Così, infatti, l'OMS ha dichiarato che: "*Le persone in prigione sono probabilmente più vulnerabili poiché vivono in stretta vicinanza l'una all'altra il che potrebbe comportare il rischio di trasmissione da persona a persona*" e che: "*Le persone nelle carceri hanno in genere un maggiore carico di malattie e condizioni di salute peggiori rispetto alla popolazione generale e, spesso, affrontano una maggiore esposizione a rischi come fumo, scarsa igiene e debole difesa immunitaria a causa di stress, cattiva alimentazione o prevalenza di malattie coesistenti, come virus trasmessi dal sangue, tubercolosi e disturbi da uso di sostanze stupefacenti*". E ancora: "*Le carceri sono ambienti chiusi in cui le persone, incluso il personale, vivono molto vicine tra loro*", ed è, quindi, fortemente raccomandabile "*adottare procedure di assegnazione che consentano di separare i detenuti a rischio più elevato dagli altri, nel modo più efficace e meno disgregativo possibile e che consentirebbero alloggi singoli limitati da rimanere disponibili per i più vulnerabili*".

[54] Tutte ordinanze già visibili in questa *Rivista*: v., per tutti, MANCA, *Ostatività, emergenza sanitaria e Covid-19: le prime applicazioni pratiche*, cit.
[55] V. TIGANO, *Art. 684*, in *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, cit., 1239; così DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza. Organizzazione competenze procedure*, Torino, 1994, 69.
[56] Sul punto: *La detenzione domiciliare applicata in luogo del rinvio dell'esecuzione della pena, escludendo la sottoposizione del condannato al regime penitenziario e consentendogli di vivere dignitosamente nell'ambito familiare e provvedere nel modo più ampio alla cura della sua salute, non può considerarsi, in astratto, contraria al senso di umanità. Ne consegue che il giudice può disporla in tutti i casi in cui, malgrado la presenza di gravi condizioni di salute, il condannato sia in grado di partecipare consapevolmente a un processo rieducativo che si attua attraverso i previsti interventi obbligatori del servizio sociale e residui un margine di pericolosità sociale che, nel bilanciamento tra le esigenze del condannato e quelle di difesa sociale, faccia ritenere ancora necessario un minimo controllo da parte dello Stato".* Così: Cass. pen., Sez. I, 12.06.2000, n. 4328.
[57] V. CAPRIOLI, *Gli altri modelli decisionali*, in Caprioli, Vicoli (a cura di), *Procedura dell'esecuzione*, Torino, 2 ed., 2011, 40.
[58] V. DEGLI'INNOCENTI, FALDI, *I benefici penitenziari*, Milano, 2014, 239.
[59] V., sul punto, FIORENTIN, *Esecuzione e misure alternative alla detenzione*, Milano, 2013, 403.
[60] V. Uff. Sorv. Verona, 27.03.2020, in questa *Rivista*.
[61] V. Uff. Sorv. Trento, 20.04.2020, in questa *Rivista*.
[62] V. Uff. Sorv. Reggio Calabria, 03.04.2020, in questa *Rivista*.
[63] In tale direzione, v. Uff. Sorv. Brescia, 03.04.2020; Uff. Sorv. Siena, 06.04.2020; Uff. Sorv. Siena, 27.03.2020; Uff. Sorv. Siena, 01.04.2020; Uff. Sorv. Padova, 26.03.2020; Uff. Sorv. Padova, 30.03.2020; Uff. Sorv. Milano, 23.03.2020; Uff. Sorv. Milano, 20.03.2020; Uff. Sorv. Milano, 26.03.2020; Uff. Sorv. Milano, 16.03.2020; Uff. Sorv. Mantova, 08.04.2020; Uff. Sorv. Livorno, 19.03.2020; Uff. Sorv. Livorno, 03.04.2020. Provvedimenti, tutti, visibili in questa *Rivista*: *Svuotare il carcere in fretta, prevenire è necessario. Il comunicato della Commissione Carcere della Camera Penale Veneziana*, cit.
[64] V. Uff. Sorv. L'Aquila, 26.03.2020, in questa *Rivista*.
[65] V. Uff. Sorv. Verona, 18.04.2020, in questa *Rivista*.
[66] La coesistenza poi dell'art. 123 del d.l. n. 18/2020 con la versione precedente di cui all'art. 1 della legge n. 199/2010 non ha agevolato la prassi. Per un commento più approfondito dell'impatto della nuova disciplina transitoria, v., per tutti: MINNELLA, *Coronavirus ed emergenza carceri*, cit., 34-35.
[67] Provvedimento richiamato in MINNELLA, *Coronavirus ed emergenza carceri*, cit., 39, nota n. 113. In senso analogo: Uff. Sorv. Milano, 20.03.2020, in relazione a soggetto ammesso al lavoro esterno *ex* art. 21 ord. penit., con la possibilità di proseguire l'espiazione della pena in stato di affidamento in prova al servizio sociale.
[68] Provvedimenti visibili in questa *Rivista*: *Svuotare il carcere in fretta, prevenire è necessario. Il comunicato della Commissione Carcere della Camera Penale Veneziana*. Casa analogo, in Uff. Sorv. Trento, 23.04.2020, con cui si è disposta la sospensione dell'esecuzione della pena *ex* art. 90 del d.p.r. n. 309/1990 per un condannato, che, in precedenza aveva usufruito di un'altra misura extramuraria, dall'esito positivo.
[69] Sul punto, v., in questa *Rivista*: *Coronavirus e carcere: le osservazioni e le proposte della Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale.*
[70] V. TDS Venezia, (ord.) 28.04.2020, n. 932/2020, in questa *Rivista*.
[71] Sul punto, v. *Contagi nel carcere di Torino, l'Europa chiede chiarimenti*, in *La Stampa*, 29 aprile 2020.
[72] Sul punto, v. *Una class action contro il sovraffollamento nel carcere di Bari*, in *Il Dubbio*, 14 aprile 2020.
[73] V. TDS Venezia, (ord.) 13.02.2013, n. 427/2013; Corte cost. n. 279/2013. Per un commento, per tutti: DELLA CASA, *Il problematico impiego della sospensione dell'esecuzione in chiave* "overcrowding". *La parola alla Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. pen. e proc*., 2013, 997; FIORENTIN, *Nota a Trib. Sorv.* Venezia, ord. 13 febbraio 2013, in *Guida al diritto*, 2013, 13, 25; PUGIOTTO, *L'urlo di Munch della magistratura di sorveglianza (statuto costituzionale della pena e sovraffollamento carcerario*, in *Giur. cost*., 2013, 4542; RUOTOLO, *Quale tutela per il diritto a un'esecuzione della pena non disumana? Un'occasione mancata o forse soltanto rinviata*, ivi, 4549.
[74] Per consultare il testo completo, in questa *Rivista*: *Pubblicato in Gazzetta Ufficiale il Decreto-Legge 30 aprile 2020, n. 28 in tema di intercettazioni, processo penale da remoto, ordinamento penitenziario e tracciamento di contatti e contagi da COVID-19*
[75] Si ritiene che tale modifica procedurale valga anche per l'art. 147, co. 1 n. 2 c.p., laddove venga concesso nelle forme della detenzione domiciliare "in deroga" di cui all'art. 47-*ter*, co. 1-*ter* ord. penit.; sembrerebbero invece escluse le due ipotesi "pure" di differimento della pena, quello obbligatorio, di cui all'art. 146 c.p., rispetto al quale, almeno in linea teorica, non è consentita discrezionalità decisoria in capo al magistrato di sorveglianza, che esercita, in questo caso, una funzione "meramente notarile", e quello facoltativo, concesso dal magistrato, senza l'aggiunta di ulteriori prescrizioni. Trattasi di istituti di diritto penale sostanziale, e, come tali non soggetti ad interpretazioni estensive *in malam partem*: sono ipotesi,

inoltre, così eccezionali, che, nella prassi, laddove si verificano implicano una situazione straordinaria di incapacità sopravvenuta del condannato di percepire il significato della propria pena, né gli effetti detentivi, né quelli risocializzanti. La pericolosità sociale risulta infatti pressochè azzerata, a fronte di un'infermità fisica tale da annullare gli effetti della pena sul condannato. In senso di coerenza del sistema, invece: DELLA BELLA, *Emergenza COVID e 41* bis*: tra tutela dei diritti fondamentali, esigenze di prevenzione e responsabilità politiche*, in Sistema penale, 01.05.2020.

[76] In questo senso: v. GIALUZ, *L'emergenza nell'emergenza: il decreto-legge n. 28 del 2020, tra ennesima proroga delle intercettazioni, norme manifesto e "terzo tempo" parlamentare*, in *Sistema penale*, 01.05.2020.

[77] Nel caso di istanze *ex* art. 30-*bis* ord. penit., le esigenze motiva di urgenza ricorrono, nella maggior parte dei casi, dato che si tratta di uno strumento assolutamente eccezionale: la giurisprudenza di legittimità, peraltro, è molto rigorosa, avendo di recente chiuso qualsiasi apertura per l'ammissibilità di permessi di necessità per motivi c.d. "trattamentali". Sul punto, v. MANCA, *La Cassazione conferma l'interpretazione restrittiva in materia di permessi di necessità c.d. "trattamentali"*, in *Il Penalista*, 17.12.2019. Nonostante, infatti, vi sia stato un allentamento dei presupposti applicativi del permesso di necessità, anche per motivi non necessariamente luttuosi, di fatto, ad oggi, la casistica è interamente basata su casi di circostanze familiari, luttuose o straordinarie (come l'assistenza al parto del proprio figlio). Per una sintesi della giurisprudenza di legittimità, in materia di 41-*bis*, v. MANCA, *41-bis: verso un bilanciamento dei diritti "illuminato" da parte della giurisprudenza di legittimità?*, in *Il Penalista*, 31 gennaio 2020.

[78] Sul punto, dovrebbe farsi un'applicazione *in bonam partem* della disposizione in materia di detenzione domiciliare c.d. "in deroga", anche alla luce della giurisprudenza di legittimità prevalente, per cui è attribuita autonomia decisoria al magistrato di sorveglianza anche in caso di informative giunte tardivamente, oppure, generiche e vaghe: sul punto, v. Cass. pen., Sez. I, 13.09.2016, n. 51878; Cass. pen., Sez. I, 16.05.2013, n. 49130; Cass. pen., Sez. I. 09.01.2009, n. 4195.

[79] V. Cass. pen., I, 31.01.2017, n. 12841; Cass. pen., I, 20.03.2015, n. 16374; Cass. pen., I. 22.10.2015, n. 46065; Cass. pen., I, 16.09.2013, n. 41750; Cass. pen., I, 25.05.1999, n. 3870; Cass. pen., I, 22.04.1997, n. 2913.

[80] Le informazioni devono, infatti, esporre quegli elementi o quei fatti specifici e concreti, idonei a sorreggere la conclusione su cui riposa l'informativa: non sono ammissibili, quindi, mere ipotesi, congetture o supposizioni. Il tutto, inoltre, deve essere motivato, con l'indicazione delle fonti e del gruppo criminale rispetto al quale si desume l'attualità del collegamento. Più, infatti, la parte motiva è specifica, tanto più, la magistratura può "*formulare le proprie motivate decisioni sulla base di elementi che devono essere vagliati dalla stessa senza alcuna dismissione dello* ius dicere *in favore di organi privi di tale potere*". Così: Cass., I, 28.01.2014, n. 7304.

[81] Si fa riferimento al passaggio, § 9 della sentenza della Corte cost., 23.10.2019 (dep. 4.12.2019), n. 253. Sul punto, v., da ultimo, Cass. pen., Sez. I, 21.02.2020, n. 12554; Cass. pen., Sez. I, 21.02.2020, n. 12555. V., anche: Sul punto, v. Cass., I, 29.01.2020, n. 5553: "*Non è un caso, dunque, che lo stesso dispositivo della sentenza n. 253 menzioni espressamente le due proposizioni probatorie cui si è fatto cenno (attualità dei collegamenti/pericolo del loro ripristino) con portata certamente additiva, tale da determinare la costruzione di un sistema differenziato quanto alle valutazioni giurisdizionali posteriori alla decisione di incostituzionalità*".

[82] In questo senso: Cass. pen., Sez. I, 13.09.2016, n. 51878; Cass. pen., Sez. I, 16.05.2013, n. 49130; Cass. pen., Sez. I. 09.01.2009, n. 4195, per cui: "*la valutazione espressa dal procuratore nazionale o distrettuale antimafia, che deve fondarsi su dettagliati, e non generici, elementi, non sia vincolante per il giudice, che deve sottoporla a controllo sia in ordine all'apprezzamento dei dati fattuali esposti sia in ordine all'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata, avendo riguardo agli ulteriori elementi di valutazione tratti da altre fonti*". Anche in questo caso, sebbene l'informativa non sia vincolante, deve, tuttavia, formare oggetto di specifico vaglio critico, con la conseguenza che una eventuale omissione comporta la nullità del provvedimento emesso. V., tra tutte, Cass. pen., Sez. I, 27.02.2008, n. 11661; Cass., Sez. I, 13.01.1994, n. 143.

[83] V. Trib. Sorv. Milano, (ord.) 01.12.2018, n. 1345/18; così: Cass. pen., Sez. I, 03.05.2016, n. 44163.

TRIMESTRALE, 2, 2020

A volte ritornano (i porti chiusi): la Cassazione sul caso Sea Watch alla prova del Covid-19.

di ***F. P. Modugno***

La conflittuale questione dei migranti e del ruolo delle O.N.G., rimasta sopita per poche settimane con l'avvento dell'emergenza Covid-19, è riesplosa in tutta la sua drammaticità quando gli sbarchi lungo la rotta del Mediterraneo Centrale sono ripresi, nel contesto della crisi sanitaria che ha imposto misure restrittive senza precedenti per la popolazione mondiale.
La disamina e l'inquadramento concettuale dei principi di diritto formulati dalla sentenza della Cassazione sul caso Sea Watch (Cass., sent. n. 6626 del 20 febbraio 2020 – ud. 16 gennaio 2020), consentono di realizzare un'analisi ad ampio spettro dei principi di diritto internazionale che regolano la materia del Search and Rescue e che si oppongono fermamente, nella lettura della Suprema Corte, alle c.d. «politiche dei porti chiusi», interrogandosi al contempo sulla conformità agli obblighi internazionali dei provvedimenti di carattere emergenziale adottati dal Governo italiano in materia di immigrazione e soccorso in mare, tesi a ripristinare una versione parzialmente edulcorata, in salsa Covid-19, dei porti chiusi di salviniana memoria.

Sommario. 1. Premessa. – **2.** La vicenda in breve. – **2.1.** Il caso Sea Watch e la prima applicazione del Decreto Sicurezza-*bis*. – **2.2.** La fase cautelare e di convalida dell'arresto. La decisione del G.I.P. di Agrigento. – **3.** Il ricorso per Cassazione della Procura di Agrigento. – **4.** La sentenza della Suprema Corte. La cronaca di un finale annunciato? – **4.1.** I poteri del giudice della convalida e l'esegesi dell'art. 385 c.p.p. – **4.2.** La «verosimile esistenza» della causa di giustificazione dell'adempimento di un dovere *ex* art. 51 c.p. – **4.3.** Il valore essenziale della sentenza Sea Watch: l'ampiezza e la rilevanza dei principi di diritto da essa affermati. – **4.3.1.** La cronaca di un esito annunciato – e forse inevitabile. – **4.3.2.** L'effettiva portata del pronunciamento ove letta nel contesto di una fase pre-cautelare. – **5.** Le conseguenze (più o meno implicite) del principio di diritto affermato dalla Suprema Corte e l'impatto dell'emergenza Covid-19. – **5.1.** L'impatto sulle politiche dell'immigrazione e sulla disciplina (e i limiti) del soccorso in mare (cenni). – **5.1.1.** Le implicazioni sulla legittimità della politica dei c.d. «porti chiusi» e delle restrizioni agli sbarchi nei casi Gregoretti e Open Arms. – **5.1.2.** Il rischio di incriminazione dell'attività di soccorso umanitario da parte di imbarcazioni appartenenti ad O.N.G. – **5.2.** La politica dei porti chiusi in salsa Covid-19 e il rapporto con il principio di diritto sancito dalla sentenza Sea Watch.

1. Premessa.

Proprio agli albori dell'esplosione dell'epidemia Covid-19, con il deposito delle motivazioni (cfr. Cass., sez. III, sent. n. 6626 del 20 febbraio 2020 – ud. 16 gennaio 2020) la Suprema Corte poneva la parola fine alla fase cautelare della nota vicenda della nave Sea Watch 3, con una sentenza destinata a far parlare di sé a lungo.
Gli ingredienti per un pronunciamento ad un tempo assai complesso e delicato, ma anche di fondamentale importanza in materia di immigrazione, vi erano tutti, considerati tanto il rilievo degli interessi in gioco quanto il rilievo politico e mediatico assunto dalla vicenda.
Gli sfacciati tentativi di strumentalizzazione che tutte le parti coinvolte avevano messo in campo avevano, infatti, trasformato il caso in un vero e proprio *redde rationem* tra le dicotomiche visioni del problema della gestione dei flussi migratori e del ruolo delle Organizzazioni Non Governative nel Mediterraneo.
Da un lato, le O.N.G., in principio deputate a svolgere una meritoria funzione di carattere umanitario, dedita alla tutela della vita sulla rotta del Mediterraneo Centrale, divenute, nel tempo, «*pull factor*» dei flussi migratori e soprattutto protagoniste di indagini giudiziarie a loro carico – talvolta, va detto, a causa di vicende dai tratti quantomeno opachi[1].
Dall'altro, il Governo Italiano, nella persona del Ministro dell'Interno *pro-tempore,* al quale, fautore della oramai nota politica dei *«porti chiusi»* e promotore dell'introduzione dell'altrettanto noto «decreto sicurezza-*bis*»[2], si presentava subito la prima occasione

per testare l'efficacia delle nuove misure e portare sul tavolo europeo (e – soprattutto – alla ribalta mediatico/elettorale) il tema della ridistribuzione dei migranti e della cooperazione tra gli Stati Membri.
L'esito a cui è giunta la Suprema Corte con la sentenza in commento, per certi versi indubbiamente atteso, si è posto nell'immediato alla stregua di una vera e propria sentenza pilota nell'affermazione della supremazia dei diritti fondamentali e dei doveri internazionali a cui l'Italia è vincolata, rispetto alle esigenze di gestione dei flussi migratori rimesse alla valutazione del potere politico.
L'esplodere dell'emergenza sanitaria legata al Covid-19 ha messo da parte, almeno per qualche settimana, tanto la tematica dei flussi migratori quanto le implicazioni di indubbio rilievo che la sentenza sul caso Sea Watch poteva avere sulla materia, non foss'altro perché, quantomeno nelle prime fasi dell'epidemia, le partenze e gli sbarchi parevano aver subito una decisa frenata[3] e – come è ovvio – il Governo e tutto il sistema amministrativo, sanitario ed economico erano impegnati giorno e notte nella gestione dell'emergenza. Anche le stesse O.N.G. ancora impiegate nel Mediterraneo avevano a ben vedere interrotto la propria attività in concomitanza con l'esplosione della crisi[4].
La tematica è ritornata d'improvviso di grande attualità quando, in concomitanza con la ripresa massiccia delle partenze[5], il Governo Italiano, nella persona del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, di concerto con i Ministri degli Interni, degli Affari esteri e della Salute, ha emesso il 7 aprile 2020 un Decreto con cui è stato disposto che "*per l'intero periodo di durata dell'emergenza sanitaria nazionale derivante dalla diffusione del virus COVID-19, i porti italiani non assicurano i necessari requisiti per la classificazione e definizione di Place of Safety ("luogo sicuro") in virtù di quanto previsto dalla Convenzione di Amburgo, sulla ricerca ed il salvataggio marittimo, per i casi di soccorso effettuati da parte di unità navali battenti bandiera straniera al di fuori dell'area SAR italiana*"[6].
In rapida sequenza, è stata poi emanata una nuova ordinanza di protezione civile[7], con la quale, ai fini della gestione delle attività emergenziali connesse all'assistenza e alla sorveglianza sanitaria dei migranti soccorsi in mare, è stata concessa la facoltà al Capo del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'Interno, quale «*Soggetto attuatore*»[8], di fare uso di navi per lo svolgimento del periodo di sorveglianza sanitaria rispetto alle persone soccorse in mare per le quali non è possibile l'attribuzione del c.d. *place of safety*.
Questa versione in salsa Covid-19 della politica dei «porti chiusi» ha suscitato da subito notevole clamore, determinando l'intervento – tra gli altri – dell'Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione[9] che ha richiesto l'immediata revoca del Decreto ministeriale.
La sospensione della Convenzione SAR da parte del Governo italiano riporta, a ben vedere, sotto i riflettori la sentenza sulla nave Sea Watch, che rappresenta a pieno titolo il più recente ed importante pronunciamento dell'Autorità Giudiziaria italiana in materia di immigrazione, soccorso in mare e ruolo delle O.N.G., nella cornice degli obblighi internazionali in materia di diritti fondamentali.
La questione, resa ancor più complessa dall'esplosione dell'emergenza, impone di calare i principi di diritto tracciati dalla sentenza Sea Watch nel contesto giuridico e politico attuale, operando una ponderata riflessione su come la cornice giuridica internazionale possa trovare applicazione nel pieno di una crisi sanitaria globale.

2. La vicenda in breve.

2.1. Il caso Sea Watch e la prima applicazione del Decreto Sicurezza-*bis*.

La saga della nave Sea Watch e della sua capitana, Carola Rackete, sono assai note[10]: tutto aveva inizio la mattina del 12 giugno 2019, quando la nave battente bandiera olandese portava a termine il soccorso di 53 persone al largo della c.d. zona SAR (Search and Rescue) libica.
Dopo aver ignorato l'invito dell'Autorità libica (quale coordinatore dell'evento SAR), a raggiungere il posto di Tripoli, ritenendo che la Libia non potesse considerarsi idoneo *place of safety* (da cui l'acronimo P.O.S.)[11], la nave dirigeva la prua verso il territorio italiano e richiedeva all'IMRCC (Italian Maritime Rescue Coordination Centre) di Roma l'indicazione di un P.O.S., tuttavia negato dall'Italia[12].
Al contempo, il 14 giugno 2019 veniva pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale il D.L. 14 giugno 2019, n. 53 (il noto e già menzionato Decreto Sicurezza-bis), con cui veniva disposta l'introduzione, all'art. 11 d.lgs. 286/1998, del comma 1-*ter,* il cui testo conferiva al Ministro dell'Interno, quale Autorità nazionale di pubblica sicurezza, la facoltà, pur se "*nel rispetto degli obblighi internazionali dell'Italia*" e "*di concerto con il*

Ministro della difesa e con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti", sentito il Presidente del Consiglio dei Ministri, di "*limitare o vietare l'ingresso, il transito o la sosta di navi nel mare territoriale, salvo che si tratti di naviglio militare o di navi in servizio governativo non commerciale, per motivi di ordine e sicurezza pubblica ovvero quando si concretizzano le condizioni di cui all'art. 19, comma 2, lettera g), limitatamente alle violazioni delle leggi di immigrazione vigenti, della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, con allegati e atto finale, fatta a Montego Bay il 10 dicembre 1982, ratificata dalla legge 2 dicembre 1994, n. 689*".

In attuazione della suddetta novella legislativa, la sera del 15 giugno 2019 il Ministro dell'Interno formalizzava il divieto di ingresso, transito e sosta nel mare territoriale nei confronti della nave Sea Watch, la quale si trovava in quel momento alla fonda al di fuori delle acque territoriali italiane, non distante dall'isola di Lampedusa.

La situazione di stallo venutasi a creare[13], senza che l'Autorità italiana fornisse l'indicazione di un P.O.S. all'imbarcazione, perdurava altri undici giorni, fino a quando, il 26 giugno 2019, la Sea Watch decideva unilateralmente di disattendere il divieto di ingresso disposto dal Ministero dell'Interno e faceva ingresso nelle acque territoriali italiane[14], fermandosi a poche miglia dal porto di Lampedusa, in attesa di avere indicazioni su dove ormeggiare.

Nessuna autorizzazione veniva tuttavia concessa, nemmeno in questo caso dall'Autorità italiana.

Trascorsi, quindi, diciassette giorni dal soccorso in mare dei cinquantatré migranti, a fronte del deterioramento delle condizioni psico-fisiche delle persone a bordo[15], la comandante della nave, Carola Rackete, decideva nella notte del 29 giugno 2019, di avviare le procedure di attracco della nave e sbarco nel Porto di Lampedusa.

A fronte di tale iniziativa, l'unità navale della Guardia di Finanza posta a presidio del Porto di Lampedusa eseguiva una manovra di ostacolo nei confronti della Sea Watch, nel tentativo di impedirne l'attracco in porto. Nel corso di tali manovre, la Sea Watch urtava violentemente sul fianco l'unità navale della Guardia di Finanza, riuscendo infine a sfilarsi e ad ormeggiare poco distante dalla nave.

Ciò determinava l'immediato intervento della Polizia Giudiziaria, che disponeva l'arresto in flagranza della comandante della nave, Carola Rackete, e l'apertura di un nuovo fascicolo nei suoi confronti per i reati di cui agli artt. 1100 cod. nav., per atti di violenza e resistenza nei confronti di una nave da guerra, e 337 c.p. per resistenza a pubblico ufficiale.

È proprio da quest'ultima iniziativa giudiziaria che aveva inizio la fase cautelare di convalida dell'arresto e richiesta di applicazione di misura cautelare, culminata con la pronuncia della Suprema Corte qui in commento.

2.2. La fase cautelare e di convalida dell'arresto. La decisione del G.I.P. di Agrigento.

Come noto, il G.I.P. di Agrigento negava la convalida dell'arresto disposto dalla Polizia Giudiziaria e rigettava al contempo la richiesta di applicazione della misura cautelare del divieto di dimora nella provincia di Agrigento, avanzata dal Pubblico Ministero di Agrigento.

L'ordinanza del G.I.P. di Agrigento, assai dettagliata e ricca di richiami normativi e giurisprudenziali, giungeva in via preliminare ad escludere *in toto* l'applicabilità al caso di specie della fattispecie di resistenza nei confronti di nave da guerra di cui all'art. 1100 del Codice della Navigazione, osservando come, sulla base di una precedente pronuncia della Corte Costituzionale[16], l'unità navale della Guardia di Finanza coinvolta nel concitato ingresso in porto della nave Sea Watch e vittima della pericolosa manovra di attracco che aveva determinato lo speronamento della medesima imbarcazione, in quanto operativa all'interno delle acque territoriali italiane, non potesse considerarsi «nave da guerra», ai sensi dell'art. 1100 cod. nav.

Posta tale premessa, il G.I.P. di Agrigento soffermava l'attenzione sulla sola ipotesi di reato residua di cui all'art. 337 c.p., rispetto alla quale concludeva per l'irrilevanza penale del fatto in quanto scriminato ai sensi dell'art. 51 c.p., "*per avere l'indagata agito in adempimento di un dovere*".

In particolare, all'esito di una puntuale disamina della normativa nazionale ed internazionale di riferimento, il Giudice riteneva che l'insieme delle disposizioni di fonte legislativa e convenzionale identificasse in capo al comandante di una nave l'obbligo di prestare soccorso alle persone trovate in mare in condizione di pericolo.

Tale obbligo non poteva dirsi adempiuto, ad avviso del G.I.P. sino a che le persone soccorse in mare non fossero state condotte presso un *place of safety,* idoneo a fornire "*le garanzie fondamentali ai naufraghi, conformemente alle previsioni della Convenzione di*

Amburgo (convenzione SAR), ed alle linee guida sul trattamento delle persone in mare, adottate dal Comitato per la sicurezza dell'IMO, in base alle quali sia per gli stati contraenti che per il comandante della nave sussiste l'obbligo di soccorso ed assistenza delle persone ed il dovere di sbarcare i naufraghi in un posto sicuro"[17].

Su tale base, in conformità con quanto già osservato in altra recente pronuncia di merito[18], il G.I.P. escludeva che tanto la Libia quanto la Tunisia potessero essere ritenute *porto sicuro* ai sensi della normativa internazionale e riteneva quindi legittima la decisione del comandante della nave di ignorare l'attribuzione di un P.O.S. da parte dell'Autorità libica e di dirigere la propria imbarcazione verso le coste italiane[19].

Il G.I.P. riteneva, inoltre, che, "*in forza della natura sovraordinata delle fonti convenzionali e normative*" richiamate, l'obbligo di soccorso posto in capo al comandante della nave non potesse in alcun modo essere compresso o obliterato in funzione delle "*direttive ministeriali in materia di «porti chiusi» o il provvedimento (del 15 giugno 2019) del Ministro degli Interni, di concerto con il Ministro della Difesa e delle Infrastrutture*"[20].

Di conseguenza, considerata la vicenda non in modo parcellizzato – come invece preteso dalla Procura[21] – bensì nel suo complesso[22], a partire dal momento del soccorso in mare del 12 giugno 2019, e sino allo sbarco presso il porto di Lampedusa, il G.I.P. concludeva ritenendo che l'azione del comandante Carola Rackete fosse stata attuata per portare a compimento il dovere giuridico di soccorso in mare disciplinato a livello nazionale ed internazionale, senza che potesse avere alcuna incidenza in tal senso il divieto di ingresso e transito imposto dal Ministero dell'Interno ai sensi dell'art. 11, comma 1-*ter,* del d.lgs. 286/1998 introdotto con il Decreto Sicurezza-bis.

Come ricordato dal Giudice per le Indagini Preliminari di Agrigento, infatti, la norma consente l'imposizione del divieto di ingresso, transito e sosta "*nel rispetto degli obblighi internazionali dello Stato, solo in presenza di attività di carico o scarico di persone in violazione delle leggi vigenti nello Stato Costiero, fattispecie qui non ricorrente vertendosi in una ipotesi di salvataggio in mare in caso di rischio di naufragio*"[23].

Ritenuta, pertanto, l'operatività della scriminante di cui all'art. 51 c.p., il G.I.P. concludeva disponendo la non convalida dell'arresto *ex* art. 380 e ss. c.p.p. della comandante Carola Rackete e il rigetto della richiesta di applicazione di misura cautelare.

3. Il ricorso per Cassazione della Procura di Agrigento.

La Procura della Repubblica articolava tre motivi di ricorso per Cassazione *ex* art. 606 c.p.p.[24], chiedendo l'annullamento dell'ordinanza sopra menzionata.

Un primo dato che occorre evidenziare riguarda il fatto che il ricorso è stato espressamente limitato dalla Procura alla sola convalida dell'arresto, lasciando quindi fuori dall'esame della Cassazione gli aspetti relativi alla sussistenza dei presupposti per l'applicazione della misura cautelare. Tale circostanza, come vedremo, avrà un peso non indifferente nell'economia della sentenza e delle valutazioni che l'interprete è chiamato a compiere, in presenza di un caso così rilevante e controverso.

Circoscritto, quindi, l'oggetto alla sola fase "pre-cautelare", i tre motivi di ricorso attengono, in sintesi, ai due elementi cardine della pronuncia impugnata.

Quanto all'esclusione della fattispecie di cui all'art. 1100 cod. nav. – argomento di interesse secondario, rispetto al merito della questione – la Procura eccepiva l'erronea applicazione della legge penale nonché il vizio di motivazione di cui alla lett. e) dell'art. 606, ritenendo – sulla scorta di diverse pronunce di legittimità[25] – che la valutazione compiuta dal G.I.P. in ordine alla (im)possibilità di qualificare l'unità navale della Guardia di Finanza speronata dalla Sea Watch quale «nave da guerra» non potesse ritenersi corretta.

Quanto al tema cardine della pronuncia reiettiva, la Procura articolava due distinti motivi di ricorso (motivi n. 1 e 3), osservando che:

(i) da un lato (motivo n. 1), la valutazione compiuta dal G.I.P. di Agrigento rispetto ai presupposti di legittimità dell'arresto in flagranza *ex* art. 380 c.p.p. aveva oltrepassato i limiti fissati *ex lege* rispetto al vaglio che è richiesto al Giudice nel contesto della fase pre-cautelare.

Il G.I.P., infatti, avrebbe dovuto limitarsi a "*valutare la legittimità dell'operato della polizia giudiziaria effettuando un controllo di ragionevolezza, essendo precluso, in quella fase, svolgere approfonditi apprezzamenti relativi alla responsabilità penale ovvero alla gravità indiziaria di colpevolezza*"[26]. Diversamente, l'ordinanza aveva travalicato tali limiti, "*procedendo ad una autonoma valutazione dei dati in suo possesso*

e pervenendo a un giudizio sostanziale sulla gravità indiziaria"[27].

In questi termini, la ricostruzione di carattere ermeneutico operata dal G.I.P., articolatasi in una ampia e approfondita analisi di diritto, doveva ritenersi "ex se *inconciliabile con la manifesta apparenza della causa di giustificazione al momento dell'arresto in flagranza*"[28], così come declinata dalla Giurisprudenza di Legittimità[29], tenuto conto altresì della "*problematicità della questione affrontata, sulla quale la giurisprudenza a più livello sta cercando di fare chiarezza*"[30];

(ii) in ogni caso (motivo n. 3), l'interpretazione fatta propria dal G.I.P. di Agrigento in ordine al contenuto ed al perimetro degli obblighi internazionali in materia di soccorso in mare, a cui l'Italia è vincolata, non poteva ritenersi, ad avviso della Procura, corretta.

In particolare, una più corretta disamina della vicenda avrebbe dovuto condurre ad un esito differente rispetto a quello raggiunto dal G.I.P. di Agrigento, posto che "*il dovere di soccorso*" ascritto nei confronti del comandante dell'imbarcazione doveva già ritenersi adempiuto "*con la messa in sicurezza dei naufraghi e con la loro conduzione a bordo della Sea Watch 3*".

In sintesi, la Procura di Agrigento rimetteva alla valutazione della Suprema Corte la corretta determinazione del contenuto e del perimetro della nozione di "*soccorso*" ai sensi della normativa interna ed internazionale, affinché fosse verificato "*se rispetto alla condotta contestata, il dovere di soccorso invocato potesse avere efficacia scriminante*"[31].

Fulcro di tale valutazione è, invero, la nozione di "*place of safety*"[32]. Il quesito posto dalla Procura di Agrigento è, invero, quantomai esplicito, laddove rimette alla Suprema Corte la valutazione in ordine alla possibilità di qualificare il *place of safety* disciplinato dalla Convenzione SAR in termini di "*conduzione dei naufraghi a terra*" ovvero, in alternativa, "*conduzione dei naufraghi in un luogo che, per specifiche caratteristiche, consenta di offrire adeguata assistenza agli stessi, escludendo imminenti pericoli di danno grave*"[33].

In questo senso, la Procura osservava come, a loro avviso, il G.I.P. avrebbe dovuto valutare, in un'ottica di concretezza e bilanciamento degli interessi in gioco, se la scriminante di cui all'art. 51 c.p. "*potesse operare indistintamente, ovvero se la possibilità di adempiere il prescritto dovere con modalità alternative potesse comunque condurre a ritenere scriminata la condotta*".

Inoltre, "*in ossequio al richiamo effettuato alla Convenzione SAR, il GIP avrebbe dovuto anche valutare se il dovere di soccorso potesse ritenersi adeguatamente soddisfatto con la messa in sicurezza dei naufraghi e con la loro conduzione a bordo della Sea Watch 3*".

Circostanza questa, che ad avviso della Procura, determinava il venir meno del concreto ed imminente pericolo per la vita e l'integrità fisica dei migranti soccorsi in mare e, di conseguenza, rendeva illecita l'azione arbitraria e violenta commessa da Carola Rackete nei confronti della Guardia di Finanza, impegnata a dare esecuzione ad un ordine emesso dalla massima Autorità amministrativa in materia di immigrazione, in applicazione di una norma di legge.

4. La sentenza della Suprema Corte. La cronaca di un finale annunciato?

Come noto, la Cassazione ha concluso rigettando *in toto* il ricorso della Procura di Agrigento e confermando nella sostanza il provvedimento reiettivo pronunciato dal G.I.P. in sede di convalida.

Nel farlo, tuttavia, ha sviluppato un percorso motivazionale parzialmente diverso da quello del G.I.P. di Agrigento rispetto alla questione della qualità di «nave da guerra» dell'unità navale della Guardia di finanza, ai fini dell'applicabilità dell'art. 1100 cod. nav.[34], mentre ha confermato e financo rafforzato gli esiti del percorso motivazionale del Giudice rispetto alla primaria questione relativa all'applicabilità al caso di specie della scriminante *ex* art. 51 c.p.

L'elemento cardine della pronuncia in commento attiene, a ben vedere, ai motivi di ricorso riferiti alla corretta applicazione della scriminante di cui all'art. 51 c.p. rispetto al giudizio di convalida dell'arresto in flagranza eseguito nei confronti della comandante della Sea Watch.

Di converso, la questione di diritto attinente alla qualità di «nave da guerra» dell'unità navale della GdF non avrebbe potuto impattare comunque, anche laddove accolta, sull'esito del ricorso: qualora esistente, infatti, l'esimente di cui all'art. 51 c.p. avrebbe ragionevolmente trovato applicazione nei confronti di entrambi i reati, attese la essenziale sovrapponibilità degli interessi in gioco e l'unicità del fatto storico oggetto di scrutinio.

In questi stessi termini si esprime a ben vedere la stessa sentenza in commento, ove afferma che "*la ricorrenza di una causa di giustificazione opererebbe*

comunque anche con riguardo all'ipotesi di reato di cui all'art. 1100 cod. nav." (sentenza, pag. 8).

4.1. I poteri del giudice della convalida e l'esegesi dell'art. 385 c.p.p.

Nel prendere le mosse dalla censura attinente al presunto travalicamento dei limiti al sindacato del Giudice in sede pre-cautelare, la Cassazione si sofferma in prima battuta sulla corretta delimitazione dei poteri conferiti al giudice della convalida, con specifico riferimento ai profili di applicazione dell'art. 385 c.p.p., laddove dispone che l'arresto non è consentito "*quando, tenuto conto delle circostanze del fatto, appare che questo è stato compiuto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima ovvero in presenza di una causa di non punibilità*".

Secondo le chiare indicazioni della Suprema Corte, invero, il giudizio di ragionevolezza rimesso alla valutazione del giudice della convalida sulla base di una verifica *ex ante*[35], dovrà avere come parametro normativo di riferimento l'art. 13 Cost., laddove sancisce che la libertà personale, quale diritto inviolabile dell'uomo, possa "*essere oggetto di limitazione da parte della polizia giudiziaria solo in casi eccezionali tassativamente previsti dalla legge, e solo in via rigorosamente temporanea*"[36].

Sulla scorta di una interpretazione adeguatrice delle disposizioni di riferimento in materia di arresto in flagranza, che riflette il carattere eccezionale dell'intervento dell'organo «incompetente» (la Polizia Giudiziaria), laddove si sostituisce all'organo «competente» (il Giudice) nel disporre della libertà personale dell'individuo, la Suprema Corte osserva come l'uso della locuzione «*appare*», riferito dall'art. 385 c.p.p. alla sussistenza di una causa di giustificazione quale presupposto negativo della legittimità dell'arresto, non possa interpretarsi in termini di "*evidenza*", bensì occorra adottare un più corretto parametro di "*ragionevolezza / verosimiglianza*":

"*Non si richiede, in altri termini, che sia «evidente», così interpretando la locuzione «appaia» dell'art. 385 cod. proc. pen., la sussistenza della causa di giustificazione, ma che essa sia ragionevolmente / verosimilmente esistente sulla scorta delle circostanze di fatto conosciute o conoscibili con l'ordinaria diligenza*"[37].

Di conseguenza, "*in presenza di «verosimile» rappresentazione di una causa di giustificazione, opera quindi il divieto di cui all'art. 385 cod. proc. pen. e l'atto di arresto eventualmente compiuto non è legittimo*"[38].

Tale conclusione sarebbe avvalorata, ad avviso del Supremo Collegio, dalla circostanza che l'applicazione di una misura cautelare personale *ex* art. 273 c.p.p. non è ammessa se «*risulta*» che il fatto sia stato compiuto in presenza di una causa di giustificazione. Dovendosi intendere tale espressione, per orientamento consolidato[39], non in termini di "*certezza, essendo sufficiente a tal fine la sussistenza di un elevato o rilevante grado di probabilità che il fatto sia compiuto in presenza di tale causa di giustificazione*"[40].

Su tale base, osserva la Cassazione come *a fortiori* la Polizia Giudiziaria non possa godere di più ampi poteri e margini di discrezionalità rispetto all'Autorità Giudiziaria, nell'esercizio del potere eccezionale alla stessa attribuito per disporre misure restrittive della libertà persona in caso di arresto in flagranza.

4.2. La «verosimile esistenza» della causa di giustificazione dell'adempimento di un dovere *ex* art. 51 c.p.

Così definita la cornice interpretativa entro cui vagliare la legittimità del provvedimento del G.I.P. di Agrigento, la Suprema Corte procede quindi ad esaminare il cuore della questione di diritto sollevata dalla Procura di Agrigento, vale a dire il fondamento giuridico – e i relativi contenuti – del dovere di soccorso in mare riconosciuto nei confronti della comandante della nave Sea Watch.

A tal riguardo, la Cassazione osserva come "*la verosimile esistenza della causa di giustificazione* [sia] *stata congruamente argomentata*"[41] dal G.I.P. di Agrigento, attraverso il richiamo alle numerose fonti di rango internazionale in materia di *search and rescue*[42]. Fonti che, ricorda la Corte, "*sono vincolanti per lo Stato italiano e per tutti coloro che sono tenuti nel loro operare all'osservanza della legge italiana*"[43].

Ad avviso della Corte, invero, l'obbligo di soccorso in mare rappresenta una "*norma di diritto internazionale generalmente riconosciuta e pertanto direttamente applicabile nell'ordinamento interno, in forza del disposto di cui all'art. 10 comma 1 Cost.*".

Tale obbligo – ed è qua che il percorso argomentativo del Supremo Collegio compie il passaggio cruciale – non può in alcun modo ritenersi adempiuto con il semplice recupero a bordo dei naufraghi da parte della nave di soccorso, atteso che il dovere di soccorso sancito dalla convenzione SAR "*comporta l'obbligo accessorio e conseguente di sbarcarli in un luogo sicuro (c.d.* «place of safety»*)*".

La conclusione a cui giunge la sentenza in commento si fonda sull'esegesi delle più rilevanti disposizioni della Convenzione SAR (in particolare il Capitolo 3.1.9 della citata convenzione[44]) quanto alle Linee guida sul trattamento delle persone soccorse in mare, allegate alla convenzione SAR quale strumento imprescindibile per la corretta interpretazione ed applicazione della convenzione.

Ampio riferimento viene fatto, nello specifico, al paragrafo 6.12 delle Linee guida dell'IMO, ove è contenuta la definizione di «*place of safety*», presentato quale luogo in cui *"rescue operations are considered to terminate. It is also a place where the survivors' safety of life is no longer threatened and where their basic human needs (such as food, shelter and medical needs) can be met. Further, it is a place from which transportation arrangements can be made for the survivors' next or final destination*".

Un ulteriore richiamo viene compiuto al paragrafo 6.13[45] del medesimo documento, ove si afferma che "*anche laddove l'imbarcazione fosse in grado di fornire adeguata assistenza ai soccorsi e possa fungere da temporaneo place of safety, dovrebbe comunque essere sollevata da tale responsabilità non appena una soluzione alternativa possa essere adottata*".

Sulla scorta di tali richiami, la Suprema Corte giunge a tracciare in modo tanto netto quanto inequivoco ed immediato il contenuto del dovere di soccorso in mare sancito dal diritto internazionale:

"non può quindi essere qualificato «luogo sicuro», per evidente mancanza di tale presupposto, una nave in mare che, oltre ad essere in balia degli eventi metereologici avversi, non consente il rispetto dei diritti fondamentali delle persone soccorse. Né può considerarsi compiuto il dovere di soccorso con il salvataggio dei naufraghi sulla nave e con la loro permanenza su di essa, poiché tali persone hanno diritto a presentare domanda di protezione internazionale secondo la Convenzione di Ginevra del 1951, operazione che non può certo essere effettuata sulla nave"[46].

A suffragio della conclusione raggiunta, il Supremo Collegio opera un ulteriore richiamo alla risoluzione n. 1821 del 21 giugno 2011[47] dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, ove si afferma (par. 9.5) quale priorità per l'azione degli Stati Membri "*il rapido sbarco dei soccorsi presso un* «place of safety»" e si richiede che tale nozione sia interpretata nel senso di "*un luogo ove possano essere soddisfatte le immediate esigenze delle persone sbarcate e che in alcun modo metta in pericolo i diritti fondamentali di tali persone, posto che la nozione di* «safety» *si estende oltre la semplice protezione nei confronti di possibili danni fisici e deve anche considerare la dimensione dei diritti fondamentali del luogo di sbarco ipotizzato*".

Ad avviso della Cassazione, invero, tale documento, "*pur non essendo fonte diretta del diritto, costituisce un criterio interpretativo imprescindibile del concetto di «luogo sicuro» nel diritto internazionale*".

Su tali basi, conclude la Suprema Corte ribadendo come la valutazione operata dal G.I.P. in sede di convalida debba ritenersi corretta, laddove ha ritenuto che la sussistenza della scriminante dell'adempimento di un dovere "*fosse percepibile da parte degli operanti che avevano proceduto all'arresto, sulla base di una valutazione della singolarità della vicenda e delle concrete circostanze di fatto, come meticolosamente riepilogate*"[48].

4.3. Il valore essenziale della sentenza Sea Watch: l'ampiezza e la rilevanza dei principi di diritto da essa affermati.

La pronuncia in commento rappresenta, a quanto risulta[49], il primo caso in cui la Cassazione ha delineato i connotati essenziali dell'obbligo giuridico di soccorso in mare e ha definito, più nello specifico, il momento in cui tale obbligo possa dirsi compiuto.

La conclusione a cui giunge la Suprema Corte, ovvero la definizione di un dovere giuridico, rilevante quale scriminante del fatto tipico ai sensi dell'art. 51 c.p., che implica l'obbligo per il comandante della nave di condurre le persone soccorse in mare sino ad un luogo qualificabile quale *place of safety* ai sensi della normativa internazionale, porta con sé conseguenze giuridiche e financo politico-amministrative la cui portata non potrà che essere apprezzata e compresa nel tempo, in attesa di ulteriori pronunciamenti che confermino (o smentiscano) l'approccio fatto proprio dalla Cassazione nel caso di specie.

4.3.1. La cronaca di un esito annunciato – e forse inevitabile.

Lasciando al successivo paragrafo alcune considerazioni conclusive e più di sistema sulle possibili implicazioni del pronunciamento, preme rilevare da subito come l'esito a cui è giunta la pronuncia qui in commento fosse – in un certo senso – atteso e prevedibile.

A ben vedere, già in altra vicenda[50] – dai tratti in parte analoghi – la Giurisprudenza di Merito aveva

riconosciuto l'applicabilità dell'esimente di cui all'art. 51 c.p. rispetto all'obbligo di soccorso in mare e al fatto che lo stesso potesse dirsi adempiuto solo allorquando il comandante della nave avesse condotto a terra i naufraghi.
Tale è, peraltro, la posizione espressa a più riprese da eminenti esperti di diritto internazionale e diritto dell'immigrazione[51] e che è stata fatta propria dalle Procure della Repubblica nei numerosi casi di procedimenti penali iscritti nei confronti del Ministro dell'Interno *pro-tempore* per il reato di sequestro di persona *ex* art. 605 c.p.[52].
È stato, per vero, puntualmente osservato in Dottrina[53] come siffatta interpretazione, che pone in capo allo Stato costiero l'obbligo di garantire lo sbarco dei migranti soccorsi in mare in un *place of safety* sito a terra, non sia "*agevolmente ricavabile dal testo delle rilevanti convenzioni*", le quali evitano "*di stabilire chiaramente quale Stato debba assicurare lo sbarco o quando quest'ultimo debba avvenire*".
Benché sia indubbio che le disposizioni normative in rilievo non contengano un espresso riferimento all'obbligo del comandante di condurre a terra (c.d. *disembarkation)* le persone soccorse in mare, né delineano una procedura standardizzata per l'individuazione del P.O.S. e il conseguente sbarco dei soccorsi[54], un'interpretazione del complesso sistema normativo che non ravvisi la sussistenza di tale obbligo appare in conflitto con i principi fondamentali sottesi a tale regime e sanciti dalle Carte internazionali.
Risulterebbe, infatti, financo paradossale che una disciplina così articolata in materia di *search and rescue,* quale è quella risultate dall'analisi combinata delle disposizioni della Convenzione UNCLOS, della Convenzione SAR di Amburgo e delle linee guida – fondamentale parametro interpretativo – emanate dall'IMO proprio in applicazione della Convenzione SAR, risultasse priva dell'ultimo tassello fondamentale: vale a dire l'insorgenza di un obbligo in capo al Comandante di condurre a terra i soccorsi e di un correlato dovere di cooperazione da parte degli Stati coinvolti al fine di concludere nel più breve tempo possibile la permanenza a bordo delle persone soccorse, tale da poter garantire – tra le altre cose – l'esercizio del diritto di richiesta di asilo secondo la Convenzione di Ginevra del 1951 (da cui il principio di diritto internazionale generalmente riconosciuto del c.d. non-*refoulement*[55]), nonché dei correlati doveri di assistenza e supporto posti dalle convenzioni in capo agli stati coinvolti.
In assenza di un obbligo di cooperazione in capo agli Stati, tale per cui gli stessi potrebbero rifiutarsi *sine die* di accogliere l'imbarcazione che ha soccorso persone in pericolo in mare, il sistema SAR risulterebbe irrimediabilmente incompleto e, soprattutto, illogico e – molto banalmente – inutile[56].
Né pare, parimenti, conforme alla materia del diritto del mare e ai principi fondamentali di tutela della vita e della salute[57] in mare un sistema normativo, quale sarebbe quello in commento in assenza di un obbligo di sbarco e di cooperazione, che impone l'immediato sbarco di singoli migranti soccorsi in mare in esecuzione dei c.d. protocolli Medevac, laddove le condizioni di salute del singolo non consentano la permanenza a bordo, e lasci al contempo abbandonati a sé stessi gli altri naufraghi, in attesa che la permanenza in mare determini l'insorgere di condizioni di salute precarie che giustifichino una nuova attivazione del medesimo protocollo Medevac.
Una sorta di paradossale stato di necessità auto-indotto dal comportamento non collaborativo dello Stato costiero, che determina un onere di intervento urgente al fine di impedire conseguenze letali (o comunque permanenti sullo stato di salute dei naufraghi) causate dall'inerzia dello stesso stato costiero nel concedere lo sbarco.
Molto opportunamente, pertanto, è stato osservato dai primi commentatori all'ordinanza del G.I.P. di Agrigento che ha rigettato la convalida dell'arresto di Carola Rackete, che la stessa ha orientato il proprio comportamento secondo "*un principio giuridico irrinunciabile, perché rispondente a elementari condizioni di umanità*"[58].
La conclusione a cui è giunta la Suprema Corte nel caso in esame non rappresenta, pertanto, altro che la logica ed inevitabile conseguenza di un'interpretazione costituzionalmente (*recte,* convenzionalmente) orientata degli obblighi in materia di *search and rescue* posti a carico tanto del comandante della nave quanto degli stati costieri.

4.3.2. L'effettiva portata del pronunciamento ove letta nel contesto di una fase pre-cautelare.

Ciò posto, la peculiarità della vicenda e i caratteri irruenti dello scontro tra l'ordine dell'Autorità e l'iniziativa sprezzante della comandante Rackete hanno portato la questione su un piano ancora diverso.

Non va scordato, infatti, che la sentenza della Suprema Corte si inserisce nel contesto di una fase precautelare, a fronte del ricorso della Procura di Agrigento che, come detto, era espressamente limitato all'ambito della convalida dell'arresto in flagranza della comandante Carola Rackete da parte della Polizia Giudiziaria.

In tale ambito, la Suprema Corte ha articolato un principio di diritto in punto di requisiti dell'arresto in flagranza che appare, ad una attenta analisi, senz'altro innovativo, discostandosi in modo piuttosto evidente dai principali precedenti in materia.

Sino alla sentenza Sea Watch, infatti, la posizione fatta propria dalla Giurisprudenza in punto di applicazione, in sede di convalida dell'arresto in flagranza, della disposizione di cui all'art. 385 c.p.p. era tale per cui il controllo di ragionevolezza da parte del G.I.P. dovesse accertare, con approccio *ex ante,* se la causa di giustificazione (o di non punibilità) apparisse "*in modo chiaro all'agente operante al momento dell'intervento*"[59].

Detto altrimenti, l'oggetto dell'indagine demandata al Giudice della convalida, lungi dall'estendersi anche ad elementi non conosciuti o conoscibili al momento dell'arresto da parte della P.G., si sarebbe dovuto limitare – sulla scorta della precedente Giurisprudenza – a verificare se la causa di giustificazione (o di non punibilità) apparisse "*nel contesto dei fatti che hanno portato all'intervento di urgenza, immediatamente percepibile e rilevabile da parte degli organi di Polizia*"[60].

Chiaro appare, invero, il ribaltamento di prospettiva operato dalla Suprema Corte nel caso qui in esame laddove, richiamando e facendo propria un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 385 c.p.p., avente quale parametro l'art. 13 Cost., giunge ad esclude la legittimità dell'arresto in presenza di una causa di giustificazione "*verosimilmente esistente*".

Non sono quindi la certezza e l'immediata percepibilità della sussistenza dell'esimente ad escludere la legittimità dell'arresto, bensì, all'opposto, l'inverosimiglianza e l'irragionevolezza della sua applicazione al caso concreto a legittimare l'intervento – rigorosamente provvisorio – della Polizia Giudiziaria.

Pare chiaro come tale inversione prospettica se, da un lato, pone a carico della Polizia Giudiziaria un onere più stringente, in termini di valutazione dei presupposti in fatto e in diritto che giustificano l'arresto in flagranza (tanto più in un contesto di arresto facoltativo *ex* art. 381 c.p.p.[61]), d'altra parte pare meritevole di ampio apprezzamento in un'ottica di carattere generale, trattandosi di una attenta e meritoria espressione del principio di *favor libertatis* e di affermazione dei supremi principi costituzionali in materia di libertà personale che qualificano come *extrema ratio,* soggetta a duplice riserva – di legge e di giurisdizione – qualsiasi atto privativo della libertà personale.

In attesa di osservare se – come auspicabile – tale principio potrà affermarsi nella Giurisprudenza di Legittimità e di Merito, attenta Dottrina[62] ha d'altra parte osservato come è proprio tale aspetto a destare le maggiori perplessità sulla pronuncia, non tanto per il principio di diritto in sé, senz'altro importante e da apprezzare, quanto per l'applicazione che ne è stata data nel caso in esame.

Non va, infatti, dimenticato che – a fronte di una materia senza alcun dubbio complessa e tormentata – l'intervento della Polizia Giudiziaria che ha condotto all'arresto della comandate Carola Rackete si è inserito in un contesto normativo ove il Ministero dell'Interno, sulla scorta di una norma di rango primario (l'art. 11, comma 1-*ter,* d.lgs. 286/1998), aveva emanato un provvedimento di diniego all'ingresso della nave nelle acque territoriali italiane e si era opposto fermamente, quale espressione della politica dei «porti chiusi», allo sbarco della Sea Watch nel porto di Lampedusa.

L'iniziativa della Guardia di Finanza si muoveva, di conseguenza, nel solco dei provvedimenti emanati dall'Autorità amministrativa competente, in applicazione di una norma di legge, ai quali gli operanti della G.d.F. hanno ritenuto proprio dovere attenersi, tentando di opporsi all'ingresso della nave ed intervenendo in seguito all'azione di forza della Comandante Rackete con la misura dell'arresto in flagranza.

L'opposto comportamento, sancito come corretto dalla Suprema Corte, avrebbe invece dovuto condurre gli operanti della G.d.F. a concludere per la "*più che verosimile*"[63] illegittimità delle misure adottate dal Ministero dell'Interno, in quanto in contrasto con l'obbligo internazionale di soccorso che impone di condurre le persone soccorse in mare in un *place of safety,* onere che non può dirsi adempiuto sino al momento dello sbarco.

In questo senso, l'esito a cui giunge la Suprema Corte può destare qualche perplessità, nella misura in cui ha posto a carico della G.d.F. l'onere di valutare, nell'immediatezza dei fatti e in assenza di precedenti

pronunciamenti di Legittimità, la (non) conformità al diritto internazionale del diniego di ingresso e sbarco emanato dal Ministero dell'Interno, pur anche se sulla base di un criterio di ragionevolezza e/o verosimiglianza.
È su quest'ultimo aspetto, tuttavia, che la sentenza spinge a riflettere e a compiere – forse – un passo ulteriore, di non poco momento.
Quella che si può scorgere, attraverso una lettura di ampio respiro della pronuncia, sembra la volontà da parte del Supremo Collegio di (ri)affermare la valenza *erga omnes,* non altrimenti comprimibile, dei diritti fondamentali e degli obblighi internazionali a cui l'Italia è vincolata ai sensi degli artt. 10 e 117 Cost.
Nel bilanciamento tra tutela del diritto alla vita, di cui l'obbligo di soccorso in mare e di conduzione a terra non è altro che semplice corollario, ed esigenze di politica interna tese al controllo dei flussi migratori da parte dello stato costiero, sancisce la Suprema Corte che non vi possono essere margini di incertezza, nemmeno a fronte di un provvedimento dai dubbi connotati di illegittimità.
La stessa disposizione di cui all'art. 11, comma 1-ter, d.lgs. 286/1998, nel richiamare "*il rispetto degli obblighi internazionali*", afferma un parametro interpretativo chiaro che deve fungere da criterio guida anche nell'applicazione delle direttive del Ministro dell'Interno, le quali – per stessa disposizione normativa – non possono confliggere, pena la relativa illegittimità, con i diritti fondamentali riconosciuti a livello internazionale.
Di ciò, la pronuncia sembra darne conto escludendo qualsiasi concreta possibilità di dubbio o margine interpretativo, al punto da lasciar intendere che, anche in presenza di un provvedimento del Ministero dell'Interno, la Polizia Giudiziaria operante avrebbe dovuto comprenderne, sin da subito, secondo un criterio di ragionevolezza, l'illegittimità e la contrarietà al diritto internazionale.
In questi termini, sembra potersi scorgere negli echi che la sentenza ha propagato un monito che lascia poco spazio a margini di discussione: le politiche dei «porti chiusi», laddove poste in conflitto con legittime attività di soccorso in mare, cedono il passo all'affermazione dei diritti umani riconosciuti a livello internazionale.

5. Le conseguenze (più o meno implicite) del principio di diritto affermato dalla Suprema Corte e l'impatto dell'emergenza Covid-19.

5.1. L'impatto sulle politiche dell'immigrazione e sulla disciplina (e i limiti) del soccorso in mare (cenni).

A fronte delle considerazioni svolte nei precedenti paragrafi, l'interesse determinato dalla pronuncia sul caso Sea Watch è, in tutta evidenza, ben più ampio e diffuso rispetto al singolo caso in esame e le conseguenze che se ne possono trarre sono, a ben vedere, molteplici.
Ciò posto, ci si limiterà in questa sede ad alcuni brevi cenni sulle potenziali implicazioni di sistema della sentenza sul caso Sea Watch (la cui portata imporrebbe ben più ampio spazio ed attenzione), essendo invece centrale inquadrare, oggi, i principi di diritto di tale pronuncia nel contesto della crisi internazionale determinata dall'emergenza sanitaria Covid-19, oggetto di alcune riflessioni nel successivo paragrafo (cfr. § 5.2.).

5.1.1. Le implicazioni sulla legittimità della politica dei c.d. «porti chiusi» e delle restrizioni agli sbarchi nei casi Gregoretti e Open Arms.

Come già osservato, ciò che la sentenza dice è tanto rilevante quanto ciò che la sentenza stessa non dice.
Vi è, infatti, un chiaro – ma implicito – legame tra l'illegittimità dell'arresto della comandante della nave Sea Watch e la implicita – ma non dichiarata – illegittimità del provvedimento di diniego all'accesso nel mare territoriale, emanato dal Ministero dell'Interno in applicazione delle disposizioni di nuovo conio del decreto sicurezza-*bis*.
Appare, infatti, alquanto problematico conciliare, in un'ottica di sistema, il dovere giuridico di soccorso e conduzione a terra di persone in pericolo in mezzo al mare (quantunque fossero migranti irregolari, essendo questa qualità sussidiaria rispetto al dovere primario di tutela della vita e della salute in mare[64]) con provvedimenti che neghino l'accesso nelle acque territoriali e l'assegnazione di un *place of safety,* laddove sussistano le condizioni sancite a livello internazionale che determinano l'insorgere del dovere di soccorso in capo al comandante della nave.
Si tratterà di capire, in futuro, se tale illegittimità manifesta, così come affermata dalla Suprema Corte nel caso di specie, possa avere qualche ripercussione rispetto alle altre vicende giudiziarie che sono scaturite dall'applicazione alquanto ostinata della politica dei «porti chiusi» da parte del precedente Governo c.d. Conte I.

In un certo senso, l'ampio richiamo ai principi costituzionali in materia di libertà personale contenuto nella sentenza, in uno con l'affermazione di un principio di diritto che sancisce l'obbligo in capo alla Polizia Giudiziaria di considerare illegittimo – già solo in termini di ragionevolezza – un diniego di sbarco, in quanto in violazione degli obblighi internazionali a cui l'Italia è vincolata, potrebbero rappresentare una potenziale – e affatto banale – chiave di lettura rispetto alle accuse di sequestro di persona ascritte nei confronti del Ministro dell'Interno *pro-tempore* quale espressione della politica dei «porti chiusi».

Si tratterebbe, a ben vedere, di una lettura nient'affatto difforme da quella già offerta in epoca più risalente dalla Corte Costituzionale[65] nella sentenza. n. 105/2001[66], ove la Corte, chiamata a rispondere in ordine alla legittimità costituzionale di alcuni aspetti della disciplina dell'espulsione dello straniero all'epoca vigente, osservava in un *obiter dictum* che "*il trattamento dello straniero presso i centri di permanenza temporanea e assistenza è misura incidente sulla libertà personale, che non può essere adottata al di fuori delle garanzie dell'art. 13 della Costituzione*".

Affermava, sul tema, la Corte che "*il trattenimento è quantomeno da ricondurre alle «altre restrizioni della libertà personale» di cui pure si fa menzione nell'art 13 della Costituzione*", ed aggiungeva altresì che "*né potrebbe dirsi che le garanzie dell'art. 13 della Costituzione subiscano attenuazioni rispetto agli stranieri, in vista della tutela di altri beni costituzionalmente rilevanti. Per quanto gli interessi pubblici incidenti sulla materia dell'immigrazione siano molteplici e per quanto possano essere percepiti come gravi i problemi di sicurezza e di ordine pubblico connessi a flussi migratori incontrollati, non può risultarne minimamente scalfito il carattere universale della libertà personale che, al pari degli altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili, spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani*".

Pare indubbio, in conclusione, che la storia giudiziaria delle menzionate e note vicende sia ben lontana dal potersi dire conclusa, potendo rappresentare un ulteriore fondamentale tassello nella materia qui in esame, restando parimenti indubbio che non sarà possibile fare a meno di confrontarsi in quelle sedi, nei termini sopra detti, con i principi di diritto sanciti dalla sentenza sul caso Sea Watch.

5.1.2. Il rischio di incriminazione dell'attività di soccorso umanitario da parte di imbarcazioni appartenenti ad O.N.G.

Si è già accennato *supra* come la tendenza negli ultimi anni, tanto a livello italiano quanto in ambito internazionale, sia stata quella di considerare le O.N.G. non solo un presunto «*pull factor*» dei flussi migratori[67], (benché molti studi di carattere scientifico che se ne sono occupati si oppongano a tale ipotesi)[68], ma anche e soprattutto potenziali concorrenti o persino soggetti attivi nel contesto di indagini volte ad accertare la commissione di reati di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina *ex* art. 12, commi 1 e 3, d.lgs. 286/1998[69].

In tale ottica il principio di diritto affermato dalla pronuncia in commento appare determinante nell'escludere una volta per tutte che l'attività di soccorso, svolta con finalità umanitarie dalle O.N.G. nel Mediterraneo centrale, possa assurgere a profili di responsabilità penale quale condotta di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina.

Una criminalizzazione dell'attività in mare appare, infatti, del tutto incompatibile con l'esercizio di un dovere giuridico di soccorso, sancito da norme nazionali ed internazionali, e che trova il proprio compimento soltanto con lo sbarco dei migranti in un *place of safety* idoneo ai sensi della Convenzione SAR.

Laddove, pertanto, siano configurati i presupposti di diritto che configurano l'intervento delle O.N.G. (come di qualsiasi altra imbarcazione privata) in termini di effettivo soccorso di persone in pericolo in mare, ciò avrà come conseguenza l'insorgere del dovere di conduzione a terra, presso un *place of safety,* a cui fa da corollario l'obbligo di diritto internazionale posto a carico dello Stato interessato di garantire l'assegnazione del P.O.S. e soddisfare gli obblighi di primo soccorso e assistenza internazionale, non da ultimo in ossequio al principio di *non-refoulement,* anch'esso richiamato dalla Cassazione attraverso il rinvio alla Convenzione di Ginevra del 1951[70].

Su tali basi, l'eventuale contestazione di cui all'art. 12, d.lgs. 286/1998 difetterebbe in radice degli elementi costitutivi caratterizzanti il fatto tipico descritto dalla norma, vale a dire la "*violazione delle disposizioni*" del T.U. in materia di immigrazione ovvero l'aver procurato l'ingresso "*illegalmente*".

L'illecito *de quo,* in presenza di una condotta realizzata nell'adempimento di un dovere giuridico, verrebbe di conseguenza meno sul piano della tipicità,

prima ancora che su quello della sussistenza di una causa di giustificazione.
L'unico margine di incertezza[71] potrebbe al più residuare rispetto a singoli casi in cui l'onere di soccorso sia stato in qualche modo eluso (ad esempio attraverso accordi preventivi tra trafficanti di uomini e organizzazioni umanitarie tesi al trasbordo e al trasporto di migranti in assenza di condizioni effettive di pericolo)[72]. In tali ipotesi, potrebbe forse residuare un margine di opinabilità circa l'insorgenza del dovere di soccorso – come detto, presupposto essenziale per la validità della scriminante – e di conseguenza circa la "legittimità" dell'ingresso procurato ai migranti dall'azione dell'unità navale.
Si tratterà di capire in futuro come la Giurisprudenza si porrà rispetto a questi casi limite; d'altra parte, la sentenza sul caso Sea Watch potrebbe rappresentare un indubbio passo in avanti rispetto all'invito rivolto all'Italia dal Commissario Europeo per i Diritti Umani del Consiglio d'Europa[73] al fine di interrompere la pratica di criminalizzazione dell'attività di soccorso svolta dalle O.N.G.

5.2. La politica dei porti chiusi in salsa Covid-19 e il rapporto con il principio di diritto sancito dalla sentenza Sea Watch.

