

**GIURISPRUDENZA PENALE  
TRIMESTRALE**



**2, 2021**

## ***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, Giuseppe Losappio, Luigi Ludovici, Enrico Maria Mancuso, Vittorio Manes, 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, Nicola Triggiani, Giuseppe Vaciago, Daniele Vicoli, Roberto Zannotti.

### **Codice Cineca**

E255848

### **Contatti**

redazione@giurisprudenzapenale.com

Fascicolo trimestrale n. **2, 2021** chiuso in data **24 settembre 2021**.

### **Criteri di citazione dei contributi**

N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Giurisprudenza Penale Trimestrale*, 2, 2021, 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

### La riforma del processo penale e la “stagione del tempo”.

Sul susseguirsi delle stagioni si potrebbe dire di tutto e di più.

Dal semplice, e mistico, riferimento meteorologico, alle soavità grottesche di Arcimboldo<sup>1</sup>, fino alla grintosa maestosità di Vivaldi<sup>2</sup>, per giungere romanticamente agli Aphrodites Child<sup>3</sup>: le scansioni del tempo (che fugge, “regit actum”, “...goes by”<sup>4</sup>) non conoscono confini.

Nella Giustizia Penale Costituzionale, vera riscoperta fondante del new deal del processo, questa è la “stagione del tempo”, del risparmio del tempo, obiettivo che assume – in questo contesto – un valore assolutamente decisivo.

Il risparmio del tempo garantisce i diritti, perché un diritto che “arriva troppo tardi”<sup>5</sup>, sanzione o liberazione che sia, compromette la stessa funzione e struttura della democrazia assicurata dal giusto processo.

Il risparmio del tempo consente, più pragmaticamente, di dare il via al baratto fra norma riformatrice ed erogazione all'Italia delle risorse ingenti del PNRR<sup>6</sup>, senza timore che lo scambio possa essere criterio per portare “al ribasso” la qualità degli interventi innovativi.

La contingente (e speriamo convalescente) sciagura della pandemia corre così il rischio, buono, di diventare, per le nostre aule, una sorta di palingenesi, e di non poco conto.

Personalità della responsabilità, presunzione di non colpevolezza, giusto processo e di ragionevole durata, pena che punisce ma deve rieducare, sono i rafforzati assi cartesiani su cui gli interventi legislativi del 2021 targato Cartabia si innestano.

A ridosso del voto definitivo del Senato sul percorso legislativo, è lecito chiedersi se si potesse fare di più. La risposta, banalmente tratta dal mazzetto delle “probabilità” del Monopoli, è: certamente sì.

La Commissione Lattanzi, magistralmente orchestrata nelle sue diversità dal Presidente, aveva fatto meglio di quanto poi il Parlamento (rectius: le atecniche mediazioni politiche) ha trasformato in legge.

Termini per le indagini appena ridotti, criteri per archiviazione/proscioglimento meno incisivi, come pure gli effetti della iscrizione, riti alternativi “spuntati”, archiviazione meritata abrasa, prescrizione affetta da eccesso di complicità codificate (e non): queste le principali critiche mosse alla riscrittura, dopo oltre trenta anni, di una parte significativa del Pisapia-Vassalli<sup>7</sup>.

Appaiono ingiuste? Sì, se, da neo-economisti del rapporto costo-benefici della norma sul rito penale, si dovesse negare che la riforma è un deciso passo in avanti, verso le statue poste sul fondo della caverna della conoscenza<sup>8</sup>.

La sintonia fra processo penale e Costituzione è oggi più vicina, percepibile, cercata senza mezzi termini, evitando quel “diritto penale del consenso”<sup>9</sup> che, nella prima parte della Legislatura, ha inibito ogni tentativo di “sistema”, di privilegio delle competenze, travolte da un giustizialismo disinvoltato e compiaciuto, nemmeno, per il minimo del pudore, criptato da una qualche ragione diversa dal “zitti e mosca”.

La presunzione di non colpevolezza e la certezza che il carcere non sia l'unica soluzione costituiscono nella gerarchia, solo culturale, dei principi fondanti della riforma il fulcro da cui si dipartono, come petali virtuosi, le propaggini – processuali – del giusto processo e della sua ragionevole durata.

Il neo, riaffermato, primato del diritto sostanziale – il fine – su quello procedimental/processuale – i mezzi – è quasi una constatazione, saldamente annodata con una selezione “intelligente” delle priorità.

In questo contesto, il Giudice riacquista il dovere della discrezionalità, indispensabile perché la sanzione sia capace, con metodi “giusti”, di restituire alla collettività il suo individuo che, come nelle lezioni di Foucault<sup>10</sup>, è sapientemente aiutato a percepire di essere “folle”, quale presupposto per guarire dalla malattia.

Da quanto scritto, con la indelebile penna della Carta, non si potrà tornare indietro: e questa è già una rassicurante certezza.

In questo fervore dialettico, in cui si torna a privilegiare la conoscenza, l'esperienza, la logica, il buonsenso nel rapporto fatto-diritto, a rileggere in chiave di riappacificazione i ruoli della Giustizia (che devono mostrarsi capaci di interfacciarsi efficacemente nell'interesse dell'Utente), il dibattito giuridico torna ad essere un piacere, finanche cercato, esorcizzando l'incubo, il sortilegio dello “speriamo che finisca presto” (la Legislatura).

Con questo ritrovato gusto per un “grand tour” prevalentemente italico, il numero della rivista propone un caleidoscopio di interventi davvero stimolanti.

Le riflessioni di matrice sostanziale inseguono quelle di rito, esattamente come impone il moderno, spesso complicato, modello di processo, in cui i profili si

intersecano, fino a “toccarsi” e talvolta persino ad identificarsi: dall’abuso alla crisi di impresa, dalle mafie non tradizionali alle conseguenze della emergenza-COVID nelle autodichiarazioni, dalle nuove garanzie per l’acquisizione dei tabulati fino ai “topoi” dell’eutanasia e dell’ergastolo ostativo.

Si torna a respirare, con quasi casuale causalità, un’aria fresca, di ottimismo dommatico, denso di concretezza e di speranze.

La Costituzione “returns”, e con Lei, in una sorta di personificazione dantesca, è tornato Lui, il

Parlamento, quello che finalmente pensa, decide, rigorosamente “iuxta alligata et probata”.

**Francesco Paolo Sisto**

Sottosegretario di Stato al Ministero della Giustizia

<sup>1</sup> G. ARCIMBOLDO, *Primavera, Estate, Autunno e Inverno*, olio su tavola, 1573, Museo del Louvre, Parigi.

<sup>2</sup> A. VIVALDI, *Le quattro stagioni*, 1725\_Michel-Charles Le Cène, Amsterdam.

<sup>3</sup> APHRODITE'S CHILD, *Spring Summer Winter And Fall*, 1970, Mercury Records.

<sup>4</sup> W. SHAKESPEARE, *Il tempo che fugge*, 1996, Stampa alternativa.

<sup>5</sup> R. V. JHERING, *Prospettive di filosofia del diritto del nostro tempo*, 2010, Giappichelli, Torino.

<sup>6</sup> PNRR, *Le riforme della giustizia nel PNRR*, par. 6.7, pag. 167.

<sup>7</sup> Il Codice di procedura penale, emanato col decreto del Presidente della Repubblica n. 447 del 22 settembre 1988, entrò in vigore il 24 ottobre 1989.

<sup>8</sup> PLATONE, *Tutti i dialoghi*, a cura di F. Adorno, 1988, Utet, Torino.

<sup>9</sup> Intervista a *Il Dubbio* del Sottosegretario alla Giustizia Francesco Paolo Sisto, 5 marzo 2021.

<sup>10</sup> M. FOUCAULT, *Mal fare, dir vero, Funzione della confessione nella giustizia*, 2013, Einaudi, Milano.

## INDICE

### NOVITÀ

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo	6
Corte di Giustizia dell'Unione Europea	7
Corte Costituzionale	9
Corte di Cassazione – Sezioni Unite	15
Corte di Cassazione – Sezioni semplici	17
Legislazione	37

### CONTRIBUTI

G. GRASSO, Il nuovo abuso di ufficio: note in tema di revoca delle sentenze definitive di condanna	39
L. FIMIANI, Nuovo “scudo penale” (decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44): è una norma tautologica?	52
A. KELLER – M. E. SALERNO, DPCM anti-Covid tra Costituzione e CEDU: marginali, ma non trascurabili, profili di illegittimità delle misure di contenimento ed irrilevanza penale delle false autodichiarazioni	56
L. RUTOLO, L'autovalutazione del rischio da insolvenza e da reato. Benefici premiali per le imprese: normative a confronto	77
L. FAUSTINI – C. FERRIANI – C. A. GIOVANARDI, Il necessario rinvio dell'entrata in vigore del Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza: verso una riforma organica che non può tralasciare i reati fallimentari, la normativa regolamentare del credito e l'istituto dell'Amministrazione Straordinaria	90
G. MORELLO, Il clan Spada è associazione mafiosa: una nuova applicazione dell'art. 416 bis c.p. per le mafie non tradizionali	97
F. P. BISCEGLIA, Ospedali in cerca di regole e valori: i modelli organizzativi quale argine alle infiltrazioni della criminalità organizzata in Sanità	112
F. RINALDINI, Data retention e procedimento penale. Gli effetti della sentenza della Corte di giustizia nel caso H.K. sul regime di acquisizione dei tabulati telefonici e telematici: urge l'intervento del legislatore	131
G. CENTAMORE, L'omesso (o ritardato) deposito di atti di indagine in sede di avviso di conclusione delle indagini preliminari: inutilizzabilità e nullità a confronto	140
S. CIAFFONE, “Ergastolo ostativo”: verso il superamento di una pena disumana e degradante sulla scia garantista della Corte Costituzionale. Un anno di tempo al legislatore per adeguare l'istituto ai principi costituzionali e comunitari	148
P. Q. CARDINALI, La legalizzazione dell'eutanasia in Spagna ed un confronto con la normativa sul “fine vita” in Italia	159
S. TREVISAN, Open-source information in criminal proceedings: lessons from the International Criminal Court and the Berkeley Protocol	164

**NOVITÀ**
**CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO**
**Articolo 8 CEDU – Processo penale – Riservatezza personale delle parti – Trattazione di aspetti personali non rilevanti ai fini della decisione – Violazione dell'articolo 8.**

*Corte EDU, Sezione prima, Sentenza 27 maggio 2021 J.L. c. Italia, Ricorso n. 5671/16*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte EDU ha condannato l'Italia per violazione dell'articolo 8 della Convenzione (diritto al rispetto della vita privata e familiare), per aver mancato di tutelare l'immagine, la riservatezza personale e la dignità di una donna che aveva denunciato di essere stata vittima di violenza sessuale. Secondo i Giudici di Strasburgo, nella sentenza con cui sono stati definitivamente assolti tutti gli imputati fu utilizzato un *“linguaggio colpevolizzante e moraleggiante che scoraggia la fiducia delle vittime nel sistema giudiziario”* per la *“vittimizzazione secondaria cui le espone”*.

Nell'ambito del processo penale a carico dei presunti aggressori, la donna era stata sentita due volte nel corso delle indagini e altre due volte nel corso dell'istruttoria dibattimentale. Il giudizio si era infine concluso con sentenza di assoluzione, perché le dichiarazioni della donna non furono ritenute credibili.

Oggetto di scrutinio della Corte EDU è stato, fra l'altro, se le motivazioni della sentenza assolutoria e gli argomenti ivi utilizzati si fossero o meno tradotti in una ingerenza nel diritto della ricorrente al rispetto della sua vita privata e della sua integrità personale e se ciò avesse comportato una violazione degli obblighi positivi inerenti all'articolo 8 della Convenzione.

La Corte ha ravvisato che diversi passaggi della sentenza si riferivano ad aspetti della vita personale e intima della ricorrente, come lo stato di famiglia, le relazioni sentimentali, l'orientamento sessuale, le scelte di abbigliamento, l'oggetto delle sue attività artistiche e culturali (para. 136 e 138). Benché non vi siano dubbi sul fatto che la valutazione della credibilità della ricorrente fosse un aspetto cruciale nella vicenda *de quo*, ad avviso dei Giudici di Strasburgo i suddetti elementi non sono stati utili a tal fine, né sono stati decisivi per la risoluzione del caso. Pertanto, la Corte ha ritenuto che la loro trattazione in sentenza costituisse una violazione

della vita privata e dell'immagine del ricorrente, non giustificata dalla necessità di garantire i diritti di difesa degli imputati.

La Corte ha affermato che gli obblighi di proteggere le presunte vittime di violenza di genere impongano anche il dovere di proteggere la loro immagine, dignità e riservatezza personale, anche attraverso la non divulgazione di informazioni e dati personali non strettamente rilevanti. La facoltà dei giudici di esprimersi liberamente nelle decisioni, che è una manifestazione della discrezionalità giudiziaria e del principio di indipendenza giudiziaria, è limitata dall'obbligo di proteggere l'immagine e la vita privata delle parti da interferenze ingiustificate.

Ad avviso della Corte, nel caso di specie i diritti e gli interessi della ricorrente ai sensi dell'articolo 8 non sono stati adeguatamente protetti alla luce del contenuto della sentenza. A ciò consegue che le autorità nazionali non hanno protetto la ricorrente dalla vittimizzazione secondaria durante il procedimento, di cui la redazione della sentenza costituisce una parte di massima importanza, soprattutto in considerazione del suo carattere pubblico.

**Articoli 1, commi 63 e 64, L. n. 190/2012, 1, 3 e 13, D. lgs. n. 235/2012, 7 e 13 CEDU – Incandidabilità e decadenza dalla carica di deputato della Repubblica – Applicazione retroattiva – Violazione dell'art. 7 – Esclusione – Assenza di un controllo giudiziario – Violazione dell'art. 13 – Esclusione.**

*Corte EDU, Sezione prima, Sentenza 17 giugno 2021 Galan c. Italia, Ricorso n. 63772/16*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte EDU, Sezione prima, si è pronunciata sulla compatibilità con l'art. 7 (irretroattività della legge penale) della L. 28 novembre 2012, n. 190 (cd. Legge Severino) e del D. lgs. 31 dicembre 2012, n. 235, nella parte in cui prevedono l'incandidabilità o la decadenza da alcune cariche pubbliche a seguito di condanne definitive per determinate categorie di reati (nel caso di specie, reati contro la Pubblica Amministrazione).

La Corte di Strasburgo ha anzitutto rilevato che l'incandidabilità e decadenza appaiono coerenti con l'obiettivo del legislatore di estromettere i soggetti

condannati per reati gravi dalle istituzioni (nel caso di specie, dal Parlamento).

Inoltre, richiamando e aderendo alla giurisprudenza costituzionale (in particolare, le sentenze n. 236 del 2015, n. 276 del 2016, n. 35 del 2021), i Giudici hanno ritenuto che il divieto di candidarsi e la decadenza dalla carica non hanno natura di sanzione penale o sostanzialmente penale, né effetti penali della condanna, sicché la loro applicazione può avere luogo per fatti precedenti all'entrata in vigore della legge (para 82-97).

Da ultimo, la Corte ha ritenuto che nel caso di specie (*i.e.* la decadenza dalla carica di deputato) il meccanismo di adozione e convalida della decisione sulla decadenza, che vede l'intervento del Comitato permanente per le incompatibilità, le interdizioni e i decaduti, della Commissione elettorale e della Camera di appartenenza, impedisca di ravvisare la violazione dell'art. 13 (diritto a un ricorso effettivo), giacché, in virtù di una riserva di competenza costituzionale, il controllo giudiziario di una decisione adottata dal Parlamento appare inesigibile.

## CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

### **Articolo 4(5), Decisione Quadro 2002/584/GAI – Mandato di arresto europeo – Motivi di non esecuzione facoltativa – *Ne bis in idem* – Condizioni di opponibilità del motivo.**

*Corte di Giustizia UE, Sezione Quinta*

*Causa C-665/20, Sentenza 29 aprile 2021*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di Giustizia, Quinta Sezione, si è pronunciata sulla domanda pregiudiziale proposta dal Tribunale distrettuale di Amsterdam vertente sull'interpretazione dell'art. 4(5) della Decisione Quadro 2002/584/GAI del Consiglio, relativa al mandato d'arresto europeo (MAE) e alle procedure di consegna tra Stati membri.

Nel caso di specie, nel settembre 2019 l'autorità giudiziaria tedesca aveva emesso un MAE nei confronti di un soggetto che marzo 2020 veniva arrestato nei Paesi Bassi. Egli tuttavia si opponeva alla consegna alle autorità tedesche, affermando di essere stato precedentemente perseguito e giudicato in via definitiva per gli stessi fatti in Iran.

Il soggetto più precisamente affermava che, all'esito del procedimento penale svoltosi in Iran, era stato assolto in relazione ad alcuni dei capi d'accusa, mentre per i rimanenti era stato condannato ad una pena detentiva che aveva scontato quasi per intero prima che gli fosse rimessa. Tale rimessione originava da una misura di clemenza generale concessa da un'autorità non giudiziaria, la Guida Suprema dell'Iran, in occasione del 40° anniversario della rivoluzione islamica.

Il soggetto invocava quindi il principio di *ne bis in idem*, di cui all'articolo 4, paragrafo 5, della decisione quadro sul MAE, recepito nel diritto olandese, sui motivi di non esecuzione facoltativa.

In primo luogo, la Corte ha ricordato che la decisione quadro enuncia, da un lato, motivi di non esecuzione

obbligatoria di un MAE e, dall'altro, motivi di non esecuzione facoltativa che gli Stati membri sono liberi di recepire o meno nel loro diritto interno. Tuttavia, in caso di recepimento di questi ultimi, gli Stati membri non possono prevedere che le autorità giudiziarie siano tenute a rifiutare di dare automaticamente esecuzione a ogni MAE in questione. In effetti, esse devono disporre di un margine di discrezionalità che consenta loro di procedere a un esame caso per caso, prendendo in considerazione il complesso delle circostanze pertinenti. Privarle di tali possibilità produrrebbe l'effetto di sostituire una mera facoltà di rifiuto dell'esecuzione di un MAE con un vero e proprio obbligo, laddove un siffatto rifiuto costituisce l'eccezione, mentre la regola di principio è costituita dall'esecuzione del MAE.

In secondo luogo la Corte statuisce che la nozione di "*stessi fatti*", che figura all'articolo 3, punto 2, e all'articolo 4, punto 5, della decisione quadro, deve essere oggetto di un'interpretazione uniforme. Infatti, per considerazioni di coerenza e di certezza del diritto, ad entrambe le nozioni, formulate in termini identici, deve essere attribuita la medesima portata. La Corte ha aggiunto che la circostanza che l'articolo 3, punto 2, riguardi le sentenze rese nell'Unione, mentre l'articolo 4, punto 5, concerne quelle rese in un paese terzo, di per sé, non può giustificare che a tale nozione sia conferita una portata differente.

In terzo luogo, la Corte ha dichiarato che la condizione relativa all'esecuzione della condanna, prevista all'articolo 4, punto 5, della decisione quadro è soddisfatta in un'ipotesi come quella di specie. A questo proposito, la Corte ha evidenziato che tale articolo menziona, in maniera generica, le

“leggi del paese della condanna”, senza ulteriormente precisare la ragione dell'impossibilità di dare esecuzione alla condanna. Quindi, in linea di principio, occorre riconoscere il complesso delle misure di clemenza previste dalle leggi del paese della condanna, che producono l'effetto che la sanzione inflitta non possa più essere eseguita. In quest'ottica, non rilevano la gravità dei fatti, la natura dell'autorità che ha concesso la misura, o ancora le considerazioni da cui tale misura deriva, quando, ad esempio, essa non è fondata su considerazioni oggettive di politica penale.

Tuttavia, la Corte ha aggiunto che l'autorità giudiziaria dell'esecuzione deve operare un bilanciamento nell'esercizio del margine di discrezionalità di cui dispone per l'applicazione del motivo di non esecuzione facoltativa previsto all'articolo 4, punto 5, della decisione quadro. Si tratta di conciliare, da un lato, la prevenzione dell'impunità delle persone che sono state condannate e la lotta contro la criminalità e, dall'altro, la garanzia della certezza del diritto per tali persone, tramite il rispetto delle decisioni degli organi pubblici divenute definitive. In effetti, il principio di *ne bis in idem*, sancito dalla decisione quadro sia all'articolo 4, punto 5 che all'articolo 3, punto 2, ingloba entrambi gli aspetti.

**Articoli 54 CAAS, 50 CDFUE – Avviso rosso Interpol da parte di uno stato terzo – Giudizio per gli stessi fatti in un paese membro – Applicabilità del *ne bis in idem* – Trattamento dei dati personali.**

*Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, Sentenza 12 maggio 2021, Causa C-505/19*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, si è pronunciata sulla domanda pregiudiziale proposta dal Tribunale amministrativo di Wiesbaden (Germania) vertente sull'interpretazione del principio del *ne bis in idem* quale ostacolo all'arresto, nello spazio Schengen e nell'Unione europea, di una persona interessata da una segnalazione Interpol.

Nel 2012 l'Interpol aveva pubblicato, su richiesta degli Stati Uniti e sulla base di un mandato d'arresto emesso dalle autorità di tale paese, un “avviso rosso” a carico di un cittadino tedesco, ai fini della sua eventuale estradizione.

Essendo destinatario di siffatto avviso, qualora il soggetto fosse stato localizzato in uno Stato affiliato all'Interpol, tale Stato avrebbe dovuto, in linea di

principio, procedere al suo arresto provvisorio oppure controllarne o limitarne gli spostamenti. Tuttavia, ancor prima della pubblicazione dell'avviso rosso, era stata avviata in Germania un'indagine a carico del medesimo soggetto, avente ad oggetto gli stessi fatti all'origine di tale. Il procedimento veniva definitivamente archiviato nel 2010, ad esito di una procedura di transazione specificatamente prevista dal diritto penale tedesco.

Successivamente, l'Ufficio federale anticrimine tedesco informava l'Interpol che, a suo parere, a causa di tale precedente procedimento transattivo, era applicabile al caso di specie il principio del *ne bis in idem*, come sancito dall'articolo 54 della Convenzione Schengen (CAAS) e dall'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE).

Nel 2017 il soggetto proponeva quindi ricorso contro la Repubblica federale di Germania dinanzi al competente amministrativo tedesco, affinché le fosse ordinato di adottare le misure necessarie per il ritiro del suddetto avviso rosso.

L'autorità giudiziaria tedesca decideva di interrogare la Corte di Lussemburgo sull'applicazione del principio del *ne bis in idem* e, più precisamente, sulla possibilità di procedere all'arresto provvisorio di una persona oggetto di un avviso rosso in una situazione come quella *de qua*. Inoltre, in caso di applicabilità di tale principio, il giudice del rinvio chiedeva quali fossero le conseguenze rispetto al trattamento, da parte degli Stati membri, dei dati personali contenuti in un simile avviso.

Nella sentenza la Corte ha affermato preliminarmente che il principio del *ne bis in idem* può trovare applicazione in situazioni analoghe a quella in esame, vale a dire in un contesto in cui sia stata adottata una decisione da un organo diverso da un giudice penale, purché basata su un esame nel merito, che archivia in modo definitivo un procedimento penale subordinatamente al rispetto di determinate condizioni, e nello specifico del pagamento di una somma di denaro fissata dal pubblico ministero.

Tanto premesso, la Corte ha dichiarato in primo luogo che l'articolo 54 della CAAS nonché l'articolo 21, paragrafo 1, TFUE, letti alla luce dell'articolo 50 della CDFUE, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano all'arresto provvisorio, effettuato dalle autorità di uno Stato parte dell'accordo di Schengen o da quelle di uno Stato membro, di una persona interessata da un avviso rosso pubblicato

dall'Interpol su richiesta di uno Stato terzo, a meno che sia accertato, in una decisione giudiziaria definitiva adottata in uno Stato parte del suddetto accordo o in uno Stato membro, che tale persona è già stata giudicata in via definitiva rispettivamente da uno Stato parte del suddetto accordo o da uno Stato membro per gli stessi fatti su cui detto avviso rosso si basa.

Pertanto, gli Stati membri e gli Stati contraenti sono tenuti ad assicurare la disponibilità di mezzi di ricorso che consentano agli interessati di ottenere una decisione giudiziaria definitiva che accerti l'applicazione del principio del *ne bis in idem*.

In secondo luogo, la Corte ha precisato che la registrazione, nei sistemi di ricerca di uno Stato membro, dei dati personali contenuti in un avviso rosso dell'Interpol, effettuato dalle autorità di tale Stato sulla base del diritto nazionale, costituisce un trattamento di tali dati rientrante nell'ambito di applicazione della direttiva 2016/680.

I giudici della Grande Sezione hanno quindi affermato che le disposizioni della direttiva 2016/680, lette alla luce dell'articolo 54 della CAAS e dell'articolo 50 della Carta, devono essere interpretate nel senso che esse non ostano al trattamento dei dati personali contenuti in un avviso

rosso emesso dall'Interpol, fintanto che non sia stato accertato, con una tale decisione giudiziaria, che con riferimento ai fatti su cui detto avviso si basa si applica il principio del *ne bis in idem*, purché un simile trattamento soddisfi le condizioni previste da tale direttiva. In questa ottica, esso deve essere necessario, in particolare, per l'esecuzione di un compito di un'autorità nazionale competente, a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali.

Quando, invece, il principio del *ne bis in idem* si applica, la registrazione, nei sistemi di ricerca degli Stati membri, dei dati personali contenuti in un avviso rosso dell'Interpol non è più necessaria, dato che la persona di cui trattasi non può più essere sottoposta a procedimento penale per i fatti oggetto di detto avviso né, di conseguenza, essere arrestata per questi stessi fatti. Ne consegue che la persona interessata deve poter chiedere la cancellazione dei suoi dati. Se, tuttavia, tale registrazione è mantenuta, essa deve essere accompagnata dall'indicazione che la persona non può più essere sottoposta a procedimento penale in uno Stato membro o in uno Stato contraente per i medesimi fatti, a causa del principio del *ne bis in idem*.

## CORTE COSTITUZIONALE

### Questioni rinviate

**Articoli 4 bis comma 1, 58 ter, ord. penit., 3, 27, 111 Cost. – Ergastolo ostativo – Associazione di stampo mafioso – Mancata collaborazione – Liberazione condizionale – Esclusione – Illegittimità costituzionale.**

*Corte cost., Ord. 15 aprile – 11 maggio 2021, n. 97  
Presidente Coraggio, Redattore Zanon*

Con ordinanza numero 18518-20, la Corte di cassazione aveva sollevato questione di legittimità costituzionale, con riferimento agli artt. 3, 27 e 117 della Costituzione, degli artt. 4-bis comma 1 e 58-ter della legge n. 354 del 1975, e dell'art. 2 d. l. n. 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 cod. pen. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, che non abbia collaborato con la giustizia, possa essere ammesso alla liberazione condizionale”*.

All'esito della camera di consiglio del 15 aprile, la Corte Costituzionale aveva disposto il rinvio del giudizio al 10 maggio 2022, dando così al Parlamento un congruo tempo per affrontare la materia.

Nelle motivazioni dell'ordinanza, depositate in data 11 maggio, la Corte ha affermato che la collaborazione con la giustizia certamente mantiene il proprio positivo valore, riconosciuto dalla legislazione premiale vigente e non è irragionevole presumere che l'ergastolano non collaborante mantenga vivi i legami con l'organizzazione criminale di appartenenza. Tuttavia, l'incompatibilità con la Costituzione si manifesta nel carattere assoluto di questa presunzione poiché, allo stato, la collaborazione con la giustizia è l'unica strada a disposizione dell'ergastolano ostativo per accedere al procedimento che potrebbe portarlo alla liberazione condizionale. La collaborazione con la giustizia non necessariamente è sintomo di credibile

ravvedimento, così come il suo contrario non può assurgere a insuperabile indice legale di mancato ravvedimento: la condotta di collaborazione ben può essere frutto di mere valutazioni utilitaristiche in vista dei vantaggi che la legge vi connette, e non anche segno di effettiva risocializzazione, così come, di converso, la scelta di non collaborare può esser determinata da ragioni che nulla hanno a che vedere con il mantenimento di legami con associazioni criminali.

Al tempo stesso, la Corte ha ritenuto che un intervento meramente “demolitorio”, mediante l'accoglimento immediato delle questioni proposte, potrebbe mettere a rischio il complessivo equilibrio

della disciplina in esame, e, soprattutto, le esigenze di prevenzione generale e di sicurezza collettiva che essa persegue per contrastare il pervasivo e radicato fenomeno della criminalità mafiosa.

Per queste ragioni, la Corte ha disposto il rinvio del giudizio e la fissazione di una nuova discussione delle questioni di legittimità costituzionale in esame all'udienza del 10 maggio 2022, dando al Parlamento un congruo tempo per affrontare la materia. Ad avviso della Corte, spetta in primo luogo al legislatore ricercare il punto di equilibrio tra i diversi argomenti in campo, anche alla luce delle ragioni di incompatibilità con la Costituzione attualmente esibite dalla normativa censurata.

## Questioni decise

### **Articolo 30, comma 4, della L. n. 87/1953 – Norme sul funzionamento della Corte costituzionale – Norma sugli effetti dell'annullamento sul giudicato – Sanzioni amministrative sostanzialmente penali – Inapplicabilità – Fondatezza.**

*Corte cost., Sent. 28 gennaio – 16 aprile 2021, n. 68  
Presidente Coraggio, Redattore Modugno*

Con ordinanza pronunciata in data 4 febbraio 2020, il Tribunale di Milano aveva sollevato questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli articoli 3, 25, 35, 41, 117, in relazione agli articoli 6 e 7 della Convenzione EDU, e 136 della Costituzione, dell'art. 30 comma 4 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (ai sensi del quale “*quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali*”) nella parte in cui la disposizione stessa non è applicabile alle sanzioni amministrative che assumano natura sostanzialmente penale ai sensi della Convenzione EDU e, come tale, non consente al giudice dell'esecuzione di rideterminare una sanzione amministrativa accessoria oggetto di una declaratoria di illegittimità costituzionale che ne abbia mutato di fatto la disciplina.

Con la sentenza n. 68 del 2021, la Corte Costituzionale, avendo ravvisato un contrasto tra la disposizione censurata e l'art. 3 Cost., ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 30 comma 4 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale) in quanto interpretato, come vuole la consolidata giurisprudenza di legittimità, nel senso di escluderne

l'applicabilità in relazione alla sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente di guida, disposta con sentenza irrevocabile ai sensi dell'art. 222 comma 2 del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 (Nuovo codice della strada).

### **Articolo 187 *quinquiesdecies*, d. lgs. n. 58/1998 – Cooperazione con la Banca d'Italia e la Consob – Responsabilità e sanzioni amministrative in caso di mancata cooperazione – Applicabilità in caso di rifiuto della persona fisica di fornire risposte che possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative di carattere punitivo, ovvero per un reato – Illegittimità costituzionale.**

*Corte cost., Sent. 13 – 30 aprile 2021, n. 84  
Presidente Coraggio, Redattore Viganò*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte costituzionale ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 187 *quinquiesdecies*, d. lgs. n. 24 febbraio 1998, n. 58 – che sanziona chiunque non ottempera nei termini alle richieste della Banca d'Italia e della Consob, ovvero non coopera con le medesime autorità al fine dell'espletamento delle relative funzioni di vigilanza, ovvero ritarda l'esercizio delle stesse – nella parte in cui si applica anche alla persona fisica che si sia rifiutata di fornire alla Banca d'Italia o alla Consob risposte che possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative di carattere punitivo, ovvero per un reato.

Più in dettaglio, la Corte ha ritenuto “*incompatibile con il diritto al silenzio la possibilità di sanzionare una persona fisica la quale, richiesta di fornire*

informazioni alla CONSOB nel quadro dell'attività di vigilanza svolta da quest'ultima e funzionale alla scoperta di illeciti e alla individuazione dei responsabili, ovvero – a fortiori – nell'ambito di un procedimento sanzionatorio formalmente aperto nei suoi confronti, si sia rifiutata di rispondere a domande, formulate in sede di audizione o per iscritto, dalle quali sarebbe potuta emergere una sua responsabilità per un illecito amministrativo sanzionato con misure di carattere punitivo, o addirittura una sua responsabilità di carattere penale”.

Al tempo stesso, ha chiarito la Corte, “il diritto al silenzio non giustifica comportamenti ostruzionistici che cagionino indebiti ritardi allo svolgimento dell'attività di vigilanza della CONSOB, come il rifiuto di presentarsi ad un'audizione prevista da tali autorità, ovvero manovre dilatorie miranti a rinviare lo svolgimento dell'audizione stessa. Né il diritto al silenzio potrebbe legittimare l'omessa consegna di dati, documenti, registrazioni preesistenti alla richiesta della CONSOB, formulata ai sensi dell'art. 187 octies, commi 3 e 4, del d.lgs. n. 58 del 1998”.

**Articoli 572, 612 bis, c.p. – Maltrattamenti in famiglia – Atti persecutori – Qualificazione giuridica del fatto – Divieto di analogia in malam partem.**

*Corte cost., Sent. 14 – 28 maggio 2021, n. 98  
Presidente Coraggio, Redattore Viganò*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte Costituzionale, nel dichiarare inammissibili alcune questioni di legittimità costituzionale dell'art. 521 c.p.p., ha ribadito l'importanza del principio di legalità e del divieto di analogia in materia penale con riferimento, nello specifico, al rapporto tra i reati di in tema di atti persecutori e maltrattamenti in famiglia.

Nell'ambito di un processo per una contestazione di atti persecutori elevata all'imputato per condotte abusive compiute nei confronti di una donna con cui intratteneva da qualche mese una relazione affettiva, il giudice aveva prospettato alle parti la possibilità di una riqualificazione dei fatti contestati all'imputato nel più grave delitto di maltrattamenti in famiglia, sulla base di un orientamento che considera integrato questo reato in presenza di condotte maltrattanti compiute in un “contesto affettivo protetto”, caratterizzato da “legami forti e stabili tra i partner” e dalla “condivisione di progetti di vita”.

A fronte della richiesta dell'imputato di accedere ad un rito speciale, e preso atto che la legge non concede questa facoltà al termine del dibattimento,

il giudice aveva sollevato questione di legittimità costituzionale, ritenendo che una simile preclusione fosse incompatibile con i principi di eguaglianza e del giusto processo, e del diritto di difesa. Il mutamento nella qualificazione del fatto, secondo il giudice *a quo*, avrebbe comportato uno stravolgimento dei rischi sanzionatori considerati dall'imputato e dal suo difensore, al momento della decisione di affrontare il dibattimento anziché optare per un rito alternativo.

La Corte ha dichiarato la questione inammissibile, ritenendo che giudice *a quo* non avesse adeguatamente motivato sulla sussistenza, nel caso concreto, dei presupposti del mutamento della qualificazione giuridica del fatto contestato dal pubblico ministero.

Al tempo stesso, la Corte ha rilevato che il reato di maltrattamenti in famiglia presuppone che le condotte abusive siano compiute nei confronti di una persona della stessa “famiglia”, oppure di una persona “convivente”; e che, invece, il reato di atti persecutori aggravati prevede che le condotte vengano compiute nei confronti di persona che sia o sia stata legata all'autore da una “relazione affettiva”. Questa distinzione ha condotto la Corte a ricordare il fondamentale canone interpretativo in materia penale, ex art. 25, comma 2, Cost. e rappresentato dal divieto di applicare la legge oltre i casi da essa espressamente stabiliti. Questo divieto impedisce di riferire la norma a situazioni non ascrivibili ad alcuno dei significati letterali delle espressioni utilizzate dal legislatore. Ciò a garanzia sia del principio della separazione dei poteri, che assegna al legislatore – e non al giudice – l'individuazione dei confini delle figure di reato; sia della prevedibilità per il cittadino dell'applicazione della legge penale, che sarebbe frustrata laddove al giudice fosse consentito assegnare al testo un significato ulteriore e distinto da quello desumibile dalla sua immediata lettura.

La Corte ha evidenziato che il giudice del procedimento principale non aveva spiegato le ragioni per le quali aveva ritenuto che, a fronte di una relazione affettiva durata qualche mese e caratterizzata da permanenze non continuative di un partner nell'abitazione dell'altro, la vittima potesse essere considerata, alla stregua del linguaggio comune, come persona già appartenente alla medesima “famiglia” dell'imputato, ovvero con lui “convivente”.

In assenza di questa dimostrazione, ha concluso la Corte, l'applicazione del reato di maltrattamenti in

famiglia anziché di quello di atti persecutori costituirebbe il frutto di una interpretazione analogica a sfavore del reo della norma penale, come tale vietata dall'articolo 25 secondo comma della Costituzione.

**Articoli 438, comma 6, 458, comma 2, c.p.p. – Giudizio abbreviato condizionato – Rigetto dell'istanza da parte del Gip – Impossibilità di riproporre l'istanza al Giudice del dibattimento – Violazione del giusto processo – Inammissibilità.**

*Corte cost., Sent. 12 maggio – 21 giugno 2021, n. 127 Presidente Coraggio, Redattore Viganò*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte costituzionale si è pronunciata sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 438, comma 6, c.p.p. e dell'art. 458, comma 2, c.p.p., per contrasto con gli articoli 24 e 111 della Costituzione, nella parte in cui non prevedono che, nel caso in cui il giudice per le indagini preliminari rigetti la richiesta di giudizio abbreviato condizionato, l'imputato possa tempestivamente, nella fase dedicata alle questioni preliminari, riproporre la richiesta di rito alternativo al giudice del dibattimento, e che questo possa sindacare la decisione del giudice per le indagini preliminari ed ammettere il rito chiesto dall'imputato.

La Corte ha dichiarato le questioni inammissibili.

Sulla disciplina del cd. giudizio abbreviato "condizionato", ha affermato la Consulta, "è intervenuta la sentenza n. 169 del 2003 di questa Corte, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il comma 6 nella parte in cui non prevede che, in caso di rigetto della richiesta di giudizio abbreviato subordinata ad una integrazione probatoria, l'imputato possa rinnovare la richiesta prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado e il giudice possa disporre il giudizio abbreviato. In tal modo, la decisione del Gip di rigettare la richiesta di rito abbreviato condizionata è stata assoggettata al successivo sindacato giurisdizionale del giudice del dibattimento, il quale potrà così rivalutare – prima dell'apertura del dibattimento stesso – se sussistano le condizioni indicate dall'art. 438, comma 5, cod. proc. pen. per definire il processo con il rito abbreviato: soluzione che questa Corte ha ritenuto imposta da ragioni di tutela del principio di eguaglianza e del diritto di difesa dell'imputato, sottolineandone al contempo la funzionalità all'obiettivo – esso pure di rilievo costituzionale (art. 111, secondo comma, Cost.)

– di risparmio di tempo e risorse per la giurisdizione. La medesima disciplina si applica, mutatis mutandis, nell'ipotesi in cui il rinvio a giudizio dell'imputato sia disposto mediante decreto di giudizio immediato ex art. 455 cod. proc. pen., come accaduto nel processo a quo".

Entrambe le disposizioni incise dalla sentenza n. 169 del 2003 "sono state oggetto di modifiche ad opera di leggi successive, le quali non hanno espressamente incorporato nei testi risultanti dalle modifiche le addizioni operate da questa Corte ai testi originari". Se, da un lato, è vero che "una espressa incorporazione di tali addizioni sarebbe stata maggiormente funzionale a garantire la certezza del diritto, in una materia così densa di implicazioni per i diritti fondamentali come il processo penale", dall'altro, "si deve escludere – contrariamente a quanto ritenuto dal giudice a quo – che le modifiche in parola abbiano inteso vanificare gli effetti della sentenza n. 169 del 2003, la quale resta dunque pienamente operante con riferimento tanto all'art. 438, comma 6, quanto all'art. 458, comma 2, cod. proc. pen."

Il silenzio del legislatore "non può essere interpretato come espressivo di una presunta volontà del legislatore di derogare al *decisum* della sentenza n. 169 del 2003. E ciò in quanto la legge modificatrice – nonostante la proclamata volontà di 'sostituire' la disposizione previgente – non ha in effetti abrogato la norma espressa da tale disposizione, ma si è limitata ad integrarla, aggiungendo alla fattispecie processuale già prevista dal vecchio testo dell'art. 438, comma 6, cod. proc. pen. e rimasta inalterata nella nuova formulazione (la riproposizione della richiesta di giudizio abbreviato condizionato già respinta dal Gip all'inizio dell'udienza preliminare) una nuova fattispecie processuale (la riproposizione della richiesta di giudizio abbreviato già dichiarata inammissibile dallo stesso Gip all'inizio dell'udienza preliminare, per essere il reato contestato punito con l'ergastolo), assoggettando entrambe alla medesima disciplina. L'aggiunta in parola non fa venir meno la continuità normativa relativa alla fattispecie già esistente, né – conseguentemente – l'addizione operata, rispetto a tale fattispecie, dalla sentenza n. 169 del 2003, che ha esteso la possibilità per l'imputato di riproporre la richiesta di giudizio abbreviato condizionato anche al giudice del dibattimento, oltre che al Gip nel corso dell'udienza preliminare".

Mutuando qui la nota terminologia ulpiana – precisa la Corte – “*la legge n. 33 del 2019 non ha, insomma, operato una ‘rimozione’ (abrogatio) della norma previgente, bensì una sua mera ‘modificazione aggiuntiva’ (subrogatio), lasciandone inalterato il contenuto precettivo relativamente alla parte non modificata, e assicurando così la perdurante efficacia, senza alcuna soluzione di continuità, del dispositivo della sentenza n. 169 del 2003, che su quella norma si innestava*”.

Del resto – si conclude – “*l’opposta soluzione ermeneutica, non solo sarebbe incompatibile con gli*

*artt. 3 e 24 Cost. per le ragioni già chiarite dalla sentenza n. 169 del 2003, ma si scontrerebbe frontalmente con l’art. 136 Cost., violando il giudicato costituzionale (ciò che in effetti accadde nel caso deciso dalla sentenza n. 922 del 1988, con la quale fu dichiarata, per tale assorbente ragione, l’illegittimità costituzionale di una disposizione di diritto processuale penale che aveva riprodotto una identica disposizione già dichiarata incostituzionale con sentenza additiva, il cui decisum il legislatore non aveva tenuto in alcun conto)*”.

## Questioni sollevate

### **Articolo 41 bis, comma 2 quater, lettera e), Ord. penit. – Regime 41 bis – Corrispondenza destinata ai difensori – Visto di censura – Mancata esclusione – Questione di legittimità.**

*Cass. pen., Sez. I, Ord. 21 maggio 2021 (ud. 19 marzo 2021), n. 20338*

*Presidente Di Tomassi, Relatore Cappuccio*

In merito al regime detentivo speciale del 41 bis, la Corte di cassazione, Sezione prima, ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 15, 24, 111 e 117 Cost., anche in relazione all’art. 6 CEDU, questione di legittimità costituzionale dell’art. 41 bis, comma 2 quater, lettera e), legge 26 luglio 1975, n. 354, nella parte in cui prevede, per i detenuti sottoposti al regime di cui al comma 2 e seguenti, la sottoposizione a visto di censura della corrispondenza, senza escludere quella indirizzata ai difensori.

La Corte ha anzitutto rilevato che l’art. 41 bis “*sottrae al visto di censura la sola corrispondenza con i membri del Parlamento o con autorità europee o nazionali aventi competenza in materia di giustizia*”, con la conseguenza che “*per i detenuti sottoposti al più rigoroso regime detentivo, il visto di censura deve essere apposto anche con riferimento alla corrispondenza intercorsa con i soggetti indicati all’art. 103, comma 5, cod. proc. pen. (difensori, investigatori privati, consulenti tecnici e loro ausiliari)*”.

Secondo la Corte di Cassazione, “*la sottoposizione a visto di censura della corrispondenza in uscita con il proprio difensore si traduce, invero, in un vulnus non solo – e non tanto – alla libertà ed alla segretezza della corrispondenza, diritti dichiarati inviolabili dall’art. 15 Cost. e che spettano ad ogni individuo in quanto tale e, quindi, anche ai detenuti, ma anche e soprattutto del diritto alla difesa e di quello ad un*

*equo processo, tutelati a livello costituzionale e sovranazionale*”.

Il giudice delle leggi – prosegue la Corte – “*ha, in proposito, già riconosciuto, con la sentenza n. 143 del 2013, il diritto a conferire con il proprio difensore e a farlo in maniera riservata, connaturato alla difesa tecnica che rientra nella garanzia ex art. 24 Cost. ed appartiene al novero dei requisiti basilari dell’equo processo, alla luce del disposto dell’art. 6, paragrafo 3, lettera c), della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali. Ne deriva che una disposizione normativa che neghi la riservatezza delle comunicazioni con il difensore è in contrasto, oltre che con gli artt. 15 e 24 Cost, anche con l’art. 111, terzo comma, Cost., nella parte in cui prevede, tra gli elementi del giusto processo, la facoltà di disporre delle condizioni necessarie per preparare la propria difesa, nonché con l’art. 117 Cost., in relazione all’art. 6 CEDU*”.

Se, da un lato, “*nel caso dei detenuti sottoposti al regime speciale di detenzione, l’esigenza di neutralizzare la loro maggiore pericolosità e di difendere la società nei confronti delle criminalità organizzate determina e giustifica non solo la compressione di diritti fondamentali, ma anche maggiori limitazioni di trattamento rispetto alla generalità dei detenuti*”, dall’altro – si precisa – “*l’assoluta compressione del loro interesse a mantenere una corrispondenza riservata con il difensore, quand’anche ispirata all’esigenza di impedire i contatti con l’organizzazione criminale di appartenenza, non può superare il vaglio di ragionevolezza e, quindi, ritenersi giustificata*”.

La normativa in esame – conclude l’ordinanza – “*appare ulteriormente carente, sotto il profilo della*

ragionevolezza, se confrontata con quella dettata per i colloqui visivi e telefonici con i difensori, sottratti, per espressa previsione dell'art. 41-bis legge 26 luglio 1975, n. 354, all'applicazione delle disposizioni che prescrivono il controllo auditivo e la videoregistrazione, valevoli, invece, per i colloqui con i familiari. Se si ammette l'ipotesi che un difensore venga meno ai suoi doveri deontologici e professionali, e tradisca, così, l'alta funzione che gli è assegnata dall'ordinamento, anche in questo caso, cioè in relazione alle comunicazioni che avvengono di persona o per telefono, non può escludersi in astratto il rischio che lo stesso si presti a fungere da illecito canale di comunicazione: al cospetto del quale, nondimeno, il legislatore – evidentemente a ciò indotto dalla considerazione dell'inviolabilità del diritto di difesa e della natura assolutamente remota dell'ipotesi in predicato – ha scelto di dare piena tutela al diritto ad avere comunicazioni difensive riservate. Sicché, la censura sulle missive indirizzate al difensore, e il conseguente loro eventuale trattenimento, finiscono per penalizzare irragionevolmente e inutilmente il diritto di difesa – anche solo attraverso l'irrimediabile ritardo che la sottoposizione a censura imprime all'inoltro e alla consegna della missiva – e quello ad un equo processo, ma non servono a neutralizzare l'astratto pericolo che un ipotetico scambio di direttive e informazioni per mezzo del difensore avvenga con altro mezzo, nel corso di colloqui sottratti a controllo, con conseguente violazione del principio, a più riprese enunciato dalla Corte Costituzionale, secondo cui, nelle operazioni di bilanciamento, il decremento di tutela di un diritto fondamentale postula, per necessità, il corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango”.

**Articoli 129, 568, comma 4, 591, comma 1, lett. a), 601, 605 e 620 c.p.p., 3, 24 e 111 Costituzione – Giudizio di appello – Sentenza di non doversi procedere per intervenuta prescrizione illegittimamente emessa in fase predibattimentale – Mancata citazione delle parti e assenza di contraddittorio – Dichiarazione di inammissibilità del ricorso per carenza d'interesse – Violazione dei principi costituzionali di ragionevolezza, di inviolabilità del diritto di difesa e di giusto processo.**

Cass. pen., Sez. I, Ord. 18 giugno 2021 (ud. 27 aprile 2021), n. 24110

*Presidente Di Tomassi, Relatore Santalucia*

Con l'ordinanza in epigrafe, la Corte di Cassazione ha sollevato, d'ufficio, questione di legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 129, 568, comma 4, 591, comma 1, lett. a), 601, 605 e 620 c.p.p. in riferimento agli artt. 3, 24 e 111 della Costituzione, nella parte in cui, in caso di giudizio di appello definito con sentenza di non doversi procedere per intervenuta prescrizione, illegittimamente emessa in fase predibattimentale senza citazione delle parti e comunque senza alcuna forma di contraddittorio, consente alla Corte di cassazione, investita da rituale ricorso dell'imputato, di dichiarare l'inammissibilità del ricorso per carenza d'interesse, e non prevede invece la declaratoria di annullamento della sentenza impugnata, con trasmissione degli atti alla Corte di appello per il giudizio di appello nel contraddittorio delle parti.

Il tema, ha affermato la Corte “è regolato alla stregua di una ricostruzione interpretativa fatta propria dalle Sezioni Unite – Sez. U, n. 28954 del 27 aprile 2017 – che, da un lato, hanno affermato l'esistenza di una nullità assoluta ed insanabile della sentenza dichiarativa dell'estinzione del reato per prescrizione emessa dalla Corte di appello de plano e quindi senza fissazione di udienza con avviso alle parti, in specie all'imputato appellante avverso la pronuncia di condanna in primo grado; e, dall'altro, hanno escluso che la Corte di cassazione, investita del ricorso contro la sentenza affetta da nullità, ne possa decretare l'annullamento con rinvio, perché il giudice del rinvio – questo l'assunto – altro non potrebbe fare che reiterare la dichiarazione di estinzione del reato per prescrizione, già rilevata, sia pure con procedura illegittima, dal giudice di appello”.