Si è già anticipato in premessa come siano di recentissima approvazione le nuove disposizioni ministeriali emanate dall'attuale Governo per gestire, in costanza dell'emergenza sanitaria, il flusso migratorio del Mediterraneo centrale.
Nello specifico, come detto, è stata disposto con Decreto Ministeriale del 7 aprile 2020, adottato dal Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, di concerto con il Ministro dell'Interno, il Ministro degli Affari Esteri e della cooperazione internazionale ed il Ministro della Salute, che i porti italiani non assicurano – per la durata dell'emergenza sanitaria nazionale – i requisiti necessari per l'assegnazione del *place of safety,* ai sensi della normativa internazionale.
Tale provvedimento risulta fondato sull'assunto che, in presenza della crisi sanitaria che ha colpito l'Italia dal febbraio scorso, allo stato attuale l'Autorità italiana non sia in grado di "*assicurare sul territorio italiano la disponibilità*" dei *place of safety* "*senza compromettere la funzionalità delle strutture nazionali sanitarie, logistiche e di sicurezza dedicate al contenimento della diffusione del contagio e di assistenza e cura dei pazienti COVID-19*"[74].
La limitazione suddetta è stata circoscritta, per espressa previsione del Decreto, ai soli casi in cui l'intervento di soccorso non veda il coinvolgimento di una nave italiana e sia avvenuto al di fuori della zona SAR italiana[75].
In seguito, con Decreto di protezione civile n. 1287 del 12 aprile 2020, è stata regolamentata la facoltà di mantenere i migranti soccorsi in mare, per i quali non è possibile indicare l'assegnazione di un P.O.S., su altra unità navale idonea allo scopo, per tutto il periodo necessario per lo svolgimento della sorveglianza sanitaria.
In breve, è stata disposta per decreto ministeriale una deroga agli obblighi internazionali a cui l'Italia è soggetta in materia di *search and rescue,* attraverso un provvedimento ministeriale di rango secondario che dapprima sospende l'applicazione della disciplina dei P.O.S. e, da ultimo, facoltizza – rendendolo di fatto procedura ordinaria – il mantenimento dei soccorsi in mare all'interno di imbarcazioni all'uopo predisposte per un periodo prolungato, senza che ne venga disposto lo sbarco a terra, in funzione dell'esercizio delle pratiche di sorveglianza sanitaria per la gestione dell'emergenza Covid-19.
La peculiarità di tale disciplina è che la stessa, stando alla lettera dei decreti ministeriali e all'interpretazione che ne è stata fornita, parrebbe applicabile ai soli casi di soccorso in mare effettuati da navi civili battenti bandiera straniera, all'esterno della zona SAR italiana: ovvero, nella pratica, navi appartenenti ad O.N.G.
In esecuzione di tale misura, già due gruppi di migranti soccorsi in mare dalle imbarcazioni Alan Kurdi e Aita Mari[76] sono stati ricollocati su un traghetto della compagnia Tirrenia, dove sono attualmente sottoposti al periodo di quarantena.
Nonostante i proclami in merito alla pretesa volontà di modificare la disciplina del decreto sicurezza-*bis,* per lungo tempo divulgati dall'attuale Governo, alla prova dei fatti la politica dei «porti chiusi», pur con connotati parzialmente diversi, è ritornata in auge, con modalità e contenuti che impongono doverose riflessioni.
Nel contesto attuale, pare, invero, imprescindibile soppesare la portata e la legittimità della disciplina di nuova emanazione in funzione dei principi di diritto sanciti dalla sentenza sul caso Sea Watch, la quale – come ampiamente argomentato *supra* – rappresenta, ad oggi, il principale parametro esegetico

in materia di soccorso in mare e gestione dei flussi migratori.

Occorre valutare, in termini essenziali, se l'emergenza sanitaria legata al Covid-19 e le esigenze di tutela della vita e della salute che hanno determinato restrizioni ai diritti fondamentali delle persone su tutto il territorio nazionale ammettano limitazioni – ed in caso affermativo, in che termini – all'applicazione dei parametri normativi sanciti senza riserve dalla Suprema Corte nel caso Sea Watch.

In linea generale, sembra difficilmente revocabile in dubbio che la crisi provocata dalla diffusione del Covid-19 abbia determinato l'insorgenza di un nuovo ed importante fattore contingente, *recte* un interesse pubblico primario legato all'emergenza, il cui peso deve essere necessariamente contemperato nel bilanciamento tra i valori in gioco in materia di soccorso in mare e gestione dei flussi migratori.

Non si tratta, infatti, di soppesare il diritto alla vita e gli obblighi di tutela dei fondamentali diritti dell'individuo con il solo interesse dello Stato sovrano alla efficiente regolamentazione dei flussi migratori, aspetto quest'ultimo che potrà e dovrà trovare la propria articolazione all'interno dei margini di discrezionalità lasciati alle valutazioni politiche dell'Autorità di governo, entro il solco tracciato dai diritti fondamentali legati alla tutela della vita e al soccorso delle persone in pericolo in mare.

Nel contesto attuale viene invece in rilievo nel processo di bilanciamento anche l'altrettanto fondamentale aspetto legato alla tutela della salute (e financo della vita) nel più ampio interesse nazionale ed internazionale, teso a contenere il diffondersi dell'epidemia e a garantire, nel contesto emergenziale, efficienti ed efficaci servizi sanitari (e non solo) a tutta la popolazione presente sul territorio nazionale.

In questo senso, non pare irragionevole sostenere che (minime) deviazioni dagli *standard* di tutela e gestione dei soccorsi in mare, tese a contemperare anche le esigenze sanitarie e amministrative legate all'emergenza ed estese sul territorio nazionale, siano in astratto ammissibili, purché contenute entro un rigoroso parametro di stretta necessità e di equilibrio rispetto alle analoghe misure a carattere generale, limitative di alcune libertà fondamentali (non da ultimo, la libertà personale tutelata *ex* art. 13 Cost. e la libertà di circolazione *ex* art. 16 Cost.), adottate dal Governo per il contenimento dell'epidemia.

Non per niente, laddove siano ammesse restrizioni anche assai stringenti alla libertà personale e di circolazione delle persone su tutto il territorio nazionale, non vi è ragione per ravvisare profili di illegittimità nell'estensione di analoghe restrizioni anche nei confronti di persone soccorse in mare (finanche immigrati) che giungano sul territorio italiano mediante l'ausilio di imbarcazioni private, mercantili o gestite da O.N.G.

In questo senso, invero, la previsione introdotta con il Decreto di protezione civile n. 1287 del 12 aprile 2020, laddove ammette la possibilità di ritardare lo sbarco a terra dei soccorsi in mare e contempera il possibile trattenimento dei medesimi su unità navali all'uopo predisposte ed identificate, al fine di portare a termine il periodo di sorveglianza sanitaria (ovvero, la quarantena) sotto controllo della Croce Rossa, non appare in contrasto né con la disciplina interna né con gli obblighi internazionali in materia di soccorso e conduzione nel c.d. posto (*recte,* porto) sicuro.

La medesima, infatti, pur in parte confliggente con il dettato normativo e con i principi di diritto sanciti dalla Suprema Corte nel caso Sea Watch, può in astratto rappresentare un possibile esito del processo rafforzato ed integrato di bilanciamento degli interessi in gioco, che tenga conto anche delle esigenze contingenti, di pari rango costituzionale, legate alla gestione dell'emergenza Covid-19.

Quanto sopra, sia chiaro, solo laddove la deviazione dai parametri prefissati sia contenuta entro rigorosi limiti di stretta necessità e sia legato a comprovate esigenze contingenti che non siano altrimenti soddisfabili dall'Autorità statale senza mettere a rischio le parimenti rilevanti necessità di gestione sanitaria (e non solo) esistenti su tutto il territorio nazionale.

Non per niente, sono le stesse linee guida dell'IMO[77] ad ammettere che, in circostanze eccezionali, "*a place of safety may be on land, or it may be aboard a rescue unit or other suitable vessel or facility at sea that can serve as a place of safety until the survivors are disembarked to their next destination*" aggiungendo altresì che "*the Conventions, as amended, indicate that delivery to a place of safety should take into account the particular circumstances of the case. These circumstances may include factors such as the situation on board the assisting ship, on scene conditions, medical needs, and availability of transportation or other rescue units. Each case is unique, and selection of a place of safety may need to account for a variety of important factors*".

Assai diverse appaiono invece le valutazioni in merito al primo Decreto del 7 aprile 2020, laddove è stata sancita con provvedimento generale, di rango secondario, la sospensione delle condizioni necessarie per l'assegnazione di un c.d. *place of safety,* in relazione ai soli casi in cui il soccorso sia stato prestato fuori dalla zona SAR italiana da unità navali di nazionalità straniera.

Le perplessità sollevate da siffatto provvedimento sono, a ben vedere, molteplici.

In primo luogo, mentre può apparire in astratto non irragionevole che uno Stato costiero possa adottare misure eccezionali di gestione dell'assistenza alle persone soccorse in mare, laddove le stesse pongano limitazioni a libertà fondamentali dell'individuo, in conformità con quanto applicato in modo esteso su tutto il territorio nazionale, non pare invece ammissibile che lo stato di emergenza sanitaria possa diventare «pretesto» per limitare il dovuto supporto alle operazioni di soccorso in mare, in condizioni di pericolo attuale per la vita e per la salute delle persone, essendo queste ultime espressione dei fondamentali diritti dell'individuo.

Diritti fondamentali che – come ribadito a chiare lettere dalla Cassazione nel caso Sea Watch – non sono in alcun modo negoziabili o comprimibili.

Appare, di conseguenza, in potenziale contrasto con i parametri costituzionali – in quanto priva di legittima giustificazione rispetto all'emergenza sanitaria attualmente in corso in Italia – una limitazione autoimposta ai doveri di cooperazione sanciti dalla Convenzione SAR di Amburgo del 1979.

Si aggiungono, sul punto, altre non irrilevanti, perplessità.

La prima è legata allo strumento normativo scelto dal Governo per adottare le misure sopra descritte.

L'uso reiterato di fonti normative di rango secondario da parte del Governo nel corso dell'emergenza Covid-19 ha già suscitato plurime critiche da parte di eminente Dottrina[78], in ragione dei più che ragionevoli dubbi di costituzionalità che si possono ravvisare in relazione a provvedimenti amministrativi – aventi, di conseguenza, rango subordinato rispetto alla legge ordinaria – che ledono diritti inviolabili sanciti dalla Costituzione italiana.

Tali perplessità permangono, in tutta evidenza, anche rispetto alla materia qui in esame, laddove – come sancito dalla Suprema Corte nel caso Sea Watch – si verte in materia di diritti fondamentali e di obblighi di soccorso riconosciuti a livello internazionale e sorretti a livello costituzionale dalle disposizioni di cui agli artt. 10 e 117 Cost.

La sospensione di diritti fondamentali per decreto ministeriale appare, detto altrimenti, una prassi criticabile di cui l'attuale Governo continua a fare uso, in contrasto con i principi costituzionali che reggono il sistema dei poteri e delle fonti dell'ordinamento italiano.

Peraltro, sia consentito osservare come la stessa previsione di una disciplina di carattere generale, che sospende *tout court* la possibilità di assegnazione di un *place of safety* per tutta la durata dell'emergenza, in assenza di qualsiasi valutazione sulle circostanze del caso concreto (come invece richiesto anche dalle Linee Guida dell'IMO), appare di per sé stessa foriera di rilevanti perplessità di ordine costituzionale, a prescindere dallo strumento normativo utilizzato.

A ciò si aggiunge un ulteriore – rilevante – profilo possibile di legittimità, legato alla scelta di limitare l'inoperatività del regime dei P.O.S. alle sole operazioni di soccorso effettuate da imbarcazioni private al di fuori della zona SAR italiana.

Non è affatto chiaro, al riguardo, quale sia il fondamento giuridico che ammetta una differenziazione degli *standard* di tutela e di accoglimento in funzione della nazionalità di bandiera dell'unità navale di soccorso e del luogo in cui le operazioni sono avvenute[79].

In proposito, nel corso dell'audizione parlamentare il rappresentante del Governo ha osservato che tale decisione sarebbe ispirata dalla volontà di "*richiamo alla responsabilità dello Stato di bandiera dell'unità soccorritrice che, in nome del già ricordato principio di cooperazione previsto dalla convenzione SAR, è chiamato a cooperare con l'Italia per individuare una soluzione condivisa di gestione dei naufraghi*"[80].

Non si possono non scorgere in tali argomentazioni richiami nemmeno troppo velati alle esigenze di condivisione delle tematiche connesse alla gestione dei flussi migratori fatte proprie dal precedente Governo ed, *in primis,* dal Ministro dell'Interno *pro-tempore,* al fine di giustificare la ben nota politica dei «porti chiusi» perseguita con l'introduzione del decreto sicurezza-*bis* e già oggetto di censura – implicita, ma quanto mai evidente – da parte della Cassazione nella pronuncia sul caso Sea Watch.

In termini concreti, infatti, non vi è chi non vede che la limitazione operata dal Decreto del 7 aprile 2020 finisca in concreto per penalizzare e aggravare in modo non conforme agli *standard* internazionali il

solo operato delle unità navali delle O.N.G. che operano nel Mediterraneo, riproponendo in salsa Covid-19 gli strali oramai abusati che vedono le O.N.G. quale «*pull-factor*» dell'immigrazione o addirittura quali soggetti attivi nella condotta di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina.

Quanto sopra sulla scorta di una finalità di ordine politico (per non dire mediatico / elettorale) tesa a sollecitare un maggiore coinvolgimento dello stato di bandiera, secondo una pretesa in tutta evidenza irrealizzabile nella pratica, laddove il paese di provenienza dell'unità navale si trovi a decine e decine di giorni di navigazione e non abbia alcuna possibilità concreta di assegnare alla stessa un P.O.S.

Tale scelta operata dal Governo non sembra trovare alcuna giustificazione nella situazione emergenziale – che nulla ha a che vedere con i principi di cooperazione internazionale e con l'esigenza di condivisione delle pratiche di gestione dei flussi migratori – e finisce per determinare altresì una chiara disparità di trattamento tra situazioni tra loro eguali, potendo essere quindi oggetto di censura per contrasto con l'art. 3 Cost. oltre che suscettibile di ricorsi per illegittimità dei provvedimenti amministrativi di fronte alla Magistratura competente.

Non paiono sussistere, detto altrimenti, condizioni tali da giustificare una deviazione dai parametri sanciti da ultimo dalla sentenza Sea Watch al punto da ammettere la sospensione degli obblighi in materia di *search and rescue,* sulla scorta di finalità di carattere non emergenziale già censurate dalla Cassazione nel caso della comandante Carola Rackete.

In conclusione, va osservato come le misure adottate con il Decreto di protezione civile del 12 aprile 2020 – in astratto, come detto, non irragionevoli – non necessitino affatto di un aggancio alla sospensione dell'assegnazione dei c.d. *place of safety* disposta dal Decreto ministeriale del 7 aprile scorso.

Si tratta, infatti, di misure organizzative che si limitano ad ampliare, laddove applicate con rigore e secondo il menzionato criterio della stretta necessità, il novero degli strumenti a disposizione dell'Autorità amministrativa italiana al fine di provvedere all'accoglienza e alla gestione umanitaria dei migranti soccorsi in mare e che, in quanto tali, non paiono – nei limiti sopra descritti – in contrasto con la disciplina in materia di *search and rescue*.

Diversamente, la sospensione disposta con il Decreto 7 aprile 2020, oltre a suscitare significative perplessità di ordine costituzionale in funzione dello strumento normativo scelto, appare foriera di significativi pericoli rispetto all'efficace attuazione delle misure di soccorso ed assistenza a persone in pericolo in mare e – in quanto tale – in contrasto con gli obblighi internazionali a cui l'Italia è vincolata.

In un contesto temporale ove le difficoltà determinate dall'emergenza sanitaria rendono oltremodo complesso garantire una efficace rete di controllo e di soccorso rispetto a situazioni di pericolo che dovessero verificarsi nel Mediterraneo[81], l'adozione di misure che disincentivano e contrastano l'attività delle associazioni umanitarie nella essenziale pratica di tutela della vita umana in mare, oltre a non apparire conforme al diritto internazionale, deve altresì essere oggetto di censura da parte degli addetti ai lavori e degli interpreti.

Sarebbe, invero, sufficiente revocare il decreto 7 aprile 2020, mantenendo in vigore – con le dovute modifiche – il successivo decreto di protezione civile, per superare le principali criticità sopra enunciate e riportare gli *standard* di accoglienza e protezione previsti dalle norme nazionali ed internazionali ad un livello adeguato alla situazione emergenziale in cui ci troviamo, senza cadere nella tentazione – purtroppo, sempre presente – di perseguire finalità politiche attraverso la messa in gioco di diritti fondamentali della persona umana.

Francesco Paolo Modugno
Avvocato del Foro di Milano.

[1] Cfr. sul punto, *infra,* par. 5.1., per un'analisi più approfondita della questione.

[2] D.L. 14 giugno 2019, n. 53, recante Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica – G.U. n. 138 del 14 giugno 2019. Per un commento a prima lettura del Decreto Legge, si rimanda a ZIRULIA S., *Decreto Sicurezza-Bis: novità e profili critici*, 18 giugno 2019, disponibile al seguente link.

[3] Si vedano, in proposito, i dati forniti giornalmente dal Ministero dell'Interno (disponibili al seguente link), dai quali emerge come nel mese di marzo gli sbarchi fossero stati inferiori persino all'analogo periodo del 2019 (241 unità) e nei primi giorni di aprile (fino al 5 aprile) fossero pari a zero.

[4] Sul tema si veda, tra i tanti articoli, quello apparso su La Repubblica il 18 marzo 2020 (disponibile al seguente link).

[5] Sono infatti già stati registrati oltre 400 sbarchi nel mese di aprile, come da dati del Ministero dell'Interno.

[6] Si veda, *ex multis,* "Coronavirus, l'Italia chiude i porti agli sbarchi", su il Sole 24 Ore web dell'8 aprile 2020 (disponibile al seguente link).
Il testo del decreto è ritrovabile al presente indirizzo.
[7] Decreto del Capo Dipartimento n. 1287 del 12 aprile 2020, il cui testo è disponibile al seguente link.
[8] Ai sensi dell'art. 1, comma 1, dell'Ordinanza del Capo del Dipartimento della protezione civile n. 630 del 3 febbraio 2020, ove al fine di fronteggiare l'emergenza derivante dalla diffusione del Covid-19 viene disciplinato il coordinamento tra il Capo del Dipartimento della protezione civile e altri "*soggetti attuatori*", per lo svolgimento di tutti gli interventi necessari.
[9] Disponibile al seguente link.
[10] Si richiama sul tema l'ampia letteratura che ha già avuto modo di affrontare ed esaminare la vicenda della Sea Watch. Cfr. DE MARCHI E., *Brevi considerazioni sull'ordinanza del G.I.P. di Agrigento nel caso Sea Watch 3*, in *Giurisprudenza Penale*, 2019, 7-8; ROSSI P., *Politica dei "porti chiusi" e diritto internazionale: il caso Sea Watch 3*, in Osservatorio AIC, 2019, fasc. 6, pag. 48 ss.; GRADONI L. - PASQUET L., *Lisistrata a Lampedusa: una riflessione sul caso Sea Watch 3*, in *SIDIBlog*, 6 luglio 2019 (link).
[11] Ciò, in applicazione delle disposizioni della Convenzione SAR di Amburgo (adottata il 27 aprile 1979 e resa esecutiva in Italia con Legge 3 aprile 1989, n. 47) e delle linee guida sul trattamento delle persone in mare adottate dal Comitato per la Sicurezza dell'IMO (Resolution MSC.167(78), adottata il 20 maggio 2004 dal Maritime Safety Committee dell'IMO, denominata "*Guidelines on the treatment of persons rescued at sea*" (disponibile al seguente link)
[12] Il fitto carteggio tra la nave e l'Autorità italiana è ampiamente descritto nell'Ordinanza di rigetto della richiesta di convalida di arresto e di applicazione di misura cautelare, emessa dal G.I.P. di Agrigento in data 2 luglio 2019, rinvenibile su questa Rivista.
[13] Nel frattempo, venivano effettuati controlli di carattere sanitario che conducevano all'evacuazione di alcuni migranti ritenuti in condizioni di salute tali da necessitare di cure immediate (c.d. protocollo Medevac).
[14] Ciò determinava, peraltro, l'apertura da parte della Procura di Agrigento di un fascicolo a carico della comandante della nave, in relazione alle ipotesi di reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina di cui all'art. 12, comma 1 e 3, lett. a), d.lgs. 286/1998 e art. 1099 del Codice della Navigazione. Veniva altresì data esecuzione ad attività investigative di perquisizione ed acquisizione di documenti a bordo della nave.
[15] La situazione di assoluto disagio e tensione venutasi a creare sull'imbarcazione è stata descritta in modo assai netto ed efficace, nel corso dell'interrogatorio di garanzia, dalla comandante Carola Rackete, tenutosi davanti al G.I.P. di Agrigento, i cui passaggi principali sono riportati nell'ordinanza di rigetto della convalida del 2 luglio 2019, pag. 10.
[16] Corte Cost., sent. n. 35/2000, in materia di giudizio di ammissibilità di un referendum popolare teso all'abrogazione di alcune disposizioni della legge 23 aprile 1959, n. 189, inerente all'«Ordinamento del Corpo della Guardia di Finanza», ove in un *obiter dictum* si osservava che "*le unità navali in dotazione della Guardia di finanza sono qualificate navi militari, […]; sono quindi considerate navi militari agli effetti della legge penale militare (art. 11 del codice penale militare di pace); quando operano fuori delle acque territoriali ovvero in porti esteri ove non vi sia un'autorità consolare esercitano le funzioni di polizia proprie delle «navi da guerra» (art. 200 del codice della navigazione) e nei loro confronti sono applicabili gli artt. 1099 e 1100 del codice della navigazione (rifiuto di obbedienza o resistenza e violenza a nave da guerra), richiamati dagli artt. 5 e 6 della legge 13 dicembre 1956, n. 1409 (Norme per la vigilanza marittima ai fini della repressione del contrabbando dei tabacchi)".*
[17] Cfr. Ordinanza G.I.P. Agrigento, *cit.,* pag. 9.
[18] Il riferimento compiuto dall'ordinanza del G.I.P. di Agrigento è alla sentenza del 23 maggio 2019 (dep. 03 giugno 2019) pronunciata all'esito di giudizio abbreviato dal Giudice per l'Udienza Preliminare di Trapani con riferimento alla vicenda dell'imbarcazione Vos Thalassa. Il caso aveva ad oggetto una differente ipotesi di reato, ascritta a carico di un gruppo di migranti soccorsi in mare dal mercantile Vos Thalassa, i quali, con atti di violenza e minaccia, avevano costretto il comandante della nave a modificare la rotta e a non dirigere l'imbarcazione verso le coste libiche, ed erano poi stati trasbordati sulla nave militare italiana Diciotti, intervenuta su richiesta dell'equipaggio, che li conduceva, infine, sul territorio italiano. In tale circostanza, il G.U.P. aveva pronunciato sentenza di non luogo a procedere, ritenendo che la condotta di violenza e minaccia pota in essere dal gruppo di migranti fosse scriminata ai sensi dell'art. 52 c.p., quale legittima difesa rispetto alla minaccia di un'offesa ingiusta, determinata dal pericolo attuale che l'equipaggio del rimorchiatore Vos Thalassa riconducesse i naufraghi sul territorio libico, ove gli stessi si sarebbero visti negare i più basilari diritti umani e avrebbero rischiato di essere sottoposti a sevizie e torture. Per una più puntuale disamina della vicenda cfr. MASERA L., *La legittima difesa dei migranti e l'illegittimità dei respingimenti verso la Libia (Caso Vos-Thalassa)*, commento a GIP Trapani, sent. 23 maggio 2019 (dep. 3 giugno 2019), Giud. Grillo, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 24 giugno 2019, rinvenibile al seguente link.
[19] Cfr. la già richiamata sentenza del G.U.P. di Trapani del 23 maggio 2019, riferita alla vicenda Vos Thalassa. In tale circostanza, il G.U.P. aveva disposto, a norma dell'art. 441, comma 5, c.p.p., l'acquisizione di informazioni presso l'UNHCR (Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati) in relazione alla situazione dello stato libico. La sentenza riporta ampi stralci del documento trasmesso dall'UNHCR (pag. 46 e ss.), ove viene fornita una articolata – e assai terrificante –

descrizione delle condizioni sociali, politiche ed economiche della Libia, nonché del trattamento disumano riservato ai migranti, che attestano ad avviso del G.U.P. l'impossibilità di qualificare la Libia quale "*paese terzo sicuro*".

[20] Cfr. Ordinanza G.I.P. Agrigento, pag. 11.

[21] Ad avviso della Procura la condotta della comandante per forzare l'ingresso nel porto di Lampedusa, qualificante i fatti di cui agli artt. 1100 cod. nav. e 337 c.p. doveva essere tenuta distinta dall'altra, precedente, condotta, relativa all'ingresso nelle acque territoriali italiane in violazione del divieto posto dal Ministero dell'Interno. Per tale condotta, infatti, era stato aperto "*altro autonomo e separato procedimento presso la Procura della Repubblica di Agrigento, in fase di indagini preliminari*" (ricorso per Cassazione, pag. 7).

[22] Così esordisce il G.I.P. nell'ordinanza reiettiva (pag. 2): "*Il fatto contestato all'indagata Carola Rackete non può essere atomisticamente esaminato, ma deve essere vagliato unitamente ed alla luce di ciò che lo precede, ossia il soccorso in mare e gli obblighi che ne scaturiscono*".

[23] *Ivi,* pag. 12.

[24] Cfr. ricorso per Cassazione *ex* art. 606 c.p.p., rinvenibile su questa rivista.

[25] Cass., sez. III, sent. n. 31403 del 14 giugno 2006; Cass., sez. III, sent. n. 9978 del 30 giugno 1987.

[26] Ricorso per Cassazione della Procura di Agrigento, pag. 2.

[27] Ricorso, *cit.,* pag. 3.

[28] Ricorso, *cit.,* pag. 4.

[29] Cfr. la richiamata Giurisprudenza di Legittimità, in particolare, Cass., sez. I, sent. n. 15269 del 4 aprile 2006; nonché Cass., sez. VI, sent. n. 2599 del 20 giugno 1997.

[30] Ricorso, *cit.,* pag. 4.

[31] Ricorso, *cit.,* pag. 8.

[32] *Ibidem.* A ben vedere, ad avviso della Procura la nozione di *place of safety* non solo era stata mal interpretata, ma era anche stata proprio confusa dalla G.I.P. di Agrigento., laddove la stessa si era riferita, alternativamente, "*al concetto «posto sicuro» ovvero a quello di «porto sicuro»*".

[33] Ricorso, cit., pag. 9.

[34] Ad avviso della Suprema Corte, infatti, il richiamo alla sentenza n. 35/2000 della Corte Costituzionale compiuto dal GIP di Agrigento è inconferente, atteso che tale pronuncia faceva riferimento ad una normativa antecedente rispetto a quella attualmente in vigore (adottata con l'emanazione del Codice dell'ordinamento militare – d.lgs. 66/2010) ed in ogni caso basava le proprie argomentazioni sull'art. 6, legge 13 dicembre 1956, n. 1409, disposizione normativa il cui perimetro applicativo è circoscritto "*all'ambito della vigilanza marittima al fine della repressione del contrabbando dei tabacchi e che, come tale, non è suscettibile di applicazione analogica*". La Cassazione giunge comunque a rigettare il ricorso della Procura, sul presupposto che il caso in esame non consente di ritenere accertata la sussistenza dei requisiti previsti all'art. 239, comma 2, d.lgs. 66/2010, fattispecie normativa a cui fare riferimento nella vigenza dell'attuale codice, al fine dell'attribuzione ad una nave militare della G.d.F. della qualifica di «nave da guerra», elemento costitutivo dell'illecito *ex* art. 1100 cod. nav. In particolare, dei tre requisiti previsti (ovvero (i) l'appartenenza della nave alle Forze Armate di uno Stato, (ii) la presenza di segni distintivi esteriori delle navi militari della sua nazionalità e (iii) l'essere posta la nave al comando di un Ufficiale di Marina al servizio dello Stato e iscritto nell'apposito ruolo degli Ufficiali o in documento equipollente), la Cassazione conclude osservando come nel caso di specie manchi la prova dell'attribuzione della nave al comando di un Ufficiale della Guardia di Finanza. È lo stesso ricorso della Procura, invero, a riferire del fatto che al comando della nave vi fosse "*un Maresciallo Ordinario della Guardia di Finanza*" (cfr. ricorso, pag. 5) circostanza questa sufficiente ad escludere, ad avviso della Suprema Corte, la qualifica di «nave da guerra», dal momento che il grado di «maresciallo» non appartiene, pacificamente, alla categoria degli ufficiali.

[35] Sul punto, invero, è pacifico l'orientamento giurisprudenziale, richiamato anche dalla pronuncia in commento, secondo cui in sede di convalida dell'arresto il giudice sia soltanto tenuto "*a valutare la sussistenza degli elementi che hanno legittimato l'adozione della misura con una verifica «*ex ante*», dovendo tenere conto della situazione conosciuta con l'ordinaria diligenza al momento dell'arresto o del fermo, e con esclusione delle indagini o delle informazioni acquisite successivamente, ad esclusione delle dichiarazioni dell'arrestato, che sono invece pienamente utilizzabili per l'ulteriore pronuncia sullo «*status libertatis*»*". Si vedano, *ex multis*, Cass., sez. III, sent. n. 37861 del 17/06/2014, Pasceri, *rv. 260084 – 01;* Cass., sez. III, sent. n. 2454 del 20/11/2007, Nowosielski; *rv. 238533 – 01;* Cass., sez. III, sent. n. 15137 del 15/02/2019, Rohani, *rv. 275968 – 01).*

[36] Sentenza, *cit.,* pag. 7.

[37] Sentenza, *cit.,* pag. 9.

[38] Sentenza, cit., pag. 10.

[39] Cfr. Cass., sez. I, sent. N. 72 del 26/11/2010, Bocedi, *rv. 249287 – 01;* Cass., sez. I, sent. n. 6630 del 28/01/2010, Diodato, *rv. 246576.*

[40] Sentenza, cit., pag. 10.

[41] Sentenza, pag. 10.
[42] Viene fatta menzione della Convenzione SOLAS – Safety of Life at Sea, di Londra, del 1974, ratificata dall'Italia con l. n. 313/198; della convenzione SAR di Amburgo del 1979, già menzionata *supra,* ratificata con l. n. 147 del 1989 (e successive modificazioni) e alla quale è stata data attuazione con il D.P.R. n. 662/1994; ed infine alla convenzione UNCLOS – United Nations Convention on the Law of the Sea – di Montego Bay, del 1982, e ratificata dall'Italia con l. 689/1994.
[43] Sentenza, pag. 9.
[44] Tale disposizione, introdotta all'interno della convenzione con la Resolution MSC.155(78) del 20 maggio 2004 del Maritime Safety Committee, quale emendamento al testo rinnovato della Convenzione adottato nel 1998 (ed entrato in vigore in Italia, ai sensi dell'art. III della Convenzione di Amburgo del 1979, con pubblicazione sulla G.U., Serie Generale n. 120, del 25.05.2001), recita: "*Parties shall co-ordinate and co-operate to ensure that masters of ships providing assistance by embarking persons in distress at sea are released from their obligations with minimum further deviation from the ships' intended voyage, provided that releasing the master of the ship from these obligations does not further endanger the safety of life at sea. The Party responsible for the search and rescue region in which such assistance is rendered shall exercise primary responsibility for ensuring such co-ordination and co-operation occurs, so that survivors assisted are disembarked from the assisting ship and delivered to a place of safety, taking into account the particular circumstances of the case and guidelines developed by the Organization. In these cases, the relevant Parties shall arrange for such disembarkation to be effected as soon as reasonably practicable*".
[45] Che recita: "*An assisting ship should not be considered a place of safety based solely on the fact that the survivors are no longer in immediate danger once aboard the ship. An assisting ship may not have appropriate facilities and equipment to sustain additional persons on board without endangering its own safety or to properly care for the survivors. Even if the ship is capable of safely accommodating the survivors and may serve as a temporary place of safety, it should be relieved of this responsibility as soon as alternative arrangements can be made*".
[46] Sentenza, *cit.,* p. 42.
[47] Dal titolo: "*The interception and rescue at sea of asylum seekers, refugees and irregular migrants*", il cui testo è disponibile al seguente indirizzo.
[48] Sentenza, *cit.,* pag. 42.
[49] In questo senso i primi commenti alla sentenza di ZIRULIA S., *La Cassazione sul caso Sea Watch: le motivazioni sull'illegittimità dell'arresto di Carola Rackete*, in Sistema Penale, 24.02.2020, disponibile al seguente link; nonché MASERA L., *La cassazione sul caso Rackete: la strategia dei porti chiusi è contraria alla disciplina dei soccorsi in mare*, in *Questione Giustizia*, 26 febbraio 2020.
[50] Il riferimento è alla nota vicenda dell'imbarcazione Cap Anamur. Con la sentenza n. 954 del 7 ottobre 2009, infatti, il Tribunale di Agrigento (in ANTONUCCI A. – PAPANICOLOPULU I. – SCOVAZZI T., *L'immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana ed europea*, Torino, 2017, II parte, n. 45) aveva assolto perché il fatto non costituisce reato, in quanto scriminato *ex* art. 51 c.p., il comandante della nave Cap Anamur e altri soggetti coinvolti, sulla scorta di una puntuale disamina degli obblighi internazionali in materia di soccorso in mare ed immigrazione, che aveva portato il Tribunale a concludere per l'affermazione di un "*dovere giuridico di sbarcare i naufraghi […] a prescindere dalle loro condizioni di salute*". Interessante, in tale circostanza, il fatto che la sentenza si fosse a lungo interrogata sull'eventuale travalicamento dei limiti della scriminante, osservando come sulla base delle risultanze istruttorie non fosse possibile identificare comportamenti tesi a "*carpire fraudolentemente l'autorizzazione all'ingresso in acque italiane mediante ingiustificati rifiuti di essere sollevati dall'incombenza di tenere a bordo i naufraghi ovvero mediante la comunicazione di notizie false*" (pag. 21).
[51] Si vedano, tra le tante, le note diffuse dall'ASGI in relazione alla politica dei «porti chiusi» del precedente Governo, disponibili al seguente link. V. anche GRADONI L. – PASQUET L., *op. cit.,* 6 luglio 2019, ove si richiama anche l'importante lavoro di NORDQUIST M. – NANDAN S. – ROSENNE S., *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*, vol., III, The Hague, 1995, p. 171. Si veda anche FERRI F., *Il Codice di condotta per le ONG e i diritti dei migranti: fra diritto internazionale e politiche europee*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, p. 189 ss. In termini parzialmente contrari va richiamata l'analisi di TURRINI P., *Between a «Go back!» and a hard (to find) place (of safety): on the rules and standards of disembarkation of people rescued at sea*, in *The Italian Yearbook of International Law Online*, 2019, p. 29 e ss. Anche ROSSI P., *op. cit.,* p. 61 ss. esprime perplessità su tale interpretazione.
[52] Il riferimento è alle richieste di autorizzazione a procedere trasmesse dalle Procure di Catania e di Palermo in relazione ai noti casi Diciotti (trasmessa dalla Procura della Repubblica di Catania il 23 gennaio 2019; al riguardo va ricordato come il 20 marzo 2019 il Senato della Repubblica abbia respinto la richiesta, ponendo fine a tale vicenda giudiziaria), Gregoretti (trasmessa dalla Procura della Repubblica di Catania il 16 dicembre 2019 e per la quale il 12 febbraio 2020 il Senato della Repubblica ha concesso l'autorizzazione) e Open Arms (trasmessa dalla Procura della Repubblica di Palermo in data 31 gennaio 2020, sulla quale il Senato della Repubblica ancora non si è pronunciato, a causa dell'emergenza Covid-19 che ha determinato il rinvio della decisione a data ancora non calendarizzata), tutte rinvenibili sul sito del Senato della Repubblica (www.senato.it).

[53] ROSSI P., *op. cit.,* p. 62.
[54] Cfr. sul punto Rossi P., *op. cit., p. 63*. Tale apparente lacuna nella normativa in materia di *search and rescue* è stata assai efficacemente evidenziata da MALLIA P., *The MV Salamis and the State of Disembarkation at International Law: The Undefinable Goal*, in *ASIL Insights*, 15 May 2014, disponibile al seguente link della American Society of International Law.
[55] Può essere interessante richiamare, a tal riguardo, la già menzionata vicenda della nave Cap Anamur (cfr. nota 50), per come tratteggiata dalla sentenza del Tribunale di Agrigento del 7 ottobre 2009. In tale circostanza, infatti, i migranti trattenuti a bordo a causa del diniego di sbarco avanzato dall'Autorità italiana, tentarono di presentare richiesta di asilo politico in Germania, per mezzo di un legale a tale scopo incaricato, il quale raccolse fisicamente le richieste sulla nave e le trasmise in Germania presso l'Ufficio Federale per l'Asilo di Norimberga. Tali richieste vennero tuttavia rifiutate, atteso che la Germania rifiutò "*di ricevere le richieste di asilo politico in quanto la nave non avrebbe potuto essere considerata luogo di accettazione delle richieste suddette*" (sentenza, pag. 14).
[56] Non va, peraltro, dimenticato, che la riforma della convenzione SAR intervenuta nel 2004, tesa ad introdurre una disciplina più stringente in ordine agli obblighi di cooperazione degli stati membri, fu motivata dalla volontà di evitare che potessero verificarsi altri casi analoghi a quello della nota vicenda della nave portacontainer norvegese Tampa, allorquando le Autorità australiane si rifiutarono di accogliere 433 migranti, di cui la maggior parte indonesiani, raccolti dalla nave norvegese in stato di pericolo, nonostante quest'ultima invocasse una condizione di stringente necessità. Si rimanda, sul tema, *ex multis* a FORNARI M. N., *Soccorso di profughi in mare e diritto di asilo: questioni di diritto internazionale sollevate dalla vicenda della nave Tampa*, in *La comunità internazionale*, 2002, p. 61 ss.
[57] Non essendo possibile svolgere in questa sede un opportuno approfondimento anche di questo aspetto, non vi sono d'altra parte dubbi che in questa materia potrebbero venire in gioco numero diritti fondamentali sanciti dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (tra cui, ad esempio, l'art. 2 – diritto alla vita, l'art. 3 – divieto di trattamenti inumani e degradanti, l'art. 13 – diritto ad un ricorso effettivo, nonché l'art. 4, prot. n 4, ove viene riconosciuto "il divieto di espulsioni collettive di stranieri").
[58] GRADONI L. – PASQUET L., *op. cit.,* 6 luglio 2019.
[59] Cass., sez. VI, sent. n. 7470 del 26/01/2017 (dep. 16/02/2017), *rv. 269428*. Negli stessi termini Cass., sez. II, sent. n. 39894 del 28/09/2004 (dep. 12/10/2004), *rv. 230064*.
[60] Cfr. Cass., sez. III, sent. n. 35962 del 07/07/2010 (dep. 07/10/2010), *rv. 248479*. V. anche Cass., sez. VI, sent. n. 18196 del 13/04/2016 (dep. 02/05/2016), *rv. 266930*.
[61] Si noti, in proposito, che all'epoca dei fatti tanto il reato *ex* art. 1100 cod. nav. quanto quello *ex* art. 337 c.p.p. consentivano esclusivamente l'arresto facoltativo in flagranza, ai sensi dell'art. 381 c.p.p. (essendo prevista per entrambi i reati una pena massima superiore al limite di tre anni previsto dalla norma in questione). Per completezza, si ricorda come in sede di conversione del decreto sicurezza-bis (con l. 8 agosto 2019, n. 77), sia stata aggiunta, con decorrenza dal 10 agosto 2019, all'art. 380, comma 2), c.p.p. la lettera m-quinquies) ove si prevede l'arresto obbligatorio in flagranza in caso di commissione del reato di cui all'art. 1100 cod. nav. In sostanza, l'ennesimo esempio di legislazione pseudo-emergenziale tesa a cavalcare istinti di pan-penalizzazione che, tuttavia, non ottengono alcun risultato pratico, a fronte dell'esito della vicenda Sea Watch.
[62] MASERA L., *op. cit.*, 26 febbraio 2020.
[63] Mutuando l'espressione fatta propria dalla sentenza in commento (pag. 11) ove si afferma che "*la citata causa di giustificazione era più che «verosimilmente» esistente*".
[64] Circostanza questa già da tempo riconosciuta dalle Sezioni Unite della Suprema Corte, con la nota sentenza n. 40517 del 28/04/2016 (dep. 29/09/2016), *rv. 267627*.
[65] I cui passaggi principali, non a caso, sono uno dei temi più richiamati all'interno delle richieste di autorizzazione a procedere trasmesse dalle Procure di Catania e di Palermo in relazione ai noti casi Diciotti, Gregoretti e Open Arms (cfr. nota n. 52).
[66] Corte Cost., sent. n. 105 del 22 marzo 2001 (dep. 10 aprile 2001).
[67] Come affermato a livello istituzionale dal rapporto dell'Agenzia Europea Frontex, *Risk Analysis for 2017,* pag. 32: "*In this context, it transpired that both border surveillance and SAR missions close to, or within, the 12-mile territorial waters of Libya have unintended consequences. Namely, they influence smugglers' planning and act as a pull factor that compounds the difficulties inherent in border control and saving lives at sea"* E ancora *"Apparently, all parties involved in SAR operations in the Central Mediterranean unintentionally help criminals achieve their objectives at minimum cost, strengthen their business model by increasing the chances of success. Migrants and refugees – encouraged by the stories of those who had successfully made it in the past – attempt the dangerous crossing since they are aware of and rely on humanitarian assistance to reach the EU"*.
[68] Cfr. il recente lavoro di CUSUMANO E. – VILLA M., *Sea Rescue NGOs: a Pull Factor or irregular migration?*, EUI Policy Brief, Issue 2019/22, Novembre 2019, le cui conclusioni sono le seguenti: "*Our analysis suggests that non-governmental SAR operations do not correlate with the number of migrants leaving Libya by sea. Rather than being influenced by the pull effect of NGOs' SAR operations, our analysis suggests that departures from Libya have mainly been shaped by weather conditions*

and Minniti's policies of 'onshore containment', which played a key role in bringing down irregular arrivals since July 2017". Da richiamare anche le analisi di VILLA M. riportate nel documento *Sbarchi in Italia: il costo delle politiche di deterrenza,* 1 ottobre 2018, disponibile al seguente link. V. anche VILLA. M., CORRADI E., VILLAFRANCA A., *Fact Cheking: migrazioni 2018*, 7 maggio 2018, disponibile al seguente link; STEINHILPER E. – GRUIJTERS R., *Border Deaths in the Mediterranean: what can we learn from the latest data*, 8 marzo 2017, disponibile al seguente link.

[69] Si vedano, al riguardo, le indagini avviate dalla Procura della Repubblica di Catania (proc. pen. n. 3476/18 R.G.n.r.), poi trasferite per competenza territoriale alla Procura della Repubblica di Ragusa (proc. pen. n. 1216-1282/18 R.G.n.r.) nei confronti dell'equipaggio della Motonave "Open Arms". Cfr., sul punto, il provvedimento di sequestro del G.I.P. di Catania, disponibile al seguente indirizzo. Sul tema, va ricordato che il G.I.P. di Ragusa, coinvolto in seguito del trasferimento per competenza territoriale, ha rigettato l'ipotesi accusatoria iniziale annullando il sequestro preventivo della motonave originariamente disposto dal G.I.P. di Catania (il provvedimento è qui disponibile). Ancor più nota è l'indagine avviata dalla Procura della Repubblica di Trapani nei confronti dell'equipaggio della Motonave Iuventa, della O.N.G. tedesca Jugend Rettet, ove il sequestro preventivo dell'imbarcazione della O.N.G. tedesca (provvedimento qui disponibile) è stato confermato dalla Suprema Corte di Cassazione, con sentenza della I sezione penale n. 56138 del 23 aprile 2018 (dep. 13 dicembre 2018). Per quanto noto, non risulta che ad oggi sia mai stata esercitata l'azione penale in nessuno dei procedimenti menzionati. Per una più ampia disamina della vicenda si rimanda a MASERA L., *L'incriminazione dei soccorsi in mare: dobbiamo rassegnarci al disumano?*, in *Questione giustizia*, 2018, fasc. 2, pag. 225 e ss.

[70] Sentenza, *cit.,* p. 12.

[71] Sul tema, meritevole di ben più ampio approfondimento, si rimanda a BERNARDI S., *I (possibili) profili penalistici delle attività di ricerca e soccorso in mare*, in *Dir. Pen. cont.,* 2018, n. 1, pag. 134 ss. V. anche ZIRULIA S., *La Cassazione, cit.,* 24 febbraio 2020.

[72] Questo è, come detto, uno dei punti cardine dell'analisi compiuta dal Tribunale di Agrigento nella sentenza riferita alla vicenda della nave Cap Anamur sopra citata (vedi nota n. 50).

[73] Il riferimento è all'importante Raccomandazione formulate dal Commissario Europeo per i Diritti Umani del Consiglio d'Europa, dal titolo *Lives saved. Right protected. Bridging the protection gap for refugees and migrants in the Mediterranean,* pubblicato nel Giugno 2019 (disponibile qui). Nello specifico, al capitolo 3, pag. 37 e ss., si legge: "*There is no question of 'procuring illegal entry' when an NGO, after performing a rescue, requests a member state to assign a place of safety and allow disembarkation*".

[74] Così il Sottosegretario di Stato per le infrastrutture e i trasporti in risposta ad una interpellanza urgente presentata alla Camera dei Deputati il 15 aprile 2020 (disponibile al seguente link).

[75] Così sempre il Sottosegretario di Stato per le infrastrutture e i trasporti: "*Ciò limitatamente ai casi di ricerca e soccorso nei quali lo Stato italiano non abbia svolto alcun ruolo di coordinamento delle operazioni di soccorso e, pertanto, non abbia assunto alcuno degli obblighi che detto coordinamento gli impone. Al contempo, è stato fatto richiamo alla responsabilità dello Stato di bandiera dell'unità soccorritrice che, in nome del già ricordato principio di cooperazione previsto dalla convenzione SAR, è chiamato a cooperare con l'Italia per individuare una soluzione condivisa di gestione dei naufraghi. Laddove, invece, il soccorso avvenga in area SAR italiana con il concorso di unità navali nazionali, resta fermo l'obbligo dell'Italia, pur nell'attuale fase emergenziale, di farsi carico dell'individuazione di ogni opportuna soluzione per la salvezza dei naufraghi e l'individuazione di idonei luoghi di sbarco e di accoglienza".*

[76] Quanto alla vicenda Alan Kurdi, si veda l'agenzia di stampa qui richiamata:. Quanto invece all'imbarcazione Aita Mari, si rimanda, tra i molti, al seguente articolo.

[77] Le già citate Linee guida sul trattamento delle persone in mare adottate dal Comitato per la Sicurezza dell'IMO (Resolution MSC.167 (78), adottata il 20 maggio 2004 dal Maritime Safety Committee dell'IMO, denominata "*Guidelines on the treatment of persons rescued at sea*").

[78] Si richiama GATTA G.L., *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in *Sistema Penale*, 2 aprile 2020, disponibile al seguente link). Si vedano anche gli articoli a firma di SILVESTRI G., *Codiv-19 e Costituzione*, in *unicost.eu*, 10 aprile 2020 (qui disponibile); CIVININI M.G. – SCARSELLI G., *Emergenza sanitaria. Dubbi di costituzionalità di un giudice e di un avvocato*, in *Questione giustizia*, 14 aprile 2020 (qui disponibile).

[79] Negli stessi termini le considerazioni dell'ASGI (Associazione per gli Studi Giuridici sull'immigrazione) nel documento pubblicato il 15 aprile 2020 (qui disponibile).

[80] Così il Sottosegretario di Stato per le infrastrutture e i trasporti in risposta alla già citata interpellanza urgente presentata alla Camera dei deputati il 15 aprile 2020 (cfr. nota 74).

[81] In questo senso assai sintomatiche sono le preoccupanti notizie riportate dalla stampa su naufragi, probabili morti e dispersi nel Mediterraneo nel mese di Aprile (tra le molte, si rimanda al seguente articolo).

TRIMESTRALE, 2, 2020

In difesa dell'art. 15 Cost.: illegittima la circolazione delle intercettazioni per la prova di reati diversi.

di ***F. S. Cassibba***

A seguito della l. n. 7 del 2020, di conversione del d.l. n. 161 del 2019, torna al centro della scena la circolazione delle intercettazioni fra procedimenti diversi, avendo il legislatore realizzato un sensibile ampliamento della sfera dell'art. 270 c.p.p., applicabile ai procedimenti penali iscritti dopo il 31 agosto 2020. Prendendo le mosse dalla consolidata giurisprudenza costituzionale, che ha sempre ricondotto la materia nell'alveo dell'art. 15 Cost., occorre trarre le implicazioni ultime di una simile ricostruzione: l'analisi qui condotta mira a evidenziare come la circolazione delle intercettazioni per la prova di reati diversi da quelli per i quali la captazione era stata autorizzata si ponga in contrasto con l'inviolabilità della libertà e della segretezza delle comunicazioni protette dalla previsione costituzionale.

Sommario. 1. Luci della ribalta. – **2.** Una tumultuosa successione di norme. – **3.** La non celata insofferenza verso il divieto d'uso *ex* art. 270 c.p.p. – **4.** Un profilo di metodo. – **5.** La Corte costituzionale tra scelte feconde e *impasse* interpretativo. – **6.** Il significato "forte" dell'art. 15 Cost. – **7.** Usi consentiti.

1. Luci della ribalta.

Il titolo del capolavoro di Charlie Chaplin ben rappresenta la parabola tracciata dalla circolazione delle intercettazioni fra procedimenti diversi.

Nell'impianto codicistico originario, l'art. 270 comma 1 c.p.p. introduceva il generale divieto d'uso come prova delle intercettazioni in un procedimento diverso da quello in cui erano state disposte: unica deroga, i casi in cui il procedimento *ad quem* avesse avuto a oggetto un delitto per cui fosse stato obbligatorio l'arresto in flagranza. In breve, la previsione in parola – ferma restando la centralità del divieto probatorio, che compariva *in incipit* – ambiva a circoscrivere l'utilizzabilità, tendenzialmente limitandola al procedimento in cui erano state autorizzate[1]. Da qui, il decisivo rilievo sistematico di un regime di circolazione «più severo del consueto» (ossia quello previsto dall'art. 238 c.p.p.), perché, in assenza dell'art. 270 c.p.p., i risultati delle captazioni sarebbero stati capaci di circolare liberamente fra procedimenti diversi come atti irripetibili[2].

Benché mai accantonata dagli studiosi - consapevoli, per l'appunto, del ruolo-chiave esercitato dall'art. 270 c.p.p. in un ordinamento che ripudiava forme di conoscenza onnivore e della tensione provocata in rapporto all'art. 15 Cost. – la previsione è, però, stata a lungo lontano dai riflettori del dibattito politico e mass-mediatico. Solo in tempi assai recenti è tornata prepotentemente al centro della scena.

La protratta assenza dal dibattito pubblico è stata causata, forse, dall'intrinseco elevato tasso tecnico della disciplina e dall'improvvida sottovalutazione dei suoi negativi effetti in ordine alla tenuta dei diritti fondamentali, in un contesto ove l'attenzione del legislatore e dei *media* era polarizzata sulla tutela della riservatezza dei soggetti coinvolti dalle captazioni all'interno del medesimo procedimento. Emblematica, la tormentata normativa che regola il regime di conoscenza delle captazioni e la relativa selezione, già rimaneggiata dal d.lgs. n. 216 del 2017, poi modificata dal d.l. n. 161 del 2019 e, da ultimo, ancora ritoccata dalla l. n. 7 del 2020[3].

Più certa, invece, la causa che ha sospinto l'art. 270 c.p.p. alla ribalta: la pronuncia delle Sezioni unite "Cavallo"[4], che ha immediatamente rinfocolato l'insofferenza verso l'apposizione di limiti all'uso delle intercettazioni in un diverso procedimento. Ha pesato il diffuso approccio populistico ai temi della giustizia penale, a sua volta espressione dell'«uso populista della questione criminale»[5]: l'efficienza repressiva della macchina giudiziaria è divenuta il costante *leitmotif* degli interventi normativi, che vieppiù trasfigurano il processo e lo piegano da strumento «diretto alla ricostruzione del fatto di reato secondo criteri epistemologici storicamente dati e nel rispetto dei diritti fondamentali» a strumento di prevenzione e di

contrasto della criminalità, reputato sempre utile per fronteggiare l'«emergenza di turno»[6].
Il punto di caduta della parabola è una reazione legislativa che rimodella in profondità la circolazione delle intercettazioni di comunicazioni e di conversazioni. Il finale (forse, interlocutorio, alla luce della perdurante instabilità della materia) – se non tragico, come nell'opera cinematografica – è drammaticamente denso di negative implicazioni sull'inviolabilità della segretezza delle comunicazioni protetta dall'art. 15 Cost.

2. Una tumultuosa successione di norme.

In effetti, poco clamore aveva destato l'avvicendamento delle previsioni relative al regime di circolazione delle intercettazioni attuate a mezzo del captatore informatico, autonomo rispetto a quello operante per le captazioni realizzate con gli strumenti – per così dire – "ordinari". Basti qui un cenno: l'art. 270 comma 1-*bis* c.p.p., introdotto dal d.lgs. n. 216 del 2017 – peraltro, mai entrato in vigore – è stato sostituito dal d.l. n. 161 del 2019. Dopo tale decreto d'urgenza, la circolazione delle intercettazioni effettuate a mezzo *trojan* era consentita solo verso i procedimenti relativi ai delitti dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio indicati dal (coevamente) sostituito art. 266 comma 2-*bis* c.p.p.
Di contro, il deposito della pronuncia delle Sezioni unite sopra rammentata nelle more della legge di conversione ha sortito un effetto deflagrante e - stando ai lavori preparatori[7] - ha contribuito a propiziare una novella ben più ambiziosa. Il principio di diritto enunciato dal massimo Consesso di legittimità ambiva contenere la circolazione delle intercettazioni fra procedimenti diversi, riconoscendo che la medesimezza del procedimento, idonea a escludere l'applicabilità dell'art. 270 c.p.p., era integrata solo in presenza di una causa di connessione *ex* art. 12 c.p.p. fra il reato per cui la captazione era stata autorizzata e quelli emersi solo in forza di essa. Certo, «restano dubbi sulla soluzione accolta»[8] – che introduce un requisito di pura creazione giurisprudenziale – ma la decisione ha costituito «un importante freno all'orientamento finora troppo largheggiante della giurisprudenza» in ordine alla medesimezza del procedimento, che circoscriveva oltremodo la portata del divieto *ex* art. 270 c.p.p.
Senonché, il legislatore – in passato pronto (e prono) a recepire indirizzi delle Sezioni unite – ha in quest'occasione messo in campo, con la l. n. 7 del 2020 di conversione del d.l. n. 161 del 2019, una risposta radicalmente reattiva[9], destinata ad ampliare sensibilmente anche il regime d'uso in un diverso procedimento delle captazioni non realizzate mediante *trojan*, «persino insinua[ndo] qualche dubbio sulla futura validità delle conclusioni raggiunte» dalla Cassazione[10].
Per ciò che qui preme, la novella del 2020 si è mossa in due direzioni. Per le captazioni operate mediante *trojan* ha sostituito – ancora una volta – l'art. 270 comma 1-*bis* c.p.p., ammettendone l'impiego nel procedimento *ad quem* solo quando i risultati siano «indispensabili» per l'«accertamento dei delitti indicati dall'articolo 266, comma 2-*bis*», c.p.p. Per le captazioni non operate mediante *trojan*, ha sostituito l'art. 270 comma 1 c.p.p.: qui sta l'autentica e dirompente novità. La previsione è applicabile ai procedimenti penali iscritti dopo il 31 agosto 2020, in forza dell'ennesima proroga disposta dal d.l. n. 38 del 2020, in una vicenda normativa che ormai «presenta i tratti del grottesco»[11]. Verrà, così, legittimata la circolazione delle captazioni verso i procedimenti relativi, non solo a un delitto per cui scatta l'arresto obbligatorio in flagranza, ma anche a tutti i reati che già nel procedimento *a quo* legittimavano l'intercettazione *ex* art. 266 comma 1 c.p.p.
In breve, la manovra segna una netta discontinuità rispetto all'originaria disciplina codicistica: il legislatore ha «modifica[to] il bilanciamento fra garanzie individuali ed esigenze repressive»[12], spostando il punto di equilibrio decisamente verso il secondo, attraverso la scelta di circoscrivere il divieto probatorio in ordine all'utilizzabilità delle intercettazioni nel procedimento diverso *ex* art. 270 comma 1 c.p.p. e di favorire, al contrario, la loro circolazione. Né la "rilevanza" delle captazioni, richiesta dall'art. 270 comma 1 c.p.p. cumulativamente all'indispensabilità al fine dell'«accertamento dei delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza e dei reati di cui all'articolo 266, comma 1», c.p.p., appare criterio idoneo a restringere dal di fuori la relativa sfera d'uso. L'aggettivazione appare la ridondante duplicazione dei canoni selettivi già previsti dall'art. 270 comma 2 c.p.p., attraverso il rinvio all'art. 268 commi 6, 7 e 8 c.p.p., e di quelli ammissivi *ex* art. 190 comma 1 c.p.p., che

governano l'attività acquisitiva nel procedimento *ad quem*.

3. La non celata insofferenza verso il divieto d'uso *ex* art. 270 c.p.p.

Proviene da lontano l'avversione della l. n. 7 del 2020 nei confronti dell'inutilizzabilità delle captazioni fuori dal procedimento in cui sono state disposte.

La Corte costituzionale – investita, sin dai primi anni di vigenza del codice, da questioni di legittimità costituzionale tese a demolire il divieto probatorio *ex* art. 270 c.p.p. – ha saldamente sbarrato la strada alla "libera circolazione" delle captazioni fra procedimenti diversi, riconducendo la materia all'art. 15 Cost.[13]. Con una sorta di eterogenesi dei fini, la *ratio* delle pronunce costituzionali è stata, però, impiegata dalla Corte di cassazione per comprimere la sfera del divieto probatorio *ex* art. 270 c.p.p. e, al contrario, ammettere un'agevole circolazione delle intercettazioni.

Gl'indirizzi giurisprudenziali sono il precipitato dell'esigenza d'incrementare il sapere giudiziale, favorendo il bulimico accumulo di materiali nella fase investigativa. La spasmodica ricerca dell'efficienza e della massimizzazione delle risorse investigative indurrebbe a non disperdere i risultati delle captazioni, in quanto «segni ad alta valenza mimetica»[14] prodotti da una formidabile strumento d'indagine. Il canone della necessaria completezza delle indagini preliminari e la conoscenza non selettiva propria del contesto investigativo offrirebbero, poi, conforto teorico a simili, pressanti esigenze pragmatiche nei procedimenti (come quelli di criminalità organizzata) che costituiscono l'ambito elettivo della circolazione delle intercettazioni. Inoltre, la trasmigrazione delle captazioni realizzate "a strascico" in maxi-indagini semplifica anche le dinamiche probatorie, perché materiali intrinsecamente irripetibili scaricano tutto il loro peso sul giudizio. Sugli argomenti volti a limitare l'impiego delle intercettazioni nel procedimento diverso – eccezione estensiva nell'impiego di uno strumento, già di per sé, «eccezionale»[15] – prevale il solido scopo di utilizzarne *aliunde* i risultati.

La tortuosa costruzione del divieto probatorio e delle sue deroghe nonché l'ambigua nozione di procedimento diverso nel dettato dell'art. 270 comma 1 c.p.p. stanno, così, alla base di una mistificazione: la disciplina, nata per vietare l'impiego delle captazioni come prova in assenza del relativo decreto autorizzativo, sopravvive per ammetterne l'uso. È rimasta inascoltata la voce di chi – ancor prima dell'entrata in vigore del codice del 1988 – escludeva l'utilizzabilità delle intercettazioni per un reato diverso da quello oggetto dell'autorizzazione[16], facendo leva sulla lesione all'art. 15 Cost. conseguente all'insuperabile mancanza, nel procedimento *ad quem*, di un provvedimento autorizzativo.

4. Un profilo di metodo.

Sarebbe agevole sottoporre a critica il regime di circolazione delle intercettazioni a seguito della novella del 2020 e dimostrare l'insofferenza della prassi verso il divieto probatorio *ex* art. 270 c.p.p.

L'ampliamento del novero dei reati per cui è ammessa l'utilizzabilità *aliunde* delle captazioni contrasta – è intuitivo – con il canone della proporzionalità nell'interferenza nel diritto protetto dall'art. 15 Cost.: sono la stessa proclamazione d'inviolabilità e, al contempo, la sua attitudine ad essere limitato in presenza delle condizioni stabilite dalla legge e in forza di un atto motivato dell'autorità giudiziaria a «evocare implicitamente la necessità di una proporzione indefettibile fra gli interessi collettivi coinvolti dal processo penale e la protezione dell'individuo»[17]. Il parametro della proporzionalità è, però, sfuggente, poiché, nella giurisprudenza costituzionale, opera «come derivazione del criterio di ragionevolezza»[18] *ex* art. 3 Cost.[19]. Considerato, dunque, che «il giudizio di proporzionalità si risolve pur sempre in una valutazione di ragionevolezza della disciplina impugnata, [ma che] non tutti i giudizi di ragionevolezza delle leggi si traducono in valutazioni di proporzionalità»[20], sarebbero tutt'altro che prevedibili gli esiti di una questione di legittimità costituzionale dell'art. 270 c.p.p., sollevata per un preteso contrasto con il canone di cui all'art. 3 Cost.

In ordine, poi, alla portata del divieto probatorio *ex* art. 270 c.p.p., è un esercizio di stile discettare sul concetto di «procedimento diverso». A fronte dell'autonomia creativa della giurisprudenza nella post-modernità giuridica, puntuali analisi del dettaglio normativo e raffinati argomenti esegetici risultano – purtroppo – autoreferenziali. Per scongiurare fluttuazioni esegetiche, il concetto di procedimento diverso andrebbe ancorato alla solida piattaforma rappresentata dal giudizio d'identità del fatto[21].

Poiché la *regiudicanda* investe «ciascun singolo imputato per ciascuna singola imputazione» e «l'eventuale realizzarsi di un cumulo processuale [non] incide su tale essenziale carattere»[22], è pacificamente «diverso» ogni procedimento che abbia a oggetto un "fatto nuovo" rispetto al reato per il quale era stata autorizzata l'intercettazione. Né – è appena il caso di dirlo – la mancata formulazione di un'imputazione ostacola l'identificazione di un fatto che costituisce l'oggetto delle indagini preliminari[23] e che, dunque, giustifica la limitazione della segretezza delle comunicazioni *ex* art. 267 comma 1 c.p.p. Quanto, poi, al principio di diritto espresso dalle Sezioni unite "Cavallo", non occorrerebbero troppe parole per evidenziare che la connessione opera, per definizione, fra procedimenti diversi. Sennonché – è inutile nasconderlo –, gioca un ruolo negativo la crisi di autorevolezza in cui versa l'accademia, incapace d'incidere sulle prassi, che, invece, si misura con la concretezza delle vicende giudiziarie, propugnando risposte sempre ispirate al massimo pragmatismo.

Da qui, nasce un profilo di metodo. In un ordinamento processuale in cui abbondano le previsioni tecnicamente malferme, che amplificano i dubbi interpretativi e favoriscono la giurisprudenza creativa in un circolo autorigenerante[24], la ricostruzione del sistema passa necessariamente dalla «difesa a oltranza»[25] dell'art. 15 comma 2 Cost. Va data nuova linfa a un contenuto di garanzia che appare, oggi, alquanto infiacchito.

5. La Corte costituzionale tra scelte felici e *impasse* interpretativo.

Nell'affrontare le censure mosse all'art. 270 c.p.p., volte a demolire il divieto probatorio, la Corte costituzionale effettuò, sin dal 1991, la scelta - davvero feconda - di ricondurre la disciplina della circolazione delle intercettazioni alla sfera dell'art. 15 Cost. Sulla premessa che l'art. 270 c.p.p. attui il bilanciamento fra i contrastanti valori in gioco, la garanzia volta a scongiurare la soccombenza dell'art. 15 Cost. consisterebbe nella predeterminazione legislativa dei (gravi) reati oggetto del diverso procedimento di cui l'intercettazione costituisce l'indispensabile strumento di accertamento: si eviterebbe un'«inammissibile "autorizzazione in bianco"»[26].

Da questo passaggio, però, il terreno si fa scivoloso. Se la Consulta avesse distinto, con nitore, la sfera protetta dall'art. 15 Cost. (libertà e segretezza delle comunicazioni) da quella protetta dall'art. 2 Cost. (riservatezza delle comunicazioni, non più segrete perché già oggetto di captazione), attraendo l'art. 270 c.p.p. in quest'ultima, sarebbe subito apparsa inconsistente l'obiezione relativa alla mancanza di un provvedimento autorizzativo nel procedimento diverso. Caduta la segretezza della comunicazione nel procedimento *a quo*, sarebbe residuata l'autonoma tutela assegnata alla riservatezza delle comunicazioni[27], protetta – non già da un'inimmaginabile autorizzazione preventiva alla captazione – ma, più linearmente, da un provvedimento ammissivo delle risultanze nel procedimento *ad quem*.

La Corte costituzionale esclude questa via: l'art. 270 c.p.p. viene comunque ricondotto esclusivamente all'art. 15 Cost., perché la «libertà [delle comunicazioni] risulterebbe pregiudicata, gravemente scoraggiata o, comunque, turbata ove la sua garanzia non comportasse il divieto di divulgazione o di utilizzazione successiva delle notizie di cui si è venuti a conoscenza a seguito di una legittima autorizzazione di intercettazioni al fine dell'accertamento in giudizio di determinati reati»[28]. Consapevole della maggiore malleabilità della tutela della riservatezza, la Consulta ambisce rafforzare la segretezza e la libertà delle comunicazioni, come già accaduto in ordine alle garanzie necessarie per acquisire i tabulati telefonici[29]; ma non compie il successivo (e necessitato) passo – imposto dall'art. 15 Cost. –, cadendo in un'*impasse*. L'indefettibile predeterminazione dei casi in cui è ammesso l'uso delle captazioni ai fini della prova di un reato diverso da quello per cui l'intercettazione era stata disposta non colma affatto l'autonomo requisito rappresentato dal «previo "atto motivato dell'autorità giudiziaria" sul diverso fatto»[30].

6. Il significato "forte" dell'art. 15 Cost.

Assumendo come stella polare l'art. 15 Cost., non resta, dunque, che valorizzare sino in fondo la felice intuizione della Corte costituzionale circa l'operatività della previsione in rapporto all'originaria captazione e alla sua circolazione. Va assicurato «un significato espansivo» alla libertà e alla segretezza delle comunicazioni[31], in coerenza con l'inviolabilità di un diritto fondamentale intimamente legato alla dignità della persona[32].

L'art. 15 comma 2 Cost. – addirittura anteponendo il provvedimento giudiziale alle (altre) garanzie previste dalla legge – istituisce un indefettibile *nesso funzionale* fra il reato per cui l'intercettazione è (in astratto) ammessa e l'oggetto del procedimento per cui l'intercettazione è (in concreto) autorizzata dal relativo provvedimento motivato. Riserva assoluta di legge e provvedimento autorizzativo non sono meccanicisticamente giustapposti. Quest'ultimo istituisce un «vincolo» rispetto «ai fatti costituenti reato per i quali in concreto si procede»[33], a cui è saldamente ancorata (e dal quale è giustificata) la violazione della libertà e della segretezza delle comunicazioni. In breve, la garanzia costituzionale della motivazione, da un lato, legittima la compressione della libertà e segretezza delle comunicazioni, dall'altro, individua *ex ante* quale ipotesi la giustifichi, perché il diritto protetto dall'art. 15 Cost. può essere «compresso solo nei limiti effettivamente richiesti da concrete, gravi esigenze di giustizia», puntualmente illustrate nel provvedimento autorizzativo[34].