Secondo i giudici di legittimità, “questa regola di elaborazione giurisprudenziale, che costituisce diritto vivente, si pone in contrasto con i principi costituzionali di ragionevolezza, di inviolabilità del diritto di difesa e di giusto processo”, motivo per cui è stata sollevata “questione di costituzionalità della interpretazione a cui la giurisprudenza è pervenuta in ordine al combinato disposto delle disposizioni codicistiche in punto di immediata declaratoria delle cause di non punibilità, di interesse attuale e concreto come requisito di ammissibilità delle impugnazioni, di predibattimento di appello che non conosce la possibilità di definizione anticipata e di poteri di annullamento della Corte di cassazione”.

## CORTE DI CASSAZIONE – SEZIONI UNITE

### Questioni decise

#### **Articolo 69 bis, ord. penit. – Liberazione anticipata – Ordinanza del magistrato di sorveglianza – Notifica al difensore – Necessità.**

*Cass. pen., Sez. Un., Sent. 1° aprile 2021 (ud. 25 febbraio 2021), n. 12581*

*Presidente Cassano, Relatore Caputo*

Con l'ordinanza n. 35782-20, pronunciata in data 27 novembre 2020 e depositata in data 14 dicembre 2020, la Prima sezione della Corte aveva rimesso alle Sezioni Unite la seguente questione di diritto: "Se l'ordinanza adottata dal magistrato di sorveglianza sull'istanza di concessione della liberazione anticipata (art. 69-bis Ord. pen.) debba essere notificata in ogni caso anche al difensore dell'istante, sicché, ove questi ne sia privo, la notifica debba avvenire al difensore d'ufficio appositamente nominato".

Con la sentenza in epigrafe, le Sezioni Unite hanno formulato il seguente principio di diritto: "L'ordinanza del magistrato di sorveglianza che decide sull'istanza di concessione della liberazione anticipata (art. 69-bis, comma 1, Ord. pen.) deve essere in ogni caso notificata al difensore del condannato, se del caso nominato d'ufficio, legittimato a proporre reclamo. Quest'ultimo è soggetto alla disciplina generale delle impugnazioni".

#### **Articoli 629 bis, 670 c.p.p. – Sentenza definitiva pronunciata in assenza – Nullità assolute insanabili derivanti dall'omessa citazione dell'imputato e del suo difensore – Deducibilità presso il giudice dell'esecuzione – Inammissibilità – Rescissione del giudicato – Ammissibilità.**

*Cass. pen., Sez. Un, Sent. 23 aprile 2021 (ud. 26 novembre 2020), n. 15498*

*Presidente Cassano, Relatore Boni*

Con l'ordinanza n. 20988-20, la Corte di cassazione, Sezione prima, aveva rimesso alle Sezioni Unite la seguente questione di diritto: "se, in caso di sentenza pronunciata in assenza, siano deducibili ex art. 670 c.p.p. le nullità assolute insanabili derivanti dall'omessa citazione dell'imputato e del suo difensore, ovvero se esse siano coperte dal giudicato, essendo piuttosto esperibile in relazione a tali situazioni unicamente il rimedio rescissorio di cui all'art. 629 bis c.p.p. allo scopo di far valere, nel termine di trenta giorni, l'incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo riferito

*all'accusa contenuta in un provvedimento formale di vocatio in iudicium", ovvero, "se i due rimedi possano, invece, concorrere, essendo l'incidente ex art. 670 c.p.p. rivolto a eliminare la irrevocabilità della sentenza viziata dall'indicata nullità assoluta insanabile, mentre la rescissione presuppone la legittimità formale del contraddittorio ed è tesa a far valere specificamente l'incolpevole mancata conoscenza dell'accusa portata a giudizio".*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezioni Unite, ha elaborato i seguenti principi di diritto.

*"Il condannato con sentenza pronunciata in assenza che intenda eccepire nullità assolute ed insanabili, derivanti dall'omessa citazione in giudizio propria e/o del proprio difensore nel procedimento di cognizione, non può adire il giudice dell'esecuzione per richiedere ai sensi dell'art. 670 cod. proc. pen. in relazione ai detti vizi, la declaratoria della illegittimità del titolo di condanna e la sua non esecutività. Può, invece, proporre richiesta di rescissione del giudicato ai sensi dell'art. 629-bis cod. proc. pen., allegando l'incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo che possa essere derivata dalle indicate nullità".*

*"La richiesta formulata dal condannato perché sia dichiarata la non esecutività della sentenza ai sensi dell'art. 670 cod. proc. pen. in ragione di nullità che abbiano riguardato la citazione a giudizio nel procedimento di cognizione, non è riqualficabile come richiesta di rescissione del giudicato ai sensi dell'art. 568, comma 5, cod. proc. pen.".*

#### **Articolo 622 c.p.p. – Ricorso per cassazione – Annullamento della sentenza ai soli effetti civili – mancata rinnovazione in appello di prova dichiarativa ritenuta decisiva – Individuazione del giudice per il nuovo giudizio – Giudice civile.**

*Cass. pen., Sez. Un., Sent. 4 giugno 2021 (ud. 28 gennaio 2021), n. 22065*

*Presidente Cassano, Relatore Piccialli*

Con l'ordinanza n. 30858-20, la Corte di cassazione, Sezione quarta, aveva rimesso alle Sezioni Unite la seguente questione di diritto: "se, in caso annullamento, ai soli effetti civili, da parte della Corte di cassazione, per la mancata rinnovazione in appello di prove dichiarative ritenute decisive,

della sentenza di secondo grado che, in accoglimento dell'appello della parte civile avverso la sentenza di assoluzione di primo grado, abbia condannato l'imputato al risarcimento del danno, il rinvio vada disposto dinanzi al giudice civile competente per valore in grado di appello ovvero dinanzi al giudice penale”.

Con la sentenza n. 22065-21, le Sezioni Unite hanno affermato il seguente principio di diritto: “in caso di

annullamento ai soli effetti civili, da parte della Corte di cassazione, per la mancata rinnovazione in appello di prova dichiarativa ritenuta decisiva, della sentenza che, in accoglimento dell'appello della parte civile avverso la sentenza di assoluzione di primo grado, abbia condannato l'imputato al risarcimento del danno, il rinvio per il nuovo giudizio va disposto dinanzi al giudice civile competente per valore in grado di appello”.

## Questioni rimesse

### **Articolo 469 c.p.p. – Sentenza di proscioglimento nel merito pronunciata dopo la regolare costituzione delle parti e prima della dichiarazione di apertura del dibattimento – Appellabilità.**

*Cass. pen., Sez. V, Ord. 27 aprile 2021 (ud. 24 marzo 2021), n. 15922*

*Presidente Pezzullo, Relatore Borrelli*

In tema di proscioglimento prima del dibattimento (art. 469 c.p.p.), la Corte di cassazione, Sezione quinta, ha rimesso alle Sezioni Unite la seguente questione di diritto: “se la sentenza di proscioglimento ‘nel merito’, pronunciata dopo la regolare costituzione delle parti e prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, sia riconducibile al modello di cui all’art. 469 cod. proc. pen. e se, di conseguenza, essa sia inappellabile”.

La formulazione del quesito in questi termini – si legge nell’ordinanza – è suggerita dalla considerazione che “la questione interpretativa su cui si misurano i due orientamenti giurisprudenziali in contrasto è legata essenzialmente al momento in cui la decisione viene assunta” e al “contenuto della pronuncia, laddove quest’ultima sia fondata sul merito della regiudicanda e non già sulle cause di proscioglimento indicate nell’art. 469 cod. proc. pen. (improcedibilità, estinzione del reato o particolare tenuità del fatto)”.

### **Articolo 299 c.p.p. – Procedimenti per delitti commessi con violenza alla persona – Istanza di revoca della misura cautelare – Notifica alla persona offesa – Condizioni per l’obbligatorietà della notifica.**

*Cass. pen., Sez. I, Ord. 8 giugno 2021 (ud. 4 maggio 2021), n. 22444*

*Presidente Boni, Relatore Cappuccio*

In tema di revoca e sostituzione delle misure cautelari nei procedimenti per reati commessi con violenza alla persona, la Corte di cassazione, Sezione prima, ha rimesso alle Sezioni Unite le seguenti questioni di diritto relative all’estensione dell’obbligo di notifica di cui all’art. 299 comma 3 c.p.p.: “1) se nei procedimenti per reati commessi con violenza alla persona, per assolvere alla condizione posta a pena di inammissibilità dal comma 4-bis dell’art. 299 c.p.p., è necessario che la persona offesa abbia nominato un difensore di fiducia o abbia, in alternativa, eletto e/o dichiarato domicilio; 2) se, in caso di omicidio, per persona offesa possano intendersi anche gli eredi della vittima deceduta; 3) a quali condizioni sia esigibile la notificazione alla persona offesa”.

### **Articolo 420 ter c.p.p. – Restrizione dell’imputato agli arresti domiciliari per altra causa – Legittimo impedimento a comparire all’udienza – Configurabilità.**

*Cass. pen., Sez. VI, Ord. 11 giugno 2021 (ud. 20 gennaio 2021), n. 23147*

*Presidente Mogini, Relatore Silvestri*

In merito al rapporto tra la restrizione dell’imputato agli arresti domiciliari per altra causa e l’esistenza di un legittimo impedimento a comparire nel processo in corso – con specifico riferimento alla sussistenza o meno di un onere, a carico del detenuto per altra causa, di comunicare il proprio status al giudice del processo in corso – la Corte di cassazione, Sezione sesta, ha rimesso alle Sezioni Unite la seguente questione di diritto: “se la detenzione dell’imputato agli arresti domiciliari per altra causa, sopravvenuta nel corso del processo, integri un’ipotesi di legittimo impedimento a comparire, precludendo la celebrazione del giudizio in assenza, anche quando risulti che l’imputato medesimo avrebbe potuto

*informare il giudice del sopravvenuto stato di detenzione in tempo utile per la traduzione”.*

## CORTE DI CASSAZIONE – SEZIONI SEMPLICI

### **Articoli 594, 595 c.p. – Ingiuria – Diffamazione – Offesa tramite comunicazioni elettroniche scritte o orali – Qualificazione giuridica.**

*Cass. pen., Sez. V, Sent. 8 aprile 2021 (ud. 4 marzo 2021), n. 13252*

*Presidente Palla, Relatore Morosini*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione quinta, ha chiarito le condizioni di applicabilità del reato di diffamazione (art. 595 c.p.) o di ingiuria (art. 594 c.p., depenalizzato dal d. lgs. n. 7/2016), nei casi in cui la condotta offensiva sia commessa attraverso comunicazioni elettroniche scritte (email) o orali (videoconferenze).

Anzitutto, la Corte ha ricostruito in generale la riconducibilità della condotta all’una o all’altra fattispecie:

- *l’offesa diretta a una persona presente costituisce sempre ingiuria, anche se sono presenti altre persone;*
- *l’offesa diretta a una persona ‘distante’ costituisce ingiuria solo quando la comunicazione offensiva avviene, esclusivamente, tra autore e destinatario; se la comunicazione ‘a distanza’ è indirizzata ad altre persone oltre all’offeso, si configura il reato di diffamazione;*
- *l’offesa riguardante un assente comunicata ad almeno due persone (presenti o distanti), integra sempre la diffamazione.*

Da questa ricostruzione appare che “è la nozione di ‘presenza’ dell’offeso ad assurgere a criterio distintivo e tale concetto implica necessariamente la presenza fisica, in unità di tempo e di luogo, di offeso e spettatori ovvero una situazione ad essa sostanzialmente equiparabile realizzata con l’ausilio dei moderni sistemi tecnologici (call conference, audioconferenza o videoconferenza)”.

Ad avviso della Corte, infatti, “i numerosi applicativi attualmente in uso per la comunicazione tra persone fisicamente distanti non modificano, nella sostanza, la linea di discriminazione tra le due figure come sopra tracciata, dovendo porsi solo una particolare attenzione alle caratteristiche specifiche del programma e alle funzioni utilizzate nel caso concreto”.

Il carattere dirimente del concetto di presenza, ancorché virtuale, dell’offeso, impone di “ricostruire

*sempre l’accaduto, caso per caso: se l’offesa viene profferita nel corso di una riunione ‘a distanza’ (o ‘da remoto’), tra più persone contestualmente collegate, alla quale partecipa anche l’offeso, ricorrerà l’ipotesi della ingiuria commessa alla presenza di più persone (fatto depenalizzato). (...) Di contro, laddove vengano in rilievo comunicazioni (scritte o vocali), indirizzate all’offeso e ad altre persone non contestualmente ‘presenti’ (in accezione estesa alla presenza ‘virtuale’ o ‘da remoto’), ricorreranno i presupposti della diffamazione”.*

Con specifico riguardo alle comunicazioni via email, il Collegio ha rilevato che esse “non sono altro che lettere in formato elettronico recapitate dalla casella di posta del mittente a singoli destinatari, non contestualmente presenti”. Per conseguenza, nel caso “di invio di una e-mail, dal contenuto offensivo, destinata sia all’offeso sia ad altre persone (almeno due), è ravvisabile il delitto di cui all’art. 595 cod. pen. (...). In tal senso si pone il più recente e prevalente orientamento di legittimità, secondo cui l’invio di e-mail a contenuto offensivo integra il reato di diffamazione anche nell’eventualità che tra i destinatari del messaggio di posta elettronica vi sia l’offeso”.

### **Articoli 2, 5 D. lgs. n. 74/2000 – Utilizzazione fraudolenta in dichiarazione di fatture per operazioni inesistenti – Struttura della fattispecie – Omessa dichiarazione – rapporto tra i due reati.**

*Cass. pen, Sez. III, Sent. 9 aprile 2021 (ud. 5 marzo 2021), n. 13275*

*Presidente Liberati, Relatore Scarcella*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione terza, si è pronunciata in merito al reato di utilizzazione fraudolenta in dichiarazione di fatture per operazioni inesistenti (art. 2, D. lgs. n. 74/2000) e ai rapporti fra tale fattispecie e quella di omessa dichiarazione (art. 5, D. lgs. cit.).

Con riguardo al reato di utilizzazione fraudolenta in dichiarazione di fatture per operazioni inesistenti, la Corte ha affermato che esso “è integrato, con riguardo alle imposte dirette, dalla sola inesistenza oggettiva, ovvero quella relativa alla diversità, totale o parziale, tra costi indicati e costi sostenuti, mentre,

con riguardo all'IVA, esso comprende anche la inesistenza soggettiva, ovvero quella relativa alla diversità tra soggetto che ha effettuato la prestazione e quello indicato in fattura. La condotta di dichiarazione fraudolenta mediante fatture o documenti per operazioni inesistenti (...) presenta una 'struttura bifasica', in cui la dichiarazione, quale momento conclusivo, integra un falso contenutistico, mentre la condotta preparatoria, cioè la registrazione o detenzione a fini di prova dei documenti che costituiranno il supporto della dichiarazione, si riferisce ai documenti falsi (cioè contraffatti o alterati) emessi da altri in favore dell'utilizzatore. La falsità può cadere sul contenuto della fattura o del documento contabile rilevante, attestandosi che è stata eseguita una operazione in realtà non eseguita oppure che l'importo dell'operazione è superiore a quello reale, ma può cadere anche sulla indicazione dei soggetti tra cui è intercorsa l'operazione. A tale riguardo 'soggetti diversi da quelli effettivi' sono quei soggetti che, in realtà, non hanno preso parte all'operazione e sono invece indicati nel documento".

Inoltre, ha ritenuto il Collegio, "non vi è alcun fondamento razionale nell'affermare che l'ipotesi non ricorre quando i soggetti che appaiono emittenti del documento siano addirittura inesistenti (trattandosi, ad esempio, di nomi di fantasia) o siano soggetti che nessun rapporto abbiano mai avuto con il contribuente che utilizza il documento medesimo. Anche in tal modo, infatti, il contribuente fa apparire di avere speso somme in realtà non sborsate e pone così in essere una lesione del bene giuridico protetto, costituito dal patrimonio erariale, con la conseguenza, dunque, che nel reato di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti (...) la falsità può essere riferita anche all'indicazione dei soggetti con cui è intercorsa l'operazione, intendendosi per 'soggetti diversi da quelli effettivi', ai sensi dell'art. 1 lett. a), del citato D. Lgs., coloro che, pur avendo apparentemente emesso il documento, non hanno effettuato la prestazione, sono irreali, come nel caso di nomi di fantasia, o non hanno avuto alcun rapporto con il contribuente finale".

La Corte ha poi affrontato il tema del rapporto tra la fattispecie in discorso e il reato di omessa dichiarazione. Sul punto i Giudici hanno ritenuto "infondato qualsiasi dubbio sulla natura di detti reati, in particolare se trattasi di un unico delitto, ovvero, se, considerata la formulazione normativa, possano considerarsi coesistenti nella medesima disciplina due

distinti reati connessi ai distinti obblighi dichiarativi ai fini delle imposte sui redditi e dell'Iva, potendo nella seconda eventualità contestarsi anche l'art. 81 del codice penale per la continuazione, con conseguente aumento della pena"

Infatti, ha concluso il Collegio, "è possibile ritenere che in consimili ipotesi sia applicabile l'istituto della continuazione. Indiretta conferma di tale assunto si rinviene in quella giurisprudenza che ha affermato che, ai fini della configurabilità del reato di omessa dichiarazione, ex art. 5 D. lgs. n. 74 del 2000, come modificato dal D.lgs. n. 158 del 2015, è necessario e sufficiente che l'imposta evasa, con riferimento a ciascuna delle distinte imposte considerate, sia superiore a 50.000 euro, non potendosi sommare, ai fini della determinazione dell'imposta evasa, le imposte sui redditi e quelle sull'Iva".

#### **Articolo 12 bis, D. lgs. n. 74/2000 – Reati tributari – Confisca per equivalente – Disponibilità in capo al reo – Nozione.**

*Cass. pen., Sez. III, Sent. 14 aprile 2021 (ud. 17 marzo 2021), n. 13833*

*Presidente Ramacci, Relatore Semeraro*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione terza, si è pronunciata in tema di confisca del prezzo o del profitto dei reati tributari, ex art. 12 bis, D. lgs. n. 74/2000.

La Corte si è in particolare soffermata sul requisito della "disponibilità" in capo al reo delle somme di denaro o dei beni che possono essere appresi a titolo di confisca per equivalente.

Il Collegio ha chiarito che esso "non coincide con la nozione civilistica di proprietà, ma con quella di possesso, ricomprendendo tutte quelle situazioni nelle quali il bene stesso ricade nella sfera degli interessi economici del reo, ancorché il potere dispositivo su di esso venga esercitato tramite terzi, e si estrinseca in una relazione connotata dall'esercizio dei poteri di fatto corrispondenti al diritto di proprietà".

Alla luce di ciò, il Collegio, dando seguito al consolidato orientamento della Corte, ha ritenuto che "la titolarità di una delega ad operare incondizionatamente su un conto corrente bancario intestato ad altri configura l'ipotesi di disponibilità richiesta dall'art. 12-bis d. lgs. 74/2000 ai fini dell'ammissibilità del sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente".

**Articoli 595 c.p., 10 CEDU – Diffamazione – Pena detentiva – Convenzione EDU – Libertà di espressione – Compatibilità – Esclusione.**

*Cass. pen., Sez. V, Sent. 14 aprile 2021 (ud. 17 febbraio 2021), n. 13993*

*Presidente Sabeone, Relatore Riccardi*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione quinta, si è pronunciata con riguardo alla compatibilità con la Convenzione EDU, segnatamente con l'art. 10 (libertà di espressione), della pena detentiva per condotte riconducibili al reato di diffamazione.

Il Collegio ha anzitutto ricordato che, in tema di diffamazione a mezzo stampa, *“la giurisprudenza della Corte EDU, sottolineando il ruolo fondamentale della stampa di “cane da guardia” della democrazia (...), e riconoscendo la libertà di espressione come presupposto e chiave di volta di una società democratica, nonché garanzia contro le ingerenze dell'autorità pubblica, nel valutare la proporzione delle misure restrittive, con particolare riferimento alle sanzioni penali, e pur riconoscendone l'astratta compatibilità con la libertà di espressione, ha da tempo affermato (...) che l'irrogazione 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 CEDU soltanto in circostanze eccezionali, segnatamente qualora siano stati lesi gravemente altri diritti fondamentali, come, per esempio, in caso di discorsi di odio o di istigazione alla violenza; al di fuori di tali ipotesi, infatti, la stessa previsione di una pena detentiva ha un effetto dissuasivo ('chilling effect') nei confronti del giornalista nell'esercizio della libertà di espressione garantita dall'art. 10 CEDU”*.

In merito è opportuno richiamare le sentenze della Corte EDU Sallusti c. Italia, Ricci c. Italia e Belpietro c. Italia. Come è noto, il tema è inoltre approdato alla Corte costituzionale, che, con l'ordinanza 9-26 giugno 2020, n. 132 ha rinviato di un anno la trattazione della questione per consentire al legislatore di approvare una nuova disciplina.

Nella sentenza in epigrafe, il Collegio ha ricordato che *“proprio richiamando la decisione costituzionale, la Corte di Cassazione ha recentemente affermato che, in tema di diffamazione a mezzo stampa, spetta al giudice di merito accertare la ricorrenza dell'eccezionale gravità della condotta diffamatoria attribuita di un fatto determinato - che implichi una istigazione alla violenza ovvero convogli messaggi d'odio -, che, secondo un'interpretazione*

*costituzionalmente e convenzionalmente orientata, sola giustifica l'applicazione della pena detentiva”*.

Ciò premesso, la Corte ha affrontato *“la questione se la pena detentiva debba ritenersi sproporzionata anche nei casi di condanna per diffamazione commessa non con il mezzo della stampa, o comunque non nell'esercizio dell'attività giornalistica e del connesso diritto di cronaca e di critica”*.

Sul punto, il Collegio ha ricordato che la giurisprudenza europea ha attribuito rilievo al rischio di effetto dissuasivo non solo nell'esercizio del diritto-dovere di cronaca, ma *“anche in relazione all'esercizio del diritto di critica nei confronti degli organi giudiziari, come nel caso Morice c. Francia, in cui la Grande Chambre è intervenuta sul tema dei limiti del diritto di critica dell'avvocato nei confronti dell'operato di un magistrato (...) affermando che, se da un lato l'esercizio legittimo del diritto di critica non può estendersi fino a minare l'immagine di imparzialità del sistema giudiziario e dunque la fiducia in esso dei consociati, dall'altro lato la magistratura rappresenta un'istituzione fondamentale dello Stato, sicché il diritto di critica nei confronti dell'operato dei suoi esponenti corrisponde ad un interesse pubblico, e gode di limiti più ampi di quello esercitabile nei confronti dei normali cittadini, purché la critica non si traduca in 'attacchi gravemente lesivi e infondati”*.

Peraltro, ha rilevato la Corte *“anche l'ordinanza (...) della Corte Costituzionale ha evidenziato la necessità di una rimediazione del bilanciamento tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela della reputazione che tenga conto anche 'della rapida evoluzione della tecnologia e dei mezzi di comunicazione verificatasi negli ultimi decenni', e degli 'effetti di rapidissima e duratura amplificazione degli addebiti diffamatori determinata dai social networks e dai motori di ricerca in internet'. In altri termini, l'ordinanza 'monito' non sembra circoscrivere l'opportunità di una rimediazione della necessità della pena detentiva ai soli casi di esercizio dell'attività giornalistica, estendendo la valutazione anche ai casi di rapida e duratura amplificazione degli addebiti diffamatori determinata dai social networks, come nella fattispecie in esame”*.

Alla luce di tutte tali considerazioni, dunque, la Corte ha ritenuto *“che l'irrogazione di una pena detentiva, ancorché sospesa, per il reato di diffamazione connesso ai mezzi di comunicazione (nella specie, Internet), anche se non commesso nell'ambito dell'attività giornalistica, possa essere compatibile con*

la libertà di espressione garantita dall'art. 10 CEDU soltanto in circostanze eccezionali, qualora siano stati lesi gravemente altri diritti fondamentali, come, per esempio, in caso di discorsi di odio o di istigazione alla violenza”.

**Articolo 110 c.p. – Concorso di persone nel reato – Concorso del consulente fiscale nei reati commessi dai clienti – Configurabilità – Condizioni.**

*Cass. pen., Sez. IV, Sent. 15 aprile 2021 (ud. 16 dicembre 2020), n. 14202*

*Presidente Piccialli, Relatore Esposito*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione quarta, si è pronunciata in tema di concorso del consulente fiscale nei reati commessi dai propri clienti, ammettendone la configurabilità.

Sotto un profilo generale, il Collegio ha ricordato che “il contributo causale del concorrente può manifestarsi attraverso forme differenziate e atipiche della condotta criminosa non solo in caso di concorso morale ma anche in caso di concorso materiale, fermo restando l'obbligo del giudice di merito di dimostrare l'esistenza di una reale partecipazione e di precisare sotto quale forma essa si sia manifestata, in rapporto di causalità efficiente con le attività poste in essere dai concorrenti”.

Con specifico riguardo al concorso del consulente fiscale, la Corte ha rilevato che “occorre un contributo di quest'ultimo concreto, consapevole, seriale e ripetitivo e che il professionista abbia coscientemente ispirato la frode, anche se di questa ne abbia beneficiato il solo cliente”.

Sulla base di questi principi, il Collegio ha ritenuto priva di vizi, l'ordinanza cautelare che in motivazione “ha chiarito gli elementi documentali e testimoniali, sulla base dei quali ha ritenuto la [ricorrente] a conoscenza della situazione patrimoniale delle predette società, dei collegamenti tra le stesse, del nominativo dell'effettivo titolare, del nominativo del prestanome e dei nominativi dei dipendenti (se esistenti); ha descritto la tipologia dei contributi apportati alla realizzazione degli illeciti tributari, tra i quali le operazioni fiscali da lei eseguite, il suo pieno coinvolgimento nella vita di tutte le società collegate al Facchini, la sua posizione di soggetto di riferimento per lavoratori e terzi, le attività materiali di consegna e di ricezione di documentazioni rilevanti per le società”.

**Articoli 81, 314, c.p., 216, comma 1, n. 1, L.f. – Peculato – Bancarotta fraudolenta per distrazione – Concorso formale – Configurabilità.**

*Cass. pen., Sez. VI, Sent. 16 aprile 2021 (ud. 5 novembre 2020), n. 14402*

*Presidente Fidelbo, Relatore Silvestri*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione sesta, si è pronunciata sul rapporto tra i reati di peculato (art. 314 c.p.) e di bancarotta fraudolenta per distrazione (art. 216, comma 1, n. 1, L.f.).

Nella sua qualità di amministratore unico di una società pubblica (e, in tale veste, ricoprendo il ruolo di incaricato di pubblico servizio), l'imputato era stato condannato:

- per il reato di peculato, perché, avendo per ragioni del suo incarico la disponibilità di somme della società provenienti dai ricavi gestionali della stessa, si era appropriato di somme della società, mediante l'emissione a sé stesso di numerosi assegni bancari ed il mancato versamento delle somme di denaro contante derivanti dagli incassi da una determinata farmacia comunale;
- per il reato di bancarotta distrattiva, per avere con la condotta appena indicata distratto somme della società, causando in tal modo un grave dissesto economico, sfociato nella sentenza dichiarativa di fallimento.

Fra i motivi di gravame, il ricorrente lamentava violazione di legge: sul presupposto che la dichiarazione di fallimento costituisca una condizione obiettiva di punibilità, la sentenza impugnata sarebbe stata viziata - in ragione dei principi affermati dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 200 del 2016 - nella parte in cui ha ritenuto non violato il *bis in idem* fra i reati di peculato e bancarotta fraudolenta per distrazione. Sosteneva infatti il ricorrente che il fatto storico, individuato nei suoi elementi materiali di condotta - nesso causale ed evento e depurato da elementi valoristici relativi agli interessi protetti dalle norme, sarebbe lo stesso nel peculato e nella bancarotta fraudolenta per distrazione.

La Corte ha ritenuto il motivo infondato.

Anzitutto, il Collegio ha rilevato che “i riferimenti del ricorrente alla violazione del *bis in idem* sono impropri. Nella fattispecie, non si tratta infatti di un nuovo esercizio dell'azione penale in ordine allo stesso fatto storico già giudicato e, dunque, alla operatività della generale preclusione processuale di cui è espressione l'art. 649 cod. proc. pen., ma di un

processo oggettivamente cumulativo in cui all'imputato sono stati contestati più reati che, secondo una possibile ricostruzione, sarebbero tra loro in concorso formale. Il richiamo alla preclusione processuale è inconferente perché il Pubblico Ministero non ha differito nel tempo l'esercizio dell'azione penale in ordine allo stesso fatto nell'ambito di diversi e separati procedimenti, ma ha esercitato il potere di azione in un unico procedimento, contestando più reati in concorso formale tra loro".

Per tale ragione, secondo la Corte, "quello che deve essere verificato è allora se nella specie sia configurabile il concorso formale tra il reato di peculato e quello di bancarotta fraudolenta per distrazione, se cioè tra le norme in questione vi sia un rapporto di specialità (artt. 15 e 84 cod. pen.), ovvero se esse si pongano in concorso apparente, in quanto un reato assorbe interamente il disvalore dell'altro".

Preliminarmente, in tema di bancarotta, il Collegio ha aderito all'orientamento più recente, secondo cui "la dichiarazione di fallimento costituisce una condizione obiettiva di punibilità non collegata eziologicamente con la condotta dell'agente ed estranea al coefficiente soggettivo che anima quest'ultimo; l'agente deve solo prefigurarsi la probabile idoneità della sua condotta ad incidere negativamente sulla consistenza della garanzia patrimoniale a disposizione dei creditori, senza prevedere né volere il dissesto e men che meno il fallimento".

Inoltre, ha ricordato la Corte che "qualora, prima della soglia temporale di rilevanza penale costituita dalla dichiarazione di fallimento, la depressione della garanzia patrimoniale sia stata ripianata a mezzo di un'attività integralmente ripristinatoria, la valenza penale della condotta non si concretizza, come può evincersi dalle pronunzie che si sono occupate del tema della cd. bancarotta riparata".

Sulla base di questi principi, la Corte ha disegnato la fattispecie come "un reato di pura condotta, di pericolo, che si consuma se ed in quanto si verifichi la condizione di obiettiva di punibilità, con una condotta che può essere riparata e che sotto il profilo del dolo deve presentare 'indici di fraudolenza'; un reato che tutela l'interesse dei creditori sociali a soddisfarsi sui beni del fallito in virtù del fatto che il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni".

Con riguardo al peculato, i Giudici hanno osservato che esso "si distacca e specifica nettamente dalla figura di appropriazione indebita e dal reato di

bancarotta fraudolenta per distrazione non tanto per il soggetto espropriato del bene e per la natura di quest'ultimo, atteso il riferimento normativo alla 'altruità' del bene oggetto materiale del peculato, quanto, piuttosto, a) per la particolare qualifica del soggetto attivo; b) per il bene giuridico tutelato; c) per le modalità di aggressione al bene giuridico. Se nell'appropriazione indebita il bene giuridico è di sicura natura economico-patrimoniale e se per la bancarotta rileva l'interesse dei creditori sociali a soddisfarsi sui beni del fallito, nel peculato la collocazione e la severità della sanzione impongono chiaramente il riferimento alla tutela del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 97 Cost., inteso non solo come il bene giuridico di categoria dei reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, ma come lo specifico bene giuridico tutelato da ciascuno dei delitti in questione, i quali si caratterizzano per ledere il buon funzionamento della Pubblica amministrazione a causa dalla infedeltà del pubblico ufficiale e dell'abuso della posizione pubblica (funzioni, qualità, poteri)".

Più in dettaglio, ha osservato la Corte, "il peculato non tutela solo il patrimonio della Pubblica Amministrazione o di terzi, ma la legalità, l'efficienza, l'imparzialità della pubblica amministrazione, la fedeltà del pubblico ufficiale (...). Ciò che assume rilievo nella fattispecie, la connota e la caratterizza in termini pubblicistici è il presupposto della condotta, costituito dalla disponibilità in capo all'agente per ragioni d'ufficio della cosa oggetto di appropriazione; si tratta di una peculiare modalità di aggressione del bene, costituita dallo sfruttamento del rapporto tra agente pubblico e cosa".

Per conseguenza, il peculato consiste in "un reato proprio, istantaneo, in cui la condotta si consuma nel tempo e nel luogo in cui si verifica l'appropriazione del denaro o della cosa mobile, in cui l'appropriazione implica una dipendenza funzionale del possesso dall'esercizio della pubblica funzione o dalla prestazione del pubblico servizio".

Per queste ragioni "il peculato si differenzia rispetto alla bancarotta fraudolenta prefallimentare per distrazione quanto: a) al soggetto attivo; b) all'interesse tutelato, nel senso che la bancarotta non assorbe ed esaurisce affatto l'offensività del peculato; c) per le modalità di aggressione al bene giuridico tutelato, nel senso che nel peculato, a differenza della bancarotta, non ogni condotta 'appropriativa' assume rilievo; d) per la mancanza di una condizione di

*punibilità che, nel reato fallimentare, rende solo eventuale che la condotta appropriativa sfoci in bancarotta; e) al tempo in cui il reato si consuma, essendo il peculato un reato istantaneo rispetto al quale non rileva, a differenza della bancarotta, la “riparazione”.*

Così, la Corte ha ritenuto ammissibile il concorso formale tra peculato e bancarotta fraudolenta per distrazione.

**Articoli 9, 14, 63 d. lgs. n. 231/2001, 444 c.p.p. – Applicazione della sanzione amministrativa su richiesta delle parti – Applicazione della sanzione interdittiva in violazione dell’accordo tra le parti – Illegittimità.**

*Cass. pen., Sez. IV, Sent. 20 aprile 2021 (ud. 14 aprile 2021), n. 14696*

*Presidente Fumu, Relatore D’Andrea*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione quarta, si è pronunciata in merito alla applicazione delle sanzioni interdittive in sede di patteggiamento ai sensi del D. lgs. n. 231/2001.

Ad avviso della Corte, deve essere anzitutto ribadito *“il condivisibile principio affermato dalla giurisprudenza di questa Corte, per il quale, in tema di responsabilità da reato degli enti, le sanzioni interdittive sono sanzioni ‘principali’ e non ‘accessorie’, per cui, in caso di sentenza emessa ai sensi dell’art. 444 cod. proc. pen., queste ultime devono essere oggetto di un espresso accordo processuale tra le parti in ordine al tipo ed alla durata delle stesse e non possono essere applicate dal giudice in violazione dell’accordo medesimo (...). Le natura di sanzioni ‘principali’, e non ‘accessorie’, delle sanzioni interdittive è, in particolare, desumibile dai contenuti della norma dell’art. 14 del d. lgs. n. 231 del 2001, che ne definisce le modalità di commisurazione e di scelta, richiamando il corrispondente art. 11 sulle sanzioni pecuniarie quanto all’individuazione dei criteri per la loro determinazione nel tipo e nella durata, tenendo conto dell’idoneità delle singole sanzioni a prevenire illeciti del tipo di quello commesso”.*

Appare evidente, prosegue la Corte, *“come nel caso di patteggiamento l’applicazione delle sanzioni interdittive possa essere consentita solo all’esito di un espresso accordo processuale intervenuto tra le parti, mediante il quale vengano preventivamente stabiliti il tipo e la durata della sanzione ex art. 9, comma 2, d.lgs. n. 231 del 2001 in concreto da applicarsi”.*

Ne consegue *“l’illegittimità della sentenza impugnata nella parte in cui ha applicato cumulativamente le*

*sanzioni interdittive di cui all’art. 9, comma 2, d.lgs. 231/2001, in quanto ultra petita, per averle disposte in violazione dell’accordo processuale raggiunto dalle parti, avente ad oggetto la sola sanzione pecuniaria. Il rapporto negoziale intercorso tra le parti preclude, infatti, al giudice di applicare una sanzione diversa da quella concordata, in quanto la modifica in peius del trattamento sanzionatorio, sia pure nei limiti della misura legale, altera i termini dell’accordo ed incide sul consenso prestato”.*

**Articolo 12 bis, D. lgs. n. 74/2000 – Reati tributari – Confisca per equivalente – Disponibilità in capo al reo – Nozione – Delega su conto corrente della società in ragione del ruolo di legale rappresentante – Esclusione.**

*Cass. pen., Sez. III, Sent. 21 aprile 2021 (ud. 10 febbraio 2021), n. 15047*

*Presidente Lapalorcia, Relatore Noviello*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione terza, è tornata ad affrontare il tema della confisca *“di beni, di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente a tale prezzo o profitto”* ai sensi dell’art. 12 bis, D. lgs. n. 74/2000.

Nel caso di specie, la confisca aveva colpito somme di denaro depositate su conti correnti della società, di cui l’imputato era legale rappresentante.

La Corte ha anzitutto colto l’occasione per rammentare i principi generali che governano la materia. Da un lato, deve ritenersi *“legittimo il sequestro preventivo finalizzato alla confisca diretta del profitto rimasto nella disponibilità di una persona giuridica, derivante dal reato tributario commesso dal suo legale rappresentante, non potendo considerarsi l’ente una persona estranea al detto reato”*; dall’altro lato, *“in tema di reati tributari commessi dal legale rappresentante di una persona giuridica, il sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente non può essere disposto sui beni dell’ente, ad eccezione del caso in cui questo sia privo di autonomia e rappresenti solo uno schermo attraverso il quale il reo agisca come effettivo titolare dei beni”.*

Inoltre, *“quest’ultimo principio deve ritenersi operante sia allorché l’ente coinvolto nel sequestro benefici direttamente della commissione dei reati tributari di riferimento, essendo essi stati commessi dal corrispondente rappresentante legale, sia nel caso in cui esso non presenti alcuna correlazione con tali reati”.*

Infine, la Corte ha ricordato *“l’indirizzo giurisprudenziale che consente il sequestro*

*preventivo, funzionale alla confisca per equivalente, della somma di denaro depositata su un conto corrente bancario intestato ad un soggetto estraneo al reato, sul rilievo della valorizzazione della delega ad operare senza limitazioni sull'intera provvista delle somme e dei valori depositati sul conto corrente stesso”.*

*In proposito, “rileva la disponibilità del bene intesa come relazione effettuale del condannato col bene, connotata dall'esercizio di poteri di fatto, corrispondenti al contenuto del diritto di proprietà, in forza dei quali egli può determinare autonomamente la destinazione, l'impiego e il godimento del bene stesso. La disponibilità coincide, cioè, con la signoria di fatto sulla res, indipendentemente e al di fuori delle categorie delineate dal diritto privato: e se ad una di tale categorie vuoi farsi proprio riferimento, il richiamo più appropriato risulta essere quello riferito al possesso nella definizione che ne dà l'art. 1140 cod. civ.”*

*In altri termini, “la nozione di ‘disponibilità’ coincide non con la nozione civilistica di ‘proprietà’ ma con quella del ‘possesso’: essa in tal modo ricomprende tutte quelle situazioni nelle quali i beni stessi ricadano nella sfera degli interessi economici del reo, ancorché il potere dispositivo su di essi venga esercitato per il tramite di terzi (...), e si estrinseca in una relazione effettuale con il bene, connotata dall'esercizio dei poteri di fatto corrispondenti al diritto di proprietà”.*

*Così delineata la nozione di “disponibilità”, la Corte ha precisato che “tale ricostruzione di principio non appare compatibile con il caso in cui la delega sia (...) espressione esclusivamente di funzioni amministrative per conto terzi, cosicché non emerga alcuna riconducibilità, quand'anche parziale, dei beni, agli interessi economici, personali, del titolare della delega, al contrario del tutto irrilevanti, così da escludere ogni esercizio di poteri per conto proprio e corrispondenti di fatto al diritto di proprietà”.*

*Su questi presupposti, la Corte ha annullato l'ordinanza cautelare, poiché “tale allo stato appare il caso in esame, in cui la delega ad operare sul conto sembra corrispondere (...) alla titolarità delle delimitate funzioni gestorie ricoperte dal rappresentante legale della [società], come tali esercitate entro i limiti degli interessi esclusivi della stessa”.*

**Articolo 422 c.p. – Delitto di strage – Condotta tipica.**

*Cass. pen., Sez. VI, Sent. 29 aprile 2021 (ud. 24 marzo 2021), n. 16470*

*Presidente Bricchetti, Relatore Di Stefano*

*Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione sesta, si è fra l'altro pronunciata sulla configurabilità del reato di strage di cui all'art. 422 c.p.*

*Nello specifico, la difesa del ricorrente, contestando l'affermazione secondo cui i fatti sarebbero avvenuti “in un ristrettissimo arco temporale e in un limitato ambito spaziale”, aveva ricostruito il fatto, ponendo l'attenzione, da un lato, sul fatto che fosse stato esploso un solo colpo di pistola per ciascuna vittima e, dall'altro, sul fatto che i colpi di pistola sparati in direzione di pubblici esercizi e locali chiusi, non avendo posto in pericolo la pubblica incolumità, non potessero essere considerati rilevanti ai fini del reato contestato. Tali elementi, ad avviso della difesa, avrebbero dovuto condurre ad escludere la configurabilità del reato di strage, dal momento che il ricorrente, “attraverso l'esplosione di singoli colpi di pistola, avrebbe voluto ledere l'integrità fisica delle sole persone prese di mira (il che avrebbe potuto in astratto giustificare la contestazione in termini di sei tentati omicidi in continuazione) ma non la pubblica incolumità in quanto tale”.*

*L'argomento della difesa è, dunque, quello tale per cui «una ‘condotta a tappe’ non consentirebbe di configurare il reato di strage per cui è necessaria un'unità spazio temporale di azione ed evento”; in altri termini, nel caso di specie, “la pubblica incolumità non sarebbe posta in pericolo (in quanto esplodendo un solo colpo di pistola per ciascuna vittima, Traini intendeva ‘solo’ ledere l'integrità fisica della singola vittima) e, in ogni caso, il Traini non intendeva attentare alla pubblica incolumità in quanto la sua volontà era di cagionare la morte di alcune persone”.*

*Tali argomentazioni non sono state ritenute condivisibili dalla Corte di Cassazione, la quale ha ritenuto corretta la qualificazione giuridica operata dai giudici di merito, secondo i quali “l'azione del ricorrente non aveva alcuna significativa soluzione di continuità, avendo nel dato arco temporale (più o meno lungo che sia) percorso le strade cittadine alla ricerca di obiettivi ‘neri’ casuali”, proprio in tale ultima circostanza (ossia la causalità degli obiettivi) concretizzandosi l'elemento discrezionale che consente di qualificare la condotta quale strage.*

*Infatti, il ricorrente “seguendo uno specifico programma che del resto lui stesso ha*

sostanzialmente confessato, girava per Macerata alla ricerca di possibili vittime caratterizzate dal colore della pelle, sparando contro le stesse, anche “nel mucchio” come nel caso della Piazza della stazione”.

Ciò chiarito, la Corte ha aderito all’orientamento giurisprudenziale secondo il quale “si qualifica quale strage il caso in cui l’aggressione venga portata in modo indiscriminato contro soggetti non previamente individuati” (...), essendo “certamente qualificabile quale omicidio plurimo (tentato o consumato che sia) il ben diverso caso in cui l’aggressione sia portata contro un gruppo specifico di avversari, pur se con accettazione del rischio di colpire altri soggetti presenti”.

Nel caso in esame, ha concluso la Corte, “mancava del tutto qualsiasi ipotesi di bersaglio specifico poiché i soggetti aggrediti erano proprio quegli obiettivi casuali che caratterizzano la condotta di aggressione alla pubblica incolumità del reato di strage”.

**Articoli 7 L. n. 195/74, 4 L. n. 659/81 – Finanziamento illecito a soggetti politici – Finanziamento a favore del candidato Sindaco – Configurabilità.**

*Cass. pen., Sez. VI, Sent. 3 maggio 2021 (ud. 21 ottobre 2020), n. 16871*

*Presidente Fidelbo, Relatore Silvestri*

In tema di finanziamento illecito a soggetti politici, la Corte di cassazione, Sezione sesta, ha affermato che il divieto di ricevere contributi – che l’art. 4, comma 10, legge 659 del 1981, ha esteso ai candidati consiglieri comunali – opera anche rispetto alla figura del candidato sindaco, che, in virtù della normativa elettorale, deve considerarsi ricoprire anche la suddetta posizione.

Ponendosi in consapevole contrasto con una precedente decisione della terza sezione penale (la n. 28045 del 29/11/2016 secondo cui “il divieto di erogare sotto qualsiasi forma finanziamenti o contributi, a favore di partiti o loro articolazioni politico-organizzative e di gruppi parlamentari, da parte dei soggetti indicati nell’art. 7 della legge 2 maggio 1974, n. 195, non si applica alle erogazioni in favore dei candidati alla carica di sindaco”), la Corte ha osservato come il problema derivi “dalla circostanza obiettiva che, al momento della entrata in vigore dell’art. 4 della legge n. 659 del 1981, il sindaco non era eletto direttamente dal corpo elettorale, essendo il sistema elettorale mutato solo con la legge n. 81 del 1993. Dunque, il mancato riferimento nell’art. 4 cit. alla figura del candidato

sindaco potrebbe non essere il frutto di una obiettiva scelta del legislatore, quanto, piuttosto, di un mancato coordinamento della legge n. 659 del 1991 con quella n. 81 del 1993 con la quale è stato introdotto nell’ordinamento il sistema della elezione diretta del sindaco”.

Rispetto al quadro normativo descritto – si precisa – il tema è, dunque, “del tutto estraneo alla possibilità di interpretare la norma di cui all’art. 4 cit. in modo analogico ed in malam partem, nel senso di attribuire la qualifica soggettiva richiesta dalla norma incriminatrice ad un soggetto diverso rispetto a quelli espressamente indicati, e non attiene neppure alla possibilità di interpretare l’art. 4 in via estensiva. Né assume rilevanza il tema della distinzione tra interpretazione analogica o estensiva della norma”.

**Articolo 5, D. lgs. n. 74/2000 – Reati tributari – Omessa dichiarazione – Determinazione dell’imposta evasa.**

*Cass. pen., Sez. III, Sent. 4 maggio 2021 (ud. 11 marzo 2021), n. 16865*

*Presidente Di Nicola, Relatore Semeraro*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione terza, in tema di reati tributari (con specifico riguardo alla fattispecie di omessa dichiarazione ex art. 5, D. lgs. n. 74/2000) ha ribadito alcuni importanti principi in merito alla determinazione dell’imposta evasa da parte del giudice penale.

Anzitutto, il Collegio ha ricordato che “spetta esclusivamente al giudice penale il compito di determinare l’ammontare dell’imposta evasa, da intendersi come l’intera imposta dovuta e non versata, suscettibile dapprima di sequestro e, poi, di confisca, in base a una verifica che può venire a sovrapporsi ed anche entrare in contraddizione con quella eventualmente effettuata dal giudice tributario, non essendo configurabile alcuna pregiudiziale tributaria”. Al tempo stesso, tuttavia, “il giudice penale, mentre non è vincolato dalle valutazioni compiute in sede di accertamento tributario, può tuttavia con adeguata motivazione apprezzare gli elementi induttivi in detta sede valorizzati per trarne elementi probatori, che ritenga idonei a sorreggere il suo convincimento obiettivo”.

Infine, ha rilevato la Corte, “il giudice, per determinare l’ammontare dell’imposta evasa, deve effettuare una verifica che, pur non potendo prescindere dalle specifiche regole stabilite dalla legislazione fiscale per quantificare l’imponibile, risente delle limitazioni derivanti dalla diversa finalità dell’accertamento

penale, con la conseguenza che occorre tenere conto dei costi non contabilizzati solo in presenza, quanto meno, di allegazioni fattuali, da cui desumere la certezza o, comunque, il ragionevole dubbio della loro esistenza”.

**Articolo 350, comma 7, c.p.p. – Spontanee dichiarazioni rese dall’indagato all’atto di arresto – Utilizzabilità nei riti a prova contratta.**

*Cass. pen., Sez. V, Sent. 6 maggio 2021 (ud. 10 marzo 2021), n. 17551*

*Presidente Zaza, Relatore Sessa*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di Cassazione, Sezione quinta, si è pronunciata sull’utilizzabilità nella fase procedimentale (e, dunque, nei riti “a prova contratta”) delle dichiarazioni spontanee rese dall’indagato, in assenza del difensore, all’atto dell’arresto.

Il Collegio ha aderito all’orientamento giurisprudenziale secondo cui tali dichiarazioni, “anche se non verbalizzate ma raccolte in un’annotazione o in un’informativa, sono utilizzabili, sempre che sia possibile accertare la libertà del dichiarante nella decisione di renderle e, cioè, che emerga con chiarezza che siano state rese senza alcuna coercizione o sollecitazione”.

Nel caso di arresto, ha affermato la Corte, “questo è eseguito a fronte di una situazione di flagranza o quasi flagranza e non scaturisce, ovviamente, dalle dichiarazioni dell’arrestato, che vengono, in genere, da questi rese a fronte dell’evidenza della situazione già delineatasi; essendo tali dichiarazioni frutto di una sostanziale spontanea ammissione del fatto, non vi è motivo, né logico né giuridico, che si frappone al loro utilizzo (salvo che emergano elementi che inducano a dubitare della loro spontaneità o della legittimità dell’arresto)”.

In un siffatto contesto, la successiva scelta del rito abbreviato, concludono i Giudici, “ben può ascriversi alla scelta di proseguire, coerentemente, sulla strada dell’ammissione delle responsabilità, accettandosi la valutazione allo stato degli atti in vista della riduzione di pena prevista”.

**Articoli 50, 493 ter c.p. – indebito utilizzo di carte di credito e di pagamento – consenso dell’aveve diritto – Inapplicabilità.**

*Cass. pen., Sez. II, Sent. 12 maggio 2021 (ud. 16 febbraio 2021), n. 18609*

*Presidente Cervadoro, Relatore Di Paola*

In tema di indebito utilizzo di carte di credito e di pagamento, con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione seconda, ha affermato che, anche qualora l’uso dello strumento di pagamento da parte di terzi sia stato delegato dal titolare, non opera l’esimente del consenso dell’aveve diritto.