Naturale che la captazione investa la conversazione nella sua interezza ma la portata dell'art. 15 Cost. resta insensibile ad argomenti programmaticamente (e pragmaticamente) volti alla massimizzazione del sapere. Dire che l'intercettazione costituisce un'«"idrovora fonica" che tutto indiscriminatamente inghiotte»[35] è metafora efficace per descrivere le enormi potenzialità euristiche dello strumento, non certo per giustificare l'indiscriminato uso probatorio dei relativi risultati. Se così non fosse, l'interesse alla repressione dei reati «diverrebbe "tiranno" nei confronti delle … situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette» dall'art. 15 Cost.[36] perché annichilirebbe la necessità dell'autorizzazione giudiziale. Fuori dai confini entro i quali l'autorizzazione alla captazione fa cadere il segreto, il diritto fondamentale di cui all'art. 15 Cost. permane, perché la previsione non legittima alcuna eccezione all'inviolabilità delle comunicazioni in assenza di un atto dell'autorità giudiziaria[37]. Detto altrimenti, restano coperti dal segreto i fatti di reato solo occasionalmente emersi nel corso dalla captazione, diversi da quelli per i quali l'intercettazione era stata autorizzata, poiché per questi ultimi difetta – appunto – quel nesso funzionale fra il provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria e l'oggetto del procedimento penale che giustifica l'intrusione nel diritto fondamentale protetto dall'art. 15 Cost.

Il necessario discrimine fra fatto di reato oggetto dell'autorizzazione *ex* art. 267 c.p.p. e altri fatti ivi ignorati, d'altra parte, trova coerente sviluppo – sul piano della proporzionalità in senso stretto[38] – nella necessaria predeterminazione delle utenze o dei luoghi rispetto ai quali opera la captazione, nonché della relativa durata e delle sue stesse modalità. La predilezione espressa dalla Carta fondamentale per una conoscenza giudiziale selettiva e per un impiego probatorio delimitato *ex ante* dei risultati delle captazioni – giustificato solo nel "caso" oggetto di autorizzazione – non ammette aggiramenti mercé la circolazione fra procedimenti diversi.

Da qui, un dubbio di legittimità costituzionale dell'art. 270 c.p.p. perché in contrasto con l'art. 15 Cost., nella parte in cui ammette l'uso delle captazioni per la prova di fatti di reato diversi rispetto a quelli per cui l'intercettazione era stata autorizzata.

7. Usi consentiti.

Si delineano, così, gli usi consentiti della captazione in un procedimento diverso.

Giova appena premettere che il mutamento di qualifica del medesimo fatto, una volta che la captazione fosse stata legittimamente effettuata, non mette in gioco la disciplina della circolazione delle intercettazioni[39]. Nulla, poi, impedisce che per i fatti (di reato) diversi, emersi nel corso della captazione ma non oggetto dell'autorizzazione, il contenuto dell'intercettazione rivesta la natura di notizia di reato: vale quanto affermato dalla Consulta sin dalla sent. cost. n. 366 del 1991[40].

Sul versante probatorio, infine, emergono due impieghi.

In primo luogo, ai sensi dell'art. 271 comma 3 c.p.p., la documentazione dell'intercettazione è acquisibile *ex* art. 431 comma 1 lett. *h* c.p.p. come «corpo del reato». A tal fine, però, non basta – come, invece, ritenuto dalle Sezioni unite[41] – che la comunicazione costituisca essa stessa una condotta penalmente rilevante: occorre che l'intercettazione sia in sé «abusiva»[42], per evitare pericolose «brecce nel recinto dell'utilizzabilità»[43].

In secondo luogo, non si pone in contrasto con l'art. 15 Cost. l'utilizzabilità della captazione anche nei confronti di imputati il cui coinvolgimento nel fatto

di reato per cui era stata autorizzata l'intercettazione emerga dal contenuto della comunicazione. Qui si è indubbiamente in presenza di un *procedimento diverso* – perché viene coinvolto un diverso imputato, in precedenza non noto[44] – ma non un *fatto di reato diverso* che esorbita dalla sfera per cui la violazione del segreto era stata autorizzata. La conclusione valorizza il tenore dell'art. 267 comma 1 c.p.p. in ordine all'indefettibile sussistenza di gravi indizi di reato per penetrare il segreto della comunicazione.

Si sa, quando sono in gioco diritti fondamentali, «la caccia vale più della preda e cioè il modo in cui si agisce conta più del risultato»[45]. La contrazione del patrimonio probatorio in procedimenti diversi da quello in cui la captazione è stata autorizzata è il prezzo da pagare per non tributare un ossequio solo formale all'inviolabilità del diritto protetto dall'art. 15 Cost. Il prezzo è ragionevole e proporzionato alla posta in gioco, perché coerente con la «natura indubbiamente eccezionale dei limiti apponibili a un diritto personale di carattere inviolabile»[46] in forza di uno strumento «non desiderabile» in una società democratica qual è l'intercettazione di comunicazioni o di conversazioni[47].

Ma, oggi, pare davvero non si sia disposti a pagarlo.

Fabio Salvatore Cassibba
Professore associato di Diritto processuale penale nell'Università di Parma.

---

[1] In tal senso, F. Ruggieri, *Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Milano, 2001, p. 106.

[2] Così, A. Camon, *Le prove*, in *Fondamenti di procedura penale*, Padova, 2019, p. 375. Cfr. anche V. Grevi-G. Illuminati, *Prove*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di M. Bargis, Padova, 2018, p. 376

[3] Per tutti, sul tema, F. Caprioli, *La procedura di filtro delle comunicazioni rilevanti nella legge di riforma della disciplina delle intercettazioni*, in *Cass. pen.*, 2020 (in corso di pubblicazione).

[4] Cfr. Cass., sez. un., 28 novembre 2019, Cavallo ed altro, il cui testo è consultabile sul sito istituzionale della Corte di cassazione, all'indirizzo www.cortedicassazione.it.

[5] E. Amodio, *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, Roma, 2019, p. 14. V. anche L. Ferraioli, *Il populismo penale nell'età dei populismi politici*, in *Quest. giust.*, 2019, n. 1, p. 79 ss.; F. Palazzo, *Paura del crimine, rappresentazione mediatica della criminalità e politica penale (a proposito di un recente volume)*, in *MediaLaws – Riv. dir. media*, 2018, n. 3, spec. p. 16.

[6] Per questa e per la citazione che precede, F. Zacchè, *La libertà personale tra diritti della persona e nuove sfide del processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2019, p. 1999.

[7] In un primo momento, un emendamento presentato dal sen. Grasso recepiva il principio di diritto enunciato dalle Sezioni unite; poi, l'emendamento è stato ritirato dallo stesso proponente; infine, è stato approvato il testo finale dell'art. 270 comma 1 c.p.p., che amplia sensibilmente l'utilizzabilità delle intercettazioni nel diverso procedimento: cfr. resoconto della Commissione Giustizia del Senato della Repubblica, sedute del 13 e del 18 febbraio 2020, relativo alla discussione del d.d.l. n. 1659 (consultabile sul sito istituzionale del Senato della Repubblica, all'indirizzo *http://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/52660.html*).

[8] G. Illuminati, *Utilizzazione delle intercettazioni in procedimenti diversi: le Sezioni unite ristabiliscono la legalità costituzionale*, in *Sist. Pen.*, 30 gennaio 2020, da cui è tratta anche la citazione che immediatamente segue nel testo.

[9] In tal senso, C. Intrieri, *Materia da legulei, come no. Sulle intercettazioni a strascico l'asse p.m.-governo s'inventa lo Spazza-Cassazione*, in *Linkiesta*, 20 febbraio 2020, consultabile all'indirizzo https://www.linkiesta.it/2020/02/intercettazioni-rilevanti-irrilevanti-giustizia/.

[10] K. Natali, *Sezioni Unite e "Legge Bonafede": nuove regole per l'uso trasversale delle intercettazioni*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 1897.

[11] M. Gialuz, *L'emergenza nell'emergenza: il decreto-legge n. 28 del 2020, tra ennesima proroga delle intercettazioni, norme manifesto e "terzo tempo" parlamentare*, in *Sist. Pen.*, 1° maggio 2020.

[12] R. Orlandi, *La riforma del processo penale fra correzioni strutturali e tutela "progressiva" dei diritti fondamentali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1157.

[13] Cfr. Corte cost., sent. 24 febbraio 1994 n. 63 e Corte cost., sent. 23 luglio 1991 n. 366; nonché, più di recente, Corte cost., sent. 24 gennaio 2017 n. 20. V. *amplius*, *infra*, § 5.

[14] F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2012, p. 844.

[15] Così, già, Corte cost., sent. 6 aprile 1973 n. 34.

[16] Cfr. G. Illuminati, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, Milano, 1983, p. 164.

[17] M. Caianiello, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2014, n. 3-4, p. 148.

[18] Così, muovendo dalla sent. cost. n. 20 del 2017, F. ZACCHÈ, *Criterio di necessità e misure cautelari personali*, Milano, 2018, p. 59.
[19] Sul tema, per tutti, M. CARTABIA, *Ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in A. GIORGIS-E. GROSSO-J. LUTHER (a cura di), *Il costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky*, Torino, 2016, p. 463 ss.
[20] F. ZACCHÈ, *Criterio di necessità e misure cautelari personali*, cit., p. 59.
[21] Sul tema, per tutti, F. CORDERO, *Considerazioni sul principio d'identità del fatto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, p. 963; G. DE LUCA, *Giudicato, Diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, Roma, 1989, p. 10.
[22] G. UBERTIS, *Singolarità di oggetto del processo penale e prescrizione* à la carte, in *Dir. pen. cont.*, 24 febbraio 2014, p. 2.
[23] Cfr., per tutti, M. NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Bologna, 1989, *passim*.
[24] Cfr., con tono fortemente critico, P. FERRUA, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della Riforma Orlando*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 1269.
[25] F. BRICOLA, *Art. 25*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *Rapporti civili (art. 24-26)*, Bologna, 1981, p. 316.
[26] Così, testualmente, la sent. cost. n. 366 del 1991, poi ripresa dalla sent. cost. n. 63 del 1994.
[27] Cfr. P. FERRUA, *Due temi da distinguere nel dibattito sulle intercettazioni*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 486.
[28] Corte cost., sent. 23 luglio 1991 n. 366.
[29] Cfr., da ultimo, Corte cost., sent. 6 marzo 2019 n. 38; ma v. già Corte cost., sent. 11 marzo 1993 n. 81.
[30] L. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, Milano, 1997, p. 182.
[31] Corte cost., sent. 11 marzo 1993 n. 81.
[32] In tal senso, v. già, Corte cost., sent. 6 aprile 1973 n. 34, con un assunto in seguito mai smentito: v., fra le molte, Corte cos., sent. 24 gennaio 2017 n. 20 e Corte cost., sent. 11 marzo 1993 n. 81.
[33] Corte cost. sent. 23 luglio 1991 n. 366.
[34] Corte cost., sent. 6 aprile 1973 n. 34.
[35] G. GIOSTRA, *Su intercettazioni e segreto una disciplina impraticabile*, in *Il Sole-24 Ore*, 20 dicembre 2017, p. 33.
[36] Corte cost., sent. 24 gennaio 2017 n. 20. V. anche, in seguito, Corte cost., sent. 23 marzo 2018 n. 58.
[37] In tali precisi termini, con riguardo all'inviolabilità della corrispondenza, P. BARILE-E. CHELI, *Corrispondenza (libertà di)*, in *Enc. dir.*, vol. X, Milano, 1962, p. 749.
[38] Ossia nella esigenza che il mezzo impiegato, idoneo e necessario, non comprima oltre misura il diritto fondamentale coinvolto (cfr., fra gli altri, S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, p. 225 ss.), «non potendosi mai giungere fino a comprimere in maniera intollerabile il diritto coinvolto» (G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, Milano, 2017, p. 238), che, dunque, non può mai essere eliso.
[39] L'inutilizzabilità operante *a posteriori* per effetto della variazione del *nomen iuris* contrasterebbe con lo scopo dell'intercettazione come mezzo indispensabile per proseguire le indagini su un fatto (di reato), che deve indefettibilmente sussistere ma la cui qualificazione può fisiologicamente variare con la prosecuzione delle investigazioni e finanche mercé le risultanze della captazione. E' ben nota le prassi di richiedere l'autorizzazione per svolgere intercettazioni in ordine a fatti la cui qualifica in diritto è malferma (cfr., da ultimo, O. MAZZA, *Introduzione*, in *Le nuove intercettazioni*, a cura di O. Mazza, Milano, 2018, p. XV-XVI; G. VARRASO, *Le intercettazioni e i regimi processuali differenziati per i reati di "grande criminalità"*, *ivi*, p. 153 ss.), ma il rimedio qui sta nel controllo del giudice. L'invasività del mezzo esige un giudice che abbia «piena sovranità» sull'organo dell'accusa (E. AMODIO, *Riforme urgenti per il recupero della celerità processuale*, in *Tempi irragionevoli della giustizia penale. Alla ricerca di una effettiva speditezza processuale*, Milano, 2013, p. 9), non la moltiplicazione di cause di inutilizzabilità. Semmai, occorrerebbe discriminare le ipotesi in cui sin dall'inizio la qualifica indicata dal p.m. fosse eccessiva da quelle in cui ciò emergesse solo in seguito. Nella prima, il giudice è tenuto a non autorizzare la captazione; nelle seconde, la variazione *in melius* della qualifica resta irrilevante.
[40] Il divieto probatorio di cui all'art. art. 270 c.p.p. è «estraneo al tema della possibilità di dedurre "notizie di reato" dalle intercettazioni legittimamente disposte nell'ambito di altro procedimento».
[41] Cfr. Cass., sez. un., 26 giugno 2014, Floris e altri, in *Dir. pen. cont.*, 22 settembre 2014.
[42] Per evitare che condotte come quelle punite dagli art. 615-*bis* e 617 e 617-*quater* c.p. rimangano impunite, a causa della distruzione della documentazione altrimenti imposta dall'art. 271 comma 3 prima parte c.p.p.: così, A. CAMON, *Le prove*, cit., p. 376.
[43] E. LORENZETTO, *L'intercettazione-corpo di reato e la breccia nel recinto dell'utilizzabilità*, in *Dir. pen. cont.*, 22 settembre 2014.
[44] V. *supra*, § 5 e nota 22.
[45] F. CORDERO, *Diatribe sul processo accusatorio* (1964), in *Ideologie del processo penale*, Milano, 1966, p. 220.
[46] Corte cost., sent. 23 luglio 1991 n. 366, poi ripresa dalla sent. cost. n. 63 del 1994.
[47] C. eur. dir. uomo, sent. 2 agosto 1984, Malone c. Regno Unito, § 84.

TRIMESTRALE, 2, 2020

Detenzione e libertà di espressione. Riflessioni sul trattamento sanzionatorio del reato di diffamazione a mezzo stampa in occasione della pronuncia della Corte Costituzionale.

di ***M. Pisapia*** e ***C. Cherchi***

All'udienza pubblica del 9 giugno, la Corte Costituzionale ha rinviato la trattazione delle questioni di legittimità costituzionale della pena detentiva in caso di diffamazione a mezzo stampa al 22 giugno 2021 "per consentire alle Camere di intervenire con una nuova disciplina della materia".
La Corte ha rilevato che la soluzione delle questioni "richiede una complessa operazione di bilanciamento tra la libertà di manifestazione del pensiero e la tutela della reputazione della persona, diritti entrambi di importanza centrale nell'ordinamento costituzionale. Una rimodulazione di questo bilanciamento, ormai urgente alla luce delle indicazioni della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, spetta in primo luogo al legislatore".
L'esame della Corte ha riguardato due ordinanze, presentate a distanza di pochi giorni l'una dall'altra, con le quali il Tribunale di Salerno e il Tribunale di Bari hanno sollevato, seppur in termini parzialmente divergenti, la questione di legittimità costituzionale della pena detentiva per il reato di diffamazione a mezzo stampa.
Gli atti di promovimento, meglio analizzati nel contributo, rappresentano l'epilogo di un ampio dibattito politico e giurisprudenziale – nazionale e sovranazionale – sul tema della compatibilità della pena detentiva con la libertà di espressione, così come intesa alla luce della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e dell'interpretazione fornita dai Giudici di Strasburgo.
Con il presente contributo intendiamo pertanto ripercorrere i passaggi più rilevanti di tale dibattito al fine di delineare il substrato, normativo e giurisprudenziale, delle questioni sottoposte alla Corte.

Sommario. 1. Premessa. – **2.** Uno sguardo storico sul trattamento sanzionatorio della diffamazione a mezzo stampa. - **3.** Prospettive di riforma. – **4.** (*Segue*) Il disegno di legge Costa e l'influenza internazionale. – **5.** Le condanne all'Italia per violazione dell'art. 10 CEDU. – **6.** Le questioni di legittimità costituzionale. – **7.** Conclusioni.

1. Premessa.

All'udienza pubblica del 9 giugno, la Corte Costituzionale ha rinviato la trattazione delle questioni di legittimità costituzionale della pena detentiva in caso di diffamazione a mezzo stampa al 22 giugno 2021 "*per consentire alle Camere di intervenire con una nuova disciplina della materia*".

La Corte ha rilevato che la soluzione delle questioni "*richiede una complessa operazione di bilanciamento tra la libertà di manifestazione del pensiero e la tutela della reputazione della persona, diritti entrambi di importanza centrale nell'ordinamento costituzionale. Una rimodulazione di questo bilanciamento, ormai urgente alla luce delle indicazioni della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, spetta in primo luogo al legislatore*".

L'esame della Corte ha riguardato due ordinanze, presentate a distanza di pochi giorni l'una dall'altra, con le quali il Tribunale di Salerno e il Tribunale di Bari hanno sollevato, seppur in termini parzialmente divergenti, la questione di legittimità costituzionale della pena detentiva per il reato di diffamazione a mezzo stampa.

Gli atti di promovimento, meglio analizzati nel prosieguo, rappresentano l'epilogo di un ampio dibattito politico e giurisprudenziale - nazionale e sovranazionale - sul tema della compatibilità della pena detentiva con la libertà di espressione, così come intesa alla luce della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e dell'interpretazione fornita dai Giudici di Strasburgo.

Con il presente contributo intendiamo pertanto ripercorrere i passaggi più rilevanti di tale dibattito al fine di delineare il substrato, normativo e giurisprudenziale, delle questioni sottoposte alla Corte. A partire da una prospettiva storica, tesa ad indagare le esigenze di politica criminale sottese alla previsione di un trattamento sanzionatorio tanto severo, ci

siamo soffermate sulle criticità emerse sin dall'entrata in vigore della disciplina sulla stampa, sui principali progetti di riforma e sulle spinte sovranazionali, sia di carattere politico che giurisprudenziale. Ciò con l'obiettivo di evidenziare, da una parte, il percorso che ha reso manifesta la necessità di un adeguamento del diritto interno sul tema e, dall'altra, le ragioni di una sostanziale stasi del legislatore, a cui è conseguito l'inevitabile intervento sollecitatorio del Giudice delle leggi.

2. Uno sguardo storico sul trattamento sanzionatorio della diffamazione a mezzo stampa.

Il trattamento sanzionatorio della diffamazione a mezzo stampa è disciplinato tanto dalla normativa codicistica, quanto dalla legislazione speciale sulla stampa. Più in particolare l'art. 595 c.p., comma 3, prevede che la diffamazione realizzata attraverso la stampa o qualsiasi altro mezzo di pubblicità, o in atto pubblico, sia punita con la pena alternativa della reclusione da sei mesi a tre anni ovvero della multa fino a 516 euro. Qualora l'offesa, oltre ad essere realizzata con il mezzo della stampa, consista nell'attribuzione di un fatto determinato si applica la circostanza aggravante ad effetto speciale di cui all'art. 13 della legge n. 47 del 1948 che dispone l'applicazione della pena della reclusione da uno a sei anni e quella della multa non inferiore a lire 500.000 (euro 256).

Le due disposizioni normative prevedono l'applicazione di trattamenti sanzionatori diversificati, l'uno caratterizzato dall'alternatività tra sanzione detentiva e pecuniaria, nonché da una cornice edittale più contenuta, l'altro da un innalzamento consistente della pena detentiva e dalla cumulatività di quest'ultima con la multa.

Nella prassi giudiziaria, nelle ipotesi di diffamazione a mezzo stampa, si assiste spesso alla contestazione della circostanza aggravante dell'attribuzione del fatto determinato, prevista dall'art. 13 della legge 47 del 1948. Più limitate sono invece le ipotesi in cui rileva esclusivamente la previsione di cui all'art. 595, comma 3, c.p.[1].

Proprio in considerazione di tale prevalenza, riteniamo che sia utile ripercorrere, sotto un profilo storico-politico, le ragioni che, nell'ambito dell'approvazione della legge sulla stampa, hanno condotto alla previsione di un trattamento sanzionatorio tanto severo. E ciò risulta ancor più utile se solo si considera che la disciplina in questione è stata approvata dall'Assemblea Costituente all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione.

La legge sulla stampa si inscrive in un contesto storico politico di profonda divisione e lacerazione, in cui il Paese, a seguito della caduta del regime dittatoriale e della fine del secondo conflitto mondiale, avvertiva forte la necessità di un'identità post bellica[2]. Proprio tale lacerazione non poteva che riverberarsi sul piano normativo.

A ciò si aggiunga che, anche tralasciando il completo annientamento della libertà di stampa in epoca fascista, tutta la legislazione in materia sino al 1944 si caratterizzava per previsioni fortemente illiberali[3]. I primi segnali di un cambiamento in chiave garantista si avvertirono nell'emanazione del r.d.l. 561 del 1946[4] e si consolidarono nell'approvazione dell'art. 21 della Costituzione che decretò definitivamente la libertà di manifestazione del pensiero. Si trattava di una previsione che, in quello specifico momento, segnò una profonda cesura, anche sul piano simbolico, rispetto al passato.

Come sopra detto, la stessa Assemblea Costituente, sulla base della XVII disposizione transitoria della Costituzione, venne convocata dal suo presidente per deliberare entro il 31 gennaio 1948 sulla legge per la stampa. Quel che emerse sin da subito fu la necessità di preservare la stampa da qualsiasi forma di ingerenza del potere esecutivo, in linea con i dettami costituzionali e con le rinnovate esigenze di un Paese democratico. Altrettanto forte fu tuttavia la volontà di tutelare il singolo cittadino dai possibili abusi della stampa stessa, la cui capacità diffusiva veniva considerata dai più fonte di pericolo.

Come dettagliatamente descritto da Mortati, si trattava di dar voce a tante differenti esigenze e tra queste, prima tra tutte, di controllo sociale delle classi subalterne:

"*la democrazia di massa esige che le informazioni sulle idee, sui fatti, sugli uomini si diffonda in ogni più remota località, penetri negli strati più umili, o lontani dai centri abitati, invada ogni cerchia della vita associata, dalla più vasta alle minori, alla fabbrica, alla famiglia. Ma questa estensione moltiplica i pericoli per l'infiltrazione dell'errore là dove meno penetrante è il senso critico, meno facile il controllo dell'esattezza dell'informazione e della bontà del giudizio, ed invece più agevole l'irrompere della passione, l'impulso alla reazione incontrollata*"[5].

È in questo scenario politico culturale che il deputato Treves, in sede di discussione, propose l'articolo 13, che inizialmente doveva disciplinare la diffamazione a mezzo stampa, indipendentemente dall'attribuzione di un fatto determinato. L'intento dichiarato in

tale sede era quello di tutelare nel modo migliore la libertà e la dignità del giornalismo colpendo duramente coloro che ne facevano cattivo uso[6].
La norma che venne poi definitivamente approvata risultò diversa da quella inizialmente proposta. Si prevedeva infatti un aggravamento di pena nelle ipotesi, sì di diffamazione a mezzo stampa, ma solo qualora l'offesa consistesse nell'attribuzione di un fatto determinato.
Sotto un profilo sostanziale, la severità del trattamento sanzionatorio, così come emerge dai primi commenti dell'epoca, venne giustificata proprio per le ritenute caratteristiche del mezzo utilizzato. Come scritto da Nuvolone, "*la stampa è uno dei mezzi più efficaci per offendere la reputazione: e questo spiega l'inasprimento delle pene nel caso di diffamazione a mezzo stampa*"[7]. In questo scenario non mancarono comunque voci dissonanti.
Nel 1949 Olari evidenziò, peraltro facendo emergere dei limiti della legiferazione in materia penale di estrema attualità, che la disciplina sulla stampa "*dall'editto albertino del 26 marzo 1848 n. 695 e fino alle norme attualmente in vigore emanate esattamente cento anni dopo, si è andata evolvendo verso un criterio di sempre maggiore severità nei confronti dell'impresa giornalistica come tale, cercando di trovare una base di sempre maggiore serietà e fondatezza in ordine alle responsabilità ritenute di volta in volta necessarie per ragioni di politica criminale*"[8].
Ad oggi, trascorsi ormai più di settant'anni, è possibile affermare che, il raffronto tra l'art. 21 Cost. e la legge sulla stampa, e in particolare le previsioni in materia di diffamazione, riveli una profonda spaccatura, traslata sul piano normativo, tra differenti approcci culturali e politici: da una parte la piena valorizzazione della libertà di manifestazione del pensiero; dall'altra l'esigenza di assoggettare la stampa a penetranti controlli, ritenuti talvolta funzionali a difendere un determinato ordine precostituito.
È in ogni caso innegabile che le disposizioni in questione abbiano avuto il pregio di decretare il definitivo superamento di molte delle storture repressive che sino a quel momento avevano limitato la libertà di manifestazione del pensiero, anche attraverso il mezzo della stampa.
Al di là delle giustificazioni più o meno condivise sulle pene previste in materia di diffamazione, la complessiva legge sulla stampa fu ritenuta su più fronti del tutto parziale e priva del carattere di organicità che avrebbe al contrario dovuto imperniare la disciplina in questione. Ad un anno dall'entrata in vigore della legge n. 47 del 1948, Jannitti Piromallo, a margine del suo saggio "*La libertà di stampa*", esponeva le linee programmatiche per un completo ripensamento della materia. All'interno di queste, merita di essere segnalata l'esclusione dalla legge speciale dei delitti commessi con il mezzo della stampa[9].
Solo nel 1952 venne proposto un primo progetto di riforma della disciplina che, in tema di diffamazione a mezzo stampa, prevedeva un inasprimento delle pene pecuniarie e l'abrogazione della riparazione pecuniaria prevista dalla legge del '48. Nessuna previsione riguardava invece le pene detentive di cui all'art. 13 della Legge n. 47 del 1948. Tale disegno di legge non ebbe alcun seguito.
Qualche anno dopo, con la sentenza n. 3/1956, la Corte Costituzionale, pur dichiarando infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 57 c.p.[10], in adesione alla giurisprudenza della Cassazione secondo cui la responsabilità del direttore di un periodico era comunque fondata sulla colpa, sottolineò le difficoltà interpretative che il testo allora vigente poneva. Su queste basi, intervenne la legge 4 marzo 1958, n. 127 ("Modificazioni alle disposizioni del codice penale relative ai reati commessi col mezzo della stampa") che ha condotto all'attuale formulazione dell'articolo 57 c.p.. Si trattò di uno dei pochi progetti giunti a definitiva approvazione.

3. Prospettive di riforma.

L'esigenza di una riforma organica della disciplina normativa della diffamazione a mezzo stampa, a partire dalla risposta sanzionatoria, è stata al centro di un acceso dibattito giuridico e politico anche in tempi più recenti, ed in particolare sin dalla fine degli anni '80.
Numerosi sono stati i tentativi di riforma, poi falliti, che si sono succeduti nel corso degli ultimi 40 anni, con il dichiarato scopo di superare una normativa che appariva già a cavallo del nuovo millennio "rigida", "anacronistica" e inadeguata[11]. Senza poter qui ripercorrere tutti le iniziative legislative presentate fino ad oggi, basti pensare che già nel 1982 venne proposta la "Revisione della normativa del reato di diffamazione col mezzo della stampa", avente ad oggetto l'iter dei procedimenti e il trattamento sanzionatorio[12]. Successivamente, nel 1999 venne presentato in Senato il disegno di legge 4192 avente ad oggetto "Disciplina delle diffamazioni a mezzo stampa", con l'ambizioso progetto di depenalizzare tutte le fattispecie penali in tema di tutela dell'onore:

progetto tuttavia che non raccolse consensi e si fermò all'esame in 2° Commissione Giustizia.
Meritano poi menzione i due progetti di legge che, più di altri, si avvicinarono all'approvazione, e in particolare il d.d.l. 3176 del 2004 e il d.d.l. 925 (c.d. Costa) del 2013. Il primo venne approvato dalla Camera nell'ottobre del 2004, in un testo risultante dall'unificazione di diverse proposte di legge presentate tra il 2000 e il 2002[13] e, dopo un approfondito esame durato oltre due anni, naufragò con la fine della legislatura. Il disegno di legge venne poi ripresentato nel 2006 e nel 2008 dall'allora deputato Gaetano Pecorella[14], senza mai arrivare all'esame della Commissione. Sorte analoga subì il disegno di legge Costa, presentato il 13 maggio 2013, all'indomani della nota vicenda Sallusti[15]. Il progetto di legge, che riproduceva il testo del d.d.l. 3176, venne approvato dalla Camera dei Deputati, modificato dal Senato e nuovamente dalla Camera. Arrivato alla quarta lettura, si arenò all'esame della Commissione Giustizia del Senato nel 2017[16].
I punti qualificanti del progetto di legge del 2004, poi ripresi dai disegni di legge successivi, possono in sintesi riassumersi in: a) abolizione della pena detentiva e previsione in caso di recidiva della pena accessoria dell'interdizione dalla professione di giornalista; b) estensione della legge sulla stampa anche alle testate giornalistiche *online* e radiotelevisive; c) modifica sostanziale dello strumento della rettifica e previsione di una causa di non punibilità in caso di pubblicazione; d) modifica dell'art. 57 c.p. in tema di responsabilità del direttore del giornale; e) limite massimo dell'entità del risarcimento del danno non patrimoniale e riduzione del termine della prescrizione dell'azione civile; f) sanzione pecuniaria in caso di querela temeraria.
Soffermandoci sugli aspetti sanzionatori, nucleo centrale delle riforme, come già anticipato, era l'abolizione della pena detentiva per i reati di diffamazione a mezzo stampa[17], sostituita con la sola pena della multa e con la pena accessoria dell'interdizione dalla professione per i giornalisti già condannati.
La necessità di attenuare il rigore sanzionatorio nei confronti della categoria professionale dei giornalisti, avvertita sin da subito e mai messa in discussione nei diversi disegni di legge, si scontrava tuttavia con le difficoltà di bilanciare l'eliminazione della pena detentiva con l'individuazione di sanzioni adeguate a tutelare il diritto dei singoli. Ne sono prova i continui passaggi parlamentari, concentratisi sulla quantificazione della multa e sugli aspetti *lato sensu* sanzionatori.
Nel progetto di legge del 2004, nella versione approvata al Senato[18], la pena della reclusione per la diffamazione a mezzo stampa venne sostituita con la multa da euro 3.000 a euro 8.000 e, in caso di attribuzione di un fatto determinato, da euro 5.000 a euro 10.000, raddoppiando l'entità della sanzione rispetto alla versione approvata alla Camera[19]. L'eliminazione della pena detentiva venne poi bilanciata con la previsione in caso di recidiva della pena accessoria dell'interdizione dalla professione di giornalista per un periodo da un mese a sei mesi.

4. (*Segue*) Il disegno di legge Costa e l'influenza internazionale.

Ancora più travagliato, in punto pena, l'iter parlamentare del disegno di legge Costa. Un iter che è stato profondamente influenzato dal contesto in cui si inscriveva, ed in particolare dal grande risalto mediatico nazionale e internazionale riscosso dal caso Sallusti e dalla condanna da parte della Corte Edu dell'Italia per il caso Belpietro, di cui si parlerà più avanti.
A differenza del progetto del 2004, il disegno di legge Costa, nella sua ultima versione, prevedeva la completa riformulazione dell'art. 13 della legge sulla stampa, rubricato "Pene per la diffamazione". In particolare, la norma riuniva le diverse fattispecie di diffamazione con il mezzo della stampa o attraverso testate giornalistiche *online* e radiotelevisive, per le quali eliminava la pena detentiva. Al primo comma, l'ipotesi base di diffamazione a mezzo stampa era punita con la pena della multa da euro 5.000 a 10.000, aggravata, ai sensi del secondo comma, in caso di offesa consistente "nell'attribuzione di un fatto falso, la cui diffusione sia avvenuta con la consapevolezza della sua falsità". Le stesse pene erano previste per il direttore delle testate giornalistiche in caso di omessa rettifica. La condanna comportava l'applicazione della pena accessoria della pubblicazione della sentenza e, in caso di recidiva aggravata specifica, dell'interdizione dalla professione per un periodo da un mese a sei mesi. La punibilità era tuttavia esclusa in caso di pubblicazione delle dichiarazioni o della rettifica.
Durante la discussione parlamentare, se da una parte si salutò con favore "*l'eliminazione del carcere per i giornalisti, segno di civiltà in una società democratica*", dall'altra vennero sollevate perplessità sulle pene pecuniarie previste: "*eccessivamente contenute*"

per alcuni e troppo gravose, soprattutto per le piccole testate indipendenti, per altri[20].

Le pene, originariamente uguali a quelle previste nel 2004, vennero dapprima sensibilmente aumentate nel testo licenziato in prima seduta dalla Camera (da 5.000 a 10.000 euro per la diffamazione a mezzo stampa e da 20.000 a 60.000 euro in caso di attribuzione di un fatto determinato), furono successivamente attenuate in Senato (eliminando il minimo per l'ipotesi base e riducendo l'aggravamento per l'attribuzione del fatto determinato falso da 10.000 a 50.000 euro) e di nuovo aumentate nel testo approvato in seconda seduta dalla Camera. Anche la sanzione accessoria dell'interdizione dalla professione di giornalista per un periodo da un mese a sei mesi - norma fortemente osteggiata dalla categoria - fu oggetto di continue modifiche, prevedendo dapprima la sua applicazione nelle ipotesi di recidiva aggravata, poi reiterata, poi di nuovo aggravata e specifica.

Come sopra anticipato, nel dibattito politico che accompagnò il d.d.l. Costa sul trattamento sanzionatorio, un ruolo propulsivo fondamentale fu giocato dalle istituzioni europee e internazionali.

A livello europeo, invero, già da anni si sollecitava una riforma della materia da parte del Legislatore Italiano. Sul tema era intervenuto in più occasioni il Consiglio di Europa, esprimendo la posizione politica dell'Unione Europea in materia di libertà di stampa. In particolare, con la raccomandazione n. 1589 del 2003, e poi con la risoluzione n. 1577 del 2007 (intitolata "Verso una depenalizzazione della diffamazione"), muovendo dal riconoscimento della legittimità di un'ingerenza da parte dello Stato finalizzata a tutelare la reputazione e i diritti degli altri ("*la libertà di espressione non è illimitata"*), il Consiglio aveva esortato gli stati europei ad applicare le leggi sulla diffamazione "*con la massima moderazione*" e ad abolire "*senza indugio*" le pene detentive, anche se in concreto non irrogate[21]. Invero "*ogni caso di detenzione di un professionista dei media è un ostacolo inaccettabile alla libertà di espressione*" e una "*spada di Damocle sospesa sui giornalisti*", di cui tutta la società subisce le conseguenze.

Con specifico riferimento all'ordinamento interno, in occasione della risoluzione n. 1920 del 2013, adottata all'indomani della sentenza della Corte di Cassazione sul noto caso Sallusti[22], l'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa incaricò la Commissione Venezia di redigere un parere sulla conformità della legge italiana sulla diffamazione agli standard europei e, in particolare, all'art. 10 della CEDU[23]. Il Consiglio chiese alla Commissione di esprimere un giudizio anche sulla proposta di legge dell'on. Costa, approvata in prima lettura dalla Camera dei Deputati proprio in concomitanza con l'istruttoria svolta dai Commissari europei.

La Commissione, dopo avere ripercorso l'orientamento della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sulla libertà di espressione e sull'art. 10 CEDU, ricordando il ruolo, essenziale in una società democratica, di "*public watchdog*" svolto dalla stampa e i doveri e le responsabilità in capo ad essa, passò ad analizzare il quadro giuridico italiano esistente (Legge sulla stampa e codice penale), concludendo con argomentazioni che non lasciano spazio a interpretazioni: "*le disposizioni penali sulla diffamazione attualmente in vigore nella legislazione italiana non soddisfano pienamente le norme europee sulla libertà di espressione*"[24].

In particolare, la Commissione criticò aspramente la gravità delle sanzioni previste in materia di diffamazione, ritenute non in linea con l'art. 10 della Convenzione, per il loro effetto dissuasivo all'esercizio del diritto di libertà di espressione, accolse con favore l'impegno delle autorità italiane ad abolire la reclusione per i delitti contro l'onore e la reputazione e auspicò la definitiva approvazione del disegno di legge Costa.

La Commissione colse inoltre l'occasione per fornire alcune indicazioni al Legislatore italiano per una disciplina conforme all'art. 10 CEDU, così come interpretato dalla Corte Edu. In particolare, per quel che qui interessa, si soffermò sul principio di proporzionalità della risposta sanzionatoria, considerato un requisito fondamentale da applicare anche alle sanzioni pecuniarie e agli indennizzi. Per essere conforme agli standard europei, la sanzione - anche quella di natura pecuniaria - deve essere proporzionata al caso concreto e all'offesa arrecata[25]. Come affermato dalla Corte di Strasburgo, anche multe eccessivamente elevate possono avere lo stesso effetto paralizzante ("*chilling effect")* della detenzione[26]. Criticò inoltre, per gli stessi motivi, la previsione della pena accessoria del divieto di esercitare la professione di giornalista per uno o sei mesi (prevista nella prima versione dell'art. 13 in caso di recidiva aggravata), di cui chiese un riesame da parte del Parlamento, suggerendo in alternativa la trasmissione degli atti ai competenti organi disciplinari[27].

Come sopra visto, il Senato, accogliendo le indicazioni della Commissione Venezia, modificò profondamente il testo approvato dalla Camera, riducendo

le pene pecuniarie, rimodulando la proporzionalità del risarcimento del danno e prevedendo la sanzione accessoria solo in caso di recidiva reiterata.
Un anno dopo intervenne nel dibattito parlamentare anche il Relatore speciale dell'ONU sulla promozione e la protezione del diritto alla libertà di opinione e di espressione, Frank La Rue[28]. Nel Rapporto sull'Italia del 29 aprile 2014, presentato il 10 giugno dello stesso anno al Consiglio per i Diritti Umani dell'ONU, anche il Relatore prese posizione sul progetto di legge all'epoca in discussione, apprezzando l'eliminazione della pena detentiva, ma sollecitando contemporaneamente un'ulteriore riflessione da parte del Legislatore. In particolare, il Relatore Onu fu ancora più netto nell'esortare il Parlamento a superare definitivamente l'opzione penalistica, considerata di per sé, anche in caso di sanzioni solo pecuniarie, pericolosa per i suoi effetti intimidatori sui giornalisti[29].
Come sopra detto, nonostante le raccomandazioni a livello europeo e internazionale, il disegno di legge Costa si arenò all'esame della Commissione giustizia del Senato nel 2017.
Attualmente risultano all'esame della Commissione Giustizia, rispettivamente del Senato e della Camera, due diversi disegni di legge: il d.d.l. Caliendo (presentato al Senato il 20 settembre 2018) e il d.d.l. Verini (presentato alla Camera il 27 marzo 2019). Nessuno di essi è tuttavia giunto a compimento. Le ragioni di tale fallimento possono essere individuate in parte nella fine anticipata delle Legislature, e in parte nella difficoltà di trovare un compromesso condiviso tra le contrapposte esigenze in gioco. Ciò comunque non toglie la gravità di una tale stasi, considerata l'insistenza degli organismi sovranazionali tesa a una riforma organica della disciplina della stampa e in particolare all'eliminazione della pena detentiva.
Come efficacemente descritto in dottrina da Gullo, l'attività del Legislatore in materia sembra evocare "*le note vicende della tela di Penelope*", che più volte è stata sul punto di essere completata, "*ma, immancabilmente, nei diversi passaggi parlamentari si sono aggiunti nuovi fili o si è rimesso in discussione il disegno originario, con il risultato che la fine della legislatura ha posto nel nulla il lavoro svolto e ha ridato a tutti gli attori appuntamento alla volta successiva*"[30].
Sia consentita un'appendice: Penelope riuscì a rimandare la decisione per tre anni, venendo scoperta al quarto, mentre il Legislatore italiano, anche volendo considerare solo gli ultimi quarant'anni, è ancora fermo al medesimo punto di partenza.

5. Le condanne all'Italia per violazione dell'art. 10 CEDU.

Nella stasi del Legislatore, non tardava ad arrivare la risposta della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che condannando in tre diverse occasioni l'Italia, interveniva indirettamente nel dibattito politico.
Nonostante in altre precedenti pronunce, la Corte avesse già avuto modo di pronunciarsi sui confini del diritto di cui all'art 10 della Convenzione, sul piano interno un primo monito arrivava con la sentenza *Belpietro contro Italia* del 24 settembre 2013[31]. Il caso riguardava, come noto, la condanna[32] a quattro mesi di reclusione, pena sospesa, oltre al pagamento a titolo di risarcimento danni della somma di 110.000 euro, dell'allora direttore del quotidiano *Il Giornale*, per avere omesso il controllo, ai sensi dell'art. 57 c.p., sul contenuto di un articolo, firmato Raffaele Iannuzzi, ritenuto diffamatorio nei confronti dei magistrati Giancarlo Caselli e Guido Lo Forte[33]. Maurizio Belpietro presentava ricorso alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che riscontrava una violazione dell'art. 10 della Convenzione EDU e condannava l'Italia a versare al giornalista la somma di 10.000 euro per danni morali. Secondo i giudici di Strasburgo, la condanna del ricorrente non era di per sé contraria ai dettami della Convenzione in tema di libertà di espressione, trattandosi di "*accuse gravi nei confronti di funzionari dello Stato, non suffragate da elementi oggettivi*". Tuttavia il *quantum* e la natura della sanzione imposta al giornalista non erano proporzionati al fine legittimo perseguito.
La Corte ricordava che, come già statuito in precedenti decisioni, anche la natura e la severità delle pene inflitte sono elementi di cui tenere conto nel giudizio di compatibilità e proporzionalità dell'ingerenza nella libertà di espressione[34]. Quanto alla pena detentiva, evidenziava che è la stessa previsione della reclusione, ancor prima della sua applicazione, ad essere incompatibile con l'art. 10 della Convenzione. Tale pena ha, invero, per sua stessa natura, inevitabilmente un effetto dissuasivo nei confronti dei giornalisti, che potrebbero essere disincentivati a svolgere con serenità il loro compito informativo per il timore di incorrere in sanzioni di questa gravità.
Potendo dissuadere i media dalla loro funzione di "cane da guardia" della democrazia, continuava la Corte, il ricorso a pene detentive o non proporzionate, è "*nocivo per la società nel suo complesso*". Ne consegue che l'applicazione di una pena detentiva, ancorché sospesa, per un reato connesso ai mezzi di comunicazione, può essere compatibile con la libertà

di espressione dei giornalisti garantita dall'art. 10 della Convenzione soltanto "*in casi eccezionali*", segnatamente quando siano stati lesi gravemente altri diritti fondamentali, come, per esempio, in caso di discorsi di odio o di istigazione alla violenza[35]. Al di fuori di questi casi, la pena detentiva è di per sé eccessiva e sproporzionata.

Pochi giorni dopo la sentenza Belpietro, la Corte Europa dei Diritti dell'Uomo tornava ad occuparsi dell'argomento con la sentenza *Ricci c. Italia*. Nel caso di specie il produttore televisivo, autore della trasmissione *Striscia la notizia,* era stato condannato alla pena di quattro mesi e cinque giorni di reclusione per il reato di illecita divulgazione di comunicazioni riservate (art. 617 quater, comma 2, c.p.) per avere diffuso un video tratto da un fuori onda[36].

Pur non trattando nello specifico la diffamazione, la pronuncia in esame merita interesse perché la Corte, anche in questa occasione, riscontrava nella condanna emessa dal Giudice italiano a pena detentiva "*un'illegittima ingerenza nella libertà di manifestazione del pensiero del ricorrente, non proporzionata e, quindi, incompatibile con l'art. 10 della Convenzione"*. La Corte coglieva l'occasione per ribadire il suo orientamento circa l'incompatibilità delle sanzioni detentive per la punizione di condotte illecite del giornalista che ha divulgato informazioni: "*se la fissazione delle pene è per principio appannaggio dei giudici nazionali, la Corte ritiene che una pena detentiva inflitta per un reato commesso nel campo della stampa sia compatibile con la libertà di espressione giornalistica, garantita dall'articolo 10 della Convenzione, soltanto in circostanze eccezionali, segnatamente quando siano stati gravemente lesi altri diritti fondamentali, come nell'ipotesi, ad esempio, della diffusione di un discorso di odio o di istigazione alla violenza (...)*"[37].

Se la vicinanza temporale delle due pronunce e la provenienza dalla medesima sezione potevano indurre a ritenere che si trattasse di decisioni isolate, è con la sentenza *Sallusti c. Italia* del 7 marzo 2019 che è possibile affermare il definitivo consolidamento dell'orientamento dei Giudici di Strasburgo.

I fatti sono noti: l'allora direttore del quotidiano *Libero* era stato condannato dalla Corte di Appello di Milano alla pena della reclusione di un anno e due mesi, senza sospensione condizionale, per omesso controllo, ai sensi dell'art. 57, 13 L. 47/48, di un editoriale apparso nel febbraio 2007, firmato con lo pseudonimo Dreyfus. La condanna veniva confermata dalla V Sezione della Corte di Cassazione il 26 settembre 2012[38]. In particolare la Cassazione, nel rigettare il ricorso del giornalista, si confrontava con i precedenti della Corte EDU, pervenendo tuttavia ad una conclusione contraria rispetto a quella dei Giudici di Strasburgo. Ad avviso della Corte di Cassazione, il ricorso alla pena detentiva, nel caso di specie, era da ritenersi legittimo in quanto giustificato da quei casi di eccezionale gravità indicati dalla Corte europea.

Sallusti non presentava richieste di misure alternative, scontando 21 giorni di arresti domiciliari, dal 30 novembre 2012 al 21 dicembre 2012, quando veniva rilasciato con provvedimento di grazia concessa dall'allora Presidente della Repubblica Napolitano[39]. A seguito del ricorso del giornalista, la Corte condannava ancora una volta lo Stato italiano.

Dopo aver richiamato le sue precedenti decisioni contro l'Italia, riteneva che anche nel caso di specie, la condanna a una pena detentiva, ancorché commutata in pena pecuniaria, fosse sproporzionata rispetto allo scopo perseguito e comportasse una manifesta violazione della libertà di espressione garantita dall'art. 10 CEDU. Ribadiva invero il carattere del tutto eccezionale del ricorso alla pena detentiva, escludendo espressamente che nel caso in esame fosse ravvisabile alcuna delle "*circostanze*" sopra indicate, così sconfessando l'interpretazione fornita dalla Corte di Cassazione.

La breve analisi delle tre sentenze contro l'Italia, che si inseriscono nell'indirizzo costante della Corte Europea, consente di fissare alcune direttive ermeneutiche fornite al Legislatore italiano. Anzitutto, diversamente dal più radicale giudizio espresso dal Relatore speciale delle Nazioni Unite, a livello europeo non viene espressa una contrarietà assoluta all'opzione di una risposta penale in materia di diffamazione a mezzo stampa in generale[40]. Le sanzioni penali non sono in sé considerate illegittime, anzi i casi di eccezionale gravità necessitano di una risposta sanzionatoria adeguata. E ciò anche in considerazione del fatto che nella sfera giornalistica i diritti alla reputazione e alla riservatezza, tutelati dall'art. 8 CEDU, sono maggiormente esposti, visto il potenziale di diffusione e lo scopo che investe la stampa. Tuttavia, considerato l'effetto che la semplice minaccia della sanzione penale può avere sull'esercizio della libertà di espressione da parte dei giornalisti, le scelte incriminatrici di diritto interno per essere conformi agli standard europei devono essere ispirate ai principi dell'assoluta necessità e della proporzionalità rispetto al fine legittimo perseguito. In questo

senso – è questo il principio di diritto sancito dalla Corte - tranne le ipotesi eccezionali sopra menzionate, le pene detentive sono certamente incompatibili con il diritto alla libertà di espressione dei giornalisti.

6. Le questioni di legittimità costituzionale.

Il mancato adeguamento del diritto interno ai principi ermeneutici sopra richiamati in materia di libertà di espressione e le reiterate condanne all'Italia per violazione dell'art. 10 della Convenzione, hanno condotto i giudici di merito a richiedere un intervento della Corte Costituzionale.

Il Tribunale di Salerno, con l'ordinanza n. 140 del 9 aprile 2019, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'articolo 13 della legge 8 febbraio 1948, n. 47 (Disposizioni sulla stampa) e dell'articolo 595, terzo comma, del codice penale. Più in particolare il Tribunale, chiamato a pronunciarsi sulla responsabilità di un giornalista e del direttore responsabile della testata (il primo per la condotta di diffamazione a mezzo stampa, ai sensi delle disposizioni in questione, e l'altro per quella di omesso controllo sul contenuto del quotidiano, ai sensi dell'articolo 57 del codice penale), ha ritenuto di accogliere le richieste difensive secondo cui l'art. 13, l. n. 47 del 1948, in relazione alla pena detentiva stabilita, risulta in contrasto con l'art. 10 della Convenzione Edu, per come interpretato dai Giudici di Strasburgo, e dunque rilevante ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost..

Secondo il giudice rimettente, oltre al paramento costituzionale interposto dell'art. 10 della Convenzione, le disposizioni censurate violano anche agli articoli 3 e 21 Cost.. In particolare, la previsione di una pena detentiva risulta sproporzionata rispetto al diritto di manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 Cost., anche nella forma del diritto di cronaca giornalistica, la cui tutela, in assenza di contrari interessi giuridici prevalenti, deve essere estesa secondo gli orientamenti della Corte Edu. Proprio a seguito del bilanciamento tra la libertà di manifestazione del pensiero e la libertà personale dell'individuo, le norme censurate violano altresì il principio di necessaria offensività di cui all'art. 25 Cost., in quanto prevedono un trattamento sanzionatorio irragionevole e sproporzionato, nonché la funzione rieducativa della pena di cui all'art. 27 Cost..

Il Tribunale ha inoltre esteso d'ufficio la questione di legittimità costituzionale anche all'art. 595, terzo comma, c.p., ritenendo che gli aspetti problematici fossero sostanzialmente analoghi, nonostante la fattispecie *de qua* preveda l'alternatività tra pena pecuniaria e detentiva. Ha in particolare evidenziato che "*a prescindere dalla scelta di voler irrogare concretamente la sanzione pecuniaria piuttosto che la pena detentiva, rimessa alla discrezionalità del singolo giudice, tenuto conto di tutte le contingenze del caso di specie e bilanciate tutte le circostanze (aggravanti ed attenuanti) eventualmente ritenute sussistenti, è già la stessa previsione astratta di una pena detentiva - quindi la comminazione legislativa della stessa - ad essere eccessivamente limitativa del fondamentale diritto di manifestazione del pensiero, come tale in evidente violazione degli articoli 10 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e 21 della Costituzione*".

Di diverso avviso il Tribunale di Bari che, con l'ordinanza n. 149 del 16 aprile 2019, ha sollevato d'ufficio questione di legittimità costituzionale esclusivamente dell'art. 13, legge 8 febbraio n. 47 del 1948, nella parte in cui prevede la pena detentiva congiunta - e non alternativa - a quella pecuniaria. La norma non riconosce infatti al giudice alcuna discrezionalità nel differenziare, coerentemente con la giurisprudenza della Corte Edu, i casi eccezionali di grave violazione dei diritti fondamentali, di esternazioni di odio, discriminazione, anche sessuale o razziale, o istigazione alla violenza, dalle differenti ipotesi in cui la sola previsione di una pena detentiva è ritenuta sproporzionata e pertanto incompatibile con l'art. 10 CEDU.

Il Giudice rimettente evidenzia che un'interpretazione convenzionalmente o costituzionalmente orientata, tale per cui l'aggravante in questione sarebbe applicabile alle sole ipotesi eccezionali di diffamazione a mezzo stampa, costituirebbe una forzatura del sistema, violativa del principio di legalità, tanto in relazione all'art. 25, secondo comma, Cost., quanto con riferimento all'art. 101 Cost. Né tantomeno sarebbe possibile scongiurare l'applicazione dell'aggravante mediante l'espediente del concorso apparente di norme, di cui all'art. 15 c.p.. La disposizione di cui all'art. 13, l. n. 47/1948, si pone in rapporto di specialità rispetto alla disciplina dell'art. 595 c.p. ed è pertanto destinata a trovare applicazione.

A margine dell'atto di promovimento, il giudice rimettente domanda dunque una pronuncia manipolativa del testo dell'aggravante idonea a rendere alternative le pene in questione. Soluzione che, ad avviso del giudice, scongiurerebbe il rischio di un'indebita intromissione nelle scelte politiche del

legislatore e che consentirebbe, in attesa di un intervento legislativo, di evitare nuove violazioni dell'art. 10 della Convenzione.

7. Conclusioni.

Come anticipato in premessa, la Corte, con una tecnica decisoria inaugurata nel caso Cappato[41], ha assegnato al legislatore un anno per intervenire con una riforma della disciplina della diffamazione a mezzo stampa.

I Giudici delle Leggi, preso atto che sono attualmente pendenti in Parlamento vari progetti di legge in materia[42], si sono appellati al principio di leale collaborazione istituzionale e hanno disposto la sospensione dei procedimenti penali nell'ambito dei quali sono state sollevate le questioni di legittimità discusse.

In attesa delle motivazioni dell'ordinanza, quel che emerge sin da ora è un chiaro monito della Corte al legislatore, il quale è stato correttamente ritenuto l'organo a cui spetta la rimodulazione del bilanciamento tra la libertà di manifestazione del pensiero e la reputazione della persona, alla luce delle indicazioni della giurisprudenza della Corte europea.

In tal senso l'ordinanza ha sicuramente un forte effetto propulsivo, non solo perché impone al legislatore un termine, ma anche perché di fatto crea una paralisi dei processi per diffamazione a mezzo stampa. Circostanza quest'ultima che potrebbe acuire le pressioni del potere giudiziario per una riforma della disciplina.

D'altro canto, non possiamo ignorare l'esistenza di alcuni fattori poco rassicuranti. Come evidenziato nei precedenti paragrafi, il travagliato iter legislativo che ha accompagnato il tentativo di riforma della diffamazione a mezzo stampa ha rivelato una sostanziale incapacità degli organi deputati a trovare un giusto equilibrio tra le contrapposte esigenze in gioco.

Ma anche in una prospettiva più ampia, già in altre occasioni, in particolare nel noto caso Cappato, il legislatore non ha saputo cogliere l'invito della Corte ad attuare interventi legislativi che fossero non solo coerenti con gli insegnamenti sovranazionali, ma anche rappresentativi dei mutamenti della società civile.

Al Parlamento il compito e il coraggio di far sì che questi precedenti non si reiterino.

Margherita Pisapia
Avvocato del Foro di Milano.

Carlotta Cherchi
Avvocato del Foro di Milano.
Dottore di ricerca in Scienze Giuridiche presso l'Università di Sassari.

[1] Si vedano sul punto le stesse ordinanze n. 140 e n. 149, emesse rispettivamente dal Tribunale di Salerno e dal Tribunale di Bari, con le quali è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale della pena detentiva nelle ipotesi di diffamazione a mezzo stampa.

[2] M. PIGNATA, *La libertà di stampa in un Paese in cerca di identità*, Historia et Ius – 12/2017.

[3] Ci riferiamo, senza pretese di completezza, al R.D.L. 727/1943 che limitava i passaggi di proprietà di imprese editoriali beneficiarie di sovvenzioni statali, con il chiaro intento di scoraggiare l'ingresso in editoria di soggetti contrari al mutamento del regime; al R.D.L. 13/1944 che introduceva l'obbligo dell'autorizzazione prefettizia per la prosecuzione delle pubblicazioni di quotidiani e periodici, la cui violazione veniva sanzionata con il sequestro e con il divieto di proseguire la pubblicazione.

[4] Più in particolare il R.D.L. 561/1946 prevedeva l'abolizione del sequestro preventivo ad opera dell'autorità di P.S.; rimaneva l'ipotesi del sequestro preventivo per violazione del buon costume e per la divulgazione di mezzi rivolti ad impedire la procreazione o a procurare l'aborto. Nelle altre ipotesi il sequestro (repressivo) poteva essere disposto dalla magistratura quale sanzione a seguito di condanna irrevocabile per reato a mezzo stampa.

[5] C. MORTATI, *La libertà di stampa in regime democratico*, "Cronache sociali", dicembre 1947.

[6] Bettiol si dichiarò concorde nel disporre un aggravamento delle pene pecuniarie e detentive nei confronti dei diffamatori a mezzo stampa, poiché riteneva che le pene previste dal codice fossero irrisorie. Cevelotto, relatore, rappresentava che la commissione aveva ritenuto di non modificare in questa sede le disposizioni codicistiche, nella imminenza di una riforma ad ampio spettro e che fosse dunque auspicabile demandare a questa sede la risoluzione del problema in punto pena. Ciò nonostante Treves poneva in risalto l'urgenza dell'aggravante. Per una ricostruzione dei lavori preparatori cfr. A. JANNITI PIROMALLO, *La legge sulla stampa. Spunti esegetici critici programmatici*, Jandi Sapi Editori, 1957.

[7] P. NUVOLONE, *Il diritto penale della Stampa*, Padova-Cedam, 1971.

[8] O. ILARI, *Diffamazione commessa col mezzo della stampa. Legge 8 febbraio 1948 n. 47 art. 3*, in Archivio penale, V, parte 1, 1949, p. 439.

[9] Scriveva a tal proposito "*L'abuso del diritto di stampa come di qualsiasi altro diritto riconosciuto e garantito, se offende un diritto altrui nei modi o termini stabiliti dalla legge civile o penale costituisce un comune illecito civilmente e penalmente sanzionato; e così ogni delitto commesso col mezzo della stampa, costituendo questa nient'altro che una nota di maggiore gravità. Le più deplorevoli incrostazioni della legge sulla stampa sono dovute proprio al concetto errato di voler sottrarre al diritto comune alcuni reati in considerazione del mezzo. D'onde la stortura di reati, come la diffamazione, che assolutamente si vogliono far rientrare, solamente perché commessi a mezzo della stampa, nella legge speciale, mentre restano nel diritto comune se perpetrati all'infuori di quel mezzo*" A. JANNITI PIROMALLO, cit., p. 170.

[10] Il testo originario dell'art. 57 c.p. recitava: "Per i reati commessi col mezzo della stampa si osservano le disposizioni seguenti: 1) qualora si tratti di stampa periodica, chi riveste la qualità di direttore o redattore responsabile risponde, per ciò solo, del reato commesso, salva la responsabilità dell'autore della pubblicazione; 2) qualora si tratti di stampa non periodica, del reato commesso risponde l'autore della pubblicazione, ovvero, se questi è ignoto o non è imputabile, l'editore, ovvero, se anche questi è ignoto o non è imputabile, lo stampatore".

[11] Già nel 2006 l'On. Pecorella evidenziava che "*sono anni che si chiede al Parlamento di superare la rigida disciplina attuale che espone il giornalista, spesso in buona fede, ad elevati rischi che possono interferire con la libertà di espressione, di critica e con il diritto di cronaca*" (G. PECORELLA, Relazione alla proposta di legge presentata il 26 maggio 2006 Atto Camera N. 918 XV Legislatura). Altrettanto critica la relazione alla proposta di legge n. 1243/2001 secondo cui "*la vigente normativa, infatti, da un lato non riesce a tutelare in modo adeguato la libertà di stampa e il diritto-dovere di informare e di essere informati – fondamentali in uno Stato democratico – e gli stessi operatori dell'informazione, talvolta esposti ad azione giudiziarie che sembrano solo rispondere a scopi propagandistici, se non addirittura intimidatori; dall'altro, non offre neppure efficaci strumenti di tutela per i cittadini*" (G. PISAPIA, 6 luglio 2001 - Atto Camera n. 1243 XIV Legislatura).

[12] Atti Camera d.d.l. n. 3735/1982, VIII Legislatura.

[13] Atti Senato XIV Legislatura. n. 3176/2004: d.d.l. "Modifiche alla legge 8 febbraio 1948, n. 47, al codice penale e al codice di procedura penale in materia di diffamazione, di diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di diffusione, di ingiuria e di condanna del querelante" approvato il 26 ottobre 2004 nel testo unificato dei disegni di legge d'iniziativa dei deputati STEFANI (26); VOLONTE`(385); SINISCALCHI, BONITO e FINOCCHIARO (539); COLA (588); ANEDDA, SELVA, COLA, STERPA e LISI(1177); PISAPIA (1243); PECORELLA (2084); PISAPIA (2764); GIULIETTI e SINISCALCHI (3021); PISAPIA (4355).

[14] Atti Camera XV Legislatura n. 918 presentato il 26 maggio 2006; Atti camera XVI Legislatura n. 881 presentato l'8 maggio 2008.

[15] Due giorni dopo la sentenza della Cassazione sul caso Sallusti, venne presentato un disegno di legge, primi firmatari gli On. Chiti e Gasparri, che eliminava le sanzioni detentive in materia di diffamazione, con l'obiettivo di "*intervenire con urgenza sulla disciplina della responsabilità per diffamazione, uniformandola agli standard europei che prevedono sanzioni pecuniarie e non detentive*" (Relazione alla proposta di legge, Atto Senato n. 3491 XVI legislatura: "Modifiche alla legge 8 febbraio 1948 n. 7 e al codice penale in materia di diffamazione", presentato il 28 settembre 2012).

[16] Atto Camera dei Deputati XVII legislatura, n. 925 presentato il 13 maggio 2013 d'iniziativa del deputato Costa; Atti Senato n. 1119-B trasmesso alla Camera il 25 giugno 2015.

[17] Come sottolineato negli atti preparatori, l'attribuzione di competenze penali al Giudice di Pace aveva già di fatto escluso la pena detentiva per i delitti di ingiuria e di diffamazione semplice, che veniva comunque formalmente eliminata per uniformare la disciplina.

[18] Atto S. 3176/2004 cit.

[19] Per la diffamazione semplice di cui al primo comma dell'art. 595 c.p. veniva prevista la pena della multa da euro 1.500 a euro 6.000, aumentata rispetto alla versione licenziata alla Camera, che prevedeva la multa fino a euro 3.000.

[20] 2ª Commissione permanente - Resoconto sommario, consultabile al sito www. Senato.it

[21] Resolution 1577/2007 "*Towards decriminalisation of defamation*"; Recommendation 1589/2003 "O*n freedom of expression in the media in Europe*"; Resolution 1920/2013 "*The state of freedom in Europe*" http://assembly.coe.int.

[22] Cass. Pen, Sez. V, 23 ottobre 2012 (ud. 26 settembre 2012), n. 41249.

[23] La Commissione Europea per la Democrazia attraverso il Diritto, nota come Commissione Venezia, è un organo consultivo del Consiglio d'Europa sulle questioni costituzionali. Opinion n. 715/2013 "*Opinion on the legislation on defamation of Italy*", 9 dicembre 2013. Per una lettura integrale: *www.venice.coe.int*.

[24] "*Criminal defamation provisions currently in force in the Italian legislation do not fully meet the European standards on freedom of expression"*, par. 82, pag.17, Opinion cit.

[25] "*Ensuring proportionality between the defamatory act and the relevant pecuniary sanctions is therefore of crucial importance",* par. 62, pag. 14 cit.

[26] Del resto, già con la sentenza CEDU *Rioli c. Italia*,17 luglio 2008, (Ric. 42211/07), la Corte stabilì il principio secondo cui anche una condanna di un giornalista (in questo caso civile) a versare una somma eccessiva, era contraria all'art. 10 della

Convenzione, in quanto "*era suscettibile di dissuaderlo dal continuare ad informare il pubblico su temi di interesse generale*", alterando il raggiungimento del giusto equilibrio tra i diversi interessi in gioco, richiesto dalla Convenzione. Il principio stabilito dalla Corte nella citata pronuncia era che nel prevedere sanzioni pecuniarie o indennizzi, i giudici nazionali dovessero considerare come parametro ineludibile "le tasche" del giornalista, ossia la sua situazione economica. In tema di violazione dell'articolo 10 della Convenzione in caso di sanzione economica, si veda anche CEDU, *Ghiulfer Predescu c. Romania*, 27 giugno 2017 (Ric. 29751/09).

[27] Cfr. par. 69, pag. 16 cit.

[28] Consulente indipendente del Consiglio dei Diritti Umani e dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite.

[29] Relazione finale del Rapporto sull'Italia del 29 aprile 2014; vedi anche Osservazioni e raccomandazioni preliminari, Roma 18 novembre 2013.

[30] A. GULLO, *La tela di Penelope. La riforma della diffamazione nel Testo unificato approvato dalla Camera il 24 giugno 2015*, Diritto Penale Contemporaneo 1/2016.

[31] CEDU, *Belpietro c. Italia*, 24 Settembre 2013 (Ric. 43612/10), pubblicata in questa rivista "*Corte EDU: no al carcere per i giornalisti salvo casi eccezionali (caso Belpietro*)". Sull'argomento cfr. C. MELZI D'ERIL, *La Corte Europea condanna l'Italia per sanzione e risarcimento eccessivi in un caso di diffamazione. Dalla sentenza qualche indicazione per la magistratura, il legislatore e le parti",* Diritto Penale Contemporaneo, 12 novembre 2012.

[32] Il Tribunale di Milano, in data 26 novembre 2007 aveva assolto l'imputato ritenendo sussistente la scriminante del diritto di critica. La Corte d'Appello di Milano, in data 16 gennaio 2009, a seguito del ricorso della Procura, riformava la sentenza condannando il direttore del giornale a quattro mesi di reclusione, pena sospesa. Con sentenza del 5 marzo 2010, la Corte di Cassazione confermava la sentenza.

[33] Articolo dal titolo "*Mafia, 13 anni di scontri tra pm e carabinieri"*, Il Giornale, 7 novembre 2004.

[34] Il *leading case* in materia è CEDU *Cumpănă e Mazăre c. Romania*, 17 dicembre 2004 (Ric. 33348/96).

[35] CEDU *Kydonis c. Grecia*, 2 aprile 2009 (Ric. 24447/07).

[36] CEDU, *Ricci c. Italia*, 8 ottobre 2013 (Ric. 30210/06). In questa rivista, *Corte EDU tra libertà di espressione e ricorso alla pena detentiva (Causa Ricci c. Italia),*14 novembre 2013.

[37] Par. 115, CEDU *Ricci c. Italia* cit.

[38] Cass. Pen., Sez. V, 23 ottobre (ud. 26 settembre 2012), n. 41249. Per un approfondimento sul tema cfr. S. TURCHETTI, *Diffamazione, pena detentiva, caso Sallusti: ancora una condanna*, Diritto penale contemporaneo, 18 marzo 2019: S. LONATI, *Diffamazione a mezzo stampa e applicazione della pena detentiva: ancora qualche riflessione a margine del cd. caso Sallusti in (perenne) attesa di un intervento del legislatore*, Medialaws - Rivista di diritto dei media, 1/2020.