Ad avviso della Corte, infatti, la disposizione di cui all’art. 493 ter c.p. tutela non solo il patrimonio personale di quest’ultimo, ma anche gli interessi pubblici alla sicurezza delle transazioni commerciali e alla fiducia nell’utilizzazione di tali strumenti da parte dei consociati, interessi che, secondo la giurisprudenza costituzionale sono “legati segnatamente all’esigenza di prevenire, di fronte ad una sempre più ampia diffusione delle carte di credito e dei documenti simili, il pregiudizio che l’indebita disponibilità dei medesimi è in grado di arrecare alla sicurezza e speditezza del traffico giuridico e, di riflesso, alla ‘fiducia’ che in essi ripone il sistema economico e finanziario” (Corte cost., n. 302 del 19/7/2000).

La pronuncia costituzionale appena citata ha anche chiarito che “la norma incriminatrice mira, in positivo, a presidiare il regolare e sicuro svolgimento dell’attività finanziaria attraverso mezzi sostitutivi del contante, ormai largamente penetrati nel tessuto economico”, con la conseguenza che “è giocoforza ritenere che le condotte da essa represses assumano – come del resto riconosciuto anche dalla giurisprudenza di legittimità in sede di analisi dei rapporti tra la fattispecie criminosa in questione ed i reati di truffa e di ricettazione – una dimensione lesiva che comunque trascende il mero patrimonio individuale, per estendersi, in modo più o meno diretto, a valori riconducibili agli ambiti categoriali dell’ordine pubblico o economico, che dir si voglia, e della fede pubblica”.

Del resto, ha concluso la Corte di legittimità, “che il bene giuridico tutelato non sia solo il patrimonio del titolare della carta di credito è confermato sia dalle finalità perseguite dalle leggi speciali con cui era stata introdotta l’originaria norma incriminatrice (ossia il contrasto dei fenomeni di riciclaggio, anche attraverso il controllo dell’utilizzo dei nuovi strumenti elettronici di circolazione del denaro), sia dalla successiva collocazione della previsione incriminatrice nella struttura del codice penale nell’ambito dei delitti di falso (art. 493 ter cod. pen), secondo le indicazioni contenute nella legge di delega e recepite nel decreto legislativo (che ha previsto

*l'inserimento della fattispecie in esame nel corpo del codice penale considerando l'ambito della tutela del sistema finanziario: d. lgs. 1° marzo 2018, n. 21, disposizioni di attuazione del principio di delega della riserva di codice nella materia penale a norma dell'articolo 1, comma 85, lettera q), della legge 23 giugno 2017, n. 103, art. 4)".*

**Articolo 409, comma 5, c.p.p. – Imputazione coatta – Reato diverso da quello oggetto di richiesta di archiviazione – Abnormità.**

*Cass. pen., Sez. II, Sent. 12 maggio 2021 (ud. 20 aprile 2021), n. 18650*

*Presidente Gallo, Relatore Cianfrocca*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione seconda, si è pronunciata in merito ai poteri del giudice per le indagini preliminari rispetto alla richiesta di archiviazione formulata dal pubblico ministero.

Nell'ambito di un procedimento iscritto per il reato di truffa aggravata (art. 640, comma 2, c.p.), per il quale l'accusa aveva domandato l'archiviazione, il Giudice aveva ordinato l'imputazione coatta in termini alternativi, per il reato di truffa aggravata ovvero per il reato di indebito utilizzo di carte di credito (art. 493 *ter* c.p.). Il pubblico ministero ricorreva per Cassazione, deducendo l'abnormità del provvedimento.

Il Collegio ha preliminarmente ripercorso i principi dettati dalla Corte costituzionale in materia. La Consulta aveva affermato che *"il giudice non può sostituirsi al pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale, non potendo ordinare la formulazione dell'imputazione nei confronti di soggetti mai iscritti nel registro delle notizie di reato o, se iscritti, non può ordinare l'imputazione coatta in ordine a reati diversi da quelli iscritti nel registro ex art. 335 cod. proc. pen. perché ciò significherebbe esautorare il pubblico ministero dai suoi compiti istituzionali (esercizio obbligatorio dell'azione penale); ha tuttavia riconosciuto in capo al giudice il controllo di legalità sull'esercizio dell'azione penale con la conseguente possibilità in capo a questi porre in essere di atti di impulso in modo che il controllo di legalità sull'esercizio dell'azione penale si svolga in conformità al principio dell'obbligatorietà che la regge (art. 112 Cost.), senza essere vincolato dalle differenze qualitative sottese ai diversi tipi di archiviazione e senza essere vincolato né dal petitum né dalla causa petendi, potendo esercitare i poteri di impulso con riferimento all'indagine nella sua integralità, così*

*come risulta dal fascicolo del pubblico ministero, potendo richiedere l'espletamento di ulteriori indagini non solo con riferimento ai soggetti iscritti nel registro ex art. 335 cod. proc. pen. e non soltanto in ordine ai reati per i quali si procede, pure essi iscritti, ma anche con riguardo ad altri reati e ad altri soggetti"*.

Sulla base di queste indicazioni, ha ricordato la Corte, la giurisprudenza di legittimità si è consolidata nel ritenere che *"nel procedimento di archiviazione costituisce atto abnorme, in quanto esorbita dai poteri del giudice per le indagini preliminari, sia l'ordine d'imputazione coatta emesso nei confronti di persona non indagata, sia anche quello emesso nei confronti dell'indagato per reati diversi da quelli per i quali il pubblico ministero aveva richiesto l'archiviazione"*, e che *"l'unico potere di intervento modificativo dell'imputazione che la giurisprudenza sembra lasciare in capo al giudice è costituito dalla possibilità di riqualificazione del fatto, che del resto, costituendo corretta applicazione della legge, ius dicere e, pertanto, attuazione del principio di legalità, si deve estendere a tutte le fasi del processo"*.

La Corte ha ritenuto di dover *"abbracciare una lettura della nozione di 'diversità del fatto' che coinvolga non soltanto gli elementi della condotta materiale (nel caso di specie la consegna della carta di pagamento da parte del titolare ad un terzo) ma, anche, del contesto e delle finalità (dirette o indirette) in cui tale condotta si iscriva e che contribuisce, come è pacifico, ad integrare gli elementi propri di un reato diverso"*.

Ed ha, conseguentemente, ritenuto che *"nel caso di specie, in definitiva, non si può ritenere che si sia in presenza di un medesimo fatto ancorché diversamente qualificato in quanto, tra le condotte riconducibili nella fattispecie della truffa o in quella dell'uso indebito di carta di credito esiste effettivamente un 'nucleo' comune nella sua consegna da parte del titolare a terzi che ne faccia uso; e, tuttavia, mentre nella truffa quel che rileva è la finalità perseguita o accettata di consentire ad altri di porre in essere condotte decettive in danno di terzi indotti ad accreditare somme sulla carta, nel delitto di cui all'art. 493 *ter* cod. pen., indipendentemente dalla percorribilità della interpretazione proposta dal GIP nel provvedimento impugnato, la specificità della condotta risiede proprio nel fatto di utilizzare (ovvero di far utilizzare ad altri) la carta in maniera 'indebita'"*.

**Articoli 240 bis c.p., 104 bis, disp. att. c.p.p. – Confisca allargata – Terzo di buona fede –**

**Questioni proponibili – argomenti tesi a contrastare la legittimità in quanto tale della ablazione – Ammissibilità.**

*Cass. pen., Sez. I, Sent. 14 maggio 2021 (ud. 15 dicembre 2021), n. 19094*

*Presidente Boni, Relatore Magi*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione prima, si è pronunciata sui diritti e sulle facoltà processuali dei terzi di buona fede, titolari di beni sui sia disposto il sequestro finalizzato alla confisca allargata (o confisca in casi particolari) ex art. 240 bis c.p.

Più in dettaglio, in un procedimento in cui era contestata l'intestazione fittizia dei beni in sequestro, oggetto di decisione era fra l'altro l'ampiezza delle questioni proponibili dal soggetto terzo: se cioè il ventaglio di argomentazioni a disposizione del soggetto terzo, che intenda opporsi a sequestro (o confisca) di beni formalmente a lui intestati, sia limitato alla dimostrazione della effettiva titolarità del bene, oppure possa estendersi sino ad argomenti tesi a contrastare la legittimità in quanto tale della ablazione.

In apertura, la Corte ha ricordato che *“la predisposizione di garanzie procedurali ‘effettive’ nel sistema interno, a tutela della posizione del soggetto terzo, coinvolto in procedure tese alla ablazione del diritto di proprietà, è condizione più volte rimarcata dalla Corte Edu come necessaria, a pena di accertamento della violazione dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Convenzione Edu agli articoli 1 Prot. Add. (tutela della proprietà) e 13 Conv. (effettività della tutela giurisdizionale)”*.

A fronte di tali indicazioni della giurisprudenza sovranazionale, la Corte ha rilevato che *“solo con la riforma intervenuta nel 2017 (legge n. 161 del 17.10.2017, oggetto di variazione con il d. lgs. n. 21 del 1.3.2018) il sistema interno di tutela della posizione giuridica del soggetto terzo titolare formale dei beni, in sede di giudizio penale con sequestro funzionale alla confisca estesa, è stata ‘parificata’ a quella del soggetto titolare formale di beni sequestrati in prevenzione (attraverso la novellazione dell’art. 104 bis disp.att. cod. proc. pen. ed inserimento in tale articolo del comma 1 quinquies che prevede la citazione del terzo nel giudizio di cognizione), mentre nei giudizi penali già pendenti o definiti è rimasta affidata allo strumento ‘atipico’ dell’incidente di esecuzione (come nel caso in esame), con tutto ciò che ne deriva in punto di ‘riduzione di peso’ delle garanzie procedurali”*.

Ciò posto, il Collegio ha ritenuto che *“l’interesse del terzo (...) può essere diretto non soltanto a contestare la validità degli elementi introdotti dall’accusa a sostegno della fittizietà della intestazione, ma può dirigersi anche verso la dimostrazione dell’assenza di altri ‘presupposti legali’ della confisca, tra cui in particolare la esigenza di ‘ragionevolezza temporale’ tra acquisto e commissione del fatto di reato legittimante l’ablazione, ferma restando la estraneità della difesa del terzo (...) ai temi di prova strettamente correlati alla colpevolezza dell’imputato per il reato-spie della confisca estesa o alla sussistenza della condizione soggettiva di pericolosità in prevenzione. Ciò perché mentre da un lato è evidente che la titolarità del diritto di difesa sul fatto di reato o sulla condizione di pericolosità spetta all’accusato e non a soggetti diversi, dall’altro impedire la interlocuzione del terzo su presupposti della confisca di carattere oggettivo (come la correlazione temporale o altre caratteristiche della res sottoposta a sequestro) finisce con invertire la presunzione di ‘corrispondenza’ tra titolarità formale e titolarità sostanziale del bene, presunzione che deve accompagnare il trattamento della condizione giuridica del terzo sino al provvedimento di confisca definitivo emesso in contraddittorio”*.

Tale posizione si giustifica in ragione del fatto che *“imporre al terzo la limitazione delle facoltà di introduzione di elementi di fatto o di diritto idonei - al di là dell’avvenuto accertamento del reato e del suo autore - a mantenere la titolarità del bene risulta (...) lesivo del diritto di difesa e del principio di effettività della tutela giurisdizionale, posto che finisce con il presumere la fittizietà della titolarità, non ancora definitivamente accertata”*.

In applicazione dei suddetti principi, la Corte ha ritenuto che anche *“il parametro della ‘ragionevolezza temporale’, valorizzato dal giudice delle leggi nella nota decisione n. 33 del 2018, va ritenuto - in rapporto al diritto vivente - parametro integrativo di legalità della confisca estesa ex art. 240 bis cod. pen. e, dunque, punto della decisione su cui il terzo, nell’ambito di un atto difensivo che ricomprenda la contestazione della fittizietà, può interloquire efficacemente”*.

**Articoli 4, 12 bis, d. lgs. n. 74/2000 – Dichiarazione infedele – Confisca diretta di somme di denaro – Presupposti per l’applicazione.**

*Cass. pen., Sez. III, Sent. 17 maggio 2021 (ud. 8 aprile 2021), n. 19163*

*Presidente Sarno, Relatore Galterio*

In attesa del deposito delle motivazioni della sentenza delle Sezioni Unite, con la quale è stato enunciato il seguente principio di diritto “qualora il profitto derivante dal reato sia costituito da denaro, la confisca viene eseguita, in ragione della natura del bene, mediante l’ablazione del denaro comunque rinvenuto nel patrimonio del soggetto fino alla concorrenza del valore del profitto medesimo e deve essere qualificata come confisca diretta e non per equivalente” (Cass. pen., Sez. Un., ud. 27 maggio 2021), merita segnalare la sentenza in epigrafe, con cui la Corte di cassazione, Sezione terza, ha espresso posizioni che allo stato sembrerebbero in parte contrastanti.

In premessa, la Corte ha ricordato che “allorquando l’oggetto della misura cautelare reale sia il danaro, ovvero sia un bene per sua natura fungibile destinato a confondersi con le consistenze di uguale natura facenti già parte del patrimonio del destinatario, il nesso di strumentalità intercorrente tra la res attinta dal vincolo ed il reato si modula diversamente a seconda che si tratti di sequestro preventivo finalizzato alla confisca diretta ovvero alla confisca per equivalente. Mentre nel primo caso la misura è diretta a colpire il bene che rappresenta il beneficio derivato al suo autore dal compimento dell’illecito, ovvero sia il prezzo o il profitto, nel caso della confisca per equivalente, operante solo allorquando non sia possibile disporre quella diretta, l’agente viene privato di beni nella sua disponibilità economica che, senza alcuna pertinenzialità, con il delitto abbiano un valore pari al prezzo o al profitto dell’illecito”.

Il Collegio ha poi rilevato che “al fine di mantenere inalterata, quando si tratti di denaro, la ontologica differenza tra i due istituti, l’uno avente funzione prettamente cautelare, volta cioè ad impedire la protrazione degli effetti dell’illecito, e l’altro invece sanzionatoria, occorre tuttavia che nel caso del sequestro finalizzato alla confisca diretta il danaro colpito dalla misura sia configurabile come ‘profitto accrescitivo’, ovvero sia che abbia ad oggetto somme già in possesso del destinatario vuoi materialmente, vuoi confluite sui conti correnti o sui depositi bancari allo stesso riconducibili al momento della commissione del reato o comunque del suo accertamento, essendo la relazione di strumentalità considerata in tal caso sussistente per effetto della naturale confusione del profitto derivante dal reato,

collimante nei reati tributari con il ‘risparmio di spesa’ determinato dalla violazione dell’obbligo fiscale, con le altre disponibilità economiche del reo”.

Secondo i giudici, infatti, “diversamente opinando, ovvero sia prescindendo dal tempo della maturazione del credito e quindi ammettendo che il vincolo reale possa estendersi anche ad importi di danaro indistintamente accreditati sui conti o confluiti nei depositi bancari dell’autore del reato anche successivamente alla commissione del reato, si verrebbe invece a confondere la confisca diretta in quella per equivalente, finendosi con l’includere tra i beni confiscabili in via diretta somme del tutto sganciate, dal punto di vista logico e cronologico, dal profitto derivato dall’illecito”.

Da ciò consegue, secondo la Corte, “che se è sempre legittimo il sequestro preventivo finalizzato alla confisca diretta, senza che sia necessaria la dimostrazione del nesso di derivazione delle somme di danaro presenti sui conti correnti o sui depositi bancari riconducibili all’indagato al momento della commissione del delitto, invece per le somme di valore corrispondente entrate a far parte del suo patrimonio in un momento successivo occorre dimostrare che esse siano in qualche modo collegabili al reato e dunque ad esso legate da un rapporto di derivazione anche indiretta”.

Ha concluso il Collegio affermando che “la natura fungibile del denaro non è sufficiente in questi casi a qualificare di per sé come ‘profitto’ l’oggetto del sequestro, essendo necessario anche provare che la disponibilità della somma successivamente sequestrata costituisca essa stessa risparmio di spesa conseguito con il mancato versamento dell’imposta o che si tratti di liquidità rimasta nella disponibilità del contribuente”.

**Articoli 40, comma 2, 438, 452 c.p. – Epidemia colposa – Forma omissiva impropria – Non configurabilità.**

*Cass. pen., Sez. IV, Sent. 24 maggio 2021 (ud. 4 marzo 2021), n. 20416*

*Presidente Fumu, Relatore Cenci*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione quarta, si è pronunciata in tema di epidemia colposa (articoli 438, 452 c.p.), con specifico riferimento alla configurabilità della fattispecie nella forma omissiva impropria (articolo 40, comma 2, c.p.).

All’imputato, legale rappresentante di una residenza sanitaria assistenziale, era contestato il reato di

epidemia colposa nella forma omissiva impropria, per aver cagionato il contagio degli ospiti mediante la omissione del doveroso aggiornamento del documento di valutazione dei rischi con le procedure previste dal D.P.C.M. 24 aprile 2020.

La Corte ha ritenuto non condivisibile l'impostazione accusatoria, aderendo all'orientamento secondo cui *"in tema di delitto di epidemia colposa, non è configurabile la responsabilità a titolo di omissione in quanto l'art. 438 cod. pen., con la locuzione 'mediante la diffusione di germi patogeni', richiede una condotta commissiva a forma vincolata, incompatibile con il disposto dell'art. 40, comma secondo, cod. pen., riferibile esclusivamente alle fattispecie a forma libera"*.

Peraltro, volendo prescindere dalla configurabilità o meno del reato in questione nella forma omissiva, vale la pena richiamare la motivazione del giudice del merito, ritenuta congrua e logica dalla Corte, in tema di accertamento del nesso causale tra condotta omissiva ed evento: *"il Tribunale ritiene che, in applicazione delle teoria condizionalistica orientata secondo il modello della sussunzione sotto leggi scientifiche, in assenza di qualsivoglia accertamento circa l'eventuale connessione tra l'omissione contestata al ricorrente e la seguente diffusione del virus non sia possibile ravvisare, nel caso de quo, la sussistenza del nesso di causalità tra detta omissione e la diffusione del virus all'interno della casa di riposo. Ed invero, alla stregua del giudizio contro fattuale, ipotizzando come realizzata la condotta doverosa ed omessa dall'indagato, non è possibile desumere 'con alto grado di credibilità logica o credibilità razionale' che la diffusione/contrazione del virus Covid-19 nei pazienti e nei dipendenti della casa di riposo sarebbe venuta meno. Non è da escludere, infatti, che qualora l'indagato avesse integrato il documento di valutazione dei rischi e valutato il rischio biologico, ex art. 27 D. lgs. 81/2008, la propagazione del virus sarebbe comunque avvenuta per fattori causali alternativi (come ad esempio per la mancata osservanza delle prescrizioni impartite nel DPCM per le case di riposo quali di indossare le mascherine protettive, del distanziamento o dell'isolamento dei pazienti già affetti da covid, ovvero a causa del ritardo negli esiti del tampone)"*.

**Articoli 35, 39 d. lgs. n. 231/2001, 96 c.p.p. – Rappresentanza in giudizio dell'ente – Applicabilità dell'art. 96 c.p.p. – Facoltà di nominare due difensori.**

*Cass. pen., Sez. VI, Sent. 25 maggio 2021 (ud. 22 aprile 2021), n. 20728*

*Presidente Petruzzellis, Relatore Amoroso*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione sesta, si è pronunciata in tema di rappresentanza in giudizio dell'ente imputato ai sensi del d. lgs. n. 231/2001.

La sentenza impugnata, in particolare, aveva offerto una interpretazione dell'art. 39, d. lgs. cit., secondo cui l'ente non avrebbe, diversamente dall'imputato, ma analogamente alla parte civile, la facoltà di nominare due difensori di fiducia.

La Corte ha ritenuto tale lettura non condivisibile.

Il Collegio ha anzitutto rilevato che l'art. 39, d. lgs. n. 231/2001 *"disciplina solo le forme di costituzione e rappresentanza dell'ente ai fini della partecipazione al procedimento penale, secondo uno schema che ricalca quello della costituzione della parte civile regolato dall'art. 78 cod. proc. pen. È previsto il deposito nella cancelleria dell'autorità giudiziaria procedente di una dichiarazione contenente, a pena di inammissibilità, la denominazione dell'ente e le generalità del suo legale rappresentante, il nome ed il cognome del difensore, l'indicazione della procura, la sottoscrizione del difensore e la dichiarazione o l'elezione di domicilio"*.

Tuttavia, ha rilevato la Corte, *"non vi è, invece, alcun richiamo alle disposizioni processuali che limitano la difesa delle parti private nel processo penale alla nomina di un solo difensore ex art. 100 cod. proc. pen."*

Alla luce di tal mancato richiamo, ad avviso del Collegio, *"in applicazione dell'art. 35 del d.lgs. cit., devono estendersi all'ente le disposizioni processuali relative all'imputato, ed in particolare, per quello che qui rileva, l'art. 96 cod. proc. pen. che attribuisce all'imputato il diritto di nominare non più di due difensori di fiducia"*.

Secondo i Giudici di legittimità, infatti, *"non è ravvisabile (...) alcuna incompatibilità strutturale o funzionale di detta disposizione con la disciplina che regola la rappresentanza e le formalità di costituzione dell'ente chiamato a rispondere per illecito amministrativo da reato, essendo la limitazione del numero di difensori una scelta libera del legislatore che non è imposta dalle peculiarità della natura di ente giuridico della parte processuale, come dimostra la irrilevanza a tale fine se la parte civile sia un ente giuridico o una persona fisica"*.

Alla luce di tali considerazioni, la Corte ha concluso che *"in mancanza di una limitazione espressa dello*

*stesso tenore di quella prevista per la difesa delle parti private nel processo penale dall'art. 100 cod. proc. pen., non può che applicarsi la regola generale prevista dall'art. 35 del d.lgs. cit. che estende all'ente tutte le disposizioni processuali relative all'imputato, fatta eccezione per quelle che risultino inapplicabili per oggettiva e strutturale incompatibilità, in ragione della natura giuridica della soggettività dell'ente rispetto alla qualità di persona fisica dell'imputato".*

**Articolo 448, comma 2 bis, c.p.p. – Sentenza di patteggiamento – Ricorso per cassazione – Limiti – Questione di legittimità costituzionale – Violazione del diritto di difesa – Manifesta infondatezza.**

*Cass. pen., Sez. V, Sent. 31 maggio 2021 (ud. 12 marzo 2021), n. 21497*

*Presidente De Gregorio, Relatore Settembre*

In tema di patteggiamento e ricorso per cassazione, con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione quinta, ha affermato che è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 448, comma 2 bis, cod. proc. pen., in relazione agli artt. 2, 24 e 11 Cost., in quanto la limitazione della facoltà di ricorso alle sole ipotesi espressamente previste in tale norma trova ragionevole giustificazione, nell'ambito delle scelte discrezionali riservate al legislatore, nell'esigenza di limitare il controllo di legittimità alle sole decisioni che contrastano con la volontà espressa dalle parti o che costituiscono disapplicazione dell'assetto normativo disciplinante il reato portato alla conoscenza del giudice.

**Articoli 40, comma 2, c.p., 216 L.f. – Reati fallimentari – Membri del collegio sindacale – Concorso nel reato – Responsabilità omissiva – Configurabilità – Condizioni.**

*Cass. pen., Sez. V, Sent. 26 maggio 2021 (ud. 17 marzo 2021), n. 20867*

*Presidente Sabeone, Relatore Brancaccio*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione quinta, si è pronunciata sulla responsabilità dei membri del collegio sindacale per reati di bancarotta.

Anzitutto la Corte ha ricordato che *"nei reati di bancarotta, il concorso dei componenti del collegio sindacale nei reati commessi dall'amministratore della società può realizzarsi anche attraverso un comportamento omissivo del controllo sindacale, poiché tale controllo non può e non deve esaurirsi in*

*una mera verifica formale o in un riscontro contabile della documentazione messa a disposizione dagli amministratori, ma deve ricomprendere il riscontro tra la realtà e la sua rappresentazione (...), ovvero estendersi al contenuto della gestione sociale, a tutela non solo dell'interesse dei soci ma anche di quello concorrente dei creditori sociali ed in virtù del poterdovere dei sindaci di chiedere agli amministratori notizie sull'andamento della società e delle sue operazioni gestorie, pur non potendo investire in forma diretta le scelte imprenditoriali. Tale responsabilità per omissione trova le sue radici fondanti nelle disposizioni degli artt. 2403 e ss. cod. civ."*

Al tempo stesso, hanno affermato i Giudici, *"la responsabilità dei sindaci, a titolo di concorso nel reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale, sussiste solo qualora emergano puntuali elementi sintomatici, dotati del necessario spessore indiziario, in forza dei quali l'omissione del potere di controllo - e, pertanto l'inadempimento dei poteri doveri di vigilanza il cui esercizio sarebbe valso ad impedire le condotte distrattive degli amministratori - esorbiti dalla dimensione meramente colposa per assurgere al rango di elemento dimostrativo di dolosa partecipazione, sia pure nella forma del dolo eventuale, per consapevole volontà di agire anche a costo di far derivare dall'omesso controllo la commissione di illiceità da parte degli amministratori"*.

Per ravvisare la responsabilità dei sindaci, insomma, è necessario individuare *"alcuni 'indicatori' della volontà dolosa di concorrere nel reato, per evitare il rischio di una responsabilità ascritta solo a titolo di negligenza o, peggio, derivante dalla mera posizione di controllo. Tra tali indicatori, si conferisce risalto al fatto che i sindaci siano espressione del gruppo di controllo della società; alla circostanza che di essi sia provata la rilevante competenza professionale, ovvero che i sindaci abbiano omesso, malgrado la situazione critica della società, ogni minimo controllo"*.

Diversamente, essa *"non può desumersi da una mera loro posizione di garanzia e dal mancato esercizio dei relativi doveri di controllo, ma postula l'esistenza di elementi, dotati di adeguato e necessario spessore indiziario, sintomatici della partecipazione, sia pur libera e portata 'in qualsiasi modo', dei sindaci stessi all'attività degli amministratori ovvero dell'effettiva incidenza causale dell'omesso esercizio dei doveri di controllo rispetto alla commissione del reato di bancarotta fraudolenta da parte di costoro"*.

**Articoli 590, comma 3, c.p., 2, comma 1, lett. b, D. lgs. n. 81/08 – Lesioni colpose con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro – Soggetto titolare della posizione di garanzia – Individuazione.**

*Cass. pen., Sez. IV, Sent. 1° giugno 2021 (ud. 2 marzo 2021), n. 21522*

*Presidente Menichetti, Relatore Nardin*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione quarta, si è pronunciata sulla individuazione dei soggetti responsabili, nell'ambito dell'impresa, per infortuni sul luogo di lavoro.

La Corte ha anzitutto rilevato che *“la questione posta, che inerisce all'individuazione della figura su cui gravano gli obblighi del datore di lavoro nelle società di capitali, deve essere risolta, secondo gli insegnamenti di questa Corte di legittimità, tenendo in considerazione la complessità dell'organizzazione. Perché se, in linea teorica, rivestono la qualifica di datore di lavoro tutti i componenti del consiglio amministratore, che gestisce ed organizza l'attività di impresa (...), nondimeno, in concreto, nelle realtà più articolate ed in aziende di rilevanti dimensioni, l'individuazione della figura del datore di lavoro può non coincidere con la mera assunzione formale della carica di consigliere, laddove all'interno dell'organo deliberativo siano individuati soggetti cui vengono specificamente assegnati gli obblighi prevenzionistici”*. Ora, hanno ricostruito i Giudici, *“l'assunzione della veste di garante può derivare dalla formale investitura, dall'esercizio di fatto delle funzioni tipiche della figura o dal trasferimento di poteri e funzioni da parte del soggetto che ne è titolare. Se, infatti, le figure dei garanti hanno una originaria sfera di responsabilità che non ha bisogno di deleghe per essere operante, ma deriva direttamente dall'investitura o dal fatto, la delega è invece qualcosa di diverso: essa, nei limiti in cui è consentita dalla legge, opera la traslazione dal delegante al delegato di poteri e responsabilità che sono proprie del delegante medesimo”*.

In base a tali considerazioni, la Corte ha affermato che *“ciò che identifica il datore di lavoro è, dunque, la titolarità del potere decisionale sull'impresa e del potere di spesa, cui corrisponde l'obbligo prevenzionistico derivante dallo stesso esercizio dell'impresa. È proprio l'art. 2, comma 1, lett. b) del d. lgs. 81/2008 a stabilire il legame fra l'obbligo prevenzionistico ed il soggetto titolare della responsabilità decisionale, organizzativa e di spesa*

*dell'impresa. Ed è la stessa disposizione che chiarisce come un simile rapporto derivi dal tipo di assetto organizzativo in cui il lavoratore presta la propria attività, modulando la figura di datore di lavoro non solo sulla titolarità dell'impresa e del rapporto di lavoro, ma sulla sua gestione attraverso l'esercizio dei poteri decisionali e di spesa”*.

La Corte ha così distinto le ipotesi di organizzazioni complesse da quelle piccole e medie.

Da un lato, *“nell'ambito di complesse organizzazioni imprenditoriali, in forma societaria, ciò legittima la distinzione fra ambiti gestori diversi derivanti dalla modulazione delle attribuzioni fra componenti del consiglio di amministrazione. L'estesa articolazione dell'organizzazione giustifica la ripartizione delle attribuzioni, in quanto funzionale al raggiungimento degli scopi dell'impresa. La forma può essere analoga a quella della delega di funzioni, ma anche implicita nell'incarico attribuito, consistente nel conferimento ad uno o più membri dell'organo deliberante di poteri esclusivi propri di quest'ultimo, senza che a ciò corrisponda ad una separazione tra il potere decisionale dell'imprenditore, nella sua forma societaria, e la sua gestione parcellizzata, convalidata dall'effettività del potere decisionale e di spesa conferito. Il limite dell'esonero degli altri componenti del consiglio di amministrazione è delineato dall'obbligo della vigilanza, cui l'organo deliberativo non può in alcun caso sottrarsi, in quanto organo che conferisce un potere proprio”*.

Dall'altro lato, *“una simile segmentazione dell'esercizio del potere gestorio, al contrario, non appare compatibile con realtà di piccole e medie dimensioni, la cui scarsa complessità implica l'intrinseca connessione fra la conduzione societaria dell'impresa e la sua semplice organizzazione, che non giustifica un modello di governo che ne disarticoli i poteri ed i correlativi obblighi, in assenza di una funzionalità al raggiungimento dello scopo dell'attività economica. La frammentazione per ambiti dei poteri decisori e di spesa finirebbe, infatti, con il coincidere con l'esonero di alcuni dei componenti del consiglio di amministrazione dagli obblighi prevenzionistici connessi con l'attività di impresa, senza che a ciò corrisponda alcuna effettiva esigenza organizzativa del potere decisionale”*.

**Articoli 590 c.p., 90, comma 9, lett. a), d. lgs. n. 81/2008 – Infortuni sul lavoro – Contratto di appalto – Obblighi del committente – Verifica**

**della idoneità dell'appaltatore – Omissione – Responsabilità penale.**

*Cass. pen., Sez. IV, Sent. 3 giugno 2021 (ud. 29 aprile 2021), n. 21553*

*Presidente Piccialli, Relatore Ranaldi*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione quarta, si è pronunciata in tema di infortuni sul luogo di lavoro, con specifico riferimento alla responsabilità del committente che abbia omesso di verificare l'idoneità dell'appaltatore, qualora l'infortunio si sia verificato nell'ambito di una prestazione resa mediante contratto di appalto.

Preliminarmente, la Corte ha premesso che *“nell'ambito della sicurezza sul lavoro, emerge la centralità del concetto di rischio, in un contesto preposto a governare ed evitare i pericoli connessi al fatto che l'uomo si inserisce in un apparato disseminato di insidie. Rispetto ad ogni area di rischio esistono distinte sfere di responsabilità che quel rischio sono chiamate a governare; il 'garante' è il soggetto che gestisce il rischio e, quindi, colui al quale deve essere imputato, sul piano oggettivo, l'illecito, qualora l'evento si sia prodotto nell'ambito della sua sfera gestoria. Proprio nell'ambito in parola (...) il d.lgs. n. 81 del 2008 (così come la precedente normativa in esso trasfusa) consente di individuare la genesi e la conformazione della posizione di garanzia, e, conseguentemente, la responsabilità gestoria che, in ipotesi di condotte colpose, può fondare la responsabilità penale”*.

Nella specifica ipotesi in analisi, il Collegio ha aderito all'orientamento, secondo cui *“in caso di lavori svolti in esecuzione di un contratto di appalto, sussiste la responsabilità del committente che, pur non ingerendosi nella esecuzione dei lavori, abbia omesso di verificare l'idoneità tecnico-professionale dell'impresa e dei lavoratori autonomi prescelti in relazione anche alla pericolosità dei lavori affidati, poiché l'obbligo di verifica di cui all'art. 90, [comma 9], lett. a), d. lgs. 9 aprile 2008, n. 81, non può risolversi nel solo controllo dell'iscrizione dell'appaltatore nel registro delle imprese, che integra un adempimento di carattere amministrativo”*.

**Articolo 223, comma 2, n. 2, L.f. – Bancarotta fraudolenta impropria mediante operazioni dolose – Natura ed elementi costitutivi della fattispecie – Condotta omissiva – Ammissibilità.**

*Cass. pen., Sez. V, Sent. 9 giugno 2021 (ud. 18 febbraio 2021), n. 22765*

*Presidente Vessicchelli, Relatore Belmonte*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione quinta, si è pronunciata in merito alla fattispecie di bancarotta fraudolenta impropria commessa mediante operazioni dolose (articolo 223, comma 2, n. 2, Legge fallimentare).

Spunto più interessante della sentenza riguarda la possibilità, ammessa dalla Corte, che l'operazione dolosa abbia carattere omissivo e consista nell'omesso versamento delle imposte dovute dalla società.

Su un piano generale, la Corte ha anzitutto rilevato che *“l'art. 223 comma secondo n. 2 L.f. configura una ipotesi di bancarotta fraudolenta impropria della quale possono rispondere amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori delle società fallite, che abbiano cagionato con dolo o per effetto di operazioni dolose il fallimento della società. A differenza dalla bancarotta fraudolenta patrimoniale e documentale (...), che postulano il compimento di atti di distrazione o dissipazione di beni societari, tali da creare pericolo per le ragioni creditorie, a prescindere dalla circostanza che abbiano prodotto il fallimento, essendo sufficiente che questo sia avvenuto, nella bancarotta impropria cagionata da operazioni dolose, le condotte dolose, che non necessariamente costituiscono distrazione o dissipazione di attività, devono porsi in nesso eziologico con il fallimento”*.

Secondo i Giudici di legittimità, *“si tratta di reato a forma libera, integrato da condotta attiva o omissiva, costituente inosservanza dei doveri rispettivamente imposti ai soggetti indicati dalla legge, nel quale il fallimento è evento di danno, e si ritiene che la fattispecie si realizza non solo quando la situazione di dissesto trovi la sua causa nelle condotte o operazioni dolose ma anche quando esse abbiano aggravato la situazione di dissesto che costituisce il presupposto oggettivo della dichiarazione di fallimento”*.

Più in dettaglio, *“poiché l'amministratore ha un obbligo di fedeltà nei confronti della società, ogni violazione di questo integra, sussistendone le altre condizioni, un'operazione dolosa ai sensi dell'art. 223 co. 2 n. 2 L.f., che può, pertanto, consistere nel compimento di qualunque atto intrinsecamente pericoloso per la salute economica e finanziaria della impresa e, quindi, anche in una condotta omissiva produttiva di un depauperamento non giustificabile in termini di interesse per l'impresa”*.

Difatti, si è affermato, *“la 'operazione' è termine semanticamente più ampio della 'azione', intesa come mera condotta attiva, e ricomprende l'insieme delle condotte, attive od omissive, coordinate alla*

realizzazione di un piano; sicché, può ben essere integrata dalla violazione - deliberata, sistematica e protratta nel tempo - dei doveri degli amministratori concernenti il versamento degli obblighi contributivi e previdenziali, con prevedibile aumento dell'esposizione debitoria della società".

La Corte si è poi soffermata sulla distinzione tra la fattispecie in analisi e quella, anch'essa prevista dall'art. 223, comma 2, n. 2, L.f., di bancarotta fraudolenta per aver cagionato con dolo il fallimento della società.

Secondo il Collegio "le due fattispecie contemplate dal secondo comma dell'art. 223 L.f., che, dal punto di vista oggettivo, non presentano sostanziali differenze, sotto il profilo soggettivo, vanno tenute distinte. Secondo la testuale previsione normativa di cui al comma secondo dell'art. 223 L.f., la causazione del fallimento deve essersi verificata con dolo o per effetto di operazioni dolose, incentrandosi la differenza tra tali due fattispecie - che contemplano entrambe una condotta dei soggetti qualificati che ha determinato il dissesto da cui è scaturito il fallimento - sull'elemento soggettivo, nel senso che la locuzione 'con dolo' va intesa con riferimento alla definizione di cui all'art. 43 cod. pen., per cui il fallimento deve essere previsto e voluto dall'agente come conseguenza della sua azione od omissione; la giurisprudenza è orientata, cioè, a ritenere che detta espressione si riferisca ai soli casi in cui il fallimento della società sia stato l'obiettivo avuto di mira dall'agente (dolo diretto)". Si tratta, dunque, di una fattispecie a dolo diretto di evento.

Viceversa, "nel fallimento conseguente a operazioni dolose, esso è solo l'effetto, dal punto di vista della causalità materiale, di una condotta volontaria, ma non intenzionalmente diretta a produrre il dissesto fallimentare, anche se il soggetto attivo dell'operazione ha accettato il rischio che esso si verifichi. (...) Si afferma, infatti, che non è necessaria la volontà diretta a provocare il dissesto, essendo sufficiente la consapevolezza di porre in essere un'operazione che, concretandosi in un abuso o in un'infedeltà nell'esercizio della carica ricoperta o in un atto intrinsecamente pericoloso per la salute economico finanziaria della società, determini l'astratta prevedibilità della decozione". Si tratta, dunque, di una fattispecie a dolo generico.

**Articolo 316 bis c.p. - finanziamento assistito dalla garanzia a prima richiesta rilasciata da Sace Spa - mancata destinazione delle somme erogate alla finalità prevista dalla legge -**

**malversazione a danno dello Stato - non configurabilità.**

Cass. pen., Sez. VI, Sent. 4 giugno 2021 (ud. 15 aprile 2021), n. 22119

Presidente Mogini, Relatore Tripicione

In tema di legislazione emergenziale volta al sostegno delle imprese colpite dalla pandemia da Covid 19, la Corte di cassazione, Sezione sesta, ha affermato che non è configurabile il reato di cui all'art. 316 bis c. p. (malversazione a danno dello Stato) nel caso in cui, successivamente all'erogazione da parte di un istituto di credito di un finanziamento assistito dalla garanzia a prima richiesta rilasciata da SACE S.p.A., ai sensi del d.l. 8 aprile 2020, n. 23, convertito con modificazioni dalla legge 5 giugno 2020, n. 40, gli importi erogati non vengano destinati alle finalità cui detto finanziamento è destinato per legge.

Nella fattispecie, infatti, "il finanziamento, sebbene connotato da onerosità attenuata e destinato alla realizzazione delle finalità di interesse pubblico, non viene erogato direttamente dallo Stato o da altro ente pubblico, bensì da un soggetto privato (nel caso concreto, un istituto bancario)", potendosi, dunque, individuare "due rapporti giuridici: uno tra l'impresa ed il soggetto finanziatore, riconducibile ad un mutuo di scopo legale; ed uno, di carattere accessorio, avente ad oggetto la garanzia a prima richiesta rilasciata da SACE S.p.A. (a sua volta coperta da garanzia dello Stato) al soggetto finanziatore per il caso di mancata restituzione del finanziamento".

Solo l'inadempimento di tale obbligazione restitutoria, ritiene la Corte, "rende operativa la garanzia pubblica, cosicché, in assenza di tale presupposto, ogni onere connesso all'erogazione del finanziamento rientra esclusivamente nel rapporto principale tra l'impresa ed il soggetto finanziatore. Di contro, la condotta di sviamento delle somme erogate dalla finalità legale cui le stesse sono destinate, ove non accompagnata dall'inadempimento dell'obbligo di restituzione delle somme erogate, non può comportare l'attivazione della garanzia pubblica. Tale 'distrazione' delle somme dalla finalità di interesse generale per cui sono state erogate è destinata, tuttavia, a rilevare nell'ambito del rapporto principale di mutuo".

Di conseguenza, "deve escludersi che, in presenza di un finanziamento erogato ai sensi della legge n. 40 del 2020 e assistito dalla garanzia di SACE S.p.A., l'omessa destinazione delle somme così ottenute alle finalità di interesse generale previste

*dall'art. 1 della legge citata possa configurare la condotta sanzionata dall'art. 316-bis cod. pen.*”.

**Articoli 5, comma 1, 25 septies, D. lgs. n. 231/2001 – Reati colposi di evento in violazione della normativa antinfortunistica – Interesse o vantaggio dell'ente – Nozione.**

*Cass. pen., Sez. IV, Sent. 8 giugno 2021 (ud. 3 marzo 2021), n. 22256*

*Presidente Piccialli, Relatore Proto Pisani*

Segnaliamo, in tema di responsabilità degli enti ex D. Lgs. 231/2001, la sentenza con cui la quarta sezione penale della Corte di Cassazione ha affermato i seguenti principi di diritto con specifico riferimento alla sussistenza del requisito dell'“interesse” e/o del “vantaggio” nel caso di reati colposi di evento in violazione della normativa antinfortunistica.

Quanto alla valutazione della sussistenza del requisito dell'“interesse”, sono stati affermati i seguenti principi di diritto:

– *“ricorre il requisito dell'interesse quando la persona fisica, pur non volendo il verificarsi dell'evento morte o lesioni de/lavoratore, ha consapevolmente violato la normativa cautelare allo scopo di conseguire un'utilità per la persona giuridica e la mancata adozione delle cautele antinfortunistiche è l'esito non di una semplice sottovalutazione dei rischi o di una cattiva considerazione delle misure di prevenzione necessarie, ma di una scelta finalisticamente orientata a risparmiare sui costi di impresa [ ...]in materia di prevenzione”;*

– *“l'interesse è un criterio soggettivo, il quale rappresenta l'intento del reo di arrecare un beneficio all'ente mediante la commissione del reato, che deve essere accertato mediante una valutazione ex ante essendo del tutto irrilevante che si sia o meno realizzato il profitto sperato”;*

– *il requisito della commissione del reato nell'interesse dell'ente non richiede, ai fini della sua integrazione, la sistematicità delle violazioni antinfortunistiche, essendo ravvisabile “anche in relazione a una trasgressione isolata dovuta a un'iniziativa estemporanea, allorché altre evidenze fattuali dimostrino il collegamento finalistico tra la violazione e l'interesse dell'ente», in quanto la sistematicità della violazioni «attiene al piano prettamente probatorio, quale possibile indizio della esistenza dell'elemento finalistico della condotta dell'agente”.*

Quanto alla valutazione della sussistenza del requisito del “vantaggio”, sono stati affermati i seguenti principi di diritto:

– *“ricorre il requisito del vantaggio quando la persona fisica, agendo per conto dell'ente, pur non volendo il verificarsi dell'evento morte o lesioni del lavoratore, ha violato sistematicamente le norme prevenzionistiche, e, dunque ha realizzato una politica di impresa disattenta alla materia della sicurezza sul lavoro, consentendo una riduzione dei costi e un contenimento della spesa con conseguente massimizzazione del profitto” ovvero “massimizzazione della produzione, indipendentemente dalla volontà di ottenere il vantaggio stesso» oppure consentendo una «riduzione dei tempi di lavorazione”;*

– *“il vantaggio è criterio oggettivo, legato all'effettiva realizzazione di un profitto, di importo non irrisorio, in capo all'ente quale conseguenza della violazione delle regole cautelari antinfortunistiche, il quale deve essere analizzato, a differenza dell'interesse, ex post, senza che sia necessario che il reo abbia volontariamente violato le regole cautelari al fine di risparmiare, in quanto la mancanza di tale volontà rappresenta la sostanziale differenza rispetto all'interesse”;*

– *“il concreto apprezzamento della consistenza del vantaggio, cioè del suo importo non irrisorio, è rimesso alla valutazione del giudice di merito, che resta insindacabile ove congruamente ed adeguatamente motivata”;*

– *“ai fini dell'integrazione del requisito del vantaggio non è necessaria la sistematicità delle violazioni antinfortunistiche, essendo ravvisabile tale criterio di imputazione anche in relazione a una trasgressione isolata, allorché altre evidenze fattuali dimostrino la consistenza del vantaggio derivato all'ente dalla commissione del reato, in quanto la sistematicità della violazioni attiene al piano prettamente probatorio, quale possibile indizio della consistenza del vantaggio”.*

Al fine di *“impedire un'applicazione automatica della norma che ne dilati a dismisura l'ambito di operatività ad ogni caso di mancata adozione di qualsivoglia misura di prevenzione (che implica quasi sempre un risparmio di spesa il quale può, però, non essere rilevante”* – ha concluso la Corte – *ove il giudice di merito “accerti l'esiguità del risparmio di spesa derivante dall'omissione delle cautele dovute, in un contesto di generale osservanza da parte dell'impresa delle disposizioni in materia di sicurezza*

del lavoro (ed in mancanza di altra prova che la persona fisica, omettendo di adottare tali cautele, abbia agito proprio allo scopo di conseguire un'utilità per la persona giuridica, e – quindi – in una situazione in cui l'omessa adozione delle cautele dovute sia plausibilmente riconducibile anche a una semplice sottovalutazione del rischio o ad un'errata valutazione delle misure di sicurezza necessarie alla salvaguardia della salute dei lavoratori), ai fini del riconoscimento del requisito del vantaggio occorre la prova della oggettiva prevalenza delle esigenze della produzione e del profitto su quella della tutela della salute dei lavoratori quale conseguenza delle cautele omesse: la prova, cioè, dell'effettivo, apprezzabile (cioè non irrisorio) vantaggio (consistente nel risparmio di spesa o nella massimizzazione della produzione, che può derivare, anche, dall'omissione di una singola cautela e anche dalla conseguente mera riduzione dei tempi di lavorazione) non desumibile, sic et simpliciter, dall'omessa adozione della misura di prevenzione dovuta”.

**Articoli 640, comma 2, n. 1, cod. pen.; 24, d. lgs. n. 231/2001 – Truffa ai danni dello Stato – Illecito amministrativo – Responsabilità dell'ente – Interesse o vantaggio dell'ente – Configurabilità – Presupposti.**

*Cass. pen., Sez. II, Sent. 15 giugno 2021 (ud. 23 aprile 2021), n. 23300*

*Presidente Cervadoro, Relatore Pardo*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione seconda, si è pronunciata in merito alla responsabilità amministrativa delle società, dipendente dal reato di truffa ai danni dello stato (articoli 640, comma 2, n. 1, cod. pen.; 24, d. lgs. n. 231/2001).

Anzitutto, la Corte ha ricordato che “il d. lgs. n. 231 del 2001, art. 5, comma 1 prevede che il fatto, in grado di consentire il trasferimento di responsabilità dalla persona fisica all'ente, sia commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente. Precisando al comma 2 d. lgs. n. 231 del 2001 che la responsabilità cessa ove il fatto sia commesso nell'esclusivo interesse proprio o di terzi e cioè per un fine che non avvantaggia in alcun modo l'ente stesso. L'assenza dell'interesse rappresenta, dunque, un limite negativo della fattispecie”.

Alla luce del riportato quadro normativo, il Collegio ha affermato che “in caso di truffa ai danni dello Stato finalizzata ad ottenere un cospicuo finanziamento in conto capitale in assenza dei presupposti, il reato

risulta commesso proprio nell'interesse della persona giuridica che detti capitali ottiene ed utilizza per la propria attività, mentre diversamente sarebbe ove fosse stato dimostrato che il finanziamento illecito era stato immediatamente distratto a vantaggio esclusivo dei soci”.

Al tempo stesso, ha affermato la Corte, non “risulta decisiva la circostanza del concorrente interesse personale dei soci; difatti si è già affermato come sussiste la responsabilità da reato dell'ente qualora la persona giuridica abbia avuto un interesse anche solo concorrente con quello dell'agente alla commissione del reato presupposto (...); principio, questo, ribadito anche in altre pronunce secondo cui ai fini della configurabilità della responsabilità da reato dell'ente, l'interesse dell'autore del reato può anche solo coincidere con quello della persona giuridica, alla quale sarà imputabile l'illecito anche quando l'agente, perseguendo il proprio autonomo interesse, finisca per realizzare obiettivamente quello dell'ente (...).”

Nel caso di specie l'ente era stato condannato, essendone stato accertato l'interesse, poiché era stato dimostrato che il profitto illecito della truffa era stato utilizzato per costruire l'impianto industriale nel quale era stata condotta l'attività d'impresa, e che lo stesso aveva iniziato ad operare esclusivamente grazie all'ottenimento di quel finanziamento frutto di artifici.

**Articolo 165, comma 1, c.p. – Sospensione condizionale della pena – Difetto di costituzione di parte civile – Subordinazione all'adempimento dell'obbligo delle restituzioni di beni conseguiti per effetto del reato – Impossibilità.**

*Cass. pen., Sez. II, Sent. 18 giugno 2021 (ud. 22 aprile 2021), n. 24112*

*Presidente Cammino, Relatore di Paola*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione seconda, dando seguito al proprio più recente orientamento, ha affermato che “il giudice non può subordinare la sospensione condizionale della pena, in difetto della costituzione di parte civile, all'adempimento dell'obbligo delle restituzioni di beni conseguiti per effetto del reato, perché queste, come il risarcimento, riguardano solo il danno civile e non anche il danno criminale, che si identifica con le conseguenze di tipo pubblicistico che ineriscono alla lesione o alla messa in pericolo del bene giuridico tutelato dalla norma penale e che assumono rilievo, a norma dell'art. 165 cod. pen., solo se i loro effetti non sono ancora cessati”.