[39] Con il provvedimento in questione il Presidente della Repubblica accoglieva la domanda e commutava la pena detentiva ancora da espiare in una corrispondente pena pecuniaria, pari a circa 250 euro al giorno per un totale di 15.532 euro. Nel comunicato che accompagnava il decreto, il Presidente evidenziava come "*la decisione di commutare la pena raccoglie altresì gli orientamenti critici avanzati in sede europea, in particolare dal Consiglio d'Europa, rispetto al ricorso a pene detentive nei confronti di giornalisti*", Presidenza della Repubblica, Comunicato del 21 dicembre 2012, *A proposito della commutazione della pena ad Alessandro Sallusti*.

[40] Così C. MELZI D'ERIL, cit.; vedi anche A. GULLO cit., che sottolinea come "*è proprio lo strumento penale a rivelarsi quello in condizione di assicurare il più elevato standard di garanzie per lo stesso autore del fatto*".

[41] Ordinanza cosiddetta di incostituzionalità accertata, ma non dichiarata.

[42] Il riferimento è al d.d.l. Verini e al d.d.l. Caliendo; cfr. paragrafo 4.

TRIMESTRALE, 2, 2020

Prospettive di riforma dei reati agroalimentari, rischio penale d'impresa e responsabilità degli enti. Brevi osservazioni al D.D.L. S n. 283 della XVIII Legislatura (progetto della Commissione Caselli).

di ***N. Menardo***

Il Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro della Giustizia e del Ministro delle Politiche Agricole Alimentari e Forestali, ha approvato il disegno di legge n. 283 della XVIII Legislatura, rubricato "Nuove norme in materia di reati agroalimentari". Il documento riprende di fatto i contenuti del precedente DDL n. 2231 del 2016, con il quale era stato recepito il progetto di riforma del diritto penale agroalimentare elaborato dalla Commissione istituita nel 2015 presso l'ufficio legislativo del Ministero della Giustizia e presieduta dal dott. Giancarlo Caselli.
L'esame delle "linee guida" allegate al progetto di riforma consente di individuare chiaramente i due obiettivi che hanno orientato i lavori della Commissione Caselli, influendo in modo determinante sui contenuti del disegno di legge.
Il primo consiste nella rielaborazione della struttura di reati posti tradizionalmente a tutela degli interessi protetti in materia alimentare, vale a dire la salute pubblica e il mercato di consumo. Ciò al fine di adeguare la disciplina alle più moderne forme di manifestazione della criminalità in ambito alimentare, profondamente condizionate dai progressi della scienza e della tecnologia, nonché dall'evoluzione e metamorfosi del tradizionale sistema di produzione, trasformazione e vendita di beni alimentari.
Il secondo scopo della riforma è quello d'introdurre strumenti idonei a contrastare fenomeni particolarmente gravi di frode alimentare, che nell'attuale dimensione allargata degli scambi commerciali, si manifestano attraverso condotte illecite di tipo massivo svolte in forma stabile e organizzata nell'ambito delle attività d'impresa. È ormai innegabile, infatti, che nell'attuale momento storico, il principale referente criminologico degli illeciti agroalimentari è l'impresa organizzata in forma societaria.
Per il perseguimento delle suddette finalità, la Commissione ha ritenuto indispensabile agire in modo incisivo sui capisaldi della legge n. 283/1962 e sul codice penale, con un intervento volto a dare origine a un sistema punitivo moderno e organico, che si connota per la previsione di un aggravamento delle pene per i reati di frode commessi in modo seriale, stabile e organizzato nell'ambito del mercato all'ingrosso, dinamica che ricade sotto il nome di c.d. agro-pirateria.
Al fine di rafforzare ulteriormente il sistema, è stata infine estesa ai reati agroalimentari la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche di cui al d.lgs. 231/2001, in modo di favorire l'adozione di modelli di organizzazione e controllo dell'attività d'impresa basati sulla prevenzione del fenomeno dei reati agroalimentari.

Sommario. 1. Introduzione. – **2.** Uno sguardo d'insieme. – **3.** Le principali modifiche alla Legge n. 283/1962. – **3.1.** Il nuovo art. 5 Legge n. 283/1962. – **3.2.** La delega di funzioni (art. 1-*bis* Legge n. 283/1962). – **3.3.** Il sistema delle prescrizioni. – **4.** Le principali modifiche al codice penale. – **4.1.** Delitti contro la salute pubblica. – **4.2.** Delitti contro il patrimonio agroalimentare. – **5.** Le principali modifiche al d.lgs. n. 231/2001.

1. Introduzione.

Il Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro della Giustizia e del Ministro delle Politiche Agricole Alimentari e Forestali, ha approvato il disegno di legge n. 283 della XVIII Legislatura, rubricato "*Nuove norme in materia di reati agroalimentari*".
Il documento riprende di fatto i contenuti del precedente DDL S n. 2231 del 2016, con il quale era stato recepito il progetto di riforma del diritto sanzionatorio agroalimentare elaborato dalla Commissione istituita nel 2015 presso l'ufficio legislativo del Ministero della Giustizia e presieduta dal dott. Giancarlo Caselli.
Com'è ricavabile dalla Relazione di accompagnamento al DDL S n. 283, *"Il contesto normativo e sociale che vive il comparto agricolo pone la necessità di fronteggiare urgentemente, sistemicamente e in*

maniera strutturata i fenomeni di infiltrazione malavitosa e di sfruttamento umano. Come nel cosiddetto «caporalato» si è intervenuti legislativamente, anche l'apparato produttivo e distributivo del comparto vive la necessità di protezione normativa verso fenomeni connessi all'illegalità. Il presente disegno di legge «Nuove norme in materia di reati agroalimentari» risponde a tali esigenze e viene proposto così come elaborato dalla Commissione Caselli, riprendendone fedelmente tutta la struttura. Nei 49 articoli suddivisi in 4 titoli, vengono apportate diverse modifiche e integrazioni al codice penale, alla procedura penale e viene altresì armonizzata e attualizzata la normativa in termini di reati agroalimentari anche in relazione alle leggi e agli atti aventi forza di legge complementari. Vengono introdotti nuovi reati, molti dei quali di salvaguardia anche dell'ambiente e della salute pubblica come il disastro sanitario o l'immissione nel mercato di prodotti potenzialmente nocivi per i consumatori. È previsto inoltre il reato di agropirateria, che comprende i casi di contraffazione dei marchi di qualità, delle etichette, delle procedure di produzione come la simulazione del metodo biologico e dei documenti di accompagnamento. Le finalità del presente testo non sono solo di carattere sanzionatorio, ma vengono fornite precise indicazioni preventive sull'organizzazione del controllo aziendale e sulla strutturazione delle imprese, prevedendo per esse anche facilitazioni amministrative che consentano l'adempimento dei controlli ex ante. Sono inoltre fornite modalità operative che permettono una puntuale tracciabilità e trasparenza della filiera, del percorso produttivo e distributivo del prodotto, al fine di garantire la legalità indispensabile a tutela dei consumatori. L'estensione nel titolo III delle responsabilità anche alle imprese è un chiaro indirizzo verso una filiera trasparente e un'etichettatura narrante che in maniera chiara e inopinabile metta nelle condizioni i consumatori di poter scegliere conoscendo tutta la storia dell'alimento, dalla coltivazione alla tavola. Il consumatore è centrale nel testo e da questo fulcro si sviluppano una disciplina sanzionatoria e di prevenzione atte alla salvaguardia di un patrimonio come quello del primo settore in riconoscimento del diritto alla trasparenza e alla salute"[1].

2. Uno sguardo d'insieme.

Il dato di partenza che giustifica la proposta di una riforma settoriale nei termini di cui al progetto, come evidenziato a più riprese dalla giurisprudenza, è l'inadeguatezza dell'attuale sistema punitivo a riscontrare adeguatamente le istanze di tutela della salute pubblica e del mercato degli alimenti, quest'ultimo inteso in un'accezione strettamente correlata alla figura del consumatore[2]. È stato in particolare riscontrato che a oggi rimangono prive di adeguata sanzione svariate condotte di produzione e commercializzazione di prodotti alimentari che, prese singolarmente e considerate nel breve periodo appaiono *prima facie* inoffensive, e tuttavia sono idonee a manifestare una possibile pericolosità per la salute pubblica e il mercato nel medio-lungo periodo, in ragione della sistematicità e della dimensione massiva e organizzata che le caratterizza.

Nella sistematica dei delitti contro l'incolumità pubblica, una rilevante lacuna è inoltre individuata nell'assenza di una disposizione che sanzioni l'inadempimento agli obblighi di ritiro dal mercato di alimenti pericolosi.

Ultimo dato di non poco momento che sollecita ulteriormente un intervento novativo sulla materia, è la riscontrata mancanza di una disciplina *ad hoc* della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche per i reati alimentari.

L'esame delle "*linee guida*" allegate al progetto di riforma consente di individuare chiaramente i due obiettivi di fondo che hanno orientato i lavori della Commissione Caselli, influendo in modo determinante sui contenuti del disegno di legge[3].

Il primo consiste nella rielaborazione della struttura delle fattispecie incriminatrici poste a tutela degli interessi tradizionalmente tutelati in materia alimentare (la salute pubblica e il mercato di consumo), per adeguare la disciplina punitiva alle più moderne forme di offesa dei beni giuridici protetti, profondamente condizionate dai progressi della scienza e della tecnologia, nonché dall'evoluzione e metamorfosi del tradizionale sistema di produzione, trasformazione e vendita di beni alimentari.

Il secondo scopo della riforma è quello d'introdurre nell'ordinamento strumenti idonei a contrastare (sia in termini general preventivi sia special preventivi) fenomeni particolarmente gravi di frode alimentare, che nell'attuale dimensione allargata degli scambi commerciali, si manifestano attraverso condotte illecite di tipo massivo svolte in forma stabile e organizzata nell'ambito delle attività d'impresa. È ormai innegabile, infatti, che nell'attuale momento storico, il principale referente criminologico degli illeciti agroalimentari è l'impresa organizzata in forma societaria.

Per il perseguimento dei due obiettivi ora richiamati, la Commissione ha ritenuto indispensabile agire in modo incisivo sui capisaldi della legge n. 283/1962 e sul codice penale, con un intervento volto a dare

origine a un sistema punitivo moderno e organico, connotato da un approccio repressivo scalare, in cui le fattispecie di tipo delittuoso e il più grave trattamento sanzionatorio sono riservate a fatti che esprimono (per il loro carattere doloso, la concreta messa in pericolo del bene protetto e la dimensione massiva e organizzata del fenomeno) un elevato grado di offesa agli interessi tutelati dall'ordinamento, mentre le condotte tipiche che denotano un minor grado di offensività (perché connotate da una dimensione di dettaglio e da un contegno prevalentemente colposo) vengono ricondotte al gruppo degli illeciti contravvenzionali; comportamenti isolati di tipo prodromico, perseguiti in applicazione del principio di precauzione, sono invece presidiati da sanzioni di natura meramente amministrativa.

In base ad un approccio evoluto al diritto punitivo, fondato sulla neutralizzazione del pericolo e sulla promozione del ripristino degli *standard* di legalità violati, il progetto di riforma contempla altresì l'introduzione di meccanismi estintivi degli illeciti di minore gravità, tramite il ricorso alla procedura delle "prescrizioni", già efficacemente sperimentata nelle materie della sicurezza sul lavoro e della tutela ambientale.

L'art. 5 della legge n. 283/1962 è stato integralmente riscritto e assume ora la natura d'illecito funzionalmente orientato a reprimere, attraverso la tipica struttura dei reati di pericolo astratto, condotte di gestione di alimenti che, per la violazione di disposizioni di legge o regolamentari, risultino non sicuri, pregiudizievoli per la salute o comunque inadatti per il consumo umano, ancorché non sia stata verificata in concreto la loro nocività per la salute.

Come rilevato in precedenza, il significativo mutamento delle forme di manifestazione della criminalità alimentare ha poi imposto l'adozione di strumenti efficaci per il contrasto alle frodi attuate in modo sistematico e organizzato. In questo senso, lo sforzo della Commissione Caselli si è distinto per la previsione di un trattamento sanzionatorio aggravato da applicarsi ai reati di frode commessi in modo seriale, stabile e organizzato nell'ambito del mercato all'ingrosso - c.d. *agro-pirateria* - comprensivo di pene accessorie particolarmente deterrenti nei confronti della criminalità d'impresa (sanzioni interdittive e confisca dei proventi dell'illecito, anche per equivalente e per sproporzione).

Per rafforzare ulteriormente il sistema punitivo e in linea con gli attuali *trend* di politica criminale, è stata infine estesa ai reati agroalimentari la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche di cui al d.lgs. 231/2001, in modo da favorire l'adozione di modelli di organizzazione e controllo dell'attività d'impresa basati sulla prevenzione del fenomeno dei reati agroalimentari.

All'esito di questa panoramica generale, è ora possibile esaminare con maggiore dettaglio le più importanti novità della riforma.

3. Le principali modifiche alla Legge n. 283/1962.

Il primo atto di rivoluzione riguarda la legge n. 283/1962, da sempre considerato il cardine del sistema repressivo degli illeciti alimentari, fondato sulla individuazione di precisi obblighi prevenzionali e sull'obbligo di azioni di controllo finalizzate a garantire l'igiene e la salubrità degli alimenti[4].

3.1. Il nuovo art. 5 Legge n. 283/1962.

Il principale sintomo di discontinuità rispetto al sistema vigente si rintraccia nella radicale modifica dell'art. 5 legge n. 283/1962.

Il progetto prevede, infatti, la sostituzione dell'attuale disciplina con una nuova norma a più fattispecie (alcune delittuose e altre contravvenzionali) che sanziona numerose condotte di "gestione" degli alimenti, che spaziano dalle fasi prodromiche di produzione e preparazione, a quelle tipicamente finali di commercio e somministrazione[5].

Si tratta di reati di pericolo astratto, punibili anche a titolo di colpa, che mirano in buona sostanza a colpire qualunque possibile condotta che agevoli la circolazione di alimenti in condizioni tali da consentire al legislatore di presumerne la pericolosità. È inoltre previsto un trattamento punitivo più grave se i fatti sono commessi nell'ambito del mercato della grande distribuzione o del commercio all'ingrosso[6].

Un particolare approfondimento merita l'oggetto materiale delle condotte tipizzate nell'art. 5 comma 1, individuato in tre diverse categorie di alimenti: "*non sicuri*", "*pregiudizievoli per la salute*" e "*inadatti al consumo umano*". Secondo una tecnica legislativa diffusa in ambito comunitario, il progetto prevede l'introduzione di una serie di definizioni a livello dell'art. 5-*bis* utili a delineare i connotati delle categorie sopra richiamate.

Il contributo definitorio fornito dall'art. 5-*bis* non pare però del tutto appagante (oltre a discostarsi, sul piano lessicale, dalla tassonomia di cui al Regolamento UE n. 178/2002)[7].

In proposito, particolari difficoltà ermeneutiche paiono manifestarsi con riferimento alla nozione di "*alimenti pregiudizievoli per la salute*": si tratta di un concetto che non trova alcun referente applicativo

neppure nelle fonti giuridiche secondarie e che pare porre a carico del soggetto attivo una responsabilità per non avere autonomamente supplito alle carenze di regolamentazione dell'ordinamento, generando in capo all'OSA una posizione di garanzia dal perimetro indeterminato e indeterminabile *ex ante*[8].

La definizione proposta sembra originare da una peculiare declinazione del principio di precauzione[9], la cui applicazione viene estesa a dismisura, sino a porre direttamente in capo al privato un dovere di astensione dalla gestione di prodotti alimentari o di singoli ingredienti o componenti, pur in assenza di specifici divieti o prescrizioni posti in tal senso dalle autorità competenti[10].

La compatibilità della richiamata disposizione con il principio di colpevolezza, dipenderà in larga misura dall'interpretazione che sarà data ai concetti di "accertamento" e di "conoscenza" in rapporto alla nozione di nocività che caratterizza la definizione di "*alimenti pregiudizievoli per la salute*"[11].

L'art. 5 comma 2 legge n. 283/1962 sanziona invece casi in cui, a causa della falsità o incompletezza delle informazioni commerciali abbinate ai prodotti, il consumo degli alimenti possa comportare effetti dannosi, anche solo per particolari categorie di consumatori. Il riferimento a "*effetti dannosi per la salute*" non è accompagnato da alcuna disposizione definitoria e non è agevolmente distinguibile dalle altre forme di aggressione all'interesse protetto. L'estrema genericità dell'evento giuridico descritto dall'art. 5 comma 2, imporrebbe di essere riequilibrata con la verifica della pericolosità in concreto della condotta tipizzata.

Sotto il profilo sanzionatorio, la riforma non interviene sulla struttura dell'art. 12-*bis* legge n. 283/1962, che prevede una serie di pene accessorie particolarmente afflittive quali la chiusura dello stabilimento e la revoca di licenze o autorizzazioni, di sicuro effetto deterrente rispetto agli illeciti previsti dal "nuovo" art. 5.

Prima di volgere lo sguardo alle prospettive di modifica del codice penale, occorre dare ancora conto di due importanti elementi di novità che vanno a integrare l'impianto normativo della legge n. 283/1962: l'introduzione di una specifica disciplina della delega di funzioni e la previsione di un meccanismo di estinzione dell'illecito per condotte riparatorie.

3.2. La delega di funzioni (art. 1-*bis* Legge n. 283/1962).

Sulla scorta dei principi elaborati dalla giurisprudenza in tema di gestione del rischio nelle organizzazioni complesse, posizione di garanzia e trasferimento dei poteri impeditivi, il progetto di riforma prevede - in linea con quanto già previsto dalla legislazione speciale in materia di sicurezza sul lavoro - di disciplinare espressamente l'impiego dell'istituto della "delega di funzioni" nell'ambito delle imprese agroalimentari[12].

Come noto, la delega di funzioni è atto organizzativo di natura negoziale, attraverso il quale si realizza la traslazione di specifici doveri e dei relativi poteri necessari all'adempimento, dal titolare *ex lege* (garante originario o delegante) ad altro soggetto (garante derivato o delegato)[13].

La *ratio* del suo impiego è da ricondursi alla circostanza che l'esercizio dell'attività d'impresa in forma organizzata ha raggiunto un livello di complessità tale da rendere spesso impossibile, per l'organo investito *ex lege* dell'amministrazione dell'ente - istituito garante della regolarità d'innumerevoli adempimenti normativi nei più svariati ambiti - provvedere personalmente e direttamente al corretto, tempestivo ed efficace adempimento di tutti gli obblighi che l'ordinamento pone a suo carico.

Al fine di ovviare allo iato che può manifestarsi tra il regime di responsabilità formale e astratto previsto dall'ordinamento giuridico e il ruolo concretamente svolto dal garante originario nella dimensione articolata e dinamica dell'attività d'impresa, evitando al contempo di favorire fenomeni di arbitraria deresponsabilizzazione, si è ritenuto di legittimare il trasferimento per via negoziale di specifici obblighi e responsabilità del titolare *ex lege* in capo a un altro soggetto, purché connotato da una serie di requisiti e in ogni caso entro specifici limiti. La struttura, i requisiti e gli effetti della delega di funzioni, originariamente enucleati dalla giurisprudenza, sono stati positivizzati per la prima volta nel testo unico della sicurezza sul lavoro (art. 16 d.lgs. n. 81/2008)[14].

Ebbene, il progetto di riforma elaborato dalla Commissione Caselli, allo scopo di ovviare ai fenomeni di dissociazione tra destinatario *ex lege* della posizione di garanzia e gestore effettivo del rischio nelle organizzazioni complesse, ha ritenuto utile introdurre, a livello dell'art. 1-*bis* legge n. 283/1962, una disciplina *ad hoc* della delega di funzioni per le imprese agroalimentari, che ricalca sotto tutti i punti di vista quella prevista dal testo unico della sicurezza sul lavoro.

I requisiti di ammissibilità della delega sono: la forma scritta, la data certa, l'accettazione espressa, la pubblicità della stessa, il possesso di requisiti di professionalità ed esperienza in capo al delegato, l'attribuzione di poteri di organizzazione, gestione e

controllo e di un'autonomia di spesa richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate e funzionali al loro adempimento.
È prevista anche la facoltà di *sub*-delega di particolari attività, previa intesa con il garante originario.
In linea con gli orientamenti e i principi formulati sul punto dalla giurisprudenza, resta sempre fermo un dovere di vigilanza del delegante sul corretto espletamento delle funzioni trasferite mediante delega o *sub*-delega, con obbligo di avocazione in caso d'inadempimento[15].

3.3. Il sistema delle prescrizioni.

L'ultimo intervento di rilievo sull'impianto della legge n. 283/1962 è quello che introduce, a livello dell'art. 12-*ter*.1 e seguenti, un meccanismo premiale di estinzione delle contravvenzioni attraverso il procedimento delle "prescrizioni", già efficacemente sperimentato nell'ambito della disciplina della sicurezza sul lavoro (d.lgs. 759/1994) e in materia di tutela ambientale (d.lgs. 152/2006, come modificato dalla legge n. 68/2015).
Valorizzando una politica criminale ispirata a favorire la reintegrazione degli *standard* di sicurezza alimentare di cui l'autorità abbia riscontrato la violazione e tenuto conto del principio di *extrema ratio* del ricorso alla sanzione penale, il progetto di riforma prevede, per le sole ipotesi contravvenzionali della legge n. 283/1962 che non abbiano cagionato un danno o un pericolo concreto e attuale di danno alla salute pubblica e alla sicurezza alimentare e la cui realizzazione dipenda da rischi che possono essere neutralizzati o rimossi, la possibilità per il soggetto attivo di estinguere il reato.
Ciò a due condizioni: i) il tempestivo adempimento alle prescrizioni impartite dall'organo di vigilanza che abbia accertato la commissione di un illecito contravvenzionale "sanabile", ii) il pagamento in via amministrativa di una somma in denaro, pari a un terzo del massimo edittale dell'ammenda prevista per l'illecito contestato. In caso d'inadempimento anche di uno solo dei due obblighi, il procedimento penale proseguirà nelle forme ordinarie[16].
In pratica, tenuto conto dei limiti caratteristici dei reati per cui è previsto il ricorso al procedimento estintivo poc'anzi descritto (contravvenzioni che non abbiano cagionato un danno o un pericolo concreto e attuale, i cui effetti possono essere prontamente neutralizzati), il campo elettivo di applicazione di questo meccanismo sarà quello dei fatti di cui all'art. 5 legge n. 283/1962 commessi dal commerciante al dettaglio, puniti con l'arresto o l'ammenda.
L'eliminazione delle fonti di potenziale rischio e delle eventuali conseguenze dannose del reato incide anche sulla fattispecie colposa di cui all'art. 5 comma 3: l'art. 12-*novies* legge n. 283/1962 prevede la possibilità per il giudice di sostituire la pena dell'arresto con il pagamento di una somma, secondo i criteri di ragguaglio di cui all'art. 135 c.p.
In un contesto di marcata pan-penalizzazione che caratterizza il progetto di riforma, è certamente apprezzabile la decisione di introdurre meccanismi premiali, che oltre alla già menzionata funzione ripristinatoria hanno indubbiamente una importante efficacia deflattiva e rappresentano l'attuazione pratica dei principi di proporzione e progressività che, nelle intenzioni dichiarate della Commissione Caselli, dovrebbero connotare la riforma del sistema punitivo.

4. Le principali modifiche al codice penale.

Il secondo ambito d'intervento del progetto di riforma riguarda il codice penale.
Il disegno di legge interviene in particolare sui due gruppi di reati tradizionalmente associati al settore alimentare, vale a dire i delitti contro la salute pubblica e i delitti contro l'industria e il commercio[17].

4.1. Delitti contro la salute pubblica.

In base al progetto di riforma, il titolo VI del libro II del codice penale, rubricato "*dei delitti contro l'incolumità pubblica*", viene modificato con un espresso riferimento alla "*salute pubblica*" quale ulteriore interesse protetto dalle fattispecie ivi contenute: sebbene si tratti di una variazione di carattere eminentemente simbolico, la stessa mette in risalto il particolare bene immateriale che la riforma mira a presidiare.
Passando a esaminare le modifiche sostanziali apportate al titolo VI del libro II del codice penale, occorre in primo luogo registrare l'introduzione del delitto di "*disastro sanitario*" (art. 445-*bis* c.p.).
Trattasi di un'ipotesi riconducibile alla tassonomia dei reati aggravati dall'evento, che sanziona con la reclusione da sei a diciotto anni i fatti di cui agli artt. 439 *bis*, 440, 441, 442, 443, 444 e 445 c.p. da cui per colpa sia derivata *"la lesione grave o la morte di tre o più persone e il pericolo grave e diffuso di analoghi eventi ai danni di altre persone*". La *ratio* che ha mosso la Commissione Caselli a elaborare questa nuova disposizione incriminatrice deriva dalla necessità di contrastare i fenomeni di consumo cumulativo di alimenti che unitariamente considerati non assumono rilevanza penale autonoma ai fini dell'individuazione del pericolo per la salute pubblica.

Secondo le già richiamate linee guida, questa nuova fattispecie "*si staglia come ipotesi aggravata e autonoma di singoli mini-disastri*" che la precedono, *"allo scopo di rafforzare la tutela in questi settori rispetto ai casi di difficile prova della causalità individuale"*... *"la inedita fattispecie ... si configura come un evento aggravatore unitario"*, che dunque *"non assorbe le lesioni o le morti individuali perché non ne richiede la prova"*.

Secondo l'opinione dei promotori, ai fini della riconducibilità dell'evento al reato base, sarebbe così sufficiente la prova epidemiologica della causalità, non essendo necessario procedere alla più rigorosa verifica imposta dai principi vigenti in materia di c.d. causalità individuale[18].

L'altro intervento riformatore sul titolo VI riguarda la sintesi dei tre delitti di cui agli artt. 440, 442 e 444 c.p. in un'unica fattispecie criminosa *sub* art. 440 c.p. rubricata "*produzione, importazione, esportazione, commercio, trasporto, vendita o distribuzione di alimenti pericolosi o contraffatti*", che sanziona con la reclusione da due a otto anni una serie di condotte tipicamente connesse alla filiera del commercio agroalimentare, allorché le stesse riguardino alimenti "*contraffatti, adulterati, non sicuri, pregiudizievoli per la salute o inadatti al consumo umano*" e abbiano cagionato un pericolo concreto per la salute pubblica nella consumazione del prodotto.

L'elemento costitutivo del pericolo concreto dovrebbe consentire di distinguere l'ambito applicativo di tale disposizione da quello dell'art. 5 legge n. 283/1962 come modificato dal progetto.

Il riferimento ai concetti di alimenti "*non sicuri*", "*pregiudizievoli per la salute*" o "*inadatti al consumo umano*", rimanda all'oggetto materiale della già esaminata fattispecie di pericolo astratto: con la conseguenza che, per l'integrazione del reato di cui all'art. 440 c.p., sarà necessario accertare l'esistenza di uno dei fatti tipizzati dall'art. 5 legge n. 283/1962, oltre a un *quid pluris* consistente nella verificazione di un evento (giuridico) di pericolo concreto, vale a dire la messa in pericolo della salute pubblica nella consumazione del prodotto[19].

Può dunque affermarsi che tra le due disposizioni incriminatrici sussiste un rapporto di progressione criminosa.

Oltre alle problematiche definitorie già esaminate analizzando la struttura dell'art. 5 legge n. 283/1962, la fattispecie di cui all'art. 440 c.p. pone ulteriori rilevanti questioni interpretative, solo parzialmente mitigate dal "nuovo" art. 445-*ter* c.p. e dalle definizioni rintracciabili nelle fonti sovranazionali (scarsamente aderenti ai principi di tassatività e determinatezza quali declinazioni irrinunciabili del principio di legalità). Particolare attenzione merita la nozione di "*evento di pericolo per la salute pubblica*" agli effetti della legge penale, che il progetto di riforma descrive come comprensivo (e dunque non esaustivo) di "*quello derivante da consumi cumulativi in quantità normali delle acque o dei prodotti o sostanze alimentari già distribuite o vendute ed è accertato con riferimento al tempo della loro distribuzione, vendita o messa in commercio*".

Nel progetto di riforma, l'illecito di "*omesso ritiro di alimenti pericolosi*" di cui all'art. 442 c.p. viene ridefinito nei suoi confini e declinato attraverso la descrizione di due modalità della condotta, che si distinguono in base alla circostanza che il prodotto agroalimentare abbia già raggiunto o meno il consumatore. Si tratta di una fattispecie omissiva propria sanzionata sia a titolo di dolo sia di colpa, che assume quale presupposto della condotta l'accertamento di una situazione di pericolosità connessa al consumo dell'alimento, e che si perfeziona quando il soggetto attivo non interviene per neutralizzare gli effetti di tale pericolosità attraverso il ritiro del prodotto dal mercato o il richiamo presso gli altri soggetti a valle della filiera, secondo le procedure previste dal Regolamento UE n. 178/2002. La disposizione incriminatrice si distingue da quella speculare prevista dal Codice del Consumo (art. 112 d.lgs. 205/2006, inapplicabile al settore alimentare) per l'evento di pericolo concreto per la consumazione dell'alimento[20].

È inoltre prevista l'introduzione di un nuovo art. 439-*bis* c.p., che mira a sanzionare tutte le condotte di "*contaminazione o corruzione di acque o alimenti destinati alla collettività*".

L'elemento distintivo rispetto al reato di avvelenamento di cui all'art. 439 c.p., è dato dalla minore gravità e pericolosità della condotta tipica[21].

La *ratio* di questa integrazione è da ricercarsi nel *deficit* di tutela riscontrato dalla Commissione Caselli per la repressione dei casi di contaminazione concernenti i consumi collettivi di acque di falda che però non siano caratterizzati da gravità e pericolosità tali da poter essere sussunte nella fattispecie di avvelenamento di cui all'art. 439 c.p.[22].

Qualora le condotte di contaminazione o corruzione si verifichino nell'ambito di una attività del produttore alimentare (es. imbottigliamento, ...), sarà invece applicabile il "nuovo" art. 440 c.p.

L'art. 452 c.p. chiude il cerchio dell'intervento riformatore, assicurando tutela penale anche in relazione ai fatti colposi, prevedendo un trattamento

sanzionatorio attenuato laddove alcuni dei delitti appena esaminati siano stati commessi con colpa[23].

4.2. Delitti contro il patrimonio agroalimentare.

Nell'ambito dei "*delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio*", il disegno di legge propone un'integrazione della rubrica del titolo VIII del libro II del codice penale, che prevede l'espresso richiamo al *patrimonio agroalimentare* quale ulteriore bene giuridico protetto dalla rinnovata disciplina dei reati di frode, allo scopo di valorizzare le istanze di protezione della filiera alimentare intesa come entità complessa costituita dalle peculiarità del territorio di origine dei prodotti alimentari e dalle tradizioni ancorate all'attività di produzione e trasformazione degli stessi, aldilà delle caratteristiche organolettiche dei singoli alimenti.

Passando all'analisi delle modifiche normative del titolo in commento, è opportuno segnalare immediatamente l'intervento del progetto di riforma più innovativo dal punto di vista politico criminale, ovvero l'introduzione della disciplina della c.d. *"agro-pirateria*" (art. 517-*quater*1 c.p.)[24].

Il fondamento di questa nuova disposizione viene individuato dalla Commissione Caselli nell'esigenza di contrastare con strumenti efficaci il fenomeno di aggressione stabile, organizzata e massiccia al patrimonio agroalimentare, che si manifesta tradizionalmente attraverso illeciti commessi nell'ambito delle attività d'impresa, gravemente allarmanti sul piano sociale e estremamente dannose dal punto di vista empirico e criminologico.

In analogia a quanto previsto dall'art. 474-*ter* c.p. in materia di tutela penale dei marchi e brevetti, dinanzi alla necessità di contrastare modalità organizzate di esecuzione delle frodi alimentari, l'art. *517-quater*1 c.p. prevede un trattamento sanzionatorio particolarmente afflittivo per chi, al fine di trarne profitto, commette alcuno dei reati di frode alimentare di cui agli artt. 516, 517 e 517-*quater* c.p. *"in modo sistematico e attraverso l'allestimento di mezzi o attività organizzate"*.

Si tratta di una scelta di politica criminale già applicata in ambito agroalimentare, nella legislazione settoriale dedicata alla filiera degli oli di oliva vergini (art. 14 legge n. 9/2013).

Alla base della decisione di introdurre una simile disciplina a livello generale, vi è l'esigenza di individuare uno strumento idoneo a reprimere in modo adeguato comportamenti che, pur connotati da organizzazione e sistematicità, non siano sussumibili nelle fattispecie associative di cui all'art. 416 c.p. o all'art. 416 *bis* c.p., a causa della difficoltà di raggiungere la prova dell'esistenza degli elementi costitutivi tipici del sodalizio criminoso.

È bene precisare che, sebbene sul piano casistico le condotte tipizzate si manifestino attraverso il fenomeno del concorso di persone, la fattispecie descritta dall'art. 517-*quater*1 c.p. è di tipo mono-soggettivo, sicché la pluralità di compartecipi (diversamente dai reati associativi) non è requisito essenziale per il perfezionamento dell'illecito.

Alla luce di tali considerazioni di fondo, rintracciabili nelle linee guida al progetto di riforma, pare ragionevole ritenere che gli elementi costitutivi di "*sistematicità*" e di "*allestimento di mezzi o attività organizzate*" impongano sul piano probatorio l'accertamento dell'esistenza di un accordo tra gli (eventuali) compartecipi per la commissione di più delitti ed un'organizzazione che sul piano strutturale, per stabilità e permanenza, costituisce un *minus* rispetto all'articolazione tipica dell'associazione per delinquere, ed un *quid pluris* rispetto al concorso di persone *ex* art. 110 c.p.

Quanto all'elemento soggettivo, il delitto è caratterizzato da un dolo specifico di profitto.

Sul piano sanzionatorio, gli obiettivi di prevenzione generale e speciale sono perseguiti abbinando alla pena principale (reclusione da tre a sette anni e multa variabile da 15.000 a 100.000 euro) sanzioni accessorie particolarmente afflittive: l'interdizione temporanea dall'esercizio di uffici direttivi nelle imprese; il divieto temporaneo di effettuare, anche per interposta persona, promozione commerciale di prodotti; la confisca (anche per equivalente) di prodotto, profitto e prezzo del reato; in caso di recidiva, la confisca per sproporzione, di tutti i beni e le utilità di cui il condannato non può giustificare la provenienza e di cui abbia la disponibilità, anche per interposta persona, in valore sproporzionato rispetto al reddito dichiarato o all'attività economica; il divieto temporaneo di ottenere autorizzazioni, concessioni, o abilitazioni per l'esercizio di attività commerciale; il divieto temporaneo di accesso a contributi, finanziamenti, agevolazioni o altre erogazioni pubbliche. Nei casi di recidiva specifica o di particolare gravità, il giudice può disporre la chiusura temporanea dell'attività.

Non si può tuttavia trascurare che, sul piano strutturale, la situazione tipizzata dall'art. 517-*quater*1 c.p. potrebbe essere qualificata come circostanza aggravante a effetto speciale dei reati base di cui agli artt. 516, 517 e 517-*quater* c.p., esponendosi così al giudizio di bilanciamento di cui all'art. 69 c.p.

Ciò comporta, sul piano pratico, se non la neutralizzazione degli effetti deterrenti correlati al peculiare trattamento sanzionatorio previsto, quantomeno un loro drastico ridimensionamento.

Oltre ad introdurre questo nuovo strumento di contrasto alla criminalità agroalimentare, la riforma interviene sulle fattispecie già esistenti, modificando significativamente la struttura e l'ambito operativo delle disposizioni del capo II, che viene rinominato "*delle frodi in commercio di prodotti alimentari*".

Sul punto, la scelta della Commissione Caselli si è orientata sull'opzione di lasciare inalterata la disciplina generale della frode in commercio contenuta nell'art. 515 c.p., diretta a reprimere in via generale tutti i fenomeni frodatori "corti" (limitati cioè alla fase commerciale e connotati da contraffazioni episodiche o locali), disciplinando specificamente la frode alimentare in una diversa disposizione, vale a dire l'art. 516 c.p.

Il precedente illecito di vendita di sostanze alimentari non genuine, è stato dunque modificato nella struttura e nel *nomen iuris*: "*frode in commercio di prodotti alimentari*"[25].

La realizzazione di una disciplina *ad hoc* per gli illeciti di frode in ambito alimentare, è giustificata dalla necessità di anticipare la tutela dell'interesse protetto alle fasi antecedenti a quella meramente commerciale, estendendo e rafforzando la protezione del patrimonio agroalimentare da fenomeni frodatori sin dalla fase genetica del prodotto.

L'art. 516 c.p., sanzionando tutte le attività agricole, industriali, commerciali e d'intermediazione *lato sensu* gestionali - importazione, esportazione, spedizione in transito, introduzione, deposito doganale, trasporto, detenzione, vendita, somministrazione - aventi ad oggetto "*alimenti che per origine, provenienza, qualità o quantità sono diversi da quelli indicati, dichiarati o pattuiti*", diventa così la nuova fattispecie base di frode in commercio di alimenti, volta a tutelare la generalità dei consumatori ("anello debole" del mercato) da fenomeni di *aliud pro alio,* prima ancora che l'offesa possa concretizzarsi in un singolo atto di vendita[26].

Si tratta di un'ipotesi che si pone in rapporto di genere a specie rispetto alle figure delittuose di cui agli artt. 517 c.p. e 517-*quater* c.p., destinata ad assumere la funzione di norma di chiusura del sistema delle frodi alimentari, da applicarsi in via sussidiaria a tutti quei raggiri non riconducibili, per oggetto materiale o modalità della condotta, alle due ipotesi speciali di frode.

La prima di queste è quella inserita a livello dell'art. 517 c.p., di cui il disegno di legge propone l'integrale riscrittura sotto la rubrica "*vendita di alimenti con segni mendaci*".

La nuova disposizione incriminatrice reprime una particolare ipotesi di frode, che si distingue dall'art. 516 c.p. per le modalità della condotta: il fatto tipico è individuato nella condotta di chi *"al fine di indurre in errore il consumatore … utilizza falsi o fallaci segni distintivi o indicazioni, ancorché figurative, ovvero omette le indicazioni obbligatorie sull'origine o provenienza geografica ovvero sull'identità o qualità del prodotto in sé o degli ingredienti che ne rappresentano il contenuto qualificante"*[27].

La fattispecie sanziona quei comportamenti di utilizzo di segni (diversi dai marchi registrati) che inducono il consumatore a ritenere che il prodotto acquistato abbia qualità diverse da quelle che effettivamente possiede.

Il bene giuridico protetto in via primaria da questa nuova disposizione non è più l'economia pubblica, ma la fiducia del consumatore quale requisito indispensabile delle dinamiche di mercato, come dimostrato, finalità ingannatoria che deve connotare la condotta e che, sotto il profilo dell'elemento soggettivo qualifica la disposizione in commento come reato a dolo specifico.

Nella prassi potrebbe non essere particolarmente agevole tracciare un confine chiaro tra il reato in commento e gli illeciti di varia natura previsti in materia di etichettatura dei prodotti alimentari.

Posto che il discrimine si pone essenzialmente sul piano dell'elemento soggettivo - vale a dire l'esistenza o meno della finalità di ingannare il consumatore - la cui prova tramite l'analisi di fatti esteriori è notoriamente ostica, potrebbe risultare spesso impossibile provare l'esistenza di una peculiare connotazione teleologica della condotta del soggetto attivo, soprattutto laddove il fatto si manifesti nella forma omissiva tipizzata dall'art. 517 c.p. (omissione di indicazioni obbligatorie).

Il progetto elaborato dalla Commissione Caselli prevede poi la modifica dell'art. 517-*quater* c.p., che secondo le intenzioni del disegno riformatore dovrebbe rispondere adeguatamente alle esigenze di repressione dei fenomeni di "*contraffazione di alimenti a denominazione protetta"*.

L'intervento, che prevede anche l'abrogazione dell'art. 517-*ter* c.p. (*infra*), mira a razionalizzare la protezione di quelle peculiari forme di privativa che contraddistinguono il settore alimentare e sono strettamente correlate alla protezione della qualità

dei prodotti attraverso la loro riconducibilità a un'area geografica e/o a una filiera espressione di una tradizione produttiva ritenuta meritevole di protezione dall'ordinamento nazionale e comunitario[28].
Ai fini del perfezionamento del reato è sufficiente la contraffazione in sé, non essendo necessaria la dimostrazione dell'idoneità della condotta a trarre in errore il consumatore.
Questo dimostra che l'interesse protetto non è (o non è solo) quello proprio del consumatore, quanto invece la tutela del mercato nel suo complesso: l'imitazione illecita di un "modello protetto" di prodotto alimentare pone in pericolo la certezza e fiducia negli scambi commerciali e lede gli interessi della comunità di produttori locali e delle tradizioni di cui il prodotto costituisce espressione.
È dunque comprensibile che la disposizione si concentri sulle condotte di contraffazione e adulterazione degli alimenti, che generano un'apparenza di prodotto e che sono punite (in linea con l'approccio estensivo già riscontrato nella frode in commercio di prodotti alimentari di cui all'art. 516 c.p.), anche nelle fasi prodromiche a quella tipicamente commerciale.
L'art. 517-*quater* comma 2 c.p. prevede, quale condizione obiettiva di punibilità del fatto tipico, che siano state osservate le norme interne, comunitarie e derivanti dalle convenzioni internazionali in materia di tutela delle indicazioni geografiche e delle denominazioni di origine[29].
Il disegno di legge propone altresì la riscrittura dell'art. 517-*bis* c.p., prevedendo l'introduzione di alcune circostanze aggravanti.
Le tre circostanze che comportano un aumento delle pene previste dagli artt. 516 c.p., 517 c.p. e 517-*quater* c.p., sono i) la redazione o l'utilizzo di falsi documenti di trasporto o false dichiarazioni agli organi di vigilanza, ii) la simulazione di una produzione biologica e iii) la commissione dei fatti nell'ambito, nelle forme o per le finalità della grande distribuzione o del commercio all'ingrosso.
In ultimo, in un'ottica di razionalizzazione e di maggior coerenza sistematica della disciplina, viene disposta l'abrogazione dell'art. 517-*ter* c.p. vigente e la ricollocazione dei contenuti normativi della disposizione nell'ambito della tutela della pubblica fede, attraverso un'integrazione degli artt. 473 e 474 c.p. che tutelano i diritti di privativa.
Infine, le "disposizioni comuni" di cui agli artt. 518, 518-*bis* e 518-*ter* c.p. del progetto di riforma mirano a rafforzare, sotto il profilo sanzionatorio, l'efficacia general-preventiva e special-preventiva della disciplina complessiva delle frodi alimentari, prevedendo pene accessorie estremamente afflittive quali la pubblicazione della sentenza, sanzioni interdittive o sospensive idonee a impedire la prosecuzione delle attività illecite, la revoca di qualunque genere di provvedimento abilitativo o autorizzativo, la preclusione dell'accesso a contributi o finanziamenti pubblici. È inoltre prevista la confisca diretta o per equivalente delle cose pertinenti e del prodotto, profitto e prezzo del reato (fatti salvi i diritti dei terzi in buona fede), anche in casi di applicazione della pena su richiesta delle parti *ex* art. 444 c.p.p.

5. Le principali modifiche al d.lgs. n. 231/2001.

Come già anticipato, in ragione dell'esigenza di adeguare gli strumenti di repressione alle nuove forme di attentato ai beni giuridici tutelati in ambito agroalimentare, la Commissione Caselli ha proposto l'estensione alla materia *de qua* della disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, attraverso l'integrazione del catalogo dei reati presupposto e la previsione di uno specifico modello organizzativo di gestione e controllo finalizzato alla prevenzione dei reati agroalimentari[30].
Sotto il primo profilo, coerentemente con la trasformazione della criminalità agroalimentare da fenomeno estemporaneo e isolato a dinamica che si manifesta sempre più frequentemente nella dimensione organizzata dell'attività d'impresa, il disegno di legge prevede l'introduzione, nel catalogo dei reati presupposto che fanno insorgere una responsabilità dell'ente *ex* d.lgs. 231/2001, dei reati agroalimentari risultanti dalla riforma del codice penale[31].
In particolare, il progetto prevede lo spacchettamento del vigente art. 25-*bis*1 d.lgs. 231/2001 in tre differenti disposizioni, aventi a oggetto rispettivamente i delitti contro l'industria e il commercio (art. 25-*bis*1), le *frodi in commercio di prodotti alimentari* (art. 25-*bis*2) e i *delitti contro la salute pubblica* (art. 25-*bis*3), così ricomprendendo nella sistematica della responsabilità da reato sia le fattispecie poste a tutela della salute pubblica che quelle a tutela del mercato dei prodotti agroalimentari[32] [33] [34].
In caso di accertamento degli elementi costitutivi di una responsabilità *ex* d.lgs. 231/2001 è prevista l'irrogazione all'impresa sia di sanzioni pecuniarie proporzionali (secondo il tipico paradigma previsto dal decreto), sia di sanzioni interdittive gravemente afflittive, ivi compresa l'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività.
Il secondo fronte d'intervento sul d.lgs. 231/2001, che le linee guida al progetto della Commissione Caselli collegano all'intenzione di operare una riforma

"potenzialmente idonea ad incentivare politiche aziendali della sicurezza alimentare e della lealtà commerciale", prevede l'introduzione di un art. 6-*bis*, che istituisce e disciplina uno specifico modello di organizzazione e gestione per la prevenzione dei reati agroalimentari la cui adozione ed efficace attuazione consente di fruire di una presunzione relativa di idoneità, con evidenti conseguenze in termini di esenzione (o attenuazione) della responsabilità dell'ente per reati eventualmente commessi nel suo interesse o a suo vantaggio[35].

In particolare, con una scelta sistematica forte (che ha destato non poche perplessità in dottrina) il progetto propone di affiancare all'archetipo di modello "generale" previsto dall'art. 6 d.lgs. 231/2001, un nuovo art. 6-*bis* che introduce un prototipo di modello organizzativo "dedicato" alle imprese operanti nel settore alimentare, con caratteristiche eterogenee rispetto al primo e specifici obblighi di *self regulation* che contemplano tra l'altro:

- il rispetto degli *standard* relativi alla fornitura di informazioni sugli alimenti;
- attività di verifica sui contenuti delle comunicazioni pubblicitarie al fine di garantire la coerenza degli stessi rispetto alle caratteristiche del prodotto;
- attività di vigilanza con riferimento alla rintracciabilità, ovvero alla possibilità di ricostruire e seguire il percorso di un prodotto alimentare attraverso tutte le fasi della produzione, della trasformazione e della distribuzione;
- attività di controllo sui prodotti alimentari, finalizzati a garantire la qualità, la sicurezza e l'integrità dei prodotti e delle relative confezioni in tutte le fasi della filiera;
- procedure di ritiro o di richiamo dei prodotti alimentari importati, prodotti, trasformati, lavorati o distribuiti non conformi ai requisiti di sicurezza degli alimenti;
- attività di valutazione e di gestione del rischio, compiendo adeguate scelte di prevenzione e di controllo;
- periodiche verifiche sull'effettività e sull'adeguatezza del modello.

È inoltre richiesto che il modello, in base alla natura e alle dimensioni dell'organizzazione e del tipo di attività svolta, preveda:

- idonei sistemi di registrazione dell'avvenuta effettuazione delle attività ivi prescritte;
- un'articolazione di funzioni che assicuri le competenze tecniche e i poteri necessari per la verifica, valutazione, gestione e controllo del rischio, nonché un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate;
- un idoneo sistema di vigilanza e controllo sull'attuazione del medesimo modello e sul mantenimento nel tempo delle condizioni di idoneità delle misure adottate.

Le modeste dimensioni dell'impresa organizzata in forma societaria, consentono di poter beneficiare di alcune semplificazioni operative, dettagliatamente descritte nell'art. 6-*bis* commi 3 e 4 d.lgs. 231/2001[36].

La matrice di questa peculiare tipologia di modello organizzativo è quella su cui si fondano le regole e procedure operative poste a livello internazionale e comunitario per la gestione del rischio alimentare.

Si tratta della declinazione normativa del metodo di gestione iterativo noto nelle scienze aziendalistiche come *Ciclo di Deming*, che attraverso un approccio scientifico alle esigenze di controllo e miglioramento continuo dei processi e dei prodotti, propone lo sviluppo delle attività gestionali dell'impresa secondo quattro fasi: "*plan, do, check, act*"[37].

La scelta di normare in modo specifico i contenuti di un modello esimente, risulta apprezzabile se si considera la necessità - avvertita da tempo nella materia *de qua* - di avere credibili referenti contenutistici per l'elaborazione del modello, quantomeno tali da garantire all'impresa la possibilità di conoscere preventivamente e in modo sufficientemente determinato e tassativo le condizioni di esenzione della responsabilità da reato, conformemente ai tradizionali corollari del principio di legalità che governa anche la disciplina della responsabilità degli enti (art. 2 d.lgs. 231/2001)[38].

Consente inoltre di ridurre i margini di apprezzamento del giudice in merito alla completezza contenutistica del modello organizzativo, esigenza fondamentale alla luce del pregiudizio, tutt'ora diffuso nella giurisprudenza di merito, nei confronti di tutti gli istituti di *self regulation* e *self control* introdotti nell'ordinamento dalle politiche neo-liberiste adottate negli ultimi decenni.

Tuttavia, la proposta di modifica del d.lgs. 231/2001 presta il fianco ad alcuni rilievi metodologici e contenutistici.

In primo luogo, l'assetto delineato dalla riforma non esclude l'obbligo per le imprese alimentari di dotarsi anche di un "modello ordinario" per i reati-presupposto estranei al perimetro della sicurezza alimentare, con evidenti problemi di duplicazione e convivenza dei sistemi di *compliance*.

Sotto altro profilo, l'ambito di applicazione dell'art. 6-*bis* è adeguatamente definito sotto il profilo

soggettivo (si applica solo alle imprese alimentari costituite in forma societaria), ma non individua specificamente quali siano i reati-presupposto che il "modello speciale" deve mirare a prevenire e con riferimento ai quali la sua adozione potrebbe avere efficacia esimente, generando quindi incertezza sul fondamentale aspetto operativo.
Dal punto di vista sistematico, il "modello speciale" rimanda alla disciplina generale di cui all'art. 6 d.lgs. 231/2001, ma non fa alcun rinvio all'art. 7, generando forti dubbi su quale sia l'assetto giuridico di riferimento per l'ipotesi che il reato presupposto sia commesso da soggetti non apicali.
Un problema particolarmente rilevante si pone inoltre con riferimento alle caratteristiche del peculiare organo di vigilanza incaricato di verificare l'adozione e l'efficace attuazione del modello speciale: l'art. 6-*bis* fa infatti riferimento a competenze che parrebbero *prima facie* sottendere una vera e propria posizione di garanzia penalmente rilevante, con una pericolosa confusione tra il ruolo dell'organismo di vigilanza previsto dal paradigma proposto dal d.lgs. 231/2001 e i garanti aziendali tenuti a tutelare in via immediata e diretta i beni giuridici protetti.
Infine, tra i reati presupposto oggetto di nuova introduzione non sono contemplati quelli di cui all'art. 5 legge n. 283/1962, che secondo gli intenti della riforma costituirebbe la norma cardine dell'intero impianto repressivo.
Senza dubbio si può affermare che lo strumento delineato dalla disciplina della responsabilità degli enti ha un grande potenziale general-preventivo e special-preventivo, poiché impone all'impresa di adottare meccanismi di *compliance* a carattere prevenzionistico, basati sulla valutazione del rischio e sull'adozione di adeguate misure di prevenzione e tutela della sicurezza alimentare.
La scelta del progetto di riforma di puntare sulla diretta responsabilizzazione dell'impresa quale autonomo centro d'interessi e come tale suscettibile di favorire fenomeni di devianza, dimostra la centralità che sta progressivamente assumendo lo strumento dell'autocontrollo nelle scelte di politica criminale di regolamentazione del c.d. "diritto penale del rischio"[39].
In tale contesto, risulta ormai non più rinviabile, per le imprese che intendano preservare o implementare la propria competitività sul mercato globale, la necessità di investire su politiche di *risk assessment* e *risk management* che consentano all'ente di perseguire l'oggetto sociale in modo efficiente, esternalizzando i rischi economici connessi alla violazione delle regole che governano il mercato di riferimento.
Una decisa svolta in questo senso dipende però in gran parte dall'efficacia deterrente delle misure punitive previste dall'ordinamento a carico delle imprese che si discostino dal paradigma dell'agire virtuoso[40].
Posto che, secondo un'efficace definizione, la "controspinta al crimine" è la certezza della sanzione, occorre prendere atto con rammarico della circostanza che, pur essendo in vigore ormai da quasi vent'anni, la disciplina della responsabilità amministrativa degli enti è nei fatti disapplicata e i pochi uffici giudiziari (se rapportati al complesso del territorio nazionale) che inizialmente si sono distinti per un'applicazione pressoché sistematica del d.lgs. 231/2001, hanno recentemente registrato un *trend* negativo rispetto al passato, in totale controtendenza con il progressivo incremento della categoria dei reati-presupposto[41].
In sostanza, alla data odierna l'applicazione della disciplina *de qua* è tutt'altro che uniforme e pervasiva[42].
Questo aspetto prasseologico contribuisce a ridurre in concreto l'attitudine intimidatoria del sistema, abbattendo considerevolmente l'efficacia orientativa della disciplina all'adozione di modelli virtuosi di *governance* con funzione di prevenzione e mitigazione del rischio.
Con la conseguenza che, oggi, la scelta di dotarsi o meno di un modello di organizzazione per la prevenzione dei reati d'impresa, non comportando in concreto una significativa variazione del rischio di subire delle sanzioni, è sostanzialmente rimessa a valutazioni fondate su ragioni diverse dalla minaccia punitiva[43].

Nicola Menardo
Avvocato del Foro di Torino.
Dottore di ricerca in Diritto penale nell'Università di Torino.

[1] I documenti dell'*iter* legislativo che ha condotto all'approvazione del disegno di legge sono reperibili su http://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/49434.htm.
[2] Per una panoramica di dettaglio della disciplina di settore, delle criticità e delle più recenti istanze di riforma, v. M. DONINI, *La riforma dei reati alimentari: dalla precauzione ai disastri. Per una modellistica pentapartita degli illeciti in materia di salute*

e sicurezza alimentare, in B. BISCOTTI – E. LAMARQUE (a cura di), *Cibo e acqua. Sfide per il diritto contemporaneo. Verso e oltre Expo2015*, Torino, 2015.

[3] D. FONDAROLI, *Dallo schema della Commissione Caselli al DDL 2231 recante "nuove norme in materia di reati agroalimentari" approvato dal Consiglio dei Ministri il 1° dicembre 2017: profili di responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, in N. RAIMONDI (a cura di), *Diritto penale degli alimenti – Scritti a margine del convegno Expo-Milano2015*, 2018, 7 ss.

[4] Per un esame dei pilastri della disciplina punitiva dei reati alimentari in rapporto alle nuove istanze punitive derivanti dalla "società del rischio" e delle prospettive di riforma, v. L. TUMMINELLO, *Sicurezza alimentare e diritto penale: vecchi e nuovi paradigmi tra prevenzione e precauzione*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 4-2013, 272 e ss.

[5] «Art. 5. - *1.* Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque prepara, produce, trasporta, importa, esporta, introduce in custodia temporanea o in deposito doganale, spedisce in transito, detiene per il commercio, somministra o commercializza con qualunque modalità alimenti che, per inosservanza delle procedure o dei requisiti di sicurezza prescritti da leggi o regolamenti nazionali o dell'Unione europea, oppure per il cattivo stato o l'inidoneità delle condizioni di conservazione, per i trattamenti subìti, l'alterazione, la presenza di ingredienti, componenti, cariche microbiche o additivi vietati o superiori ai limiti stabiliti da regolamenti o disposizioni ministeriali, risultino non sicuri, o per altra causa pregiudizievoli per la salute o inadatti al consumo umano, è punito con la pena della reclusione da uno a quattro anni se il fatto è commesso nell'ambito, nelle forme o per le finalità della grande distribuzione o del commercio all'ingrosso.
2. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, la stessa pena si applica quando, a causa della falsità o incompletezza delle informazioni commerciali fornite in relazione ad essi, il consumo degli alimenti possa comportare effetti dannosi per la salute anche soltanto di particolari categorie di consumatori.
3. Se i fatti di cui ai commi 1 e 2 sono commessi per colpa, si applica la pena dell'arresto da sei mesi a due anni.
4. Se i fatti di cui ai commi 1 e 2 avvengono nelle forme del commercio al dettaglio o della somministrazione, si applica la pena dell'arresto fino ad un anno o dell'ammenda da 3.000 a 30.000 euro. Se gli stessi fatti sono commessi per colpa, si applica la sanzione amministrativa da 2.000 a 20.000 euro.
5. In caso di condanna per i reati di cui ai commi 1 e 2 si applica l'articolo 36 del codice penale.
6. Quando dai fatti di cui ai commi 1 e 2 consegue un disastro sanitario, si applica l'articolo 445-*bis* del codice penale.
7. Agli effetti della legge penale si applicano le nozioni di commercio all'ingrosso e al dettaglio di cui all'articolo 4, lettere *a)* e *b)*, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114».

[6] La definizione tra commercio all'ingrosso e al dettaglio è quella di cui al d.lgs. 114/1998.

[7] «Art. 5-*bis*. - *1.* Gli alimenti s'intendono non sicuri quando risultano, anche in relazione a ingredienti, componenti o mangimi per animali utilizzati, in contrasto con i requisiti stabiliti dalla normativa vigente per la prevenzione di danni alla salute.
2. Gli alimenti si intendono pregiudizievoli per la salute quando la loro nocività, o quella dei singoli ingredienti, componenti o mangimi per animali utilizzati, pur non emergendo in base alla normativa vigente, è comunque accertata e conosciuta dal produttore o dall'operatore alimentare.
3. Gli alimenti si intendono inadatti al consumo umano quando, in seguito a contaminazione dovuta a materiale estraneo o ad altri motivi, o in seguito a putrefazione, deterioramento o decomposizione, il loro uso risulti inaccettabile.
4. Agli effetti dei commi precedenti sono esclusi gli alimenti, gli ingredienti, i componenti o i mangimi per animali destinati alla produzione alimentare che risultano vietati in forza del principio di precauzione».

[8] Secondo la definizione proposta dall'art. 5-*bis*, gli alimenti sarebbero pregiudizievoli per la salute "*quando la loro nocività, o quella dei singoli ingredienti, componenti, o mangimi per animali utilizzati, pur non emergendo in base alla normativa vigente, è comunque accertata e conosciuta dal produttore o dall'operatore alimentare*".

[9] Non pare infine del tutto condivisibile la scelta di positivizzare nell'art. 5-*ter*, comma 2, legge n. 283/1962 una definizione del principio di precauzione diversa da quella contenuta nell'art. 7 del Regolamento UE n. 178/2002, che potrebbe dare origine a un conflitto di norme.

[10] Si tratta di un'opzione di politica criminale marcatamente interventista, tipica delle più recenti iniziative legislative nell'ambito del "diritto penale del rischio", che in base a una logica di tipo precauzionale, pur in assenza di evidenze scientifiche dotate di un grado di certezza accettabile (anche in riferimento agli standard probatori processuali) dilata a dismisura il perimetro degli obblighi di protezione e di controllo del soggetto che ne è istituito garante, estendendoli anche a rischi ignoti.

[11] Il rischio che si prospetta è infatti quello di una interpretazione blanda (magari giustificata da oggettive difficoltà probatorie in sede processuale) dei concetti di "conoscenza" *ex ante* e di "accertamento", accontentandosi di fatto della prova della mera conoscibilità o di una conoscenza *ex post*, e di un accertamento privo dei requisiti di oggettività tipici del metodo scientifico.

[12] Per una panoramica sull'istituto, v. G. ANFORA, *La delega di funzioni*, in L. MIANI – F. TOFFOLETTO (a cura di), *I reati sul lavoro*, Torino, 2019, 157 e ss.

[13] V. Mongillo, *La delega di funzioni in materia di sicurezza del lavoro alla luce del d.lgs. n. 81/2008 e decreto correttivo*, in www.penalecontemporaneo.it, 2012, 4.

[14] L'art. 16 d.lgs. n. 81/2008 così dispone: «1. La delega di funzioni da parte del datore di lavoro, ove non espressamente esclusa, è ammessa con i seguenti limiti e condizioni:

a) che essa risulti da atto scritto recante data certa;
b) che il delegato possegga tutti i requisiti di professionalità ed esperienza richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate;
c) che essa attribuisca al delegato tutti i poteri di organizzazione, gestione e controllo richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate;
d) che essa attribuisca al delegato l'autonomia di spesa necessaria allo svolgimento delle funzioni delegate;
e) che la delega sia accettata dal delegato per iscritto.
2. Alla delega di cui al comma 1 deve essere data adeguata e tempestiva pubblicità.
3. La delega di funzioni non esclude l'obbligo di vigilanza in capo al datore di lavoro in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite. La vigilanza si esplica anche attraverso i sistemi di verifica e controllo di cui all'articolo 30, comma 4».

[15] «Art. 1-*bis*. - *1.* La delega di funzioni da parte del titolare di impresa alimentare, come individuata ai sensi dell'articolo 3 del regolamento (CE) n. 178/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2002 o, comunque, da parte del soggetto che ne esercita i poteri gestionali, decisionali e di spesa, è ammessa alle seguenti condizioni:
a) che essa risulti da atto scritto recante data certa;
b) che il delegato possegga tutti i requisiti di professionalità ed esperienza richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate;
c) che essa attribuisca al delegato tutti i poteri di organizzazione, gestione e controllo richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate;
d) che essa attribuisca al delegato l'autonomia di spesa necessaria allo svolgimento delle funzioni delegate;
e) che la delega sia accettata dal delegato per iscritto.
2. Alla delega di cui al comma 1 deve essere data adeguata e tempestiva pubblicità.
3. La delega di funzioni non esclude l'obbligo di vigilanza in capo al titolare in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite. L'obbligo di cui al primo periodo si intende assolto in caso di adozione ed efficace attuazione del modello di organizzazione e gestione ai sensi dell'articolo 6-*bis* del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231.
4. Il soggetto delegato può a sua volta, previa intesa con il titolare, delegare specifiche funzioni in materia di sicurezza degli alimenti o mangimi e di lealtà commerciale alle medesime condizioni di cui ai commi 1 e 2. La delega di funzioni di cui al primo periodo non esclude l'obbligo di vigilanza in capo al delegante in ordine al corretto espletamento delle funzioni trasferite. Il soggetto al quale sia stata conferita la delega di cui al presente comma non può a sua volta, delegare le funzioni delegate».

[16] Eventuali adempimenti difformi o tardivi rispetto alle prescrizioni impartite, potranno essere valutati in sede processuale per l'ammissione dell'imputato all'oblazione speciale di cui all'art. 162 *bis* c.p.

[17] N. RAIMONDI, *Spunti critici sulla disciplina penale degli alimenti in Italia e possibili soluzioni*, in N. RAIMONDI (a cura di), *Diritto penale degli alimenti – Scritti a margine del convegno Expo-Milano2015*, 2018, 33 ss.

[18] «Art. 445-*bis*. - *(Disastro sanitario)*. - Quando dai fatti di cui agli articoli 439-*bis*, 440, 441, 442, 443, 444 e 445 derivano per colpa la lesione grave o la morte di tre o più persone e il pericolo grave e diffuso di analoghi eventi ai danni di altre persone si applica la pena della reclusione da sei a diciotto anni».

[19] «Art. 440. - *(Produzione, importazione, esportazione, commercio, trasporto, vendita o distribuzione di alimenti pericolosi o contraffatti)*. - Chiunque produce, importa, esporta, spedisce in transito, introduce in custodia temporanea o in deposito doganale, trasporta, detiene per il commercio, commercializza, somministra, vende o distribuisce alimenti non sicuri, pregiudizievoli per la salute o inadatti al consumo umano, ovvero contraffatti o adulterati, ponendo concretamente in pericolo la salute pubblica nella consumazione del prodotto, è punito con la reclusione da due ad otto anni»;

[20] «Art. 442. - *(Omesso ritiro di alimenti pericolosi)*. - Fuori dei casi di concorso nel reato previsto dall'articolo 440, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni l'operatore del settore alimentare che, essendo venuto a conoscenza della pericolosità per il consumo degli alimenti da lui detenuti o alienati, omette:
a) di provvedere, ove possibile, al loro ritiro dal mercato o al richiamo presso gli acquirenti o gli attuali detentori; *b)* di informare immediatamente l'autorità competente. Alla stessa pena soggiace l'operatore del settore alimentare che non osserva i provvedimenti legalmente dati dall'autorità competente per l'eliminazione del pericolo di cui al primo comma».

[21] «Art. 439-*bis*. - *(Contaminazione o corruzione di acque o di alimenti)*. - Chiunque contamina o corrompe acque o alimenti destinati al consumo pubblico o di una collettività, rendendoli concretamente pericolosi per la salute pubblica, è punito con la reclusione da tre a dieci anni».

[22] «Art. 439. - *(Avvelenamento di acque o di alimenti)*. - Chiunque avvelena acque o alimenti destinati al consumo pubblico o di una collettività è punito con la reclusione non inferiore ad anni quindici. Se dal fatto deriva la morte di alcuno, si applica la pena dell'ergastolo».

[23] «Art. 452. - *(Delitti colposi contro la salute pubblica)*. - Chiunque commette, per colpa, alcuno dei fatti preveduti dagli articoli 438 e 439 è punito:
1) con la reclusione da tre a otto anni nei casi di cui all'articolo 438 e al secondo comma dell'articolo 439;

2) con la reclusione da due a sei anni nel caso di cui al primo comma dell'articolo 439. Quando alcuno dei fatti preveduti dagli articoli 439-*bis*, 440, 441, 442, 443, 445 è commesso per colpa, si applicano le pene ivi rispettivamente stabilite, ridotte da un terzo a due terzi».

[24] «Art. 517-*quater*.1. - *(Agropirateria).* - Chiunque, fuori dai casi di cui agli articoli 416 e 416-*bis*, al fine di trarne profitto, in modo sistematico e attraverso l'allestimento di mezzi o attività organizzate, commette alcuno dei fatti di cui agli articoli 516 e 517, è punito con la reclusione da due a sei anni e con la multa da 15.000 a 75.000 euro; se commette alcuno dei fatti di cui all'articolo 517-*quater*, è punito con la reclusione da tre a sette anni e con la multa da 20.000 a 100.000 euro.
Se ricorre taluna delle aggravanti di cui ai numeri 1) e 2) del primo comma dell'articolo 517-*bis*, la pena è aumentata da un terzo alla metà.
Oltre alla pena accessoria di cui all'articolo 32-*bis*, alla condanna consegue il divieto di pari durata di porre in essere qualsiasi condotta, comunicazione commerciale e attività pubblicitaria, anche per interposta persona, fisica o giuridica, finalizzata alla promozione dei prodotti compravenduti.
Con la sentenza di condanna o di applicazione della pena emessa ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale il giudice, in caso di recidiva per i reati di cui all'articolo 518-*bis*, comma primo, dispone la confisca del denaro, dei beni e delle altre utilità di cui il condannato non può giustificare la provenienza o di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulti essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato rispetto al proprio reddito dichiarato o alla propria attività economica.
Le pene di cui al primo e secondo comma sono diminuite dalla metà a due terzi nei confronti del colpevole che si sia adoperato per aiutare concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nell'azione di contrasto nonché nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione degli strumenti occorrenti per la commissione del delitto medesimo o dei profitti da esso derivanti».

[25] «Art. 516. - *(Frode in commercio di prodotti alimentari).* - Fuori dei casi di cui all'articolo 517, chiunque, nell'esercizio di un'attività agricola, commerciale, industriale o di intermediazione, importa, esporta, spedisce in transito, introduce in custodia temporanea o in deposito doganale, trasporta, detiene per vendere, offre o pone in vendita, somministra, distribuisce o mette altrimenti in circolazione alimenti che, per origine, provenienza, qualità o quantità, sono diversi da quelli indicati, dichiarati o pattuiti, è punito con la reclusione da quattro mesi a due anni e con la multa fino a 10.000 euro».

[26] In ambito vitivinicolo, a titolo esemplificativo, saranno destinate a confluire nell'alveo applicativo dell'art. 516 c.p. le attività di importazione, esportazione, spedizione in transito, introduzione, deposito doganale, trasporto, detenzione per la vendita, vendita e somministrazione di uve che per origine, provenienza, qualità o quantità sono diverse da quelle indicate, dichiarate o pattuite. Sul rapporto tra illeciti penali e amministrativi in materia vitivinicola dopo l'emanazione del relativo Testo Unico (legge n. 238/2016), v. G. BRANDI, *Le violazioni in materia di potenziale vitivinicolo previste dal nuovo T.U. del vino: tra sanzioni amministrative e tutela penale*, in *Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente*, I-2018,1 ss.

[27] «Art. 517. - *(Vendita di alimenti con segni mendaci).* - Chiunque, nell'esercizio di un'attività agricola, commerciale, industriale o di intermediazione di alimenti, al fine di indurre in errore il consumatore, anche mediante introduzione in custodia temporanea o in deposito doganale, utilizza falsi o fallaci segni distintivi o indicazioni, ancorché figurative, ovvero omette le indicazioni obbligatorie sull'origine o provenienza geografica ovvero sull'identità o qualità del prodotto in sé o degli ingredienti che ne rappresentano il contenuto qualificante, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da 5.000 a 30.000 euro».

[28] Il regime delle denominazioni di origine protetta (DOP) e le indicazioni geografiche protette (IGP) è stato istituito negli anni '90 del XX secolo nell'ambito della normativa comunitaria dedicata alla tutela della qualità degli alimenti. Per raggiungere l'obiettivo di uniformare il significato di qualità alimentare a livello comunitario, è stato necessario individuare un punto di convergenza tra due differenti nozioni di qualità del prodotto: quella tipica dei Paesi nord-europei, secondo cui la qualità doveva essere intesa esclusivamente in rapporto alle caratteristiche nutrizionali e di sicurezza del prodotto, e quella tipica dei Paesi dell'area mediterranea, strettamente legata all'origine territoriale delle materie prime e all'impiego delle tecniche tradizionali di lavorazione del prodotto.

[29] «Art. 517-*quater*. - *(Contraffazione di alimenti a denominazione protetta).* - Chiunque, al fine di trarne profitto, introduce nel territorio dello Stato, in custodia temporanea o in deposito doganale, spedisce in transito, esporta, trasporta, detiene per la vendita, somministra, offre o pone in vendita o mette altrimenti in circolazione alimenti la cui denominazione di origine o indicazione geografica o le cui caratteristiche sono contraffatte o alterate, è punito con la reclusione da uno a quattro anni e con la multa da 10.000 a 50.000 euro. Il reato è punibile a condizione che siano state osservate le norme delle leggi interne, dei regolamenti dell'Unione europea e delle convenzioni internazionali in materia di tutela delle indicazioni geografiche e delle denominazioni di origine degli alimenti».

[30] C. CUPELLI, *La riforma dei reati in materia agroalimentare: la responsabilità degli enti e i nuovi meccanismi estintivi*, in N. RAIMONDI (a cura di), *Diritto penale degli alimenti – Scritti a margine del convegno Expo-Milano2015*, 2018, 33 ss.

[31] Per una disamina generale della tematica dei modelli organizzativi nelle imprese agroalimentari, v. S. A. CERRATO – G. PEIRA, *Risikogesellschaft e corporate governance: prolegomeni sulla costruzione degli assetti organizzativi per la prevenzione dei rischi. Il caso delle imprese agroalimentari*, in S. A. CERRATO (a cura di), *Impresa e rischio. Profili giuridici del risk management*, Torino, 2019, 79 ss.

[32] *(Modifica all'articolo 25-*bis*.1 del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231)* All'articolo 25-*bis*.1, comma 1, lettera *a)*, del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, le parole: «516, 517, 517-*ter* e 517-*quater*» sono soppresse.
[33] *(Introduzione dell'articolo 25-*bis*.2 del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231)* - Dopo l'articolo 25-*bis*.1 del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, è inserito il seguente:
«Art. 25-*bis*.2. - *(Delle frodi in commercio di prodotti alimentari)*.
1. In relazione alla commissione dei reati di frode in commercio di prodotti alimentari previsti dal codice penale, si applicano all'ente le seguenti sanzioni pecuniarie:
a) per i delitti di cui agli articoli 516 e 517 la sanzione pecuniaria fino a 300 quote;
b) per il delitto di cui all'articolo 517-*quater* la sanzione pecuniaria da 100 a 400 quote;
c) per il delitto di cui all'articolo 517-*quater*.1 la sanzione pecuniaria da 200 a 800 quote.
2. Nel caso di condanna per il delitto di cui all'articolo 517-*quater*.1 si applicano all'ente le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2.
3. Se l'ente, o una sua unità organizzativa, vengono stabilmente utilizzati allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione dei reati indicati nel comma 1, si applica la sanzione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività ai sensi dell'articolo 16, comma 3».
[34] *(Introduzione dell'articolo 25-*bis*.3 del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231)* - Dopo l'articolo 25-*bis*.2 del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, introdotto dall'articolo 33
della presente legge, è inserito il seguente:
«Art. 25-*bis*.3. - *(Dei delitti contro la salute pubblica). - 1.* In relazione alla commissione dei delitti contro la salute pubblica previsti dal codice penale, si applicano all'ente le seguenti sanzioni:
a) per il delitto di cui all'articolo 439, la sanzione pecuniaria da 500 a 1.000 quote e l'interdizione dall'esercizio dell'attività da uno a due anni;
b) per il delitto di cui all'articolo 439-*bis*, la sanzione pecuniaria da 500 a 800 quote e l'interdizione dall'esercizio dell'attività da uno a due anni;
c) per il delitto di cui all'articolo 440, la sanzione pecuniaria da 300 a 600 quote e l'interdizione dall'esercizio dell'attività da sei mesi a un anno;
d) per il delitto di cui all'articolo 440-*bis*, la sanzione pecuniaria fino a 300 quote e l'interdizione dall'esercizio dell'attività fino a sei mesi;
e) per il delitto di cui all'articolo 444, la sanzione pecuniaria fino a 300 quote e l'interdizione dall'esercizio dell'attività fino a sei mesi;
f) per il delitto di cui all'articolo 445-*bis*, la sanzione pecuniaria da 400 a 800 quote e l'interdizione dall'esercizio dell'attività da uno a due anni;
g) per il delitto di cui all'articolo 452, la sanzione pecuniaria fino a 300 quote e l'interdizione dall'esercizio dell'attività fino a sei mesi.
2. Se l'ente, o una sua unità organizzativa, vengono stabilmente utilizzati allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione dei reati indicati nel comma 1, lettera *a)*, si applica la sanzione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività ai sensi dell'articolo 16, comma 3».
[35] Il regime sotteso all'adozione di questo speciale modello pare assimilabile, quanto a natura ed effetti, a quello delineato dall'art. 30 d.lgs. 81/2008 in materia di tutela della salute e sicurezza negli ambienti di lavoro.
[36] Art. 6-*bis* commi 3 e 4 d.lgs. 231/2001: *«Nelle piccole e medie imprese, come individuate ai sensi dell'articolo 5 della legge 11 novembre 2011, n. 180, il compito di vigilanza sul funzionamento dei modelli in materia di reati alimentari può essere affidato anche ad un solo soggetto, purché dotato di adeguata professionalità e specifica competenza anche nel settore alimentare nonché di autonomi poteri di iniziativa e controllo. Tale soggetto è individuato nell'ambito di apposito elenco nazionale istituito presso le Camere di commercio, industria, artigianato ed agricoltura con provvedimento del Ministero dello sviluppo economico. Il titolare di imprese alimentari aventi meno di dieci dipendenti e volume d'affari annuo inferiore a 2 milioni di euro può svolgere direttamente i compiti di prevenzione e tutela della sicurezza degli alimenti o mangimi e della lealtà commerciale qualora abbia frequentato corsi di formazione adeguati alla natura dei rischi correlati alla propria attività produttiva, nel rispetto dei contenuti e delle articolazioni da definire mediante accordo in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano entro il termine di dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente disposizione. In tali ipotesi, non ha l'obbligo di designare l'operatore del settore degli alimenti o dei mangimi, il responsabile della produzione e il responsabile della qualità».*
[37] Nel settore agroalimentare, una pratica applicativa del predetto approccio metodologico è riscontrabile nel procedimento noto come *Hazard Analisys and Critical Control Point* (HACCP) i cui sette principi cardine possono essere così riassunti:

1. identificare ogni pericolo;
2. identificare i punti critici per il controllo per ridurre rischio;
3. stabilire i limiti del rischio accettabile per ciascun punto critico;
4. stabilire e applicare procedure di sorveglianza del rischio;

5. stabilire azioni correttive di eventuali deficit;
6. stabilire procedure di controllo dell'efficacia delle misure adottate;
7. predisporre documenti e registrazioni al fine di dimostrarne l'applicazione.

[38] Come ben evidenziato dalla dottrina, a oggi la disciplina generale prevista dall'art. 6 d.lgs. 231/2001 sconta margini d'incertezza quanto ai contenuti minimi del modello necessari per assicurarne la sua idoneità in astratto (salva comunque sempre la necessità della sua efficace attuazione), solo parzialmente colmati dal contributo delle linee guida redatte in materia dalle varie associazioni di categoria o dalle indicazioni ricavabili dalle norme tecniche che disciplinano gli *standard* europei di qualità.

[39] L'assetto normativo delineato dal d.lgs. 231/2001 e, in particolare, la disciplina dei modelli organizzativi di gestione e controllo, può essere annoverata a pieno titolo nella categoria dei controlli interni, posto che la proiezione teleologica del modello 231 alla prevenzione dei reati attraverso l'adozione e l'attuazione dei *compliance programs*, fa sì che l'adozione del predetto modello di gestione contribuisca all'ottimizzazione dei processi interni all'ente, nell'ottica di un più efficace ed efficiente adempimento degli obblighi posti a suo carico dall'ordinamento.

[40] N. MENARDO, *Sanzioni da mancata compliance nel d.lgs. n. 231/2001,* in S. A. CERRATO (a cura di), *Impresa e rischio. Profili giuridici del risk management*, Torino, 2019, 79 ss.

[41] Per quanto riguarda la Procura della Repubblica di Milano, secondo i dati forniti dall'ufficio per il periodo 2014-2014, il 90% dei reati presupposto commessi nel territorio di competenza non sono stati perseguiti ai sensi del d.lgs. 231/2001.

[42] Quest'approccio "a macchia di leopardo" si registra addirittura all'interno delle singole Procure, ove la scelta di esercitare l'azione ai sensi del d.lgs. 231/2001 nei confronti di un'impresa nell'ambito della quale sia stato commesso un reato presupposto (es. infortunio sul lavoro) è caratterizzata da ampia discrezionalità, che produce una rilevante disparità di trattamento tra persone giuridiche che si trovano nella medesima situazione di fatto.

[43] Ad esempio l'acquisizione di un punteggio più elevato in relazione all'istituto del c.d. *rating* di legalità, partecipazione a bandi di gara che pongono il possesso del modello come requisito di ammissione, etc.

TRIMESTRALE, 2, 2020

La coltivazione domestica di piante da stupefacenti per uso personale alla luce delle recenti Sezioni Unite. Osservazioni a prima lettura.

di ***F. Lombardi***

L'Autore commenta la pronuncia delle Sezioni Unite con cui si è affermato che il reato di coltivazione di stupefacenti è configurabile indipendentemente dalla quantità di principio attivo ricavabile nell'immediatezza, essendo sufficienti la conformità della pianta al tipo botanico previsto e la sua attitudine, anche per le modalità di coltivazione, a giungere a maturazione e a produrre sostanza stupefacente; devono però ritenersi escluse, in quanto non riconducibili all'ambito di applicazione della norma penale, le attività di coltivazione di minime dimensioni svolte in forma domestica, che per le rudimentali tecniche utilizzate, lo scarso numero di piante, il modestissimo quantitativo di prodotto ricavabile, la mancanza di ulteriori indici di un loro inserimento nell'ambito del mercato degli stupefacenti, appaiono destinate in via esclusiva all'uso personale del coltivatore.

Sommario. 1. La vicenda giudiziaria, il contrasto interpretativo e il quesito posto alle Sezioni unite: rilevanza del grado di maturazione della pianta e della destinazione del prodotto all'uso personale. - **2.** La Consulta sul principio di offensività, anche in relazione al delitto di coltivazione. - **3.** La giurisprudenza di legittimità sulla offensività della coltivazione. - **4.** La decisione delle Sezioni unite. - **5.** Alcuni spunti di riflessione.

1. La vicenda giudiziaria, il contrasto interpretativo e il quesito posto alle Sezioni unite: rilevanza del grado di maturazione della pianta e della destinazione del prodotto all'uso personale.

Con la pronunzia che qui si annota[1] la Corte di cassazione, nella sua più autorevole composizione, si esprime in merito al quesito formulato dalla Sezione Terza, rimettente, sulla tematica della coltivazione di piante da cui ricavare sostanza stupefacente.

All'esito di una vicenda giudiziaria che vedeva il ricorrente condannato nei due gradi di merito (al netto di una parziale riforma compiuta dal giudice d'appello) per i reati, avvinti dal vincolo della continuazione, di detenzione e spaccio di stupefacenti e di coltivazione di due piante di marijuana di altezza di circa 1 mt., la terza Sezione domandava *«se, ai fini della configurabilità del reato di coltivazione di piante stupefacenti, è sufficiente che la pianta sia idonea, per grado di maturazione, a produrre sostanza per il consumo, non rilevando la quantità di principio attivo ricavabile nell'immediatezza, ovvero se è necessario verificare anche che l'attività sia concretamente idonea a ledere la salute pubblica ed a favorire la circolazione della droga alimentandone il mercato»*.

In particolare, la Sezione rimettente prendeva atto di come la Corte territoriale avesse ritenuto doversi prescindere sia dalla destinazione ad uso personale della sostanza, sia dal mancato compimento del processo di maturazione delle piante, e segnalava sul punto la presenza di due orientamenti discordanti su tali aspetti.

Da un lato è stato infatti sostenuto che nel delitto di coltivazione di piante da stupefacenti ciò che conta, al fine di ritenere integrata l'offesa al bene protetto, è l'appartenenza della pianta al tipo botanico previsto e la sua attitudine a giungere a maturazione e produrre sostanza drogante, non rilevando la quantità di principio attivo ricavabile nell'immediatezza, ciò per scongiurare il rischio di diffusione futura della sostanza stupefacente[2].

L'orientamento contrario ritiene invece che, ai fini della configurabilità del reato di coltivazione di piante stupefacenti, non è sufficiente la mera coltivazione di una pianta conforme al tipo botanico vietato che, per maturazione, abbia raggiunto la soglia minima di capacità drogante, ma è altresì necessario verificare se tale attività sia concretamente idonea a ledere la salute pubblica ed a favorire la circolazione della droga alimentandone il mercato[3].

2. La Consulta sul principio di offensività, anche in relazione al delitto di coltivazione.

Le Sezioni unite svolgono una preliminare digressione sul principio di offensività nel sistema penale, secondo il quale nessuno può essere punito per un fatto che non abbia leso o posto in pericolo il bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice; l'istituto in parola rappresenta infatti il terreno dogmatico la cui disamina si rende propedeutica alla risoluzione

delle questioni prospettate; nel fare ciò, il Supremo Consesso riunito richiama alcuni principi forniti sul punto dalla Corte costituzionale con alcune sue decisioni salienti.
In particolare, la Consulta ha sancito che, essendo il nostro diritto penale un *"diritto penale del fatto"*, sfugge innanzitutto alla logica dell'offensività ogni norma, incriminatrice o circostanziale, che, non incidendo sul disvalore del fatto, trovi il proprio esclusivo fondamento sul "tipo" o sul "vissuto" dell'autore[4].
Inoltre, con altre decisioni, ha enucleato i due piani su cui opera il principio di offensività nel nostro sistema penale[5].
Esso è prima di tutto (a monte) "offensività in astratto", e si dispiega quale *canone che dovrebbe orientare il legislatore nella selezione delle fattispecie incriminatrici*; più precisamente, la offensività in astratto è precetto rivolto al legislatore, il quale deve redigere la norma incriminatrice in maniera tale che il suo tessuto letterale sia in grado di ricomprendere comportamenti umani offensivi di interessi meritevoli di tutela.
In secondo luogo (a valle), è "offensività in concreto", vale a dire *criterio interpretativo-applicativo per il giudice comune*; in particolare, il principio di offensività, su questo versante, regge l'interpretazione, poiché il giudice, dopo aver enucleato dalla norma e dal sistema il bene protetto, può sanzionare solo il comportamento che, concretamente, si sia posto in attrito con tale bene, secondo la logica del danno o – in funzione di una tutela anticipatoria – secondo la logica della messa in pericolo dell'interesse protetto.
Precisano i supremi Giudici che, quanto alla ammissibilità dei reati di pericolo, non confliggono con il principio di offensività per come sinora ricostruito i c.d. reati di pericolo "presunto" (in cui cioè il pericolo non sia elemento strutturale del reato, presente a livello letterale, ma si annidi, inespresso, nella impalcatura della norma), a patto che la valutazione prognostica circa l'aggressione al bene giuridico non appaia irragionevole ed anzi costituisca un dato plausibile secondo la massima empirica dell' *id quod plerumque accidit*.
Il principio di offensività affronta un notevole banco di prova nei reati in materia di stupefacenti.
La Consulta ha chiarito con la sentenza 360/1995, fugando i dubbi di costituzionalità dell'art. 75 DPR 309/1990 (con riferimento agli articoli 3, 13, 25 e 27 Cost.) nella parte in cui non terrebbe in conto la condotta di coltivazione, che appare giustificato il diverso trattamento tra la condotta di detenzione e quella di coltivazione, poiché la prima è astrattamente collegabile all'uso in base ad un nesso di immediatezza e consente pertanto una prognosi più affidabile sulla effettiva destinazione della sostanza a scopo di consumo personale, mentre la seconda difetta di tale connotato consentendo una valutazione del tutto ipotetica e caratterizzata da un massimo grado di incertezza sulla destinazione del prodotto.
Sulla base di questa riscontrata fumosità della condotta di coltivazione in relazione alla sua destinazione al bisogno del solo coltivatore-consumatore, si giustifica una soluzione legislativa rigorosa che stigmatizzi il pericolo di incontrollato accrescimento della sostanza drogante disponibile sul mercato, anche al fine (*rectius*: a costo) di disincentivare comportamenti che si pongano quali antecedenti causali dell'approvvigionamento di stupefacenti per uso personale. Al contempo, valgono per il delitto di coltivazione così strutturato le riflessioni in merito alla ammissibilità, condizionata alla sussistenza dei parametri prima citati, della categoria del reato di pericolo presunto poiché non appare destituita di fondamento la prognosi di aggressione al bene giuridico tutelato; così come valgono per esso le argomentazioni circa la necessaria offensività in concreto della condotta, oggetto di verifica da parte del giudice.

3. La giurisprudenza di legittimità sulla offensività della coltivazione.

In seconda battuta, la Corte passa in rassegna gli orientamenti di legittimità sviluppatisi negli ultimi anni circa la morfologia del delitto di coltivazione ex art. 73 d.P.R. 309/1990.
Richiama la sentenza delle Sezioni unite "*Di Salvia*"[6], secondo cui la norma incriminatrice che vieta la coltivazione di piante da stupefacenti ha come scopo la tutela del bene della salute, della sicurezza e ordine pubblico, e si pone inoltre a salvaguardia delle nuove generazioni[7], configurando reato anche quando sia realizzata per la destinazione del prodotto a uso personale, per le seguenti ragioni:
1) sul piano letterale, la coltivazione non è richiamata né dall'articolo 73 co. 1 *bis* dpr cit. in cui si attribuisce pregnanza al fine dell'uso *"esclusivamente personale"*, né dal seguente art. 75, che sanziona sul piano amministrativo l'uso personale di stupefacenti; da ciò si desumerebbe che il legislatore ne abbia lasciata intatta la punibilità sul piano penale, a prescindere dalla destinazione impressa dal coltivatore;
1-*bis)* sempre sul piano letterale, non troverebbe conforto, per assenza di appigli normativi, l'impostazione secondo cui esisterebbero due tipologie di

coltivazione, "tecnico-agraria" e "domestica", di cui solo la prima conserverebbe disvalore penale, mentre la seconda dovrebbe essere attratta nel concetto di "detenzione", eventualmente non punibile se orientata al consumo personale; né in tal senso assumerebbero portata dimostrativa l'art. 27 DPR 309 cit. che, al fine di consentire l'autorizzazione alla coltivazione, richiama i concetti di "particelle catastali" e "superficie del terreno sulla quale sarà effettuata la coltivazione", o gli artt. 28 ss. che richiamano le modalità di vigilanza, raccolta e produzione delle coltivazioni autorizzate e le eccedenze di produzione sulle quantità consentite, elementi potenzialmente evocativi di una coltivazione non limitata all'ambito domestico; ciò perché si tratta appunto di locuzioni riferibili ai requisiti necessari per ottenere l'autorizzazione suddetta;

2) sul piano ontologico, la coltivazione: a) difetta di un nesso di immediatezza col consumo personale, sicché ogni valutazione su tale finalità assurge al rango di mera ipotesi; b) è capace di alimentare la disponibilità di stupefacente *in rerum natura* in modo incontrollabile.

Per queste ragioni, occorre una tutela anticipata del bene giuridico che prescinda dalla suscettibilità del prodotto della coltivazione di essere destinato al fabbisogno del coltivatore, anticipazione che viene compensata, sul versante della offensività, dalla idoneità della sostanza ricavata a produrre un effetto drogante rilevabile sicché, laddove la pianta non abbia prodotto principio attivo al momento dell'accertamento, la condotta non sarà punibile[8].

La giurisprudenza successiva ha istituito un annoso dibattito sulla effettiva rilevanza del principio attivo al momento dell'accertamento della coltivazione in atto.

Un primo indirizzo ritiene che il reato di coltivazione sia ancorato al ciclo di sviluppo della pianta, e pertanto si configura già dalla messa a dimora dei semi, sicché l'accertamento dell'offesa va ancorato alla attitudine, anche in futuro, a sviluppare principio attivo all'esito di una fisiologica maturazione. In particolare, l'impostazione in parola tiene conto che costituirebbe un assurdo il fatto che la punibilità dipenda dalla *"tempestiva scoperta della piantagione"* da parte della polizia giudiziaria[9].

Sulla scorta delle argomentazioni che precedono, dovrebbe operarsi una distinzione.

Nel caso di ciclo vegetale esaurito, la verifica è postuma e va seguito il criterio proposto dalla sentenza S.U. *"Di Salvia"*, che consente di escludere la punibilità per carenza dell'offesa nel caso di assenza di efficacia stupefacente del prodotto.

Nel caso di ciclo vegetale *in fieri*, l'offensività non può dirsi aprioristicamente esclusa se non si ravvedano ostacoli allo sviluppo fisiologico della pianta che si accompagni ad una prevedibile genesi di un prodotto dagli effetti droganti[10].

Un secondo indirizzo richiede un *quid pluris*, e cioè, in aggiunta alla conformità della pianta al tipo botanico vietato e al principio attivo (ricavato o ricavabile), occorrerebbe il *"concreto pericolo di aumento di disponibilità dello stupefacente e di ulteriore diffusione dello stesso"*. Sulla scorta di questo indirizzo, alcune pronunce di legittimità hanno valorizzato, al fine di desumere o escludere il citato pericolo di aumento di disponibilità e di diffusione del prodotto, elementi come la quantità di principio attivo, l'assoluta modestia della condotta, l'estensione e la strutturazione della coltivazione (anche prescindendo dal principio attivo e dal raggiungimento della soglia drogante), la possibilità di significativo sviluppo delle piantumazioni[11].

4. La decisione delle Sezioni unite.

La Corte, al fine di giungere alla soluzione del quesito prospettatole, differenzia due campi di indagine: quello della tipicità e quello della offensività.

Statuisce che nel campo della tipicità rientrano *a)* la conformità della pianta al tipo botanico vietato e *b)* la sua attitudine a giungere a maturazione e produrre sostanza stupefacente.

Quanto al carattere *sub* b), ritiene che nella nozione giuridica di "coltivazione", che regge l'ambito della rilevanza penale del fatto, rientri la coltivazione tecnico-agraria, in quanto implicitamente richiamata dagli artt. 27 e ss DPR 309/1990 (v. *supra*), di apprezzabili dimensioni, sostenuta da scopi commerciali, protratta con tecniche e pratiche adeguate, e per natura in grado di creare *"nuove e non predeterminabili disponibilità di stupefacenti"*; al contrario, la coltivazione domestica, capace di generare prevedibilmente una modestissima quantità di stupefacente, sarebbe penalmente non rilevante, se intrapresa a scopi di consumo personale, avendo tale ragionamento il merito di non sovrapporre la coltivazione domestica e la detenzione di stupefacente per uso personale.

Occorrerebbe però, al fine di enucleare il fine di consumo personale del coltivatore, la compresenza di alcuni requisiti: la minima dimensione della coltivazione, il suo svolgimento in forma domestica e non in forma industriale, la rudimentalità delle tecniche

utilizzate, lo scarso numero di piante, la mancanza di indici di un inserimento dell'attività nell'ambito del mercato degli stupefacenti, l'oggettiva destinazione di quanto prodotto all'uso personale esclusivo del coltivatore.

Sul versante dell'offensività, i supremi Giudici, muovendo peraltro proprio dalla ritenuta rilevanza penale della sola coltivazione tecnico-agraria, cui si lega la capacità di accrescere indiscriminatamente il quantitativo di stupefacente disponibile *in rerum natura*, giustificano nell'ottica del principio di ragionevolezza la stigmatizzazione, da parte del legislatore, della condotta di coltivazione, fonte di aggressione potenziale al bene giuridico tutelato, il quale deve essere rinvenuto nella sola salute individuale o collettiva, con esclusione degli altri interessi[12] solitamente enunciati, *i.e.* la sicurezza, l'ordine pubblico (generici e privi di un collegamento diretto con il bene-salute) o la salvaguardia delle giovani generazioni (che va reinterpretata e riqualificata nel bene-salute delle giovani generazioni).

Ritengono le Sezioni unite che pertanto, quale reato di pericolo presunto, la coltivazione deve intendersi quale *"attività svolta dall'agente in ogni fase dello sviluppo della pianta, dalla semina fino al raccolto"* e la sua punibilità prescinde pertanto dalla quantità di principio attivo ricavabile nell'immediatezza.

Vero quanto sopra, occorre però recuperare il profilo della verifica della offensività in concreto della condotta, ribadendosi l'opportunità di distinguere, nell'ambito del ciclo biologico della pianta, due ipotesi a seconda del grado di maturazione (*cfr*. paragrafo 3).

Se la coltivazione è giunta al suo grado finale di sviluppo, l'offensività (e dunque la punibilità) è esclusa se la pianta non ha prodotto sostanza idonea a indurre un effetto stupefacente (principio attivo insussistente o scarso a tal fine).

Se invece l'attività è ancora in divenire, può escludere la punibilità l'inadeguatezza della modalità di coltivazione in relazione alla realizzazione del prodotto finale.

Statuiscono altresì i Giudici della nomofilachia che, «qualora però la coltivazione domestica a fini di autoconsumo produca effettivamente una sostanza stupefacente dotata di efficacia drogante, le sanzioni amministrative dell'art. 75 richiamato potranno essere applicate al soggetto considerato non come coltivatore ma come detentore di sostanza destinata a uso personale»; e ancora, che «la detenzione di sostanza stupefacente esclusivamente destinata al consumo personale, anche se ottenuta attraverso una coltivazione domestica penalmente lecita, rimane soggetta al regime sanzionatorio amministrativo dell'art. 75 del d.P.R. n. 309 del 1990»[13].

Infine, alla coltivazione illecita restano comunque applicabili gli artt. 73 comma 5 d.P.R. 309/1990 e 131 bis cod. pen.

In conclusione, volendo schematicamente riassumere il pensiero espresso dalle Sezioni unite con la pronunzia in commento, l'interprete dovrà:

- verificare se la coltivazione è una coltivazione c.d. "domestica" finalizzata al consumo personale; ciò potrà fare sondando la compresenza di alcuni requisiti, quali la minima dimensione della coltivazione, il suo svolgimento in forma domestica e non in forma industriale, la rudimentalità delle tecniche utilizzate, lo scarso numero di piante, la mancanza di indici di un inserimento dell'attività nell'ambito del mercato degli stupefacenti, l'oggettiva destinazione di quanto prodotto all'uso personale esclusivo del coltivatore. Rinvenuti questi requisiti, il fatto sarà da considerare non tipico e pertanto non penalmente rilevante né punibile; tuttavia, se l'attività ha generato un prodotto finale fornito di effetti droganti, il coltivatore-consumatore dovrà essere assoggettato alle sanzioni di cui all'art. 75 DPR 309 cit. in quanto "detentore" di stupefacente destinato all'uso personale (sul punto cfr. alcune riflessioni critiche, al paragrafo successivo);
- se la coltivazione non appartiene alla *species* di cui sopra, e va pertanto ascritta alla c.d. coltivazione tecnico-agraria, essa sarà punita, alternativamente: *1)* se è giunta allo stadio finale di sviluppo e presenta un prodotto dotato di principio attivo in grado di indurre l'effetto psicotropo; *2)* se, non essendo ancora ultimato il processo di maturazione, le piantumazioni sono prevedibilmente in grado di realizzare un prodotto finale conforme al normale tipo botanico e con principio attivo in grado di esplicare l'effetto stupefacente. In questi casi, sarà comunque valutabile l'applicazione degli artt. 73 co. 5 dpr cit. e 131 *bis* c.p. In caso contrario (maturazione completa dal quale non si sia originato un prodotto drogante; maturazione *in fieri* inadeguata alla genesi di un prodotto drogante), il fatto sarà privo del carattere della offensività, e pertanto il coltivatore non sarà punibile.

5. Alcuni spunti di riflessione.

La decisione qui annotata muove da una preliminare e fondante considerazione di sistema, concernente la

ritenuta autonomia dogmatica della tipicità e della offensività del fatto - distinzione concettuale ancora oggi oggetto di appassionato dibattito tra gli interpreti - che poggia sulla adesione alla c.d. concezione realistica del reato.

Secondo la teoria citata, per ritenere penalmente punibile una condotta umana, occorrerebbe transitare attraverso due *step* ermeneutici, consistenti nella verifica della conformità del fatto al tessuto letterale della norma incriminatrice, e nella successiva analisi della effettiva lesione o messa in pericolo, da parte del soggetto agente con la propria condotta tipica, dell'interesse tutelato dalla fattispecie penale (bene o oggetto giuridico).

La tesi si fonda sulla compresenza, nel codice penale vigente, della norma sul delitto tentato (art. 56 c.p.) e di quella sul reato impossibile (art. 49 co. 2 c.p.), quest'ultima da leggersi, secondo i sostenitori della teorica, quale tentativo inidoneo o, più informalmente se si vuole, quale *"doppione negativo"* del tentativo punibile; il binomio normativo in parola attesterebbe dunque che un fatto storico apparentemente previsto e punito dalla norma incriminatrice potrebbe *ex post* sfuggire alla pretesa punitiva in quanto privo della necessaria capacità di offendere il bene protetto dalla fattispecie penale.

Una parte della dottrina ha infatti rilevato che tale distinzione appare doverosa, in quanto nella realtà alcuni comportamenti umani, pur potendo insinuarsi nel tessuto semantico della norma incriminatrice, non producono una reale aggressione all'interesse tutelato e, così, non suscitano allarme sociale che giustifichi l'esplicazione sanzionatoria; inoltre, sottolinea questo filone dottrinale, la teoria avrebbe il merito di godere di un aggancio normativo (art. 49 co. 2 c.p.) che cristallizzi la dignità giuridica dell'istituto[14]. Esisterebbe pertanto, secondo la ricostruzione proposta, il fatto tipico inoffensivo, che sfuggirebbe alla pretesa punitiva *ex* art. 49 co. 2 c.p., che avrebbe il sapore di una vera e propria causa di non punibilità.

Secondo altra autorevole dottrina, seguita anche da una parte della giurisprudenza, l'offesa è invece elemento strutturale del reato (spesso identificato in termini di *"evento in senso giuridico"*[15]) ed opera allo stadio della fattispecie tipica, costituendo pertanto non un elemento aggiuntivo alla stessa ma, mostrandosi ad essa immanente, vero e proprio criterio di interpretazione alla luce del compendio valoristico fornito dalla Carta costituzionale. In questo senso, il fatto inoffensivo è da considerarsi atipico, guadagnando, sul piano processuale, la formula assolutoria della insussistenza del fatto[16].

La tesi da ultimo segnalata pare essere stata, se non del tutto prescelta, almeno corroborata dalla Corte costituzionale con la sentenza 109/2016, nella quale si sancisce che il principio di offensività opera a livello interpretativo in sede giudiziale, ma ancor prima si pone quale criterio redazionale per il legislatore al fine di consentirgli di selezionare, secondo ragionevolezza e in ossequio ai principi di frammentarietà e sussidiarietà del diritto penale, i fatti meritevoli di sanzione[17].

La stessa sentenza Corte cost. 109/2016 conclude con le parole: «*compete al giudice verificare se la singola condotta di coltivazione non autorizzata, contestata all'agente, risulti assolutamente inidonea a porre a repentaglio il bene giuridico protetto e, dunque, in concreto inoffensiva, escludendone in tal caso la punibilità (Corte di cassazione, sezioni unite, sentenze 24 aprile-10 luglio 2008, n. 28605 e n. 28606). Risultato, questo, conseguibile sia - secondo l'impostazione della sentenza n. 360 del 1995 - facendo leva sulla figura del reato impossibile (art. 49 del codice penale); sia - secondo altra prospettiva - tramite il riconoscimento del difetto di tipicità del comportamento oggetto di giudizio*».

Tali assunti permettono di sostenere che l'offesa opera già a livello del fatto tipico, proprio perché compito connaturato alla legislazione è quello di prevedere fattispecie penali in grado di innestarsi su fatti capaci di pregiudicare il bene giuridico tutelato; il concetto di offensività in astratto sarebbe null'altro se non l'offesa tipizzata. Pertanto, delle due l'una: se la norma non è, radicalmente, in grado di ricomprendere fatti offensivi dell'oggetto giuridico, essa è incostituzionale, poiché irragionevole e in conflitto con gli addentellati generalmente elevati a riferimenti costituzionali del principio di offensività (artt. 13, 25 e 27 Cost. *in primis*[18]), sicché va espunta dall'ordinamento; ma, se al contrario la norma è in grado di riferirsi a condotte realmente offensive, e tale si rivela essere quella del soggetto agente, il fatto di quest'ultimo sarà tipico in quanto offensivo; in questi termini, la nozione di offensività in concreto sarebbe null'altro se non l'esplicazione pratica dell'offesa astratta, e dunque l'ordinaria epifania, sotto forma di fatto storico, di un elemento costitutivo del reato.

Al contrario, le Sezioni unite aderiscono in tutta evidenza alla concezione realistica del reato, elevandola a criterio operativo per addivenire alla risoluzione della questione proposta, con particolare riferimento alla tematica della coltivazione domestica.

Statuisce sul punto la Corte che la coltivazione domestica dovrebbe essere esclusa dall'alveo della

tipicità già a livello della nomenclatura giuridica adottata dal legislatore, per come desunta attraverso la lettura congiunta degli artt. 27 ss. e 73 DPR 309/1990. Detto altrimenti, poiché gli artt. 27 e seguenti del DPR 309/1990 fanno riferimento a locuzioni o comunque concetti che evocano la natura imprenditoriale della coltivazione, ciò comporterebbe che la coltivazione di cui all'art. 73 DPR cit., che si qualifica già a livello testuale quale coltivazione *"senza l'autorizzazione di cui all'art. 17"*, debba intendersi quale coltivazione tecnico-agraria con diretta espulsione del concetto di coltivazione domestica dall'alveo della tipicità.

Il ragionamento, a sommesso avviso di chi scrive, si espone ad un'obiezione.

L'oggetto della nostra verifica è il tipo di coltivazione cui farebbe riferimento l'art. 73 del testo unico stupefacenti quale *norma incriminatrice*, nella parte in cui vieta detta attività al di fuori dell'ipotesi in cui il soggetto agente sia munito di autorizzazione.

Pur ritenendo, in linea col pensiero della suprema Corte e riprendendone le superiori argomentazioni, che le autorizzazioni possano essere rilasciate solo ad un soggetto fornito di veste imprenditoriale, ciò consente di considerare vero null'altro se non che la coltivazione *autorizzata* sia una coltivazione tecnico-agraria; non esclude invece che la coltivazione domestica (cioè il "negativo" della coltivazione tecnico-agraria) rientri perfettamente nel tessuto letterale della norma incriminatrice, che difatti si limita ad escludere le coltivazioni "non assistite da autorizzazione", tra le quali si inserisce plausibilmente anche la stessa coltivazione domestica, in quanto coltivazione non autorizzata o, a monte, non autorizzabile.

Vero quanto sopra, appare ancora più dubbia la collocazione della coltivazione domestica al di fuori dell'alveo della tipicità anziché al di fuori dell'alveo della offensività, ancora una volta postulando che i due ambiti possano essere tenuti distinti.

Le stesse Sezioni unite infatti, nella loro approfondita analisi, individuano il bene giuridico tutelato dalla fattispecie penale nella salute individuale e collettiva. Orbene, conferendo rilevanza al bene salute così strutturato, con riguardo al quale va forse ritenuto predominante l'aspetto pubblicistico della salute[19], la coltivazione domestica, sfuggendo al concetto di "detenzione", alla quale non può essere accomunata, si qualifica per l'appunto come tipologia di condotta non proiettata in maniera pregiudizievole verso il bene giuridico tutelato, rimanendo circoscritta nella sola sfera soggettiva del coltivatore.

In sintesi, si ritiene che, pur nell'ottica della concezione realistica del reato, alla quale le Sezioni unite accedono, che comporta la necessità di interpretare la nozione di tipicità come appartenenza del fatto alla struttura semantica della fattispecie incriminatrice e come rilevanza penale *prima facie* della condotta contestata, la coltivazione domestica parrebbe proprio sfuggire a tale nozione e rifluire agilmente nello stadio della (in)offensività, quale attitudine (in effetti non posseduta da tale tipo di coltivazione) a proiettarsi in maniera pregiudizievole sull'interesse tutelato, costituito dal bene salute.

Ulteriore lapidaria riflessione.

Si è detto che il supremo Consesso ha fornito le seguenti coordinate ermeneutiche (pag. 23-24 della sentenza): *«qualora però la coltivazione domestica a fini di autoconsumo produca effettivamente una sostanza stupefacente dotata di efficacia drogante, le sanzioni amministrative dell'art. 75 richiamato potranno essere applicate al soggetto considerato non come coltivatore ma come detentore di sostanza destinata a uso personale»;* e ancora, che *«la detenzione di sostanza stupefacente esclusivamente destinata al consumo personale, anche se ottenuta attraverso una coltivazione domestica penalmente lecita, rimane soggetta al regime sanzionatorio amministrativo dell'art. 75 del d.P.R. n. 309 del 1990»*.

Quanto al secondo periodo, pare riferirsi al caso in cui il soggetto agente si trovi nella detenzione di stupefacente ottenuto dalla coltivazione domestica lecita e oramai distaccato dalla stessa e costituente prodotto lavorato e finito.

Il primo periodo, laddove non letto in maniera coordinata col secondo, appare invece più ambiguo e sarà probabilmente foriero di ulteriore dibattito.

Infatti, non appare chiaro se la Corte abbia voluto estendere l'applicazione delle sanzioni amministrative di cui all'art. 75 dpr cit. al soggetto agente, qualora egli sia stato trovato nella "detenzione" delle piantumazioni che abbiano già sviluppato principio attivo, senza che dal fenomeno botanico sia stato ottenuto e "distaccato" il prodotto finale pronto all'uso.

Un simile assunto si porrebbe in chiaro attrito con la necessità, espressa dal supremo Consesso nel periodo che segue, di tenere concettualmente distinte la coltivazione e la detenzione; si legge testualmente in sentenza (pag. 19, paragrafo 4.2.2.) *«L'irrilevanza penale della coltivazione di minime dimensioni, finalizzata esclusivamente al consumo personale, deve, in altri termini, essere ancorata non alla sua assimilazione alla detenzione e al regime giuridico di quest'ultima, ma, più linearmente, alla sua non riconducibilità*

alla definizione di coltivazione come attività penalmente rilevante».

In questi termini, sembrerebbe di tutta evidenza che la Corte di legittimità stia escludendo l'applicazione del regime giuridico della detenzione alla coltivazione per scopo di autoconsumo, regime giuridico che ragionevolmente dovrebbe comprendere anche la disciplina amministrativa riservata alla condotta detentiva.

Pertanto, ove con il primo periodo indicato il Collegio abbia invece parificato i due concetti quanto al trattamento sanzionatorio sul versante amministrativo, ritenendo che la coltivazione domestica (previamente esclusa dal terreno penalistico) da cui sia già derivato un prodotto fornito di effetto drogante debba essere sanzionata *ex* art. 75 DPR 309/1990, pur esulando il concetto di *coltivazione* dal tessuto normativo *de quo*, sorgerebbero forti dubbi che tale operazione ermeneutica non violi il principio di legalità operante anche nel campo dell'illecito amministrativo[20], costituendo una interpretazione analogica dell'art. 75 cit.

Sul punto, in ogni caso, parrebbe necessario, per annoverare la coltivazione domestica a scopo di autoconsumo tra gli illeciti amministrativi di cui alla norma ora richiamata, un intervento legislativo, per colmare il *gap* di regime normativo ed evitare che chi sia colto nell'atto di "detenere" sostanza per l'uso personale sia punito, mentre chi sia colto nell'atto di coltivare piante già fornite di effetto drogante, e tuttavia escluse dall'ambito di applicazione della sanzione penale poiché rette dallo scopo di autoconsumo, rimanga esente da qualsivoglia responsabilità.

Sul piano operativo, infine, i principi forniti dalla sentenza in commento rendono particolarmente complessa la valutazione giudiziale del giudice di merito, qualora congiuntamente *a)* sia stato escluso che si tratti di coltivazione domestica e *b)* l'accertamento di polizia giudiziaria abbia cristallizzato e bloccato una attività di coltivazione *in fieri* che non abbia ancora raggiunto la soglia dell'efficacia drogante, attesa la svalutazione della rilevanza del principio attivo al momento dell'accertamento e la conseguente necessità per il giudice, in siffatta ipotesi, di operare un giudizio predittivo, certamente più gravoso ed incerto, sui potenziali connotati che avrebbe assunto la coltivazione laddove fosse proseguita.

In conclusione, si tratta di una pronuncia di legittimità particolarmente articolata ed interessante, che si muove nel solco della ragionevolezza con riferimento alla necessità di escludere dal perimetro punitivo fenomeni di coltivazione che non generino allarme sociale poiché inadatti ad offendere gli interessi collettivi tutelati, e si presenta ricca di spunti utili alla riflessione in merito ai principi cardine della sistematica del reato.

Filippo Lombardi
Magistrato ordinario in servizio presso il Tribunale di Lagonegro, Sezione penale.

[1] Volendo, per un commento alla ordinanza di rimessione, LOMBARDI, *Alle sezioni unite la questione della rilevanza del grado di maturazione della pianta nel reato di coltivazione ex art. 73 d.p.r. n. 309/1990,* in *Cass. pen*., 2019, 12, p. 4429 ss.; per un primo commento alla pronuncia delle Sezioni unite, BRAY, *Le Sezioni unite dichiarano l'irrilevanza penale della coltivazione di piante stupefacenti finalizzata esclusivamente all'uso personale*, in *Sist. pen*., 20 aprile 2020.

[2] V. *ex multis* Cass. sez. VI, 28 aprile 2017, n. 35654, Rv. 270544; Cass. Sez. IV, 23 novembre 2016, n. 53337, Rv. 268695; Cass. sez. VI, 22 novembre 2016, n. 52547).

[3] V. *ex multis* Cass. sez. III, 22 febbraio 2017, n. 36037, Rv. 271805; Cass. sez. VI, 10 novembre 2015, n. 5254, Rv. 265641; Cass. sez. VI, 8 aprile 2014, n. 33835, Rv. 260170).

[4] Corte cost. 225/2008 e 354/2002.

[5] Corte cost. 109/2016 e 62/1986.

[6] Cass. sez. un., 24 aprile 2008, n. 28605, Rv. 239920 e 239921.

[7] *Contra,* Cass. sez. IV, 28 ottobre 2008, n. 1222, Rv. 242371, secondo cui il bene tutelato è solo quello della salute, in quanto gli altri interessi citati si pongono a propria volta quali beni strumentali alla salvaguardia di tale bene.

[8] Cass. sez. IV, 1222/2008, cit.

[9] Cass. sez. VI, 15 marzo 2013, n. 22459, Rv. 255732; Cass. sez. III, 31 gennaio 2013, n. 21120, Rv. 255427; Cass. sez. VI, 9 gennaio 2014, n. 6753, Rv. 258998.

[10] *Ex multis*, Cass. sez. VI, 10 febbraio 2016, n. 10169, Rv. 266513.

[11] Cass. sez. IV, 17 febbraio 2011, Rv. 250721; Cass. sez. III, 9 maggio 2013, n. 23082, Rv. 256174; Cass. sez. VI, 10 novembre 2015, n. 5254, Rv. 265641; Cass. sez. VI, 8 aprile 2014, n. 33835, Rv. 260170; Cass. sez. VI, 17 febbraio 2016, n. 8058, Rv. 266168.

[12] Con ciò allineandosi a Cass. 1222/2008 cit.

[13] Pagg. 23-24 della sentenza.

[14] Per un'ampia disamina, v. M. GALLO, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, in *Studi Urbinati*, 1951-1952, p. 272 s.; FORNASARI, *Reato impossibile: evasione impropria, principio di offensività e reato impossibile*, in *Giur. It.*, 2016, 1, p. 189; O. VANNINI, *Il reato impossibile*, in *Arch. pen.*, 1949, I, 363 ss.; C. FIORE, *Il reato impossibile*, Napoli, 1959, p. 22 ss.
[15] PADOVANI, *Diritto penale*, Giuffrè, 2012, p. 124 ss.; PAGLIARO, *Il diritto penale fra norma e società*, Giuffrè, 2009, p. 562.
[16] PULITANO', *Diritto penale*, Giappichelli, 2013, p. 184 ss.; BARTOLI, *Sostanze stupefacenti prive di efficacia drogante e «concezione realistica» del reato*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 1999, 3, p. 317 ss.; in giurisprudenza, v. Cass. sez. VI, 10 novembre 2015, n. 5254, Rv. 265642.
[17] *Contra*, PESTELLI, *Ancora sui tormentati rapporti tra tipicità ed offensività: la problematica non punibilità delle condotte aventi ad oggetto sostanze stupefacenti c.d. prive di efficacia drogante*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2, 2011, p. 637 ss., secondo il quale la giurisprudenza costituzionale avrebbe aderito alla concezione realistica del reato, in quanto avrebbe «preso posizione a favore della operatività del principio di necessaria offensività del fatto tipico collegato all'art. 49 cpv. c.p., assumendo tale principio come canone (re)interpretativo delle fattispecie di volta in volta oggetto dello scrutinio di costituzionalità».
[18] MANTOVANI, *Diritto penale,* CEDAM, 2013, p. 188 s.
[19] V. Corte cost. 109/2016, laddove si ritiene «non irragionevole la valutazione legislativa di pericolosità della condotta considerata per la *salute pubblica* - la quale non è che la risultante della *sommatoria della salute dei singoli individui*».
[20] Art. 1 co. 2 L. 689/1981, *"Le leggi che prevedono sanzioni amministrative si applicano soltanto nei casi e per i tempi in essere considerati". Cfr.*, LA ROSA, *Coltivazione "domestica" di cannabis - la coltivazione "domestica" di cannabis tra (in)offensività e particolare tenuità del fatto*, in *Giur. It.*, 2016, 1, p. 193 ss., ove si legge «Nulla quaestio nel caso in cui il coltivatore "domestico" sia trovato in possesso del "frutto" del suo lavoro, pur sempre nei limiti indicati dall'art. 75, D.Lgs. n. 309/1990: ricorre un'ipotesi di "detenzione", con conseguente applicabilità delle sanzioni amministrative ivi previste. Il problema si porrebbe semmai ove di detenzione non sia possibile parlare (si pensi all'ipotesi di piante che non abbiano raggiunto un sufficiente grado di maturazione): in questo caso il rispetto del principio di legalità, sancito anche per le sanzioni amministrative, preclude l'operatività dell'art. 75».

TRIMESTRALE, 2, 2020

I limiti sostanziali e processuali del reato di corruzione internazionale. Note a margine della sentenza della Corte d'Appello di Milano sul caso ENI-Saipem in Algeria.

di ***L. Scollo***

La Corte d'Appello di Milano, con Sentenza 15 gennaio – 15 aprile 2020, n. 286 ha assolto tutti gli imputati dall'accusa di corruzione internazionale per la vicenda Saipem e confermato l'assoluzione emessa dal Tribunale di Milano per la vicenda ENI, relative al presunto pagamento di tangenti in cambio di commesse in Algeria. La sentenza pone in luce alcune criticità della fattispecie di cui all'art. 322 bis *c.p., sia con riguardo agli standard probatori richiesti, sia con riguardo alla corretta individuazione delle condotte e dei soggetti punibili.*
Il commento, dopo una disamina delle questioni processuali e di merito che hanno condotto alla riforma della decisione di primo grado, si sofferma sui problemi di ordine processuale e sostanziale della fattispecie italiana di corruzione internazionale, sin dalla sua introduzione, i quali impongono oggi una sua completa rivisitazione. Inoltre, prendendo spunto da alcuni passaggi della motivazione, approfondisce il tema della configurabilità del concorso nella corruzione da parte dell'intermediario, e della punibilità dell'intermediario anche a norma del nuovo delitto di traffico di influenze illecite di cui all'art. 346 bis c.p., fornendo ad entrambi gli interrogativi risposta affermativa, ed avvertendo sugli effetti di tali conseguenze in materia di compliance, con riguardo alle attività di due diligence e auditing.

Sommario. **1.** Introduzione. – **2.** La vicenda Eni-Saipem. – **3.** Le imputazioni di corruzione internazionale e i reati tributari. – **4.** La sentenza di primo grado. – **5.** La decisione della Corte d'Appello di Milano. – **5.1.** I motivi della decisione: le questioni pregiudiziali di ordine processuale. – **5.1.1.** La mancata traduzione degli atti acquisiti in dibattimento. – **5.1.2.** L'inutilizzabilità degli atti in rogatoria. – **5.1.3.** La consulenza informatica estera. – **5.1.4.** La revoca implicita dei testi ammessi. – **5.1.5.** La traduzione degli atti introduttivi del giudizio e della sentenza. – **5.1.6.** Il decreto di latitanza. – **5.1.7.** La rinnovazione istruttoria. – **5.2.** I motivi della decisione: l'assoluzione nel merito. – **5.2.1.** L'assoluzione dall'accusa di corruzione internazionale nella vicenda Saipem. – **5.2.2.** L'assoluzione dall'accusa di corruzione internazionale nella vicenda ENI. – **5.2.3.** I reati fiscali. – **6.** Alcune considerazioni e notazioni critiche a margine. – **6.1.** La corruzione internazionale nella teoria generale del reato. – **6.2.** Le criticità della fattispecie di corruzione internazionale. – **6.3.** Le condotte punibili e la prova dell'accordo: disequilibrio tra garanzie ed efficienza. – **6.4.** I soggetti punibili e la rilevanza penale del concorso degli intermediari. – **6.5.** Gli intermediari e il nuovo reato di traffico di influenze illecite. – **6.6.** A corruzione extra-europea corrisponde sanzione extra-europea: DoJ e SEC. – **7.** Conclusioni.

1. Introduzione.

La Corte d'Appello di Milano, con la sentenza in commento, ha assolto tutti gli imputati, ai sensi dell'art. 530 co. 2 c.p.p., dall'accusa di corruzione internazionale per la vicenda Eni-Saipem relativa al presunto pagamento di tangenti in cambio di commesse in Algeria.
Nel giudizio di appello, sono state accolte le difese degli amministratori e dirigenti di Saipem S.p.A., della stessa società imputata ai sensi del D.Lgs. 231/01, nonché dei tre presunti intermediari del Ministro dell'Energia algerino.Il giudice di primo grado aveva, invece, già assolto i vertici (compreso l'Ad Scaroni) e la stessa ENI S.p.A. dalla medesima accusa.
La sentenza della Corte d'Appello, come vedremo, pone in luce alcune importanti criticità della fattispecie di cui all'art. 322 *bis* c.p., sia con riguardo agli standard probatori richiesti, sia con riguardo alla corretta individuazione delle condotte e dei soggetti attivi punibili, aspetti che inevitabilmente si riflettono

sulla inefficienza della disciplina sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche.
Nei paragrafi che seguiranno, dopo una sintetica disamina delle questioni processuali e dei motivi di merito che hanno condotto alla riforma della sentenza di primo grado, ci si soffermerà più analiticamente sui problemi di ordine processuale e sostanziale che affliggono la fattispecie di corruzione internazionale, sin dalla sua introduzione, e che segnatamente impongono una sua rivisitazione. Vi sarà modo, inoltre, di soffermarsi sul tema della configurabilità del concorso nella corruzione da parte dell'intermediario, e sulla punibilità dell'intermediario anche a norma del nuovo delitto di traffico di influenze illecite. Non prima di aver ripercorso brevemente i termini della vicenda.

2. La vicenda Eni-Saipem.

La vicenda oggetto del giudizio si sviluppa tra l'Italia, la Francia e l'Algeria, a partire dal 2006, quando, secondo la ricostruzione del giudice di primo grado, i dirigenti dell'italiana Saipem S.p.A. trovano in un cittadino algerino, considerato vicinissimo al ministro dell'energia di quel paese, l'uomo della provvidenza, capace di aiutare Saipem nelle difficoltà dalla stessa riscontrate di concorrere alle gare milionarie, indette dalla società petrolifera algerina Sonatrach, gare alle quali – da ultimo – non veniva neppure invitata a partecipare, anche a causa di precedenti contenziosi. Le difficoltà si sbloccano a tal punto che, nel marzo del 2006, sempre secondo la ricostruzione del primo giudice, i vertici di Saipem, il ministro algerino e lo stesso intermediario si incontrano in un lussuoso hotel di Parigi per concordare una tangente, che risulterà essere di oltre 197 milioni di euro, in cambio di sette commesse della società petrolifera algerina del valore di 8 miliardi di euro[1].
L'anno dopo, nel 2007, analoghi incontri avevano riguardato i vertici della controllante ENI, i cui interessi petroliferi in Algeria – e, in particolare, l'acquisizione della società FCP (già titolare dei diritti sul giacimento MLE d'interesse per Saipem), e l'estensione dei diritti di sfruttamento al giacimento CAFC – stentavano a decollare. L'accordo, in questo caso, avrebbe previsto il pagamento di una tangente di 41 milioni di euro, in cambio dell'intercessione del ministro per l'acquisizione della società, e dei diritti di sfruttamento sui giacimenti, nonché l'esenzione dalla tassa prevista per le operazioni societarie, tutti risultati che effettivamente ENI consegue con inusuale rapidità[2].
La successione temporale degli accadimenti, ossia le difficoltà per il gruppo ENI-Saipem in Algeria che si sbloccano improvvisamente, grazie all'intercessione di un intermediario, vicino al ministro dell'energia, e l'imputazione nei bilanci di Saipem di commissioni milionarie pagate alla società di intermediazione algerina, portano la Procura di Milano all'esercizio dell'azione penale nei confronti delle persone fisiche e giuridiche coinvolte, secondo lo schema esposto al paragrafo seguente.

3. Le imputazioni di corruzione internazionale e i reati tributari.

La Procura di Milano formula tre capi d'imputazione: il primo ha ad oggetto l'ipotesi corruttiva, il secondo la responsabilità degli enti, il terzo prende in esame le violazioni tributarie.
Precisamente, a norma del Capo A) l'ufficio del Pubblico Ministero contesta ai vertici di Saipem, Eni e ai tre cittadini stranieri, accusati di essere intermediari del ministro dell'energia algerino, il reato di corruzione internazionale di cui all'art. 322 *bis* c.p. L'addebito, in sintesi, è di aver stipulato un accordo corruttivo unitario che avrebbe consentito alle due società italiane di ottenere importanti commesse pubbliche in Algeria, del valore di diversi miliardi di euro, attraverso la corruzione del ministro dell'energia che avrebbe potuto, in virtù dei suoi poteri, esercitare una influenza determinante sulla società petrolifera algerina titolare delle commesse in questione.
A norma del Capo B) veniva contestata a Saipem S.p.A. ed ENI S.p.A. la responsabilità dell'ente ai sensi del D.Lgs. 231/01, per aver tratto ingenti vantaggi dalla corruzione internazionale.
A norma del Capo C), infine, veniva contestato il reato di dichiarazione fraudolenta mediante artifici, di cui all'art. 3 D.Lgs. 74/2000, giacché le tangenti pagate al ministro, secondo l'accusa, sarebbero state mascherate da contratti di consulenza ed agenzia stipulati con una società algerina, le cui fatture sarebbero state, poi, iscritti a bilancio, con tanto di parere di liceità rilasciato da uno studio legale, e dunque alterando le dichiarazioni fiscali relative agli anni 2008 e 2009.
L'accusa, come vedremo in dettaglio nel seguente paragrafo, reggeva solo in parte davanti al Tribunale di Milano che, tuttavia, confermava la corruzione nella vicenda *Saipem* emettendo nei confronti dei vertici della società e dell'ente una sentenza di condanna, e dichiarava la prescrizione del reato tributario. L'accusa troverà definitiva smentita nella sentenza in commento, che invece proscioglierà gli

imputati dall'accusa di corruzione. Ma partiamo dalla sentenza del giudice di prime cure.

4. La sentenza di primo grado.

Il giudice di primo grado aveva accolto la prospettazione accusatoria della corruzione internazionale relativa alle commesse ottenute da Saipem[3].
Le dichiarazioni dibattimentali di uno dei dirigenti della società si erano rivelate precise in relazione alla vicenda Saipem e meno precise in relazione alla vicenda Eni, la quale – in mancanza di ulteriori riscontri – doveva ritenersi non provata. I vertici di ENI e la stessa società erano stati, dunque, assolti perché il fatto non sussiste e per non aver commesso il fatto, rispettivamente, delle accuse di corruzione internazionale e di dichiarazione fraudolenta mediante artifici ai vertici di Saipem, Eni e ai tre cittadini stranieri, accusati di essere intermediari. Il Tribunale aveva, invece, ritenuto provata la corruzione internazionale per la commessa aggiudicata a Saipem. In particolare, l'istruttoria aveva dimostrato che i vertici della società italiana avevano stipulato contratti di consulenza per prestazioni fittizie e consentito la sovrafatturazione di servizi ricevuti da *subcontractor* allo scopo di movimentare enormi quantità di denaro, dai conti di Saipem verso un gruppo di società estere, fondi che poi erano entrati nella diretta disponibilità del ministro algerino e dei suoi familiari[4].
Precisamente, secondo il primo giudice, non vi era prova che a tali contratti di consulenza corrispondessero altrettante prestazioni professionali. Non vi era traccia documentale dell'attività svolta, né dell'adeguatezza professionale degli incaricati. Inoltre, anomalo ed artificioso era risultato il percorso di approvazione dei contratti all'interno delle procedure di Saipem. Tutti indici sintomatici della natura illecita degli accordi.
Al contrario, era stata acquisita la prova che i fondi erano transitati su un manipolo di società estere, e poi messi a disposizione del ministro algerino per l'acquisto di immobili[5].
Il giudice di primo grado aveva perciò condannato l'amministratore delegato, il direttore finanziario ed un altro dirigente della società, oltre ai tre cittadini stranieri che avrebbero funto da intermediari del ministro algerino alla pena della reclusione tra anni 4 e mesi 1 e anni 5 e mesi 5, disponendo inoltre a loro carico la confisca di oltre 197 milioni di euro quale profitto del reato[6].
La sentenza di primo grado aveva dichiarato, inoltre, la responsabilità di Saipem S.p.A. per l'illecito amministrativo di cui agli artt. 5 e 25 co. 4 D.Lgs 231/01, condannandola alla sanzione pecuniaria di 400.000 euro, e disponendo inoltre la confisca della somma di oltre 197 milioni di euro quale prezzo del reato[7].
Tutti gli imputati venivano, invece, prosciolti dall'accusa di dichiarazione fraudolenta. In particolare, nei confronti dell'amministratore delegato e del dirigente di ENI S.p.A., imputati per il reato tributario, veniva emessa sentenza di assoluzione per non aver commesso. Nei confronti dell'amministratore delegato e dei dirigenti di Saipem S.p.A., invece, veniva dichiarato non doversi procedere per intervenuta prescrizione[8].
Il parziale accoglimento della tesi accusatoria verrà poi ribaltato dalla sentenza di appello, che pronuncerà l'assoluzione dall'accusa di corruzione internazionale, anche nei confronti dei vertici e della stessa Saipem, come vedremo nel paragrafo seguente.

5. La decisione della Corte d'Appello di Milano.

Il giudice di secondo grado ha accolto in buona parte le censure di merito esposte degli imputati appellanti e di Saipem S.p.A., ritenendo non provata, nel merito, la sussistenza del reato di corruzione internazionale extraeuropea e dell'illecito amministrativo da reato, relativi alla commessa algerina di Saipem, per la quale, in primo grado, era invece stata pronunciata la condanna dei vertici della società e dichiarata la responsabilità amministrativa dell'ente.
Con l'assoluzione, seppur ex art. 530 co. 2 c.p.p., la Corte d'Appello ha prosciolto tutti gli imputati e revocato la confisca disposta nei confronti degli appellanti e dell'ente per oltre 197 milioni.
L'appello del Pubblico Ministero, invece, è stato dichiarato inammissibile con riguardo all'impugnazione proposta nei confronti di ENI S.p.A. e infondato nella parte relativa ai vertici della anzidetta società, già assolti in primo grado.
La parte motiva della sentenza può essere idealmente suddivisa in due sezioni, la prima concernente le censure di ordine processuale, la seconda quelle di merito che più propriamente hanno condotto all'assoluzione degli imputati. I paragrafi successivi seguiranno la medesima ideale divisione, dando dapprima conto delle questioni processuali.

5.1. I motivi della decisione: le questioni pregiudiziali di ordine processuale.

La Corte d'Appello, come si è anticipato, ha accolto le doglianze degli appellanti, pronunciando un proscioglimento nel merito. Il giudice di secondo grado non ha mancato, preliminarmente, di affrontare le

questioni processuali sollevate dalle difese che meritano di essere, seppur brevemente, richiamate.

5.1.1. La mancata traduzione degli atti acquisiti in dibattimento.

La prima censura sollevata dalla difesa di alcuni imputati concerne, anzitutto, la mancata traduzione degli atti prodotti dal Pubblico Ministero e da alcune difese, acquisiti e dichiarati utilizzabili sebbene redatti in lingue straniere, quali l'arabo, il francese, il tedesco e l'inglese[9].

La questione è stata, tuttavia, rigettata dal giudice d'appello, dal momento che non sarebbe stato dedotto il concreto pregiudizio derivante dalla decisione di non disporne la traduzione, com'è invece richiesto dalla giurisprudenza di legittimità. La difesa, secondo la Corte d'Appello, si era limitata ad evidenziare che il giudice di prime cure era incorso nell'errore di interpretazione di alcuni atti, senza indicarli analiticamente e senza illustrarne la portata per il giudizio del caso concreto. La doglianza risultava, conseguentemente, generica e non ancorata ad un dato preciso da cui derivava un concreto pregiudizio per la parte[10].

La ricostruzione della Corte, in punto di diritto, appare coerente con il quadro normativo e giurisprudenziale in materia di traduzione degli atti, per cui mentre gli atti del procedimento devono essere formati in lingua italiana, ed eventualmente tradotti in lingua nota all'imputato ove ricorrano le condizioni di cui all'art. 143 c.p.p., i documenti di lingua straniera acquisiti al fascicolo del dibattimento possono essere tradotti in lingua italiana, a norma dell'art. 242 c.p.p., o in altra lingua nota all'imputato, a norma dell'art. 143 co. 3 c.p.p., laddove la loro utilizzazione nella lingua originale possa pregiudicare i diritti dell'imputato, e sempre che lo stesso abbia eccepito il concreto pregiudizio derivante dalla mancata traduzione[11].

Tale prerogativa concerne, invero, unicamente l'imputato ed il suo diritto a comprendere il nucleo dell'accusa e il contenuto delle prove a suo carico, e non anche i difensori che – ove occorra – dovranno provvedere con propri consulenti di parte alla traduzione degli atti, laddove lo ritengano necessario per un più ampio e completo esame del compendio istruttorio ed il conseguente esercizio dell'attività difensiva[12].

La Suprema Corte, nella sua più autorevole composizione, ha osservato che non è ascrivibile all'imputato, men che meno al difensore, un diritto alla traduzione indiscriminata dell'intero fascicolo d'indagine o degli atti acquisiti nel corso dell'istruttoria dibattimentale. Tuttavia, la stessa Corte ha osservato che la traduzione deve essere certamente favorita, propiziata dal giudice, nei limiti in cui essa assuma qualche possibile, concreto rilievo rispetto ai fatti da provare. Lo strumento per siffatto conseguimento, secondo la Cassazione, è costituito dalla dialettica processuale, dal contraddittorio, per cui ciascuna parte è tenuta, in spirito di leale collaborazione, ad indicare, sia pure succintamente e per evocazione, le ragioni che rendono plausibilmente utile la traduzione. È pur vero che, in linea di principio, l'utilità di un atto può essere talvolta compresa appieno solo dopo che esso sia stato tradotto. Tale teorica esigenza, tuttavia, non può essere perseguita attraverso la traduzione indiscriminata che condurrebbe, soprattutto nei processi molto complessi, ad esiti paralizzanti, e rischierebbe concretamente di condurre, irragionevolmente, il processo in una sfera di inutile elefantiasi. La soluzione indicata dalle Sezioni Unite, per conseguire un equilibrato contemperamento delle diverse esigenze, è perciò l'itinerario dialettico ispirato da una logica di favore per la traduzione[13].