**Articolo 640 quater c.p. – Truffa ai danni dello Stato – Sequestro finalizzato alla confisca del profitto – Persona estranea al reato – Nozione.**

*Cass. pen., Sez. V, Sent. 21 giugno 2021 (ud. 14 maggio 2021), n. 24248*

*Presidente Guardiano, Relatore Riccardi*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione quinta, si è pronunciata in tema di sequestro finalizzato alla confisca del profitto del reato presso terzi, vale a dire soggetti distinti dall'autore del fatto. In una vicenda nella quale era, fra l'altro, contestato il reato di truffa ai danni dello stato, il giudice cautelare aveva disposto il sequestro ai fini della confisca ex art. 640 quater c.p. nei confronti della società in cui era inquadrato il presunto autore del fatto.

La Corte ha annullato il provvedimento di sequestro, ritenendo che l'ente non potesse in alcun modo considerarsi coinvolto nel reato, tenuto anche conto che, pur in presenza di un reato presupposto, ad esso non era contestato l'illecito amministrativo ex d. lgs. n. 231/2001, con ciò dovendosi ritenere sussistente la qualifica di "persona estranea al reato" che esclude la confisca, e prima ancora il sequestro.

Il Collegio ha colto l'occasione per rammentare i consolidati orientamenti della giurisprudenza di legittimità sui rapporti tra sequestro e confisca, da un lato, e i soggetti terzi, dall'altro.

Anzitutto, la Corte ha ricordato che *"terzo è la persona estranea al reato, ovvero la persona che non solo non abbia partecipato alla commissione del reato, ma che da esso non abbia ricavato vantaggi e utilità (...); soltanto colui che versi in tale situazione oggettiva e soggettiva può vedere riconosciuta la intangibilità della sua posizione giuridica soggettiva e l'insensibilità di essa agli effetti del provvedimento di confisca"*.

Inoltre, *"al requisito oggettivo, integrato dalla non derivazione di un vantaggio dall'altrui attività criminosa, deve aggiungersi la connotazione soggettiva della buona fede del terzo, intesa come 'non conoscibilità, con l'uso della diligenza richiesta dalla situazione concreta, del predetto rapporto di derivazione della propria posizione soggettiva dal reato commesso dal condannato'"*.

Infine, ha ribadito il Collegio che *"è onere del terzo che voglia far valere un diritto acquisito sul bene, allegare gli elementi che concorrono ad integrare le condizioni di appartenenza del bene e della sua buona fede, dalle quali dipende l'operatività della situazione*

*impeditiva o limitativa del potere di confisca dello Stato"*.

**Articolo 322 ter c.p. – Profitto di reato – Confisca per equivalente – Denaro – Disponibilità in capo al reo – Nozione.**

*Cass. pen., Sez. III, Sent. 24 giugno 2021 (ud. 23 marzo 2021), n. 24666*

*Presidente Andreatza, Relatore Macrì*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione terza, è tornata a pronunciarsi sulla nozione di "disponibilità" in capo al reo, che deve connotare il denaro oggetto di sequestro/confisca per equivalente, ai sensi dell'art. 322 ter cod. pen.

Anzitutto, la Corte ha ribadito che *"la delega ad operare su un conto corrente intestato ad altri configura certamente il requisito della 'disponibilità' di cui all'art. 322-ter cod. pen."*, sicché il denaro ivi presente può essere attinto dal sequestro finalizzato alla confisca per equivalente.

La Corte ha tuttavia precisato che *"se il denaro è della persona giuridica di cui la persona fisica è amministratore è necessario verificare la sussistenza di altri elementi che convincano della 'disponibilità'. Infatti, l'amministratore della società è evidentemente abilitato ad operare sul conto nell'ambito dei suoi obblighi contrattuali con la persona giuridica, con la conseguenza che il saldo non è tecnicamente nella sua 'disponibilità' essendone lui, appunto, un mero gestore"*.

A conforto di tale conclusione, la Corte ha richiamato la propria precedente giurisprudenza, secondo cui *"la disponibilità, che consiste nella relazione della signoria di fatto dell'indagato o del condannato sul bene, a prescindere dalle categorie del diritto privato, può essere desunta anche dalla titolarità di una delega ad operare su conti correnti o altri rapporti bancari, sebbene la delega non possa ritenersi da sola elemento dimostrativo del potere di esercitare in autonomia le facoltà del proprietario o del possessore delle somme, non foss'altro che per l'esistenza del negozio di mandato che implica il dovere di rendere conto dell'attività svolta al delegante"*.

Pertanto, ha concluso la Corte, *"deve sempre esaminarsi il contenuto della delega, per verificare l'esistenza di eventuali limiti. Tuttavia, anche laddove non vi siano limiti, è pur sempre necessario verificare la presenza di ulteriori elementi di fatto che possano fondare il giudizio, in fase cautelare, di ragionevole probabilità, circa la disponibilità delle somme da parte del delegato"*.

**Articoli 13, 13 bis, d. lgs. n. 74/2000 – Estinzione del debito tributario – Compensazione con crediti di imposta – ammissibilità.**

*Cass. Pen., Sez. III, Sent. 7 luglio 2021 (ud. 5 marzo 2021), n. 25792*

*Presidente Liberati, Relatore Gentili*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione terza, si è pronunciata in merito alle modalità di estinzione del debito tributario, che possono assumere rilevanza ai fini delle valutazioni cui è chiamato il giudice penale che prenda cognizione di un reato tributario.

Il ricorrente, indagato per il reato di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture per operazioni inesistenti, e vistosi applicare un sequestro preventivo sino alla concorrenza della somma di Euro 2,496.789,07, aveva richiesto al GIP di Velletri la revoca parziale di tale sequestro in relazione alla quota di debito tributario che egli aveva nel frattempo provveduto ad estinguere mediante compensazione con un credito d'imposta. Il GIP aveva rigettato l'istanza, ed analogo provvedimento aveva adottato il Tribunale di Roma in funzione di giudice dell'appello cautelare, mediante un'ordinanza fatta poi oggetto del ricorso per cassazione in questione. Tra le ragioni del rigetto, figurava il rilievo secondo cui, essendovi stata compensazione del debito tributario con crediti, l'adempimento tributario avrebbe potuto dirsi avvenuto solo a seguito di una verifica da parte dell'Agenzia delle Entrate circa l'effettiva esistenza dei crediti.

Tra gli elementi ostativi all'accoglimento delle istanze dell'indagato volte ad ottenere la revoca parziale del sequestro militava anche un precedente di legittimità (Cass. Pen., Sez. III, n. 17806-20) in cui si era statuito che la compensazione legale di un debito IVA con un credito d'imposta vantato dal contribuente, costituendo un modo di estinzione dell'obbligazione diverso dall'adempimento, non avrebbe potuto costituire una forma di pagamento rilevante ai fini penali.

In questa occasione, la Terza Sezione ha invece accolto il ricorso dell'indagato, operando un'interpretazione restrittiva e condivisibile dell'art. 12-bis d.lgs. 74/2000, atta a valorizzare il fatto che possa procedersi a confisca (e prim'ancora a sequestro preventivo) dei soli beni che costituiscano il prezzo o il profitto del reato tributario, mentre, nella fattispecie, un simile profitto dovrebbe ritenersi venuto meno per effetto della compensazione. Con le parole della Corte: *“la circostanza che a siffatta definizione si sia pervenuti (...) tramite l'avvenuta compensazione fra poste attive e poste passive riferite al contribuente è fattore del tutto irrilevante, posto che, in ogni caso, a seguito dell'avvenuta compensazione è venuta meno l'obbligatorietà della prestazione indicata in sede di accertamento con adesione, il debito tributario dovrebbe intendersi ormai estinto e, pertanto, la somma ad esso riferita non può intendersi essere profitto conseguito attraverso la commissione del reato in provvisoria contestazione”*.

## LEGISLAZIONE

**Decreto-Legge 1° aprile 2021, n. 44, convertito con modificazioni dalla Legge 28 maggio 2021, n. 76 – Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici.**

È stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n.79 del 01-04-2021 (data di entrata in vigore) il Decreto-Legge 1° aprile 2021, n. 44 recante *“Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici”*.

L'art. 3 interviene in tema di vaccinazioni e cd. “scudo penale” stabilendo quanto segue: *“Per i fatti di cui*

*agli articoli 589 e 590 del codice penale verificatisi a causa della somministrazione di un vaccino per la prevenzione delle infezioni da SARSCoV -2, effettuata nel corso della campagna vaccinale straordinaria in attuazione del piano di cui all'articolo 1, comma 457, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, la punibilità è esclusa quando l'uso del vaccino è conforme alle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione all'immissione in commercio emesso dalle competenti autorità e alle circolari pubblicate sul sito istituzionale del Ministero della salute relative alle attività di vaccinazione”*.



TRIMESTRALE, 2, 2021

L'art. 6 stabilisce, in tema di giustizia, che le misure temporanee adottate dal Decreto Cura Italia (d.l. n. 18/2020) e dal Decreto Ristori (d.l. n. 137/2020) sono prorogate fino e non oltre il 31 luglio 2021.

## CONTRIBUTI

### Il nuovo abuso di ufficio: note in tema di revoca delle sentenze definitive di condanna.

di **G. Grasso**

Con l'art. 23, comma 1 del Decreto Legge 16 luglio 2020, nr. 76, entrato in vigore il 17 luglio 2020, convertito (senza modifiche sul punto) dalla Legge 11 settembre 2020, n. 120 ed entrata in vigore il 15.09.2020, è stata modificata la prima parte dell'art. 323 c.p. (Abuso d'ufficio), che a oggi dispone che il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio potranno commettere l'indicato delitto solo in caso di *violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità*, e non più in conseguenza della inosservanza di qualsiasi *norme di legge o di regolamento*.

È una modifica rilevante dell'elemento della tipicità del fatto punibile, tale da imporre un forte ridimensionamento della condotta incriminata con ricadute anche per le sentenze ormai coperte da giudicato.

Il presente contributo offre una lettura del rapporto tra la riformulazione dell'art. 323 c.p. e l'art. 2, comma 2 c.p., al fine di dare una linea di demarcazione ai confini applicativi della cd. *abolitio criminis* parziale.

**Sommario.** **1.** Il nuovo art. 323 c.p.: una riforma inaspettata. – **2.** Il ridimensionamento della condotta punibile dell'abuso d'ufficio. – **3.** Relazione di specialità e confronto tra vecchio e nuovo fatto tipico. – **4.** Criterio di contenenza e successione normativa in rapporto a figure di reati affini: *abolitio sine abrogatio*? – **5.** Problematiche di diritto intertemporale alla luce dei limiti del giudizio di esecuzione – **6.** Una conclusione alternativa: *abolitio criminis* e contestuale nuova incriminazione nel rapporto tra vecchia e nuova formulazione dell'art. 323 c.p.

#### 1. Il nuovo art. 323 c.p.: una riforma inaspettata.

L'avvento della pandemia da COVID-19 è stata l'occasione per riformare in senso limitativo la portata applicativa della fattispecie incriminatrice dell'abuso d'ufficio di cui all'art. 323 del c.p..

Con l'entrata in vigore dell'art. 23, comma 1 del decreto legge 16 luglio 2020, nr. 76 (vigente dal 17 luglio 2020), successivamente convertito sul punto senza modifiche dalla legge 11 settembre n. 120, è stata operata una riscrittura della prima parte dell'art. 323 c.p. (cd. abuso d'ufficio per violazione di norme), prevedendo che il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio potranno essere puniti con la pena prevista dal delitto in parola (oggi la reclusione da 1 a 4 anni) solo in caso di *violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità*, e non più in conseguenza della inosservanza di qualsiasi norme di legge o di regolamento.

La peculiare contingenza del momento ha imposto una riforma normativa che si pone in contro

tendenza rispetto ai più recenti interventi in tema di delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione (il riferimento è alla nota riforma cd. spazzacorrotti, legge nr. 3/2019)<sup>1</sup>.

Già lo *slogan* utilizzato in conferenza stampa, per la presentazione del decreto, "*funzionari pubblici: basta paura, conviene sbloccare*" è chiara espressione della volontà di incentivare i pubblici amministratori e i dipendenti pubblici ad agire con maggior celerità e con minore preoccupazione per una possibile responsabilità penale, riducendo il rischio penale del loro agire<sup>2</sup>. Si è operato quindi riducendo la condotta integrante l'abuso d'ufficio, così da assicurare gli operatori del settore pubblico, sollecitati a "*darsi da fare*" in questo tempo di profonda crisi, con frasi del tipo: "*stop alla paura della firma: i funzionari pubblici devono poter sbloccare lavori e spese*"<sup>3</sup>.

La limitazione della rilevanza penale della inosservanza di norme porta, conseguenzialmente, a una significativa riduzione del controllo della magistratura penale sugli atti della P.A., cui si affianca, sempre nel decreto semplificazioni, e anche

l'intervento sulla responsabilità erariale dei pubblici funzionari: l'agire amministrativo diventa così meno rischioso, permanendo l'azione della magistratura contabile ristretta solo al caso di dolo e con esclusione perfino della colpa grave.

In sintesi, sull'onta della pandemia che ha ingenerato una crisi economica senza eguali, il Governo della spazzacorrotti e delle *manette facile* ha invertito la bussola politico criminale riducendo lo spazio di responsabilità penale dei pubblici ufficiali, oggi integrabile solo violando *specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità*<sup>4</sup>.

## 2. Il ridimensionamento della condotta punibile dell'abuso d'ufficio.

Come già riportato, l'art. 23 del decreto-legge semplificazioni, invariato dopo la legge di conversione (n. 120/2020), ha inciso in modo ampio sulla prima parte dell'art. 323 c.p., con una rideterminazione dell'oggetto della condotta punibile, e segnatamente delle norme inosservate integranti il fatto tipico legale, che si estende su una triplice direttrice<sup>5</sup>:

1. esclusione dei regolamenti dalle norme passibili di violazioni, con limitazione drastica alla sola legge e agli atti avente forza di legge;
2. normativizzazione del contenuto della norma di sola legge violata, che deve prevedere regole di condotta connotate da determinatezza e tassatività ("specifiche" ed "espressamente previste")<sup>6</sup>;
3. estromissione di norme di comportamento dalle quali residuano margini di discrezionalità<sup>7</sup>.

Nella seconda parte del comma 1 dell'art. 323 c.p., invece, la norma incriminatrice è risultata immutata prevedendo ancora la condotta tipica della violazione dell'obbligo di astensione in caso di conflitto di interessi. Invariato è rimasto anche l'evento consequenziale della condotta tipica, che è noto concretizzarsi nella duplice condizione susseguente dell'ingiusto vantaggio patrimoniale e del danno ingiusto altrui.

Dal punto di vista processuale, si è realizzata l'esclusione dal novero delle condotte punibili di quelle realizzate attraverso atti amministrativi affetti dal vizio dell'incompetenza o dell'eccesso di potere<sup>8</sup>. L'esclusione di tali ipotesi fattuali molto frequenti negli atti della P.A. dal novero di quelle penalmente

rilevanti era già in passato stato l'obiettivo principale di altre riforme dell'abuso d'ufficio, in particolare di quella del 1997, apportata con la legge n. 234/1997<sup>9</sup>. Difatti, proprio con l'introduzione in quell'anno dell'espressione "*in violazione di norme di legge o di regolamento*", si tendeva a escludere il potere di sindacato della magistratura penale sull'operato della P.A. rispetto a quelle ipotesi rappresentanti due dei tre vizi tipici degli atti amministrativi<sup>10</sup>.

Come è noto, tuttavia, la giurisprudenza, dopo un periodo di applicazione probabilmente maggiormente adesivo alla volontà legislativa<sup>11</sup>, ha in operato per una ricostruzione più ampia del tessuto normativo. Così con la nota sentenza Rossi delle Sezioni Unite della Suprema Corte<sup>12</sup> è stato definitivamente assunto l'eccesso di potere nell'ambito della violazione di legge<sup>13</sup>. Attraverso il generico concetto di sviamento di potere, riscontrabile in ipotesi di incompetenza ed eccesso nella funzione, la giurisprudenza penale ha ritenuto, negli ultimi anni, sussistente l'abuso d'ufficio proprio in quei provvedimenti discrezionali tramite i quali la funzione pubblica viene esercitata per un fine diverso da quello per cui è attribuito il potere al singolo P.U.<sup>14</sup>. In siffatti casi, si è sostenuto che la violazione di legge si integra non solo quando la condotta del pubblico ufficiale sia svolta in contrasto con le norme che regolano l'esercizio della sua funzione o del suo potere, ma anche quando la stessa risulti diretta alla realizzazione di un unico e chiaro interesse che collide con quello tipico per il quale il potere gli è concesso<sup>15</sup>.

Dunque, è proprio dietro la figura dell'eccesso di potere (più che dell'incompetenza), sotto forma dello sviamento della funzione pubblica, che si è da sempre annidato il rischio dell'invasione del sindacato e del controllo penale nell'attività amministrativa e, in particolare, nella gestione politica<sup>16</sup>.

E, questa, come detto, è stata la direzione della riforma in esame che ha operato nella triplice indicazione indicata.

Inoltre, sembra potersi aggiungere che ulteriore restringimento operato dal legislatore abbia riguardato le condotte inosservanti, in via generale, del principio di buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione di cui all'art. 97 della Costituzione<sup>17</sup>. Obiettivo dell'intervento riduttivo del legislatore è stato, quindi, il superamento di quell'orientamento giurisprudenziale che, assegnando all'art. 97 Cost. una funzione immediatamente

precettiva ha ampliato la fattispecie incriminatrice di cui all'art. 323<sup>18</sup>. La necessaria indicazione della previsione legislativa violata di *specifiche regole di condotta espressamente previste (...) dalle quali non residuino margini di discrezionalità* dovrebbe, infatti, deporre nel senso che norma rilevante ai sensi del novellato articolo 323 c.p. non può essere ritenuto, per il suo carattere generale, la disposizione costituzionale<sup>19</sup>.

Conseguentemente, una interpretazione giurisprudenziale, fedele anche alla volontà storica del legislatore del 2020, dovrebbe, verosimilmente, lasciare fuori una simile opzione ermeneutica. Solo le violazioni di specifiche regole di condotta di fonte legale – determinata e precisa nel suo contenuto – e non più di quelle di fonte regolamentare possono integrare la fattispecie di abuso di ufficio<sup>20</sup>.

In sintesi, il novellato art. 323 c.p., prima parte, prevede una condotta punibile molto ridimensionata rispetto alla precedente in termini qualitativi e quantitativi; niente più rilevanza penale per atti affetti da vizi di eccesso o sviamento di potere, ovvero di semplice incompetenza, né in violazione del generale principio di buon andamento e imparzialità della P.A., connessi ad un più ampio concetto di discrezionalità tecnica o politica che sia<sup>21</sup>.

### 3. Relazione di specialità e confronto tra vecchio e nuovo fatto tipico.

Inquadrando l'intervento legislativo nell'ambito della successione di leggi, dal confronto tra la formulazione del 1997 e quella vigente della fattispecie di abuso d'ufficio, emerge che la interpolazione operata dal legislatore del 2020 ha apportato una duplice concomitante conseguenza: una specialità per specificazione e una specialità per aggiunta rispetto al testo precedente<sup>22</sup>.

Infatti, nel caso della riformulazione dell'art. 323 c.p., come detto, la modifica apportata ha riguardato da un lato una specificazione della qualità della norma di legge violata – che a oggi deve avere a oggetto *specifiche regole di condotta espressamente previste* dalla sola legge o atto avente forza di legge – e dall'altro lato l'aggiunta di un elemento specializzante nuovo dato dall'assenza di margini di discrezionalità.

L'inserimento delle nuove formule semantiche ha, quindi, prodotto una duplice specialità unidirezionale diacronica: la qualità della norma violata (solo di legge o atto equiparato e che preveda regole di condotta specifiche) e l'assenza di

discrezionalità nella sua applicazione presentano, infatti, le caratteristiche, proprie, della specialità per specificazione (le prime) e per aggiunta (la seconda). Riportate le modifiche in questa cornice, ne deriva che condotte prima tipiche e perciò punibili in base alla vecchia formulazione dell'art. 323 c.p., oggi non lo sono più. Il fortissimo ridimensionamento apportato alla fattispecie di abuso d'ufficio, che secondo autorevole dottrina ha ingenerato una vera e propria depenalizzazione del reato<sup>23</sup>, potrebbe, conseguentemente avere ripercussioni anche sulle condanne coperte da giudicato.

### 4. Criterio di continenza e successione normativa in rapporto a figure di reati affini: *abolitio sine abrogatio*?

Un raffronto strutturale tra la vecchia e la nuova formulazione dell'art. 323 c.p. conferma l'avvenuto ridimensionamento, quasi nel senso di una totale abrogazione, della fattispecie: alla stregua della relazione di continenza, come ribadita dalle Sezioni Unite Giordano, tantissime condotte prima incriminate sono ora coperte da *abolitio criminis*. La doppia emenda specializzante lascia in vita poche ipotesi delle condotte tradizionalmente considerate integranti l'abuso d'ufficio dalla giurisprudenza (eccesso di potere e incompetenza, in uno all'ampio settore della cd. discrezionalità tecnico-amministrativa).

Tuttavia, prima di poter affermare che si è così giunti a una situazione di *abolitio criminis*, è necessario porre in essere un ulteriore raffronto tra le condotte rientranti nel campo di applicazione del "vecchio" art. 323 c.p. e altre ipotesi di reato che potrebbe ingenerare la nota vicenda della cd. *abolitio sine abrogatio*<sup>24</sup>.

In primo luogo, non appare assolutamente ammissibile, né per i fatti pregressi né tanto meno per i fatti futuri, la riviviscenza della sottofattispecie dell'abuso di ufficio preveduto nella seconda parte del comma 1 dell'art. 323 c.p. (rimasto inalterato)<sup>25</sup>. Operando diversamente, si incorrerebbe in una violazione del divieto di analogia, vista l'impossibilità di ritenere che semplici condotte inosservanti di norme aspecifiche e/o regolamentari e/o discrezionali possa integrare una omessa astensione per conflitto di interesse<sup>26</sup>.

Ebbene, pur essendo la seconda modalità di integrazione dell'abuso d'ufficio incentrata su una situazione di "conflitto di interessi", essa è chiara derivazione dell'abrogata figura dell'interesse

privato in atti d'ufficio (art. 324 c.p., abolito sin dal 1990), poiché la condotta tipica consiste sempre nella violazione di un obbligo di astensione nel caso in cui vi sia un interesse privato del P.U.<sup>27</sup>, tale da rendere la sottofattispecie in parola incentrata sulla punibilità della mancata astensione. Questo anche se rimane imprecisa e indeterminata la clausola di chiusura degli "altri casi prescritti". Ad ogni modo, rileva in questa sede la possibilità, da sempre ammessa dalla giurisprudenza di legittimità, che l'obbligo di astensione sia operante anche se preveduto non da una specifica regola di condotta di fonte esclusivamente legislativa, ma anche regolamentare e/o di indirizzo e/o di principio<sup>28</sup>.

Non è da escludere categoricamente, però, che una interpretazione estensiva e di nuovo conio dell'obbligo di astensione negli altri prescritti, autogiustificatasi dalla necessità di non lasciare vuoti di tutela rispetto ad un'oggettività giuridica collettiva di primaria importanza come quella della imparzialità e del buon andamento della P.A., possa rivalorizzare l'ipotesi fattuale della omessa astensione negli *altri casi prescritti*, riconsiderando tale obbligo preveduto tra le fonti escluse (*regolamenti*, norme espressive di *principi generali*, atti discrezionali, ecc.), e disancorandolo a casi di conflitto di interessi *strictu sensu* inteso<sup>29</sup>.

Ma ciò, ovviamente solo per il futuro, non certamente per il passato, per quanto detto.

Stesso discorso può essere fatto in relazione ad ipotesi di reato affini, che la clausola di sussidiarietà espressa dell'abuso d'ufficio ha sempre limitato nella loro possibile applicabilità concorrenziale. Ci si riferisce ai delitti di rifiuto ed omissione di atti d'ufficio ex art. 328 c.p., e peculato d'uso di cui all'art. 314, comma 2 c.p.<sup>30</sup>.

L'art. 323 c.p. esordisce tuttora con una clausola di salvaguardia che impone che il fatto non debba costituire più grave reato, perché in tal caso non vi sarà concorso tra reati ma applicazione della sola ipotesi delittuosa più grave.<sup>31</sup>

Tale inciso, invero, non pare assumere alcuna rilevanza, in considerazione della sua non variazione rispetto al pregresso. Il discorso cambia spostandosi sull'asse opposto della sussidiarietà discendete, nel senso di verificare se illeciti penali meno gravi sono, oggi, applicabili in surrogazione di quelle ipotesi di abuso d'ufficio ormai fuori dall'area del penalmente rilevante della nuova fattispecie di cui al riscritto art. 323 c.p..

Come si è visto in precedenza, l'abuso di ufficio può

essere realizzato anche con una condotta omissiva tenuta in caso di obbligo di astensione dovuto alla presenza di un interesse privato anche di un congiunto. In tali ipotesi la giurisprudenza ha ritenuto che vi è una consunzione in assorbimento dell'omissione/rifiuto di atti di ufficio nella più grave fattispecie di abuso d'ufficio, indipendentemente da un formale rapporto di specialità ma in forza della clausola di riserva dell'art. 323 c.p. letta non solo verso l'alto, ma anche verso il basso. Chiaro, come poche volte, l'orientamento della Suprema Corte: *"Nell'ipotesi di abuso d'ufficio realizzato mediante omissione o rifiuto deve trovare applicazione l'art. 323, primo comma codice penale, in quanto reato più grave di quello previsto dall'art. 328 codice penale, tutte le volte in cui l'abuso sia stato commesso al fine di procurare a sé o ad altri un vantaggio ingiusto patrimoniale, o comunque per arrecare ad altri un danno ingiusto, e tali eventi si siano realizzati effettivamente"*<sup>32</sup>.

Discorso in parte simile, è quello della rivisitazione del rapporto tra abuso d'ufficio e peculato, *id est* rispetto alla specifica sottofattispecie di peculato d'uso per distrazione. Anche qui l'orientamento della giurisprudenza regolatrice appare univoco, distinguendo chiaramente la portata delle due norme incriminatrici. Nello specifico, ricorre il delitto di peculato quando vi è stata una vera e propria cessione del bene, da parte del pubblico ufficiale, a un terzo, perché lo utilizzi *uti dominus*, in maniera continuativa ed esclusiva, in violazione del vincolo di destinazione attribuito dall'amministrazione, realizzando per l'effetto quella *interversio possessionis*, con la conseguente perdita della disponibilità del bene. Nell'abuso d'ufficio, invece, la violazione dei doveri del P.U. rappresenta la condotta tipica del reato e l'evento coincide con l'ingiustizia del profitto, a differenza del peculato dove la violazione dei doveri d'ufficio costituisce solo la modalità della condotta appropriativa e l'evento tipico coincide con la stessa appropriazione. Inoltre, l'appropriazione, nel peculato, ha come effetto l'estromissione dell'amministrazione proprietaria rispetto al bene, mentre nell'abuso d'ufficio la destinazione del bene, sebbene viziata dalla condotta dell'agente, mantiene la sua natura pubblica e non favorisce interessi estranei all'amministrazione<sup>33</sup>. Detta in breve, la condotta distrattiva integrante il peculato presuppone la sottrazione del denaro dalla destinazione pubblica e l'utilizzo per il soddisfacimento di interessi privatistici

dell'agente, mentre nell'abuso d'ufficio la distrazione si concretizza in un uso indebito del bene che non ne comporti la perdita<sup>34</sup>.

Alla stregua di tale distinzione, non è da sottovalutare la possibilità che una partizione dei fatti integranti la condotta distrattiva dell'abuso d'ufficio, da ora in poi, potrà essere sussunta nel delitto di peculato a seguito dell'odierna rimodulazione dell'art. 323 c.p., vista la impossibilità di ravvisare la violazione delle disposizioni della sola legge come previste oggi dall'abuso d'ufficio, e sempre al fine di evitare lacune di tutela<sup>35</sup>.

Ulteriore aspetto da indagare, sempre alla luce delle argomentazioni in tema di criterio di continenza di cui alle Sezioni Unite Giordano, concerne la sussistenza di un giudizio di omogeneità rispetto alla diversa condotta prevista dalla seconda parte dell'art. 323 c.p. (abuso d'ufficio mediante omissione d'astensione), ed alle altre ipotesi di reato affini di cui sopra (artt. 314 e 328 c.p.)<sup>36</sup>.

In merito alla prima ipotesi, le due modalità di realizzazione delle condotte abusive integranti il fatto tipico dell'abuso d'ufficio (la violazione di legge o regolamento, e quella di omessa astensione nei casi doverosi), sono state da sempre ritenute una diarchia non simbiotica e mutevolmente interscambiabile<sup>37</sup>. Si è trattato di sub fattispecie autonome e distinte, che ai fini della relazione logico-strutturale per il rapporto di continenza di cui all'art. 2, comma 2 c.p., si pongono in termini di eterogeneità. Appare davvero difficile, sostenere una continuità normativa intrinseca ex art. 323 c.p. per una condotta passata in giudicato (ma anche per una imputazione in corso di giudizio di cognizione), basata su una contestazione in termini di violazione di legge (aspecifica, regolamentare o discrezionale) sostenendo che la stessa sarebbe stata (e quindi è) formulabile anche in termini di omessa astensione in un caso doveroso<sup>38</sup>.

Insomma, impossibilità di sostenere che il fatto concreto sarebbe stato punibile anche alla stregua della seconda parte dell'art. 323, comma 1 c.p., e quindi impossibilità di sostenere che lo stesso sarebbe punibile alla stregua della medesima norma incriminatrice nella parte non modificata, in ragione di un'osmosi interna tra sub fattispecie della stessa disposizione normativa.

La risoluzione della possibile aporia, è chiaro, avviene all'atto del primo giudizio logico-strutturale tra fattispecie (ergo, sottofattispecie della stessa norma), che nel caso in esame si dimostrata indirizzato quasi

certamente verso una eterogeneità delle due condotte punite, tale da decretare una chiara *abolitio criminis* di tali fatti<sup>39</sup>.

Analogo discorso anche per i fatti concreti astrattamente rientrabili nelle ipotesi di rifiuto e omissione di atti di ufficio (art. 328, commi 1 e 2 c.p.) e peculato d'uso per distrazione (art. 314, comma 2 c.p.), laddove una possibile sussistenza di continuità normativa è da escludersi categoricamente in quanto la relazione di specialità di natura logico-strutturale tra le fattispecie si pone ancora una volta in termini di eterogeneità, con l'obbligo di arrestare ogni ulteriore valutazione del fatto concreto per l'evidente insuperabilità in termini negativi del primo momento valutativo decretato dalla sentenza Giordano<sup>40</sup>.

Rimane dunque, da affrontare la questione intranea alla sottofattispecie dell'abuso d'ufficio per violazione di norme, tra vecchia e nuova formulazione della condotta inosservante di determinate leggi, rispetto ai limiti del giudicato penale.

### 5. Problematiche di diritto intertemporale alla luce dei limiti del giudizio di esecuzione.

La riformulazione dell'abuso d'ufficio ad opera dell'art. 23 del D.L. nr. 76/2020 ha ridimensionato, come visto, la condotta punibile dalla ipotesi di violazione di legge, eliminando diverse categorie di fatti concreti dal novero di quelli penalmente rilevanti. Ne consegue una significativa *abolitio criminis* di molti fatti di reato, dapprima incriminati e oggi non più tali ai sensi dell'art. 2, comma 2 c.p., aprendosi, in tal modo, la strada alla revocazione delle sentenze di condanna passate in cosa giudicata ex art. 673 c.p.p.<sup>41</sup>.

È prevedibile, allora, la presentazione di molteplici istanze al giudice dell'esecuzione volte alla revoca delle sentenze per fatti di abuso d'ufficio relative a ipotesi fattuali oggi decriminalizzate.

Una limitazione dell'area del penalmente rilevante, infatti, che se per i fatti pregressi si pone nel solco classificatorio della *abolitio criminis* parziale, nella sostanza è assimilabile ad una vera e propria depenalizzazione<sup>42</sup>, atteso che quasi tutte le condotte che la prassi ha visto giudicare nel corso degli anni, specialmente gli ultimi, non sono più punibili, e segnatamente i fatti commessi:

- a) in violazione di norme di regolamento;
- b) in violazione di norme di legge dalle quali non siano ricavabili regole di condotta specifiche ed espresse;

c) in violazione di regole di condotta che lasciano residuare margini di discrezionalità.

Ora, preso atto che la normazione primaria presenta quasi sempre requisiti di generalità e astrattezza, caratteristiche all'interno delle quali è difficile rinvenire "specifiche regole di condotta", che non lasciano margini di discrezionalità senza l'intervento anche della normazione regolamentare e attuativa di fonte subprimaria, la rideterminazione in termini di un (quasi) totale azzeramento della incriminazione non è revocabile in dubbio<sup>43</sup>.

È facile comprendere che il possibile scenario sarà assai significativo in termini quantitativi rispetto alle condanne pregresse, tale da poter far immaginare un nuovo giudizio per la quasi totalità delle condanne irrevocabili per il delitto di abuso d'ufficio. Difatti, escludendo come già visto la possibilità di ricorrere alla ipotesi di *abolitio sine abrogatio* sia intrinseca che estrinseca di livello sincronico<sup>44</sup>, permane la problematica dei limiti imposti al Giudice della esecuzione e dei suoi difficili rapporti con le garanzie convenzionali CEDU<sup>45</sup>.

Ai sensi dell'art. 673 c.p.p., in caso di abolizione e/o abrogazione anche parziale della fattispecie incriminatrice, è prevista da parte del Giudice della esecuzione la revoca della sentenza di condanna anche passata in cosa giudicata, dichiarando che il fatto non è più previsto dalla legge come reato. Allo stesso tempo, il giudice dovrà adottare i provvedimenti conseguenti, finalizzati a rendere effettivo il disposto dell'art. 2, comma 2 c.p. ultima parte (cessazione della esecuzione e degli effetti penali della condanna)<sup>46</sup>.

Per la revoca della sentenza di condanna ex art. 673 c.p.p. è, quindi, necessario verificare se il fatto accertato e per cui vi sia stata condanna sia sussumibile o meno nella residua porzione di condotta penalmente rilevante di cui al nuovo art. 323 c.p.. Si impone, pertanto, all'interprete una non facile individuazione tra abrogazione o continuità normativa<sup>47</sup>.

Punto di partenza sarà, ovviamente, la descrizione del fatto come formulato nel capo di imputazione, che a dire del codice di rito dovrebbe essere enunciato in forma chiara e precisa. Da una lettura dello stesso, invero, si dovrebbe dedurre con esattezza la specifica disposizione di legge violata, che nel caso del nuovo abuso deve appartenere al rango di quelle primarie, specifiche e vincolanti. Ulteriore chiarimento potrà desumersi dalla motivazione sentenza di condanna<sup>48</sup>.

Cionondimeno, non è facile vagliare l'esistenza o meno di una *abolitio criminis* quando dall'imputazione o dalla sentenza non si evince l'esatta violazione di legge commessa, vuoi perché generica, vuoi perché alternativa, vuoi ancora perché connessa ad altra contestazione con rinvio, ingenerando casi problematici e di non poco conto nella futura prospettiva dei giudizi di esecuzione che si verranno a creare<sup>49</sup>.

Orbene, se si parte dall'idea che l'imputazione è un momento di primaria importanza nell'iter processuale di accertamento del fatto e della responsabilità penale dell'accusato, tanto da diventarne un fulcro centrale di diversi arresti della giurisprudenza di legittimità che richiamano anche gli insegnamenti della Corte EDU<sup>50</sup>, ne consegue come una sua formulazione che alla stregua della nuova disposizione dell'art. 323 c.p. non rende chiara la perfetta collocazione del fatto tra quelli abrogati o permasti nell'alveo della incriminazione, dovrebbe comportare la revoca della condanna in ossequio al principio del *favore rei, id est in dubio pro reo*.

E però, una simile conclusione contrasta con la tradizionale tesi dei limiti cognitivi del giudice dell'esecuzione<sup>51</sup>.

Invero, benché nell'ultimo decennio vi sia stato un significativo ridimensionamento del dogma dell'intangibilità del giudicato penale<sup>52</sup>, in una materia come quella della successione della legge penale nel tempo ex art. 673 c.p., non sempre è ammesso un travolgimento della *res iudicata* nei casi dubbi sulla esistenza o meno di una *abolitio criminis* parziale di quel fatto specifico. Così, anche prendendo atto dell'importantissimo arresto d'apertura avutasi con la nota sentenza delle Sezioni Unite Gatto<sup>53</sup>, resta pur sempre da valutare che la funzione di mera ricognizione (e non di nuova cognizione) del Giudice dell'esecuzione non consente di oltrepassare i dati di fatto e di diritto emergenti dal testo della sentenza e, al più, dagli atti processuali già acquisiti e presenti al fascicolo dibattimentale (o delle indagini in casi di giudizio abbreviato). In tale decisione, si è rilevato come sia ormai anacronistica la tradizionale concezione del giudicato penale in termini assoluti, e cioè allorquando esso viene considerato come se fosse la "norma del caso concreto", del tutto insensibile alle evenienze giuridiche successive all'irrevocabilità della sentenza.

La necessità di *dialogo* tra Corti (Costituzionale, EDU e Cassazione)<sup>54</sup> ha reso necessario reimpostare il

dogma del giudicato penale, ponendo al centro della sua ridefinizione il potenziamento della garanzia individuale del singolo soggetto rispetto alla certa condanna da espiare, e dunque in grado di vincere le limitazioni imposte al fine di rendere prevalenti le esigenze di garanzia sottese al principio del *favor libertatis*. L'attuale dimensione della giurisdizione esecutiva concede poteri non limitati alla conoscenza delle questioni sulla validità e sull'efficacia del titolo esecutivo, ma, al contrario, capaci di incidere anche sul suo contenuto valutativo, *“allorquando imprescindibili esigenze di giustizia, venute in evidenza dopo l'irrevocabilità della sentenza, lo esigano”*<sup>55</sup>. Richiamando anche un altro importante arresto delle Sezioni Unite in tema di procedimento di esecuzione, è stato ribadito che *“la legge processuale demanda al giudice una determinata funzione, allo stesso giudice è conferita la titolarità di tutti i poteri necessari all'esercizio di quella medesima funzione”*<sup>56</sup>.

Tuttavia, nell'esercizio di tale funzione di controllo, il Giudice dell'esecuzione, come ricordato dalla più volte citata sentenza Gatto, *“non ha la stessa libertà del giudice della cognizione, dovendo procedere ... nei limiti in cui gli è consentito dalla pronuncia di cognizione... le valutazioni del giudice dell'esecuzione non potranno contraddire quelle del giudice della cognizione risultanti dal testo della sentenza irrevocabile”*.

Dunque, se il Giudice della revocazione della condanna ha spazi di valutazione circoscritti, e nonostante l'art. 666, comma 5 c.p.p. gli attribuisca il potere di *acquisire i documenti e le informazioni necessarie e, quando occorre, di assumere prove nel rispetto del principio del contraddittorio*, non potrà mai oltrepassare il perimetro probatorio già acquisito nel giudizio di merito. Al più, egli potrà valorizzare elementi che, apparsi nella fase della cognizione, erano risultati allora non rilevanti, mostrandosi poi di primaria importanza se non determinanti, alla luce del giudizio di conformità tra il fatto di cui all'imputazione originariamente contestata e la nuova formulazione della fattispecie. Cionondimeno, il Giudice dell'esecuzione non potrà ordinare la revoca della sentenza di condanna per *abolitio criminis* ex art. 673 c.p., nei casi in cui la sua valutazione trasmoda il riscontro meramente ricognitivo del fatto di reato alla luce della nuova normativa, ma richieda un vaglio dell'imputazione della sentenza che ne afferma la sussistenza, approfondita e collegata ad una visione ultrapetiturum

del giudizio di esecuzione.

Insomma, un obbligo costituzionalmente vincolatane alla stregua dei principi di irretroattività, di ragionevolezza e di libertà, che però un Giudizio di esecuzione limitato e limitante potrebbe non rendere esperibili<sup>57</sup>.

#### **6. Una conclusione alternativa: *abolitio criminis* e contestuale nuova incriminazione nel rapporto tra vecchia e nuova formulazione dell'art. 323 c.p.**

Come visto le Sezioni Unite Giordano, nel convalidare l'indifferenza tra specialità per specificazione e specialità per aggiunta, hanno ritenuto entrambi i casi incidenti sul giudizio di relazione di specialità logico-strutturale posto alla base del rapporto di continenza tra norme incriminatrici succedutesi nel tempo. Così è stato escluso ogni automatismo nella verifica di casi di *abolitio criminis* per sussistenza di una specialità diacronica (e cioè abolizione totale per il passato e contestuale nuova incriminazione) nei casi di specialità per aggiunta.

Nel caso della riformulazione dell'abuso d'ufficio, i fatti, come descritti prima e dopo la riforma, non appaiono strutturalmente diversi, tale da escludere un fenomeno di successione modificativa come momento di avvicendamento di norme secondo lo schema successorio *abolitio criminis* totale e contestuale nuova incriminazione<sup>58</sup>.

Ma ciò, a ben vedere, solo in apparenza<sup>59</sup>.

Difatti, la più volte richiamata sentenza delle Sezioni unite Giordano del 2003 afferma che è possibile ritenere che in presenza di una forte dissonanza tra vecchia e nuova formulazione di una medesima fattispecie vi sia stato un intento politico-criminale volto alla creazione di una nuova norma incriminatrice distaccata dalla precedente, e ciò sulla base di un giudizio di eterogeneità non propriamente formale, ma di ordine sostanziale.

Così testualmente la sentenza Giordano: *È quindi possibile che nella legge successiva vi siano elementi indicativi della volontà legislativa di far venir meno la punibilità dei reati commessi in precedenza, benché esistano le condizioni per l'applicabilità della regola dell'art. 2, comma 3, c.p. ... Si pensi per esempio a reati collegati con una particolare situazione politica, economica, sociale o giudiziaria e a una legge, diretta al tempo stesso a modificare tale situazione e la disciplina penale, la quale, pur stabilendo che alcuni fatti continuano a costituire reato, intenda escludere per il passato la punibilità: chiudere con il passato*

*senza indulgenze per il futuro, nel presupposto che la situazione politica, economica, sociale o anche giudiziaria che quei reati aveva originato, e in qualche modo giustificato, o che ne ha reso comunque problematico e discutibile il perseguimento richieda un cambiamento che si proietti verso il passato fino al punto della totale abolizione dei reati precedentemente commessi ... Dunque un'evenienza che non può essere esclusa, ma che nell'ambito della disciplina della successione di leggi penali non costituisce certo la regola<sup>60</sup> ... È da considerare che chi di recente in dottrina ha sostenuto la necessità di un controllo bifasico, nell'idea che andrebbe sempre ricercata la conferma della punibilità facendo seguire alla verifica strutturale una verifica valutativa, ha riconosciuto che nel caso in cui dovesse giungersi all'esclusione della punibilità di fatti che continuano ad essere previsti come reato ci si troverebbe in presenza di un esito assimilabile a quello tipico dell'amnistia, e questa ricostruzione convince che l'abolizione senza una formale discontinuità costituisce una situazione, eccezionale o quanto meno anomala, che richiede sicuri indici di una volontà legislativa in tal senso, in mancanza dei quali debba, senza necessità di ulteriori conferme, trovare applicazione la regola del terzo comma dell'art. 2 c.p. ... In ogni caso si tratta di un'ipotesi in cui, anche ove si ritenesse applicabile il terzo comma dell'art. 2 c.p., le determinazioni sulla continuità normativa e soprattutto quelle più specifiche sulla conservazione o sulla revoca di un'eventuale sentenza di condanna irrevocabile (si pensi al caso dell'oltraggio) dovrebbero normalmente attingere, oltre che a criteri strutturali, anche a criteri valutativi.*

Si pone allora l'interrogativo se non sia stato questo l'intento legislativo: guardare non solo al futuro, ma anche al passato, a una nuova vita per la fattispecie grimaldello che consente il controllo giudiziario sulla attività politica<sup>61</sup>. Se così fosse, allora potrebbe sostenersi che la riformulazione della prima parte dell'abuso d'ufficio operata dal Decreto semplificazioni - e cioè una "legge" che si inserisce in "una particolare situazione politica, economica, sociale o giudiziaria" e che abbia perciò voluto "chiudere con il passato senza indulgenze per il futuro"<sup>62</sup>, ha determinato una *abolitio criminis* totale per tutti i fatti di abuso di ufficio realizzati in violazione di legge e commessi prima della riforma (con contestuale nuova incriminazione per il futuro) con una buona fortuna per tutti i Giudici dell'esecuzione chiamati a sviscerare giudizi ormai

chiusi anche da decenni.

Il timore che possa trattarsi di una amnistia occulta non deve distogliere dalla consapevolezza della peculiare gravità, economica, sociale e anche giuridica legata alla emergenza da COVID-19, a cui si aggiunge il fatto che da troppo tempo ormai si aspettava una limitazione al potere di controllo della magistratura penale sugli atti viziati della P.A., operato sino ad oggi senza alcun distinguo<sup>63</sup>.

Se quanto detto corrisponde al vero, allora si può argomentare che il legislatore sia voluto intervenire soprattutto sul passato, immaginando di poter arrivare alla totale abolizione dei reati precedentemente commessi<sup>64</sup>. Un tale conclusione appare ammissibile anche tenendo in considerazione che il principio di legalità non lascia spazio «ad abolizioni "avventurose", che introducano amnistie occulte»<sup>65</sup>, che nel caso di specie però potrebbero trovare fondamento in una condizione davvero eccezionale della situazione politico-sociale del momento. Senza dimenticare che esiste anche un criterio residuale di ordine sostanziale avallato dalla importantissima sentenza Giordano, che in uno alla esistenza di una doppia specialità per specificazione e per aggiunta, ammette di sostenere che vi è stata una radicalmente trasformazione della sub-fattispecie incriminatrice in parola.

Non convince, per contro, l'idea che potrebbe persino non cambiare nulla, con la conseguenza di ampia riduzione dei casi di revoca delle sentenze definitive di condanna ex art. 673. c.p.. Non appare corretto sostenere, ad esempio, che dal principio costituzionale di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione ex art. 97 Cost., ovvero dall'art. 1 della Legge n. 241 del 1990 (Legge generale sul procedimento amministrativo), si possano dedurre chiare indicazioni di una continuità normativa ex art. 2, comma 4 c.p. tra vecchia e nuova formulazione dell'art. 323 c.p.. Il richiamo ai pur sempre generici principi di efficienza, economicità, imparzialità, pubblicità e trasparenza della citata Legge n. 241/1990, ovvero all'art. 97 Cost. sostenendo che contiene pur sempre una precisa norma di condotta vincolata che non lascia margini discrezionali e di immediata applicazione precettiva poiché l'imparzialità ed il buon andamento sono obblighi dell'agire del P.U. specifici e inderogabili, non pare cogliere nel segno per una idea di immutazione della condotta tipica<sup>66</sup>.

Se la *ratio legis* e la scelta politico-criminale del Governo legislatore sono quanto mai chiare, esse

non possono essere ignorate e/o raggirate con alchimie ermeneutiche che sottendono occulte interpretazioni illogiche (*ergo*, analogiche), pena la messa in discussione del principio di legalità, sub specie della retroattività della *lex mitior*, anche e soprattutto nella sua dimensione convenzionale come interpretato dalla costante giurisprudenza della Corte EDU (prevedibilità e logicità della interpretazione giurisprudenziale<sup>67</sup>).

In alternativa, vi sarebbe come soluzione quella che – pur senza insistere per una totale abolizione iperretroattiva delle condotte di abuso d'ufficio per generica violazione di legge (*rectie*, sviamento o eccesso di potere, incompetenza, ecc.) – il Giudice dell'esecuzione, in un'ottica dell'idea del *favor rei* molto stringente e tale da superare anche le limitazioni del giudicato penale, non potrà non orientarsi che per una declaratoria di revoca della sentenza di condanna, tranne casi davvero

eccezionali comprovanti che il fatto di cui all'originaria imputazione era stato commesso in violazione di *specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità*.

Il principio di intangibilità del giudicato ed il criterio funzionale dei limitati poteri cognitivi del Giudice dell'esecuzione dovranno cedere dinanzi alla volontà legislativa di abrogare nella sua quasi totalità la norma incriminatrice dell'abuso d'ufficio, che in forza dell'art. 3 della Costituzione non può non valere anche per il passato.

### Generoso Grasso

Avvocato del Foro di Napoli.

Docente di Diritto penale.

<sup>1</sup> V., sul punto, G.L. GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura': il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal Governo 'salvo intese' (e la riserva di legge?)*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 17 luglio 2020. A ben vedere, era già il *ridimensionamento* della fattispecie era stato auspicato, cfr. G. PIGNATONE, *Se l'abuso d'ufficio e la burocrazia difensiva imbrigliano il Paese nell'immobilismo*, in *La Stampa*, 14 giugno 2020.