Nel caso di specie, se – come si è detto – la ricostruzione dogmatica della Corte d'Appello appare coerente con il quadro normativo e giurisprudenziale in materia, la decisione appare invece in contrasto con quegli stessi principi di diritto richiamati nella pronuncia, ispirati al *favor traductionis*. La sentenza, difatti, riconosce come gli appellanti avessero indicato al giudice di prime cure un elenco di documenti rilevanti e necessitanti di traduzione. Nell'impugnazione, poi, avevano evidenziato come gli stessi documenti già indicati erano risultati effettivamente rilevanti per l'affermazione di responsabilità, indicandone persino gli errori di interpretazione, con ciò inequivocabilmente dimostrando, quand'anche *ex post*, che la traduzione richiesta sarebbe stata «necessaria per la comprensione» di quei documenti, come previsto dall'art. 242 c.p.p.[14].

Trattandosi di documenti particolarmente rilevanti, quali la disciplina algerina in materia di appalti (utile per determinare se vi fossero stati atti contrari ai doveri di ufficio), alcune e-mail (utili per dimostrare se vi fosse stato l'accordo della corruzione), il rapporto sui flussi finanziari (utile per dimostrare se vi fosse stato il pagamento di tangenti), l'applicazione corretta dell'art. 242 c.p.p. e della sua interpretazione giurisprudenziale avrebbe comportato la declaratoria di nullità dell'ordinanza del giudice di primo grado.

5.1.2. L'inutilizzabilità degli atti in rogatoria.

L'acquisizione degli atti provenienti dall'Autorità giudiziaria algerina è stata oggetto di censura contenuta nei motivi di gravame, che lamentavano l'inutilizzabilità della perizia informatica e della rubrica telefonica estratta da uno telefono in sequestro appartenente, si presume, al ministro dell'energia. In particolare, l'inutilizzabilità degli veniva sostenuta sulla base di tre argomenti: (1) non erano state rispettate le procedure internazionali di collaborazione giudiziaria; (2) non erano stati acquisiti i documenti nella loro interezza, bensì solo gli elenchi; (3) non erano stati prodotti i verbali relativi alle operazioni di perquisizione[15].

La doglianza è stata, però, rigettata osservando che le procedure di collaborazione erano state rispettate, e l'attività ispettiva era stata compiuta nell'ambito di una inchiesta dell'Autorità giudiziaria algerina e dunque regolata dalla *lex loci*, escludendosi che il giudice straniero possa sindacarne la legittimità e, quindi, che ciò possa eventualmente comportare l'inutilizzabilità degli atti acquisiti regolarmente mediante rogatoria e recanti tutte le informazioni necessarie per costituire validi elementi di prova[16].

In proposito, va tuttavia osservato che la decisione assunta sul punto dalla Corte non sembra compatibile con il disposto dell'art. 78 disp. att. in base al quale "gli atti non ripetibili compiuti dalla polizia straniera possono essere acquisiti nel fascicolo del dibattimento se le parti vi consentano ovvero dopo l'esame testimoniale dell'autore degli stessi". Ciò, in particolare, riguarda gli atti di accertamento che siano stati direttamente "compiuti" dalla polizia straniera quali i rilievi tecnici o, come in questo caso, le ispezioni e i sequestri[17].

Va, poi, osservato che la legittimità degli atti compiuti, secondo la *lex loci*, che risponde al principio del *locus regit actum* è condizione necessaria ma non sufficiente per l'ingresso degli atti d'indagine compiuti all'estero nell'ambito del processo penale, e non può comportare *sic et simpliciter* l'utilizzabilità degli stessi, dal momento che dal combinato disposto degli artt. 191 e 729 si ricava il postulato per cui la prova non può essere acquisita in contrasto con i principi fondamentali e inderogabili dell'ordinamento giuridico italiano, tra i quali *in primis* vi è il diritto di difesa[18].

5.1.3. La consulenza informatica estera.

Le risultanze della consulenza tecnica di carattere informatico sui dispositivi sequestrati al ministro algerino erano state parimenti contestate, e precisamente con riguardo alla loro mancata traduzione in lingua italiana[19].

Il rapporto, ad avviso delle difese, doveva essere qualificato come rientrante nella categoria degli atti ripetibili assunti all'estero a seguito di rogatoria internazionale, per cui ne doveva essere acquisita la traduzione in lingua italiana[20].

La Corte, tuttavia, osservava che non essendo stata censurata l'irrituale acquisizione, bensì avendo le difese accettato il contraddittorio sul contenuto dell'atto, la doglianza espressa limitatamente alla mancata traduzione era da ritenersi priva di fondamento[21].

La traduzione informale della perizia informatica, prodotta dal Pubblico Ministero, è stata inoltre contestata sotto il profilo della valenza probatoria. In particolare, la traduzione asseverata della stessa perizia, commissionata e prodotta in giudizio dalla difesa di un imputato, ha rilevato la mancanza della descrizione del telefono quale apparecchio rivenuto in casa del ministro algerino (descrizione invece presente nella versione "di cortesia" prodotta dal Pubblico Ministero).

La Corte, tuttavia, pur constatando tale discrepanza, sulla base del rapporto di perizia trasmesso, ha escluso che potesse non trattarsi del telefono indagato, escludendo conseguentemente che la predetta anomalia potesse inficiare il carattere probante delle risultanze della perizia[22].

5.1.4. La revoca implicita dei testi ammessi.

La Corte, ancora, ha rigettato una questione di nullità della sentenza per omessa motivazione nell'ordinanza di revoca implicita di testi già ammessi[23].

Il giudice d'appello, in particolare, ha osservato che la chiusura dell'istruttoria dibattimentale senza l'audizione di alcuni testimoni già ammessi su richiesta di parte doveva qualificarsi come revoca implicita. Tuttavia, la stessa risultava senz'altro illegittima in assenza di motivazione con riguardo alla superfluità della prova. Eppure, la doglianza non poteva essere accolta in appello, dal momento che l'eccezione avverso la nullità di ordine generale, per violazione del diritto di difendersi provando (qualificata come relativa dal P.G. e dalle parti) andava proposta immediatamente, ai sensi dell'art. 182 co. 2 c.p.p.[24].

5.1.5. La traduzione degli atti introduttivi del giudizio e della sentenza.

I tre appellanti stranieri avevano dedotto la nullità della sentenza di primo grado per via della mancata

traduzione del decreto di citazione e, in ultimo, della stessa sentenza appellata[25].
Tuttavia, la censura è stata ritenuta priva di pregio per due ordini di ragioni.
Anzitutto, due dei tre appellanti avevano indicato lo studio del proprio difensore quale domicilio presso cui ricevere gli atti del procedimento. Pertanto, incombeva sul difensore, non tanto l'obbligo di tradurli, quanto l'obbligo di enunciarne i contenuti essenziali all'assistito. Mentre, il terzo imputato risultava latitante, e non aveva perciò subito alcun pregiudizio dalla mancata traduzione degli atti introduttivi e della sentenza[26].
In ogni caso, ad avviso della Corte era mancata la prova della impossibilità o difficoltà di comprendere la lingua italiana, che non nasce dalla condizione di cittadinanza dell'imputato, bensì necessita di dimostrazione puntuale, e deve essere attuale, non potendosi considerare tale la dichiarazione di un teste che aveva riferito come uno degli imputati non comprendesse l'italiano, trattandosi di testimonianza concernente l'epoca dei fatti in contestazione, e dunque mancando la prova che la condizione di impossibilità o difficoltà di comprendere la lingua italiana perdurasse anche durante lo svolgimento del procedimento.
Oltretutto, avverso la sentenza di primo grado, avevano proposto tempestivamente appello i difensori degli imputati, senza allegare alcun pregiudizio per la mancata traduzione della sentenza. Dunque, le medesime considerazioni dovevano ritenersi applicabili anche alla mancata traduzione della decisione del Tribunale[27].

5.1.6. Il decreto di latitanza.

Uno degli appellanti stranieri era rimasto latitante. Precisamente, Il Giudice per le Indagini preliminari aveva emesso, nel 2013, un'ordinanza custodiale a suo carico ma, una volta ricevuto il verbale di vane ricerche, aveva provveduto ad emettere un decreto di latitanza. In appello, la difesa eccepiva la nullità del decreto di latitanza, lamentando l'incompleta esecuzione delle ricerche prodromiche alla dichiarazione di latitanza ai sensi dell'art. 296 c.p.p. L'appellante era, difatti, un cittadino svizzero, niente affatto difficile da rintracciare, posto che lo stesso Pubblico Ministero aveva partecipato al suo interrogatorio a Berna, nel 2013, disposto per rogatoria[28].
La Corte d'Appello rilevava, tuttavia, che la dedotta nullità dovesse essere qualificata non come assoluta, bensì a regime intermedio da dedurre prima della sentenza di primo grado[29].

5.1.7. La rinnovazione istruttoria.

La Corte ha dichiarato utilizzabili, in sentenza, gli atti prodotti da alcune difese in allegato agli atti d'impugnazione, dal momento che sugli stessi non vi è stata alcuna formale opposizione e, inoltre, si era pienamente realizzato il contraddittorio tra le parti, pure in mancanza di una formale ordinanza di rinnovazione parziale dell'istruttoria dibattimentale[30].
Sono stati dichiarati utilizzabili anche i documenti ricostruttivi dei flussi di denaro provenienti da alcuni *subcontractor* e indirizzati al cittadino algerino, considerato dall'accusa come l'*alter ego* del ministro dell'energia algerino, e dunque intermediario di quest'ultimo, volti a dimostrare che il denaro era invece rimasto nella esclusiva disponibilità del cittadino algerino e non – come sostenuto dal capo d'imputazione – trasferiti al pubblico funzionario straniero. La Corte ha osservato che, in quanto documenti privi di contenuto valutativo, essi costituissero documenti acquisibili a norma dell'art. 234 c.p.p.[31].
Infine, non ha trovato accoglimento la richiesta di assumere nuove prove dichiarative, attesa la presunzione di completezza dell'istruttoria di primo grado, che può essere superata solo nel caso in cui il giudice si trovi di fronte all'impossibilità di decidere allo stato degli atti e, contestualmente, le prove richieste assumano carattere di decisività tale da eliminare le nutrite incertezze, ovvero se le stesse siano di per sé idonee ad inficiare ogni altra risultanza del processo[32].
Esaurito l'esame delle censure processuali, la Corte d'Appello ha proseguito enunciando le ragioni di merito che hanno condotto alla pronuncia assolutoria.

5.2. I motivi della decisione: l'assoluzione nel merito.

La decisione assolutoria della Corte d'appello di Milano ha accolto, nel merito, le questioni poste dalle difese degli imputati, rigettando e dichiarando in parte inammissibile l'impugnazione del Pubblico Ministero. In sostanza, la tesi esposta dal Procuratore Generale, per cui «*non si può pretendere che ogni banconota avesse il timbro del cane a sei zampe*», è stata invece contraddetta dalla Corte che, nel ribaltare la sentenza di condanna per la vicenda *Saipem* e nel confermare l'assoluzione di primo grado per la vicenda *ENI*, ha esposto analiticamente la fragilità della tesi accusatoria, sotto il profilo degli elementi di prova[33].

Precisamente, il giudice di secondo grado ha ritenuto che il materiale istruttorio non consentisse di ritenere provato che (1) i vertici di ENI e di Saipem avessero stipulato un accordo corruttivo con il ministro algerino né personalmente né per il tramite di alcuni intermediari, che (2) questi avesse assunto degli atti contrari ai doveri d'ufficio e che, infine, (3) avesse ricevuto le somme oggetto della corruzione. Mancava, dunque, secondo la Corte, la prova di quasi tutti gli elementi essenziali della fattispecie di corruzione internazionale.

Nel prosieguo del commento verranno introdotte alcune considerazioni di ordine generale, che scaturiscono anche dalle ragioni che hanno condotto la Corte d'Appello è alla presente decisione, dopo averne dato conto nei paragrafi che seguono.

5.2.1. L'assoluzione dall'accusa di corruzione internazionale nella vicenda Saipem.

La sentenza di primo grado aveva condannato i vertici di Saipem S.p.A. e dichiarato la responsabilità dell'ente, ai sensi del D.Lgs. 231/01, disponendo altresì la confisca di oltre 197 milioni quale prezzo del reato a carico di Saipem e quale profitto a carico degli imputati, per il delitto di corruzione internazionale, concernente il pagamento di tangenti al ministro dell'energia ed ai funzionari dell'ente petrolifero dello Stato algerino, per l'ottenimento di sette commesse del valore complessivo superiore ad otto miliardi di euro[34].

La condotta era stata qualificata dal Tribunale di Milano come corruzione propria antecedente, avendo il politico algerino – secondo la prospettazione accusatoria, recepita nella sentenza di primo grado – dapprima stipulato un patto illecito con i vertici della società, poi favorito la stessa nella partecipazione ed aggiudicazione delle commesse, ed in ultimo incassato il prezzo della corruzione, tramite fittizi contratti di consulenza con degli intermediari compiacenti o mediante sovrafatturazione delle prestazioni di alcuni subappaltatori[35].

Nella sentenza in commento, tuttavia, la Corte osserva come ciascuno degli elementi costitutivi della fattispecie sopra menzionati, a partire dall'accordo, risultava in realtà privo di riscontro probatorio, ed anzi – in molti casi – l'istruttoria dibattimentale aveva offerto elementi di riscontro negativo idonei ad escludere la sussistenza del fatto. Precisamente, la sentenza osserva che la decisione di primo grado aveva ancorato l'affermazione di responsabilità sulle dichiarazioni di uno dei dirigenti imputati, il quale nel descrivere la genesi degli affari algerini oggetto dell'inchiesta e degli incontri con il ministro algerino e gli intermediari – tuttavia, a ben vedere – non aveva reso dichiarazioni auto ed etero accusatorie, non avendo mai affermato che l'oggetto dell'intermediazione o degli incontri col ministro e gli intermediari avesse natura illecita e che le somme pagate agli intermediari fossero destinate al ministro[36].

L'erronea valutazione della prova dichiarativa aveva riguardato anche il narrato di un altro dirigente, la cui posizione era stata già definita con applicazione della pena su richiesta delle parti, da cui – come ha osservato la Corte d'Appello – erano emersi elementi di riscontro negativo, pretermessi o sottovalutati nella pronuncia del primo giudice. In particolare, dalla testimonianza resa in dibattimento, era risultato che l'assegnazione a Saipem delle commesse algerine in questione era avvenuta grazie all'offerta economicamente più vantaggiosa e che, dunque, alcun atto contrario ai doveri d'ufficio era ascrivibile al ministro in fase di aggiudicazione[37].

La circostanza aveva già costretto il P.M., in primo grado, a rivedere l'impianto accusatorio, ipotizzando che l'influenza del ministro fosse intervenuta già nella fase di ammissione alla partecipazione alla gara, piuttosto che in quella di aggiudicazione. Del resto, dall'istruttoria era emerso che Saipem avesse difficoltà persino a farsi invitare alle gare della società pubblica algerina.

La Corte, tuttavia, osserva come il primo giudice non abbia tenuto conto del fatto che, nelle resistenze mostrate nei confronti di Saipem, pesavano precedenti controversie legate a problematiche tecniche, che erano state in grado di minarne la credibilità di Saipem agli occhi della società pubblica algerina, mentre la coeva acquisizione di Snamprogetti aveva consentito a Saipem di recuperare terreno e credibilità, superando così ogni preclusione. Sul punto, la pronuncia del Tribunale dava conto di anomalie solo su alcune delle commesse indagate, senza peraltro mai giungere alla conclusione che le stesse fossero state superate grazie all'influenza o all'intervento diretto del ministro[38].

Considerevole era, senz'altro, il flusso di denaro fuoriuscito da Saipem per la presunta attività di intermediazione. Ma le consulenze tecniche acquisite, mai smentite dall'accusa, avevano escluso che vi fosse evidenza che anche solo una parte dei fondi fosse pervenuta nella disponibilità del ministro. Lo stesso a ritroso, e cioè indagando i rapporti economici tra i familiari del ministro e gli intermediari: in nessun caso era stato accertato che i fondi messi a loro disposizione dai consulenti provenisse da Saipem.

Invece, dagli atti era emerso che alcuni dirigenti della società pubblica algerina avevano ricevuto regalie da parte di uno dei dirigenti coinvolti nell'inchiesta, ma ciò – in primo luogo – non aveva riguardato i familiari del ministro e – in secondo luogo – non vi era prova che dette regalie fossero state pagate con fondi provenienti da Saipem. Altresì, indimostrata era rimasta la presunta sovrafatturazione dei *subcontractor* che sarebbe servita, secondo l'accusa, per costituire ulteriori fondi di denaro da retrocedere agli intermediari e, attraverso questi, al ministro. In particolare, nessun elemento aveva provato la non congruità dei prezzi[39].

Inconcludenti, infine, anche i documenti acquisiti per rogatoria: la mera presenza nella rubrica telefonica del ministro dei soggetti coinvolti nell'inchiesta, in mancanza di traffico dati che contenesse indizi della presunta illiceità dei rapporti, risultava un dato neutro ed inidoneo a giungere alla conclusione che il ministro avesse fatto oggetto di mercimonio la sua funzione. Lo stesso, per le schede telefoniche di Dubai, associate ad alcuni dei soggetti coinvolti, giudicate neutre e prive di valenza indiziante[40].

La Corte, in buona sostanza, evidenziava che le prove acquisite risultavano in buona parte neutre, ed in qualche caso persino in contraddizione rispetto alla prospettazione accusatoria, accreditando invece la ricostruzione alternativa della difesa per cui la società avesse ottenuto le commesse algerine grazie all'offerta economicamente più vantaggiosa, mentre l'attività di intermediazione di un agente si era resa necessaria per acquisire informazioni e dati utili che solo un partner locale poteva offrire, e per svolgere la promozione necessaria ad accreditare le capacità tecniche-operative di Saipem agli occhi della società petrolifera algerina.

Per tale ragione, in riforma della sentenza di primo grado, la Corte pronunciava l'assoluzione di tutti i manager, escludendo altresì la responsabilità dell'ente, con revoca della confisca per oltre 197 milioni di euro, disposta dal giudice di prime cure.

5.2.2. L'assoluzione dall'accusa di corruzione internazionale nella vicenda ENI.

I vertici e la stessa ENI S.p.A. erano stati assolti, in primo grado, con formula piena (perché il fatto non sussiste) dall'accusa di corruzione del ministro dell'energia algerino per nell'acquisizione della società canadese detentrice dei giacimenti MLE, nell'estensione al giacimento CAFC e nell'ottenimento di una favorevole normativa fiscale per portare a termine la correlata operazione societaria. Per il Tribunale, tali eventi si erano sì verificati, ma non in base alla corruzione del ministro straniero (di cui non vi era prova, né dell'accordo, né degli atti contrari, né del passaggio di denaro) bensì del tutto regolarmente. Il Pubblico Ministero aveva proposto appello, sia nei confronti dei manager, sia nei confronti dell'ente, senza tuttavia impugnare l'assoluzione dei coimputati al vertice di Saipem, parimenti assolti in primo grado, cui era stato contestato il concorso nella corruzione internazionale della vicenda ENI[41].

Superati i problemi di giudicato interno che, per la Corte, non producevano di per sé l'inammissibilità dell'impugnazione, permaneva comunque un difetto di specificità dei motivi con riguardo all'appello nei confronti dell'ente, che difatti veniva dichiarato inammissibile, attesa la totale mancanza di critiche rispetto ai profili di responsabilità indicati dalla normativa prevista dal D.Lgs. 231/01, neppure richiamata, evidentemente nella erronea convinzione che la dimostrazione della responsabilità penale degli imputati valesse a costituire il fondamento autosufficiente della responsabilità da illecito dell'ente collettivo[42].

Non coglievano nel segno neppure i motivi di appello relativi alla responsabilità delle persone fisiche: dagli atti acquisiti non solo non vi era prova dell'accordo corruttivo, ma altresì era emerso che l'accaparramento della commessa, da parte di ENI, era avvenuto nel pieno rispetto della normativa locale e senza anomalie[43].

Anzitutto, le dichiarazioni del predetto manager di Saipem, anch'egli imputato, il quale avrebbe messo in comunicazione i vertici di ENI e l'intermediario algerino, non consentivano di provare alcun accordo corruttivo. Sebbene non fosse revocabile in dubbio l'incontro a Parigi tra l'Ad di ENI e il ministro, il dichiarante non vi aveva assistito, né aveva saputo che l'incontro avesse consolidato un accordo corruttivo. Mesi dopo avrebbe saputo dai vertici ENI che sarebbe stato raggiunto un accordo corruttivo che prevedeva il pagamento di Saipem, per conto di ENI, di una tangente di 41 milioni, alla solita società estera riconducibile all'intermediario algerino[44].

Il racconto, tuttavia, già dal primo giudice, veniva ritenuto inattendibile, in quanto l'intermediario era già noto ai vertici di ENI da prima della vicenda Saipem, e il ministro algerino aveva già ricevuto più volte la dirigenza della società petrolifera italiana in diversi incontri ufficiali, per cui risultava poco credibile che il manager di ENI si fosse rivolto al manager di Saipem per raggiungere l'intermediario, e con questi il ministro. Inoltre, veniva dimostrato come il manager ENI

non avesse avuto contatti con l'Ad della stessa società, riportando ad una diversa struttura operativa, circostanza che renderebbe assai inverosimile il concorso[45].

La Corte, inoltre, osservava che il pagamento da parte di Saipem di 41 milioni alla società di consulenze fosse stato eseguito per l'acquisizione del giacimento MLE nelle mire della stessa Saipem, per cui non potrebbe costituire il pagamento per conto di ENI della tangente relativa all'acquisizione della società canadese, come riferito dal dichiarante, né erano stati accertati ulteriori pagamenti di pari importo con altre modalità. Le tempistiche di tale pagamento, avvenuto nel 2009, erroneamente attribuite dal Pubblico Ministero al consenso definitivo del ministro algerino all'acquisizione della società canadese, da parte di ENI, erano invero cronologicamente collegabili con l'entrata in vigore dell'accordo di sfruttamento del giacimento MLE da parte di Saipem, come peraltro avvenuto per tutte le altre commesse, posto che il contratto di intermediazione prevedeva la maturazione delle provvigioni all'entrata in vigore degli accordi. Mentre, l'acquisizione della società era già avvenuta l'anno precedente, con l'esborso da parte di ENI di oltre 1 miliardi di dollari. Da ciò, quindi, la dimostrazione che il pagamento dei 41 milioni non poteva essere collegato al *closing* per la società canadese[46].

Inesistenti, infine, i presunti favoritismi di ordine fiscale, dal momento che nessuna doppia tassa per la cessione di *assets* era applicabile ai contratti petroliferi precedenti al 2005, come per l'appunto quello tra la società pubblica algerina e la società canadese, e dunque ENI non avrebbe avuto bisogno di alcun miglior trattamento fiscale. Nei fatti, peraltro, la stessa ENI si era obbligata a versare al tesoro algerino l'imposta dell'1% del valore della transazione (10 milioni di euro) sebbene non dovuta, quale condizione per ottenere l'assenso di principio per concludere l'acquisizione[47].

5.2.3. I reati fiscali.

Il giudice di primo grado aveva assolto i vertici di ENI S.p.A. e gli intermediari, pronunciando invece la prescrizione del reato di dichiarazione fraudolenta mediante artifici, di cui all'art. 3 D.Lgs. 74/2000, contestato ai vertici di Saipem S.p.A. per avere inserito nel consolidato fiscale della società elementi attivi inferiori a quelli reali complessivamente per circa 140 milioni di euro negli anni 2008 e 2009. La tesi, recepita nella sentenza di primo grado, assumeva che le fatture della società estera di intermediazione costituissero unicamente la veste legale dei pagamenti corruttivi e pertanto la loro imputazione a costi pertinenti, per di più mediante certificazioni di liceità da parte di uno studio legale, avrebbe integrato il reato in parola[48].

Due dei manager di Saipem avevano proposto appello, chiedendo l'assoluzione nel merito, adducendo la sussistenza dell'attività di intermediazione, e quindi contestando l'inesistenza della prestazione. La Corte d'Appello, tuttavia, confermava la decisione del giudice di prime cure, riqualificando tuttavia il reato in quello di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti di cui all'art. 2 del medesimo decreto. In particolare, la Corte ravvisava che la società emittente, essendo priva di struttura organizzativa e di competenze in materia, non aveva svolto alcuna prestazione nei confronti di Saipem, la cui intermediazione era semmai avvenuta per mano dell'intermediario formalmente estraneo alla stessa. Conseguentemente, le fatture imputate a costo nel consolidato risultavano come "soggettivamente inesistenti" non avendo Saipem ricevuto alcuna prestazione dalla società algerina[49].

6. Alcune considerazioni e notazioni critiche a margine.

La sentenza della Corte d'Appello di Milano, sulle presunte tangenti in Algeria di ENI e Saipem, costituirà senz'altro un precedente rilevante nell'applicazione della fattispecie di corruzione internazionale di cui all'art. 322 *bis* c.p.

Gli aspetti più rilevanti della decisione, che si riverberano più in generale sulla struttura del reato, meriterebbero un più ampio dibattito, cui si cercherà – senza pretesa alcuna di completezza – di contribuire con qualche spunto e rilievo critico, partendo naturalmente dal principio, e cioè dalla teoria generale.

6.1. La corruzione internazionale nella teoria generale del reato.

Le motivazioni della sentenza in commento offrono, anzitutto, una prima considerazione che concerne la collocazione della fattispecie di cui all'art. 322 *bis* c.p. nella teoria generale del reato: la Corte d'Appello richiama ed avalla un orientamento per cui si tratterebbe di una fattispecie autonoma di reato, e non di una mera estensione soggettiva delle fattispecie tradizionali di corruzione[50].

Tale orientamento, in particolare, prenderebbe le mosse dalla considerazione che la fattispecie è, anzitutto, descritta per specificazione, rispetto alle

fattispecie comuni di corruzione, *in primis* per via del riferimento al dolo di «*procurare a sé o ad altri un indebito vantaggio in operazioni economiche internazionali ovvero al fine di ottenere o di mantenere un'attività economica o finanziaria*»[51].

In realtà, la qualificazione della fattispecie di corruzione internazionale come titolo autonomo di reato non è affatto pacifica. Anzitutto, non si ravvede nelle sparute pronunce di legittimità, sul tema, una posizione che propenda espressamente per tale conclusione. Neppure in quella concernente un'analoga vicenda petrolifera, la Suprema Corte ha espressamente avallato l'interpretazione del Tribunale di Milano che, intervenendo in tema di misure interdittive *ex* art. 25 co. 4 D.Lgs. 231/01, aveva invece espressamente qualificato la fattispecie come titolo autonomo di reato[52].

In passato, si è notato come alcuni peculiari contrassegni di carattere soggettivo ed oggettivo dovessero orientare la qualificazione della fattispecie come titolo autonomo, quali precisamente il soggetto passivo straniero e quindi l'oggettività giuridica, la limitazione della punibilità al solo versante attivo del fenotipo corruttivo, la necessaria realizzazione della condotta nell'ambito di operazioni economiche internazionali, ed il già richiamato dolo specifico di vantaggio[53].

A ben vedere, tuttavia, si tratta di requisiti in gran parte venuti meno a seguito della recente novella, la quale ha eliminato dall'art. 322 *bis* co. 2 n. 2 c.p. proprio due componenti di carattere soggettivo ed oggettivo che delineavano l'ambito di applicazione della fattispecie, la quale ora si differenzia dalle fattispecie base per la mera applicabilità delle stesse a soggetti non ricompresi testualmente negli artt. 318 e ss. c.p.[54].

La nuova corruzione del pubblico funzionario straniero appare perciò, ad una prima analisi, una mera estensione soggettiva della fattispecie, di per sé difficilmente idonea ad assurgere a fattispecie autonoma di reato. Tale ricostruzione, se confermata, consentirebbe tra l'altro di comprendere le ragioni della sua scarsa applicazione concreta, attribuibili con buona probabilità al fatto che siamo di fronte ad una fattispecie costruita con delle caratteristiche che consentono di sanzionare la corruzione domestica, la cui punibilità è stata estesa *sic et simpliciter* al corruttore del funzionario pubblico straniero, senza tenere conto delle peculiarità che sottendono alle pratiche corruttive nelle transazioni economiche internazionali, e per tale ragione mostra tutte le sue criticità in sede applicativa, anche in questa decisione della Corte d'Appello di Milano, come si vedrà nei paragrafi che seguono.

6.2. Le criticità della fattispecie di corruzione internazionale.

La lotta alla corruzione internazionale è stata a lungo trascurata dal dibattito politico e scientifico internazionale. Neppure dopo lo scandalo *Watergate* la comunità scientifica internazionale ha cominciato ad occuparsi seriamente della corruzione nelle transazioni economiche internazionali[55].

Di recente, la situazione è profondamente mutata. Grazie al ruolo di sensibilizzazione degli Stati Uniti, veri pionieri in questo settore, con l'approvazione già nel 1977 del *Foreign Corrupt Practices Act*, e successivamente con l'approvazione, da parte dell'OCSE, della *Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, la punibilità della corruzione del pubblico ufficiale straniero è divenuta parte integrante degli ordinamenti occidentali più evoluti[56].

La fattispecie italiana di cui all'art. 322 *bis* c.p. discende da questa tradizione giuridica. L'Italia, con la sua introduzione nel codice penale, si è "formalmente" adeguata alle principali spinte degli Stati Uniti e della comunità internazionale. Eppure, la sua applicazione giurisdizionale risulta pressoché deludente: delle poche indagini cominciate, davvero in poche si sono concluse con l'applicazione di una sanzione. Basti pensare che, secondo il *Report* del *Working Group on Bribery*, in circa 20 anni di applicazione delle regole OCSE, in tema di responsabilità degli enti da corruzione internazionale, gli Stati Uniti hanno applicato il 68% delle sanzioni, l'Italia appena il 3%[57].

È pur vero che il successo del modello americano sembra, in larga parte, da attribuire ai metodi di risoluzione negoziale dei casi di corruzione internazionale (cc.dd. «*deals de justice*»), ossia particolari strumenti di patteggiamento che escludono all'ente di arrivare al processo ed alle conseguenti misure interdittive[58]. Eppure, anche le differenze di ordine sostanziale tra le disposizioni previste nei rispettivi ordinamenti risultano assai rilevanti: nel nostro paese, difatti, la corruzione internazionale viene combattuta con le armi spuntate delle disposizioni contro la corruzione domestica, che pure producono risultati deludenti[59].

Anche nella sentenza in commento, la vicenda appare sfuggire alle maglie di una disposizione in larga parte inadeguata a rispondere alle esigenze per cui è stata introdotta. Come vedremo nei paragrafi che

seguono, la selezione dei comportamenti e dei soggetti punibili, nonché i problemi di prova, mostrano tutti i limiti di una fattispecie che andrebbe profondamente ripensata[60].

6.3. Le condotte punibili e la prova dell'accordo: disequilibrio tra garanzie ed efficienza.

L'art. 322 *bis* c.p., com'è noto, prevede che le disposizioni degli articoli 319-quater, secondo comma, 321 e 322, primo e secondo comma, si applichino anche se il denaro o altra utilità è dato, offerto o promesso a persone che esercitano funzioni o attività corrispondenti a quelle dei pubblici ufficiali e degli incaricati di un pubblico servizio nell'ambito di altri Stati esteri o organizzazioni pubbliche internazionali. La prescrizione penale in tema di corruzione del pubblico funzionario straniero è, dunque, individuata *per relationem*, mediante il rimando all'art. 321 c.p., il quale a sua volta rimanda agli artt. 318 e ss. c.p. Detti articoli puniscono l'accordo e successiva ricezione del denaro o altra utilità, da parte del pubblico ufficiale, per l'esercizio della funzione ovvero per l'adozione di atti contrari ai doveri d'ufficio.

La sentenza in commento si sofferma sulla componente oggettiva della fattispecie di corruzione, rimarcando la centralità dell'accordo quale elemento costitutivo principale del reato, tanto nella corruzione domestica, quanto nella corruzione internazionale, con conseguente centrale rilevanza quanto alla prova del fatto.

In particolare, la Corte d'Appello osserva che il reato in parola «*si realizza secondo lo schema principale mediante due essenziali attività, l'accettazione della promessa e il ricevimento dell'utilità*». Le due componenti, tuttavia, non hanno eguale importanza, secondo il giudice d'appello, giacché «*nel quadro della corruzione propria antecedente assume un rilievo primario ed assorbente [...] la dimostrazione rigorosa della conclusione di un accordo corruttivo precedente all'esercizio delle funzioni asservite agli interessi privati ed avente ad oggetto specifico il mercimonio del* munus *pubblico*»[61]. In altre parole, «*anche qualora sia stata comprovata la dazione indebita di utilità in favore del pubblico ufficiale (italiano o estero)*», la stessa «*rappresenta soltanto un indizio sul piano logico che il comportamento antidoveroso dell'agente pubblico sia stato la causa della remunerazione corrisposta dal privato e della sua accettazione da parte del pubblico ufficiale*»[62].

La Corte, dunque, sembra inequivocabilmente degradare l'eventuale accertamento della dazione a mero indizio dell'accordo corruttivo che, dunque, va provato in ogni suo aspetto. Tale impostazione, che discende dalla configurazione del delitto di corruzione internazionale come estensione soggettiva del delitto di corruzione domestica, pone un evidente problema di prova, dal momento che il reato *transnazionale*, per sua natura, si consuma almeno in parte fuori dai confini nazionali, con ciò divenendo difficoltoso, se non impossibile, addivenire alla prova dell'accordo, al suo esatto contenuto ed ai soggetti tra i quali è occorso.

Lo stesso dovrebbe dirsi quand'anche non si ritenesse, come invece ha fatto la Corte d'Appello, che la dazione non costituisca mero indizio dell'accordo corruttivo, bensì prova implicita dell'avvenuto accordo[63]. Difatti, seppure si ancorasse la punibilità della condotta alla dazione del denaro al pubblico agente straniero, l'accertamento della percezione del denaro da parte del funzionario risulterebbe oltremodo difficoltosa, dal momento che lo stesso – nell'attuale contesto finanziario ed economico – è suscettibile di facili occultamenti, dietro società di comodo in paradisi fiscali e paesi che rifiutano ogni collaborazione giudiziaria[64].

Nel caso di specie, l'istruttoria dibattimentale ha incontrato proprio il limite della prova dell'accordo e della percezione, da parte del ministro algerino, delle somme elargite dall'ente italiano alla società estera di consulenza, considerata dall'accusa come mero intermediario, per il pagamento di tangenti al pubblico funzionario straniero. Al di là della fondatezza o meno dell'accusa e delle prove a sostegno della stessa che potevano riscontrarsi nel caso in esame, risulta di tutta evidenza come la fisiologia della condotta corruttiva del pubblico agente di un ordinamento estero, da parte di una multinazionale straniera, presupponga una conclamata difficoltà di addivenire alla prova dell'accordo e della dazione, giacché entrambi possono intervenire fuori dai confini nazionali, con limitate possibilità per le autorità inquirenti di reperire gli elementi di prova necessari alla condanna.

Conseguentemente, occorrerebbe ripensare la fattispecie, ad esempio strutturandola in modo differente.

Una possibile soluzione potrebbe essere prevedere la punibilità non già dell'accordo, bensì del pagamento effettuato a tale scopo o con modalità atte a raggiungerlo, sul modello del *Foreign Corrupt Practices Act* (1977), il quale dispone che «*It shall be unlawful (…) to make (…) offer, payment, promise to pay, or authorization of the payment of any money, or*

offer, gift, promise to give, or authorization of the giving of anything of value to any person, while knowing that all or a portion of such money or thing of value will be offered, given, or promised, directly or indirectly, to any foreign official», ed in base al quale un pagamento che presumibilmente potrebbe finire nelle tasche del pubblico funzionario straniero risulterà consumare il reato, e quindi sarà di per sé pienamente punibile, in base a standard probatori meno impossibili da raggiungere[65].

Tale modello avrebbe un duplice vantaggio, giacché riuscirebbe a concentrare la prova del reato sulle caratteristiche del pagamento, dalle cui concrete peculiarità e caratteristiche sarebbe possibile desumere la matrice corruttiva, ed inoltre renderebbe punibile la dazione rivolta a qualunque soggetto, laddove vi sia la possibilità di assumere che questi agisca da intermediario e che, quindi, farà pervenire almeno una parte del denaro al pubblico funzionario straniero[66].

Si tratta di un secondo, cruciale aspetto di criticità che la sentenza della Corte d'Appello ha fatto emergere. Precisamente, l'istruttoria non ha consentito di accertare se almeno una parte delle ingenti risorse economiche trasferite alla società di consulenza fossero pervenute al ministro algerino. Da ciò, la Corte ha fatto dipendere l'impossibilità di accertare l'accordo in ipotesi avvenuto tra i vertici della società italiana e il funzionario straniero. La riformulazione della fattispecie, nei termini sopra indicati, avrebbe il pregio di rendere superflua la ricerca delle destinazioni ultime del denaro elargito dalla multinazionale, quando sia provato che il pagamento non abbia ragioni economiche di fondo di assoluta liceità, bensì sia stato effettuato con l'intento di raggiungere la corruzione del funzionario straniero, tramite intermediari i quali, come vedremo nel seguente paragrafo, assumono un ruolo sempre più dominante nel contesto della corruzione nelle transazioni economiche internazionali.

6.4. I soggetti punibili e la rilevanza penale del concorso degli intermediari.

Una recente indagine condotta dall'Università di Stanford, sull'applicazione del *Foreign Corrupt Practices Act* (1977), ha rivelato che oltre il 90% delle tangenti pagate nell'ambito delle transazioni economiche internazionali è stato veicolato da intermediari[67].

In un altro caso, che ha coinvolto la medesima società petrolifera italiana, accusata di tangenti in Nigeria, la corruzione sarebbe avvenuta non direttamente, bensì proprio tramite l'impiego di intermediari[68].

È di tutta evidenza come l'espansione geografica del *business* di una multinazionale avvenga, anzitutto, attraverso *partner* commerciali che conoscono il contesto giuridico, economico e sociale del paese straniero, e che proprio per tale ragione risultano una preziosa risorsa. Tuttavia, proprio in questo ambito si annidano i maggiori rischi di corruzione internazionale per l'impresa multinazionale, ed a fronte di fattispecie inefficaci, come quella italiana, il rischio che simili condotte rimangano impunite è altrettanto alto[69].

Nel caso di specie, la Corte d'Appello si è determinata, seppure definendo assorbito il motivo di gravame, per via della insussistenza (*recte:* insufficienza) della prova sull'accordo e sulla successiva dazione al pubblico ufficiale straniero, nel definire – in genere – come «*non punibili*» le condotte dell'intermediario, sia in caso la corruzione fosse consumata, sia nel caso il denaro non arrivasse mai al pubblico ufficiale straniero e non vi fosse prova che questi avesse partecipato o consentito all'accordo raggiunto tra il corruttore e l'intermediario.

Precisamente, la Corte ha qualificato il delitto di corruzione internazionale come «*reato plurisoggettivo improprio in cui è prevista la punibilità soltanto per il privato corruttore e non già per il pubblico ufficiale estero*». Da ciò, ha derivato che la condotta dell'intermediario dovesse qualificarsi come «*concorso in corruzione passiva internazionale*», la quale «*non accedendo ad un fatto punibile (previsto dall'art. 322 co. 2 n. 2 c.p. soltanto per la corruzione attiva), sarebbe a sua volta irrilevante penalmente*»[70].

Tuttavia, tale conclusione non sembra convincere del tutto, per almeno due ragioni.

Anzitutto, la Corte ha avallato l'interpretazione prevalente, sia in dottrina che in giurisprudenza, per cui i delitti di corruzione sarebbero reati plurisoggettivi, e precisamente plurisoggettivi propri, nel caso sia punibile la condotta di entrambi i partecipanti (corruttore e corrotto), ovvero impropri, nel caso in cui, come nella fattispecie di corruzione internazionale, sia punibile la sola condotta di uno dei partecipanti (ossia il corruttore, e non anche il corrotto)[71].

Prerogativa di tale ricostruzione dogmatica è di negare che i delitti di corruzione attiva e di corruzione passiva possano costituire due reati monosoggettivi autonomi, ritenendo piuttosto che le due condotte convergono verso un unico reato plurisoggettivo.

Per quel che rileva in questa sede, occorre allora osservare che, seguendo tale impostazione, si dovrebbe concludere che la condotta atipica dell'intermediario concorrente non accede direttamente ed

esclusivamente al delitto (autonomo) di corruzione passiva, bensì converge verso l'unico reato plurisoggettivo, con la conseguenza che la natura di reato plurisoggettivo improprio, attribuita dalla Corte d'Appello al delitto di corruzione internazionale, non sembra di per sé idonea ad escludere la configurabilità e conseguente punibilità del concorso dell'intermediario.

Al contrario, solo una diversa qualificazione dei delitti di corruzione, e dunque anche della corruzione internazionale, come reati monosoggettivi potrebbe di per sé escludere la penale rilevanza della condotta atipica del concorrente nella corruzione passiva internazionale, dovendosi invece ammettere la rilevanza penale del concorso, nel reato plurisoggettivo improprio, qualora l'agente contribuisca alla realizzazione del fatto di reato, tenendo una condotta atipica, diversa da quella descritta dalla norma incriminatrice e dalla stessa ritenuta non punibile[72].

Vi è poi una seconda, ed ancor più complessa ragione che rende non del tutto condivisibile la conclusione della Corte per cui sarebbe esclusa la punibilità del terzo, e cioè se la condotta atipica dell'intermediario acceda effettivamente al solo delitto di corruzione passiva internazionale o, comunque, alla sola condotta tipica del corrotto, non punibile in quanto agente straniero. Vi è da chiedersi, in questo caso, se, diversamente da quanto sostenuto dalla Corte, giacché si tratta di un facilitatore, tanto del corrotto quanto del corruttore, tale soggetto intermediario ponga in essere una condotta accessoria bilaterale. In questo caso, la sua punibilità non potrebbe essere esclusa e, dunque, sebbene il pubblico agente straniero rimanga non punibile in base ad una precisa scelta di politica criminale, potrebbe invece rispondere di concorso nel reato di corruzione internazionale il soggetto che si frapponga tra le due figure previste dalla fattispecie, ossia l'intermediario.

Un ulteriore argomento a sostegno della rilevanza penale della condotta dell'intermediario, come vedremo nel seguente paragrafo, può essere tratto dalla novella dell'art. 346 *bis* c.p. che oggi ne prevede l'incriminazione anticipata già al momento della ricezione o accettazione della promessa di denari, prima ancora che avvenga il coinvolgimento del pubblico ufficiale straniero e si configuri la corruzione.

6.5. Gli intermediari e il nuovo reato di traffico di influenze illecite.

La sentenza in commento ha riconosciuto che nelle pratiche corruttive che coinvolgono pubblici funzionari stranieri l'intervento di soggetti terzi che fungano da intermediari, tra l'impresa multinazionale e l'agente, risulta una figura spesso ricorrente.

Sul punto, la Corte, infatti, ha rilevato che «*caratteristica saliente di questa tipologia corruttiva nelle relazioni economiche internazionali è rappresentata dalla frequente presenza di intermediari che promuovono o comunque agevolano la stipulazione del patto illecito*».

La sentenza, del tutto correttamente in base all'attuale contesto normativo, osserva che «*il semplice versamento di ingenti somme di denaro ad un intermediario non è sufficiente ad affermare con certezza, in assenza di ulteriori elementi, l'effettiva consumazione di un fatto corruttivo*». Per l'appunto, nelle more di una riconfigurazione della fattispecie tipo, come si è sopra accennato, per l'integrazione del delitto di corruzione internazionale, occorre «*che il pubblico ufficiale partecipi o consenta alla pattuizione illecita, in modo che la corresponsione del denaro all'intermediario trovi causa nella retribuzione illecita del soggetto investito di pubbliche funzioni*»[73].

La sentenza sembra trarne però una considerazione di ordine generale, per cui qualora non si possa dimostrare che il pubblico agente straniero abbia partecipato al *pactum sceleris*, ovvero che vi abbia consapevolmente aderito «*potrà configurarsi, ma solo per la corruzione domestica, la fattispecie del traffico di influenze illecite*», la quale permette di sanzionare «*non soltanto le condotte dell'intermediario (...) ma anche la condotta del privato che esegue tale dazione*»[74].

Nel passaggio motivazionale appena sopra richiamato, la Corte sembra invero escludere l'applicazione del reato di cui all'art. 346 *bis* c.p. alla figura dell'intermediario nell'ambito della corruzione internazionale. Tale conclusione poteva risultare condivisibile prima della novella che ha interessato, tra gli altri, anche l'art. 346 *bis* c.p. da parte della l. 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 (c.d. "spazzacorrotti"), ma non anche in seguito alle modifiche introdotte. Difatti, l'art. 1 co. 1 lett. t) n. 1) della legge cit. ha novellato la fattispecie di traffico di influenze illecite, disponendo che è punito con la reclusione da un anno a quattro anni e sei mesi chiunque, fuori dai casi di concorso nei reati di cui agli artt. 318, 319, 319 *ter* e 322 *bis* del codice penale, «*sfruttando o vantando relazioni esistenti o asserite con un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all'art. 322 bis, indebitamente fa*

dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità, come prezzo della propria mediazione illecita verso un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all'articolo 322 bis, ovvero per remunerarlo in relazione all'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri»[75].

La vecchia formulazione dell'art. 346 *bis* c.p. non includeva il riferimento ai soggetti di cui all'art. 322 *bis* c.p., tra cui il pubblico ufficiale di uno Stato estero, per cui gli effetti della sua modifica, a norma della l. 9 gennaio 2019, n. 3, sono pacificamente non applicabili retroattivamente, e dunque neppure ai fatti in esame[76]. Tuttavia, astraendosi dalla vicenda in commento, l'espresso richiamo all'art. 322 *bis* c.p., oggi contenuto nella disposizione sul traffico di influenze illecite, non può che comportare, per i fatti successivi alla modifica normativa, la rilevanza penale della condotta di coloro, quali ad esempio gli intermediari, si frappongano tra la persona fisica o giuridica, e dunque anche l'impresa multinazionale, ed il pubblico agente (anche) straniero, nella promessa o ricezione di somme di denaro. Ne deriva, perciò, l'odierna punibilità degli intermediari che, come ipotizzato nel caso di specie, si frappongano tra i dirigenti di una società ed il ministro di uno Stato estero per assicurarsene i favori, costituendo peraltro una circostanza aggravante, ai sensi del comma 4 dello stesso articolo, se i fatti sono commessi per remunerare uno dei soggetti di cui all'articolo 322 *bis* c.p., in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio.

L'incriminazione delle condotte degli intermediari, ai sensi dell'art. 346 *bis* c.p., comporta un ulteriore corollario. Infatti, preso atto che il reato di traffico di influenze illecite rende ora penalmente rilevante l'intermediazione che si antepone cronologicamente ed idealmente alla corruzione del pubblico agente straniero, ammettere che l'eventuale consumazione del reato di corruzione attiva internazionale consenta di escludere la punibilità del terzo sarebbe del tutto irragionevole giacché, in primo luogo, vorrebbe dire rinunciare a punire una condotta nel punto di massima offesa al bene giuridico e, in secondo luogo, perché la rinuncia alla punizione dell'agente straniero non si giustifica nell'assenza di disvalore sociale della condotta, o (quantomeno, non unicamente) nella convinzione che essa sia punita dall'ordinamento straniero, ma anzitutto nella necessità di evitare che l'applicazione della legge penale italiana nello spazio possa confliggere con gli interessi istituzionali e diplomatici della Repubblica sul territorio estero.

Una interpretazione dell'art. 322 *bis* c.p. che dovesse escludere la configurabilità del concorso a carico dell'intermediario, quando questi verrebbe invece punito per la "approntata" corruzione, poi non consumata o tentata, renderebbe l'art. 346 *bis* c.p. appena novellato suscettibile di seri dubbi di legittimità costituzionale.

Inoltre, la clausola di riserva posta in apertura della fattispecie, al primo comma, stabilisce che il fatto descritto sia punibile a norma dello stesso articolo «*fuori dei casi di concorso nei reati di cui agli articoli 318, 319, 319-ter e nei reati di corruzione di cui all'articolo 322-bis*». Da ciò, si dovrebbe ricavare la conferma che laddove il prezzo della «mediazione illecita» venga girato al pubblico ufficiale, il mediatore-intermediario non risponderà di traffico di influenze illecite bensì proprio di corruzione internazionale, con ciò avvalorandosi la tesi di una progressione criminosa in cui la tutela è anticipata nell'art. 346 *bis* e completata nell'art. 322 *bis* c.p.

In sintesi, dunque, molteplici elementi convergono per ritenere ascrivibile all'intermediario, già il concorso nel delitto di cui all'art. 322 *bis* c.p. e, per i fatti successivi alla sua riformulazione, una responsabilità a norma dell'art. 346 *bis* c.p. per traffico di influenze illecite, laddove la condotta prodromica alla corruzione si sia arrestata alla mera ricezione o accettazione dell'offerta di denaro o altre utilità.

Nelle more di un ripensamento della fattispecie italiana di corruzione internazionale, e di approfondire la portata del nuovo delitto di traffico di influenze illecite, vale la pena tornare, nel paragrafo seguente, sull'efficacia delle disposizioni americane che, anche nella vicenda in esame, hanno mostrato un più elevato livello di *enforcement*.

6.6. A corruzione extra-europea corrisponde sanzione extra-europea: DoJ e SEC.

La vicenda Eni-Saipem, come noto, ha interessato le autorità giudiziarie di Italia e Algeria, con gli esiti che, quanto al segmento italiano dell'inchiesta, sono stati ampiamente illustrati sopra.

Ma la società del cane a sei zampe, e la sua partecipata Saipem, sono finite nelle maglie della giustizia statunitense che, come si è sopra accennato, possiede un armamentario invidiabile di norme anticorruzione internazionale che "non lascia scampo"[77]. E, difatti, mentre il procedimento italiano è finito in aula e poi, come si è visto, si è concluso con l'assoluzione dalle accuse di corruzione internazionale, come

vedremo, un *excursus* ed un esito affatto diverso ha avuto il procedimento americano.
Il 17 aprile 2020, ENI ha accettato di pagare una sanzione di 20 milioni di dollari alla U.S. Securities Exchange Commission (SEC) per non essere riuscita a indurre la partecipata Saipem a creare e mantenere sufficienti controlli interni, i quali avrebbero impedito che i contratti ed i pagamenti all'intermediario sopra descritti, privi di ragione economica, venissero rispettivamente sottoscritti ed effettuati, e questi ultimi annotati nel bilancio consolidato di Saipem, e dunque nel bilancio consolidato di ENI, ingenerando un risparmio fiscale non dovuto di circa 56 milioni di euro per Saipem e circa 20 milioni di euro per ENI[78].
Precisamente, la SEC ha contestato ad ENI di non aver determinato Saipem ad implementare adeguati sistemi di controllo interno. La commissione riconosce ad ENI di aver richiesto alla partecipata di dotarsi di sistemi di controllo, nonché di adottare le direttive ENI in tema di trasparenza, tracciabilità e *compliance* anticorruzione. Tuttavia, i sistemi attuati si erano rivelati inefficaci. Difatti, nel caso di specie, Saipem non aveva compiuto alcuna *due diligence* sul contraente intermediario, non verificando né la sua attività né la sua reputazione, verifiche che invece risulta assolutamente necessario inserire in un adeguato sistema di controlli interni.
Carente e superficiale, inoltre, era risultata anche l'attività di *auditing*, non potendosi ritenere adeguato il mero abbinamento tra le fatture ed i pagamenti. Infine, erano state bypassate le procedure di approvazione dei contratti di fornitura, falsificando e retrodatando documenti, ed in qualche caso persino le procedure previste per i pagamenti, giacché in almeno un caso erano stati effettuati senza la previa approvazione del dirigente competente. Era perciò emerso, da tutti questi elementi, che i sistemi di controllo interno adottati da Saipem risultavano assolutamente inefficaci[79].
Conseguentemente, in capo ad ENI, nel frattempo assolta dal procedimento italiano, ma soggetta – come molte imprese multinazionali non americane – alla disciplina statunitense, per via dei titoli quotati nel mercato americano, e dunque in quanto «*issuer*»[80], doveva ascriversi la violazione delle Sezioni 13(b)(2)(A) e 13(b)(2)(B) del *Securities Exchange Act* (1934), e quindi delle disposizioni in materia di «*books and records and internal accounting controls*» del *Foreign Corrupt Practices Act* (1977)[81].
Non è tutto, perché della vicenda si è interessato anche il *Department of Justice (DoJ)*, il quale – per quanto si è appreso dalle notizie di stampa – aveva formalizzato la chiusura dell'istruttoria, decidendo al momento di non elevare alcuna contestazione, ma solo perché per la stessa vicenda stava già procedendo l'autorità giudiziaria italiana, avvisando però che se le cose fossero cambiate avrebbe potuto riaprire il procedimento[82].
Dunque, se in Italia gli esiti processuali hanno favorito ENI e la partecipata Saipem, non può dirsi altrettanto del modello americano per il quale, invece, la multinazionale petrolifera italiana si è trovata a concordare una prima sanzione milionaria.
La contraddizione in sé risulta particolarmente emblematica e rappresentativa della inefficienza del modello italiano e, contestualmente, della cogenza ed effettività del modello americano. Dunque, sebbene l'adozione di un modello come quello a stelle e strisce necessita di una previa ed approfondita riflessione, una prima conclusione si può invece trarre sulla necessità di rivedere il quadro normativo anticorruzione del modello italiano.

7. Conclusioni.

La sentenza della Corte d'Appello di Milano, che ha assolto i vertici di Saipem e confermato l'assoluzione dei vertici di ENI, dall'accusa di corruzione internazionale, nonché le rispettive società, dall'imputazione ai sensi del D.Lgs. 231/01, ha offerto diversi spunti di riflessione che trascendono il caso specifico.
Sono emerse, anzitutto, tutte le criticità della fattispecie di cui all'art. 322 *bis* c.p., che esige un accertamento del fatto di reato difficilmente raggiungibile con i mezzi a disposizione dell'autorità inquirente italiana e che risulta pressoché inadeguata per combattere efficacemente la corruzione nelle transazioni economiche internazionali. Essa andrebbe ripensata, se possibile sul modello americano che concentra la consumazione del reato, e conseguentemente l'accertamento dello stesso, nel momento della dazione atta a corrompere, e non sull'accordo o pagamento del pubblico ufficiale straniero.
Inoltre, ha rappresentato l'occasione per soffermarsi sul tema della configurabilità del concorso in capo all'intermediario nel delitto di corruzione internazionale. Interrogativo a cui deve darsi risposta affermativa, per le ragioni che sono state indicate.
In ultimo, ha sottolineato il ruolo della nuova fattispecie di traffico di influenze illecite di cui all'art. 346 *bis* c.p., destinata ad avere sempre maggiore applicazione in casi di sospetta corruzione in transazioni economiche internazionali, reato che punisce tanto l'erogatore quanto il percettore-intermediario delle somme della "corruzione futuribile". Ciò, anche

nell'attuale quadro normativo, in attesa di una riforma del delitto di corruzione internazionale, resa ancor più auspicabile dalla contraddizione che emerge dalla incomparabile efficacia del modello anticorruzione statunitense.

Luigi Scollo
Avvocato del Foro di Milano.

---

[1] Sentenza, § 2.1, p. 15.
[2] Sentenza, § 2.2, p. 25.
[3] Tribunale Milano Sez. IV, 18 dicembre 2018, commentata in SCOLETTA, *Sulle sanzioni interdittive per gli enti responsabili di corruzione internazionale e gli incerti confini del principio di tassatività*, in *Società*, 2019, 12, p. 1421 ss.
[4] Sentenza, § 2.1, p. 16.
[5] Sentenza, § 2.1, p. 17.
[6] Sentenza, § 2., p. 14.
[7] Sentenza, § 2., p. 14-15.
[8] Sentenza, § 2., p. 15.
[9] Sentenza, § 6.1.1, p. 141.
[10] Cass., Sez. II penale, 22/3/2017, n. 18957 secondo cui «*l'obbligo di usare la lingua italiana si riferisce agli atti da compiere nel procedimento davanti all'autorità giudiziaria che procede, mentre per quelli già formati, da acquisire nel processo, l'obbligatorietà della traduzione si pone solo qualora lo scritto in lingua straniera assuma concreto rilievo rispetto ai fatti da provare, a condizione che la parte richiedente indichi le ragioni che rendono plausibilmente utile la traduzione dell'atto, nonché il pregiudizio concretamente derivante dalla mancata effettuazione della stessa*».; Nello stesso senso v. Cass., Sez. V penale, 03/10/2019 , n. 2707.
[11] Cass., 29/10/2008, Tolio, 241657.
[12] Cass., Sez. I penale, 13/05/2015, (ud. 13/05/2015, dep. 27/05/2015), n.22151, secondo cui «*il diritto alla traduzione riguarda gli imputati e non i suoi difensori, come stabilito dalla giurisprudenza di questa Corte*». V., anche, Cass., Sez. I penale, 29/01/2008, n.12954, secondo cui «*Il diritto dell'imputato alla traduzione, sancito dall'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, si riferisce ai motivi dell'accusa elevata a suo carico ed alle prove formate in una lingua da lui non conosciuta*». Nel senso di un onere di parte, in materia di acquisizione di atti in lingua straniera, v. anche Cass., 6/4/04, Knoll, 229297, in materia di giudizio di legittimità; Cass. 3/3/10, Reznic Radu, 246607, in materia di giudizio di riesame.
[13] Cass., Sez. Un. penali, 24/04/2014, (ud. 24/04/2014, dep. 18/09/2014), n.38343.
[14] Sentenza, § 3.2.1.1, p. 33.
[15] Sentenza, § 6.1.2, p. 142.
[16] Cass., Sez. II penale, 18/5/2010, n. 24776, secondo cui «*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*». Nello stesso senso, v. Cass., Sez. IV penale, 19/2/2004, n. 18.660, in *Cass. Pen*., 2005, p. 2106.
[17] Sul punto, v. Cass., Sez. I penale, 23/1/2002, n. 23597, Seseri, in *Riv. cancellerie*, 2002, p. 697.
[18] Sul punto, v. Cass., Sez. II penale, 22/12/2016, n. 2173.
[19] Sentenza, § 6.1.2.2, p. 143.
[20] L'atto era stato qualificato come verbale di atti assunti all'estero di cui all'art. 431 co. 1, lett. f) c.p.p.
[21] Sentenza, § 6.1.2.2, p. 144.
[22] Sentenza, § 6.1.2.3, p. 144.
[23] Sentenza, § 6.1.3, p. 145.
[24] Sul punto, v. Cass., Sez. VI penale, 05/10/2017, n. 53823, secondo cui «*la revoca dell'ordinanza ammissiva di testi della difesa, resa in difetto di motivazione sulla superfluità della prova, produce una nullità di ordine generale che deve essere immediatamente dedotta dalla parte presente, ai sensi dell'art. 182, comma 2, c.p.p., con la conseguenza che, in caso contrario, essa è sanata*».
[25] Sentenza, § 6.1.4, p. 147.
[26] Cass., Sez. V penale, 06/11/2017, n. 57740, secondo cui «*l'obbligo di traduzione degli atti in favore dell'imputato alloglotta è escluso ove lo stesso abbia eletto domicilio presso il difensore di fiducia, non verificandosi in tale ipotesi alcuna lesione concreta dei suoi diritti, in quanto grava sul difensore di fiducia - e non anche su quello d'ufficio - l'obbligo-onere di traduzione degli atti nell'eventuale diversa lingua del cliente alloglotta o, quantomeno, di farne comprendere allo stesso il significato*». V., anche Cass., Sez. II penale, 17/02/2015, n. 12101, secondo cui «*l'obbligo di traduzione degli atti processuali in favore dell'imputato alloglotta che non comprende la lingua italiana, anche a seguito della riformulazione dell'art. 143 c.p.p., è*

escluso ove lo stesso si sia reso, per causa a lui imputabile, irreperibile o latitante, con conseguente notificazione degli atti che lo riguardano al difensore».

[27] Sentenza, § 6.1.4.1, p. 148.

[28] Sentenza, § 6.1.5, p. 148.

[29] Cass., Sez. VI penale, 24/02/2015, n.10957 secondo cui «*L'eventuale erronea dichiarazione di latitanza non determina una nullità assoluta per omessa citazione dell'imputato, bensì una nullità a regime intermedio da dedurre prima della pronuncia della sentenza di primo grado*».

[30] Sentenza, § 6.1.7., p. 149.

Sul punto, v. Cass., Sez.Un., 12/7/2005, n. 33748, Mannino in *Cass. pen.*, 2005, 12, p. 3732, con nota di BORRELLI, secondo cui «*nel giudizio di appello l'acquisizione di documenti, pur non subordinata alla necessità di una ordinanza che disponga la rinnovazione parziale del dibattimento, dev'essere operata dopo che al riguardo sia stato assicurato il contraddittorio fra le parti, con la sanzione, in caso contrario, della inutilizzabilità dell'atto ai fini della deliberazione, ai sensi dell'art. 526 comma 1 c.p.p.*».

[31] La Corte d'Appello ne ha disposto l'acquisizione a norma dell'art. 603 c.p.p.

[32] Cass., Sez. IV penale, 21/06/2013, n. 28962 secondo cui «*la rinnovazione istruttoria ex art. 603 c.p.p. deve essere disposta ogni qual volta il giudice non sia in grado di decidere allo stato degli atti, situazione che si verifica o per l'incertezza dei dati probatori già acquisiti, o perché tale attività risulti comunque decisiva ai fini della decisione in quanto idonea ad eliminare eventuali incertezze o ad inficiare ogni altra risultanza*».

[33] Sentenza, § 6.2., p. 151 ss.

[34] Sentenza, § 6.2.1, p. 151.

[35] Sentenza, § 6.2.1, p. 152.

[36] Sentenza, § 6.2.3, p. 156.

[37] Sentenza, § 6.2.5, p. 169.

[38] Sentenza, § 6.2.6, p. 185.

[39] Sentenza, § 6.2.7, p. 198.

[40] Sentenza, § 6.2.7.3, p. 203.

[41] Sentenza, § 6.3.1, p. 222.

[42] Sentenza, § 6.3.7, p. 241. Per una panoramica sulla fisionomia dell'illecito ascrivibile all'ente v. MUCCIARELLI, *La responsabilità delle persone giuridiche*, in PARODI (diretto da), *Diritto penale dell'impresa*, volume II, Giuffré, Milano, 2017, p. 51 ss.

[43] Sentenza, § 6.3.8, p. 244.

[44] Sentenza, § 6.3.3, p. 227.

[45] Sentenza, § 6.3.5, p. 235.

[46] Sentenza, § 6.3.4, p. 232.

[47] Sentenza, § 6.3.6, p. 238.

[48] Sentenza, § 6.4.1, p. 245.

[49] Sentenza, §§ 6.4.2-3, p. 248 ss.

[50] Sentenza, § 6.2.2, p. 154.

[51] Cass., Sez. VI *penale*, 30/09/2010 (dep. 1/12/2010), n. 42701, Rel. Fidelbo, ENI s.p.a. in *Dir. pen. cont.*, 2 febbraio 2011, con nota di CHIARAVIGLIO; v. anche Cass., Sez. VI, 05/11/2009, (ud. 05/11/2009, dep. 23/12/2009), n.49532, proc. Badalamenti, in cui tuttavia si afferma «*dalla complessiva lettura della norma si evince infatti che l'intento del legislatore nazionale, in adesione a Convenzioni Europee ed internazionali, sia stato quello di estendere l'applicazione di alcune norme relative alla tutela della pubblica amministrazione nazionale anche a soggetti appartenenti a soggetti pubblici stranieri*». Nel senso di una fattispecie autonoma di reato v. CENTONZE, DELL'OSSO, *La corruzione internazionale. Profili di responsabilità delle persone fisiche e degli enti*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 1, 2013, p. 194 ss.

[52] Cass., Sez. VI *penale*, 30/09/2010 (dep. 1/12/2010), n. 42701, Rel. Fidelbo, ENI S.p.A. cit.; Trib. Milano, Sez. XI, 19/01/2010, in *Foro ambr.*, 2010, 1, 85, con nota di CAMERA.

[53] Così MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Ed. Scientifiche Italiane, 2012, Napoli, p. 270.

[54] Per una panoramica sulla recente novella sul tema v. GAMBARDELLA, *Il grande assente nella nuova legge "spazzacorrotti": il microsistema delle fattispecie di corruzione*, in *Cass. Pen., fasc.1*, p. 44 e ss., nel quale l'A. in relazione all'ampliamento dei soggetti attivi di cui al comma 1 della disposizione parla di «*una nuova classe di fattispecie tipica*», così apparentemente propendendo per l'identificazione della fattispecie come titolo autonomo di reato. Sul tema v. anche MANACORDA, *Corruzione internazionale*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2019, 7, p. 892 ss.

[55] PETERS, WELCH, *Political corruption in America: a search for definitions and a theory, or if political corruption is in the mainstream of American politics why is it not in the mainstream of American politics research?*, in *The American Political Science Review*, 1978, 72(3), p. 974.

[56] Per una esaustiva panoramica sulla disciplina statunitense relativa alla corruzione dei pubblici funzionari stranieri v. KOEHLER, *The Foreign Corrupt Practices Act in a New Era*, Edward Elgar, Cheltenham UK – Northampton, MA – USA, 2014, p. 1 ss.; con riguardo, invece alla Convenzione OCSE v. PIETH, LOW, BONUCCI, *The OECD Convention on bribery*, *a commentary*, II ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2014, p. 1 ss. Nella dottrina italiana v., anzitutto, SACERDOTI, *La convenzione OCSE del 1997 sulla lotta contro la corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle transazioni commerciali internazionali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 4, 1998, p. 1349 ss.; *ID.*, *The 1997 OECD Convention on Combating Bribery in Transnational Business Transaction: An Example of Piece-Meal Regulation of Globalization*, in *Italian Yearbook of International Law*, IX, 1999, p. 26 ss.; *ID.* (a cura di) *Responsabilità d'impresa e strumenti internazionali anticorruzione. Dalla Convenzione OCSE 1997 al decreto n. 231 del 2001*, Milano, 2003, p. 1 ss.; nonché, DRAETTA, *La nuova Convenzione Oecd e la lotta alla corruzione nelle operazioni commerciali internazionali*, in Dir. Comm. Internaz., 1998, p. 969 ss; BORLINI, MAGRINI, *La lotta alla corruzione internazionale dall'ambito OCSE alla dimensione ONU*, in *Dir. Comm. Internaz.*, 2007, p. 15 ss. In merito alla successiva Convenzione civile di Strasburgo in materia di corruzione v. MARIANI, *L'adesione dell'Italia alla convenzione civile del Consiglio d'Europa sulla corruzione: la tutela privatistica dei diritti lesi da pratiche corruttive*, in *Dir. Comm. Internaz.*, fasc. 2, 2013, p. 453 ss.

[57] V. *Report*, OECD Working Group on Bribery, 2017 Enforcement of the Anti-Bribery Convention, 2018, p. 5 ss.

[58] L'espressione «*deals de justice*» si deve all'ormai celebre volume GARAPON, SERVAN-SCHREIBER, *Deals de justice. Le marché américain de l'obéisance*, Puf, Paris, 2013, p. 1 ss che descrive la marcia americana alla conquista dell'economia internazionale attraverso questi strumenti di risoluzione negoziale dei casi di corruzione internazionale. Il fenomeno è stato descritto, di recente, anche in LAIDI, *Le droit. Nouvelle arme de guerre economique. Comment les Estats-Unis déstabilisent les enterprises européennes*, Actes Sud, 2019, p. 1 ss. Il modello americano ha avuto progressivamente una grande espansione, a partire dal Regno Unito, e poi in Francia, ed in ultimo in Canada. Sul punto, v. SCOLLO, *The Petrobras settlement: a global governance analysis and potential implications for foreign countries*, in Dir. Comm. Internaz., 2019, vol. XXXIII, n° 4, p. 751. In merito al successo della giustizia negoziale, nella dottrina italiana, v. anche GALLUCCIO MEZIO, *Diritto e procedura penale degli enti negli U.S.A.*, Wolters Kluwer, 2018, Milano, p. 225.