<sup>2</sup> Scopo della riforma è ridurre il controllo penale dagli atti della P.A., così, tra gli altri, G. VICICONTE, *Il nuovo reato di abuso d'ufficio e la discrezionalità amministrativa*, in *Diritto di Difesa*, 4 settembre 2020; M. NADDEO, *I tormenti dell'abuso d'ufficio tra prassi e teoria. Discrezionalità amministrativa e infedeltà nel nuovo art. 323 c.*, in *PenaleDP*, 10 agosto 2020; B. ROMANO, *Finalmente una spallata all'inutile totem dell'abuso d'ufficio*, in *Il Dubbio*, 1 agosto 2020; B. BELLINI, *Note minime sulla riformata fattispecie di abuso d'ufficio*, in *DisCrimen*, 10 agosto 2020; A. PERIN, *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, in *La legislazione penale*, 23.10.2020

<sup>3</sup> Tra i primi commentatori, T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 7-8; M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, in *Sistema penale*, 2020, 7, 133 ss. Sulla storia e sulla evoluzione nel tempo della fattispecie di abuso d'ufficio, tra le varie monografie, v. di recente A. MERLO, *L'abuso di ufficio tra legge e giudice*, Torino, 2019; A. MERLI, *Sindacato penale sull'attività amministrativa e abuso d'ufficio*, E.S.I., 2012; A. TESAURO, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio*, Torino, 2002; M. LEONI, *Il nuovo reato di abuso d'ufficio*, Padova, 1998. E anche, M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, 2002. Sulla prima riforma del 1990, cfr. S. SEMINARA, *Il delitto di abuso di ufficio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1992, 578; M. PARODI GIUSINO, voce *Abuso di ufficio*, in *Dig. disc. pen.*, Appendice, Torino, 1994, vol. VIII, 59.1 ss.

<sup>4</sup> A. CASTALDO, *La riforma dell'abuso d'ufficio nel D.L. "Semplificazioni"*, in *Ipsaquotidianogiuridico* 17 luglio 2020.

<sup>5</sup> Per un'indagine più approfondita delle innovazioni all'art. 323 c.p., cfr. A. PERIN, *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, cit., 17 ss. In questo senso, anche M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., 135; T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 3; G.L. GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit., 4.

<sup>6</sup> Critico su questa scelta, anche in ragione della difficoltà di rivenire testi di norme primarie che regolano la materia con disposizione procedurali chiare e dettagliate, T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 4.

<sup>7</sup> Per una ricostruzione del tema assai complesso del rapporto tra art. 323 c. e discrezionalità amministrativa, v. M. GAMBARDELLA, *Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale nel delitto di abuso d'ufficio*, in *Cass. pen.*, 2013, 2860 ss.. Per una posizione critica del medesimo Autore riforma alla riforma in commento, M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., 157.

<sup>8</sup> Così, G. PIGNATONE, *Se l'abuso d'ufficio e la burocrazia difensiva imbrigliano il Paese nell'immobilismo*, cit..

<sup>9</sup> A. DALIA, *Sintesi dei lavori parlamentari*, in A. D'AVIRRO (a cura di), *La modifica dell'abuso di ufficio e le nuove norme del diritto di difesa*, Milano, 1997, 409 ss.

<sup>10</sup> Per una lettura in tal senso dei primi commentatori della riforma del 1997, v. A. PAGLIARO, *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, 108; T. PADOVANI, *Commento alla modifica dell'art. 323 c.*, in *Leg. pen.* 1997, 741; C.F. GROSSO, *Condotte ed eventi del delitto di abuso d'ufficio*, in *Foro it.*, 1999, V, 334; A. CARMONA, *La*

nuova figura di abuso d'ufficio: aspetti di diritto intertemporale, in *Cass. pen.*, 1998, 1843; G. DELLA MONICA, *La non configurabilità dell'abuso d'ufficio per eccesso di potere*, in A. DALIA-M. FERRAIOLI (a cura di), *La modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, Milano, 1997, 70 ss.; M. GAMBARDELLA, *Considerazioni sulla «violazione di norme di legge» nel nuovo delitto di abuso d'ufficio (art. 323 c.)*, in *Cass. pen.*, 1998, 2332; PITTARO, *La nuova disciplina dell'abuso d'ufficio*, in AA.VV., *Le nuove leggi penali*, Cedam, 1998, 23 ss.; S. SEMINARA, *Il nuovo delitto di abuso di ufficio*, in *Studium juris*, 1997, 1258 ss.

<sup>11</sup> Sulla giurisprudenza nei primi anni della riforma del 1997, S. MASSI, *Parametri formali e «violazione di legge» nell'abuso d'ufficio*, in *Arch. pen.*, 2019, fasc. 1; nonché A. DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, in AA.VV. (a cura di A. BONDI, A. DI MARTINO, G. FORNASARI), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2008, 242 ss.; A. D'AVIRRO, *L'abuso d'ufficio*, in AA.VV. (a cura di A. D'AVIRRO) *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Padova, 1999, 308 ss.; A. SEGRETO-G. DE LUCA, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1999, 534 ss.

<sup>12</sup> *Cass. pen.*, sez. un. 29 settembre 2011, n. 155, Rossi, CED 251498: *sussiste il requisito della violazione di legge non solo quando la condotta del pubblico ufficiale sia svolta in contrasto con le norme che regolano l'esercizio del potere, ma anche quando la stessa risulti orientata alla sola realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere è attribuito, realizzandosi in tale ipotesi il vizio dello sviamento di potere, che integra la violazione di legge poiché lo stesso non viene esercitato secondo lo schema normativo che ne legittima l'attribuzione*. Con note di M. DE BELLIS, *Abuso d'ufficio e violazione di un precetto implicito*, in *Riv. pen.*, 2011, 4, 192 ss.; F. CAPRIOLI, *Abuso del diritto di difesa e nullità inoffensive*, in *Cass. pen.*, 2012, 7-8, 2410; G. ROMEO, *Le sezioni unite decidono sui termini processuali (e, nell'occasione, su abuso del processo, truffa, abuso di ufficio ed altro ancora)*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 11 gennaio 2012.

<sup>13</sup> Sulla giurisprudenza successiva e prossima all'attualità, si rinvia a R. RAMPIONI, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.*, in A. FIORELLA (a cura di), *Questioni Fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Torino, 2019, 800.

<sup>14</sup> Per una critica della evoluzione giurisprudenziale ritenuta poco conforme a una interpretazione legalistica del concetto di *violazione di legge o di regolamento*, cfr. M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione, I delitti dei pubblici ufficiali*, in *Commentario sistematico*, Milano, 2019, 350. Per una ricostruzione del tema, in una visione più ampia e sistematica, M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, 2002, *passim*.

<sup>15</sup> Per una ricostruzione dello specifico tema, A. NATALINI, *Intenzionalità del dolo ex art. 323 c. e pretesa esclusività della finalità tipica: l'avallo della Cassazione ad una discutibile assimilazione ermeneutica*, in *Cass. pen.*, 2004, 3204 ss. In giurisprudenza, di recente, *Cass. pen.*, sez. VI, 13 aprile 2018, n. 19519, Filzola, CED 273099; in questi termini anche *Cass. pen.*, sez. VI, 13 marzo 2014, n. 32237, Novi, CED 260428. Per una ampia ricostruzione giurisprudenziale, C. CUPELLI, *L'abuso d'ufficio*, in *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, in B. ROMANO, A. MARANDOLA (a cura di), Torino, 2020, 291 ss.

<sup>16</sup> In questo senso, A. VALLINI, *L'abuso di ufficio*, in F. Palazzo (a cura di), *Delitti contro la pubblica amministrazione*, E.S.I., 2011, 257 ss.; A.M. STILE – C. CUPELLI, voce *Abuso d'ufficio*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Milano, 2006, vol. I, 43; C. BENUSSI, *Il delitto di abuso di ufficio*, G. MARINUCCI e E. DOLCINI (a cura di), *Trattato di diritto penale, parte speciale*, a cura di, Padova, 2015, I, t. 1, 933 ss. E. BAFFI, *Abuso d'ufficio*, in C. FIORE (a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2004, 274 ss.;

<sup>17</sup> In senso critico, G.L. GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura': il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal Governo 'salvo intese' (e la riserva di legge?)*, cit.; T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit. 5; M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent.*, cit., 139.

<sup>18</sup> Cfr. tra le altre, *Cass. pen.*, sez. VI, sentenza 29 ottobre 2018 n. 49549; conformi, anche di recente, *Cass. pen.*, sez. VI, 2 aprile 2015, n. 27816, Di Febo, CED 263933. Cfr. altresì, *Cass. pen.*, sez. II, 27 ottobre 2015, n. 46096, Giorgino, CED 265464; *Cass. pen.*, sez. VI, 21 febbraio 2019, 22871, Vezzola, CED 275985. Per una panoramica completa della giurisprudenza meno recente, G. RUGGIERO, *Abuso di ufficio*, in C.F. GROSSO e M. PELISSERO (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2015, 345 ss.

<sup>19</sup> In senso contrario, ritenendo che la nuova formulazione comprenda anche la inosservanza dell'art. 97 Cost. tra le violazioni di legge che dettano *specifiche regole di condotta espressamente previste e dalle quali non residuino margini di discrezionalità*, G.L. GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit..

<sup>20</sup> Così, M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent.*, cit., 142.

<sup>21</sup> Contrario alla scelta del legislatore, T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 10; dello stesso avviso M. NADDEO, *I tormenti dell'abuso d'ufficio tra prassi e teoria*, cit.; B. ROMANO, *Finalmente una spallata all'inutile totem dell'abuso d'ufficio*, cit..

<sup>22</sup> Con diversità di accenti, in questo senso, G.L. GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit.; T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 146; M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent.*, cit., 133 ss..

<sup>23</sup> Così, T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 10; G.L. GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit..

<sup>24</sup> In generale, per una sintesi del complesso istituto della *abolitio sine abrogatio*, si rinvia a G.L. GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme integratrici: teoria e prassi*, Milano, 2008, 96 ss..

<sup>25</sup> Il riferimento è e all'omessa astensione in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti.

<sup>26</sup> Una simile interpretazione della parte residuale delle condotte tipiche incriminate dall'art. 323 c.p., ieri come oggi, non appare in alcun modo percorribile, vista la palese necessità in questo caso di ricorrere ad un criterio applicativo non semplicemente teleologico, ma tale da sconfinare nella vera e propria *analogia legis*. Difatti, a parere dell'indirizzo ermeneutico maggioritario, tale conclusione non è né stata ammessa. V., tra le tante, Cass. pen., sez. VI, 19/10/2004, n. 7992, in *Cass. pen.*, 2005, 11, 3313: *In materia di abuso d'ufficio determinato da violazione dell'obbligo di astensione, l'espressione "omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, contenuta nell'art. 323 c.", deve essere letta nel senso che la norma ricollega l'obbligo di astensione a due ipotesi distinte e alternative, quella dell'obbligo di carattere generale derivante dall'esistenza di un interesse o di un prossimo congiunto, e quella della verifica dei singoli casi in cui l'obbligo sia prescritto da altre disposizioni di legge.*

<sup>27</sup> Difatti, già nei primi tempi della riforma del 1997, la seconda parte dell'art. 323 c. è stato interpretato nel senso di escludere una sua applicazione generalizzata, essendo presente la prima parte che puniva la condotta ontologicamente differente (rispetto all'omessa astensione innanzi ad un interesse proprio,) della violazione di legge. che Cfr. A. VALLINI, *L'abuso di ufficio*, in *Delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 301 ss.; G. RUGGIERO, *Abuso di ufficio*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 369 ss.

<sup>28</sup> Per una panoramica completa della tematica, si rinvia a M. GAMBARDILLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, cit., 56.

<sup>29</sup> In termini possibilistici e adesivi, G.L. GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit..

<sup>30</sup> Da sempre ritenuti assorbiti dall'abuso d'ufficio. Per tutti, cfr. R. RAMPIONI, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.*, cit., 810.

<sup>31</sup> Esempio paradigmatico è il rapporto tra abuso d'ufficio e corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio. L'importanza della clausola di sussidiarietà espressa si comprende anche leggendo quella giurisprudenza ormai consolidata che vede l'applicazione del solo delitto di falso (materiale o ideologico) in atto pubblico da parte del pubblico ufficiale, ritenendo assorbito il delitto di abuso d'ufficio. Sui rapporti dell'abuso d'ufficio rispetto alle diverse ipotesi di reato più gravi con funzionalità assorbente, cfr. A. DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, in AA.VV. (a cura di A. BONDI, A. DI MARTINO, G. FORNASARI), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2008, 242 ss.

<sup>32</sup> Così, nella giurisprudenza regolatrice con arresti che ne ripetono pedissequamente la stessa massima, tra le più complete, v. Cass. pen., sez. VI, 22 gennaio 2010, n. 10009, RV n. 246481-01; già in questi stessi termini Cass. pen., sez. VI, 24 febbraio 2003, n. 18360. In dottrina, aderente a questa interpretazione, E. MENGONI, *Utilizzo indebito del telefono come peculato d'uso: una soluzione che non convince*, in *Cass. pen.*, 2014, 484.

<sup>33</sup> Ancora di recente, sulla stessa linea, Cass. pen., sez. VI, 26 ottobre 2017, n. 49258, in [www.giurisprudenzapeale.com](http://www.giurisprudenzapeale.com)

<sup>34</sup> Da ultimo, sempre in linea con le precedenti, Cass. pen., Sez. VI, 2 luglio 2019, n. 38875, in *De Jure* 2020.

<sup>35</sup> È di questo avviso, che non esclude una rinnovazione espansiva della trascurata ipotesi dell'abuso mediante l'omessa astensione, G.L. GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit., 9.

<sup>36</sup> Molto critico rispetto alla scelta normativa di riformulare l'art. 323 c.p. nei termini adottati, T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 11, che all'uopo teme proprio la riespansione delle affini figure delittuose citate in sostituzione dell'abuso d'ufficio in quei casi più sopra evidenza.

<sup>37</sup> Tra i primi a sostenere questa tesi in dottrina, C.F. GROSSO, *Condotte ed eventi del delitto di abuso d'ufficio*, cit., 337. Per una indagine giurisprudenziale completa, C. CUPELLI, *L'abuso d'ufficio*, cit., 291 ss..

<sup>38</sup> Escludono questa possibilità, anche se con certezza per il passato ed in termini successivi ex art. 2 c., ma non altrettanto per il futuro, M. GAMBARDILLA, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., 155.

<sup>39</sup> Di questo avviso, anche M. NADDEO, *I tormenti dell'abuso d'ufficio tra prassi e teoria*, cit., 6.

<sup>40</sup> Ancora una volta, in modo chiaro e sintetico, M. GAMBARDILLA, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., 155.

<sup>41</sup> Tutti i commentatori della riforma, oggi come ieri, evidenziano che le questioni di diritto intertemporale che si verranno a creare non sono di facile soluzione. Per tutti, T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 12.

<sup>42</sup> Si esprime in questi termini, M. NADDEO, *I tormenti dell'abuso d'ufficio tra prassi e teoria*, cit., 6.

<sup>43</sup> Sul punto, A. CASTALDO, *La riforma dell'abuso d'ufficio nel D.L. "Semplificazioni"*, cit., *passim*; B. ROMANO, *Finalmente una spallata all'inutile totem dell'abuso d'ufficio*, cit., 2; B. BELLINI, *Note minime sulla riformata fattispecie di abuso d'ufficio*, cit., 3.

<sup>44</sup> Come detto, non sarà certamente ammissibile sostenere una continuità normativa rispetto alla sub-fattispecie della violazione dell'obbligo di astensione di cui alla seconda parte dell'art. 323 c.p., ovvero in rapporto a figure affini quali il peculato d'uso o l'omissione di atti di ufficio. Per un esempio giurisprudenziale paradigmatico, le cui lucide osservazioni ben si attagliano al caso di specie, v. Cass. pen., sez. un., 26 febbraio 2009, n. 24468, Rizzoli, in *Cass. pen.*, 2009, 4113 ss. Nel caso di specie, concernete la abrogazione della figura della amministrazione controllata dalla Legge fallimentare, il supremo collegio nomofilattico ha chiarito che in assenza di una relazione unilaterale di specialità fra incriminazioni non potrà giammai esservi successione tra norma abrogata e riespansione della norma diversa (in quel caso tra bancarotta ex art. 236 L.F. e appropriazione indebita). Sullo stesso segmento di valutazione, già in precedenza, Cass. pen., sez. un., 27

giugno 2001, Avitabile, in *Cass. pen.*, 2003, 2818, che ha chiarito come l'abrogazione dell'oltraggio a u. non avrebbe mai potuto ammettere una permanenza di rilevanza penale per i fatti che astrattamente erano ancora punibili in base al delitto di ingiuria e/o diffamazione aggravata.

<sup>45</sup> In termini ben più completi, visto il solo generico richiamo ad un argomento di ben più alto respiro e complessità, nemmeno accennabile in questa sede, cfr. A. ESPOSITO, *Ritornare ai fatti. La materia del contendere quale nodo narrativo del romanzo giudiziario*, in *Rivista trimestrale di Diritto penale contemporaneo*, 4/2015; A. ESPOSITO, *Il divenire dei giudici tra diritto convenzionale e diritto nazionale*, in *Arch. pen.*, 2018.

<sup>46</sup> Sull'argomento, in linea generale, v. F. CAPRIOLI – D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Giappichelli, 2011, 261 ss.; per la specifica questione, invece, che riguarda l'art. 673 c., cfr. A. SCALFATI, *La pronuncia di abolitio criminis nel vigente assetto dell'esecuzione penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, 180 ss..

<sup>47</sup> Cfr. D. VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, Milano, 2009, 190 ss., che evidenzia il non facile momento di valutazione del fatto alla stregua della vecchia e nuova normativa succedutasi nel tempo in funzione dell'applicazione dell'art. 2 c. e dell'art. 673 c.p.p..

<sup>48</sup> Evidenzia come l'importanza di una descrizione del fatto oggetto di imputazione in forma chiara e precisa è finalizzata anche a future rivisitazioni della sussistenza rispetto a mutamenti normativi come l'*abolitio criminis* parziale, C. PAPAGNO, *La nozione funzionale del "fatto processuale" l'effettività del diritto di difesa*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 80. Sempre in argomento, con una posizione critica sull'attuale assetto servente del diritto penale rispetto al diritto processuale penale, anche in relazione all'imputazione, D. PULITANO, *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, 951 ss..

<sup>49</sup> La problematica ormai ultradecennale della indagine del fatto nel giudizio di esecuzione, per una serie di motivazioni che vanno dalla applicazione di istituti clemenziali generalizzati, a quella della *abolitio criminis*, era già stata ravvisata da A. GAITO, *Dagli adeguamenti correttivi sull'esecuzione della pena all'adeguamento continuo del giudicato: verso un processo penale bifasico?*, in *Giur. cost.*, 1996, 893 ss.; e già in precedenza, A. GAITO, *Poteri d'integrare il merito post rem iudicatam*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, 1317 ss..

<sup>50</sup> Il tema della determinazione esatta in fatto e in diritto della imputazione, anche per una corretta difesa dell'accusato, è stato oggetto della nota sentenza della Corte EDU Drassich. C. Italia dell'11.12.2007, la quale ha ingenerato non poche conseguenze poi sfociate in altri *leading case*. Sul punto, cfr. V. MANES, *Retroattività, diritto e processo penale* (da Scoppola a Contrada), in C. PADULA (a cura di), *Le leggi retroattive nei diversi rami dell'ordinamento*, Editoriale Scientifica, 2018, 125 ss..

<sup>51</sup> Sempre in argomento, A. SCALFATI, *La pronuncia di abolitio criminis nel vigente assetto dell'esecuzione penale*, cit., 180 ss.

<sup>52</sup> Ciò grazie alla continua opera di demolizione che ha visto nella giurisprudenza della Corte EDU la genesi di ogni suo successivo sviluppo. Tra quelli più significativi, vi sono Corte EDU, 9 settembre 1998, Dorigo c. Italia; Corte EDU, 18 maggio 2004, Somogyi c. Italia e la già citata Corte EDU, 11 dicembre 2007, Drassich c. Italia), dalla cui lettura in combinato disposto ne discende una nuova visione non più insuperabile del giudicato, i cui effetti negativi e non più legittimi devono essere neutralizzati. Per una lettura completa, cfr. A. ESPOSITO, *Il divenire dei giudici tra diritto convenzionale e diritto nazionale*, in *Arch. pen.*, 2018.

<sup>53</sup> Cass. pen., sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858, ric. Gatto, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), con nota di G. ROMEO, *Le sezioni unite sul potere del giudice di fronte alla esecuzione di pena incostituzionale*. Per un commento alla sentenza, nei termini qui di interesse, M. GAMBARELLA, *Norme incostituzionali e giudicato penale: quando la bilancia pende tutto da una parte*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, 975 ss..

<sup>54</sup> Di recente, sul tema del dialogo tra Corti, cfr. M. DEL TUFO, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il ruolo del giudice nazionale tra interpretazione conforme e rinvio alla Corte costituzionale*, in *Foro na.*, 1/2018, 102.

<sup>55</sup> Così testualmente, Cass. pen., sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858, ric. Gatto, cit..

<sup>56</sup> Cass. pen., sez. un., 20.12.2005, n. 4687, ric. Catanzaro. Cfr. M. PISANI, *Abolitio criminis e sospensione condizionale della pena in sede esecutiva*, in *Cass. pen.*, 2004, 2177 ss.; D. VICOLI, *L'illegittimità costituzionale della norma penale sanzionatoria travolge il giudicato: le nuove frontiere della fase esecutiva nei percorsi argomentativi delle Sezioni unite*, in *Riv. it. dir. e proc. Pen.*, 2015, 1007 ss..

<sup>57</sup> Anche se in merito ad una tematica in parte diversa, e concernente i profili processuali della successione di leggi nel tempo, che ad ogni modo hanno comportato delle incidenze anche di ordine sostanziale sulla pena inflitta, cfr. l'ampio studio di V. MANES, *Retroattività, diritto e processo penale* (da Scoppola a Contrada), cit., 133.

<sup>58</sup> In questo senso, tra gli altri, M. GAMBARELLA, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., 145; A. CASTALDO, *La riforma dell'abuso d'ufficio nel D.L. "Semplificazioni"*, cit., 4; G. VICICONTE, *Il nuovo reato di abuso d'ufficio e la discrezionalità amministrativa*, cit.; M. NADDEO, *I tormenti dell'abuso d'ufficio tra prassi e teoria*, cit., 10 agosto 2020; B. ROMANO, *Finalmente una spallata all'inutile totem dell'abuso d'ufficio*, cit.; B. BELLINI, *Note minime sulla riformata fattispecie di abuso d'ufficio*, cit.; A. PERIN, *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, cit., 20 ss.

<sup>59</sup> Ritengono che la modifica abbia creato una figura di reato molto diversa da quella precedente – pur non affrontando la problematica del rapporto di continenza tra vecchia e nuova formulazione – ai limiti di una discontinuità totale con la

precedente, chiaramente in termini critici, G.L. GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit., 4; T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 8.

<sup>60</sup> La sentenza così continua: *Perciò il criterio normale deve essere quello che porta a ricercare un'area di coincidenza tra le fattispecie previste dalle leggi succedutesi nel tempo, senza che sia necessario rinvenire conferme della continuità attraverso criteri valutativi, come quelli relativi ai beni tutelati e alle modalità di offesa, assai spesso incapaci di condurre ad approdi interpretativi sicuri, come dimostrano i numerosi contrasti che si sono manifestati tanto nella giurisprudenza quanto nella dottrina quando si è trattato di farne applicazione in numerose recenti vicende legislative in materia penale.....È vero che le sentenze delle Sezioni unite 25 ottobre 2000, Di Mauro, cit., 9 maggio 2001, Donatelli, cit. e 13 dicembre 2000, Sagone hanno fatto riferimento, oltre che ai criteri strutturali, a quelli valutativi, ma è da ritenere che il passaggio ai secondi non sia di regola necessario e debba avvenire solo se vi sono elementi univocamente indicativi di una volontà legislativa totalmente abolitrice, che nei casi esaminati dalle prime due sentenze citate era già desumibile, come si è visto, dall'esame logico-strutturale delle norme in successione.*

<sup>61</sup> È di questo avviso, auspicando perfino una abolizione totale dell'art. 323 c., B. ROMANO, *Finalmente una spallata all'inutile totem dell'abuso d'ufficio*, cit..

<sup>62</sup> Usando proprio le parole della citata sentenza Giordano.

<sup>63</sup> La dottrina, già in passato, ha rilevato come una interpretazione stringente del criterio della continenza applicato a norme incriminatrici riformulate e, per l'effetto, radicalmente mutate, possa avere quasi gli stessi effetti di una amnistia per tutti i fatti pregressi. Cfr., tra gli altri, le lucide osservazioni di M. DONINI, *Discontinuità del tipo di illecito e amnistia. Profili costituzionali*, in *Cass. pen.*, 2003, 2857 ss.; nonché, più in generale, G. MARINUCCI, *Irretroattività e retroattività nella materia penale: gli orientamenti della Corte costituzionale*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli 2006, 89 ss..

<sup>64</sup> Ne danno atto tutti i primi commentatori sopra indicati, senza alcun distinguo.

<sup>65</sup> Così testualmente, D. PULITANO, *Legalità discontinua?*, cit., 1289 ss..

<sup>66</sup> Prospetta questa eventualità, anche se non ne auspica la verifica, M. GAMBARDILLA, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., 161.

<sup>67</sup> Quello della retroattività della *lex mitior*, come principio ampio e ricomprendere anche la iperretroattività della legge abrogativa del reato, è un tema molto battuto nella dottrina, soprattutto nell'ultimo decennio grazie al continuo dialogo tra Corti nazionali e sovranazionali su tematiche di questo genere. Cfr., fra gli altri e senza alcuna velleità di completezza, V. MANES, *Retroattività, diritto e processo penale*, cit., 125 ss.; A. BALSAMO, *La dimensione garantistica del principio di irretroattività e la nuova interpretazione giurisprudenziale "imprevedibile": una "nuova frontiera" del processo di "europeizzazione" del diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2007, 2202 ss.; C. PIERGALLINI, *Fondamento, funzioni e limiti delle moderne forme di impunità retroattiva*, in DOLCINI-PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, 2007, 1653 ss.; C. SCACCIANOCE, *La retroattività della lex mitior nella lettura della giurisprudenza interna e sovranazionale: quali ricadute sul giudicato penale?* in *Arch. Pen.*, 2013, 1 ss.; G. TESAURO- DE PASQUALE, *Rapporti tra Corti e retroattività della lex mitior*, in *I Post di Aisdue*, I Sezione Articoli n. 3, 6 maggio 2019, 27 ss..

## Nuovo “scudo penale” (decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44): è una norma tautologica?

di **L. Fimiani**

L'art. 3 del d.l. n. 44/2021, introducendo una causa di esclusione della punibilità per eventuali morti o lesioni colpose ex art. 589 e 590 c.p. per quei medici e sanitari che somministrino una tipologia vaccinale, allorché l'uso sia “conforme alle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione all'immissione in commercio emesso dalle competenti autorità e alle circolari pubblicate sul sito istituzionale del Ministero della salute”, conduce gli interpreti, considerata la rilevanza della novella a causa del periodo storico in atto, ad una necessaria riflessione sulle caratteristiche della stessa e sulla effetti che produrrà. In particolare, lo scritto ha lo scopo di valutare la concreta portata applicativa dell'esimente, alla luce della pregressa normativa e giurisprudenza in tema di responsabilità medico-sanitaria.

**Sommario.** **1.** Premessa: il nuovo scudo penale. – **2.** Natura giuridica dell'esimente. – **3.** Rapporti con l'art. 590-sexies, co. 2, c.p. ed effettiva portata della novella. – **4.** Profili di colpa interessati e ricadute di diritto intertemporale. – **5.** Conclusioni e rischi.

### 1. Premessa: il nuovo scudo penale.

Come noto, l'art. 3 del recentissimo d.l. n. 44/2021, recante misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni, prevede una sorta di scudo penale (esclusione della punibilità) per eventuali morti o lesioni colpose ex art. 589 e 590 c.p. per quei medici e sanitari che somministrino tale vaccino allorché l'uso sia “conforme alle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione all'immissione in commercio emesso dalle competenti autorità e alle circolari pubblicate sul sito istituzionale del Ministero della salute”.

La norma pare finalizzata, a livello comunicativo e di orientamento dell'interprete, a garantire da eventuali rischi penali, per i reati di cui agli articoli 589 e 590 c.p., il personale sanitario coinvolto direttamente nello svolgimento di un'attività decisiva per superare definitivamente la fase pandemica in atto.

Nello specifico, il fatto che tale normativa venga introdotta in seguito a limitati episodi infausti incorsi a sfortunati cittadini (si fa riferimento a singolari forme di trombosi), specie in conseguenza della somministrazione di una tipologia vaccinale, non pare una mera casualità.

### 2. Natura giuridica dell'esimente.

Pochi dubbi sembrano sussistere in merito alla natura giuridica di tale esimente, che, essendo stata introdotta dal legislatore per la ragione di

opportunità citata poc'anzi, configura una nuova causa di non punibilità, proprio come quella più generale per l'attività medico-sanitaria prevista dall'art. 590 sexies, co. 2, c.p. introdotto con la L. Gelli-Bianco<sup>2</sup>, per come interpretata dalla Sezioni Unite Mariotti del 2018<sup>2</sup> che, come noto, hanno composto il precedente contrasto giurisprudenziale sorto tra due sentenze, c.d. “De Luca”<sup>3</sup> e “Cavazza”<sup>4</sup>, della sezione IV della Cassazione.

Si ritiene, nello specifico, che la medesima sia una causa c.d. concomitante di esclusione della punibilità, in quanto riferita alla condizione personale dell'agente, con tutte le relative conseguenze specialmente in tema di supposizione erronea dell'esistenza delle medesime, con la mancata applicazione dell'art. 59, co. 4, c.p. valevole solo per le cause di giustificazione e le scusanti, ed in materia di concorso di persone del reato, con l'applicazione del primo comma dell'art. 119 c.p. che, come noto, ritiene che circostanze simili che escludono la pena «hanno effetto soltanto riguardo alla persona a cui si riferiscono».

### 3. Rapporti con l'art. 590-sexies, co. 2, c.p. ed effettiva portata della novella.

Tra l'art. 590-sexies, co. 2, c.p. e la novella in commento sembrano sussistere notevoli differenze, in quanto la fase di attività del medico in cui opera l'esimente pare posizionata su due piani temporali distinti.

Nello specifico, la causa di non punibilità prevista nel codice penale prevede la non punibilità del sanitario, per imperizia lieve, esclusivamente nel caso in cui egli abbia condotto un errore nella fase esecutiva dell'operazione avendo rispettato pienamente le raccomandazioni a monte.

Nel nuovo "scudo penale", invece, il legislatore statuisce semplicemente come il rispetto degli atti di soft law nella somministrazione del vaccino e, pertanto, nella fase esecutiva di tale operazione, non rende punibile chi abbia inoculato il prodotto.

Si nota bene la differenza: nel primo caso si prevede come un errore nella fase esecutiva per imperizia lieve esime il soggetto attivo da una responsabilità penale, nel secondo, invece, il recente decreto legge si limita a prevedere un meccanismo apparentemente ovvio, ovvero quello per cui se il sanitario somministra il vaccino rispettando ogni raccomandazione non viene punito.

Ci si chiede, pertanto, se tale atto sia o meno una norma tautologica, come tale, quindi, priva di significato innovativo.

La risposta deve essere negativa.

Difatti, la causa di non punibilità recentemente introdotta, sembra riesumare, piuttosto che l'indicato meccanismo della L. c.d. "Gelli-Bianco", che ha introdotto il citato art. 590-sexies c.p., quello della Legge c.d. Balduzzi n. 189/2012 (anche in tal caso l'esimente era prevista all'art. 3<sup>5</sup>), considerato che in entrambe le ipotesi l'esecuzione della prestazione deve avvenire, per escludere la punibilità, nel pieno rispetto delle raccomandazioni previste dagli atti normativi e non di riferimento.

L'assimilazione tra i due dettati normativi risulta, inoltre, più completa se si esamina la portata degli stessi in riferimento alla condotta del sanitario in un momento antecedente a quello dell'esecuzione della prestazione.

In particolare, nella c.d. Balduzzi ciò che esclude la punibilità è su tutti il c.d. errore strategico, ovvero il caso in cui per colpa lieve il medico-sanitario non si sia discostato dalle linee guida e buone pratiche nel momento di scelta della cura da adottare sul paziente, anche allorché le circostanze del caso concreto richiedevano un comportamento differente, ad esempio quando le linee guida raccomandano la selezione di un farmaco contenente glucosio, ma il paziente è diabetico.

E tale principio sembra esportabile, in parte, anche oggi, al fine di riempire di significato la novella normativa.

Difatti, considerato che l'errore esecutivo nella inoculazione del vaccino non esclude la punibilità (la norma richiede che il sanitario debba necessariamente attenersi a tutte le raccomandazioni) e che la scelta strategica a monte di vaccinarsi ricade sul singolo consociato, e non sul medico, sembra rilevare, quale esimente, l'errore del somministratore nella fase immediatamente antecedente all'inoculazione, che potrebbe essere definita, richiamando termini conosciuti da autorevole dottrina, il c.d. errore strategico nella fase esecutiva. Quindi, in sostanza, per non qualificare la norma come meramente tautologica, sembra preferibile ritenere che, anche qualora, in base alla situazione del caso concreto, il personale sanitario avrebbe potuto e dovuto prima dell'inoculazione adottare condotte ancora più prudenti e diligenti, ad esempio prescrivendo ulteriori analisi o attendendo un consulto di uno specialista, a causa di una situazione patologica del paziente particolarmente grave e peculiare, la colpa di quel medico non si configuri qualora il paziente abbia riportato lesioni o sia deceduto.

#### **4. Profili di colpa interessati e ricadute di diritto intertemporale.**

Lo "scudo", peraltro, non riferendosi espressamente solo all'imperizia come nel citato art. 590 sexies, co. 2, c.p., sembra idoneo ad escludere la punibilità per il sanitario che si trovi in qualsiasi forma di colpa c.d. generica, ovvero, come previsto nella L. Balduzzi, anche per imprudenza e negligenza, ampliando, pertanto, la tutela del medico.

Sotto distinto profilo, ci si può domandare quale grado di colpa debba essere scriminato.

Orbene, alla luce della L. Balduzzi e L. Gelli Bianco, così come interpretata dalla citata sentenza Mariotti, è ragionevole concludere che gli interpreti riterranno non punibile esclusivamente il medico o sanitario che si trovi in colpa lieve<sup>6</sup>, anche alla luce dell'art. 2236 c.c.<sup>7</sup>, ritenuto regola di esperienze generale cui si attribuisce fondamentale rilievo nella valutazione dell'addebito, specialmente con riguardo a contesti, come quello in atto, del tutto peculiari e a "situazioni tecnico-scientifiche nuove, complesse o influenzate e rese più difficoltose dall'urgenza", che "implicano un diverso e più favorevole metro di valutazione".

Inoltre, la nuova causa di non punibilità avrà ripercussioni anche sotto i profili di diritto intertemporale, poiché le condotte pregresse di vaccinazione del medico o sanitario, anche in caso di morte o lesioni del paziente, non saranno punibili, quantomeno sposando la teoria bipartita o tripartita, ai sensi dell'art. 2, co. 4, c.p., salvo pertanto il giudicato che difficilmente si è ad oggi formato considerata la vicinanza temporale dell'inizio delle vaccinazioni in Italia.

Risulta, quindi, pienamente tangibile la *ratio* sottesa al principio di retroattività della *lex mitior*, che, a differenza del principio di irretroattività sfavorevole, viene tutelato dall'art. 3 della Costituzione<sup>8</sup> proprio al fine di evitare disparità di trattamento tra soggetti che abbiano adottato una medesima condotta, ma in tempi differenti, come ad esempio due sanitari che abbiano inoculato il medesimo vaccino un giorno prima o un giorno dopo l'entrata in vigore della presente decretazione d'urgenza.

## 5. Conclusioni e rischi.

Poste tali ulteriori questioni tecniche, pare opportuno concludere domandandosi se sia possibile, alla luce del decreto-legge di nuova introduzione, scongiurare eventuali rifiuti da parte del personale sanitario alla somministrazione di uno o più tipologie di vaccini.

Sembra invero probabile come, in concreto, difficilmente tale scudo esimerà le autorità inquirenti dall'iscrizione del soggetto agente nel registro degli indagati ex art. 335 c.p.p., poiché la necessaria valutazione del grado di colpa in capo al sanitario, dirimente ai fini dell'applicazione della causa di non punibilità di nuova introduzione, richiederà necessariamente l'intervento di un tecnico, *sub specie* consulente o perito, che si attiverà, su richiesta del

pm o del giudice, esclusivamente dopo l'avvio del procedimento penale.

Tale conclusione sembra peraltro collimare con il principio cardine di obbligatorietà dell'azione penale di cui all'art. 112 Cost., che, come ci insegna la giurisprudenza costituzionale, "*non prevede deroghe né con riferimento al suo effettivo esercizio né con riferimento alla relativa modalità di svolgimento*"<sup>9</sup>.

Pertanto, logica conseguenza di tale conclusione è quella per la quale, anche se astrattamente molte condotte dei sanitari nelle operazioni inerenti alla vaccinazione non saranno punibili, gli stessi continueranno a valutare attentamente i rischi derivanti dalle proprie azioni, specie se si considera il potenziale pericolo che gli interpreti ritengano sussistente la colpa grave anche quando potrebbe non essere davvero tale.

Se da un lato potrebbero così verificarsi comportamenti c.d. pilateschi del personale medico-sanitario, come il rifiuto di inoculazione del vaccino in casi particolari<sup>10</sup>, ben più rischioso sarà il possibile ampliamento del fenomeno della c.d. "medicina difensiva"<sup>11</sup>, che, come noto, determina la prescrizione di esami diagnostici inappropriati al solo scopo di evitare eventuali responsabilità civili e penali, con gravi conseguenze sia sulla salute dei cittadini, che sull'aumento delle liste di attesa e dei costi gravanti sulle aziende sanitarie, in spregio ai parametri costituzionali di cui agli artt. 32, 41 e 97 Cost..

**Luigi Fimiani**

Avvocato del Foro di Roma.

<sup>1</sup> Per approfondire plurime questioni sollevate dalla legge Gelli, cfr. ROSICATO, *Il nuovo statuto penale della colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilità del personale sanitario*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 5 giugno 2017.

<sup>2</sup> Sez. Un. "Mariotti", 22 febbraio 2018, n. 8770, in *C.E.D. Cass.*, n. 272174, in *Cassazione Penale*, 2018, p. 1452, con nota di CUPELLI, *L'art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un'interpretazione "costituzionalmente conforme" dell'imperizia medica (ancora) punibile*, in *Il foro italiano*, 2018, p. 366, con nota di BETTIOL, *L'intervento delle Sezioni Unite sulla causa di non punibilità dell'art. 590 sexies in tema di responsabilità medica*, in *Diritto penale e processo*, 2018, p. 646, con nota di BRUSCO, *Responsabilità medica penale: le Sezioni Unite applicano le regole sulla responsabilità civile del prestatore d'opera*, nonché in *Giurisprudenza italiana*, 2018, p. 841, con nota di DI MAJO, *Il giudizio di responsabilità civile del medico dopo la legge Gelli e cioè la perizia "guidata"*, e p. 944, con nota di ROSICATO, *Le Sezioni Unite salvano la rilevanza in bonam partem dell'imperizia "lieve" del medico*.

<sup>3</sup> Sez. IV, 7 giugno 2017, n. 28187, in *C.E.D. Cass.*, n. 270214, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2017, p. 1369, con nota di CALETTI e MATTHEUDAKIS, *La Cassazione e il grado della colpa penale del sanitario dopo la riforma "Gelli-Bianco"*, in *Cassazione penale*,



2017, p. 3164, con nota di CUPELLI, *La legge Gelli-Bianco in Cassazione: un primo passo verso la concretizzazione del tipo*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2017, p. 2199, con nota di RISICATO, *Colpa dello psichiatra e legge Gelli-Bianco: la prima stroncatura della Cassazione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, fasc. 13 novembre 2017, con nota di FORMICA, *La responsabilità penale del medico: la sedazione ermeneutica di una riforma dal lessico infelice*, e fasc. 13 giugno 2017, con nota di CUPELLI, *La legge Gelli-Bianco e il primo vaglio della Cassazione: linee guida sì, ma con giudizio*, ed in *Il foro italiano*, 2017, p. 493, con nota di BETTIOL, *Concorso di persone nel reato – concorso colposo in reato doloso – ammissibilità – attività medico-chirurgica*.

<sup>4</sup> Sez. IV, 31 ottobre 2017, n. 50078, in *C.E.D. Cass.*, n. 270985, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, fasc. 7 novembre 2017, con nota di CUPELLI, *Quale (non) punibilità per l'imperizia? La Cassazione torna sull'ambito applicativo della legge Gelli-Bianco ed emerge il contrasto: si avvicinano le Sezioni Unite*, e fasc. 5 dicembre 2017, con nota di PIRAS, *La non punibilità dell'imperizia medica in executivis*, in *Archivio Penale*, 2018, fasc. 1, con nota di BISCEGLIA, *Il discutibile secondo lifting giurisprudenziale su di un tessuto normativo difettoso*, ed in *Cassazione penale*, 2018, p. 161, con nota di CUPELLI, *Quale (non) punibilità per l'imperizia medica? La legge Gelli-Bianco nell'interpretazione delle Sezioni unite*.

<sup>5</sup> Si prevedeva come «l'esercente le professioni sanitarie che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve».

<sup>6</sup> In merito al necessario accertamento, nella giurisprudenza *post* Mariotti, del grado della colpa da parte del giudice di merito, cfr. Sez. IV, 6 agosto 2018, n. 37794, in *C.E.D. Cass.*, n. 273464 e Sez. IV, 2 novembre 2018, n. 49884, in *C.E.D. Cass.*, n. 274045.

<sup>7</sup> (Responsabilità del prestatore d'opera), che prevede: «se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o colpa grave».

<sup>8</sup> Su tutte vv. il par. 11 della recente Corte Cost., 23 dicembre 2020, n. 278, sul tema della retroattività o meno della nuova causa di sospensione della prescrizione prevista dall'art. 83, co. 4, d.l. n. 18/2020.

<sup>9</sup> Tra le altre cfr. Corte Cost., 27 febbraio 2015, n. 23.

<sup>10</sup> Il decreto ivi commentato prevede tra l'altro l'obbligo per i sanitari di sottoporsi a vaccinazione, pena, in caso di accertata mancata vaccinazione, la sospensione dall'esercizio della professione fino all'assolvimento dell'obbligo vaccinale e comunque non oltre il 31 dicembre 2021.

<sup>11</sup> La Corte Costituzionale, con ordinanza n. 295 del 6 dicembre 2013, in *Il Corriere giuridico*, 2014, p. 1191, con nota di GUERINONI, *Incostituzionalità dell'art. 3 legge Balduzzi?... alla prossima*, definisce tale fenomeno come «la tendenza della classe medica ad adottare scelte diagnostiche e terapeutiche che valgano a porla a riparo da conseguenze penali e da richieste risarcitorie, ma che non necessariamente rispondono all'interesse del paziente».

## DPCM anti-Covid tra Costituzione e CEDU: marginali, ma non trascurabili, profili di illegittimità delle misure di contenimento ed irrilevanza penale delle false autodichiarazioni.

di **A. Keller** e **M. E. Salerno**

Il rapido evolversi della situazione epidemiologica e la necessità di evitare l'imminente collasso del sistema sanitario nazionale, nella primissima fase dell'emergenza sanitaria, hanno portato all'adozione di indispensabili misure di contenimento imposte con strumenti normativi che appaiono, tuttavia, discutibili e di cui occorre verificare la legittimità nella prospettiva delle sanzioni irrogabili agli inosservanti.

I profili critici attengono sia al mancato rispetto dei vincoli imposti dalla Costituzione, sia di quelli derivanti dalla normativa convenzionale pattizia (in particolare, dalla CEDU).

Potenzialmente travolte potrebbero essere alcune – in base al tipo e al tempo della violazione – delle sanzioni irrogate per l'inosservanza delle misure di contenimento, mentre le ipotesi di false autodichiarazioni appaiono in ogni caso – a prescindere dalla possibile applicazione del principio del *nemo tenetur se detegere* agli illeciti amministrativi punitivi – fuori dall'orizzonte del penalmente rilevante.

**Sommario.** **1.** Premessa: le criticità delle disposizioni anti-Covid. – **2.** La tesi della violazione dell'art. 13 Cost.: un "obbligo di permanenza domiciliare". – **3.** Gli argomenti spesi a sostegno della ritenuta violazione della libertà personale. – **4.** L'antitesi: il necessario distinguo tra *libertà personale* e *libertà di circolazione*. – **5.** La compatibilità dei DPCM rispetto all'art. 16 Cost.: il problema della c.d. *base legale*. – **6.** Rapporti tra misure di contenimento ed obblighi convenzionali: la possibilità di deroga ex art. 15 CEDU. – **7.** Annotazioni sull'irrilevanza penale, in ogni caso, delle *false* autodichiarazioni. – **8.** Conclusioni.

### 1. Premessa: le criticità delle disposizioni anti-Covid.

L'emergenza sanitaria da Sars-Cov-2 ha imposto alla *politica* di assumere nell'immediato scelte – più o meno condivisibili – finalizzate a ridurre la diffusione del contagio ed evitare il collasso del sistema sanitario, i cui operatori sono stati chiamati ad uno sforzo straordinario al punto da meritare la candidatura al *Premio Nobel* per la pace<sup>1</sup>.

Fin da subito si è inaugurato il *trend* – che non pare destinato ad essere abbandonato nemmeno con l'attuale compagine governativa – di imporre prescrizioni mediante lo strumento del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (in seguito, *breviter*, anche solo "DPCM"), prassi che ha suscitato fin da subito perplessità di legittimità costituzionale<sup>2</sup> affrontate, in tempi più recenti, in alcune decisioni delle autorità giudiziarie chiamate a pronunciarsi in merito alla violazione delle misure di contenimento<sup>3</sup> o alle false autodichiarazioni<sup>4</sup> rese in occasione dei controlli effettuati dalla pubblica autorità (e di cui si dirà più approfonditamente *infra*).

Occorre verificare, tuttavia, la bontà delle ragioni spese per sostenere l'illegittimità dei provvedimenti

anti-Covid: accanto ad argomenti che appaiono non del tutto persuasivi<sup>5</sup>, infatti, ve ne sono altri più convincenti che sembrano, per il momento, ancora non approfonditi nelle sedi giudiziali. Oltre ai profili "interni" – la rilevanza dell'art. 13 Cost. per le ipotesi di quarantena obbligatoria, piuttosto che dell'art. 16 Cost. per le misure di contenimento assunte nella prima fase emergenziale – vi sono poi dubbi di legittimità relativi alla normativa sovranazionale e, in particolare, rispetto ai vincoli sanciti dalla *Convenzione europea dei diritti dell'uomo* (CEDU)<sup>6</sup>: nei confronti dell'Italia, infatti, è stata mossa l'accusa di aver adottato le misure di contenimento senza formalmente e validamente invocare la clausola di deroga sancita dall'art. 15 della Convenzione<sup>7</sup>.

Le criticità che caratterizzano le disposizioni varate per affrontare l'emergenza sanitaria – specie nella primissima fase – potrebbero riverberarsi sulla validità delle sanzioni irrogate nelle ipotesi di inosservanza delle misure di contenimento, mentre in ogni caso appaiono prive di qualsivoglia rilievo penale le ipotesi di false autodichiarazioni.

## 2. La tesi della violazione dell'art. 13 Cost.: un "obbligo di permanenza domiciliare".

Tra i primi provvedimenti che hanno affrontato il tema della violazione degli obblighi imposti per arginare il rischio di contagio da Sars-Cov-2, particolare eco mediatica ha assunto la decisione del Giudice per le Indagini Preliminari del Tribunale di Reggio Emilia con cui sono stati prosciolti due imputati dal reato di falso commesso dal privato in atto pubblico di cui all'art. 483 c.p. realizzato mediante la mendace dichiarazione di aver abbandonato il domicilio per recarsi presso il vicino ospedale per esami clinici. Le indagini preliminari avevano consentito di accertare che, diversamente da quanto dichiarato all'autorità di pubblica sicurezza, gli imputati non avessero alcuna ragione sanitaria da soddisfare. Il G.I.P., tuttavia, invece di emettere il decreto penale di condanna richiesto dalla Procura della Repubblica, ha pronunciato sentenza di proscioglimento ex art. 129 c.p.p. assumendo l'illegittimità del DPCM dell'8 marzo 2020 con cui sarebbe stato introdotto un "vero e proprio obbligo di permanenza domiciliare" e, quindi, una "sanzione penale restrittiva della libertà personale"<sup>8</sup> in violazione dell'art. 13 Cost. Ritenuto per questa ragione illegittimo e, quindi, inapplicabile – ai sensi dell'art. 5 L. 20 marzo 1865, n. 2248<sup>9</sup> – il DPCM dell'8 marzo 2020, il G.I.P. ha ritenuto priva di efficacia qualsivoglia obbligo di auto-dichiarare le ragioni degli spostamenti, con conseguente irrilevanza del falso contestato agli imputati, ritenuto "inutile" perché realizzato tramite un'autodichiarazione che non poteva essere pretesa, in quanto prevista da un atto normativo in contrasto con la Costituzione.

## 3. Gli argomenti spesi a sostegno della ritenuta violazione della libertà personale.

Il DPCM dell'8 marzo 2020 sarebbe dunque in contrasto, secondo il G.I.P. di Reggio Emilia, con l'art. 13 Cost., norma che sancisce il principio di *inviolabilità della libertà personale* e che consente la relativa restrizione solo nei *casi e modi* previsti dalla legge e per atto motivato dell'autorità giudiziaria. Tale disposizione contiene la c.d. *doppia riserva*, una di legge ed una di giurisdizione, che la Carta costituzionale prevede al fine di arginare il rischio che uno dei diritti fondamentali possa essere abusivamente escluso o limitato. Nel diritto convenzionale, il medesimo principio è sancito all'art.

5 CEDU, in base al quale "[o]gni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza. Nessuno può essere privato della libertà, se non nei casi seguenti e nei modi previsti dalla legge".

Secondo il G.I.P. di Reggio Emilia le misure di contenimento di cui al DPCM dell'8 marzo 2020 sarebbero assimilabili a quattro differenti istituti: (i) il prelievo ematico su persona non consenziente; (ii) l'obbligo di presentazione avanti l'autorità di pubblica sicurezza in concomitanza con lo svolgimento delle manifestazioni sportive in caso di applicazione del DASPO; (iii) l'obbligo di accompagnamento coattivo alla frontiera dello straniero; (iv) il trattamento sanitario obbligatorio.

Con riferimento al prelievo ematico, si osserva che la Corte costituzionale, investita con ordinanza il 13 dicembre 1995 della questione di legittimità dell'art. 224, co. 2, c.p.p., aveva dichiarato l'illegittimità della disposizione nella parte in cui consentiva al giudice, nell'ambito delle operazioni peritali, di disporre misure incidenti sulla libertà personale dell'indagato o dell'imputato o di terzi al di fuori dei *casi e modi* specificamente previsti dalla legge e, quindi, in violazione dell'art. 13, co. 2, Cost. Per quanto più interessa ai nostri fini, quindi, nell'ipotesi di cui all'art. 224 c.p.p. la Consulta aveva ritenuto che il prelievo ematico, comportando nell'ipotesi di "mancato consenso" una limitazione della *libertà corporale*, seppur per un tempo limitato, costituisse una violazione della libertà personale tale da richiedere l'osservanza delle garanzie previste dall'art. 13 Cost. Con riferimento all'obbligo di presentazione presso l'autorità di pubblica sicurezza previsto per i destinatari del DASPO nel corso della giornata in cui si svolgono le manifestazioni sportive, di cui all'art. 6, co. 2, L. 13 dicembre 1989, n. 401, la Corte costituzionale, pur respingendo la questione di legittimità per manifesta infondatezza in relazione all'asserita violazione dell'art. 13, co. 3, Cost., che prevede la sottocategoria delle ipotesi di "*casi eccezionali di necessità e urgenza*", aveva affermato che, in effetti, si trattava di provvedimento incidente sulla libertà personale del soggetto destinatario, tanto da giustificare la già prevista convalida da parte dell'autorità giudiziaria (il citato art. 6, al terzo comma, prevedeva che il pubblico ministero, entro quarantotto ore dalla notifica del provvedimento emesso dal questore, dovesse richiedere la convalida al G.I.P.).

Con riferimento all'accompagnamento coattivo dello straniero alla frontiera, invece, viene in rilievo la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10, co. 2, D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (c.d. "Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero"), sollevata per contrasto (anche) dell'art. 13, co. 2 e 3, Cost. La disposizione disciplina – oltre all'ipotesi di respingimento immediato da parte della polizia di frontiera dello straniero che non sia in possesso dei requisiti previsti dalla legge (art. 10, co. 1) – due ipotesi di c.d. *respingimento differito*, entrambe con accompagnamento coattivo alla frontiera dello straniero. In particolare, si attribuisce al questore il potere di adottare tale provvedimento nei confronti: (i) degli stranieri che, entrando nel territorio dello Stato eludendo i controlli di frontiera, siano fermati all'ingresso o subito dopo (art. 10, co. 2, lett. a); (ii) degli stranieri che, presentatisi ai valichi di frontiera senza avere i requisiti legali per l'ingresso nel territorio dello Stato, siano temporaneamente ammessi per necessità di pubblico soccorso (art. 10, co. 2, lett. b). Ebbene, la Corte costituzionale, pur rigettando la questione per sopravvenuta irrilevanza nel caso in cui era stata sollevata<sup>10</sup>, ha affermato che la disposizione si pone in contrasto con l'art. 13 Cost. perché attribuisce la potestà all'autorità di pubblica sicurezza, anziché all'autorità giudiziaria, anche in assenza di ragioni di urgenza, e perché, nel consentire l'esercizio del potere "subito dopo" l'ingresso dello straniero nel territorio dello Stato, risulta indeterminata e, quindi, in violazione delle riserve – di legge e di giurisdizione – poste dall'art. 13, co. 2, Cost. Risulterebbe violato, inoltre, anche l'art. 13, co. 3, Cost., non essendo prevista la convalida del provvedimento del questore da parte dell'autorità giudiziaria. La Corte, quindi, ha inviato un monito al legislatore sollecitandolo ad intervenire al fine di conformare la disposizione alle garanzie previste dall'art. 13 Cost.<sup>11</sup>.

Con riferimento, infine, al trattamento sanitario obbligatorio (T.S.O.), la L. 23 dicembre 1978, n. 833, prevede che il provvedimento con il quale il sindaco lo dispone in condizioni di degenza ospedaliera<sup>12</sup>, deve essere notificato, entro quarantotto ore dal ricovero, tramite messo comunale, al giudice tutelare nella cui circoscrizione rientra il comune. Come è stato correttamente osservato, trattasi di provvedimento che incide sulla libertà personale e che imporrebbe il rispetto delle garanzie di cui all'art.

13 Cost. anche nelle ipotesi in cui il trattamento sia applicato in condizioni extraospedaliere<sup>13</sup>.

Ebbene, l'asserito obbligo di *permanenza domiciliare* di cui al DPCM dell'8 marzo 2020 si è ritenuto fosse riconducibile ed assimilabile alle ipotesi normative appena rappresentate che, senza dubbio, comportano una *compromissione* – seppur, in taluni casi, temporalmente limitata – della libertà personale e, quindi, richiedono di essere disciplinate nel rispetto della riserva di legge ed applicate nel rispetto della riserva di giurisdizione di cui all'art. 13 Cost.

Da una tale interpretazione ne conseguirebbe, quindi, che un DPCM – essendo fonte meramente regolamentare di rango secondario<sup>14</sup> – non potrebbe disporre alcuna limitazione della libertà personale, trattandosi non già di un atto normativo avente forza di legge, da intendersi in senso sostanziale (quindi non solo legge in senso formale, ma anche decreto-legge e decreto legislativo), come invece richiede l'art. 13 Cost. Secondo il G.I.P. di Reggio Emilia, infatti, non si tratterebbe di una mera limitazione della libertà di circolazione di cui all'art. 16 Cost. la quale riguarderebbe, invece, "*i limiti di accesso a determinati luoghi, [...] ma giammai può comportare un obbligo di permanenza domiciliare (Corte Cost., n. 68 del 1964)*"<sup>15</sup>. Secondo il Giudice per le Indagini Preliminari, infatti, "*la libertà di circolazione non può essere confusa con la libertà personale: i limiti della libertà di circolazione attengono a luoghi specifici il cui accesso può essere precluso, perché ad esempio pericolosi; quando invece il divieto di spostamento non riguarda i luoghi, ma le persone allora la limitazione si configura come vera e propria limitazione della libertà personale. Certamente quando il divieto di spostamento è assoluto, come nella specie, in cui si prevede che il cittadino non può recarsi in nessun luogo al di fuori della propria abitazione è indiscutibile che si versi in chiara e illegittima limitazione della libertà personale*"<sup>16</sup>.

#### **4. L'antitesi: il necessario distinguo tra libertà personale e libertà di circolazione.**

La tesi sostenuta nel provvedimento di proscioglimento del G.I.P. di Reggio Emilia – pur approdando ad una decisione condivisibile per le ragioni che, di seguito, si esporranno – non persuade, né convincenti e conferenti appaiono i richiami alla disciplina del prelievo coattivo ematico,

del DASPO, dell'allontanamento dello straniero alla frontiera e del T.S.O., argomenti già utilizzati, peraltro, in un precedente pronunciamento del Giudice di Pace di Frosinone che, seguendo la medesima impostazione, aveva ritenuto illegittima, e quindi disapplicabile, la medesima normativa emergenziale<sup>17</sup>.

Anzitutto, occorre osservare che le quattro normative sopra richiamate disciplinano situazioni tra loro sovrapponibili in quanto caratterizzate da una duplice esigenza: indicare, in via generale ed astratta, gli specifici *presupposti* che caratterizzano una *situazione soggettiva individuale* (persona il cui esame ematico rileva ai fini del completamento peritale; destinatario del DASPO; straniero irregolare; sofferente psichico) in presenza dei quali è possibile procedere ad un determinato atto (prelievo ematico; presentazione all'autorità di pubblica sicurezza; allontanamento e accompagnamento alla frontiera; trattamento sanitario) che limita la libertà personale di *quel* singolo individuo; verificare, in concreto, che in *quel* caso specifico sussistano i presupposti applicativi previsti dalla legge per poter procedere alla realizzazione di *quell'*atto che limita la libertà personale di *quell'*individuo<sup>18</sup>. Ne emerge una caratteristica peculiare e finanche assorbente del principio di inviolabilità della libertà personale di cui all'art. 13 Cost. che, nel disciplinare le ipotesi in cui può essere privata la libertà personale – quindi nei “*casi*” e nei “*modi*” previsti dalla legge (riserva di legge) e per atto motivato dell'autorità giudiziaria (riserva di giurisdizione) – si indirizza non solo all'individuo nella sua fisicità, ma anche nella sua *unicità* e *specificità*. In altre parole, il principio costituzionale è volto ad impedire che un individuo possa essere privato della (o anche solo limitato nella) propria libertà personale, in violazione dei presupposti (“*casi*”) e dei percorsi (“*modi*”) fissati dalla legge e senza il vaglio di un soggetto – terzo ed imparziale – che si faccia garante della ricorrenza, nel caso concreto, di *quei* presupposti (“*casi*”) e del rispetto di *quei* percorsi (“*modi*”) previsti dalla legge medesima.

Ebbene, la disciplina dettata dal DPCM dell'8 marzo 2020, fonte di rango secondario (equiparabile al regolamento)<sup>19</sup> – di cui certo si può discutere dell'opportunità, specie per il *deficit* di condivisione parlamentare di cui sono affetti tali atti normativi – ha inteso, si ritiene, limitare la libertà di circolazione

di cui all'art. 16 Cost., senza intaccare la libertà personale garantita dall'art. 13 Cost.

Diversamente dalle ipotesi *supra* richiamate e che appaiono coerenti rispetto alla *ratio* di tutela di cui all'art. 13 Cost., il DPCM dell'8 marzo 2020, infatti, ha previsto regole per la *pluralità* di individui che costituiscono la *collettività* e che erano tutti caratterizzati dai medesimi presupposti: essere soggetti contagiabili e quindi potenzialmente pericolosi per sé stessi e per gli altri. I presupposti che imponevano un limite alla libera circolazione erano diffusi e – a torto o a ragione – già stati accertati, nella loro sussistenza, dal legislatore, al punto che alcun controllo avrebbe avuto senso richiedere all'autorità giudiziaria<sup>20</sup>.

È meramente assertivo sostenere, peraltro, che fosse stato introdotto un vero e proprio “*obbligo di permanenza domiciliare*” avente natura di sanzione penale<sup>21</sup>, considerando che (non solo per lavoro o motivi di sanità, ma anche) per *necessità* (in seguito sostituito dai casi di *assoluta urgenza*) è sempre stato possibile circolare, quantomeno all'interno del territorio comunale, *senza* dover richiedere alcuna *preventiva* autorizzazione. La formula generica utilizzata dal legislatore (ipotesi di *necessità*) se ha sollevato svariate opzioni interpretative, al punto da rendere necessarie apposite conferenze stampa e FAQ pubblicate sui siti istituzionali per fornire più precise indicazioni, ha anche consentito un margine di discrezionalità tale da escludere una sovrapposizione ontologica tra prescrizioni anti-Covid ed obbligo di permanenza domiciliare di natura penale. La cartina di tornasole è che gli obblighi di permanenza domiciliare previsti dalla normativa penale – sia la misura cautelare degli arresti domiciliari di cui all'art. 284 c.p.p., sia la detenzione domiciliare di cui all'art. 47 *ter* L. 26 luglio 1975, n. 354 – prevedono, diversamente dalle misure anti-Covid, che solo tramite *preventiva* autorizzazione ci si possa allontanare dal luogo di permanenza, e questo anche per motivi di salute, pena la consumazione del reato di evasione<sup>22</sup>.

Né appare conferente il richiamo<sup>23</sup> alla sentenza della Corte costituzionale n. 68/1964 che individuerebbe nell'art. 16 Cost. la possibilità di imporre solo “*limiti di accesso a determinati luoghi, come ad esempio, l'affermato divieto di accedere ad alcune zone, circoscritte che sarebbero infette, ma giammai [potrebbe] comportare un obbligo di permanenza domiciliare*”<sup>24</sup>. Occorre osservare, infatti,

che in quella occasione il Pretore di Cortina d'Ampezzo aveva sollevato una questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, L. 27 dicembre 1956, n. 1423, recante "Norme di prevenzione nei confronti di persone pericolose per la sicurezza e la pubblica moralità"<sup>25</sup> per ritenuto contrasto con gli artt. 16, 3, 25, co. 3, e 102, co. 1, Cost. Nell'ordinanza si osservava che ragioni di sicurezza e di sanità possono, ai sensi dell'art. 16 Cost., giustificare l'allontanamento di una persona da un certo luogo, ma non possono giustificare un ordine di spostarsi (pur senza l'obbligo di rimanervi) in altro luogo. Ne conseguiva, per l'organo rimettente, l'illegittimità della disposizione che conferiva al questore il potere di rimandare le persone ritenute pericolose per la pubblica sicurezza o moralità, nel luogo di residenza con provvedimento motivato e con foglio di via obbligatorio. In breve: secondo il pretore rimettente la legge avrebbe potuto prevedere l'allontanamento di una persona da un determinato luogo, impedendone l'accesso, ma non avrebbe potuto prevedere – pena la violazione dell'art. 16 Cost. – lo spostamento di una persona in altro luogo (pur senza l'obbligo di rimanervi). Attualizzata la questione con riferimento all'emergenza pandemica, quindi, per il G.I.P. il divieto di allontanarsi dall'abitazione sarebbe illegittimo, oltre che per contrasto con l'art. 13 Cost., anche per contrasto con l'art. 16 Cost.

Ma ad un'attenta lettura, in realtà, risulta che la Corte costituzionale abbia *in toto* disatteso l'impostazione ermeneutica offerta nell'ordinanza di remissione e abbia dichiarato non fondata la questione ritenendo che fosse del tutto compatibile con l'art. 16 Cost. – senza alcun ruolo assumere, peraltro, l'art. 13 Cost. – la disposizione che imponeva al destinatario del foglio di via di recarsi presso l'abitazione nel comune di residenza: trattavasi, quindi, di una *disposizione che obbligava il destinatario a permanere in un determinato luogo* (l'abitazione nel comune di residenza), salva la possibilità di poter scegliere altro luogo in cui permanere. Un obbligo, quindi, più stringente rispetto a quello previsto dalla normativa emergenziale.

Occorre osservare che, invece, il "*divieto assoluto di mobilità dalla propria abitazione o dimora per i soggetti sottoposti alla misura della quarantena ovvero risultati positivi al virus*"<sup>26</sup>, di cui all'art. 1, co. 1, lett. c), DPCM dell'8 marzo 2020, sembra – questa sì – costituire una reale limitazione della libertà

personale, trattandosi di specificazione che non consente margini di tolleranza e di prescrizione applicabile solo a *quell'*individuo in presenza di determinati presupposti (tampone positivo)<sup>27</sup>: per tali ipotesi, nel rispetto dell'art. 13, co. 2 e 3, Cost., sarebbe stato forse opportuno prevedere fin da subito l'intervento dell'autorità giudiziaria alla quale si sarebbe potuto conferire il potere di convalidare il "*fermo*" individuale imposto per ragioni sanitarie dall'autorità sanitaria<sup>28</sup>.

### 5. La compatibilità dei DPCM rispetto all'art. 16 Cost.: il problema della c.d. *base legale*.

Esclusa la rilevanza del principio di inviolabilità della libertà personale, occorre verificare l'impatto degli obblighi e divieti introdotti con i vari DPCM rispetto al diritto di libera circolazione garantito dall'art. 16 Cost. In particolare, occorre accertare se la limitazione imposta in epoca emergenziale – e costantemente prorogata, anche se in forme multicolori – potesse essere introdotta attraverso una fonte di rango secondario, appunto il DPCM, o necessitasse di essere imposta con atto di espressione parlamentare.

La circostanza che la libertà di circolazione sia stata limitata non appare di per sé sufficiente per affermarne *sic et simpliciter* l'illegittimità, considerando che, nel rispetto dei limiti costituzionali e delle fonti convenzionali, anche i diritti e le libertà fondamentali possono essere, evidentemente, compressi. Peraltro, la materia penale, che pure è presidiata dalla riserva di legge prevista dall'art. 25, co. 2, Cost., è affastellata di regolamenti quotidianamente applicati nelle aule di giustizia al fine di individuare il perimetro della responsabilità penale degli individui (si pensi ai regolamenti richiamati dall'art. 73 D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 in materia di stupefacenti)<sup>29</sup>. Non vi dovrebbe essere motivo di dubitare, in generale, della legittimità di fonti di rango secondario che perseguono lo scopo di dettagliare l'applicazione degli obblighi e divieti derivanti da fonti di rango primario, le quali costituiscono la c.d. *base legale* individuata dal legislatore. Se il precetto – la *regola iuris* che vieta o impone un certo comportamento – è fissato dalla legge, il dettaglio può essere indicato dalla fonte regolamentare.

Prima del *lockdown* – iniziato il 9 marzo 2020 – il legislatore aveva approvato il D.L. 23 febbraio 2020, n. 6, recante "Misure urgenti in materia di

contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19", con il quale, all'art. 3, si delegava il Presidente del Consiglio dei Ministri ad adottare – tramite, appunto, DPCM – le misure di contrasto alla diffusione del Sars-Cov-2 individuate all'art. 1, che prevedeva un'elencazione specifica di misure determinate, e all'art. 2, che, invece, prevedeva una sorta di *"clausola in bianco"* che consentiva di adottare, in aggiunta rispetto alle misure elencate all'art. 1, *"ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da COVID-19 anche fuori dei casi di cui all'articolo 1"*. Ebbene, occorre osservare che l'art. 1 del D.L. 6/2020 individuava la possibilità di limitare la libertà di circolazione delle persone in alcune aree geografiche del paese. Si faceva espressamente riferimento ai *"comuni"* e alle *"aree"* in cui risultava positiva almeno una persona, circostanza che giustificava l'adozione del *divieto di allontanamento* dal comune o dall'area interessata da parte di tutti gli individui comunque presenti nel comune o nell'area (art. 1, co. 2, lett. a) D.L. 6/2020) ovvero del *divieto di accesso* al comune o all'area interessata (art. 1, co. 2, lett. b) D.L. 6/2020). Il D.L. 6/2020, quindi, non consentiva di adottare misure idonee ad escludere la libera circolazione all'interno del *comune* o dell'*area* interessata, ma si limitava a stabilire un divieto di superamento di confini (entrata-uscita dal *comune* o dall'*area*).

Ne consegue che, in generale, le misure limitative della libertà di circolazione adottate con i successivi DPCM al fine di contenere la diffusione del contagio avrebbero dovuto trovare una *base legale* nel D.L. 6/2020, fonte in grado di soddisfare quell'esigenza di riserva di legge prevista dall'art. 16 Cost.

In coerenza con la *base legale* (i.e. il D.L. 6/2020) veniva, quindi, di seguito emanato il DPCM del 1° marzo 2020, il quale disponeva il divieto di allontanamento da alcuni comuni (cfr. All. 1 al DPCM del 1° marzo) per *"tutti gli individui comunque ivi presenti"* ed il relativo divieto di accesso (art. 1, lett. a) e b) DPCM del 1° marzo).

Con l'adozione – necessaria ed assolutamente inevitabile considerando la difficoltà del servizio sanitario di far fronte ad una tale e sorprendente situazione epidemiologica – del DPCM dell'8 marzo 2020, invece, si introducevano misure che limitavano la libera circolazione all'interno di alcuni comuni o aree del territorio nazionale (c.d. *"zone rosse"*). In particolare, all'art. 1, co. 1, lett. a) si imponeva di

*"evitare ogni spostamento delle persone fisiche in entrata e in uscita dai territori di cui al presente articolo, nonché all'interno dei medesimi territori, salvo che per gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero spostamenti per motivi di salute. È consentito il rientro presso il proprio domicilio, abitazione o residenza"*.

Veniva così introdotto, attraverso l'adozione di una fonte di rango secondario, il divieto di spostamenti anche all'interno dei territori ivi citati, nonostante tale misura non fosse stata prevista nel D.L. 6/2020. In tal modo, in effetti, sembrerebbe essere stato esercitato un potere in difetto della *base legale*, posto che una tale limitazione non potrebbe essere legittimata da un generico ed illimitato compito di *"adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza"* (art. 2 D.L. 6/2020), *clausola in bianco* così indefinita – sia nel perimetro, sia nel contenuto – da attribuire, di fatto, il libero arbitrio al Presidente del Consiglio dei Ministri<sup>30</sup>. Il rapporto di *alterità* che insiste tra un divieto di superamento (in entrata e in uscita) dei confini di uno specifico *"comune"* o *"area"* ed un divieto di libera circolazione all'interno di uno specifico *"comune"* o *"area"* impedisce di ritenere esistente la *base legale* di riferimento.

Con DPCM del 9 marzo 2020, peraltro, le misure di cui all'art. 1 del DPCM dell'8 marzo erano estese all'intero territorio nazionale così imponendo un *lockdown* generalizzato<sup>31</sup>. L'evolversi della situazione epidemiologica portava all'adozione, tra gli altri, del DPCM del 22 marzo 2020, adottato con l'intento di limitare ulteriormente gli spostamenti ed il conseguente rischio di diffusione dell'epidemia, con cui si eliminava, addirittura, la possibilità di rientrare presso il proprio domicilio, abitazione o residenza ed ulteriormente si circoscriveva la libertà di spostamento, vietando il trasferimento in un comune diverso da quello in cui ci si trovava, salvo che per *"comprovate esigenze lavorative, di assoluta urgenza ovvero per motivi di salute"*.

I profili di criticità appena evidenziati venivano sanati, ma solo *pro futuro*, con il D.L. 25 marzo 2020, n. 19<sup>32</sup>, con cui si conferiva il potere di adottare *"su specifiche parti del territorio nazionale ovvero, occorrendo, sulla totalità di esso"* le misure previste all'art. 1, co. 2, disposizione che individuava un elenco tassativo di 29 *species* di misure (dalla lett. a alla lett. hh), tra cui (art. 1, co. 2, lett. a) la *"limitazione della circolazione delle persone, anche prevedendo limitazioni alla possibilità di allontanarsi dalla propria*

*residenza, domicilio o dimora se non per spostamenti individuali limitati nel tempo e nello spazio o motivati da esigenze lavorative, da situazioni di necessità o urgenza, da motivi di salute o da altre specifiche ragioni*<sup>33</sup>.

Con DPCM del 1° aprile 2020 – il primo ad essere emanato in forza del D.L. 19/2020, atto avente forza di legge ed idoneo a costituire una valida *base legale* dei successivi provvedimenti regolamentari – veniva prorogata la vigenza delle misure adottate con i precedenti atti regolamentari.

In conclusione, mentre non dovrebbero esservi dubbi che i DPCM – fonti regolamentari di rango secondario – adottati dopo il 26 marzo 2020 (entrata in vigore del D.L. 19/2020) siano legittimi in quanto attuativi di misure di contenimento della libertà di circolazione introdotte in forza di un atto avente forza di legge<sup>34</sup>, potrebbe marginalmente residuare più di una perplessità sui provvedimenti assunti nella primissima fase dell'emergenza sanitaria perché il D.L. 6/2020 non costituiva una *base legale* idonea a legittimare l'adozione di misure di contenimento della libertà di circolazione. Appare verosimile, quindi, che una valutazione in concreto, caso per caso, possa indurre a ritenere *tamquam non esset* la violazione delle misure di contenimento<sup>35</sup> posta in essere da chi abbia liberamente circolato tra l'8 marzo e il 3 aprile 2020 all'interno del comune in cui si trovava<sup>36</sup>.

## **6. Rapporti tra misure di contenimento ed obblighi convenzionali: la possibilità di deroga ex art. 15 CEDU.**

In questo contesto pandemico dovuto al proliferare del Sars-Cov-2, occorre considerare l'adeguatezza delle misure di contenimento adottate dallo Stato italiano non solo sul piano nazionale, ma anche sovranazionale, alla luce degli obblighi imposti dal diritto internazionale dei diritti umani. Il riferimento è, in particolare, alla disciplina in materia di "*deroghe in stato di emergenza*" prevista dall'art. 15 CEDU<sup>37</sup>, ai sensi del quale "[i]n caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte contraente può adottare delle misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale".

Anzitutto, occorre notare come il ricorso a tale prerogativa, a differenza del passato, troverebbe la propria origine in una crisi sanitaria e non in un'emergenza di natura politica: niente minacce terroristiche, disordini interni o conflitti armati<sup>38</sup>. La diffusione del virus, nella sua dimensione globale, ha indotto molti Stati membri del Consiglio d'Europa ad adottare normative di stampo emergenziale in applicazione dell'art. 15 CEDU, mentre l'Italia rientra tra le nazioni che non hanno fatto ricorso a tale disposizione, almeno non ancora. La scelta italiana non è passata inosservata, tanto che l'*Osservatorio sulla legalità costituzionale*<sup>39</sup> ha presentato, in data 14 settembre 2020, al Segretario Generale del Consiglio d'Europa un esposto per denunciare la violazione degli obblighi di cui all'art. 15 della Convenzione<sup>40</sup>.

Insomma, derogare o non derogare? Nell'affrontare il tema della clausola di deroga si intende riflettere in particolare sulla legittimità convenzionale delle prescrizioni limitative della libertà di circolazione adottate a livello nazionale.

In via preliminare, occorre osservare che la Convenzione offre agli Stati membri diversi meccanismi per far fronte a situazioni eccezionali. In questo contesto, particolarmente rilevante è la distinzione tra *limitations* e *derogations*<sup>41</sup>: le limitazioni ai diritti umani sono clausole che limitano l'esercizio di alcuni diritti non assoluti al fine di proteggere interessi collettivi pure ritenuti meritevoli di tutela. Tali restrizioni, soggette ai *test* di legalità (*prescribed by law*), legittimità (*pursue a legitimate aim*) e proporzionalità (*proportionate to the aim and necessary in a democratic society*), sono ammissibili in tempi normali, ossia in regime ordinario<sup>42</sup> e non possono *annientare* il nucleo essenziale del diritto limitato, non potendo la misura restrittiva escludere *tout court* la garanzia oggetto di limitazione<sup>43</sup>. Diversamente, la clausola derogatoria<sup>44</sup> di cui all'art. 15 della Convenzione è un meccanismo a cui gli Stati possono ricorrere<sup>45</sup> – e non sono obbligati a farlo – per fronteggiare situazioni emergenziali, di carattere eccezionale in cui "*more severe restrictions and derogations can be admitted*"<sup>46</sup>. Tale strumento entra in gioco quando la situazione di crisi sia di entità tale per cui le misure restrittive – quindi le *limitations* – che di per sé la Convenzione consente di adottare per la tutela di interessi collettivi risultino inadeguate e insufficienti<sup>47</sup>. L'attivazione dell'art. 15 CEDU consente, dunque, agli Stati membri di svincolarsi

temporaneamente ed in via eccezionale da alcuni obblighi convenzionali, nella misura in cui vengono rispettati i presupposti applicativi, di tipo sostanziale e procedurale, ed i limiti individuati nei primi due paragrafi della disposizione<sup>48</sup>.

Occorre soffermare l'attenzione su almeno due disposizioni convenzionali che contengono clausole di limitazione e che risultano rilevanti nel contesto pandemico. Un primo esempio è costituito dall'art. 2 del Protocollo n. 4 della Convenzione che disciplina la libertà di circolazione di cui, con riferimento al piano nazionale, si è già ampiamente detto. Tale disposizione prevede la possibilità di comprimere la libertà in questione a patto che vengano rispettati tre presupposti: ossia che la limitazione (i) sia prevista dalla legge; (ii) persegua uno dei fini ritenuti meritevoli di tutela dalla stessa Convenzione; (iii) si ponga quale necessaria all'interno di una società democratica. Con riferimento alla limitazione della libertà di circolazione, si ripropone, anche a livello sovranazionale, il problema della *base legale*. Sul punto, occorre sottolineare che il presupposto applicativo in base al quale la limitazione deve essere adottata *"in accordance with law"* è stato interpretato *estensivamente* dalla Corte di Strasburgo, la quale ha ritenuto che il termine *"law"* debba essere letto *"in its substantive sense, not its formal one, encompassing enactments of lower ranking statutes"*<sup>49</sup>. Inoltre, la fonte contenente la limitazione del diritto deve essere formulata con sufficiente chiarezza e precisione, così da mettere i consociati in grado di adeguare ad essa la propria condotta. Qualora la legge preveda, inoltre, una delega all'autorità amministrativa, essa dovrà indicare con precisione i contorni della successiva legislazione delegata, dovendosi ritenere una *delega in bianco* non conforme al requisito della previsione legislativa richiesto dalla CEDU<sup>50</sup>.

Ecco, dunque, che con riferimento alle limitazioni imposte dall'Italia si ripropone il profilo di criticità già evidenziato rispetto alla Costituzione: se, infatti, la Convenzione ritiene ammissibili compressioni della libertà di circolazione disposte mediante fonti secondarie (normazione amministrativa)<sup>51</sup>, dubbi di legittimità – anche a livello convenzionale – sorgono con riferimento alla *clausola in bianco* che attribuiva un generico ed illimitato potere di *"adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza"* (art. 2 D.L. 6/2020) al Presidente del Consiglio, con il conseguente elevato rischio di abusi.

Meno problematico è, invece, il secondo presupposto per una valida limitazione della libertà di circolazione nel contesto dell'emergenza sanitaria, in quanto il par. 3 dell'art. 2 del Protocollo n. 4 della Convenzione prevede che l'esercizio di tale libertà *"non [possa] essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono previste dalla legge e che costituiscono, in una società democratica, misure necessarie alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al mantenimento dell'ordine pubblico, alla prevenzione delle infrazioni penali, alla protezione della salute o della morale o alla protezione dei diritti e libertà altrui"*. Quindi è la stessa disposizione che contempla espressamente la tutela della salute fra le ipotesi che possono giustificare una limitazione di questo diritto, similmente a quanto previsto, sul piano interno, all'art. 16 Cost.<sup>52</sup>.

Infine, il terzo requisito implica un bilanciamento fra il diritto riconosciuto ai singoli (la libertà di circolare) e gli interessi della comunità nel suo insieme (salute dell'intera popolazione), presupponendo il rispetto del principio di proporzionalità. Sotto questo profilo, vi è chi ha affermato che *"[l]'esigenza di tutela della salute pubblica a fronte della pandemia del Covid-19 appare senza dubbio un pressing social need per tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa, inclusa l'Italia"* e che la natura delle misure di contenimento adottate, specie durante la primissima fase emergenziale rispetto alla gravità della minaccia per la salute dell'intera popolazione e la progressiva estensione territoriale dei provvedimenti limitativi parallelamente alla diffusione del contagio, inducono a ritenere superato positivamente il *test* di proporzionalità<sup>53</sup>.

Altro esempio di clausola di limitazione, rilevante nel contesto della pandemia, è quella di cui all'art. 5 CEDU, il quale sancisce al par. 1, lett. e), che il diritto alla libertà personale può essere limitato *"se si tratta della detenzione regolare di una persona suscettibile di propagare una malattia contagiosa"*<sup>54</sup>. Con particolare riferimento al DPCM dell'8 marzo 2020, si è già detto che questo provvedimento parrebbe imporre una limitazione alla libertà personale laddove prescriveva il *"divieto assoluto di mobilità dalla propria abitazione o dimora per i soggetti sottoposti alla misura della quarantena ovvero risultati positivi al virus"* (art. 1, co. 1, lett. c), del suddetto DPCM.

Sul punto, vi è chi ha già rilevato come, di fatto, potrebbe risultare maggiormente critico conferire

una copertura convenzionale, in forza delle singole clausole di restrizione previste dalla CEDU, alla decisione di imporre un divieto di allontanamento dalla propria abitazione<sup>55</sup>. L'esigua giurisprudenza europea sul par. 1, lett. e), art. 5 CEDU non permette di determinare, allo stato attuale, se l'espressione "*lawful detention of persons for the prevention of the spreading of infectious diseases*" sia idonea a ricomprendere, ad esempio, anche il divieto di esercitare attività ludica o ricreativa all'aperto se non nelle vicinanze della propria abitazione e, soprattutto, l'obbligo di isolamento domiciliare per persone venute a contatto con soggetti positivi. Si può sostenere che, con ogni probabilità, misure di questo tipo, in grado di comprimere in maniera potenzialmente non proporzionata il diritto alla libertà personale, avrebbero potuto essere legittimamente adottate solo attraverso il ricorso al meccanismo generale di deroga previsto dall'art. 15 CEDU.

Approfondendo il tema della clausola derogatoria prevista dalla Convenzione, occorre concentrare l'attenzione quantomeno sugli aspetti che, con riferimento al contesto emergenziale, si ritengono di maggiore interesse o hanno già sollevato questioni sotto il profilo applicativo. In particolare, per ciò che concerne i presupposti, affinché uno Stato possa validamente e legittimamente invocare il diritto di deroga di cui all'art. 15 CEDU, occorre che vengano rispettati anzitutto obblighi di tipo *sostanziale*. È infatti necessario che: (a) sussista una situazione di guerra o di emergenza pubblica che minacci la vita dell'intera nazione; (b) la minaccia sia attuale o, quanto meno, imminente; (c) lo Stato non abbia creato o contribuito a creare la situazione di emergenza<sup>56</sup>. È evidente che la prima domanda cui dar risposta è se l'attuale emergenza sanitaria autorizzi gli Stati a ricorrere alla clausola di deroga, ossia se essa rientri nella nozione di "*pericolo pubblico che minacci la vita della nazione*"<sup>57</sup>. Sebbene in passato la clausola di deroga sia stata prevalentemente invocata in risposta a situazioni di conflitto, campagne terroristiche o disordini interni di una certa portata, si è piuttosto concordi nel ritenere che la sua formulazione generica ne permetta l'utilizzo anche in presenza di calamità naturali, epidemie o gravi crisi economiche<sup>58</sup>. La Georgia, ad esempio, ha invocato l'art. 15 della Convenzione "*per sospendere il diritto di proprietà e la libertà di circolazione in risposta all'epidemia di*

*influenza aviaria che aveva pesantemente colpito parte del proprio territorio*"<sup>59</sup>. Non sembra, dunque, potersi escludere che la diffusione del Sars-Cov-2 sia qualificabile come una situazione di emergenza pubblica idonea a minacciare la vita di una nazione<sup>60</sup>. Quest'ultima è stata, infatti, definita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo come "*an exceptional situation of crisis of emergency which affects the whole population and constitutes a threat to the organised life of the community of which the State is composed*"<sup>61</sup>. D'altro canto, la stessa Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) definiva già il 30 gennaio 2020 l'epidemia come "*a public health emergency of international concern*"<sup>62</sup>.

È, inoltre, necessario che la minaccia sia attuale ed imminente, non potendo la deroga invocarsi in via meramente preventiva<sup>63</sup>. In merito, occorre osservare che tra le contestazioni mosse nei confronti dell'Italia vi è proprio quella di aver agito *prematuramente*, perché il 31 gennaio 2020 – data in cui veniva dichiarato lo stato di emergenza – la minaccia non poteva (ancora) dirsi attuale o imminente<sup>64</sup>. L'assenza di tale requisito fattuale dovrebbe, di conseguenza, far ritenere le misure di contenimento all'uopo adottate illegittime per contrasto con l'art. 15 CEDU. Sul punto, tuttavia, si può opporre che "*[t]here is no doubt that COVID-19 crisis fits with those criteria, with an actual and imminent threat (depending of the country) to all individuals' right to health and right to life*"<sup>65</sup>. Come già precisato, in Italia, l'*escalation* delle misure restrittive ha preso avvio quando ormai si era resa evidente l'inefficacia del tentativo di fermare la diffusione del virus semplicemente ricostruendo la catena dei contagi ed isolando i soggetti potenzialmente infetti<sup>66</sup>. Inoltre, l'applicazione delle misure a tutto il territorio nazionale è stata disposta in un momento in cui vi erano già oltre 9.000 contagi e casi accertati in tutte le regioni d'Italia, aspetto che risulta sufficiente ad integrare il requisito sostanziale in questione, se si considera che "*[t]he requirement of imminence cannot be interpreted so narrowly as to require a State to wait for disaster to strike before taking measures to deal with it*"<sup>67</sup>.

Occorre tenere presente che anche laddove sussistano tutti i presupposti sostanziali per esercitare il diritto di deroga, è necessario che le misure restrittive rispettino una serie di limiti. In particolare, esse devono essere: (a) proporzionate rispetto al carattere e all'entità dell'emergenza; (b) temporanee;

(c) conformi agli altri obblighi internazionali gravanti sullo Stato<sup>68</sup>; infine, (d) non devono incidere sui cd. *diritti inderogabili*<sup>69</sup>. Occorre, anzitutto, che le misure derogatorie che sospendono gli obblighi convenzionali ex art. 15 CEDU vengano adottate “*only to the extent strictly required*”. Tale valutazione solleva, pertanto, questioni circa la loro *proporzionalità*<sup>70</sup>, poiché le singole misure che lo Stato intende adottare devono essere applicate solo se assolutamente necessarie per far fronte all'emergenza tenendo conto di “*duration, geographical coverage and material scope*”<sup>71</sup>. È evidente che in base all'andamento dell'emergenza lo scopo materiale delle misure derogatorie può subire una progressiva riduzione o estensione sia con riferimento al numero di diritti oggetto di limitazione che all'intensità della limitazione stessa<sup>72</sup>. Per questa ragione, gli Stati che hanno invocato la clausola derogatoria sono chiamati, proprio in applicazione del principio di proporzionalità, a valutare su base regolare la stretta necessità delle misure di contenimento restrittive di diritti e libertà fondamentali. Da qui il carattere di temporaneità della deroga<sup>73</sup>, requisito che non viene meno per effetto dell'eventuale proroga dello stato di emergenza, a condizione che permangano i presupposti che ne giustificano l'adozione<sup>74</sup>. Generalmente il sindacato di proporzionalità effettuato dalla Corte europea, con riferimento all'impossibilità degli Stati di gestire la situazione di emergenza senza ricorrere a misure eccezionali e derogatorie di obblighi convenzionali, è piuttosto rigoroso. Decisamente meno invasivo è, invece, il controllo che la Corte opera rispetto agli altri due passaggi del *test* in questione, ovvero la necessità della misura ed il bilanciamento. In relazione a questi ultimi, gli Stati membri sembrano godere, infatti, di un ampio margine di apprezzamento. La Corte, in passato, si è dimostrata piuttosto riluttante ad interferire sulle decisioni in materia di misure emergenziali ritenendo che le autorità nazionali fossero meglio attrezzate per scegliere i mezzi necessari a far fronte a questo tipo di situazioni e limitandosi a sindacare soltanto le scelte manifestamente irragionevoli (*better placed argument*). Una tale argomentazione risulta senza dubbio ragionevole in relazione a conflitti armati e lotta al terrorismo in cui elementi come la storia e la cultura dei popoli incidono profondamente sulla percezione della minaccia alla sicurezza nazionale e

sulla scelta dei mezzi necessari a farvi fronte. Ma nel contesto dell'emergenza sanitaria si ritiene che agli Stati non debba essere riconosciuta un'ampia discrezionalità perché “*le misure di contrasto alla diffusione del virus dovrebbero reggersi prevalentemente su dati scientifici, tecnologici e statistici, che poco o nulla hanno a che vedere con le particolarità storico-culturali dei diversi Paesi*”<sup>75</sup>. In ogni caso, la giurisprudenza convenzionale non ha mancato di ribadire che, persino nella lotta al terrorismo, la discrezionalità degli Stati non è affatto illimitata<sup>76</sup>. Appare evidente, quindi, che allo stato attuale è ancora difficile valutare l'adeguatezza delle restrizioni adottate dallo Stato italiano e la loro proporzionalità e che l'accusa di aver violato gli obblighi di cui all'art. 15 della Convenzione potrà essere oggetto di valutazione ad opera della Corte europea dei diritti dell'uomo solo ad emergenza terminata<sup>77</sup>.

Infine, per quanto riguarda i presupposti procedurali, l'art. 15, par. 3, CEDU prevede, quale condizione per il valido esercizio del diritto di deroga, che gli Stati provvedano a notificare al Segretario Generale del Consiglio d'Europa “*all measures taken under the derogation clause and of the reasons therefore*”<sup>78</sup>. Inoltre, alla luce della giurisprudenza della Corte europea, perché possa trovare applicazione la clausola di deroga di cui all'art. 15 sembra essere richiesta una condizione preliminare, ossia una vera e propria dichiarazione di “*stato di emergenza*”<sup>79</sup>. Nel valutare la presenza di tale pre-condizione, tuttavia, la Corte europea ha adottato una posizione flessibile ritenendo sufficiente, come *official proclamation*, una dichiarazione “*formal in character and made public by the Government's intention as regards derogation*”<sup>80</sup> in luogo di una formale dichiarazione dello stato di emergenza<sup>81</sup>. Ora, si è già sottolineato che, ad oggi, l'Italia non ha ancora provveduto a notificare alcunché al Segretario Generale. Occorre rilevare che l'assenza di notifica non implica di per sé né conseguenze di tipo “*sanzionatorio*”<sup>82</sup>, né tantomeno l'illegittimità delle misure adottate dall'Italia per affrontare l'emergenza<sup>83</sup>. Tuttavia, nel caso in cui le misure di contenimento della pandemia interferiscano eccessivamente nel godimento dei diritti convenzionali, ci si ritroverebbe nell'impossibilità di invocare la clausola di deroga di cui all'art. 15 CEDU per esimersi dalla responsabilità ai sensi della Convenzione<sup>84</sup>. Laddove, invece, l'Italia decidesse di provvedervi, si potrebbe pacificamente

ritenere sussistente la condizione preliminare visto che, come più volte ribadito, già in data 31 gennaio 2020 il Consiglio dei Ministri emetteva una *“dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all’insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili”*<sup>85</sup>. Un’ultima considerazione: il ritardo nella notifica esporrebbe, in ogni caso, lo Stato italiano al rischio di non poter invocare l’art. 15 come giustificazione delle misure. Infatti, nel *Greek case* citato la Commissione europea, oltre ad aver constatato la genericità della notificazione greca, ha ritenuto che un ritardo di oltre quattro mesi nella comunicazione fosse incompatibile con l’art. 15, par. 3<sup>86</sup>.

Alla luce di tali considerazioni, la domanda sorge spontanea: se la pandemia può essere qualificata come una situazione di pubblica emergenza talmente eccezionale da imporre l’adozione di misure fortemente restrittive, nonché il conferimento al governo di poteri eccezionali tali da incidere sugli equilibri istituzionali, e se sussistono, come sembra, tutti i requisiti sostanziali, perché l’Italia non ha esercitato il diritto di deroga ai sensi dell’art. 15 CEDU?<sup>87</sup> Una tale scelta potrebbe essere fondata sulla convinzione che le misure introdotte – che pure incidono in maniera rilevante sulle libertà individuali – siano comunque compatibili con gli obblighi convenzionali di tutela dei diritti umani. Tuttavia, è innegabile che l’invocazione della clausola di deroga *“in via precauzionale”* avrebbe certamente permesso all’Italia di mettere al riparo le misure emergenziali da eventuali censure di violazioni della CEDU, specie in una situazione di dubbio, in cui è difficile valutare se i provvedimenti adottati siano compatibili o meno con il testo della Convenzione<sup>88</sup>. Con ogni probabilità, all’indomani della pandemia, la Corte europea dei diritti dell’uomo si troverà sommersa di ricorsi e il suo sindacato sugli effetti che l’emergenza sanitaria ha prodotto sui diritti e sulle libertà fondamentali costituirà, nei prossimi anni, un importante banco di prova per la tenuta del sistema convenzionale<sup>89</sup>.

### **7. Annotazioni sull’irrelevanza penale, in ogni caso, delle false autodichiarazioni.**

A prescindere dagli eventuali profili di illegittimità rispetto alla Costituzione o al diritto sovranazionale dei DPCM emergenziali, appaiono in ogni caso prive di rilievo penale le false autodichiarazioni presentate

o compilate in occasione del controllo dell’autorità di pubblica sicurezza al fine di giustificare lo spostamento per ragioni di lavoro, salute o necessità. Nell’ordinamento non vi è alcuna norma di legge di rango primario o secondario che preveda l’obbligo di presentare un’autodichiarazione per giustificare gli spostamenti in periodo di emergenza sanitaria. Tale previsione, infatti, è stata introdotta dalla Direttiva del Ministro dell’Interno n. 15350/117(2)/Uff III - Prot. Civ. dell’8 marzo 2020, che costituisce un atto interno alla Pubblica Amministrazione rivolta alle articolazioni territoriali (i.e. i Prefetti)<sup>90</sup> ed in cui si richiamavano le disposizioni di cui artt. 46 e 47 D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445. Ebbene, l’art. 46 citato, rubricato *“Dichiarazioni sostitutive di certificazioni”* prevede che con autodichiarazioni, *“prodotte in sostituzioni delle normali certificazioni”*, siano comprovati una serie di *“stati, qualità personali e fatti”* specificamente e tassativamente indicati dalla lettera a) alla lettera ee); l’art. 47, invece, rubricato *“Dichiarazioni sostitutive dell’atto di notorietà”*, prevede, al primo comma, che *“l’atto di notorietà concernente stati, qualità personali o fatti che siano a diretta conoscenza dell’interessato è sostituito da dichiarazione resa e sottoscritta dal medesimo”* e, al terzo comma, che *“[f]atte salve le eccezioni espressamente previste per legge, nei rapporti con la pubblica amministrazione e con i concessionari di pubblici servizi, tutti gli stati, le qualità personali e i fatti non espressamente indicati nell’articolo 46 sono comprovati dall’interessato mediante la dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà”*. Le falsità rese nelle dichiarazioni di cui agli artt. 46 e 47 D.P.R. 445/2000 sono, ai sensi dell’art. 76 del medesimo decreto, *“considerate come fatte a un pubblico ufficiale”* e sono punite ai sensi del Codice penale.

In questo contesto viene in rilievo, quindi, l’ipotesi di falso prevista dall’art. 483 c.p. che punisce chi *“attesta falsamente al pubblico ufficiale, in un atto pubblico, fatti dei quali l’atto è destinato a provare la verità”*.

Plurimi argomenti depongono, tuttavia, per l’impossibilità di configurare tale fattispecie incriminatrice nelle ipotesi di dichiarazione mendace presentata per giustificare lo spostamento in conformità alle prescrizioni anti-Covid.

Il primo distinguo, necessario, anche se non risolutivo, attiene al *fatto* rispetto all’*intenzione*: solo il fatto pregresso, che si è già verificato e che può assumere una connotazione di *vero* o *non vero* può

rilevare ai fini dell'autodichiarazione, mentre alcun ruolo dovrebbero assumere le *intenzioni* e, quindi, le dichiarazioni che descrivono fatti ancora non verificatisi. Le intenzioni, del resto, appartenendo al *foro interiore* rilevano solo nell'ambito del diritto canonico<sup>91</sup>. Ne consegue che alcuna connotazione di falsità potrebbe essere attribuita a chi abbia autodichiarato di essere in procinto di raggiungere un determinato luogo per ragioni di lavoro o per soddisfare una necessità o motivi di salute, non potendosi considerare la dichiarazione una promessa *pro futuro* vincolante. In questo senso si è espresso anche il Giudice per le Indagini Preliminari di Milano al quale è stato richiesto di emettere un decreto penale di condanna per il reato di cui all'art. 483 c.p. a carico di imputati che avevano falsamente dichiarato di dirigersi verso il posto di lavoro, circostanza di cui era stata accertata la falsità dalla polizia giudiziaria<sup>92</sup>.

Circoscritto l'ambito di rilevanza di cui all'art. 483 c.p. ai soli fatti pregressi, già venuti ad esistenza *in rerum natura* e quindi verificabili, occorre rilevare che l'ambito di applicazione oggettivo della fattispecie incriminatrice è limitato ai soli *atti destinati a provare la verità*. La *ratio* è impedire che la Pubblica Amministrazione assuma determinazioni (la concessione di un'autorizzazione, l'ammissione all'iscrizione ad un registro, l'autorizzazione alla partecipazione a un bando per una gara d'appalto, ...) <sup>93</sup> facendo affidamento su un'autodichiarazione falsa. Non a caso gli eventuali benefici ottenuti sono revocati in caso di falsità<sup>94</sup>. Tuttavia, il verbale redatto in sede di controllo dall'autorità di pubblica sicurezza, a cui è allegata la falsa autodichiarazione del soggetto verificato, non costituisce, invece, un atto che prova la verità dei fatti dichiarati dalla parte, ma solo dei fatti accertati dagli operanti<sup>95</sup>: l'autodichiarazione non è finalizzata a stimolare alcun provvedimento o determinazione della Pubblica Amministrazione.