[59] Nell'ultimo rapporto di corruzione percepita, elaborato ogni anno da *Transparency International*, l'Italia – che pure sta recuperando terreno negli ultimi anni – è appena 51esima, dieci posizioni sotto la Polonia, e venti posizioni sotto l'Uruguay, lontanissima dalle potenze del G7 che si collocano entro le prime 25 posizioni.

[60] Per una interessante prospettiva di riforma della conseguente responsabilità dell'ente da reato corruttivo v. MUCCIARELLI, *La responsabilità degli enti nel contrasto alla corruzione: tra repressione e prevenzione*, in *Dis Crimen*, 7 gennaio 2019, p. 23, in cui l'A. sottolinea la necessità di prevedere meccanismi premiali che prevedano la non punibilità dell'ente nel caso denunci eventuali condotte illecite accertate autonomamente e non ancora note alle autorità, così da indurlo a sviluppare maggiore attenzione e controllo interno, e quindi – in definitiva – ad agire in ottica di prevenzione e non unicamente di repressione.

[61] Sentenza, § 6.2.1.1, p. 153.

[62] Sentenza, § 6.2.1.1, p. 153.

[63] La centralità della dazione, in luogo dell'accordo, è stata ribadita dalla Corte Suprema di Cassazione, a Sezioni Unite, nella nota sentenza – anche citata dalla Corte d'Appello di Milano – sul caso *Mills* di corruzione in atti giudiziari, in cui l'autorevole Collegio ha statuito che «*nell'interpretazione giurisprudenziale, il tema della consumazione del reato di corruzione, ivi compresa la fattispecie di corruzione in atti giudiziali, è stato affrontato e risolto attraverso la categoria del duplice schema (...). Tale approdo interpretativo viene condiviso e ribadito da queste Sezioni Unite (...). Deve rifiutarsi, pertanto, la tesi secondo cui la consumazione si collocherebbe al momento di perfezionamento dell'accordo, relegando la dazione effettiva, rateizzata o meno, nell'area del post factum non punibile. Va osservato, invece, che le norme sulla corruzione, incriminando anche la semplice promessa di denaro al pubblico ufficiale che l'accetta, anticipano la soglia della punibilità per una tutela rafforzata del bene protetto. Tanto, però, non può significare che l'effettiva ricezione di quanto ha formato oggetto della promessa e dell'accettazione sia elemento estraneo alla fattispecie, non potendosi minimizzare un aspetto centrale della condotta antigiuridica. Il reato di corruzione, nelle varie forme in cui è disciplinato, può attuarsi attraverso due distinte autonome ipotesi fattuali, quella della dazione e quella della promessa accettata, con le quali rispettivamente coincide, se rimangono alternative, il momento consumativo del reato. La sola promessa accettata, però, assume una propria autonomia ed è idonea a fissare il momento consumativo nelle sole ipotesi in cui non è seguita dalla dazione - ricezione, perché, ove quest'ultima segua alla promessa, si verificano l'approfondimento dell'offesa tipica e lo spostamento in avanti del momento consumativo. Il delitto di corruzione, dunque, si può realizzare con una forma ordinaria "promessa seguita dalla dazione" e una forma contratta o sussidiaria "promessa non seguita dalla dazione". Secondo lo schema principale, il reato si realizza attraverso due essenziali attività, legate tra loro e l'una funzionale all'altra: l'accettazione della promessa e il successivo ricevimento dell'utilità. Quest'ultimo tratto di condotta cristallizza nel tempo la consumazione del reato, che assume caratteristiche assimilabili a quelle del reato progressivo, verificandosi una sorta di passaggio necessario da un minus (la promessa) ad un maius (la dazione), e risultando offeso con gravità crescente un medesimo bene giuridico. La promessa*

accettata, quando è seguita dalla dazione - ricezione, resta assorbita in questa e perde la sua autonomia. E pur vero che la dazione non presuppone necessariamente la promessa, ma è altrettanto vero che, se le parti scelgono di percorrere l'iter promessa - dazione, la prima diventa un atto prodromico della seconda e ad essa si salda e con essa si confonde, concorrendo sostanzialmente entrambe, in progressione, al completamento della fattispecie criminosa in tutti i suoi aspetti.
Può quindi affermarsi che il legislatore ha inteso punire, in primo luogo, il fatto della dazione o effettiva prestazione, come momento di maggiore concretezza dell'attività corruttiva nel quale rimane assorbita e si confonde l'eventuale promessa preventiva, e soltanto in via sussidiaria, ove l'anzidetto aspetto fattuale non si verifichi, la promessa accettata».

[64] Un esempio della facilità con cui ingenti risorse monetarie possono essere veicolate, sfuggendo al fisco ed alla giustizia dei paesi anche industrializzati, attraverso società di comodo per poi essere impiegate nella corruzione internazionale è il caso *Odebrecht*, per cui v. SCOLLO, WINKLER, *Questionable Transactions, Unquestionable Rules: The Odebrecht/Braskem Case and the Foreign Corrupt Practices Act*, in Dir. Comm. Internaz., 2017, vol. XXXI, n° 3, p. 521 ss. Il caso *Odebrecht*, definito come il più grande caso di corruzione internazionale mai sanzionato, è altresì strettamente legato allo scandalo noto come *Panama Papers* che scoperchiò un ramificato sistema di società di comodo in paradisi fiscali attraverso cui rilevanti attività illecite venivano perpetrate impunemente. Sul punto, v. DE SANCTIS, International Money Laundering through Real Estate and Agribusiness: A Criminal Justice Perspective from the "Panama Papers", Springer, Cham, 2017, p. 56.

[65] V. 15 U.S.C. §§ 78dd-1 e ss.

[66] Sulla necessità di strutturare la fattispecie di corruzione Internazionale nel senso di includere la rilevanza penale per i pagamenti nei confronti di terzi, considerati intermediari del pubblico agente, v. TARUN, TOMCZAK, *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*, ABA ed., V ed., Chicago (2018), p. 9. Ciò, potrebbe peraltro condurre ad una positiva revisione delle procedure di controlli interni all'impresa multinazionale ed ingenerare un progressivo adeguamento a *standard* più elevati di *compliance*.

[67] V. *Stanford Law School's Foreign Corrupt Practices Act Report Clearinghouse* (2017), (disponibile su: fcpa.stanford.edu)

[68] V. *Criminal Information*, U.S. v. Snamprogetti Netherlands B.V., No. 10-cr-460 (S.D. Tex. Jul. 7, 2010), ECF No. 1; *Complaint*, SEC v. ENI SpA and Snamprogetti Netherlands B.V., No. 10-cv-2412 (S.D. Tex. Jul. 7, 2010).

[69] In materia di rischi di corruzione internazionale nelle transazioni economiche transnazionali delle società v. CAROLI, *La politica anticorruzione nei Gruppi internazionali. La strategia della corporate e la sua realizzazione nelle società controllate*, Luiss Un. Press, Roma, 2019, p. 13 ss.

[70] Sentenza, § 6.2.2, pp. 154-155.

[71] Per una ricostruzione analitica del dibattito dottrinale e giurisprudenziale, non senza qualche critica, sulla qualificazione dei delitti di corruzione come reati plurisoggettivi propri v. SPENA, LEOTTA, *Codice Penale Com., Sub art. 318 c.p.*, Wolters Kluwer, ult. ed., (disponibile su: leggiditalia.it).

[72] Per la punibilità del concorso nel reato plurisoggettivo improprio v. *ex multis* MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di Diritto Penale, PG*, VIII ed., Giuffré, Milano, p. 539.

[73] Sentenza, § 6.2.2, p. 154. Nello stesso senso, in tema di corruzione domestica, v. Cass., sez. VI penale, ud. 16/01/1980 – dep. 1/07/1980, n. 8261.

[74] Sentenza, § 6.2.2, p. 154.

[75] Per un commento sul novellato delitto di traffico di influenze illecite di cui all'art. 346 *bis* c.p. v. DE SIMONE, *Traffico di influenze*, in DEL TUFO (a cura di), *La legge anticorruzione 9 gennaio 2019, n. 3*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 83 ss. in cui l'A. sottolinea che l'estensione ai pubblici agenti stranieri ed internazionali risponde all'esigenza di colmare una evidente lacuna individuata nel fatto che gli interessi delle lobby non hanno confini, specie i confini nazionali, e dunque ben possono esercitare la loro influenza indebita su rappresentanti di governi straniero o di istituzioni internazionali. V. anche, sul punto, CUCINOTTA, *Il reato di traffico di influenze illecite*, in ORLANDI, SEMINARA (a cura di), *Una nuova legge contro la corruzione. Commento alla legge 9 gennaio 2019, n. 3*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 157 ss.; MONGILLO, *Il traffico di influenze illecite nell'ordinamento italiano dopo la legge "spazzacorrotti": questioni interpretative e persistenti necessità di riforma*, in GIAVAZZI, MONGILLO, PETRILLO, *Lobbyng e traffico di influenze illecite*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 265, in cui l'A. accenna al fatto che la fattispecie di traffico di influenze illecite punisce un *pactum* dalla finalità corruttiva che si colloca «*in uno stadio anticipato*» rispetto alle fattispecie di corruzione, che tuttavia risulterà assorbito nella delitto corruttivo laddove intervenga la consumazione del *pactum sceleris* con il pubblico agente.

[76] Lo stesso articolo 346 *bis* c.p. fu introdotto successivamente ai fatti del processo, e precisamente dalla l. 6 novembre 2012, n. 190 "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione" – c.d. "Legge Severino".

[77] Per una esaustiva panoramica sulla disciplina statunitense relativa alla corruzione dei pubblici funzionari stranieri v. KOEHLER, *The Foreign Corrupt Practices Act in a New Era*, Edward Elgar, Cheltenham UK – Northampton, MA – USA, 2014, p. 1 ss. Più in generale, per una disamina esaustiva sull'arsenale legale delle sanzioni economiche previste dall'ordinamento statunitense, con efficacia extraterritoriale, v. RESTREPO AMARILES, WINKLER, *U.S. economic sanctions and the corporate*

compliance of foreign banks, in *The Int. Lawyer*, vol. 51, 3, 2018, p. 497 ss. In tema di corruzione domestica nell'ordinamento statunitense, v. GATTA, *La repressione della corruzione negli Stati Uniti*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 3, 2016, p. 1281 ss. in cui l'A. osserva come agli occhi di un osservatore straniero le disposizioni contro la corruzione domestica, negli Stati Uniti, appaiono particolarmente efficaci, ma ciò non senza destare qualche perplessità sotto il profilo della compressione del principio di legalità e delle garanzie fondamentali per l'imputato. Si tratta di preoccupazioni assolutamente condivisibili che possono invero estendersi anche alle disposizioni in materia di corruzione internazionale, le quali mostrano sì un elevato livello di *enforcement*, ma ciò avviene, almeno apparentemente, a scapito di alcune garanzie che andrebbero maggiormente preservate.

[78] V. *Order*, SEC v. ENI SpA, No. 88677 (April 17, 2020), § 15, p. 4.

[79] V. *Order*, SEC v. ENI SpA, No. 88677 (April 17, 2020), § 16-17-18, p. 5.

[80] Per una panoramica dei soggetti sottoposti alla disciplina anticorruzione statunitense v. SCOLLO, *Il caso Alstom: un nuovo «deal de justice» in materia di corruzione internazionale*, in Dir. Comm. Internaz., 2015, vol. XXIX, n° 3, pp. 921.

[81] V. *Order*, SEC v. ENI SpA, No. 88677 (April 17, 2020), § 26-27, pp. 6-7.

[82] FAETA, JEWKES, MACKENZIE, RICHARDSON, *U.S. DOJ says Eni probe not closed for lack of evidence, could re-open*, Reuters, 2 ottobre 2019 (disponibile su: reuters.com).

TRIMESTRALE, 2, 2020

Le nuove manifestazioni della prevenzione patrimoniale: amministrazione giudiziaria e contrasto al "caporalato" nel caso Uber.

di ***A. Quattrocchi***

Con il decreto 28 maggio 2020, n. 9, la Sezione misure di prevenzione del Tribunale di Milano applica alla società Uber Italy s.r.l., divisione italiana della multinazionale Uber, la misura di prevenzione patrimoniale dell'amministrazione giudiziaria di cui all'art. 34 del Codice antimafia, sulla scorta della ritenuta agevolazione del reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro di cui all'art. 603-bis c.p., in danno dei c.d. "rider", da parte di talune imprese che gestivano il servizio di food delivery.
Il provvedimento si segnala, oltre che per la capacità di ripercorrere ex professo le coordinate teoriche ed ermeneutiche che presiedono all'istituto dell'amministrazione giudiziaria, altresì per la condivisibilità dell'iter motivazionale, che il presente lavoro tenta di mettere in evidenza, con precipuo riferimento alla valorizzazione degli strumenti di bonifica aziendale orientati al recupero delle realtà economiche da infiltrazioni e contaminazioni criminali, al di fuori dalla logica tradizionale della pura ablazione ed acquisizione al patrimonio dello Stato.

Sommario. 1. Note introduttive: misure di prevenzione patrimoniali non ablative e principio di proporzionalità. – **2.** Il caso di specie: la proposta applicativa dell'amministrazione giudiziaria. – **3.** La decisione: dal delitto di "caporalato"… – **4.** (*Segue*) …al presupposto agevolativo. – **5.** Osservazioni conclusive.

1. Note introduttive: misure di prevenzione patrimoniali non ablative e principio di proporzionalità.

Con decreto 28 maggio 2020, n. 9, il Tribunale di Milano, sezione misure di prevenzione, ha applicato l'amministrazione giudiziaria di cui all'art. 34, D.Lgs. n. 159/2011 (c.d. Codice antimafia, d'ora in avanti cod. ant.) nei confronti della società Uber Italy S.r.l..
Al riguardo, va innanzitutto osservato che la tassonomia delle misure di prevenzione patrimoniali non si esaurisce nella più celebre endiadi di sequestro e confisca ex artt. 16-30 cod. ant., ma include nel proprio perimetro l'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche e delle aziende di cui all'art. 34 cod. ant., nonché il controllo giudiziario delle aziende ai sensi dell'art. 34-bis cod. ant..
La riscrittura dell'amministrazione giudiziaria e l'introduzione del controllo giudiziario delle aziende, in particolare, si annoverano tra gli aspetti salienti, senz'altro più innovativi, della riforma del Codice antimafia di cui alla L. n. 161/2017[1], esito di quattro anni di lavori parlamentari e sintesi di svariati disegni di legge, oltre che delle indicazioni delle commissioni governative di riforma all'uopo costituite[2].
Per mezzo di tali istituti, si assiste alla valorizzazione di strumenti di bonifica aziendale con speculare abbandono dell'idea che l'unica forma di intervento, in presenza di infiltrazioni criminali nelle attività imprenditoriali, sia l'ablazione patrimoniale e la sua acquisizione al patrimonio dello Stato (*i.e.* sequestro e confisca di prevenzione).
In tal modo, lo strumentario della prevenzione patrimoniale viene dotato di maggiore flessibilità, permettendo alla relativa risposta ordinamentale di intervenire in maniera proporzionale ed adeguata e, quindi, potenzialmente più efficiente ed effettiva, senz'altro in modo maggiormente rispettoso dei diritti fondamentali, costituzionalmente e convenzionalmente riconosciuti, come quelli di proprietà e di iniziativa economica[3].
Di talché, mediante amministrazione giudiziaria e controllo giudiziario, è possibile promuovere il recupero delle imprese infiltrate dalla criminalità, sperimentando forme inedite di collaborazione tra pubblico e privato, finalisticamente orientate alla prosecuzione delle attività economiche mediante loro emenda dalle riscontrate commissioni illegali.
Tale logica di recupero alla legalità delle attività economiche ad opera dell'autorità giudiziaria, in collaborazione con gli stessi destinatari della misura, per ciò che più rileva ai fini del presente commento, si è inverata tanto nell'estensione del suo ambito applicativo, quanto nella disciplina delle prerogative gestionali di cui alla misura di prevenzione dell'amministrazione giudiziaria[4].

Sotto il primo profilo, innanzitutto, l'art. 34, co. 1, cod. ant. prevede l'applicabilità della misura qualora si riscontrino (1) "*sufficienti indizi per ritenere che il libero esercizio di determinate attività economiche, comprese quelle imprenditoriali, sia direttamente o indirettamente sottoposto alle condizioni di intimidazione o di assoggettamento previste dall'art. dall'art. 416-bis del codice penale*", ovvero per ritenere che lo stesso esercizio dell'attività economica (2) "*possa comunque agevolare*" soggetti nei confronti dei quali sia stata proposta o applicata una misura di prevenzione personale o patrimoniale[5], oppure nei cui confronti penda un procedimento penale una fattispecie incriminatrice appartenente ad un catalogo individuato *ope legis*[6]. Trattasi dei reati di criminalità organizzata[7], dei reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione in forma associativa[8], di taluni reati contro il patrimonio[9] e, per ciò che in questa sede più interessa, del reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro di cui all'art. 603-bis c.p..

All'evidenza, i citati presupposti riguardano situazioni niente affatto sovrapponibili: 1) la prima, concernente le condizioni di intimidazione o assoggettamento, richiama la vittima dell'organizzazione mafiosa (paradigmaticamente, quella di estorsione); 2) la seconda, relativa all'agevolazione, evoca una situazione di contiguità, commistione o cointeressenza tra attività economica e criminalità (mafiosa o corruttiva), peraltro connotata dai caratteri della stabilità e della durevolezza[10].

Deve constatarsi, inoltre, che l'applicazione dell'istituto, nell'ipotesi dell'agevolazione, non presuppone né che l'attività economica agevolatrice venga condotta con modalità illecite (richiedendosi solo che essa, benché esercitata con modalità lecite, abbia offerto un contributo agevolatore ai soggetti di cui si è detto), né che in capo all'agevolato sia stata accertata alcuna forma di penale responsabilità (essendo sufficiente che questi sia anche solamente proposto per una misura di prevenzione o unicamente indagato per uno dei reati sopra menzionati).

Nondimeno, occorre che l'esercente l'attività economica agevolatrice sia non solo formalmente ma anche sostanzialmente terzo rispetto all'agevolato, atteso che, ove si trattasse di mero prestanome, la sua sfera patrimoniale potrebbe essere attinta dalla confisca di prevenzione, la quale opera in ipotesi di disponibilità non solo diretta, ma altresì indiretta dei beni (cioè per mezzo di loro intestazione fittizia).

Così definito l'ambito applicativo dell'istituto, nella prospettiva della progressività dell'intervento pubblicistico, che si rafforza o si attenua in misura proporzionale al "bisogno di prevenzione" dell'operatore economico proposto per la misura, la disciplina perimetra con precisione le prerogative ed i poteri dell'autorità giudiziaria.

In particolare, con il provvedimento che dispone la misura di prevenzione di cui all'art. 34 cod. ant., il Tribunale nomina il giudice delegato nonché l'amministratore giudiziario, il quale (tendenzialmente) viene immesso nel possesso dei beni e delle aziende oggetto della misura esercitando i diritti dei titolari.

Inoltre, l'amministrazione giudiziaria è adottata per un periodo non superiore ad un anno, prorogabile di sei mesi sino a raggiungere il termine massimo di due anni, ove ciò si riveli necessario a completare il programma di sostegno e di aiuto all'impresa amministrata al fine di rimuovere le situazioni, di fatto e di diritto, che hanno determinato l'applicazione della misura, così da contenere la sospensione della titolarità della gestione dell'attività economica entro i limiti temporali dello stretto indispensabile.

Infine, va rilevato che l'amministrazione giudiziaria può essere disposta anche d'ufficio dal Tribunale, ove vengano ritenuti assenti i presupposti per applicare la misura di prevenzione patrimoniale della confisca richiesta dall'organo proponente, con ciò svincolando la possibilità di intervento dell'autorità giudiziaria decidente dal principio della domanda e consentendogli di porre in essere una più penetrante ed oculata valutazione della vicenda sottoposta alla sua attenzione, con conseguente modulazione dell'intervento di prevenzione.

2. Il caso di specie: la proposta applicativa dell'amministrazione giudiziaria.

Alla luce delle notazioni in diritto che precedono, può scientemente prendersi in considerazione il caso di specie, ove l'atto di impulso del procedimento di prevenzione[11] è costituito dalla proposta di applicazione dell'amministrazione giudiziaria presentata dalla Procura presso il Tribunale di Milano alla Sezione misure di prevenzione dello stesso ufficio giudiziario[12].

L'organo proponente, in particolare, evidenzia la consistenza indiziaria del delitto presupposto della misura, in ipotesi individuato nel reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro di cui all'art. 603-bis c.p. in danno dei c.d. "rider" da parte delle imprese che ne gestiscono le consegne per conto della società Uber Italy S.r.l..

L'attività investigativa, segnatamente consistita in indagini tecniche, sommarie informazioni testimoniali

e sequestri, ha permesso agli inquirenti di compendiare un preciso quadro indiziario circa l'esistenza di una struttura organizzativa illecita, sia nei rapporti lavorativi con personale mai regolarmente assunto, sia nei rapporti di collaborazione con una vasta schiera di ciclo-fattorini, operanti in plurime città italiane, in nome e per conto della multinazionale Uber.

In particolare, ai fini del reclutamento e della gestione dei lavoratori impegnati nella consegna a domicilio di alimenti, la divisione italiana del gruppo Uber si è servita di due imprese con sede nella periferia milanese (la ditta individuale Flash Road City e la società FRC s.r.l.), in capo ai cui rappresentanti – indagati per il reato di cui all'art. 603-bis c.p. – gli inquirenti hanno ricondotto precise forme di intermediazione illecita, perpetrate al fine di lucrare sull'abnorme abbattimento dei costi del lavoro in danno dei lavoratori stessi[13].

Manodopera, quest'ultima, costituita in misura prevalente da migranti, spesso dimoranti presso centri di accoglienza, retribuiti a cottimo "puro", pari a tre euro netti per ciascuna consegna, a prescindere da qualsivoglia variabile (distanza chilometrica di percorrenza per la consegna, tempo impiegato, orario notturno o giorno festivo della prestazione, condizioni climatiche, ecc.); peraltro, con possibile ulteriore deduzione, da tale già modesto importo, di una "penale" pari a cinquanta centesimi a consegna, sia in ipotesi di mancate accettazioni delle consegne inferiori al 95% sia in caso di cancellazioni superiori al 5% degli ordini.

Nella prospettazione dell'organo proponente, approfittando della vulnerabilità soggettiva e sociale dei lavoratori, in special modo dei cittadini extracomunitari contraddistinti dalla precarietà tanto della situazione economica quanto della permanenza sul territorio nazionale, questi sono stati indotti ad accettare condizioni di lavoro svalutanti, nell'incapacità di formulare istanze di tutela a fronte di un penetrante regime di sopraffazione retributiva e trattamentale perpetrato nei loro confronti, connotato da pagamenti irrisori, dalla sistematica sottrazione delle mance e da un numero di corse incompatibili con la salvaguardia delle pur minime condizioni di salute.

Alle condizioni lavorative deteriori fin qui tratteggiate, gli indagati hanno accompagnato altresì un complessivo atteggiamento minatorio, ritorsivo e mortificante nei confronti dei "rider", consistito in esplicite minacce – sovente avveratesi – di ritardarne i pagamenti a fronte di prestazioni lavorative già espletate ovvero di sospenderne il servizio, mediante inibizione dell'account della piattaforma digitale utilizzata per lo smistamento delle consegne, con finalità punitiva a fronte di eventuali rivendicazioni di tutela.

A tali considerazioni, la proposta soggiunge la ricostruzione della (inverso assai articolata) compagine sociale della c.d. "*galassia Uber*", ente originariamente costituito all'estero per offrire servizi di trasporto automobilistico privato mediante la tecnologia di un'applicazione mobile ed approdato in Italia con la società Uber Italia S.r.l., ove ha rapidamente abbandonato il servizio di trasporto privato in auto di persone per inaugurare un nuovo servizio di consegna di pasti a domicilio, dando così vita a Uber Eats Italy S.r.l.[14].

Com'è noto, tratto caratterizzante di tale operatore economico (come degli altri dello stesso settore) è quello di mettere a disposizione degli utenti una piattaforma digitale (sito web e/o applicazione per dispositivi mobili) ove domanda (del consumatore) e offerta (del ristoratore) si incontrano, venendo messe in comunicazione da un vettore (il "rider"), formalmente prestatore di lavoro autonomo o occasionale, che si dà carico delle consegne degli ordini effettuati per il tramite della citata piattaforma.

Nondimeno, accanto a questa modalità "diretta" di affidamento degli ordini ai fattorini, ne è stata successivamente introdotta un'altra, per assecondare la volontà di alcuni ristoratori di avere dei collaboratori fissi per le consegne, in luogo un numero indefinito di corrieri occasionali: sono state così costituite delle società, definite "fleet partner", intermediari nella gestione delle "flotte di rider", con esclusiva nei rapporti con le grandi catene della ristorazione; a quest'ultima categoria sono riconducibili le attività degli indagati.

Sulla scorta di tale ricostruzione, si osserva conclusivamente che, sebbene il contratto *"di prestazione tecnologica*" inerente all'utilizzo della piattaforma che sovrintende alle diverse fasi dell'evasione delle ordinazioni sia stato stipulato dalle attività degli indagati con la società Uber Portier B.V., quest'ultima si è nondimeno avvalsa di figure professionali alle dipendenze della divisione italiana Uber Italy s.r.l., di fatto costituendo una unità organizzativa operante sul territorio nazionale; così facendo, Uber Portier B.V., per il tramite di Uber Italy s.r.l., ha agevolato l'attività imprenditoriale dei soggetti indagati, di talché se ne richiede la sottoposizione ad amministrazione giudiziaria.

3. La decisione: dal delitto di "caporalato"…

Sulla base degli elementi evidenziati nella proposta, il Tribunale ritiene innanzitutto sussistenti i "sufficienti indizi" di cui all'art. 34 cod. ant. in relazione al "delitto catalogo" costituito dall'art. 603-bis c.p., che abilita la conseguente valutazione circa la sussistenza del presupposto dell'agevolazione, in ipotesi da parte della società Uber nei confronti delle attività economiche degli indagati per il citato reato[15].

Com'è noto, la fattispecie incriminatrice di cui all'art. 603-bis c.p. è stata introdotta dal D.L. n. 138/2011 al fine di reprimere il fenomeno del c.d. "caporalato", peculiare metodo di sfruttamento dell'altrui attività lavorativa contraddistinto per essere attuato con metodi illegali e, segnatamente, in violazione delle norme in materia di lavoro, igiene e sicurezza dei lavoratori[16]. Poi, il reato è stato sensibilmente riformulato dall'art. 1 della L. n. 199/2016, recante "*Disposizioni di contrasto ai fenomeni del lavoro nero, dello sfruttamento del lavoro in agricoltura e di riallineamento retributivo nel settore agricolo*", costituente organico intervento di riforma degli strumenti, penalistici e non, in materia di lavoro agricolo[17].

In particolare, viene comunemente definito "caporale" quel soggetto – di sovente appartenente a qualche forma di organizzazione criminale – che, alle prime luci dell'alba, recluta manodopera irregolare nelle piazze dei paesi o nelle periferie delle città per condurle nei campi, nei cantieri o nei laboratori manifatturieri, pretendendo – a titolo di compenso a fronte della propria opera di intermediazione – una percentuale, che spesso raggiunge il 50-60% della paga giornaliera corrisposta al lavoratore, già di norma retribuito in misura inferiore rispetto a quanto previsto dagli accordi sindacali, oltre che "in nero"[18].

A dispetto di questa immagine particolarmente evocativa e nitidamente esplicativa del grave disvalore e della profonda offensività veicolata dalla condotta di "caporalato", la fattispecie incriminatrice, nella sua attuale formulazione, mira ad "intercettare" un'ampia classe di condotte dotate di differenti gradazioni e sfumature, dalle più alle meno intense, ma comunque incidenti sulla dignità del lavoratore.

Bene giuridico tutelato dalla fattispecie incriminatrice, infatti, è precipuamente la dignità della persona che lavora, come si evince agilmente dai requisiti della condotta tipica, consistenti nello sfruttamento dei lavoratori e nell'approfittamento del loro stato di bisogno.

Accanto alla dignità, il reato salvaguarda altresì la libertà personale dell'individuo ed il suo inviolabile *status libertatis*, inteso quale coacervo dei diritti, delle libertà e delle prerogative che definiscono e integrano la nozione di uomo libero; ciò nella misura in cui la condotta penalmente rilevante è idonea a comprimere siffatte manifestazioni della persona, conducendo alla "reificazione" del soggetto, il quale viene ridotto ad oggetto dell'agire altrui.

Coerentemente con la vasta portata della tutela affidata all'incriminazione, la cui oggettività giuridica rinviene fondamentali referenti normativi tanto nella Carta costituzionale quanto nelle Carte sovranazionali di tutela dei diritti fondamentali, destinatari del rimprovero penale sono non soltanto gli intermediatori che reclutano la manodopera (co. 1, n. 1, dell'art. 603-bis c.p.), ma altresì i datori di lavoro che se ne servano (co. 1, n. 2, che parla di utilizzo, assunzione o impiego).

Venendo alla struttura della fattispecie, modalità tipica della condotta, da un lato, è l'approfittamento dello stato di bisogno dei lavoratori, la cui nozione va al di là della mera commissione del reato "in danno" di un soggetto particolarmente vulnerabile, quale è il lavoratore in stato di bisogno, postulandosi un *quid pluris*, cioè che l'autore sfrutti scientemente tale condizione di debolezza[19].

Dall'altro lato, si richiede che il lavoro venga prestato in condizioni di sfruttamento, i cui indici di manifestazione sono forniti all'interprete dallo stesso terzo comma dell'art. 603-bis c.p., che, come anticipato e come si avrà modo di vedere più diffusamente, per la loro ampiezza dilatano incisivamente la portata incriminatrice della fattispecie.

Il primo indice attiene all'aspetto economico del rapporto di lavoro, primariamente sintomatico delle condizioni alle quali è sottoposto il lavoratore, e prevede la reiterata corresponsione di retribuzioni in modo palesemente difforme da quanto previsto dalla contrattazione collettiva o, comunque, sproporzionato (per difetto) rispetto alla quantità e alla qualità del lavoro prestato. Il secondo concerne la reiterata violazione della normativa relativa all'orario di lavoro, ai periodi di riposo, al riposo settimanale, all'aspettativa obbligatoria ed alle ferie. Viene in considerazione, poi, la sussistenza di violazioni della normativa in materia di sicurezza e igiene nei luoghi di lavoro. Infine, si attribuisce rilievo alla sottoposizione del lavoratore a condizioni di lavoro, a metodi di sorveglianza o a situazioni alloggiative degradanti[20].

Coerentemente con tali coordinate ermeneutiche, il decreto in commento valuta il compendio investigativo offerto dall'organo proponente, invero molto vasto, costituito da: plurime e convergenti dichiarazioni dei lavoratori impiegati quali "rider"; intercettazioni telefoniche e ambientali; analisi delle memorie

e delle conversazioni inserite nei dispositivi informatici sequestrati agli indagati nel procedimento penale "genetico"; verifica della documentazione cartacea ed informatica acquisita; accertamenti bancari sui conti correnti dei soggetti coinvolti nella vicenda giudiziaria; rinvenimento della somma in contanti di euro 547.400,00 (da ritenersi profitto dei reati di appropriazione indebita in relazione all'omesso versamento delle ritenute d'acconto effettuate e di sfruttamento del lavoro) risultata nella disponibilità degli indagati[21].

E, sulla scorta di tale vaglio, viene ritenuto sussistente un quadro gravemente indiziario in ordine alla fattispecie di cui all'art. 603-bis c.p. in capo ai prevenuti, con un ulteriore profilo di concorsualità, quantomeno a titolo di favoreggiamento, da parte dei diversi manager e/o dipendenti riconducibili alla "*galassia Uber*" e, segnatamente, alla divisione italiana Uber Italy S.r.l., indicati dalla società Uber Portier B.V. quali referenti per la gestione dei "rider" sul territorio nazionale.

Con precipuo riferimento all'ipotesi di reato di cui all'art. 603-bis c.p., correttamente il Tribunale reputa sussistere tutti gli indici di un regime di sopraffazione retributiva e trattamentale, attuato nei confronti di una molteplicità di lavoratori, reclutati in una situazione di emarginazione sociale e di conseguente fragilità, sul piano della tutela e della rivendicazione dei diritti minimi, non mancando di soggiungere che siffatta situazione è risultata acuita dall'emergenza sanitaria CODIVD-19, a seguito della quale l'utilizzo dei ciclo-fattorini è progressivamente aumentato in maniera direttamente proporzionale al progressivo ridimensionamento della libertà di circolazione della popolazione.

Ancora, il decreto in commento evidenzia che il reclutamento dei lavoratori è avvenuto scegliendo soprattutto soggetti in stato di bisogno, il cui pagamento a cottimo è avvenuto a prescindere dalle condizioni di luogo (durata del tragitto) e di tempo (ora notturna, condizioni atmosferiche), oltre che in violazione delle regole contrattuali. Ciò, peraltro, con la richiesta di elargizione di un numero di prestazioni non compatibili con la tutela delle condizioni fisiche del lavoratore e con la contestuale prospettazione, in caso di mancato adempimento, della futura disattivazione dell'account utilizzato per lo smistamento delle consegne e, quindi, con la minaccia sostanziale di non potere più lavorare per la piattaforma Uber.

A tali già dirimenti "spie" di caporalato, prosegue il Tribunale, si sommano, altresì, la violazione di tutte le norme contrattuali in tema di lavoro autonomo (gestendosi, di fatto, un rapporto di lavoro subordinato alterato), la non corresponsione della mance dovute al lavoratore (in quanto corrisposte dal cliente nell'ambito del sinallagma contrattuale), in taluni casi l'omesso versamento delle ritenute previdenziali pure effettuate sulla retribuzione, nonché l'attuazione di un sistematico inserimento di *malus* nel trattamento economico dei "rider", strumentale alla contestazione di (inesistenti) comportamenti non conformi al fine di ulteriormente decurtarne il salario.

Si tratta, all'evidenza, di una lettura trasversale degli indici di sfruttamento tipizzati dal legislatore, che dimostra un'apprezzabile autonomia motivazionale capace di andare oltre il dato testuale, mediante un'attività interpretativa di attribuzione di significato concreto alla lettera della legge posta in essere attingendo, con consapevole sensibilità, da un contesto socio-economico in tumultuosa evoluzione, contraddistinto dall'utilizzo sinergico di tecnologia e web per animare nuove forme di lavoro, difficilmente inquadrabili nelle categorie tradizionali, il cui sfruttamento si presta a dare vita ad una inedita forma di c.d. "caporalato digitale"[22], a fronte del quale solo una sapiente lettura del dato normativo vigente è in grado di fornire adeguate risposte di tutela.

4. (*Segue*) …al presupposto agevolativo.

Dipanato il nodo della sussistenza di sufficienti indizi del reato presupposto, il decreto in commento passa in rassegna gli elementi sulla scorta dei quali giunge a ritenere che la multinazionale Uber, nelle sue diverse articolazioni, giuridiche e di fatto, operanti sul territorio italiano, quali Uber Italy S.r.l. e Uber Eats Italy S.r.l., fosse pienamente consapevole dell'attività di sfruttamento dei lavoratori utilizzati nelle consegne. E ciò malgrado la formale presenza di accordi contrattuali, apparentemente di segno contrario, conclusi con le imprese degli indagati.

A supporto di tale conclusione, si constata come le numerose conversazioni informatiche intercorse fra gli indagati del procedimento penale "genetico" ed i dipendenti di Uber Italy S.r.l., riscontrate dalle sommarie informazioni e dagli elementi documentali e contabili offerti dall'organo proponente, rivelino un solido contributo agevolativo, rilevante ai sensi dell'art. 34 cod. ant., da parte della divisione italiana di Uber a favore di tutti i soggetti indiziati del delitto di cui all'art. 603-bis c.p., che più direttamente gestivano e sfruttavano la flotta di "rider"; agevolazione ritenuta, quantomeno, sotto il profilo dell'omesso

controllo da parte di Uber ovvero sul versante di una grave deficienza organizzativa.
La condotta agevolatrice addebitata ad Uber Italy S.r.l., attraverso il concreto comportamento tenuto dai suoi dipendenti, è valutata dal Tribunale di particolare rilevanza sia per la sua diffusività sia per la realizzazione di uno schema contrattuale formale finalizzato a "schermare" la multinazionale, sebbene travolto dalla documentata realtà fattuale.
Peraltro, malgrado l'intervenuta risoluzione contrattuale con le attività economiche facenti capo agli indagati, al momento dell'emissione del decreto i dipendenti di Uber Italy S.r.l. coinvolti nella vicenda erano ancora in servizio presso tale società con qualifiche di operatori amministrativi, sollecitando *a fortiori* l'intervento del Tribunale sull'assetto dell'ente, in un'ottica di prevenzione finalizzata alla conservazione della stessa unità societaria.
In proposito, con ampio respiro motivazionale, il decreto reputa che, laddove il soggetto agevolatore sia una persona giuridica – il cui contributo agevolatore va parametrato ed apprezzato sulla scorta dei comportamenti posti in essere dalle persone fisiche dotate al suo interno dei poteri di decisione, rappresentanza e controllo –, a questi deve potersi imputare una condotta censurabile almeno sotto il profilo colposo, in termini di negligenza, imprudenza o imperizia, senza postularsi una consapevolezza piena della manifestazione agevolatrice[23].
Segnatamente, la necessità di individuare un profilo di censurabilità del comportamento del terzo agevolatore, che necessariamente deve rimanere nell'ambito di un perimetro colposo (sconfinandosi, in ipotesi di condotte dolosamente orientate a favorire l'espansione dell'economia illegale, in fattispecie di natura concorsuale o di favoreggiamento all'attività criminale), deriva da una lettura costituzionalmente orientata del presupposto applicativo della misura di prevenzione, tendente a comprimere il diritto fondamentale e costituzionalmente garantito alla libertà di impresa, come suggerito da una risalente decisione della Corte costituzionale che, in tema di valutazione dell'istituto allora denominato "sospensione temporanea", ha ritenuto che non si potesse comprimere il libero esercizio dell'attività imprenditoriale in presenza di un regime di "*sostanziale incolpevolezza*"[24].
Per l'effetto, laddove l'ente che abbia posto in essere l'agevolazione ambisca al proprio risanamento, esso è chiamato ad identificare una nuova finalità imprenditoriale caratterizzata dalla individuazione, condivisa con l'organo tecnico del Tribunale (*i.e.* l'amministratore giudiziario), di modelli virtuosi ed efficaci che impediscano nuove infiltrazioni o cointeressenze illegali. In altri termini, l'imprenditorialità privata deve cogliere l'occasione dell'intervento dell'autorità giudiziaria (seppur invasivo e compressivo della libertà di impresa) per ripensare i propri strumenti di *governance* aziendale al fine – appunto – di prevenire future commistioni con aree d'interesse illecito, attraverso la realizzazione di condotte non più rimproverabili sul piano della negligenza o dell'imperizia professionale[25].
Sulla scorta di tali coordinate ed in una prospettiva interpretativa informata al principio di proporzionalità e di adeguatezza della misura di prevenzione adottanda, il decreto in commento constata come la vigente formulazione dell'art. 34 cod. ant. consenta un intervento nella gestione societaria non necessariamente assorbente e totalizzante, sul piano del pieno impossessamento dell'attività di impresa, e ciò al fine di essere commisurato agli obiettivi di riconduzione alla legalità della compagine sociale proposta.
In particolare, il Tribunale valorizza l'espressione utilizzata dal legislatore nel testo vigente dell'art. 34 cod. ant., laddove il designato amministratore giudiziario ha la *facoltà* di esercitare i poteri spettanti agli organi di amministrazione e altri organi sociali secondo le modalità stabilite del tribunale, non già l'*obbligo* di assunzione anche dell'attività tipica dell'impresa.
Per l'effetto, il decreto in rassegna reputa che le concrete modalità dell'intervento dell'amministrazione giudiziaria debbano tenere conto di diversi fattori, *in primis* il grado di infiltrazione delittuosa nell'attività economica proposta, in questo caso accertata su un numero tutto sommato contenuto di dipendenti (pari a cinque su ventisei unità addette), i quali sembrerebbero avere realizzato – su indicazioni provenienti dalla società madre – una sorta di "ramo aziendale di fatto" deputato alla gestione diretta della flotta di "rider".
Nella medesima ottica della progressività dell'intervento preventivo, il Tribunale rapporta, inoltre, il settore societario "contaminato" al normale svolgimento dell'attività di impresa dell'ente, che nel caso di specie ha un oggetto sociale del tutto estraneo al tema dello sfruttamento dei lavoratori della consegna a domicilio, atteso che Uber Italy S.r.l. ha, quale formale scopo societario, il marketing e la consulenza nel settore dei trasporti privati.
Di talché, in ragione delle finalità e della connessa proporzionalità della misura ablativa richiesta, non si reputa necessario assumere in seno

all'amministrazione giudiziaria l'ordinario svolgimento dell'attività economica nella sua interezza, considerando altresì che gli obiettivi di bonifica aziendale da intraprendere risultano compatibili con un impossessamento parziale, anziché totale, degli organi gestori. E ciò, non si sottace, prendendo in schietta considerazione la necessità di salvaguardare professionalità e livello occupazionale dell'attività economica interessata dalla misura, non ignorandosi – con apprezzabile onestà intellettuale – i rischi connessi al passaggio di consegne all'amministrazione giudiziaria in un settore di mercato caratterizzato da una precipua professionalità e governato da un peculiare *know how*.

L'intervento ablativo viene conseguentemente modulato dal Tribunale in modo tale da consentire sì un controllo effettivo e penetrante da parte dell'Autorità Giudiziaria sugli organi gestori, anche in sostituzione dei diritti spettanti al socio proprietario, ma al contempo rinunciando ad avocare il normale esercizio dell'impresa, che viene lasciato in capo agli attuali organi di amministrazione societaria[26].

Ciò in quanto la misura di prevenzione, nel caso di specie, si pone in rapporto di strumentalità rispetto alla verifica delle posizioni dei dipendenti implicati nella vicenda giudiziaria "genetica", nonché all'accertamento dell'effettivo ruolo giocato da Uber Italy S.r.l. ed ai rapporti intrattenuti con le ulteriori società della "*galassia Uber*" in relazione al reclutamento ed alla gestione dei "rider", dovendosi all'uopo verificare l'esistenza di rapporti contrattuali in corso e la piena conformità degli stessi alle regole di mercato.

In definitiva, il Tribunale dispone l'amministrazione giudiziaria di Uber Italy S.r.l. al fine di analizzarne i rapporti intrattenuti con le altre ramificazioni del gruppo societario e con i lavoratori operanti nel settore della distribuzione a domicilio, per verificare se esistano altre forme di sfruttamento di lavoratori esterni, nonché per riscontrare l'esistenza e l'idoneità del modello organizzativo ex D.Lgs. n. 231/2001[27] teso a prevenire fattispecie di reato riconducibili nell'area del penalmente rilevante ex art. 603-bis c.p.. Attività che andrà espletata, secondo quanto disposto dal decreto, ove possibile d'intesa con l'organo amministrativo di Uber Italy S.r.l., riservandosi l'autorità giudiziaria decidente ogni futura determinazione, in caso di mancato accordo, circa l'espansione dell'intervento ablativo, potenzialmente con un totale impossessamento delle compagini societarie coinvolte.

5. Osservazioni conclusive.

Alla luce delle motivazioni in diritto rassegnate *ut supra*, il decreto applica alla società Uber Italy S.r.l. la misura dell'amministrazione giudiziaria per la durata di un anno, senza una effettiva immissione in possesso dei beni aziendali a favore dell'amministrazione giudiziario designato, il quale viene innanzitutto incaricato – in linea con le finalità sopra esplicitate – di esaminare l'assetto della società con particolare riferimento ai rapporti intercorrenti con le altre compagini sociali del gruppo Uber, accertandone modello organizzativo e gestionale ex art. 6, co. 3, D.Lgs. n. 231/2001, ai fini della valutazione della idoneità dello stesso modello "*a prevenire reati della specie di quello verificatosi*" nello specifico settore del rapporto con i "rider"[28].

Inoltre, l'amministratore giudiziario viene incaricato (1) di esaminare (e successivamente rassegnare al Tribunale) le iniziative attuate dall'ente a seguito del provvedimento di prevenzione, con particolare riferimento alla composizione degli organi amministrativi ed alla politica contrattuale intrapresa nei confronti dei dipendenti e dei terzi, (2) di assicurare la propria costante presenza presso la sede societaria e la partecipazione alle sue attività, in relazione alle tematiche riguardanti l'oggetto della misura di prevenzione, (3) nonché di rivedere tutti i contratti eventualmente in essere, con terzi soggetti giuridici o con lavoratori autonomi del settore delle consegne a domicilio, verificando la corretta osservanza delle regole normalmente adottate dal settore legale di mercato e rilasciando nulla osta alle risoluzioni contrattuali e alla stipula di nuovi contratti riguardanti la prestazione di servizi nella distribuzione dei prodotti di ristorazione a cura dei " rider"[29].

In conclusione, in vista della scadenza del termine della misura (individuato in un anno), al designato amministratore giudiziario viene dato mandato di valutare l'atteggiamento assunto dalla società proposta a valle dell'adozione del provvedimento di prevenzione e se la relativa procedura, grazie alla collaborazione dell'ente, porti all'adozione di contromisure utili a prevenire fatti analoghi a quelli accertati.

Trattasi di indicazioni che delimitano sensibilmente la dosimetria dell'intervento dell'autorità giudiziaria, il quale si innesta su un modello di amministrazione della società che permane in capo al socio proprietario e viene dichiaratamente modulato in modo tale da poter meglio realizzare l'obiettivo di prevenzione nel caso di specie: la bonifica dell'attività economica e la rimozione delle contaminazioni illegali riscontrate.

Non può tacersi, tuttavia, che il passaggio dalla dimensione eminentemente teorica a quella schiettamente pratica di una impostazione siffatta non risulta scevro da insidie, essendo palesi le potenziali problematicità cui andrà incontro l'amministrazione giudiziaria in un settore economico connotato da una sostanziale deregolamentazione e dalla connessa fluidità delle regole[30].

Di tali potenziali difficoltà si dimostra conscio lo stesso giudice della prevenzione che, nel decreto in commento, si premura di esplicitare la portata maggiormente assorbente che la misura di prevenzione assumerà in caso di mancato accordo tra amministratore giudiziario e consiglio di amministrazione dell'ente, evidentemente al fine di sollecitare il raggiungimento di un'intesa.

In conclusione, va rilevato come il modello di amministrazione giudiziaria applicato dal Tribunale mutui molti dei connotati caratterizzanti della diversa (seppur affine) misura di prevenzione del controllo giudiziario ex art. 34-bis cod. ant., nel caso di specie essendo stato disposto un sistema di "vigilanza prescrittiva"[31] dal contenuto parametrato al fine prevenzionale perseguito nella fattispecie concreta, senza dare luogo ad uno spossessamento gestorio ma valorizzando, al contrario, le *chance*s di risanamento dell'attività economica mediante un fitto programma di *compliance* predisposto in sede di applicazione della misura[32].

Ci si trova, pertanto, innanzi ad una nuova declinazione della complessa ed incessante opera di bilanciamento tra esigenze di prevenzione applicate all'economia illegale, da un lato, e quelle di continuità proprie del mercato, dall'altro; bilanciamento al quale la giurisprudenza, con il decreto in commento, mostra di sapere propositivamente aderire, attingendo a piene mani al diritto positivo vigente, che, benché non sempre pienamente utilizzato, non manca di offrire strumenti normativi orientati al recupero delle realtà economiche da infiltrazioni e contaminazioni criminali.

Alessandro Quattrocchi
Magistrato ordinario in servizio presso il Tribunale di Agrigento, Sezione penale.
Dottore di ricerca in Diritto e Procedura penale nell'Università di Messina.

[1] Cfr., per tutti, C. Visconti, *Codice antimafia: luci e ombre della riforma*, in *Dir. pen. proc.,* n. 2 del 2018, p. 145 ss.

[2] Si allude alle commissioni presiedute rispettivamente dal prof. Giovanni Fiandaca, dal dott. Roberto Garofoli e dal dott. Nicola Gratteri.

[3] Cfr. A. Balsamo-P. Mattarella, *Codice antimafia (riforma del)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 2018, p. 41 e ss.

[4] Regolamentazione che ha rinvenuto solido proprio retroterra nelle positive esperienze applicative, tra cui si segnala Trib. Milano, Sez. mis. prev., decr. 24.6.2016, Pres. Roia, con nota di C. Visconti, *Ancora una decisione innovativa del Tribunale di Milano sulla prevenzione antimafia nelle attività imprenditoriali*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 11.17.2016.

[5] Con conseguente rinvio alle categorie di pericolosità soggettiva individuate dagli artt. 1 e 4 cod. ant..

[6] Individuati mediante rinvio al comma 4, co. 1, lett. a), b) e i-bis), cod. ant..

[7] Associazione mafiosa ex art. 416-bis c.p., trasferimento fraudolento di valori ex art. 512-bis c.p., già art. 12-quinquies D.L. 306/1992, nonché il catalogo di reati di cui all'art. 51, co. 3-bis, c.p.p..

[8] Peculato ex art. 314, co.1, c.p. peculato mediante profitto dell'errore altrui ex art. 316 c.p., malversazione a danno dello Stato ex art. 316-bis c.p., indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato ex art. 316-ter c.p., concussione ex art. 317 c.p., corruzione per l'esercizio della funzione ex art. 318 c.p., corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio ex art. 319 c.p., corruzione in atti giudiziari ex art. 319-ter c.p., induzione indebita a dare o promettere utilità ex art. 319-quater c.p., corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio ex art. 320 c.p., istigazione alla corruzione ex art. 322 c.p. e peculato, concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità, corruzione e istigazione alla corruzione di membri delle Corti internazionali o degli organi delle Comunità europee o di assemblee parlamentari internazionali o di organizzazioni internazionali e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri ex art. 322-bis c.p., oltre al reato di truffa aggravata ai danni dello stato ex art. 640-bis c.p..

[9] Estorsione ex art. 629 c.p., riciclaggio ex art. 648-bis c.p. ed impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita ex art. 648- ter c.p..

[10] In ciò distinguendosi l'amministrazione giudiziaria dal controllo giudiziario di cui all'art. 34-bis cod. ant., caratterizzato dalla occasionalità dei rapporti agevolativi. Tale misura di prevenzione, infatti, può essere disposta, *expressis verbis*, "*Quando l'agevolazione prevista dal comma 1 dell'articolo 34 risulta occasionale*".

[11] Procedimento nel cui ambito la misura può essere disposta e che si distingue profondamente dal procedimento (e dal processo) penale per finalità e formalità. Per un approfondimento sul procedimento di prevenzione in generale, cfr. M.F. Cortese-L. Filippo, *Procedimento di prevenzione*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 2005, p. 1090 ss..

[12] Denominazione, quella di "proposta", da cui consequenzialmente discende il nome di "proposto" per il soggetto nei cui confronti si richiede al Tribunale di applicare la misura.
[13] Cfr. pag. 4 e ss. del decreto.
[14] Cfr. pag. 24 e ss. del decreto.
[15] Cfr. pag. 55 e ss. del decreto.
[16] La condotta di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoratore messa in atto dal caporale, prima dell'introduzione dell'art. 603-bis c.p., era sussunta dalla contravvenzione di cui all'art. 18, D.Lgs. n. 276/2003 (c.d. Legge Biagi), che punisce l'esercizio non autorizzato delle attività tipica delle agenzie nazionali di lavoro. Nondimeno, tenuto conto della sproporzione intercorrente tra il disvalore della condotta e le pene miti comminate per la fattispecie contravvenzionale, il fenomeno era stato ricondotto, altresì, ad altre ipotesi delittuose previste dal codice penale (estorsione, violenza privata, riduzione in schiavitù). In tale scenario, il legislatore è intervenuto a colmare la lacuna di tutela. Nella vasta bibliografia, sulla originaria formulazione dell'incriminazione, cfr. A. Giuliani, *I reati in materia di "caporalato", intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, Padova, 2015; S. Fiore, *(Dignità degli) uomini e (punizione dei) caporali. Il nuovo delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in AA.VV., *Scritti in onore di A.M. Stile*, Napoli, 2013, p. 855 ss.; E. Lo Monte, *Osservazioni sull'art. 603 bis c.p. di contrasto al caporalato: ancora una fattispecie enigmatica*, *ivi*, p. 953 ss..
[17] Le ragioni che hanno giustificato un nuovo intervento in tema di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro a distanza di pochi anni dalla L. n. 148/2011 vanno rintracciate nelle criticità e lacune punitive esistenti, che hanno sollecitato il legislatore ad apprestare un quadro di strumenti, il più possibile completo, nella lotta allo sfruttamento dei lavoratori. Sulla fattispecie novellata, cfr., *ex multis*, A. Di Martino, *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, Bologna, 2020; G. De Santis-S.M. Corso-F. Del Vecchio (a cura di), *Studi sul caporalato*, Torino, 2020; T. Padovani, *Un nuovo intervento per superare i difetti di una riforma zoppa*, in *Guida dir.*, n. 48 del 2016, p. 48 ss.; A. Vecce, *Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro (cd. Caporalato)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 2018, p. 413 ss..
[18] Cfr. L. Monticelli, *Disciplina penale del collocamento e della intermediazione illecita*, in B. Deiddae-A.Gargani (a cura di), *Reati contro la salute e la dignità dei lavoratori*, Torino, 2012, p. 575.
[19] Viceversa, nelle recenti applicazioni della fattispecie, tale requisito della condotta è stato ritenuto immanente al fatto stesso che il lavoratore accetti condizioni lavorative deteriori. Sul punto, tuttavia, cfr. Cass. Pen., Sez. 4, n. 49781 del 9.10.2019, in *CED*, n. 277424, secondo cui "*La mera condizione di irregolarità amministrativa del cittadino extracomunitario nel territorio nazionale, accompagnata da situazione di disagio e di bisogno di accedere alla prestazione lavorativa, non può di per sé costituire elemento valevole da solo ad integrare il reato di cui all'art. 603-bis cod. pen. caratterizzato, al contrario, dallo sfruttamento del lavoratore, i cui indici di rilevazione attengono ad una condizione di eclatante pregiudizio e di rilevante soggezione del lavoratore, resa manifesta da profili contrattuali retributivi o da profili normativi del rapporto di lavoro, o da violazione delle norme in materia di sicurezza e di igiene sul lavoro, o da sottoposizione a umilianti o degradanti condizioni di lavoro e di alloggio*".
[20] Va dato conto del contrasto dottrinale tra chi ritiene gli indici di sfruttamento tassativi, non ammettendone l'utilizzo di altri di origine interpretativa (così S. Fiore, *cit*., p. 887) e chi, invece, li considera di carattere meramente esemplificativo (v. A. De Rubeis, *Qualche breve considerazione critica sul nuovo reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in *Dir. pen. cont.*, n. 1 del 2017, p. 221), ammettendo la possibilità della coesistenza di ulteriori criteri integrabili a quelli di matrice legislativa.
[21] Con conseguente iscrizione nel registro degli indagati anche per la fattispecie di reato di cui all'art. 648-bis c.p., che come visto *ut supra* rappresenta un ulteriore "delitto catalogo" che consente l'applicazione dell'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche e delle aziende ex art. 34 cod. ant..
[22] Locuzione acutamente utilizzata per descrivere il caso di specie, commentando il medesimo decreto, da parte di A. Merlo, *Sfruttamento dei riders: amministrazione giudiziaria ad Uber per contrastare il "caporalato digitale"*, in *Sist. Pen.*, 2.6.2020.
[23] Cfr. pag. 2 e ss. del decreto.
[24] Il riferimento è alla sentenza n. 487 del 29.11.1995, in *CED*, n. 22348, secondo cui "*Non è fondata, in riferimento all'art. 27, primo comma, Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3-quinquies della legge 31 maggio 1965, n. 575, in quanto assoggetta al provvedimento di confisca i titolari di beni "oggettivamente pericolosi" (nella specie, quote di una società a responsabilità limitata), per i quali non ricorrono i presupposti per l'applicazione di una misura di prevenzione personale, così da venire a sopportare le conseguenze pregiudizievoli di un comportamento altrui. Infatti, ove, all'esito della temporanea sospensione dall'amministrazione dei beni, emergano elementi atti a far ritenere che quei beni siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego, e si appalesi quindi per questa via ormai realizzata una obiettiva commistione di interessi tra attività di impresa e attività mafiosa, ben si spiega la funzione e la legittimità del provvedimento ablatorio, giacché gli effetti che ne scaturiscono si riflettono sui beni di un soggetto certamente non estraneo rispetto al quadro della complessiva gestione del patrimonio mafioso, che a sua volta rappresenta, in ultima analisi, l'obiettivo finale che la confisca mira a comprimere*".

[25] Così Trib. Milano, Sez. mis. prev., decr. 26.6.2016, Pres. Roia, Nolostand. s.p.a.; cfr., altresì, Trib. Milano, Sez. mis. prev., decr. 7.5.2019, n. 59, Pres. Roia, Ceva Logistics Italia s.r.l., con nota di A. Merlo, *Il contrasto al "caporalato grigio" tra prevenzione e repressione* in *Dir. pen. cont*., n. 6 del 2019, p. 171 ss..
[26] Cfr. pag. 57 e ss. del decreto.
[27] Trattasi di uno dei criteri d'imputazione soggettiva della responsabilità in capo agli enti, costituente uno degli aspetti più controversi di tale materia. Un difetto all'interno dell'organizzazione può infatti individuare l'esistenza di una patologia nei processi di gestione interni alla persona giuridica, evocante il concetto di colpa. Nella realtà aziendale, il modello organizzativo dunque è lo strumento attraverso cui l'impresa definisce gli standard comportamentali delle società. Il modello schematicamente definito agli artt. 6 e 7 del D.Lgs. n. 231/2001, recante la "*Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*", rappresenta un tipico sistema di gestione del rischio. In tale processo si articolano due fasi distinte: da un lato, l'identificazione dei rischi; dall'altro, la progettazione del sistema di controllo. La mappatura delle aree a rischio si inserisce in quel continuo processo di valutazione degli obiettivi principali dell'impresa, che consente di evidenziare tutti i rischi connessi al raggiungimento di quegli obiettivi; così M.A. Pasculli, *La responsabilità "da reato" degli enti collettivi nell'ordinamento italiano*, Bari, 2005, p. 320.
[28] Se lo scopo dei modelli di organizzazione ex art. 6 D.Lgs. n. 231/2001 è di evitare la responsabilità a carico dell'azienda che li ha predisposti ed implementati, il primo passo attuativo è dato dall'individuazione di quel particolare rischio – che è il rischio reato – e, conseguentemente, dall'esame approfondito dell'organizzazione aziendale per individuare l'analisi delle modalità di commissione delle fattispecie criminose. Cfr. M.A. Pasculli, *Responsabilità penale degli enti,* in *Dig. disc. pen.*, Torino, 2018, p. 725 ss..
[29] Così il dispositivo della misura, segnatamente pag. 59 del decreto.
[30] In termini A. Merlo, *Sfruttamento dei riders*, *cit.*.
[31] Cfr. C. Visconti-G. Tona, *Nuove pericolosità e nuove misure di prevenzione: percorsi contorti e prospettive aperte nella riforma del codice antimafia*, in Leg. pen., 14.2.2018, p. 34, ove si evidenzia che l'Autorità Giudiziaria può imporre all'azienda di assolvere a oneri comunicativi "qualificati", di informare preventivamente l'amministratore giudiziario circa eventuali forme di finanziamento da parte dei soci o dei terzi, di adottare ed efficacemente attuare misure organizzative, tra cui i modelli di organizzazione, gestione e controllo di cui al D.Lgs. n. 231/2001, nonché di assumere qualsiasi altra iniziativa finalizzata a prevenire specificatamente il rischio di tentativi di infiltrazione o condizionamento di matrice illegale.
[32] Cfr C. Visconti, *Il controllo giudiziario "volontario": una moderna "messa alla prova" aziendale per una tutela recuperatoria contro le infiltrazioni mafiose*, in G. Amarelli-S. Sticchi (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Torino, 2019, p. 237 ss., ove tale modello imperniato sulla consensualità, negozialità, premialità e *compliance* viene definito "prospettico-cooperativo".

TRIMESTRALE, 2, 2020

Uncharted waters: navigating through extradition proceedings in the face of the coronavirus pandemic.

by ***G. Borgna***

The article examines the potential impact of the spread of the novel coronavirus (Covid-19) on extradition and EAW proceedings, having regard in particular to the Italian legal system.
This unprecedented health crisis exposes serious deficiencies in the legislation governing mutual legal cooperation at both the Italian and international level. Albeit there typically being safeguard clauses meant to address the practical problems caused by exceptional situations, a closer look reveals that their activation may result in largely disproportionate adverse effects for requested persons, particularly in the field of pre-surrender detention.
The article suggests that a proper framing of the emergency cannot prescind from recognizing a central role to the principle of proportionality in extradition and EAW proceedings.

Summary. 1. Introduction. – **2.** The most dangerous lockdown: an overview of the situation in Italian penitentiaries. – **3.** The risk of infection in prison and the prohibition of refoulement. – **4.** Travel curbs and (un)reasonable prospects of removal: the purgatory of requested persons. – **5.** Early release schemes and alternatives to extradition: rethinking proportionality. – **6.** Concluding remarks.

1. Introduction.

Within the span of a few weeks, the novel coronavirus (Covid-19) has had a profound impact on nearly all aspects of daily life, leading to the imposition of severe limitations upon movement and personal freedoms aimed at curbing the pandemic.
Persons deprived of their liberty comprise a particularly vulnerable group, owing to the nature of the restrictions that are already placed upon them, their limited capacity to take precautionary measures and pre-existing medical conditions. Prisons and other correctional facilities, many of which are often highly overcrowded and insanitary, are an ideal breeding ground for the virus.
The outbreak of the coronavirus has been framed as an emergency that can be addressed through the adoption of extraordinary measures. Albeit there typically being safeguard clauses meant to address the practical problems caused by exceptional situations in extradition and EAW proceedings, their activation may result in largely disproportionate adverse effects for requested persons, particularly in the field of pre-surrender detention.
The short-circuits discussed in this article reveal that the applicable legislation is largely ill-equipped to address emergencies, such as a pandemic, at the expense of fundamental rights.

2. The most dangerous lockdown: an overview of the situation in Italian penitentiaries.

Levels of exposure to the coronavirus outbreak vary greatly from one country to another due to great disparities in prison systems and in the performance of national health systems. Still, prisons are, by definition, amplifiers of the risk of infection. All the concerns about the virus's spread in packed social environments apply as much, if not more, to correctional facilities.
At the time of writing, Italy accounts for many of the cases and the deaths around the world, with the numbers surging higher by the hour. The outbreak put the network of hospitals under colossal strain, some of them having soon reached full capacity (particularly in the Northern regions of Italy, where the infection spread first).
On 8 and 9 March 2020, violent riots broke out in two-dozen Italian prisons. These riots were sparked by the emergency restrictions imposed amid the coronavirus outbreak, including limitations on visits from the outside[1]. While the authorities managed to bring the situation under control, the riots exposed

serious health-care concerns related to the risk of an outbreak of coronavirus in prison, which are further boosted by the issues of overcrowding, lack of hygiene and insufficient health care which notoriously affect Italian prison establishments.

Unlike other countries that have freed large amounts of inmates in an effort to contain the infection[2], Italy has been extremely soft in its response. In essence, the only measure adopted by the Government has been to allow the possibility of home confinement for inmates with fewer than 18 months left on their sentences[3].

Stripped bare of the surrounding politics, this piece of legislation is no more than a reiteration – albeit with a slight easing of eligibility conditions – of a measure that already existed in the Italian system[4]. The failure to significantly broaden its scope of application (the upper sentence cap has remained unchanged), coupled with the systemic shortage of electronic tags (monitoring is a precondition for inmates with more than 6 months still to be served), leave the lingering impression of a naïve, ineffective measure[5].

Against this background, it can easily be argued that Italy chose to fight the battle against the pandemic exclusively from within prison walls through *ad-hoc* health regulations.

At the beginning, the Government established, in very broad terms, that measures needed to be taken in order to contain the spread of Covid-19 in prison by ensuring that Individual Protection Devices ("IPDs") were made available and that new detainees were to be checked upon entry[6].

The Department for the Administration of Prisons ("DAP") then issued a variety of regulations with a view of curtailing the risk of outbreak in correctional facilities. Initially, these measures were limited to denying or restricting access to anyone coming from the so-called "red zone" (which at the time was an area in the North of Italy) and to halting transfers of detainees to and from centres located in the above zone[7]. Shortly thereafter, the Government prescribed the suspension of social visits to inmates, which shall now take place in remote through electronic means where available[8].

With further regulations, the DAP focused on equipping prison officers (not inmates) with IPDs, such as masks and gloves, increasing the shifts of correctional officers and regulating internal activities[9]. On 8 March 2020, the Government reiterated, among other things, that detainees who enter prison and present symptoms compatible with Covid-19 must be isolated[10].

In its most recent regulation dated 13 March 2020[11], the DAP developed contingency policies to manage cases of detainees showing symptoms of infection.

On 21 March 2020, the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment ("CPT") published a statement of principles relating to the treatment of persons deprived of their liberty in the context of the coronavirus disease pandemic[12]. In summary, the CPT advises the implementation of WHO guidance in all places of detention[13], reinforcement of staff, testing for prison population and employees, ensuring that any restrictions on contact with the outside world are duly compensation by alternative means of communications, and providing isolated persons with "meaningful human contact" every day.

Similarly, on 25 March 2020, the UN Subcommittee on Prevention of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment ("SPT") issued its own set of recommendations[14].

When confronted with the above recommendations, the measures adopted by the Italian Government to prevent and control the infection in prison appear largely insufficient. In a nutshell, the only concrete strategy has been to isolate these facilities from the outside world, as if it were sufficient to just shut the doors to keep the disease from crawling and spreading inside.

In the absence of noteworthy measures to reduce the prison population, the spread of the infection is extremely difficult to contain in overcrowded facilities, such as the Italian ones. Multi-occupancy cells leave little room for social distancing or similar recommendations experts made to curb the spread. In addition, many prisons deal with systemic shortage of water and dire hygienic conditions[15].

Moreover, the contingency procedures set out by the DAP to manage suspected cases of infection in themselves appear highly problematic. If a detainee shows symptoms, he shall be visited by a health practitioner in his cell, without being transferred to the infirmary. Depending on the specific circumstances of the case, the detainee might be subject to a nasopharyngeal swab and must remain in his cell until the diagnostic results come back. If the inmate tests positive to Covid-19, he shall be either placed in an isolation cell or transferred to a hospital. This means

that, during the time required to process the swab, his cellmates are inevitably exposed to the risk of being infected themselves.
Not surprisingly, in just a few weeks, the number of detainees and correctional officers across the country who tested positive for coronavirus skyrocketed[16].