Occorre osservare, peraltro, che le disposizioni di cui agli art. 46 e 47 D.P.R. 445/2000, evocate nella richiamata Direttiva del Ministero dell'Interno, hanno la funzione di consentire la *sostituzione* di certificazioni o di atti notori. Ne consegue che i *fatti* (ma anche gli *stati* e le *qualità*) oggetto di autodichiarazione dovrebbero risultare conformi a quanto avrebbe rappresentato la certificazione o l'atto notorio sostituito, tanto è vero che la Corte di legittimità è giunta ad escludere la rilevanza del falso

di cui all'art. 483 c.p. nelle ipotesi in cui sia stata autodichiarata, ai sensi dell'art. 46 D.P.R. 445/2000, l'assenza di condanne penali nonostante la sussistenza di una pronuncia di patteggiamento, proprio perché se fosse stato prodotto il certificato del casellario giudiziale – documento sostituito nel caso di specie, appunto, dall'autodichiarazione – non vi sarebbe stata traccia di tale precedente<sup>96</sup>. L'autodichiarazione richiesta dalla autorità di pubblica sicurezza in epoca di emergenza sanitaria, quindi, non può in alcun modo essere richiesta nelle forme di cui agli artt. 46 e 47 DPR 445/2000, proprio perché non vi è alcun certificato o atto notorio da sostituire in relazione ai *fatti* posti a giustificazione dello spostamento che si sta attuando. In questo senso, quindi, l'autodichiarazione appare *fine a se stessa* ed è richiesta solo al fine di consentire la verifica che il dichiarante abbia – nella sostanza, ma non nella forma – agito in conformità alle disposizioni anti-Covid.

Coerentemente, come è già stato osservato<sup>97</sup>, nell'ordinamento non esiste una norma che imponga di dichiarare il vero al momento del controllo. E, si aggiunge, né si potrebbe e si sarebbe potuto legittimamente imporre di dichiarare il vero in sede di autodichiarazione, considerando che, nell'ipotesi di cui si sta trattando, la falsità trova ragione di essere compiuta al fine di evitare di subire una sanzione per il mancato rispetto della normativa emergenziale (è l'ipotesi di chi abbia falsamente dichiarato di essere stato al lavoro e di rientrare presso il domicilio, quando in realtà si era spostato per esercitare attività ludiche non necessarie). Ebbene, il divieto di autoincriminazione (c.d. *Miranda Warnings*)<sup>98</sup> espresso con il brocardo *nemo tenetur se detegere*, per cui non si può imporre a colui che ha commesso un illecito penale di dire la verità e di collaborare per l'accertamento delle sue responsabilità, è estrinsecazione del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost. Ne consegue che anche laddove sia introdotto un tale obbligo di verità, questo sarebbe illegittimo per contrasto con la Costituzione e, non da ultimo, con la CEDU<sup>99</sup>. Tuttavia, tale diritto di autodifesa, se sussiste certo per evitare l'accertamento di un *reato* (come era previsto nella primissima fase dell'emergenza sanitaria, in cui il D.L. 6/2020 aveva previsto che la violazione delle misure di contenimento fosse punita, ai fini della quantificazione della pena, ai sensi della contravvenzione di "Inosservanza dei provvedimenti

dell'Autorità" di cui all'art. 650 c.p.), non è automaticamente estendibile a tutte le ipotesi di illecito amministrativo. La questione risulta rilevante se si considera che con l'art. 4 D.L. 19/2020 è stata introdotta, in luogo della sanzione penale, la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 400,00 ad euro 3.000,00 (poi ridotta ad un massimo di euro 1.000,00 dalla L. 35/2020 in sede di conversione). Ancora di recente, la Corte di Giustizia ha avuto occasione di evidenziare, infatti, che lo *ius tacendi* è applicabile a quei soli illeciti amministrativi che siano *sostanzialmente punitivi* ovvero nell'ambito di quei procedimenti amministrativi i cui accertamenti possano essere utilizzati in un procedimento penale (è l'esempio del procedimento penale in cui sono contestati reati tributari ovvero reati di *market abuse*)<sup>100</sup>: al fine di poter ritenere applicabile il principio del *nemo tenetur se detegere*, quindi, si dovrebbe dapprima verificare che l'illecito amministrativo integrato dalla violazione delle misure di contenimento possa essere ritenuto "punitivo" in base ai criteri fissati dalla giurisprudenza costituzionale e della Corte E.D.U.<sup>101</sup>.

Infine, esclusa la rilevanza penale dei "fatti" dichiarati, potrebbe residuare una rilevanza penale della autodichiarazione in relazione ai dati relativi all'*identità*, allo *stato* e alle *qualità* personali ai sensi dell'art. 495 c.p. che punisce "[c]hiunque dichiara o attesta falsamente al pubblico ufficiale l'identità, lo stato o altre qualità della propria o dell'altrui persona è punito con la reclusione da uno a sei anni". In questa prospettiva rilevarebbero, tuttavia, i soli dati relativi (i) all'*identità*, utili ad individuare anagraficamente un soggetto (data di nascita); (ii) lo *stato* della persona, che è la condizione del soggetto all'interno di una comunità sociale, civile e politica (cittadinanza, stato coniugale, potestà) e (iii) la *qualità personale*, che afferisce alle qualifiche idonee ad identificare i soggetti come la professione o l'ufficio pubblico ricoperto (chi si dichiara medico, pur non essendolo)<sup>102</sup>.

## 8. Conclusioni.

Le misure di contenimento che caratterizzano l'epoca emergenziale – escluse quelle specifiche per i positivi e i contatti stretti – trovano un limite nella libertà di circolazione di cui all'art. 16 Cost., alcun ruolo ricoprendo, invece, l'inviolabilità della libertà personale. Tuttavia, il *lockdown* imposto nella scorsa primavera, necessario ed inevitabile, è stato attuato attraverso uno strumento inadeguato allo scopo ed incostituzionale, al punto che le relative violazioni poste in essere nel periodo 8 marzo-3 aprile 2020 potrebbero essere ritenute, in ogni caso, non sanzionabili. Nel prosieguo sono venute meno solo alcune delle criticità che, in parte, permangono: manca una tutela giurisdizionale per le ipotesi di quarantena ed una deroga ex art. 15 CEDU, che avrebbero richiesto una più approfondita valutazione da parte del legislatore e che, forse, al momento risulterebbero insanabili.

Le autodichiarazioni, le cui falsità sono penalmente irrilevanti, appaiono essenziali al fine di consentire gli accertamenti sulle ragioni che giustificano gli spostamenti: lo scopo rimane quello di verificare il "perché" di quel che si è fatto, più che la "veridicità" di quel che si è detto. Una volta accertata la falsità, infatti, la Procura della Repubblica – in luogo di richieste di emissione di decreti penali di condanna che potrebbero, in ogni caso, essere opposti con validi argomenti difensivi – potrebbe procedere alla trasmissione degli atti all'autorità prefettizia per sanzionare il dichiarante nell'ipotesi di accertata violazione della misura di contenimento: il tutto sempre che non venga opposta l'illegittimità della normativa di riferimento, a livello interno o sovranazionale.

### Alessandro Keller

Avvocato del Foro di Milano.

### Martina Elvira Salerno

Avvocato del Foro di Lanciano.

Dottore di ricerca in Diritto penale.

<sup>1</sup> La candidatura per il Premio Nobel per la pace 2021 del "Corpo sanitario italiano" è stata inviata al Norwegian Nobel Institute dall'associazione piacentina Fondazione Gorbachev in favore di "[m]edici, infermieri, farmacisti, psicologi, fisioterapisti, biologi, tecnici, operatori civili e militari tutti, che hanno affrontato in situazioni spesso drammatiche e proibitive l'emergenza Covid-19 con straordinaria abnegazione, molti dei quali sacrificando la propria vita per preservare quella degli altri e per contenere la diffusione della pandemia". Le motivazioni della candidatura sono disponibili al <https://gorbachevfoundation.it/wp-content/uploads/2021/03/MOTIVAZIONE-CANDIDATURA.pdf>. La candidatura è stata

ufficialmente accettata anche da Oslo perché “il personale sanitario italiano è stato il primo nel mondo occidentale a dover affrontare una gravissima emergenza sanitaria, nella quale ha ricorso ai possibili rimedi di medicina di guerra combattendo in trincea per salvare vite e spesso perdendo la loro”. La notizia è stata riportata da diversi media: cfr., a titolo esemplificativo, <https://www.grupposandonato.it/news/2021/marzo/nobel-pace-2021-candidatura-medici-infermieri#:~:text=L'intero%20%E2%80%9Ccorpo%20sanitario%20italiano,durante%20questo%20anno%20di%20Covid.>

<sup>2</sup> Sul tema dell'illegittimità delle misure adottate nell'epoca emergenziale cfr. G. BATTARINO, *Decreto-legge “COVID-19”, sistemi di risposta all'emergenza, equilibrio costituzionale*, in *Questione Giustizia*, 01/03/2020; G.L. GATTA, *Coronavirus, limitazione di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare*, in *Sistema Penale*, 16/03/2020; G.L. GATTA, *Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza Covid-19, più aderente ai principi costituzionali, e un nuovo approccio ai problemi sanzionatori: luci ed ombre nel D.L. 25 marzo 2020 n. 19*, in *Sistema Penale*, 26/03/2020; D. PULITANÒ, *Problemi del penale e scenari di crisi*, in *Diritto di difesa*, 04/04/2020; M. BIGNAMI, *Chiacchiericcio sulle libertà costituzionali al tempo del coronavirus*, in *Questione Giustizia*, 07/04/2020; B. ROMANO, *Il reato di inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità al tempo del Coronavirus*, in *Il Penalista*, 16/03/2020. Sullo stesso argomento si sono espressi sia G.M. FLICK, già presidente della Corte costituzionale (cfr. le dichiarazioni del 13/03/2020 rilasciate a *Open* e pubblicate su [www.open.online.it](http://www.open.online.it)), sia S. CASSESE, già giudice della Corte costituzionale (cfr. le dichiarazioni del 14/04/2020 rilasciate a *Il Dubbio* e pubblicate su [www.ildubbio.new.it](http://www.ildubbio.new.it)).

<sup>3</sup> Cfr., in particolare, G.d.P. Frosinone, 15/07/2020, n. 516, in *Altalex*.

<sup>4</sup> Cfr., in particolare, G.I.P. Reggio Emilia, 27/01/2021, n. 54, in *Sistema Penale* (web), con nota di E. PENCO, *Ancora un proscioglimento per falso in autodichiarazione Covid-19: il G.i.p. di Reggio Emilia rileva la “indiscutibile illegittimità” dei DPCM in quanto fonti di misure limitative della libertà personale*, 24 marzo 2021.

<sup>5</sup> Il riferimento è alle citate sentenze, su cui ampiamente *infra*.

<sup>6</sup> Cfr. V. ZAGREBELSKY - R. CHENAL - L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2019; D. HARRIS - M. O'BOYLE - E. BATES, *Harris, O'Boyle, and Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2018; V. MANES - V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011.

<sup>7</sup> Il riferimento è all'esposto presentato dall'Osservatorio sulla legalità costituzionale al Segretario Generale del Consiglio d'Europa per denunciare la violazione degli obblighi di cui all'art. 15 CEDU, su cui ampiamente *infra*.

<sup>8</sup> Così G.I.P. Reggio Emilia, 27/01/2021, n. 54, cit.

<sup>9</sup> La disposizione – la cui permanenza in vigore è stata dichiarata indispensabile dall'art. 1, co. 1, D.Lgs. 1° dicembre 2009, n. 179 – recita “[i]n questo, come in ogni altro caso, le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi”.

<sup>10</sup> Risulta, in particolare, che nelle more del giudizio lo straniero ricorrente nel processo principale, dopo essere stato raggiunto dal provvedimento di respingimento differito lì impugnato, avesse ricevuto dal questore l'ordine di lasciare il territorio dello Stato entro sette giorni, in base all'art. 14, co. 5-bis, D.Lgs. n. 286/1998.

<sup>11</sup> Cfr. C. Cost., 20/12/2017, n. 275, la cui massima afferma: “[l]’accompagnamento coattivo e l’ordine di lasciare il territorio dello Stato sono chiaramente alternativi, e non può ritenersi che, per effetto del secondo provvedimento, il primo, in attesa del volontario allontanamento dello straniero, rimanga temporaneamente sospeso, per riprendere poi vigore ed essere eseguito a discrezione dell’autorità di polizia. L’ordine di accompagnamento coattivo, che assiste il respingimento, deve invece, per la sua natura di atto urgente, essere eseguito con immediatezza, e per questa ragione fondatamente il giudice rimettente ha ritenuto che il provvedimento dia luogo, con la sua emissione, a una restrizione della libertà personale dello straniero, tutelata dall’art. 13 cost. Pertanto, pur dichiarando inammissibili, in riferimento agli artt. 10, secondo comma, 13, secondo e terzo comma, e 117, primo comma cost., le questioni di legittimità costituzionale dell’art. 10, comma 2, d.lg. n. 286/1998 per difetto di rilevanza, la Corte costituzionale non può esimersi dal riconoscere la necessità che il legislatore intervenga sul regime giuridico del respingimento differito con accompagnamento alla frontiera, considerando che tale modalità esecutiva restringe la libertà personale e richiede di conseguenza di essere disciplinata in conformità all’art. 13, terzo comma, cost.”.

<sup>12</sup> Il trattamento sanitario obbligatorio per malattia mentale avviene in condizioni di degenza ospedaliera quando “esistano alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici, se gli stessi non vengano accettati dall’infermo e se non vi siano le condizioni e le circostanze che consentano di adottare tempestive ed idonee misure sanitarie extraospedaliere”, ai sensi dell'art. 34, co. 4, L. 833/1978.

<sup>13</sup> Cfr. C. LANDOLFI, *L'aporia della coercizione terapeutica “per malattia mentale” in un ordinamento liberaldemocratico: profili di incostituzionalità*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 7-8/2017, p. 121, per il quale “[p]are condivisibile [...] la tesi secondo cui tale misura sia restrittiva della libertà personale del soggetto, richiedendo, pertanto, le più incisive garanzie sancite dall'art. 13 Cost. (riserva di legge assoluta e riserva di giurisdizione), sia nel caso in cui la somministrazione coatta di “cure” avvenga in ambiente extraospedaliero, sia nell'ipotesi di degenza ospedaliera (in contrasto con l'art. 35, commi 1 e 2, l. n. 833/1978,

*che prevede la convalida del giudice tutelare entro 96 ore dall'esecuzione dell'ordinanza sindacale dispositiva del t.s.o. solo nel caso in cui quest'ultimo si svolga in condizioni di degenza ospedaliera)*".

<sup>14</sup> Il potere esecutivo esercita la propria funzione con atti che assumono, di regola, la forma del "decreto". Tali provvedimenti sono emanati con un procedimento che non ha le garanzie di controllo parlamentare che caratterizzano, invece, le leggi e gli atti aventi forza di legge. Il regolamento dell'esecutivo è, quindi, una fonte secondaria sottoposta, gerarchicamente, alla fonte primaria. Cfr. R. BIN – G. PETRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, 2009, p. 372.

<sup>15</sup> Così G.I.P. Reggio Emilia, 27/01/2021, n. 54, cit.

<sup>16</sup> Così G.I.P. Reggio Emilia, 27/01/2021, n. 54, cit.

<sup>17</sup> Cfr. G.d.P. Frosinone, 15/07/2020, n. 516, cit.

<sup>18</sup> Appare non del tutto condivisibile l'affermazione per la quale "...nell'ordinamento giuridico italiano, l'ordine di rimanere nella propria abitazione non può essere imposto dal legislatore, ma solo dall'Autorità giudiziaria con atto motivato", che allude alla possibilità per il Giudice di apportare limitazioni alle libertà costituzionalmente garantite pur in assenza di un ritenuto potere in tal senso esercitabile dal legislatore, in violazione del principio di cui all'art. 101 Cost. e della violazione del principio di riserva di legge (che caratterizza non solo l'art. 25 Cost. con specifico riferimento al diritto penale, ma anche gli artt. 13 Cost. e 16 Cost.).

<sup>19</sup> Occorre osservare che l'art. 17, co. 3, L. 23 agosto 1988, n. 400 stabilisce che "[c]on decreto ministeriale possono essere adottati regolamenti nelle materie di competenza del ministro o di autorità sottordinate al ministro, quando la legge espressamente conferisca tale potere. Tali regolamenti, per materie di competenza di più ministri, possono essere adottati con decreti interministeriali, ferma restando la necessità di apposita autorizzazione da parte della legge. I regolamenti ministeriali ed interministeriali non possono dettare norme contrarie a quelle dei regolamenti emanati dal Governo. Essi debbono essere comunicati al Presidente del Consiglio dei ministri prima della loro emanazione".

<sup>20</sup> Cfr. M. BIGNAMI, *Chiacchiericcio sulle libertà costituzionali al tempo del coronavirus*, cit.

<sup>21</sup> Per il G.I.P. di Reggio Emilia si tratterebbe, esplicitamente, di una "sanzione penale restrittiva della libertà personale" in contrasto con l'art. 13 Cost.

<sup>22</sup> Cfr. Cass. Pen., Sez. VI, 08/05/2012, n. 19218. Nello stesso senso, più di recente, cfr. Trib. Napoli, Sez. I, 16/01/2016, n. 684.

<sup>23</sup> Cfr. G.I.P. Reggio Emilia, 27/01/2021, n. 54, cit.; G.d.P. Frosinone, 15/07/2020, n. 516, cit.

<sup>24</sup> Così G.I.P. Reggio Emilia, 27/01/2021, n. 54, cit.

<sup>25</sup> La L. 27 dicembre 1956, n. 1423 è stata abrogata dall'art. 120 D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159. I richiami alle disposizioni ivi contenute, ovunque presenti, si intendono quindi riferiti alle corrispondenti disposizioni contenute nel D.Lgs. 159/2011, per effetto dell'art. 116 del decreto medesimo. Trattasi di una misura di prevenzione attualmente prevista all'art. 2 D.Lgs. 159/2011 ai sensi del quale "[q]ualora le persone indicate nell'articolo 1 siano pericolose per la sicurezza pubblica e si trovino fuori dei luoghi di residenza, il questore può rimandarvele con provvedimento motivato e con foglio di via obbligatorio, inibendo loro di ritornare, senza preventiva autorizzazione ovvero per un periodo non superiore a tre anni, nel comune dal quale sono allontanate".

<sup>26</sup> Erano e sono ancora previste due forme di quarantena: una c.d. *obbligatoria* per coloro i quali siano positivi al Sars-Cov-2; un'altra c.d. *precauzionale* per i c.d. *contatti stretti* ai sensi, attualmente, della Circolare del Ministero della Salute n. 0018584-29/05/2020-DGPRES-DGPRES-P, disponibile al <https://www.trovanorme.salute.gov.it/norme/renderNormsanPdf?anno=2020&codLeg=74178&parte=1%20&serie=null>. In merito, si segnala che una parziale *base legale* – ma senza alcuna previsione per garantire il rispetto della riserva di giurisdizione – è stata introdotta con l'art. 1, co. 2, lett. a) D.L. n. 19/2020, ai sensi del quale la misura della quarantena obbligatoria per i positivi al virus è attuata con un provvedimento amministrativo per l'individuo emesso *ad hoc* dall'autorità sanitaria.

<sup>27</sup> Ipotesi in cui era ed è prevista la rilevanza penale. Ai sensi dell'art. 2, co. 3, D.L. 16 maggio 2020, n. 33, infatti, "[s]alvo che il fatto costituisca reato punibile ai sensi dell'articolo 452 del codice penale o comunque più grave reato, la violazione della misura di cui all'articolo 1, comma 6, è punita ai sensi dell'articolo 260 del regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265". Il citato art. 1, co. 6, dispone che "[è] fatto divieto di mobilità dalla propria abitazione o dimora alle persone sottoposte alla misura della quarantena per provvedimento dell'autorità sanitaria in quanto risultate positive al virus COVID-19, fino all'accertamento della guarigione o al ricovero in una struttura sanitaria o altra struttura allo scopo destinata".

<sup>28</sup> Sui dubbi circa la legittimità costituzionale di tale previsione cfr. G.L. GATTA, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in *Sistema Penale* (web), 02/04/2020; A. NATALE, *Il decreto legge n. 19 del 2020: le previsioni sanzionatorie*, in *Questione Giustizia*, 28/03/2020.

<sup>29</sup> La disposizione costituisce un classico esempio di fonte primaria che rinvia alla fonte secondaria, quindi al regolamento. In particolare, il "...Testo Unico «è strutturato secondo il sistema tabellare, che assegna valenza legale alla nozione di sostanza stupefacente: sono soggette alla normativa che vieta la produzione e la circolazione delle sostanze stupefacenti e psicotrope solo quelle che risultano indicate nelle Tabelle allegare al T.U. stup. (cfr. Sez. IV, n. 27771 del 14 aprile 2011, Cardoni, rv. 25069301)»" e "nell'attuale ordinamento penale vige una nozione legale di stupefacente, per cui sono soggette alla normativa

che ne vieta la circolazione soltanto le sostanze specificamente indicate negli elenchi appositamente predisposti, i quali, adottati con atti di natura amministrativa in attuazione delle direttive espresse dalla disciplina legale, integrano il precetto penale di cui al d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, art. 73, costruito con struttura di norma parzialmente in bianco”, così Cass. Pen., Sez. Un., 30/05/2019, n. 30475, in *De Jure*.

<sup>30</sup> Sul profilo dell'inadeguatezza della clausola in bianco rispetto alle esigenze di tutela di cui all'art. 16 Cost. cfr., fra gli altri, M. BELLETTI, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *Rivista AIC*, 3/2020, p. 174 ss.; G. DI COSIMO, *Quel che resta della libertà di circolazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020, p. 571; G.L. GATTA, *Coronavirus, limitazioni di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale*, cit.; M. PELISSERO, *Covid-19 e diritto penale pandemico*, cit., p. 511; G.M. LOCATI – F. FILICE, *Lo Stato democratico di diritto alla prova del contagio*, in *Questione Giustizia*, 27/03/2020.

<sup>31</sup> In merito cfr. G.L. GATTA, *Coronavirus, limitazione di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale*, cit., secondo cui "... mentre il d.l. n. 6/2020 è nato come provvedimento volto a introdurre misure su base locale (circoscritti alle c.d. zone rosse), i dpcm successivi, a partire da quello del 9 marzo, introducono limitazioni valide sull'intero territorio nazionale. L'art. 1 del d.l. fa infatti riferimento alla necessità di "evitare il diffondersi del COVID-19, nei comuni o nelle aree nei quali risulta positiva almeno una persona per la quale non si conosce la fonte di trasmissione o comunque nei quali vi è un caso non riconducibile ad una persona proveniente da un'area già interessata dal contagio del menzionato virus". E se a base locale sono le misure determinate di cui all'art. 1, a base locale sono pure le misure indeterminate di cui all'art. 2. L'estensione all'intero territorio nazionale non è stata realizzata in sede di conversione del decreto-legge, verosimilmente, perché è intervenuta il 5 marzo, prima cioè che il Governo decidesse di estendere, per l'appunto, le misure all'intero paese. Senonché oggi, a me pare, sarebbe necessario "sanare" la situazione con un nuovo decreto-legge, che valga come base legale per le limitazioni, estese su base nazionale".

<sup>32</sup> Il D.L. 25 marzo 2020, n. 19, entrato in vigore il 26 marzo 2020 e successivamente convertito, con modifiche, con L. 22 maggio 2020, n. 35, ha abrogato il D.L. 6/2020 ed è ancora in vigore. Il D.L. 1° aprile 2021, n. 44, ha introdotto, da ultimo, le attuali misure di contenimento per il periodo 7 aprile 2021-30 aprile 2021 proprio in forza del D.L. 19/2020.

<sup>33</sup> Si prevedeva, inoltre, espressamente, che tali misure fossero adottate con DPCM (art. 2 D.L. 19/2020) una volta acquisito il parere del comitato tecnico scientifico e secondo i principi di *adeguatezza* e *proporzionalità* rispetto al rischio effettivamente presente, su base locale o nazionale, e per periodi predeterminati, di durata non superiore a 30 giorni, reiterabili e modificabili, fino al 31 luglio 2020. Si prevedeva, inoltre, che nelle more, le misure potessero essere adottate con ordinanza del Ministro della Salute (ex art. 2, co. 1 e 2, D.L. 19/2020) o dalle Regioni (ex art. 2, co. 3, D.L. 19/2020), che potevano esercitare una competenza eccezionale per introdurre in via d'urgenza misure limitative (sempre da individuare tra quelle 29 tipizzate all'art. 1, co. 2, del medesimo decreto).

<sup>34</sup> In attuazione del D.L. 19/2020, sono stati adottati i DPCM del 1° e del 10 aprile 2020, i quali recano il primo la proroga di efficacia, il secondo la disposizione di cessazione di efficacia dei DPCM dell'8, del 9, dell'11 e del 22 marzo. Cfr. i DPCM a cura del servizio studi del Senato della Repubblica, disponibile al <https://www.camera.it/temiap/2020/07/27/OCD177-4500.pdf>.

<sup>35</sup> La violazione delle misure di contenimento era inizialmente presidiata da una sanzione penale. In particolare, l'art. 3, co. 4, D.L. 6/2020 prevedeva "[s]alvo che il fatto non costituisca più grave reato, il mancato rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è punito ai sensi dell'articolo 650 del codice penale". La disposizione è rimasta in vigore dal 23 febbraio al 25 marzo 2020, perché l'art. 5 D.L. 19/2020 ha abrogato il D.L. 6/2020 e la sanzione penale ivi prevista. Con l'art. 4 D.L. 19/2020 è stata introdotta, infatti, la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 400,00 ad euro 3.000,00 e sono state espressamente escluse le sanzioni contravvenzionali previste dall'articolo 650 c.p. o da ogni altra disposizione di legge attributiva di poteri per ragioni di sanità. La L. 35/2020, di conversione del D.L. 19/2020, ha previsto la riduzione del massimo della sanzione all'attuale somma di euro 1.000,00. L'art. 1, co. 7, D.L. 44/2021, decreto che prevede le misure di contenimento per il periodo 7 aprile 2021-30 aprile 2021, richiama la sanzione di cui all'art. 4 D.L. 19/2020 nell'ipotesi di inosservanza delle misure di contenimento. Parimenti, l'attuale versione dell'art. 2, co. 1, D.L. 33/2020, prevede che: "[s]alvo che il fatto costituisca reato diverso da quello di cui all'articolo 650 del codice penale, le violazioni delle disposizioni del presente decreto, ovvero dei decreti e delle ordinanze emanati in attuazione del presente decreto, sono punite con la sanzione amministrativa di cui all'articolo 4, comma 1, del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 maggio 2020, n. 35. Nei casi in cui la violazione sia commessa nell'esercizio di un'attività di impresa, si applica altresì la sanzione amministrativa accessoria della chiusura dell'esercizio o dell'attività da 5 a 30 giorni".

<sup>36</sup> In data 4 aprile 2020, infatti, è entrato in vigore il DPCM del 1° aprile emanato in forza del D.L. 19/2020.

<sup>37</sup> Cfr. G. CATALDI, *Art. 15*, in S. BARTOLE - P. DE SENA - V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, p. 555 ss.

<sup>38</sup> Fino ad oggi gli Stati membri del Consiglio d'Europa hanno fatto un uso alquanto moderato della clausola derogatoria di cui all'art. 15 CEDU e, nelle ipotesi in cui ciò è avvenuto, nella quasi totalità dei casi si trattava di far fronte alla necessità di contrastare minacce alla sicurezza interna provenienti dall'azione di gruppi terroristici o da conflitti armati che si stavano

svolgendo su parte dei loro territori. In questo senso, Cfr. L. LUGARÀ, *Emergenza sanitaria e articolo 15 CEDU: perché la Corte europea dovrebbe intensificare il sindacato sulle deroghe ai diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, 3/2020, pp. 14 e 15.

<sup>39</sup> L'Osservatorio sulla Legalità Costituzionale, istituito presso il Comitato Popolare per la difesa dei beni pubblici e comuni Stefano Rodotà e composto da giuristi, avvocati e professori universitari in discipline giuridiche, nasce come organismo informale nel 2020 per difendere i diritti costituzionali, affrontando i risvolti giuridici della pandemia virale. Sul punto cfr. M. CARDUCCI, *Il Covid-19 tra art. 15 CEDU e precauzione epidemiologica*, in *laCostituzione.info*, 12/10/2021.

<sup>40</sup> Il testo dell'esposto è disponibile al <https://generazionifuture.org/losservatorio-permanente-sulla-legalita-costituzionale-denuncia-il-governo-italiano-per-la-protratta-violazione-degli-obblighi-di-cui-all-art-15-cedu/>, mentre la relativa risposta del Segretario Generale al <https://www.terranuova.it/News/Attualita/Osservatorio-Legalita-Costituzionale-Consiglio-d-Europa-riconosce-omissione-Italia-su-Convenzione-Diritti-dell-Uomo>.

<sup>41</sup> Cfr. K. DZEHTSIAROU, *COVID-19 and the European Convention on Human Rights*, in *Strasbourg Observers*, 27/03/2020, secondo cui "deployment of Article 15 will not make too much difference in the context of the COVID-19 crisis", in quanto le disposizioni convenzionali contengono già la flessibilità necessaria a consentire agli Stati l'adozione di efficaci misure emergenziali per contrastare l'epidemia.

<sup>42</sup> Cfr. A. LEBRET, *COVID-19 pandemic and derogation to human rights*, in *Journal of Law and the Biosciences*, 04/05/2020, p. 2, in cui si legge "[t]he Convention contains a list of rights, most of which can be limited for valid purposes including public health. Providing that they are 'necessary in a democratic society', those limitations are acceptable in normal times". Si tratta delle c.d. *accommodation clauses* che molti documenti internazionali per la tutela dei diritti umani utilizzano "to reconcile individual rights with community interests" e di cui parla C. SCHREUER, *Derogation of human rights in situations of public emergency: the experience of the European Convention on Human Rights*, in *The Yale Journal of World Public Order*, 1982, vol. 9, p. 113. Cfr. anche E. SOMMARIO, *Misure di contrasto all'epidemia e diritti umani, fra limitazioni ordinarie e deroghe*, in *SIDIBlog*, 27/03/2020, secondo cui il testo di numerosi disposizioni convenzionali prevede "che le restrizioni ammissibili debbano essere a) previste per legge; b) indirizzate al perseguimento di un fine legittimo; e c) necessarie a raggiungere il fine perseguito, il che implica l'esigenza di effettuare un bilanciamento fra il fine stesso e il diritto che si intende limitare, ossia la proporzionalità fra misure adottate e finalità perseguite".

<sup>43</sup> Sull'esistenza, anche nelle clausole restrittive, di un *limit to the limits*, cfr. S. VAN DROOGENBROECK - C. RIZCALLAH, *The ECHR and the essence of fundamental rights: searching for sugar in hot milk?*, in *German Law Journal*, 2019, vol. 20, issue 6, p. 904 ss.; A. SACCUCCI, *Diritti umani ed emergenza sanitaria: la CEDU ai tempi del Covid-19*, in *iustitiner.it*, 18/05/2020, p. 7.

<sup>44</sup> Per una definizione delle clausole derogatorie previste dai diversi strumenti internazionali cfr. E. HAFNER-BURTON, L. R. HELFER, C. J. FARISS, *Emergency and escape: explaining derogations from human rights treaties*, in *International Organization*, 2011, vol. 65, p. 680, secondo cui tali clausole altro non sono che "a rational response to [the] uncertainty, enabling governments to buy time and legal breathing space from voters, courts, and interest groups to combat crises by temporarily restricting civil and political liberties".

<sup>45</sup> La lettera della norma non lascia spazio a dubbi sul punto nella misura in cui prevede che gli Stati "may take measures derogating from its obligations under this Convention". Lo ha precisato, di recente, anche il Segretario Generale del Consiglio d'Europa nella risposta all'esposto presentato dall'Osservatorio sulla legalità costituzionale, laddove ha affermato come "[a]rticle 15 does not impose an obligation for states to make use of such right during a time of emergency".

<sup>46</sup> Così A. LEBRET, *COVID-19 pandemic*, cit., p. 4.

<sup>47</sup> Commissione europea dei diritti dell'uomo, *Danimarca, Norvegia, Svezia e Olanda c. Grecia (Greek case)*, ricorsi n. 3321/67, 3322/67, 3323/67 e 3344/64, par. 153. Cfr. L. ACCONCIAMESSA, *COVID-19 e diritti umani: le misure di contenimento alla luce della CEDU*, in *iustitiner.it*, 28/03/2020.

<sup>48</sup> Cfr. L. LUGARÀ, *Emergenza sanitaria e articolo 15 CEDU*, cit., p. 18; C. SCHREUER, *Derogation of human rights*, cit., p. 116, che ha sottolineato come "a derogation clause allows only for partial, controlled, and temporary limitations"; A. SACCUCCI, *Diritti umani ed emergenza sanitaria*, cit., secondo cui "la funzione della deroga è una funzione costituzionale di sistema, cioè una funzione che è rilevante ai fini della complessiva tenuta del sistema di protezione dei diritti fondamentali e di salvaguardia dell'ordine pubblico europeo. La deroga è il marcatore che distingue una situazione 'ordinaria', in cui i diritti possono subire limitazioni ed una situazione 'eccezionale' in cui i diritti possono essere sospesi".

<sup>49</sup> Corte E.D.U., Grande Camera, *Leyla Şahin c. Turchia*, 10/11/2005, par. 88.

<sup>50</sup> Corte E.D.U., Grande Camera, *Hasan and Chaush c. Bulgaria*, 26/10/2000, par. 84; Corte E.D.U., Grande Camera, *Maestri c. Italia*, 17/02/2004, par. 30.

<sup>51</sup> Come indicato dal Consiglio d'Europa, *Explanatory Report to Protocol No. 4 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, securing certain rights and freedoms other than those already included in the Convention and in the first Protocol thereto*, 16/10/1963, disponibile al <https://rm.coe.int/16800c92c0>, p. 6, in cui si legge: "[i]t was understood that the expression 'in accordance with law' allowed for administrative action, provided it were taken in accordance with internal legislation".

<sup>52</sup> M. ARGENTINI, "Fase 1" di contrasto al Covid-19, ordinamento italiano e tutela dei diritti umani alla luce della CEDU, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studi*, 2/2020, p. 163.

<sup>53</sup> M. ARGENTINI, *“Fase 1” di contrasto al Covid-19*, cit., p. 165, in cui l'autore prosegue ricordando come proprio l'Italia sia stato il primo paese del continente europeo fortemente colpito dal virus e le autorità italiane siano state fra le prime in Europa ad adottare misure di contenimento del contagio particolarmente stringenti.

<sup>54</sup> Nel caso Corte E.D.U., *Enhorn c. Svezia*, 25/01/2005, la Corte, chiamata a valutare se l'ospedalizzazione coatta di un malato di HIV, che si era reso protagonista di comportamenti a rischio suscettibili di estendere il contagio ad altri individui, fosse una misura che manteneva il giusto bilanciamento fra il diritto alla libertà personale del ricorrente e il diritto collettivo alla salute, ha avuto modo di fornire un'interpretazione autentica della norma. In particolare, ha specificato che al fine di determinare se la restrizione della libertà personale sia compatibile con la Convenzione, e, dunque, se la misura sia proporzionata rispetto allo scopo perseguito, occorre prendere in considerazione vari elementi quali: (i) la pericolosità della malattia; (ii) la possibilità di adottare misure meno lesive della libertà personale dell'individui; (iii) la durata della limitazione. Cfr. E. SOMMARIO, *Misure di contrasto all'epidemia e diritti umani*, cit.

<sup>55</sup> M. ARGENTINI, *“Fase 1” di contrasto al Covid-19*, cit., p. 178.

<sup>56</sup> Uno dei requisiti richiesti ai fini della legittimità della deroga è che lo Stato non abbia creato o contribuito a creare la situazione di emergenza. È cioè necessario che la situazione emergenziale non sia imputabile allo Stato. Si tratta del c.d. *principio di buona fede* cui si fa riferimento nel caso greco (1969) in cui la Commissione europea ha ritenuto che la clausola di deroga fosse stata invocata in malafede da parte di un governo rivoluzionario il quale aveva creato esso stesso lo stato di emergenza.

<sup>57</sup> C. SCHREUER, *Derogation of human rights*, cit., p. 10, il quale giustamente sostiene che “[i]n determining the necessity of a derogation, the first question must be to inquire what circumstances justify a derogation. In other words, what constitutes a ‘public emergency threatening the life of the nation’?”.

<sup>58</sup> G. CATALDI, Art. 15, cit., p. 557; S. JOVIĆIĆ, *COVID-19 restrictions on human rights in the light of the case-law of the European Court of Human Rights*, in *ERA Forum*, Gennaio 2021, vol. 21, disponibile al <https://doi.org/10.1007/s12027-020-00630-w>, p. 550, secondo cui “[a]lthough the Court has not dealt with a health emergency such as what we are facing at the moment, its case-law is easily applicable to the current COVID-19 situation. Being a highly infectious disease potentially leading to death, COVID-19 has required the adoption of special measures to contain the virus, such as restrictions on the freedom of movement, liberty and security, the right to work and the right to education. These restrictions have affected the very functioning of societies and have threatened the life of whole nations”.

<sup>59</sup> E. SOMMARIO, *Limitation and derogation provisions in international human rights law treaties and their use in disaster settings*, Londra, 2018, pp. 11 e 112, il quale sottolinea che lo stesso ha fatto il Guatemala, con riferimento al Patto per i diritti civili e politici delle Nazioni unite, per far fronte all'epidemia di influenza suina del 2009. Cfr. anche L. ACCONCIAMESSA, *COVID-19 e diritti umani*, cit., p. 5.

<sup>60</sup> L. ACCONCIAMESSA, *COVID-19 e diritti umani*, cit., p. 5, il quale afferma che “una situazione in cui la vita di una gran parte della popolazione sia a rischio senza dubbio può considerarsi come minaccia per la vita della Nazione. Al momento dell'adozione delle misure, era già confermato che le complicazioni causate dal COVID-19, e in particolare la polmonite virale interstiziale grave da esso cagionata, erano potenzialmente mortali, soprattutto (ma non solo) per gli individui di età superiore ai 65 come per tutti coloro affetti da patologie che causano immunodepressione o altre patologie gravi. Peraltro, il virus si trasmette con una facilità tale da rendere impossibile limitare i contagi se non riducendo al minimo i contatti interpersonali, né esiste un vaccino o farmaco la cui efficacia sul virus sia stata accertata dalla comunità scientifica”.

<sup>61</sup> Corte E.D.U., *Lawless c. Irlanda* (n. 3), 01/07/1961, par. 28.

<sup>62</sup> Cfr. *Statement on the second meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee regarding the outbreak of novel coronavirus (2019-nCoV)*, disponibile al [https://www.who.int/news/item/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/news/item/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov)).

<sup>63</sup> L. ACCONCIAMESSA, *COVID-19 e diritti umani*, cit., p. 6. Occorre tenere presente che la Commissione europea dei diritti dell'uomo nel c.d. *Greek case* al par. 112 ha evidenziato che il termine “imminente” non figura nella traduzione inglese, mentre la definizione francese (considerata la versione autentica) prevede “un situation de crise ou de danger exceptionnel et imminent”. Da lì, la Commissione ha ritenuto che il pericolo dovesse essere attuale o imminente.

<sup>64</sup> Così l'Osservatorio sulla Legalità Costituzionale nell'esposto disponibile al <https://generazionifuture.org/losservatorio-permanente-sulla-legalita-costituzionale-denuncia-il-governo-italiano-per-la-protratta-violazione-degli-obblighi-di-cui-all-art-15-cedu/>, p. 3, in cui si legge: “[t]ale dichiarazione (quella di emergenza) è stata emanata in maniera del tutto arbitraria, in un momento in cui in Italia non era stato ancora rilevato alcun caso di positività al virus COVID-19 e non sussistevano, quindi, le condizioni fattuali idonee a ritenere sussistente una ‘pandemia’ o un'emergenza tale da sovvertire l'ordine costituzionale e la tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, neppure interpretando estensivamente il Codice Protezione Civile”. All'epoca si parlava soltanto di una possibile espansione del virus. Se è vero che in Italia il primo paziente affetto da Sars-Cov-2 non proveniente dalla Cina è stato identificato solo il 21 febbraio 2020, è anche vero che nei giorni successivi il numero delle persone contagiate è aumentato in modo esponenziale e, il 19 marzo, i decessi in Italia hanno superato quelli avvenuti in Cina. Cfr. M. ARGENTINI, *“Fase 1” di contrasto al Covid-19*, cit., p. 156. In ogni caso, primo segnale

dell'approdo del virus sulla penisola si era già registrato il 30 gennaio 2020 con la notizia dei due turisti cinesi ricoverati allo Spallanzani di Roma. Cfr. a titolo esemplificativo la notizia riportata su alcune testate giornalistiche [https://www.ilmessaggero.it/roma/news/coronavirus\\_roma\\_spallanzani\\_cinesi\\_ricoverati-5017532.html](https://www.ilmessaggero.it/roma/news/coronavirus_roma_spallanzani_cinesi_ricoverati-5017532.html); [https://roma.repubblica.it/cronaca/2020/01/30/news/coronavirus\\_turisti\\_cinesi-247194041/](https://roma.repubblica.it/cronaca/2020/01/30/news/coronavirus_turisti_cinesi-247194041/).

<sup>65</sup> A. LEBRET, *COVID-19 pandemic*, cit., p. 5.

<sup>66</sup> L. ACCONCIAMESSA, *COVID-19 e diritti umani*, cit., p. 6.

<sup>67</sup> Corte E.D.U., *A. e altri c. Regno Unito*, 19/02/2009, par. 49.

<sup>68</sup> L. ACCONCIAMESSA, *COVID-19 e diritti umani*, cit., pp. 7 e 8; A. LEBRET, *COVID-19 pandemic*, cit., pp. 5 e 6.

<sup>69</sup> A. LEBRET, *COVID-19 pandemic*, cit., p. 8.

<sup>70</sup> C. SCHREUER, *Derogation of human rights*, cit., p. 14, il quale afferma che “[a] number of questions should be asked: 1. Is the derogation of the particular guaranteed right the only way to cope with the emergency or are there less drastic alternatives? 2. How far must the derogation of this right extend? 3. Are there any checks and safeguards against excessive or unnecessary use of the derogation? 4. Did the government relax or terminate the derogation as soon as this was possible?”.

<sup>71</sup> General Comment n. 29 - States of emergency (article 4), §2. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, §4. Cfr. L. ACCONCIAMESSA, *COVID-19 e diritti umani*, cit., p. 6; A. LEBRET, *COVID-19 pandemic*, cit., p. 7, che sottolinea che “[i]f the European Court of Human Rights does not require a strict temporary nature of the adopted measures, admitting that they could last ‘many years’, the General Comment n. 29 of the ICCPR considers that duration, together with geographical coverage and material scope, must be strictly required by the exceptional situation”.

<sup>72</sup> A. LEBRET, *COVID-19 pandemic*, cit., p. 7, secondo cui “[i]n order to prevent the spreading of COVID-19, States usually started by imposing self-confinement. [...] Considering the hospitals’ lack of essential resources, starting by ventilators and masks for medical staff, the measures of confinement appear as a necessary mean to limit the spreading of the virus. Depending on different factors in a given country, the imposition of fines for persons not respecting social distancing or curfews might also be considered as strictly required if really dissuasive. Yet, the extent of the confinement in Italy (which started the 9th of March 2020) is unprecedented, and the risk is that this state of emergency, together with serious restrictions to human rights, becomes the norm”; S. JOVIĆIĆ, *COVID-19 restrictions on human rights*, cit., p. 559, che precisa come “[a]rt. 15 does not give State Parties a carte blanche to completely destroy derogable rights. [...] In the present sanitary situation, the Court will have no difficulties in finding that there is an actual and imminent public emergency threatening the life of the nation. What will be difficult for Governments will be to prove whether the extraordinary measures taken during the COVID-19 period have been an adequate and proportionate response to the situation. Putting whole cities under lockdown in the first months of the pandemic may have been justified in the view of the unknown characteristics of the new virus and the lack of adequate preparedness and response. However, with the passage of time, when more evidence was surfacing as to how the virus spread and which protection measures were most effective, severe restrictions may no longer have been strictly required by the exigencies of the situation”.

<sup>73</sup> A. LEBRET, *COVID-19 pandemic*, cit., p. 6, il quale sul punto afferma che “[l]a deroga deve essere temporanea e lo Stato deve costantemente vigilare sulla perdurante necessità delle misure, posto che queste devono immediatamente cessare laddove risultino non più giustificate alla luce dell’entità dell’emergenza”.

<sup>74</sup> Si noti, infatti, che in passato la Corte ha ritenuto ammissibili anche deroghe durate diversi anni. Cfr. Corte E.D.U., *A. e altri c. Regno Unito*, 19/02/2009, par. 178.

<sup>75</sup> L. LUGARÀ, *Emergenza sanitaria e articolo 15 CEDU*, cit., p. 32 la quale afferma che “[l]a percorribilità di un giudizio maggiormente incisivo potrebbe far sfumare, nel caso concreto, l’utilità per lo Stato di ricorrere a una deroga ai sensi dell’art. 15 CEDU [...] Pertanto, è fisiologico che la concreta utilità di ricorrere a una deroga ai sensi dell’art. 15 CEDU resti limitata a casi del tutto eccezionali, coerentemente con la natura di ultima ratio dell’istituto”.

<sup>76</sup> Corte E.D.U., *Klass e al. c. Germania*, 06/09/1978, par. 49, secondo cui “the Court stresses that this does not mean that the Contracting States enjoy an unlimited discretion to subject persons within their jurisdiction to secret surveillance. The Court, being aware of the danger such a law poses of undermining or even destroying democracy on the ground of defending it, affirms that the Contracting States may not, in the name of the struggle against espionage and terrorism, adopt whatever measures they deem appropriate”.

<sup>77</sup> Come giustamente precisato dal Segretario Generale del Consiglio d’Europa nella risposta dell’8 ottobre 2020 all’esposto presentato nei confronti dell’Italia, spetta alla Corte europea dei diritti dell’uomo sindacare, laddove un caso di violazione dell’art. 15 CEDU, venga sottoposto al suo esame, “whether the measures taken were strictly required by the situation and compatible with member states’ obligation”. Infatti, “the Convention does not empower the Secretary General to ascertain any possible violation of the Convention (including of Article 15) and cannot take any initiative in this respect”.

<sup>78</sup> C. SCHREUER, *Derogation of human rights*, cit., p. 5. L’autore sottolinea che “[s]urprisingly, article 15 of the European Convention does not contain time limits for notification of derogations [...] Governments must give information concerning the nature of the measures taken, but there is no obligation specifically to indicate from which articles of the Convention derogation is made”. Cfr. anche L. ACCONCIAMESSA, *COVID-19 e diritti umani*, cit., p. 8, il quale sottolinea come “[l]a notifica, infatti, ha un duplice scopo: dal punto di vista giuridico, è indispensabile ai fini dell’applicabilità dell’art. 15; da un punto di

vista politico, manifesta la preoccupazione di uno Stato di garantire che, pur nel fronteggiare una crisi tanto grave da mettere “in pericolo la vita della Nazione”, le limitazioni dei diritti fondamentali restino nei limiti di quanto strettamente necessario”.

<sup>79</sup> Commissione europea dei diritti umani, *Cipro c. Turchia*, 10/07/1976, par. 527, “[a]rt. 15 requires some formal and public act of derogation, such as the declaration of martial law or state of emergency, and that, where no such act has been proclaimed by the High Contracting Party concerned, although it was not in the circumstance prevented from doing so, Art. 15 cannot apply”. Di diverso avviso L. LUGARÀ, *Emergenza sanitaria e articolo 15 CEDU*, cit., p. 6, secondo cui “[l]’attivazione dell’istituto previsto dall’art. 15 della Convenzione non dipende dall’esistenza a livello interno di una formale dichiarazione dello stato d’emergenza. Il testo dell’articolo, infatti, non lo prevede, a differenza di quanto stabilito nell’omologa clausola contenuta nell’art. 4 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici”.

<sup>80</sup> Corte E.D.U., *Branningan e McBride c. Regno Unito*, 25/05/1993, para. 43.

<sup>81</sup> L. ACCONCIAMESSA, *COVID-19 e diritti umani*, cit., p. 4.

<sup>82</sup> C. SCHREUER, *Derogation of human rights*, cit., p. 8, il quale sottolinea, tra l’altro, che “[a] violation of the requirement to give notification apparently does not render the derogation automatically void [...] Noncompliance with the obligation to give notice, however, will probably provide prima facie evidence of bad faith and thus may affect the decision on the merits”.

<sup>83</sup> L. ACCONCIAMESSA, *COVID-19 e diritti umani*, cit., p. 8, secondo cui “[l]a Corte procederebbe, infatti, caso per caso, a verificare la compatibilità delle stesse (misure) con le singole clausole di limitazione contenute nella Convenzione”.

<sup>84</sup> N. COGHLAN, *Rights in a time of quarantine - an extended look*, 17/03/2020, disponibile al <https://ukhumanrightsblog.com/2020/03/17/rights-in-a-time-of-quarantine-niall-coghlan/>, il quale rileva che “Italy has not derogated from the Convention under art.15 in respect of these measures. It follows that if the measures do violate art.5 and/or art.2P4, Italy will not be able to rely on art.15 retroactively”.

<sup>85</sup> Delibera del Consiglio dei Ministri 31 gennaio 2020, G.U. Serie Generale n. 26 del 01/02/2020. Tra i primi commentatori L. ACCONCIAMESSA, *COVID-19 e diritti umani*, cit., p. 5 afferma che gli atti come “[l]a delibera dello stato di emergenza, peraltro seguita da un atto che si fonda, ai sensi della Costituzione, su requisiti di necessità e urgenza (il D.L. n. 6 del 23 febbraio 2020, “approvato” dal Parlamento con la L. di conversione n. 13 del 5 marzo 2020), possono considerarsi come proclamazioni dotate dei requisiti di ufficialità e pubblicità sufficienti al fine di rendere valida, secondo la giurisprudenza della Corte, un’eventuale notifica ai sensi dell’art. 15 CEDU”.

<sup>86</sup> L. ACCONCIAMESSA, *COVID-19 e diritti umani*, cit., p. 8.