3. The risk of infection in prison and the prohibition of refoulement.

Much has been written on fundamental rights, non-refoulement and extradition following the judgment of the European Court of Human Rights in the leading case of *Soering*[17]. However, renewed interest is triggered by the potential impact of the novel coronavirus.
As a matter of well-established international law and subject to treaty obligations, including the European Convention on Human Rights ("ECHR"), States have the right to control the entry, residence and expulsion of aliens[18]. Nonetheless, deportation, extradition and other measures to remove an individual may give rise to an issue under Article 3 ECHR where substantial grounds have been shown for believing that the person in question would, if removed, face a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3 ECHR in the receiving country[19]. In such circumstances, the principle of non-refoulement implies an obligation not to remove the individual to that country.
The problem does not lie in the acceptance of this principle but rather in the determination of its threshold of application[20].
According to the European Court, ill-treatment must attain a minimum level of severity if it is to fall within the scope of Article 3 ECHR. The assessment of this minimum is, in the nature of things, relative; it depends on all the circumstances of the case, such as the nature and context of the treatment or punishment, the manner and method of its execution, its duration and its physical or mental effects[21].
It is undisputed that, at least in certain countries, the outbreak of the coronavirus has put correctional establishments and the network of local hospitals under considerable strain. Prisons are, by definition, hotbeds for coronavirus. In overcrowded and insanitary facilities, there is a real risk that the disease might spread like wildfire, especially in the presence of pre-existing medical conditions.
The salient question is whether this scenario would be enough to prevent extradition and, if so, under what conditions. The answer, in my view, depends on how one looks at the problem.
Taken from a wider perspective, the European Court has been extremely reluctant to find a violation of Article 3 ECHR with reference to a general problem concerning human rights observance in a particular country, even more so in establishing that this amounts to a blanket bar to extradition towards that country[22]. An exception is to be found only in most extreme cases, where the general situation of violence in the country of destination is of such intensity as to create a real risk that any removal to that country would necessarily violate Article 3 ECHR[23].
For example, in the seminal case of *Mamatkulov*, the Court held that general conditions of detention in Uzbekistan, although well below the minimum standards recognized at the international level, were in themselves not enough to prevent extradition[24].
Where authoritative sources describe a general situation, according to the Court, an applicant's specific allegations in a particular case require corroboration by other evidence, with reference to the individual circumstances substantiating his or her fears of ill-treatment[25]. In other words, in these cases, the Court seemingly relies on an integrated approach that combines the general situation with the individualized risk faced by the requested person[26].
Having regard to the features of the disease and the very high standards developed by the European Court, the crisis generated by the outbreak of the novel coronavirus could hardly be qualified as a general situation that is grave enough to call for a total ban of extraditions under Article 3 ECHR. This is all the more so considering that the disease is not confined to a particular country or geographical region, but is a pandemic sweeping across the world.
The answer to our question would be inevitably different where there is plausible evidence that the sought person faces an individualized risk of ill-treatment on account of his medical records or of prison conditions in the country of destination. Requested persons with pre-existing health concerns, especially of a respiratory or heart nature, would certainly have an argument that it would be oppressive to order their extradition to a State with a serious outbreak, especially if the prison estate in which they are likely to be detained has been badly hit or its medical capacity overwhelmed.

Nonetheless, the assessment of the existence of a real risk under Article 3 ECHR is still a rigorous one, which takes into account the foreseeable consequences of the individual's removal to the country of destination in the light of the general situation there and of his or her personal circumstances. While a pre-existing health condition would most likely not be sufficient, in itself, to bar surrender[27], its cumulative effects with poor conditions of detention or inadequate medical treatment would certainly call for a more careful scrutiny[28].

For example, in the case of *Aswat*, the Court held that the applicant's extradition to the United States, where he was being prosecuted for terrorist activities, would entail ill-treatment, in particular because the conditions of detention in the maximum-security prison where he would be placed were liable to aggravate his paranoid schizophrenia. The Court held that the risk of a significant deterioration in the applicant's mental and physical health was sufficient to give rise to a breach of Article 3 ECHR[29].

Rather tellingly, the issue whether the coronavirus could qualify as a condition for refusal of extradition is currently being reviewed by the European Court in the case of *Hafeez v. the United Kingdom*[30]. The applicant – a sixty-year-old man with multiple health concerns, which include diabetes and asthma – is facing extradition towards the United States on drug charges. In its communication of the application, the Court asked the respondent Government whether, having regard to the ongoing Covid-19 pandemic, the applicant is under threat of a breach of Article 3 ECHR on account of the detention conditions he would face if extradited.

The concern is rather legitimate, considering the applicant's pre-existing medical condition (which makes him particularly vulnerable) and the region of arrival (he is facing trial in New York, which has been officially classified as the hotbed of the coronavirus in the United States).

The outcome of this specific case will most likely depend on the length of the proceedings. As with domestic cases, the risk of ill-treatment in proceedings before the European Court is determined in light of the present-day situation, meaning that the Court may take into account also developments which occurred after the final domestic decision[31]. Since the situation in a given country of destination may change greatly in the course of time (especially with the rapidly evolving epidemiology of an infectious disease), an overall improvement of the health situation at the time of the final decision may lead to the conclusion that a risk of ill-treatment no longer exists so as to bar extradition under Article 3 ECHR.

Nevertheless, irrespective on what the outcome of the *Hafeez* case will be, *rebus sic stantibus*, depending on the individual circumstances of each case, there may be room to argue that the requested person faces a real risk of ill-treatment if extradited to a country with a serious outbreak of Covid-19.

At the same time, it would be open to the requesting State to counter this argument by submitting diplomatic assurances to the effect that the sought person will be provided adequate medical treatment and suitable accommodation and that the prison administration will implement plans to prevent and control the spread of the infection[32]. Determining whether such assurances would in fact be sufficient, in their practical application, to eliminate or mitigate the risk of infection and the ensuing ill-treatment carries a high degree of complexity in the current situation.

Assuming that a real risk of ill-treatment in the receiving country has been established, the question that arises is what the outcome of the extradition proceedings should be.

A first (rights-oriented) option would be to simply refuse the surrender.

However, one cannot avoid wondering whether turning down flat extradition requests is the proper course of action, one that fairly balances the requirements of the protection of the individual's fundamental rights and the demands of justice in bringing offenders to justice. Albeit currently widespread across the globe, it is reasonable to believe that the coronavirus is a transitory infection that will be eradicated or, at least, significantly contained in the near future.

Concerns stemming from this option could be dispelled, at least, in relation to those jurisdictions that would allow the requesting State to re-send the extradition request once the health situation has been brought under control.

Whether this would be a viable option in Italy is debatable. Without prejudice to specific treaty provisions, Italian law allows for the re-submission of an extradition request in relation to a same set of facts only if the new request is based on elements that had not been previously considered[33] or if the prior proceedings had been discontinued on procedural grounds[34]. Strictly speaking, thus, Italian law would

not permit a fresh review of a request already found defective. Nonetheless, the Supreme Court has recently opened to this possibility if the ground for refusal is subject to changes (*i.e.* improvements) over time. Conditions of detention and health crises certainly fit the description[35].

A second (State-oriented) option would be to grant extradition (provided no other grounds for refusal exist) but defer surrender until the pandemic is over. This solution, however, would raise a wide array of problems: *i*) the premise on which it is predicated (the temporary nature of the pandemic) is yet to be definitively established; *ii*) most extradition treaties do not envisage the possibility to postpone surrender for humanitarian reasons; *iii*) an improvement of the situation requires careful evaluations which cannot be confined to the execution stage of the proceedings, let alone left to political authorities; *iv*) this solution would leave the requested person in a limbo for an indefinite period of time.

A third (intermediate) option would be to halt the proceeding until the pandemic is over.

This would be the most cautious, and thus preferable, solution, at least for European standards. Albeit accepting the possibility of rebutting mutual trust, the Court of Justice of the European Union ("ECJ") has always been reluctant to openly encourage States to refuse EAWs. In the case of *Aranyosi and Căldăraru*, for instance, the ECJ held that evidence of deficiencies with respect to prison conditions must result in a postponement of the proceeding until the executing Member State has obtained all necessary supplementary information on the conditions the sought person is envisaged to be detained after surrender, refusal being admissible only if the risk of ill-treatment cannot be discounted within a reasonable time[36].

However, as will be discussed below, this option should be exercised with a great deal of care on account of the potential implications it carries on custodial measures (see *infra* § 4).

In any case, this is not a viable option for countries – such as Italy and the United Kingdom[37] – that have decided, where practicable, to continue hearing extradition cases.

With specific regards to Italy, amidst the health crisis, the Government adopted emergency legislation governing the administration of justice, which prescribed, *inter alia*, the adjournment of the vast majority of criminal cases and the suspension of custodial time-limits[38]. While EAW and extradition cases were initially among those that had been in principle adjourned (an option that raised more doubts than those it had set out to solve[39]), the legislation was later amended to the effect that these proceedings will go ahead as usual[40]. This means that the domestic courts shall be required to take a decision and, accordingly, to assess any risk of ill-treatment in light of present-day conditions.

4. Travel curbs and (un)reasonable prospects of removal: the purgatory of requested persons.

Reasonably, the pandemic will run its course with time. How much time no one knows. Having regard to all the competing interests, for the time being, the most prudential course of action would be to adjourn all unheard extradition matters and, most importantly, to halt transfers that have already been authorized. This is all the more so considering that many countries have travel bans in place and it would, thus, be difficult, if not impossible, to actually transfer the person.

Looking at the EAW, Article 23 of the Framework Decision allows the postponement of the surrender for "*circumstances beyond the control of any of the Member States*" (par. 2) and "*serious humanitarian reasons*" (par. 3). There is hardly any doubt that the current pandemic could qualify as a case of "*force majeure*" under the terms of European and international law, also considering the travel bans in place[41]. Based on the applicable legislation, the parties would simply need to agree on a new date for surrender once the travel restrictions have been lifted, or the spread of the infection contained.

Without prejudice to isolated exceptions[42], similar clauses are typically not contained in extradition treaties, nor in the Italian legislation, for that matter. Nonetheless, at least in Italy, the absence of an express provision has not prevented the Supreme Court from affirming that serious humanitarian reasons or *force majeure* justify the temporary deferment of surrender[43].

In any event, should no effective remedy be available at the domestic level, it would certainly be open to the requested person to turn to the European Court seeking an interim measure under Rule 39 with a view to stay removal (something that, most likely, has been granted in the above case of *Hafeez*).

This procedural avenue, however, is not to be taken lightly. While a postponement of removal may

usually be obtained on exceptional grounds, the relevant legislation says nothing as to the custodial regime in this transitory period. As a result, the mass adjournment of cases and removals may come at a high price, that of a potential indefinite extension of detention orders in place against requested persons, especially in the pre-surrender stage.

In the context of the EAW system, when surrender proves impossible for humanitarian reasons or *force majeure*, the executing and issuing authorities shall agree on a new date for surrender. However, this provision does not set a clear timeframe for the new surrender date[44], nor does it envisage an express limit to the number of fresh surrender dates that may be agreed upon between the authorities[45]. In the meantime, Article 23 offers a legal framework to justify continued pre-surrender detention pending the making and carrying out of the new arrangements. But again, this provision does not define the specific conditions for deprivation of liberty, nor does it set an upper limit to its duration[46].

In the case of *Vilkas*, the ECJ opined that the expiration of the time-limits envisaged by Article 23 does not relieve the executing member State from its obligation to execute the EAW, nor does it necessarily require to release the requested person, provided that the duration of the custody is not excessive[47]. However, this safeguard clause is excessively vague and does not prevent the potentially indefinite detention of the requested person on foot of repeated extension orders. Nor may a sufficient procedural safeguard be found in the non-binding invitation by the EU Commission to the issuing member State to consider withdrawing the EAW when the exceptional reasons prove "*indefinite or permanent*"[48]. These constraints are so minimal that they end up granting authorities an ostensibly unlimited discretion.

Similar critical considerations extend to extradition proceedings. Albeit opening to the possibility of postponing surrender in the presence of exceptional circumstances, the Italian Supreme Court failed to introduce any procedural safeguards. Truth be told, by suspending the running of maximum custodial time-limits in these kinds of situations, the Court of Cassation essentially paved the way for indefinite pre-surrender confinement[49].

In light of the above, the applicable legislation reveals serious loopholes when confronted with extraordinary situations, such as a pandemic. The whole scheme of extradition and EAW is premised upon tight deadlines rather than indefinite confinement. Yet, the legislation and the courts fail to offer any guidance or procedural safeguard against arbitrariness.

According to the case-law of the European Court of Human Rights on Article 5(1)(f) ECHR, only the conduct of an extradition procedure justifies the deprivation of a freedom based on that provision and, consequently, if the procedure is not carried out with due diligence, the detention ceases to be justified[50]. In a consolidated strand of cases, the Court emphasized the importance of the lawfulness of the detention, both procedural and substantive, which requires scrupulous adherence to the rule of law[51].

Against this background, indefinite administrative confinement of requested persons awaiting transfer may give rise to serious issues under Article 5 ECHR. First and foremost, failure to establish a maximum period of detention pending removal, coupled with the lack of a system of periodic judicial review of the necessity of prolonged deprivation of liberty, would be at odds with the requirements of lawfulness and protection against arbitrariness. In addition, the repeated extension *sine die* of detention orders would hardly be deemed proportionate to the strict exigencies of the situation created by the spread of the coronavirus. According to the Court, domestic authorities have an obligation to consider whether removal is a realistic prospect, taking into account the nature of the impeding event and the duration of the procedure. When removal is not feasible or when the timeframe is too uncertain or remote, detention is no longer justified, and the individual must be released[52].

Yet, it is undisputed that the coronavirus outbreak constitutes a public emergency and calls for extraordinary measures. As with many, if not all, of the emergency provisions, teething problems are inevitable.

Having regard to the exceptional nature of the situation, it is open to Contracting States to the ECHR to activate the derogation clause envisaged by Article 15 ECHR. This provision affords to the Governments, in exceptional circumstances, the possibility of derogating, in a temporary, limited and supervised manner, from their obligation to secure certain rights and freedoms under the ECHR. The right to liberty under Article 5 ECHR is among those that may be subject to derogations.

Not surprisingly, a number of States have decided to rely on their right to derogation under Article 15

ECHR in the context of the Covid-19 crisis[53], some of them also with explicit reference to Article 5 ECHR[54]. In general, recourse to this clause is the *preferable* way to fare the emergency lockdown measures adopted to tackle the pandemic, since this is the closest we shall get to that "state of emergency" paradigm for which Article 15 ECHR was conceived. Not to mention that failure to invoke the derogation clause – and, thus, the normalization of an extraordinary situation – would ultimately carry the risk of recalibrating downwards the standards of protection. Yet, with specific regards to measures impinging on Article 5 ECHR, activation of the derogation clause appears to be the *only* permissible course of action, as the exceptions to this provision have an exhaustive nature and must be narrowly construed[55].

Nevertheless, recourse to derogation does not absolve States from any and all interferences with the rights guaranteed by the Convention: the European Court is empowered to review, *ex post*, the lawfulness and proportionality of the emergency legislation and, ultimately, whether the States have gone beyond the "*extent strictly required by the exigencies*" of the crisis[56].

Albeit in a completely different scenario (threat of terrorism), in the case of *A. and Others v. the United Kingdom*, the Grand Chamber laid down some guiding principles concerning the relationship between Article 5(1)(f) and Article 15 ECHR[57]. In that case, the Court was confronted with a statutory scheme that permitted the indefinite detention pending expulsion of non-nationals suspected of involvement in terrorism even though they could not be removed to their home country as there was a real risk that they would be exposed to treatment contrary to Article 3 ECHR. Since the British Government considered that this might not have been consistent with Article 5(1) ECHR, it had preventively issued a notice of derogation under Article 15 ECHR.

The Grand Chamber reiterated that where deportation is not possible owing to the risk of ill-treatment, Article 5(1)(f) ECHR does not authorize detention, irrespective of whether the individual poses a risk to national security. Most importantly, it added that the unlawful and disproportionate burden of indefinite detention imposed upon the applicants could not be discounted by recourse to derogation, as the measure manifestly failed to rationally address the domestic threat.

If one were to cautiously transpose these principles in the context of current coronavirus pandemic, in my view, the prolonged administrative detention that could stem from an indefinite halt to extraditions – *prima facie* unlawful and disproportionate – would hardly be deemed a measure "strictly required by the exigencies of the crisis" so as to be condoned by a derogation under Article 15 ECHR.

5. Early release schemes and alternatives to extradition: rethinking proportionality.

In the current situation, it would also be possible to challenge the validity of conviction EAWs and extradition requests if they are issued by countries that have released low-risk or short-term prisoners.

Depending on the terms of release, requested persons may no longer be wanted for the purposes of executing a custodial sentence or a detention order. This assessment will vary depending on circumstances as the contents of the actual measure (unconditional release, home confinement or reporting obligations), its modalities of application (*ex officio* or discretionary assessment) and its duration (permanent or temporary).

Yet, except for cases of unconditional and permanent release, reprieve schemes will hardly lead to an automatic withdrawal or refusal of the extradition request.

This is where the concept of proportionality comes in play.

Even though proportionality is not cited as a precondition for the issuance, or as a mandatory ground for refusal, of requests for surrender in the EAW Framework Decision, in extradition treaties and in most domestic legislations[58], the issue has gained significant momentum over the last years, especially given the increasing volume of requests made for minor or trivial offences[59].

Proportionality tests have been introduced in policy documents and secondary legislation. In 2017, the European Commission encouraged member States to consider a number of factors in order to determine whether issuing an EAW is justified, including the seriousness of the offence and the length of sentence[60]. Similarly, the ECJ – when assessing the concept of "judicial authority" under the terms of Article 6(1) of the Framework Decision – clarified that the domestic framework must allow prosecutors to assess the necessity and proportionality of an EAW[61].

The Italian Ministry of Justice acted on this suggestion and called on the competent authorities to carry out an *ex ante* check of proportionality before issuing an EAW[62]. Albeit denying that this recommendation amounts to a mandatory proportionality test[63], the Italian Supreme Court has not been completely insensitive to demands for a necessity scrutiny[64].
The current health crisis should serve as a catalyst for member States to reevaluate the importance of alternative instruments of mutual legal assistance[65]. At the European level, there are less disruptive tools to investigate alleged offence and prosecute, such as the European Supervision Order ("ESO")[66] and the European Investigation Order ("EIO")[67], and to ensure the final sentence is executed, such as the transfer of detainees[68], the transfer of probation decisions and alternative sanctions[69] and the enforcement of financial penalties[70].
The availability of a wide array of cooperation alternatives should be a decisive factor in reviewing EAW requests in these difficult times. Exceptional circumstances call for exceptional measures. Taking into account the disruptive, burdensome and costly implications that surrender proceedings have on both the requested person and the justice system, especially amidst a situation of crisis, proportionality should be central in the decision-making process, with the consequence that surrender should be granted only where no alternative means truly exist.

6. Concluding remarks.

The outbreak of the novel coronavirus revealed fissures and weaknesses in nearly all kinds of systems, including in the field of extradition.
First and foremost, conditions of detention are a matter of concern. As the infection began to spread, prisoners found themselves in sudden peril, stuck in often overcrowded environments where access to health care is limited and social distancing is impossible. Many countries, including Italy, were caught unprepared to deal with the risk of a spread of the pandemic behind correctional settings.
The risk of infection in prison establishments, albeit hardly grave enough to call, in itself, for a blanket ban on extraditions, might constitute a ground for refusal of surrender when taken in conjunction with an individualized risk. Requested persons with pre-existing health concerns certainly have an argument that it would be oppressive to order their extradition to a State with a severe outbreak, especially if the prison estate in which they are likely to be detained has been badly affected.
In the current situation – one that raises unprecedented challenges for fundamental rights – the most prudential course of action would be to adjourn unheard extradition matters and to halt transfers that have already been authorized. Yet, this procedural course of action requires the exercise of great care. As discussed above, this option carries the risk of adverse effects for requested persons, especially in the context of pre-surrender custodial regime.
Given the potential scale of problems and also the disruptive impact it carries on private and family life, extradition should truly be a measure of last resort, one on which to rely only when there are no viable alternatives. At the European level, there are many alternative, less severe and less ponderous measures that may achieve the same prosecution and post-conviction aims as physical cross-border surrender.
As we venture through the deep and uncharted waters generated by the coronavirus, the principle of proportionality should act as a compass in extradition and EAW cases to ensure that fundamental rights are not eclipsed by the coronavirus pandemic.

Giulia Borgna
Lawyer at the Court of Rome.
Doctor of Philosophy in Human rights and International law at the University of Palermo.

[1] While briefing the Italian Parliament, the Minister of Justice said the unrest involved some 6.000 prisoners at facilities around the country and resulted in the death of 13 inmates and the injuring of 40 correctional officers. See transcript of the statements made by the Minister of Justice to Parliament at session no. 317 held on 11 March 2020.
[2] A detailed overview of the measures adopted across Europe made be found at the following link. Measures of release of low-risk and vulnerable inmates have been adopted, among others, in the United States (click here), Colombia (click here), Iran (click here), Albania (click here), Ethiopia (click here) and Turkey (click here).
[3] Article 123 of Law-Decree no. 18 dated 17 March 2020. In addition to placement in home confinement, Law-Decree no. 18/2020 envisaged the possibility of extending special leave permits until 30 June 2020 for prisoners already on conditional

release (*semilibertà*). However, the impact of this measure on prison population is almost insignificant, considering that, as of 15 February 2020, there were only 1.039 inmates on conditional release. For a commentary on these measures, see V. MANCA, *Ostatività, emergenza sanitaria e Covid-19: le prime applicazioni pratiche*, in *Giur. Pen. Web*, 2020, 4; G. MURONE, *Osservazioni a prima lettura in tema di decreto "cura Italia" e nuova detenzione domiciliare*, in *Giur. Pen. Web*, 2020, 3; E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Carcere, coronavirus, decreto 'cura Italia': a mali estremi, timidi rimedi*, in *Sist. Pen.*, 20 March 2020.

[4] Article 1 of Law no. 199 dated 26 November 2010. See, among others, S. TURCHETTI, *Legge 'svuotacarceri' e esecuzione della pena presso il domicilio: ancora una variazione sul tema della detenzione domiciliare?*, in *Riv. it. dir. e proc pen.*, 2010, 4, p. 1787 ff.; F. DELLA CASA, *Approvata la legge c.d. svuota-carceri: un altro pannicello caldo per l'ingravescente piaga del sovraffollamento carcerario*, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, 1, p. 5 ff.

[5] To date, this measure led to the release of some 3.000 detainees. Yet, the Italian estate is still operating 120% over capacity with a prison population of 57.846 for 50.931 places. Based on the DAP's official statistics, the prison population went from 61.230 (29 February 2020) to 57.846 (31 March 2020), with a reduction of 3.384 inmates.

[6] See Decree of the President of the Council of Ministers ("DPCM") dated 25 February 2020.

[7] DAP Regulation dated 22 February 2020 ("*Raccomandazioni organizzative per la prevenzione del contagio del coronavirus*"), DAP Regulation dated 25 February 2020 ("*Ulteriori indicazioni per la prevenzione del contagio da coronavirus*") and DAP Regulation dated 26 February 2020 ("*Indicazioni specifiche per la prevenzione del contagio da coronavirus - regioni Piemonte, Liguria, Lombardia, Veneto, Friuli Venezia Giulia, Trentino Alto Adige, Emilia Romagna, Marche, Toscana e Sicilia*").

[8] Article 2, par. 9, of Law-Decree no. 11 dated 8 March 2020. See F. LAZZERI, *Il decreto-legge 11/2020 su "coronavirus", attività giudiziaria e carcere: le nuove misure a livello nazionale*, in *Sist. Pen.*, 9 March 2020.

[9] DAP Regulation dated 4 March 2020 ("*Direttiva recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica attraverso l'adozione di modalità di lavoro agile*") and DAP Regulation dated 10 March 2020 ("*Linee guida sulle misure di svolgimento dell'attività lavorativa per il personale dell'Amministrazione giudiziaria al fine di attuare le Misure di contenimento del contagio da COVID-19*"**)**.

[10] DPCM dated 8 March 2020.

[11] DAP Regulation dated 13 March 2020 ("*Ulteriori indicazioni operative per la prevenzione del contagio da coronavirus negli istituti penitenziari*").

[12] CPT, *Statement of principles relating to the treatment of persons deprived of their liberty in the context of the coronavirus disease (COVID-19) pandemic*, 20 March 2020, CPT/Inf(2020)13.

[13] WHO-Europe, *Preparedness, prevention and control of COVID-19 in prisons and other places of detention*, Interim Guidance dated 15 March 2020.

[14] SPT, Advice of the Subcommittee to States parties and national preventive mechanisms relating to the coronavirus disease (COVID-19) pandemic, 25 March 2020, CAT/OP/10.

[15] Overcrowding of Italian prison facilities was identified as a structural problem by the European Court of Human Rights in the pilot-judgment delivered in the case of *Torreggiani v. Italy*, 8 January 2013. The widespread shortcomings affecting the Italian prison estate are still constantly stigmatized by international bodies. See, *ex multis*, the CPT's report on the visit to Italy from 12 to 22 March 2019, 21 January 2020, CPT/Inf (2020) 2.

[16] As of 15 April 2020, the DAP officially confirmed that 94 inmates and 204 correctional officers have tested positive for coronavirus, but the situation is constantly evolving. Italian NGO *Antigone* created an interactive map updated with the situation in each prison establishment in Italy, which is available at the following link.

[17] European Court of Human Rights, *Soering v. the United Kingdom*, 7 July 1989. For a commentary, see, *e.g.*, F. SUDRE, *Extradition et peine de mort - arrêt Soering de la Cour européenne des droits de l'homme du 7 juillet 1989*, in *RGDIP*, 1990, 1, p. 30 ff.; M. SHEA, *Expanding Judicial Scrutiny of Human Rights in Extradition Cases After Soering*, in *YaleJIntlL*, 1992, 1, p. 86 ff.; F. DE WECK, *Non-Refoulement under the European Convention on Human Rights and the UN Convention against Torture*, Brill, 2017.

[18] See, for all, European Court of Human Rights, *De Souza Ribeiro v. France* [GC], 13 December 2012, par. 77.

[19] See, among other authorities, European Court of Human Rights, *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* [GC], 4 February 2005, par. 67; *El-Masri v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia* [GC], 13 December 2012, par. 212; *Čalovskis v. Latvia*, 24 July 2014, par. 131.

[20] C. VAN DEN WYNGAERT, *Applying the European Convention on Human Rights to Extradition: Opening Pandora's Box?*, in *ICLQ*, 1990, 4, p. 765. See also *Soering v. the United Kingdom*, cited, paras. 89-91.

[21] See, for example, European Court of Human Rights, *Öcalan v. Turkey* [GC], 12 May 2005, par. 180; *Shamayev and Others v. Georgia and Russia*, 12 April 2005, par. 338.

[22] See, for example, European Court of Human Rights, *Shakurov v. Russia*, 5 June 2012, par. 135; *Kamyshev v. Ukraine*, 20 May 2010, par. 44; *Turgunov v. Russia*, 22 October 2015, par. 40; *Dzhaksybergenov (Aka Jaxybergenov) v. Ukraine*, 10 February 2011, par. 37; *Perez Lizaso v. Finland* [dec.], 12 May 2015, par. 34; *T.K. and S.R. v. Russia*, 19 November 2019, par. 87; *Said Abdul Salam Mubarak v. Denmark* (dec.), 22 January 2019, par. 51; *S.H.H. v. the United Kingdom*, 29 January 2013, paras. 92-93.

[23] European Court of Human Rights, *N.A. v. the United Kingdom*, 17 July 2008, paras. 115-116, *Sufi and Elmi v. the United Kingdom*, 28 June 2011, par. 217.
[24] In turn, in a seemingly isolated decision, the Court held that, in view of the information about the conditions of detention, incommunicado detention and the vulnerable situation of minorities, the applicant's extradition to Turkmenistan would give rise to a breach of Article 3 ECHR. See *Ryabikin v. Russia*, 19 June 2008, paras. 115-121.
[25] European Court of Human Rights, *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* [GC], cited, par. 73.
[26] This combined approach was the subject of a consistent stream of case-law concerning extraditions to Uzbekistan, where the Court repeatedly held that individuals whose extradition was sought by the Uzbek authorities on charges of religiously or politically motivated crimes constituted a vulnerable group facing a real risk of treatment contrary to Article 3 ECHR in the event of their removal to Uzbekistan. See, for example, *Mamazhonov v. Russia*, 23 October 2014, par. 141; *B.T. v. Russia*, 5 December 2017, par. 27.
[27] The Court has constantly held that the fact that an applicant's circumstances, including his life expectancy, would be significantly reduced if he were to be expelled or extradited is not sufficient in itself to give rise to breach of Article 3 ECHR. The decision to remove an alien who is suffering from a serious mental or physical illness to a country where the facilities for the treatment of that illness are inferior to those available in the Contracting State may raise an issue under Article 3 ECHR only in very exceptional circumstances, where there are compelling humanitarian grounds. See, for example, *Paposhvili v. Belgium* [GC], 13 December 2016, paras. 180-183; *D.H. v. the United Kingdom*, 2 May 1997, paras. 46-54; *Savran v. Denmark*, 1 October 2019, paras. 50-67.
[28] According to the Court, even though an applicant's poor state of health cannot in itself be regarded as a ground warranting a stay in his extradition, a breach of Article 3 ECHR could in principle arise if the receiving State does not guarantee appropriate medical treatment. See, for all, *Oshlakov v. Russia*, 3 April 2014, par. 88. In Italy, for example, the newly amended Article 705, par. 2, *c-bis*, prevents extradition if "*health or age concerns give rise to the risk of consequences of exceptional gravity for the requested person*". On the application of this new ground of refusal see, for all, Court of Cassation, Section VI, 11 January 2019 (hearing 27 November 2018), no. 1354.
[29] European Court of Human Rights, *Aswat v. the United Kingdom*, 16 April 2013. See, *a contrario*, *Babar Ahmad and Others v. the United Kingdom*, 10 April 2012.
[30] European Court of Human Rights, *Hafeez v. the United Kingdom*, application no. 14198/20, communicated on 24 March 2020.
[31] European Court of Human Rights, *Maslov v. Austria* [GC], 23 June 2008, paras. 91-92; *Saadi v. Italy* [GC], 28 February 2008, par. 133; *Sufi and Elmi v. the United Kingdom*, cited, par. 215.
[32] In relation to the contents and features of diplomatic assurances in extradition cases, see, for all, *Othman (Abu Qatada) v. the United Kingdom*, 17 January 2012; *T.K. and S.R. v. Russia*, cited, paras. 99-101. In literature, see M. GIUFFRÉ, *An Appraisal of Diplomatic Assurances One Year after Othman (Abu Qatada) v United Kingdom*, in *IntHumRtsLRev*, 2012, 2, p. 266 ff.; C. MICHAELSON, *The Renaissance of Non-Refoulement - The Othman (Abu Qatada) Decision of the European Court of Human Rights*, in *ICLQ*, 2012, p. 750 ff.; S. SCHLICKEWEI, *The Revision of the General Comment No. 1 on the Implementation of Art. 3 UNCAT's Non-Refoulement Obligation in Light of the Use of Diplomatic Assurances*, in *MaxPlanckUNYB*, 2018, 1, p. 167 ff.
[33] See Article 707 CCP.
[34] See, for example, Court of Cassation, Section VI, 23 July 2012 (hearing 18 July 2012), no. 30113; Section VI, 4 March 2011 (hearing 25 February 2011), no. 8812. Although Framework Decision 2002/584/JHA does not regulate re-submission, the Italian Supreme Court held that the principles developed in relation to extradition extend also to the EAW system. See, for example, Court of Cassation, Section VI, 2 May 2018 (hearing 26 April 2018), no. 18873; and Section VI, 15 October 2015 (hearing 14 October 2015), no. 41516.
[35] Notably, the Supreme Court held that refusal of an extradition request on account of poor detention conditions is without prejudice to a fresh examination of the case once those conditions have improved. See Court of Cassation, Section VI, 13 November 2017 (hearing 27 October 2017), no. 51657.
[36] EU Court of Justice [GC], Joined Cases C-404/15 and C-659/15 PPU, *Pál Aranyosi and Robert Căldăraru*, 5 April 2016. For a commentary, see K. BOVEND'EERDT, *The Joined Cases Aranyosi and Căldăraru: A New Limit to the Mutual Trust Presumption in the Area of Freedom, Security, and Justice?*, in *UtrJIntEurL*, 2016, pp.112-121; and G. ANAGNOSTARAS, *Mutual Confidence Is Not Blind Trust: Fundamental Rights Protection and the Execution of the European Arrest Warrant: Aranyosi and Caldararu*, in *CMLRev*, 2016, 6, pp. 1675-1704.
[37] See Schedule 24, Part 2, of the Coronavirus Act 2020, which applies to the 2003 Extradition Act.
[38] See Articles 1 and 2 of Law-Decree no. 11/2020, as amended by Article 83 of Law-Decree no. 18/2020 and Article 36 of Law-Decree no. 23/2020. The legislation also envisaged that the time-limits for precautionary measures under Articles 303 and 308 CCP stop running in adjourned cases.
[39] For example, while EAW and extradition cases had been adjourned, the maximum time-limits for detention on remand of requested persons had continued running. Precautionary measures in these proceedings are subject to a peculiar regime as compared to ordinary criminal cases. Notably, they are governed for extradition proceedings by Article 714, par. 4, CCP and, for EAW proceedings, by Law no. 69 dated 22 April 2005. Based on a settled stance of the Italian Supreme Court, the

general provisions under Articles 303 and 308 CCP are not applicable to extradition and EAW proceedings. See Court of Cassation, Unified Sections, 18 December 2006 (hearing 28 November 2006), no. 41540, with comment of E. APRILE, *Termini di durata della custodia cautelare nel caso di sospensione dell'estradizione per l'estero: le Sezioni Unite risolvono ogni incertezza interpretativa*, in *Cass. Pen.*, 2007, 3, p. 987 ff. Yet, the emergency legislation did not contain any specific provision governing precautionary measures applied in surrender cases. Therefore, at least initially, even though these proceedings had been adjourned, the maximum time-limits for detention on remand had kept running.

[40] Law no. 27 dated 24 April 2020, which converted Law-Decree no. 18/2020 into law, amended Article 83, par. 3, lett. *b*), to the effect that EAW and extradition proceedings are exempt from the mass adjournment of criminal cases.

[41] The ECJ held that "*the concept of force majeure must be understood as referring to abnormal and unforeseeable circumstances which were outside the control of the party by whom it is pleaded and the consequences of which could not have been avoided in spite of the exercise of all due care*". See EU Court of Justice, Case C-640/15, *Tomas Vilkas*, 25 January 2017, par. 53 and the references contained therein.

[42] See, *e.g.*, Article 18, par. 5, of the 1957 European Convention on Extradition, which provides that, "*if circumstances beyond its control prevent a Party from surrendering or taking over the person to be extradited*", the parties shall agree a new date for surrender.

[43] See Court of Cassation, Section VI, 18 January 2019 (hearing 6 December 2018), no. 2446.

[44] The Supreme Court held that the new surrender date must be scheduled when the impediment has ceased; see Court of Cassation, Section VI, 10 May 2018 (hearing 26 April 2018), no. 20849, in *Cass. Pen.*, 2018, 12, pp. 4301-4302.

[45] The ECJ said as much in the case of *Vilkas*, cited, par. 39.

[46] Article 23 of the Framework Decision has been transposed in Article 23 of Law no. 69/2005, which confers the power to suspend execution of the EAW to the Court of Appeal, leaving it to the Ministry of Justice to agree with the issuing member State the new surrender date. This provision does not map out a timeline for the procedure.

[47] EU Court of Justice, case of *Vilkas*, cited, paras. 36-38. See also EU Court of Justice [GC], Case C-237/15 PPU, *Francis Lanigan*, 16 July 2015, paras. 58-59. E. SELVAGGI, *Procedura attiva e MAE: quale valore dare al vademecum ministeriale?*, in *Cass. Pen.*, 2015, 10, pp. 3800-3803.

[48] European Commission, *Handbook on how to issue and execute a European arrest warrant*, 2017/C 335/01, 6 October 2017, par. 5.9.1.

[49] Technically, the Supreme Court held that Article 304 CCP is applicable to pre-surrender detention and that, thus, maximum custodial time-limits in extradition cases under Article 714, par. 4-*bis*, CCP stop running until the impeding event ceases. See Court of Cassation, judgment no. 2446/2018, cited.

[50] See, for example, European Court of Human Rights, *Quinn v. France*, 22 March 1995, par. 48; *Gallardo Sanchez v. Italy*, 24 March 2015, par. 40.

[51] European Court of Human Rights [GC], *Buzadji v. the Republic of Moldova*, 5 July 2016, par. 84; *Medvedyev and Others v. France*, 29 March 2010, par. 117.

[52] European Court of Human Rights, *Al Husin v. Bosnia and Herzegovina (no. 2)*, 25 June 2019, par. 98; *Kim v. Russia*, 17 July 2014, par. 53; *Amie and Others v. Bulgaria*, 12 February 2013, par. 77; *Mikolenko v. Estonia*, 8 October 2009, paras. 67-68.

[53] In March and April 2020, Latvia, Romania, Armenia, the Republic of Moldova, Estonia, Georgia, Albania, North Macedonia, Serbia and San Marino made derogations under Article 15 ECHR. For a commentary, see A. SACCUCCI, *La sospensione dei termini processuali da parte della Corte europea per l'emergenza Covid-19*, in *Sidi-blog*, 27 March 2020; K. DZEHTSIAROU, *COVID-19 and the European Convention on Human Rights*, in *Strasbourg Observers*, 27 March 2020; G. EPURE, *Strengthening the supervision of ECHR derogation regimes. A non-judicial avenue*, in *Strasbourg Observers*, 2 April 2020; S. MOLLY, *Covid-19 and Derogations Before the European Court of Human Rights*, on *Verfassungsblog*, 10 April 2020; P. ZGHIBARTA, *The Whos, the Whats, and the Whys of the Derogations from the ECHR amid COVID-19*, in *EJIL:Talk!*, 11 April 2020.

[54] See derogations made by Estonia and Georgia. Cf., on the specific topic of derogations to Article 5 ECHR in the context of the coronavirus crisis, A. GREENE, *States should declare a State of Emergency using Article 15 ECHR to confront the Coronavirus Pandemic*, in *Strasbourg Observers*, 1 April 2020.

[55] See, *e.g.*, European Court of Human Rights, *Austin v. the United Kingdom* [GC], 15 March 2012, par. 60.

[56] European Court of Human Rights, *Ireland v. the United Kingdom*, 18 January 1978, par. 207.

[57] European Court of Human Rights, *A. and Others v. the United Kingdom* [GC], 19 February 2009. See D. WILSHER, *The Administrative Detention of Non-Nationals Pursuant to Immigration Control: International and Constitutional Law Perspectives*, in *ICLQ*, 2005, p. 905 ff.

[58] The notion of proportionality referred to herein is a strict one, which must not be confused with the implicit proportionality checks grounding certain grounds for refusal (*e.g.* minimum sentence requirements and right to private and family life). The United Kingdom is one of the very few exceptions, having amended in 2014 Section 21A of the 2003 Extradition Act to introduce a proportionality test for prosecution EAWs.

[59] L. MANCANO, *Mutual recognition in criminal matters, deprivation of liberty and the principle of proportionality*, in *MJECL*, 2019, 6, p. 718 ff.; V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law after Lisbon: Rights, Trust and the Transformation of Europe*, Bloomsbury, 2016, pp. 142-151; G. DE AMICIS, *La prassi del mandato d'arresto europeo fra Italia e Germania: la prospettiva italiana*, in *Dir.*

Pen. Cont., 2019, pp. 17-18; E. XANTHOPOULOU, *The Quest for Proportionality for the European Arrest Warrant: Fundamental Rights Protection in a Mutual Recognition Environment*, in *NewJEurCrimL*, 2015, 1, pp. 32-52; 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 *EurJCrimeCrLCrJ*, 2018, pp. 103-109.

[60] European Commission, *Handbook on how to issue and execute a European Arrest Warrant*, C(2017) 6389 final, 28 September 2017.

[61] EU Court of Justice [GC], Joined Cases C-508/18 and C-82/19 PPU, *O.G. and P.I.*, 27 May 2019, par. 51; Case C-625/19 PPU, *XD*, 12 December 2019, par. 40; Case C-627/19, *Openbaar Ministerie v ZB*, 12 December 2019, par. 31; Joined Cases C-566/19 PPU and C-626/19 PPU, *YR and YC*, 12 December 2019, par. 52.

[62] Italian Ministry of Justice, *Vademecum per l'emissione del mandato d'arresto europeo*, pp. 3-4.

[63] According to the Supreme Court, the principle of proportionality cannot prevent, *a priori*, the issuance or the execution of an EAW. See Court of Cassation, Section VI, 29 February 2016 (hearing 12 January 2016), no. 8209.

[64] Court of Cassation, Section VI, 22 May 2013 (hearing 15 April 2013), no. 21988, in relation an EAW issued by Romania for theft of chickens. In another strand of case-law, the Supreme Court retained competence to exceptionally refuse surrender if the applicable sentence is wholly unreasonable and contrary to the principle of proportionality; see, among others, Court of Cassation, Section VI, 6 March 2020 (hearing 3 March 2020), no. 9203; Section VI, 16 January 2019 (hearing 5 December 2018), no. 2037; Section VI, 19 February 2016 (3 February 2016), no. 6769, with comment of G. Stampanoni Bassi, *Estradizione e trattamento sanzionatorio: la Cassazione nega la consegna dell'estradando per violazione del principio di legalità*, in *Cass. Pen.*, 2016, 10, pp. 3685 ff.

[65] For a commentary, see C.E. GATTO, *Il principio di proporzionalità nell'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2019, 2, p. 69 ff; N. CANESTRINI, *Il tormentato cammino del diritto penale comunitario italiano tra procedure di infrazione, pre-alerts della commissione e leggi delega*, in *Cass. pen.*, 2015, 11, p. 4201 ff.; S. MONTALDO, *A caccia di… prove. L'ordine europeo di indagine penale tra complesse stratificazioni normative e recepimento nell'ordinamento italiano*, in *Giur. Pen.*, 2017, 11, p. 1 ff.

[66] Council Framework Decision 2009/829/JHA of 23 October 2009 on the application, between Member States of the European Union, of the principle of mutual recognition to decisions on supervision measures as an alternative to provisional detention. The Framework Decision was transposed in the Italian legal system by Legislative Decree no. 36 dated 15 February 2016.

[67] Directive 2014/41/EU of the European Parliament and of the Council of 3 April 2014 regarding the European Investigation Order in criminal matters. The Directive was transposed in the Italian legal system by Legislative Decree no. 108 dated 21 June 2017.

[68] Council Framework Decision 2008/909/JHA of 27 November 2008 on the application of the principle of mutual recognition to judgments in criminal matters imposing custodial sentences or measures involving deprivation of liberty for the purpose of their enforcement in the European Union. The Framework Decision was transposed in the Italian legal system by Legislative Decree no. 161 dated 7 September 2010.

[69] Council Framework Decision 2008/947/JHA of 27 November 2008 on the application of the principle of mutual recognition of judgments and probation decisions with a view to the supervision of probation measures and alternative sanctions. The Framework Decision was transposed in the Italian legal system by Legislative Decree no. 38 dated 15 February 2016.

[70] Council Framework Decision 2005/214/JHA of 24 February 2005 on the application of the principle of mutual recognition to financial penalties. The Framework Decision was transposed in the Italian legal system by Legislative Decree no. 37 dated 15 February 2016.

TRIMESTRALE, 2, 2020

L'inconstitutionnalité du recours forcé à la visio-conférence dans le contentieux de la détention provisoire dans la procédure pénale française.

de ***L. Guesdon***

Le Conseil constitutionnel français a déclaré inconstitutionnel le recours imposé à la visio-conférence dans les phases décisives du contentieux de la détention provisoire.
Ces décisions offrent un cadre pour penser le recours à la visio-conférence en cette matière mais également, au-delà, plus généralement en procédure pénale, dans laquelle elle existe en droit français depuis 2001 et s'est dépuis élargi progressivement jusqu'à être possible aujourd'hui, pour certains actes, pratiquement dans toutes les phases de la procédure.
Le Conseil constitutionnel a motivé sa jurisprudence par référence aux droits de la défense, illustrant ainsi une nouvelle fois la tension entre ceux-ci et les logiques de gestion de l'administration de la justice.
A l'ère numérique, le recours croissant à la visio-conférence, de plus en plus facile et efficace, doit s'accompagner d'une reflexion globale aux dimensions juridiques mais également sociologiques et anthropologiques, la légitimité des décisions judiciaires, notamment en matière repressif, se nourrissant de multiples aspects, dont les dimensions humaines et situationnelles ne sont pas absentes.

Sommaire. 1. Préambule. – **2.** Rappel sommaire de l'architecture de la procédure pénale française. – **3.** Recours à la visio-conférence dans la procédure pénale française. – **4.** Recours à la visio-conférence en matière de contentieux de la détention provisoire. – **5.** Inconstitutionnalité de la visioconférence forcée en matière de détention provisoire. – **6.** Inclinaison du législateur et de la Cour de cassation en faveur de la visio-conférence. – **7.** Observations sur les implications du recours à la visio-conférence dans la procédure pénale.

1. Préambule.

Par trois décisions rendues au cours des dix-huit derniers mois[1], le Conseil constitutionnel a investi la problématique du recours à la visio-conférence en matière de contentieux de la détention provisoire.
Ces décisions ont une résonnance particulière alors que la moitié de la population mondiale s'est trouvée confinée en raison de l'épidémie de COVID-19 et a massivement expérimenté la visio-conférence et, plus généralement, les interactions sociales et professionnelles à distance.
Dans le cadre de la procédure pénale, le recours à la visio-conférence a des implications particulières eu égard au principe de l'oralité des débats et de la comparution personnelle devant les instances judiciaires, tout particulièrement lorsque l'enjeu est la privation de liberté.

2. Rappel sommaire de l'architecture de la procédure pénale française.

A titre liminaire, un rappel sommaire de l'architecture de la procédure pénale française sera utile à l'appréhension de développements qui suivent.
La procédure pénale française est essentiellement organisée autour de deux types de procédures préalables à la phase de jugement : l'enquête et l'information judiciaire.
L'enquête est diligentée sous le contrôle du Procureur de la République. La procédure est secrète et non contradictoire. Le mis en cause ne découvre le dossier de l'accusation que s'il est cité à comparaître pour être jugé. Dans ce cadre, le mis en cause ne peut pas être placé en détention provisoire.
L'information judiciaire, ou instruction, est conduite par un juge d'instruction, magistrat du siège. Les mis en cause sont mis en examen par le juge d'instruction. Ils seront ou non renvoyés devant le tribunal à l'issue de l'instruction en fonction de l'existence de charges suffisantes ou pas. Dès lors qu'une personne est mise en examen, la procédure est contradictoire. La personne mise en examen peut soit demeurer libre, soit être placée sous contrôle judiciaire, soit encore être placée en détention.
Le placement en détention provisoire est décidé par le juge des libertés et de la détention à la suite d'un débat oral contradictoire. Cette décision est susceptible d'appel. L'appel est alors examiné par une chambre de la cour d'appel spécialement dédiée à la supervision des instructions : la chambre de l'instruction.

3. Recours à la visio-conférence dans la procédure pénale française.

Dans le code de procédure pénale français, le recours à la visio-conférence a été introduit par la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne, qui a créé l'article 706-71, lequel restera au cours des deux décennies suivantes le siège des dispositions relatives au recours à la visio-conférence en matière pénale.

La possibilité d'y recourir était initialement limitée, lorsque les nécessités de l'enquête ou de l'instruction le justifiaient, à l'audition, l'interrogatoire ou la confrontation, à l'assistance d'un interprète, et à l'exécution de demandes d'entraide judiciaire émanant d'autorités étrangères.

Elle sera étendue progressivement à de nombreux actes, jusqu'à exister aujourd'hui, en substance, à tous les stades de la procédure, de la garde à vue[2] aux actes relatifs à l'exécution des peines, en passant par l'audience de jugement.

Le contentieux de la détention provisoire est un domaine dans lequel les juridictions ont exploité cette possibilité de façon significative.

Après une revue sommaire des actes possibles en visio-conférence, son utilisation en matière de détention provisoire sera donc approfondie, ce d'autant qu'elle a conduit le Conseil constitutionnel dans les dix-huit derniers mois à rendre plusieurs décisions en la matière.

Pour ce qui est des possibilités les plus significatives, le recours à la visio-conférence est aujourd'hui possible pour les actes suivants[3] :

- *Au cours de la phase préalable au jugement :*
  - les auditions, interrogatoires et confrontations au cours de l'enquête ou de l'instruction,
  - la présentation à un magistrat (procureur de la république en enquête, juge d'instruction dans le cadre d'une instruction) en vue de la prolongation de la garde à vue,
  - certains actes relatifs au contentieux de la détention provisoire[4],
- *Au cours de la phase de jugement :*
  - les auditions de témoins, parties civiles et experts devant les juridictions de jugement (tribunal correctionnel et cour d'assises,
  - comparution du prévenu devant le tribunal correctionnel et la cour d'appel, s'il est détenu.
- *Au cours de la phase postérieure au jugement :* dans de nombreux actes relatifs à l'exécution des peines.

4. Recours à la visio-conférence en matière de contentieux de la détention provisoire.

En ce qui concerne le contentieux de la détention provisoire, le cadre a évolué au cours des quinze dernières années, et dernièrement sous l'effet de la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel.

L'intérêt de cette évolution dépasse celui du contentieux de la détention.

En effet, loin d'être un ajustement purement technique, cette évolution a vu à l'œuvre la tension – structurelle à l'administration de la justice – entre la sauvegarde des droits de la défense et les logiques de gestion judicaire, et, très récemment, la confrontation entre le législateur, manifestement attaché à ces logiques, et le Conseil constitutionnel, sourcilleux sur les conséquences de la visio-conférence pour les droits de la défense.

A l'ère numérique, cette jurisprudence offre en outre un cadre intéressant pour penser la tentation prévisible de développer encore le recours à la visio-conférence dans le procès pénal.

Un bref rappel du cadre juridique dans lequel se décide le placement et le maintien en détention provisoire en droit français s'impose.

Une fois la mise en examen décidée par le juge d'instruction[5], si ce dernier estime nécessaire le placement en détention provisoire, il saisit un autre juge spécialement dédié : le juge des libertés et de la détention. Un débat contradictoire oral a lieu alors devant ce dernier, qui entend la personne, le ministère public et l'avocat de la personne et statue sans désemparer à l'issue du débat. Son ordonnance est susceptible d'appel devant la chambre de l'instruction.

En matière correctionnelle[6] la détention provisoire a une durée de principe de quatre mois et peut fait l'objet de prolongations[7]. En matière criminelle, la durée initiale est d'un an, susceptible de prolongations pour des périodes de six mois[8]. La prolongation est décidée dans les mêmes conditions que le placement initial, à l'issue d'un débat contradictoire devant le juge des libertés et de la détention.

Par ailleurs, à tout moment, la personne détenue peut déposer une demande de mise en liberté[9]. Il est statué sur celle-ci sans débat oral et sans comparution. Le juge d'instruction peut y fait droit lui-même ou, s'il n'entend pas y faire droit, saisir le juge des libertés et de la détention afin qu'il statue.

Comme le placement et la prolongation, le rejet de la demande de mise en liberté peut faire l'objet d'un appel devant la chambre de l'instruction.

Les appels en la matière sont examinés lors d'une audience – publique en principe bien que souvent

tenue en chambre du conseil au regard de la confidentialité que peuvent requérir notamment les investigations en cours. La personne comparaît, est entendue, ainsi que son avocat en sa plaidoirie, et le ministère public en ses réquisitions[10].

Ainsi, pour résumer, en matière de détention provisoire, la personne comparaît devant le juge des libertés et de la détention lors du placement en détention et lors de la prolongation de la détention et, le cas échéant, devant la chambre de l'instruction en cas d'appel d'une décision de placement en détention, de prolongation, ou de rejet de demande de mise en liberté.

Le recours à la visio-conférence dans le contentieux de la détention provisoire a été introduit par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

Depuis lors, son recours a toujours été limité à certaines phases ou circonstances particulières : (*i.*) débat contradictoire préalable au placement en détention provisoire d'une personne détenue pour une autre cause, (*ii.*) débat contradictoire prévu pour la prolongation de la détention provisoire et (*iii.*) examen des demandes de mise en liberté par la chambre de l'instruction.

En outre, depuis la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, la personne en cause est en droit de refuser le recours à la visio-conférence lorsqu'il est question de son placement en détention provisoire ou de la prolongation de celle-ci, sauf si son transport apparaît présenter des risques graves de troubles à l'ordre public ou d'évasion.

Par conséquent, le droit français a admis que la comparution personnelle puisse se faire sous la forme d'une visio-conférence, y compris dans la matière particulièrement sensible qu'est le contentieux de la détention provisoire.

Si l'acte le plus décisif – le débat contradictoire en vue du placement initial en détention provisoire – en est demeuré exclu[11], le recours à la visio-conférence est possible pour les débats contradictoires en vue de la prolongation de la détention, étapes également très importantes. La visio-conférence est également possible, devant la chambre de l'instruction, en cas d'appel en matière de détention provisoire.

Depuis 2011 néanmoins, le recours à celle-ci dans les phases décisives que sont le placement en détention et la prolongation de la détention suppose l'accord de la personne, sauf risques graves de troubles à l'ordre public ou d'évasion.

5. Inconstitutionnalité de la visioconférence forcée en matière de détention provisoire.

Au cours des deux dernières années, la pression du législateur pour étendre l'utilisation de la visio-conférence a été perceptible.

Elle a déclenché la vigilance du Conseil constitutionnel, ce qui a révélé l'importance pouvant être donnée à la comparution physique, au regard des principes constitutionnels des droits de la défense et du droit au procès équitable.

Premièrement, le Conseil constitutionnel a été saisi de la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice[12] qui prévoyait de supprimer la possibilité de s'opposer au recours à la visio-conférence dans le cadre d'une audience relative à la prolongation de la détention provisoire, garantie introduite en 2011.

Par sa décision du 21 mars 2019[13], le Conseil constitutionnel a censuré cette disposition de la loi, en considérant qu'elle portait une atteinte excessive aux droits de la défense « *eu égard à l'importance de la garantie qui s'attache à la présentation physique de l'intéressé devant le magistrat ou la juridiction compétent dans le cadre d'une procédure de détention provisoire et en l'état des conditions dans lesquelles s'exerce un tel recours à ces moyens de télécommunication* »[14].

Deuxièmement, à la suite de l'attention particulière du Conseil constitutionnel révélée par cette décision, ce dernier a été saisi par la chambre criminelle de la Cour de cassation d'une question prioritaire de constitutionnalité posée par un justiciable, portant sur l'article 706-71 du code de procédure pénale, lequel ne prévoit pas de possibilité de s'opposer à la visio-conférence lorsque la chambre de l'instruction statue sur l'appel interjeté à l'encontre d'une ordonnance de rejet d'une demande de mise en liberté.

Dans sa décision du 20 septembre 2019[15], le Conseil constitutionnel a relevé que, en cet état du droit, en matière criminelle où le placement initial est d'une durée d'un an, la personne détenue était susceptible de ne pas comparaître physiquement devant un juge pendant cette durée, y compris lorsqu'elle forme une demande de mise en liberté[16]. Ce constat a conduit le Conseil constitutionnel à censurer les dispositions en question en considérant qu'elle portait une atteinte excessive aux droits de la défense, réitérant les motifs tirés de « *l'importance de la garantie qui s'attache à la présentation physique de l'intéressé devant le magistrat ou la juridiction compétent dans le cadre d'une procédure de détention provisoire* » et de

« *l'état des conditions dans lesquelles s'exerce un tel recours à ces moyens de télécommunication* »[17].
Troisièmement, par sa décision du 30 avril 2020[18], le Conseil constitutionnel a renvoyé directement à sa décision du 20 septembre 2019, pour répéter la non-conformité aux droits de la défense de l'article 706-71 du code de procédure pénale, soumis à nouveau à son appréciation mais dans sa toute dernière version. Ce troisième arrêt n'apporte ainsi rien sur le fond sauf la réitération de la solution dégagée par la décision du 20 septembre 2019.
Dans le commentaire publié par le Conseil constitutionnel de la décision du 21 mars 2019[19], il est observé que le fondement de la décision se trouve dans les droits de la défense : *« c'est donc la capacité de la partie ou de son avocat à plaider sa cause et faire valoir ses arguments en défense qui est atteinte par le recours forcé à la visio-conférence en matière de détention provisoire »*.
Par ailleurs, le même commentaire observe que la décision a également été prise au regard du fait que l'objet de l'audience est la détention provisoire et donc de la détention d'une personne présumée innocente.
Enfin, le même commentaire observe que la décision fait référence à l'état des conditions dans lesquelles il est recouru à la visio-conférence, visant ainsi les conditions techniques et pratiques qui ne permettent pas aujourd'hui d'obtenir, en matière de détention provisoire, des effets équivalents, pour l'exercice des droits de la défense, à ceux de la présentation physique. « *Ce faisant, le Conseil constitutionnel a maintenu possible une évolution de sa jurisprudence dans l'hypothèse d'une évolution de ces conditions. »*, conclut le commentaire.
Selon les sénateurs du groupe « Les Républicains »[20] auteurs de l'une des saisines du Conseil constitutionnel[21] ayant donné lieu à cette décision, la visio-conférence *« altère l'intelligibilité des échanges et en ce qu'elle impose à l'avocat de choisir entre une présence aux côtés de son client et un échange de qualité avec le juge* »[22].
Selon les sénateurs du groupe « Socialiste et Républicain »[23] auteurs d'une autre des saisines du Conseil constitutionnel sur le même texte :
« *Par nature, en supprimant la confrontation humaine entre le juge et le prévenu, la vidéo-audience porte atteinte au droit au procès équitable, aux droits de la défense et au droit à exercer un recours juridictionnel effectif, dont la garantie constitutionnelle est issue de l'article 16 de la Déclaration de 1789 (décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information), surtout lorsqu'elle est imposée sans le consentement de l'intéressé.*
Cette atteinte paraît disproportionnée au regard des seuls objectifs de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice ou de bon usage des deniers publics, sauf à considérer que les droits fondamentaux des personnes détenues puissent être remis en cause pour de simples considérations vénales et alors qu'aucune raison relative à la préservation de l'ordre et de la sécurité publics n'est invoquée.
La présence physique du requérant, ses réponses directes aux questions posées, ou les interventions directes de son conseil sont essentielles dans le cadre d'une procédure orale. Elles traduisent souvent des attitudes dont ne rendrait pas compte une interface audiovisuelle et qui peuvent avoir des conséquences importantes sur la conviction du juge, que ce soit dans un sens ou dans un autre »[24].

6. Inclinaison du législateur et de la Cour de cassation en faveur de la visio-conférence.

Ceci étant, face à l'attitude réservée qu'a exprimé le Conseil constitutionnel dans sa jurisprudence récente, le penchant du législateur demeure évident et n'a pas été totalement neutralisé. La loi du 23 mars 2019 a tout de même encadré plus rigoureusement le droit de refuser la visio-conférence en imposant que ce refus soit exprimé dans les cinq jours de l'avis d'audience et en prévoyant que l'accord (ou l'absence de refus) est irrévocable, entérinant ainsi une jurisprudence récente de la Cour de cassation[25].
Il peut d'ailleurs être relevé que la Cour de cassation s'est montrée, quant à elle, plutôt favorable à l'usage de la visio-conférence.
Globalement, au-delà même du contentieux de la détention provisoire, sa jurisprudence a plutôt facilité son utilisation, en comblant, là où cela était possible sans empiéter sur le domaine de la loi, les interstices laissés par le code de procédure pénale[26].
La Cour de cassation a par exemple interprété la loi comme permettant de procéder par visio-conférence, non seulement lors des « *interrogatoires* » comme l'indique le texte[27], mais également lors des « *interrogatoires de première comparution* », acte cardinal à l'issue duquel le juge d'instruction décide ou non de mettre en examen une personne[28] – acte non spécifiquement visé par le code de procédure pénale comme pouvant être effectué par visio-conférence mais inclut dans le terme « *interrogatoire* » s'il est interprété largement.

Sur le plan conceptuel, on relèvera que la Cour de cassation a également énoncé que la visio-conférence « *n'est qu'une modalité de la comparution personnelle* »[29] reprenant à son compte un positionnement de la problématique tel qu'énoncé par la chancellerie[30], qui n'est pourtant ni évident, ni anodin, et minimise sans doute l'enjeu du recours à la visio-conférence.

Il faut cependant dire que la Cour de cassation a récemment donné effet, dans une certaine mesure, aux réserves du Conseil constitutionnel car deux dernières décisions de ce dernier ont été rendues sur saisine de la Cour de cassation lui soumettant une question prioritaire de constitutionnalité.

7. Observations sur les implications du recours à la visio-conférence dans la procédure pénale.

En effet, sans doute, en dépit de la démultiplication des possibilités offertes par les instruments numériques, un écart irréductible sépare l'interaction physique de l'interaction simplement audiovisuelle. Sans doute la tendance est-elle à l'utilisation de plus en plus massive de la visio-conférence, dont les attraits sont nombreux en termes de coûts, de logistique, d'impact environnemental et d'optimisation du temps.

En procédure pénale française, un tropisme du législateur pour un recours accru à la visio-conférence se dessine. Il a été discrètement soutenu par la Cour de cassation, mais le Conseil constitutionnel s'est saisi de la problématique pour y apporter certaines limites.

Le droit processuel, en matière pénale, appelle une réflexion spécifique.

Au-delà de l'interaction visuelle et verbale entre le prévenu (ou le mis en cause au sens large) et ses juges, se pose la question des droits de la défense, du droit au procès équitable, du principe de l'oralité des débats et de la publicité des audiences, droit et garanties fondamentales à des degrés divers.

Qui plus est, le caractère fondamental de ces droits et garanties n'est naturellement pas de pure forme. Il s'enracine dans les conceptions que les sociétés qui y adhèrent se font de la justice pénale et, notamment, de sa légitimité à contraindre en employant la force et à priver de la liberté d'aller et venir.

Selon certains auteurs, dans une perspective sociologique, le recours à la visio-conférence dans l'enceinte judiciaire peut porter en germe une « *révolution anthropologique* »[31]. Cette réflexion se réfère au lien entre, d'une part, la « coprésence » des justiciables et des agents de la justice, et d'autre part, la décision judiciaire dans sa puissance institutionnelle, qui constituerait un fondement anthropologique de sa légitimité. En d'autres termes, la valeur de la décision de justice est liée également au rituel judiciaire au terme duquel elle est rendue, lequel se compose tout autant d'échanges verbaux et visuels, que des lieux dans lesquels ils se tiennent et de la confrontation physique de ses acteurs dans une configuration donnée. Le décorum de la salle d'audience et la solennité des palais de justice en sont l'illustration la plus évidente. L'interposition de la caméra et de l'écran peut induire des attitudes et des perceptions très diverses. C'est une évidence, il suffit de penser qu'un univers artistique entier s'en nourrit.

Pour autant, nul doute que cette mutation est en marche. La justice pénale ne saurait s'affranchir de l'irrésistible développement des technologiques numériques. Elle ne le doit pas car nombreuses sont les applications qui bénéficient tant à l'institution qu'aux justiciables. Pour autant, il serait prudent de ne pas ignorer tous les mécanismes que ces évolutions peuvent affecter. Il est possible d'émettre que l'hypothèse que, pour demeurer un pilier de l'organisation sociale, la justice ne doit pas se désincarner démesurément. De l'analyse algorithmique des décisions de justice, à visée prédictive, jusqu'au renoncement toujours plus aisé au face-à-face physique au cours de la procédure, la tendance globale pourrait être à une « robotisation » du processus judiciaire au nom d'une certaine efficacité. Il faut accompagner ces évolutions d'une réflexion juridique, sociologique et anthropologique approfondie afin de ne pas perdre en chemin le sens du processus judiciaire.

Louis Guesdon
Avocat au Barreau de Paris.

[1] CC 2019-778 DC du 21 mars 2019 ; CC 2019- 802 QPC du 20 septembre 2020 ; CC 2020-836 QPC du 30 avril 2020.

[2] La garde-à-vue est le cadre dans lequel les services de police judiciaire peuvent procéder, sous contrainte, à l'interrogatoire d'une personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit (article 62-2 du code de procédure pénale).

[3] L'énumération n'est pas exhaustive et a vocation à rendre compte des possibilités les plus emblématiques.

[4] Ce point est approfondi ci-dessous.
[5] Article 80-1 du code de procédure pénale : « *A peine de nullité, le juge d'instruction ne peut mettre en examen que les personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient pu participer, comme auteur ou comme complice, à la commission des infractions dont il est saisi* ».
[6] Le droit pénal français est structuré autour d'une classification tripartite des infractions (articles 131-1 et suivants du code pénal), par ordre de gravité croissante : les contraventions, les délits (punis d'une peine d'emprisonnement de dix ans au plus), les crimes (punis d'une peine d'emprisonnement de plus de dix ans).
[7] Article 145-1 du code de procédure pénale.
[8] Article 145-2 du code de procédure pénale.
[9] Article 148 du code de procédure pénale.
[10] Article 199 du code de procédure pénale.
[11] Sauf lorsque la personne est déjà détenue pour une autre cause (article 706-71 du code de procédure pénale).
[12] Cette loi, une fois promulguée sera la loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.
[13] CC 2019-778 DC du 21 mars 2019.
[14] CC 2019-778 DC du 21 mars 2019, §231 à 234.
[15] CC 2019-802 QPC du 20 septembre 2020.
[16] Pour mémoire, le rejet d'une demande de mise en liberté est décidé par le juge des libertés et de la détention sans audience et l'appel de ce rejet peut être organisé par visio-conférence sans que le détenu puisse s'y opposer.
[17] CC 2019-802 QPC du 20 septembre 2020, §5 à §13.
[18] CC 2020-836 QPC du 30 avril 2020.
[19] Le commentaire est accessible ici.
[20] Groupe parlementaire rattachable traditionnellement à la catégorie politique de la droite modérée.
[21] Avant la promulgation d'une loi, le Président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs soixante députés ou soixante sénateurs peuvent saisir le Conseil constitutionnel afin qu'il statue sur la conformité de celle-ci à la Constitution (article 61 de la Constitution).
[22] Le texte de la saisine est accessible ici.
[23] Groupe parlementaire rattachable traditionnellement à la catégorie politique de la gauche modérée.
[24] Le texte de la saisine est accessible ici.
[25] Cass. crim. 29 novembre 2017 n°17-85.300, Publié au bulletin.
[26] Le rôle de la Cour de cassation dans le développement de la visioconférence en procédure pénale, V. Ferreira, AJ Pénal 2019 n°5.
[27] Article 706-71 du code de procédure pénale.
[28] Cass. crim. 16 octobre 2018, n°18-81.881, AJ Pénal 2018.586, obs. D. Miranda; RSC 2018.930, obs. F. Cordier.
[29] Cass. crim. 1er octobre 2013, n° 13-85.013, qui fait suite à un premier arrêt en ce sens (Cass. crim. 19 février 2012, n°12-84.635).
[30] Circulaire de la DACG n° 2007-09 du 25 mai 2007 relative à la présentation des dispositions concernant la chambre de l'instruction résultant de la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale, de la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance et du décret n° 2007-699 du 3 mai 2007 relatif au renforcement de l'équilibre de la procédure pénale et à la prévention de la délinquance.
[31] Juger par écran interposé : une révolution « anthropologique », P. Milbum, Professeur de sociologie à l'université Rennes 2 - ESO-CNRS.