<sup>87</sup> E. SOMMARIO, *Misure di contrasto all’epidemia e diritti umani*, cit.

<sup>88</sup> Questo è con ogni probabilità il ragionamento adottato dagli Stati che invece hanno optato per il meccanismo derogatorio degli obblighi CEDU. A sostegno di questa tesi, la formulazione di alcune delle notifiche di deroga in cui è stato utilizzato il condizionale, secondo le quali le misure adottate “may involve a derogation from certain obligations”, suggerendo quindi che lo Stato non abbia certezze assolute a riguardo. In questo senso, cfr. E. SOMMARIO, *Diritti umani ed emergenza sanitaria: la CEDU ai tempi del Covid-19*, in [iusinitinere.it](https://www.iusinitinere.it), 18/05/2020, disponibile al <https://www.iusinitinere.it/diritti-umani-ed-emergenza-sanitaria-la-cedu-ai-tempi-del-covid-19-28147>, p. 9.

<sup>89</sup> In questo senso si è espressa L. LUGARÀ, *Emergenza sanitaria e articolo 15 CEDU*, cit., p. 33.

<sup>90</sup> Si legge nella citata direttiva, che “[n]ella logica di responsabilizzazione dei singoli, si ritiene che tale onere potrà essere assolto producendo un’autodichiarazione ai sensi degli artt. 46 e 47 del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, che potrà essere resa anche seduta stante attraverso la compilazione dei moduli appositamente predisposti in dotazione agli operatori delle Forze di polizia e della Forza pubblica”, disponibile al [https://www.interno.gov.it/sites/default/files/direttiva\\_ministro\\_interno\\_08032020.pdf](https://www.interno.gov.it/sites/default/files/direttiva_ministro_interno_08032020.pdf).

<sup>91</sup> Cfr., a titolo esemplificativo, P. ERDŐ, *Foro interno e foro esterno nel diritto canonico: questioni fondamentali*, in *Periodica de re canonica*, 2006, vol. 95, fasc. 1, pp. 3-35.

<sup>92</sup> Cfr. G.I.P. Milano, 16/11/2020, in *Sistema Penale*, in cui si afferma che “[sono] estranei all’ambito di applicazione dell’art. 483 c.p. le dichiarazioni che non riguardino “fatti” di cui può essere attestata la verità hic et nunc ma che si rivelino mere manifestazioni di volontà, intenzioni o propositi” con specifici richiami a conferenti sentenze di legittimità”.

<sup>93</sup> Cfr. Cass. Pen., Sez. V, 06/06/2014, n. 48681, in *De Jure*, la cui massima afferma: “[i]ntegra il delitto di falso ideologico commesso dal privato in atto pubblico (art. 483 c.p.), la condotta di colui che in una dichiarazione sostitutiva di atto notorio - resa ai sensi dell’art. 46 d.P.R. n. 445 del 2000 e allegata ad istanza preordinata ad ottenere l’iscrizione nel registro dei praticanti geometri - attesta falsamente di non avere mai riportato condanne penali”. Cfr., altresì, Trib. Torre Annunziata, 01/04/2016, n. 2274, in *De Jure*, relativa alla falsa attestazione dell’assenza di misure di prevenzione al fine di ottenere il rinnovo della patente nautica, la cui massima afferma: “[c]ostituisce atto pubblico anche l’autocertificazione resa alla p.a. in quanto ha l’attitudine ad assumere rilevanza giuridica e valore probatorio interno alla P.A.”. Cfr., ancora, Cass. Pen., Sez. V, 22/11/2016, n. 17774, in *De Jure*, “[i]ntegra il delitto di falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico (art. 483 c.p.) la falsa attestazione sostitutiva di certificazione relativa allo status di disoccupato di alcuni componenti il proprio nucleo familiare - resa ai sensi dell’art. 46 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa (d.P.R. n. 445 del 2000) - al fine di incidere sulla formazione della graduatoria per l’assegnazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica, trattandosi di dichiarazione preordinata a provare la verità dei fatti oggetto di

*rappresentazione al pubblico ufficiale*"; Cass. Pen., Sez. V, 07/02/2017, n. 25927, in *De Jure*, la cui massima afferma: "[i]ntegra il delitto di falso ideologico commesso dal privato in atto pubblico (art. 76 d.P.R. n. 445 del 2000 in relazione all'art. 483 c.p.), la condotta di chi, allo scopo di ottenere un assegno familiare, rilascia al pubblico ufficiale, ai sensi degli art. 46 e 47 d.P.R. n. 445 del 2000, una falsa dichiarazione sostitutiva relativa al proprio reddito familiare".

<sup>94</sup> Cfr. T.A.R. Brescia, (Lombardia) Sez. II, 06/02/2015, n. 201, in *De Jure*, la cui massima afferma: "[q]ualora emerga la non veridicità del contenuto della dichiarazione sostitutiva rilasciata ex art. 46 e 57 d.P.R. n. 445 del 2000, il dichiarante decade dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera". Nello stesso senso cfr. T.A.R. Parma, (Emilia-Romagna), Sez. I, 08/03/2017, n. 90, in *De Jure*.

<sup>95</sup> Cfr. Cass. Pen., Sez. V, 31/10/2014, n. 2321, in *De Jure*, la cui massima afferma: "[i]l delitto di falso ideologico commesso dal privato in atto pubblico (art. 483 c.p.) è ravvisabile quando l'atto pubblico, nel quale sia trasfusa la dichiarazione del privato, sia destinato a provare la verità dei fatti attestati; non è pertanto ravvisabile nella condotta di colui che - fermato dalla Polizia alla guida della propria auto - dichiara falsamente di essere regolarmente assicurato, posto che il verbale della polizia contenente le dichiarazioni del privato non è destinato ad attestare la verità dei fatti dichiarati; d'altra parte, il privato in virtù del generale principio "nemo tenetur se detegere" non ha l'obbligo giuridico di accusarsi di una violazione di legge".

<sup>96</sup> Cfr. Cass. Pen., Sez. II, 30/04/2019, n. 37556, in *De Jure*, la cui massima afferma "[n]on integra il reato di falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico, la condotta di colui che in sede di dichiarazione sostitutiva di atto notorio - come disciplinata dall'art. 46, comma 1, lett. aa), d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, nel testo previgente all'ultima modifica - dichiara di non aver riportato condanne penali, ancorché destinatario di sentenza di applicazione della pena su richiesta, poiché il dichiarante non è tenuto a riferire nulla di più di quanto risulti dal certificato penale".

<sup>97</sup> In un recente pronunciamento il Giudice per l'udienza preliminare del Tribunale di Milano, in sede di rito abbreviato, ha assolto l'imputato dal reato di falso di cui all'art. 483 c.p., in relazione all'art. 76 D.P.R. 445/2000, contestato per aver falsamente attestato in autodichiarazione all'uopo rilasciata in occasione del controllo alla Polizia Ferroviaria, di rientrare presso il luogo di residenza da cui si era allontanato per esigenze lavorative, in violazione delle prescrizioni del DPCM dell'8 marzo 2020. Cfr. G.I.P. Milano, 12/03/2021, in *Giurisprudenza Penale Web*, ed il commento di G. STAMPANONI BASSI, *Falsità in autocertificazione da Covid-19: per il privato sottoposto a controllo non sussiste alcun obbligo giuridico di dire la verità (e, se esistesse, sarebbe in contrasto con il diritto di difesa)*, in *Giurisprudenza Penale (web)*, 29/03/2021.

<sup>98</sup> Cfr. US Supreme Court, *Miranda v. Arizona* (1966), disponibile al <https://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/facts-and-case-summary-miranda-v-arizona>.

<sup>99</sup> Il riferimento è all'art. 6 della Convenzione che sancisce, in termini generali, il diritto all'equo processo.

<sup>100</sup> Cfr. C.G.U.E., Grande Sezione, 02/02/2021, in C-489/19, *D.B. c. CONSOB*, relativa ai ricorsi in via pregiudiziale presentati dalla Corte costituzionale e relativi all'applicabilità del principio *nemo tenetur se detegere* alle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dalle autorità amministrative indipendenti – nel caso di specie da CONSOB – nel corso di un procedimento per l'accertamento di illeciti in materia di abusi di mercato. La Corte costituzionale (cfr. C. Cost., ord. 10/05/2019, n. 117, ECLI:IT:COST:2019:117), infatti, aveva operato i rinvii pregiudiziali ritenendo applicabili in questi casi il *due process of law*. Sull'argomento cfr. M. FUSAROLI, *Le dichiarazioni autoindizianti rese nella "fase pre-procedimentale". Prospettive estensive del diritto al silenzio*, in *L'indice penale*, 1/2021, p. 135; C. BONZANO, *Nemo tenetur se detegere e procedimento amministrativo: per la Consulta, la sanzione "punitiva" impone il due process of law*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, p. 1448; G. CANESCHI, *Nemo tenetur se detegere anche nei procedimenti amministrativi sanzionatori? La parola alla Corte di giustizia*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 579; S. CONFALONIERI, *Il nemo tenetur se detegere nel labirinto delle fonti. Riflessioni a margine di Corte cost., ord. n. 117 del 2019*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 1/2020, p. 108; G. FARES, *Diritto al silenzio, soluzioni interpretative e controlimiti: la Corte costituzionale chiama in causa la Corte di giustizia*, in *dirittifondamenti.it*, 1/2020, p. 57; G. LASEGNI, *Prendendo sul serio il diritto al silenzio. Commento a Corte cost. ord. n. 117 del 10 maggio 2019*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2/2020, p. 135; I. OTTAVIANO, *Rapporto tra sanzioni amministrative "punitive" e diritto al silenzio: questioni correlate alla doppia pregiudiziale*, in *AA.VV., Temi e questioni di diritto dell'Unione europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci*, 2020, p. 121.

<sup>101</sup> Il riferimento è, in particolare, ai noti criteri *Engel*, estrapolati dalla pronuncia della Corte E.D.U., *Engel e altri c. Paesi Bassi*, 08/06/1976, richiamati anche, *ex multis*, da C. Cost., 21/03/2019, n. 63, in *De Jure*, e dalla Corte di Giustizia al fine di estendere l'applicabilità del diritto al silenzio nei procedimenti per *market abuse* avanti alla CONSOB (cfr. C.G.U.E., Grande Sezione, 02/02/2021, cit.).

<sup>102</sup> Cfr., *ex pluribus*, Cass. Pen., Sez. V, 21/10/1998, n. 4426, in *De Jure*.

## L'autovalutazione del rischio da insolvenza e da reato. Benefici premiali per le imprese: normative a confronto.

di **L. Rutolo**

L'autovalutazione del rischio viene presa in considerazione e disciplinata sia dal Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza (D. Lgs. 14/2019) sia dalle disposizioni del D. Lgs. 231/2001: entrambe le discipline fanno ricorso a metodi e strumenti che presentano molte affinità ed hanno in comune l'organizzazione dell'ente/impresa in chiave preventiva da cui discendono benefici premiali penali.

Viene quindi esaminata la rilevanza dell'obbligo organizzativo dell'attività imprenditoriale nella gestione della crisi d'impresa per evitare l'insolvenza, sancito dal CCII, mediante il confronto con la consolidata esperienza dei MOG previsti dall'art. 6 del D. Lgs. 231/2001.

Premesse alcune considerazioni sul rischio in chiave aziendalistica, sono vagliati sia i punti comuni fra le diverse discipline sia i benefici che un'adeguata valutazione del rischio insolvenza comporta per l'imprenditore.

Diverse sono, tuttavia, le conseguenze in tema di esonero da responsabilità: le misure premiali previste dal CCII si fondano su iniziative tempestive di parte mentre nella disciplina del D. Lgs. 231/2001 ha rilevanza solo la predisposizione di un efficace MOG, senza alcun ruolo dell'autodenuncia del soggetto responsabile. Una prima analisi di alcuni aspetti problematici delle misure premiali, connessi in particolare alla specificità della liquidazione giudiziale, conclude l'esame delle novità in campo penale del nuovo Codice, la cui entrata in vigore, già rinviata al giorno primo settembre 2021, è assai presumibilmente destinata a subire nuovi slittamenti, vista anche la nomina di una Commissione, con decreto ministeriale 22 aprile 2021, avente la funzione di valutare l'impatto della nuova normativa sulle imprese italiane, duramente colpite dall'emergenza epidemiologica.

**Sommario.** Premessa. - **1.** La responsabilità organizzativa dell'impresa. - **2.** Il rischio di impresa in chiave civile e penale. - **3.** La premialità nel D. Lgs. 231/2001 e nel D. Lgs. 14/2019: presupposti ed ambiti applicativi a confronto. - **3.1** Misure premiali penali previste dal CCII: i vantaggi per l'imprenditore virtuoso. - **3.2** Aspetti applicativi problematici. - **4.** Osservazioni conclusive.

### Premessa.

Nell'ultimo ventennio il filo conduttore dell'attività legislativa nel settore imprenditoriale, considerato nelle sue fasi più critiche, è stato quello di affiancare, agli ordinari e collaudati istituti sanzionatori, nuove forme di intervento volte altresì alla salvaguardia dei complessi produttivi.

Tale linea di tendenza si può rinvenire, per il settore penale, già nelle disposizioni del D. Lgs. 231/2001 ma soprattutto in quelle contenute nel Codice Antimafia del 2011 e, per quello civile, nel recentissimo Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza.

Le leggi sopraindicate hanno tutte in comune, pur nella diversità dei campi di intervento, una visione dell'impresa quale esercizio di un'attività costituzionalmente tutelata esposta sempre più frequentemente, oltre al rischio connaturato alla sua natura, a molteplici altri: dalle infiltrazioni mafiose al dover rispondere di reati, nel caso sia esercitata in

forma collettiva; dall'incidenza del diffondersi della corruzione alle conseguenze di una crisi finanziaria idonea a degenerare nell'insolvenza.

Innanzitutto a tale quadro, che mostra peraltro una certa fragilità del sistema produttivo italiano, il Legislatore si è fatto carico da tempo di individuare strumenti volti a superare la finalità repressiva, sia in campo penale sia civile, attraverso la responsabilizzazione delle imprese nell'ottica di prevenire i rischi, siano essi da reato o da insolvenza. Dalla logica della mera repressione/estromissione delle imprese dal mercato, in caso di commissione di reati o di fallimento, si è passati in modo sempre più convinto a quella della prevenzione, attraverso misure idonee a salvaguardare la parte sana dell'attività imprenditoriale, anche in considerazione dell'esigenza di tutelare posti di lavoro e le legittime aspettative di quei soggetti che, in vario modo, entrano in contatto con le imprese.

L'accostamento tra diverse normative non è casuale e si è parlato, invero, ad esempio nel settore delle misure di prevenzione, dell'introduzione di strumenti tipici della legge fallimentare mutuando istituti da un settore all'altro: si pensi ai creditori il cui diritto è oggetto di verifica in relazione ai beni soggetti a confisca oppure al regime della prededuzione.

Proprio nell'ambito delle misure di prevenzione, peraltro, si è manifestata con plurimi istituti la volontà di risanare le imprese, superando la logica ablatoria, mediante la riforma dell'*amministrazione giudiziaria* e la creazione del meno invasivo *controllo giudiziario*, strumenti ulteriori rispetto al sequestro ed alla confisca, il cui fine è quello di sottrarre le imprese al condizionamento mafioso, salvaguardandone la continuità.

Altra importante modifica legislativa, espressione dell'esigenza della tutela dell'impresa, che si affianca a quella tradizionalmente prioritaria della salvaguardia delle ragioni dei creditori, è data dal nuovo Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza che presenta un vasto ventaglio di possibilità di gestione, anche stragiudiziale, nonché di soluzione della crisi prima che degeneri nell'insolvenza, con notevoli benefici sul piano penale subordinati tuttavia alla tempestività dell'intervento dell'imprenditore.

Viene a profilarsi, quindi, una visione della gestione anticipata del rischio d'impresa che richiama immediatamente, sotto molti profili, l'impianto normativo della responsabilità da reato dell'ente ex D. Lgs. 231/2001.

Il fine del presente studio è quello di evidenziare taluni punti di contatto e di influenza tra le discipline vigenti per settori tra loro diversi, esaminando altresì le *misure premiali* penali previste dal CCII.

### 1. La responsabilità organizzativa dell'impresa.

Il Decreto n. 14 del 2019 alla Parte Seconda si apre con le modifiche al Codice Civile: in specie l'art. 375 modifica la rubrica dell'art. 2086 c.c., introducendo al contempo un secondo comma di significativa importanza.

Viene ivi previsto l'obbligo per l'imprenditore, sia che operi in forma collettiva o societaria, di istituire *un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa* idoneo anche alla rilevazione tempestiva della crisi ed alla sua gestione, nell'ottica di assicurare la continuità aziendale.

Tale dovere era declinato, nel testo antecedente alle modifiche apportate dal c.d. Decreto correttivo (D. Lgs. 147/2020, in vigore dal 20.11.2020 per alcune disposizioni), nel senso che in campo societario la gestione fosse esercitata nel rispetto dei principi sanciti dall'art. 2086 c.c. dagli amministratori, con una commistione fra gestione ed istituzione degli assetti organizzativi che non considerava le discipline specifiche per i diversi tipi di società. Opportunamente, quindi, il Legislatore ha mutato gli artt. 2257 c.c. 2380 *bis* c.c., 2409 *novies* c.c., 2475 c.c. stabilendo che l'istituzione degli assetti organizzativo, amministrativo e contabile spetta agli amministratori, salvaguardando tuttavia i diritti dei soci, nella società a responsabilità limitata ed in quelle di persone, nella gestione operativa.

L'istituzione di adeguati assetti organizzativi non è un dovere nuovo per gli amministratori societari: è sufficiente sul punto ricordare l'art. 123 *bis* del T.U.F.<sup>1</sup>, gli artt. 69 *quater* e *quinquies* del T.U.B.<sup>2</sup>, l'art. 6 del T.U.S.P.<sup>3</sup> ed, infine, la riforma del diritto societario del 2003 limitatamente alle società per azioni, attuata con la formulazione dell'art. 2381 c.c., commi 3 e 4<sup>4</sup>. Appare utile segnalare come la problematica e l'individuazione degli assetti organizzativo amministrativo e contabile appartengano alla scienza aziendalistica e che questi possano, in estrema sintesi, definirsi come l'insieme di procedure, direttive e prassi operative finalizzate a garantire che la *governance* societaria eserciti correttamente ed in modo efficace il proprio *business*; ai fini dell'applicazione delle disposizioni del CCII quel che rileva è, tuttavia, il giudizio di loro adeguatezza che va rapportato al rispetto di alcuni specifici doveri: la stima del prevedibile andamento aziendale, la valutazione prospettica della sostenibilità del debito, quella costante dell'equilibrio economico finanziario e quella della continuità aziendale nell'orizzonte temporale minimo di sei mesi e, infine, la verifica della situazione debitoria sotto il profilo della tempestività dei pagamenti<sup>5</sup>.

A ben vedere si tratta di doveri che puntano tutti all'emersione degli indici della crisi come individuati dall'art. 13 del CCII, anch'esso oggetto di modifica ad opera del Decreto correttivo che oggi li qualifica in negativo, rispetto all'originaria formulazione: non sostenibilità dei debiti per almeno sei mesi, assenza di prospettive di continuità aziendale (*going concern*), la non sostenibilità dell'indebitamento con i flussi di cassa, l'inadeguatezza dei mezzi propri

rispetto a quelli di terzi nonché i ritardi reiterati e significativi nei pagamenti.

Gli indici altro non sono che gli strumenti di riferimento per accertare gli stati di squilibrio reddituale, patrimoniale o finanziario dell'impresa.

Il nuovo testo dell'art. 2086 c.c. da un lato amplia la platea dei soggetti tenuti ad adeguate scelte organizzative (tutte le società), dall'altro impone anche all'imprenditore individuale di adottare misure idonee alla rilevazione tempestiva dello stato di crisi (art. 3 comma 1 CCII).

Con la riforma apportata del Decreto correttivo, detto stato viene individuato nello squilibrio economico-finanziario (e non più in quello di difficoltà economico finanziaria) che rende probabile l'insolvenza del debitore e che si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate (art. 2 CCII).

È necessario tener presente che l'istituzione di adeguati assetti è attività ben diversa dalla gestione dell'impresa, il che trova conferma anche nelle già richiamate modifiche apportate dal Decreto correttivo agli artt. 2257 c.c. 2380 *bis* c.c., 2409 *novies* c.c., 2475 c.c..

Le scelte gestionali sono insindacabili secondo il principio del c.d. *business judgement rule*, fatta salva, secondo la giurisprudenza di legittimità, la valutazione della loro ragionevolezza con un giudizio *ex ante* e secondo i parametri della diligenza del mandatario<sup>6</sup>, il che implica, ad esempio, che un'impresa ben potrà decidere liberamente di aprire una sede all'estero o diversificare la sua attività nei mercati ma l'assetto interno dovrà sempre prevedere la concreta possibilità di esplicazione di un efficace controllo finalizzato all'emersione tempestiva dello stato di crisi.

La legge impone, quindi, all'imprenditore degli specifici doveri nella predisposizione della struttura organizzativa della sua attività, fortemente orientata al controllo interno, il che costituisce già un punto di contatto con le disposizioni di cui al D. Lgs. 231/2001: per la prevenzione del rischio-reato esiste, infatti, il dovere di organizzare la propria impresa come previsto dalla normativa, con la differenza che se l'adozione di un MOG 231 non è obbligatoria per l'ente<sup>7</sup>, che può anche assumersi il rischio derivante da reato, l'imprenditore ha invece ora il dovere di dotare la società di *un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato*, anche funzionale a prevenire la crisi.

L'organizzazione finalizzata al suddetto fine è divenuta oggi la base dell'attività imprenditoriale per operare correttamente nel mercato e per andare esenti da conseguenze sanzionatorie; per adempiere a detti doveri è certamente indispensabile il ricorso a forme efficaci di controllo interno e proprio in questo campo assume rilevanza l'esperienza maturata nell'ultimo ventennio dall'applicazione delle disposizioni del Decreto 231<sup>8</sup>.

## 2. Il rischio di impresa in chiave civile e penale.

Il rischio aziendale può essere definito come un evento incerto idoneo ad incidere in senso negativo (minaccia, *downside risk*) o positivo (opportunità, *upside risk*) sul raggiungimento degli obiettivi di un'impresa.

In una visione c.d. assicurativa il rischio è sempre un evento negativo e, come tale, viene preso in considerazione sia dal CCII – rischio insolvenza – sia dal D. Lgs. 231/2001 – rischio reato – nell'ottica di prevenirlo.

L'attività imprenditoriale è per sua stessa definizione un'attività rischiosa ma è altrettanto indubbio che attualmente le legislazioni, nazionale ed europea, hanno individuato molteplici fattori di rischio ulteriori, oltre a quelli oggetto del presente studio, ad esempio: il rischio da trattamento dei dati personali (Regolamento Generale per la protezione dei dati o GDPR<sup>9</sup>), quello in ambito di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro (D. Lgs. 81/2008) senza dimenticare il rischio reputazionale<sup>10</sup> che riveste particolare importanza per ogni impresa, soprattutto per quelle che operano su più mercati.

Per evitare un impatto devastante per la continuità aziendale il rischio va individuato e gestito ma a tal fine è indispensabile un'adeguata organizzazione finalizzata a tale rilevazione ed il fulcro di questa attività è il controllo interno, inteso quale sistema di presidi idonei ad evitare o limitare le ripercussioni negative del rischio<sup>11</sup>.

Il *Principio di revisione internazionale ISA Italia 315*<sup>12</sup> qualifica il controllo interno come «processo configurato, messo in atto e mantenuto dai responsabili delle attività di *governance*, dalla direzione e da altro personale dell'impresa al fine di fornire una ragionevole sicurezza sul raggiungimento degli obiettivi aziendali con riguardo all'attendibilità dell'informativa finanziaria, all'efficacia e all'efficienza della sua attività operativa ed alla conformità alle leggi e ai regolamenti applicabili».

Si tenga presente che i MOG 231 se assumono rilievo in chiave giuridico-processuale come esimenti, in chiave aziendalistica vanno inquadrati nel più ampio contesto dei sistemi di controllo interno proprio per la loro struttura data dall'insieme di risorse e disposizioni atte a vagliare, gestire ed eventualmente mitigare il rischio reato.

Il CCII e il D. Lgs. 231/2001 hanno in comune la logica del *risk approach* o progressivo approccio integrato della gestione del rischio: l'efficiente gestione imprenditoriale richiede un'adeguata organizzazione che, attraverso il corretto svolgimento delle attività appartenenti ai vari *organi* e alle *funzioni*<sup>13</sup> aziendali, sia in grado di individuare, prevenire e gestire il rischio specifico.

In campo penale lo strumento previsto dal Legislatore è il MOG – Modello Organizzativo di Gestione – mentre nel settore concorsuale rilevano le procedure di allerta della crisi (artt. 12-15 CCII) ed entrambi gli strumenti operano mediante il ricorso all'autovalutazione del rischio attribuito all'imprenditore collettivo, nel primo caso, ed anche a quello individuale, nel secondo (art. 3 comma 1 CCII).

Il MOG, nella sua composizione, costituisce il documento che esplicita l'attività di prevenzione da specifici reati svolta grazie ad un'organizzazione ben collaudata e da organi individuati dalla normativa; gli strumenti di allerta, diversamente, sono definiti obblighi di segnalazione a carico dei soggetti interni e pubblici previsti dal Codice, finalizzati alla tempestiva rilevazione degli indizi di crisi ed alla sollecita adozione delle più idonee misure funzionali alla sua soluzione (art. 12 CCII)<sup>14</sup>.

MOG 231 e strumenti di allerta sono, quindi, indissolubilmente connessi agli obblighi organizzativi.

Dai due sistemi, in particolare dagli assetti organizzativi caratterizzati dall'efficienza ed adeguatezza del MOG<sup>15</sup> e dalla tempestiva iniziativa dell'imprenditore, consentita dalla rilevazione degli indizi di crisi, discendono importanti benefici premiali in campo penale: è questo – forse – l'elemento di maggior legame tra le discipline.

### 3. La premialità nel D. Lgs. 231/2001 e nel D. Lgs. 14/2019: presupposti ed ambiti applicativi a confronto.

La premialità è la chiave di volta del sistema preventivo basato sull'autovalutazione del rischio: l'incentivo ad organizzarsi adeguatamente, voluto

dal Legislatore, è frutto della consapevolezza che la repressione ed i soli mezzi di soluzione finale della crisi economico finanziaria patrimoniale sono non solo insufficienti ma hanno costi sociali altissimi, poiché coinvolgono soggetti – si pensi agli *stakeholders* delle imprese – che a loro volta vengono penalizzati, spesso senza alcun rimedio soddisfacente sufficiente.

Si può ben sostenere che la politica criminale si è evoluta, estendendo il campo della non punibilità, secondo le prospettive della giustizia riparativa<sup>16</sup> e della rilevanza dell'esiguità dell'illecito, superando la visione della premialità quale beneficio connesso al comportamento processuale o eliminativo dell'offesa *post delictum*<sup>17</sup>.

In campo concorsuale la premialità ha trovato applicazione con gli artt. 24 e 25 CCII, che rispettivamente disciplinano la tempestività dell'iniziativa di prevenzione dell'insolvenza e le misure a beneficio degli imprenditori; si completa così il quadro delineato dal CCII: i doveri di organizzazione e di vigilanza nell'esercizio della propria impresa si traducono anche in benefici, se adempiuti correttamente, giunti all'epilogo della crisi.

Confrontando il sistema premiale previsto dal Legislatore per gli Enti e quello del Codice della crisi e dell'insolvenza emerge subito una differenza centrale: nel sistema delineato dal Decreto 231 sono assenti strumenti che incentivino l'autodenuncia dell'ente o una sua forma di collaborazione proattiva finalizzata all'accertamento del presunto reato presupposto a fronte di una piena garanzia di non punibilità mentre, al contrario, l'impianto del CCII prevede un comportamento diligente dell'imprenditore, collettivo o individuale, per l'emersione della fase critica quale presupposto indispensabile per i benefici previsti.

L'unica forma di collaborazione valutabile per l'ente è stata introdotta dalla L. 3/2019 che, a fronte di un inasprimento del trattamento sanzionatorio per i reati di cui all'art. 25 del Decreto 231 del 2001, ha previsto che, qualora l'ente si adoperi "*per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione dei responsabili ovvero per il sequestro delle somme o di altre utilità*", le soglie delle misure interdittive applicabili siano quelle previste in via generale dall'art. 13 del Decreto<sup>18</sup>.

Affinché l'impianto previsto dal "sistema 231" possa esprimere la sua massima funzione – l'esenzione da

responsabilità – si richiede, come è noto, che laddove venga posto in essere un reato nell'interesse od a vantaggio<sup>19</sup> dell'ente, quest'ultimo sia in grado di provare: l'adozione e l'efficacia del MOG 231<sup>20</sup>, idoneo a prevenire reati di quello della specie verificatosi, l'istituzione di un organo di vigilanza<sup>21</sup> dotato di pieni poteri (autonomia di azione e spesa) nonché, da ultimo, la condotta fraudolenta<sup>22</sup>, dunque elusiva del MOG, dell'autore del reato presupposto.

Appare utile ricordare che l'adeguatezza di un MOG 231 è valutata sulla base di un doppio giudizio: sull'idoneità dell'assetto organizzativo e gestionale di prevenire reati e sull'effettiva attuazione<sup>23</sup>, intesa come la concreta messa in opera di quanto previsto in astratto dal MOG 231, che si traduce anche nel ruolo centrale svolto dall'OdV.

Inoltre, il Modello deve sempre rispondere alle necessità concrete del *core business* dell'ente: si procede pertanto a quello che viene comunemente definito come un approccio *tailor made* che, peraltro, dovrebbe rendere il Modello stesso concretamente efficace quale esimente da responsabilità<sup>24</sup>.

Vero è, inutile negarlo, che la prassi giurisprudenziale ha difficilmente ritenuto la piena capacità esimente del MOG 231 così come individuata dal Legislatore, benché, sia chiaro, risulti pressoché impossibile ipotizzare la costruzione di un modello idoneo a «precludere in termini assoluti la commissione di illeciti»<sup>25</sup>.

Il sistema delineato dal Legislatore italiano vede, nel D. Lgs. 231/2001, il primo tentativo di una regolamentazione congiunta statale–privata che punta ad incoraggiare l'ente ad un'attività di autocontrollo ed autorganizzazione, secondo una logica “punitivo–premiante”<sup>26</sup>. L'incentivo per l'adozione di condotte virtuose, che poi si traducono, a livello pratico, nella predisposizione preventiva dei modelli organizzativi di gestione e controllo, è, o dovrebbe essere, come visto, la piena esenzione da responsabilità; ulteriori benefici premiali, desumibili dal complesso normativo del Decreto, possono essere applicati laddove il modello venga adottato *post delictum*.

Si assiste, in buona sostanza, ad una logica premiale a scalare<sup>27</sup> che, peraltro, non è dissimile da quella che si riscontra anche dalla lettura del CCII, all'art. 25 comma 2, segnatamente nel rapporto causa di non punibilità ed attenuante speciale.

Nel Decreto 231, si parla, in caso di adozione successiva alla contestazione di reato, di c.d.

“modello riparatore” il cui scopo, purché adottato prima dell'apertura del dibattimento, è quello di importare per l'ente indagato: la riduzione della sanzione pecuniaria – ex art. 12 – l'esclusione dalla sanzione interdittiva – ex art. 17 – l'inapplicabilità, quale conseguenza delle prime, della sanzione della pubblicazione della sentenza – ex art. 18; inoltre, la sospensione o revoca della misura cautelare a fronte di una dichiarazione di voler adottare un MOG 231 – ex art. 49<sup>28</sup>.

La premialità, tuttavia, nel caso dell'adozione del modello *post delictum*<sup>29</sup>, non risponde più, ovviamente, ad una logica preventiva bensì ad una compensativa in cui le contro-condotte poste in essere dall'ente, intese quali forme di ravvedimento operoso, riducono l'offesa dallo stesso cagionata, inducendo così il Legislatore a “premiare” l'ente sanzionandolo meno duramente.

Il carattere premiale penale che emerge dal CCII si sviluppa intorno a precise figure di reato<sup>30</sup> previste dall'art. 25 comma 2, in particolare in relazione a quelle condotte antecedenti all'apertura di una procedura concorsuale ed alle iniziative per porvi rimedio a disposizione dell'imprenditore: gli strumenti premiali previsti dal CCII, meglio precisati nel prosieguo, scattano in presenza di una condotta proattiva del debitore. Benché «l'onere di *discovery* in capo all'imprenditore»<sup>31</sup> e la successiva gestione della crisi con i creditori in modo tempestivo, di fatto prima che la situazione tramuti nel patologico stato di insolvenza, rimangano una decisione individuale, essa è sicuramente agevolata dall'assetto organizzativo predisposto: il rispetto delle procedure di allerta e l'attività dell'organo di controllo sono infatti funzionali a porre l'impresa nella condizione di agire con consapevole sollecitudine nell'adempimento di quei doveri previsti dai *principi generali*<sup>32</sup> che, corre l'obbligo di ricordarlo, sono divenuti la base del suo operato.

Ecco quindi che si comprende come sia centrale l'adeguatezza dell'assetto organizzativo: essa si misura con la concreta possibilità di emersione tempestiva degli indizi di crisi<sup>33</sup>, grazie ad una struttura amministrativa e contabile che consenta la circolazione delle informazioni e l'efficace esplicazione dell'attività di controllo, con gli strumenti dati dallo stesso CCII (obbligo di segnalazione da parte degli organi di controllo, del revisore e della società di revisione sull'andamento della gestione aziendale e delle banche ed intermediari finanziari in caso di modifiche del

regime degli affidamenti – art. 14 – e per i soggetti pubblici ex art. 15).

### 3.1 Misure premiali penali previste dal CCII: vantaggi da cogliere per l'imprenditore virtuoso.

Le misure in esame integrano il quadro dei benefici attribuiti all'imprenditore virtuoso, anche a carattere tributario oltreché concorsuale<sup>34</sup>, e si completano fra loro poiché l'una trova il suo campo di applicazione in via residuale – *fuori dai casi in cui risulta un danno di speciale tenuità*, recita l'ultima parte del comma 2 dell'art. 25 CCII – rispetto all'altra: si tratta, invero, di una causa di non punibilità in presenza di un danno di speciale tenuità e di una circostanza attenuante ad effetto speciale<sup>35</sup>.

Si rende opportuno, innanzitutto, individuare i presupposti affinché le misure premiali possano produrre i loro effetti: l'art. 24 CCII specifica i termini entro cui l'iniziativa del debitore può considerarsi tempestiva, ai fini della loro applicazione, in presenza di tre distinte criticità.

Orbene, in relazione ai termini, si prevede che l'imprenditore agisca con sollecitudine presentando, entro tre mesi, *istanza* di composizione assistita della crisi, oppure *domanda*, entro sei mesi, di accesso ad una delle procedure di regolazione disciplinate dal CCII<sup>36</sup>. Quanto al termine di decorrenza dei predetti, l'articolo 24 individua tre condizioni aventi ad oggetto soglie quantitative di rapporti debitori scaduti nonché di superamento degli indici fissati dal CNDCEC<sup>37</sup>.

I presupposti appena illustrati hanno generato una prima riflessione fra gli interpreti secondo cui accertare la tempestività dell'iniziativa impone di poter individuare l'effettivo momento in cui l'imprenditore ha preso coscienza dello stato di crisi<sup>38</sup>, il che appare alquanto problematico e potrebbe costituire un fattore ostativo alla concreta applicazione dell'esimente.

Il problema è, in estrema sintesi, se colui che risulti imputato di reati concorsuali possa o meno dar prova dell'esistenza di ostacoli oggettivi alla comprensione dei fenomeni indicativi dello stato di crisi per giovare dei benefici o se, di contro, la decorrenza dei termini costituisca un dato non suscettibile di essere superato.

Se si considera che tutto il sistema premiale poggia sugli adeguati assetti organizzativi è necessario concludere che non vi sia spazio per valutazioni ulteriori, poiché il giudizio di adeguatezza si fonda proprio sulla capacità di individuazione tempestiva

dei segnali di crisi che sono ben specificati dalla legge, in via alternativa: l'esistenza di debiti scaduti per retribuzioni, di debiti verso fornitori nonché il superamento degli indici ex art. 13 CCII.

Si rileva, inoltre, che appare difficile immaginare che chi gestisce un'impresa di modeste dimensioni non sia a conoscenza dei propri debiti mentre per le imprese medio-grandi un'adeguata organizzazione aziendale ha la finalità di consentire il monitoraggio proprio di eventi quali quelli considerati dalla norma: coloro che operano nei *processi aziendali* che si occupano di *amministrazione finanza e controllo* o di *contabilità* all'interno delle grandi imprese, anche alla luce della riforma del 2019, debbono informare costantemente il vertice – con esso si intende, in questo caso, chi ha la rappresentanza legale – ovvero l'organo di controllo dell'eventuale esposizione debitoria.

La finalità del sistema voluto dal Legislatore è quella della massima responsabilizzazione dell'imprenditore, sia esso individuale o collettivo o societario, verso una condotta attenta e virtuosa, funzionale ad una corretta acquisizione e gestione delle informazioni interne, sì da poter agevolare la tempestività dell'iniziativa di cui all'art. 24 del Codice della Crisi.

Va comunque ricordato che soccorre, all'accertamento della tempestività, l'attestazione che il presidente del collegio nominato dal referente dell'OCRI rilascia su richiesta del debitore a tal fine, anche se essa è valida limitatamente all'applicazione delle misure premiali ottenute previo ricorso ai procedimenti di composizione assistita della crisi e non certo per le diverse procedure previste dal Codice, cui detto organismo, come è noto, rimane estraneo.

In ordine al ricorso ad una delle procedure regolate dal Codice – artt. 56 e ss. – peraltro, potrebbe osservarsi come la *ratio* degli istituti premiali, volti ad incentivare la prevenzione del dissesto, sembri disattesa.

Ed invero, va segnalato come l'accesso, ancorché tempestivo, ad una delle altre procedure previste dal Codice – si pensi alla *domanda* di concordato preventivo, fondato su uno stato di insolvenza (ex art. 85 CCII) – risulti contraria a quella funzione anticipatoria atta a gestire, non lo stato di insolvenza, bensì quello meno grave di crisi.

Ciò detto, la scelta sia del Legislatore delegante sia, poi, di quello delegato è stata quella di includere nella possibilità di beneficiare delle misure premiali

imprenditori le cui attività versano in situazioni tra loro molto diverse, probabilmente sulla base del fatto che il sistema organizzativo predisposto dovrebbe, se funzionante, intercettare tempestivamente lo stato critico.

È indubbio tuttavia che già l'inclusione fra gli indicatori dello stato di crisi dei ritardi nei pagamenti reiterati e significativi (art. 13 ultima parte del comma 1 CCII), ripresi poi dall'art. 24, comporta un immediato richiamo all'insolvenza, quindi alla situazione peggiore che si vorrebbe prevenire e che il Codice qualifica come lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti o altri fatti esteriori che dimostrino, in buona sostanza, che il suddetto non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni (art. 2 comma 1)<sup>39</sup>.

Si aggiunge anche che gli obblighi di allerta esterna della situazione critica, posti a carico dei creditori pubblici qualificati (art. 15 CCII), scattano quando sono superate soglie di mancati pagamenti per importi elevatissimi, ad esempio fino ad un milione di euro per le imprese collettive nei riguardi dell'Agenzia delle Entrate, e si verte nel campo di quegli indicatori sintomatici dello stato di insolvenza da sempre utilizzati dalla giurisprudenza per la declaratoria fallimentare<sup>40</sup>.

Alla luce di quanto illustrato sino ad ora si conferma, in ogni caso, che nell'ottica del Legislatore l'assetto organizzativo approntato dall'imprenditore ex art. 2086 c.c. dovrebbe assicurare la rilevazione dello stato di crisi prima del suo aggravarsi, così permettendo di individuare il momento effettivo in cui l'imprenditore ha preso conoscenza della situazione interna alla sua attività.

### 3.2 Aspetti applicativi problematici.

Sono presupposti dell'applicazione delle misure premiali l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale o del concordato preventivo, oppure l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti nonché il verificarsi di un danno di speciale tenuità.

Sul punto deve evidenziarsi che l'art. 25 CCII pone una distinzione fra procedure, richiedendo che nel caso di *istanza* tempestiva rivolta all'OCRI si siano anche seguite con *buona fede* le indicazioni date, mentre per le altre (artt. 56 e ss. CCII) occorre che non vi sia stata pronuncia di inammissibilità.

In verità non appare agevole interpretare la norma in relazione al primo requisito, posto che non risulta che l'OCRI dia indicazioni al debitore: l'art. 18 CCII

prevede, infatti, che il collegio individuati con questi le possibili misure per porre rimedio alla crisi e vigili sulla loro attuazione; va altresì aggiunto che il richiamo alla *buona fede* appare espressione assai generica.

L'art. 25 del Codice menziona espressamente quale soggetto beneficiario delle misure in esame l'imprenditore, tuttavia il comma 2 fa riferimento anche a soggetti diversi, visto il richiamo agli artt. 329, 330 e 341 CCII; tali fattispecie di reato coinvolgono la posizione, fra l'altro, dei sindaci delle società per i reati di bancarotta nella procedura di liquidazione giudiziale e per quelli commessi in relazione al concordato preventivo, agli accordi di ristrutturazione o di convenzione di moratoria.

Occorre dunque chiedersi in presenza di quali presupposti scatti l'esenzione da responsabilità in base alla prima parte dell'art. 25 comma 2.

Al fine di rispondere a tale quesito va ricordato, innanzitutto, che fra i doveri degli organi di controllo vi è quello di segnalazione immediata ex art. 14 CCII dell'esistenza di *fondati indizi della crisi*.

L'*iter* procedimentale del sistema di allerta interna è il seguente: l'organo di controllo assegna termine non superiore a 30 giorni all'organo amministrativo per comunicare le iniziative che intende assumere che, se non adempiute nei 60 giorni successivi o in caso di omessa risposta, comportano l'obbligo di informare l'OCRI dello stato critico. Recita il comma 3 che la tempestiva segnalazione all'organo amministrativo «costituisce causa di esonero dalla responsabilità solidale per le conseguenze pregiudizievoli delle omissioni o azioni successivamente poste in essere dal predetto organo, che non siano conseguenza diretta di decisioni assunte prima della segnalazione, a condizione che, nei casi previsti dal secondo periodo del comma 2, sia stata effettuata tempestiva segnalazione all'OCRI».

L'assenza di responsabilità incide sul piano civilistico ma, come si può evincere, ha risvolti anche sul piano penale: in particolare nella misura in cui in presenza di una tempestiva iniziativa di segnalazione pare che nessun altro potere impeditivo di eventi dannosi possa essere attribuito ai sindaci (che non risponderanno penalmente ex art. 40 cpv. c.p.).

Tuttavia, occorre anche tener presente che la funzione di vigilanza non cessa con la fase iniziale della crisi, ma deve proseguire: non a caso l'art. 37 comma 2 CCII prevede altresì che i sindaci, e comunque l'organo di controllo, siano fra i soggetti

legittimati a richiedere la liquidazione giudiziale ed in questo caso la tempestività andrà verificata in base al disposto dell'art. 24 del Codice.

La causa di non punibilità in esame richiede inoltre che il danno cagionato dalle condotte poste in essere prima dell'apertura di una fra le procedure di liquidazione giudiziale, concordato preventivo o di omologa di un accordo di ristrutturazione dei debiti, sia di speciale tenuità.

La Relazione Illustrativa del Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza, in ordine alla causa di non punibilità, segnala che l'intenzione del Legislatore è quella di ridurre l'area dell'incidenza penale di condotte depauperative modeste o con minima rilevanza rispetto alle ragioni dei creditori, con la specificazione che per l'applicazione dell'attenuante il criterio di riferimento è il raffronto fra attivo e passivo delle procedure.

L'estensione dell'esimente anche alla bancarotta fraudolenta, ritenuta inclusa fra "gli altri reati" fallimentari di cui all'art. 4, lett. h) della legge delega n. 155/2017, è stata effettuata considerando che per la bancarotta semplice, a parte l'attenuante prevista dall'art. 219 comma 3 L.F., poteva già operare l'istituto di cui all'art. 131 *bis* c.p. in presenza di condotte non abituali, il che avrebbe reso superflua la delega sul punto. Si può dunque sostenere che il CCII abbia optato per l'estensione massima della causa di non punibilità, di fatto permettendone l'applicazione a tutte le figure di bancarotta<sup>41</sup>.

Di talché diviene centrale, per l'applicazione delle misure premiali, l'accertamento del danno, sia esso o meno di speciale tenuità ma comunque idoneo a garantire l'applicazione della riduzione della pena, come individuato dall'art. 25 CCII.

Tale aspetto non è nuovo ed è stato oggetto di plurime pronunzie giurisprudenziali rispetto alla circostanza attenuante ad effetto speciale prevista dall'art. 219 comma 3 L.F. (oggi art. 326 CCII), non sempre uniformi nei criteri per la quantificazione.

Ed invero, se da una parte<sup>42</sup> si è ritenuto che la quantificazione del danno dovesse considerare la diminuzione patrimoniale cagionata alle ragioni dei creditori, sotto il profilo del *quantum* disponibile in sede di riparto, dunque non considerando il singolo rapporto tra fallito e creditore ammesso o l'entità di singole operazioni commerciali o speculative, dall'altra<sup>43</sup>, si è operata una relativizzazione di quanto sopra, valutando altresì, ai fini della tenuità, anche le dimensioni dell'impresa, il movimento di affari e l'ammontare dell'attivo e del passivo.

Senza contare poi come si presenti alquanto ambiguo, sulla scorta di quanto sostenuto in dottrina<sup>44</sup>, il richiamo al solo "danno" in un contesto di reati aventi prevalente natura di pericolo.

In ogni caso, va detto che l'accertamento della speciale tenuità è lasciata alla valutazione discrezionale del giudice, a differenza di quanto previsto per l'applicazione dell'attenuante ad effetto speciale che richiede di soddisfare criteri rigidi e che si pone «in un'area di chiara continuità di presupposti (e contiguità di applicazione)»<sup>45</sup> rispetto all'esimente, trovando spazio laddove il danno non sia di particolare tenuità.

La circostanza in parola, che si lega ad un criterio quantitativo confrontando l'attivo ed il passivo della procedura, segnatamente richiedendo che l'attivo inventariato ovvero quanto offerto ai creditori sia sufficiente a soddisfare un quinto dell'ammontare dei debiti chirografari, indica anche una soglia di tolleranza entro cui l'importo complessivo del danno – inferiore a due milioni di euro – può ammettere l'applicabilità dell'attenuante che porta ad una riduzione della pena fino alla metà. L'importo entro cui deve essere contenuto il danno viene considerato in modo «indifferente per imprese medio piccole quanto per quelle di grandi dimensioni»<sup>46</sup>.

Ebbene, non può che suscitare perplessità che questa cifra sia imposta in modo così rigido senza operare nessun distinguo a seconda della dimensione e della capacità economica dell'impresa; è certamente vero, però, in senso contrario, che una diversa formulazione, magari caratterizzata dal ricorso ad ulteriori indici valutativi dell'impresa, avrebbe esposto la norma, quindi il riconoscimento della circostanza, ad ulteriori problematiche interpretative ed a scelte maggiormente discrezionali.

Quanto al primo requisito previsto per l'applicazione della circostanza attenuante, emerge la volontà del Legislatore di tutelare anche quei creditori privi di garanzie, che solitamente rimangono insoddisfatti, ma la formulazione della norma pone alcune problematiche.

Il raffronto fra attivo e passivo dovrebbe essere eseguito con riguardo, al momento dell'apertura della procedura, all'attivo *inventariato* – nell'ambito della liquidazione giudiziale – ed all'attivo offerto ai creditori – espressione che richiama la procedura di concordato preventivo; stando al tenore letterale della norma, tuttavia, occorre evidenziare che, se nelle procedure diverse dalla liquidazione giudiziale

è lo stesso debitore che deve indicare l'ammontare dei debiti, nella prima procedura l'accertamento è soggetto alle regole dell'insinuazione al passivo e della verifica dei crediti.

Opportunamente dunque si è provveduto a modificare l'originaria previsione sulla predisposizione della relazione del curatore fallimentare (art. 33 L.F.) che ora è sostituita da plurimi oneri di comunicazione: una prima informativa sugli accertamenti compiuti e sugli elementi acquisiti circa le cause dell'insolvenza e sulla responsabilità del debitore, da depositare entro trenta giorni dalla dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale, ed una successiva relazione particolareggiata da depositarsi entro sessanta giorni dal decreto di esecutività dello stato passivo che dovrà contenere anche quanto di interesse ai fini delle indagini preliminari in sede penale (art. 130 CCII).

È in tale momento che quindi maturerà la consapevolezza del divario fra attivo e passivo, quando, in concreto, si sarà verificata la portata dell'effettivo ammontare dei debiti e si sarà ricostruito il completo quadro della condotta del debitore.

Va rilevato, in relazione a quanto si potrà ripartire fra i creditori chirografari, che il giudizio fondato sulla sola scorta del valore dei beni inventariati pare prescindere dalle operazioni di liquidazione dell'attivo, solitamente lunghe (entro 5 anni prorogabili a 7, ex art. 213 comma 5 CCII) ma che potrebbero anche portare a raggiungere, se non addirittura superare, la soglia del 20%, ad esempio per effetto dell'esito positivo di azioni recuperatorie, revocatorie o risarcitorie. Non è necessario peraltro attendere i tempi della liquidazione: infatti, già la predisposizione del progetto di liquidazione, da depositarsi entro sessanta giorni dall'inventario, e comunque non oltre centottanta giorni dalla sentenza dichiarativa dell'apertura giudiziale (art. 213 CCII), offre chiare indicazioni sul patrimonio del debitore in cui rientrano certamente le azioni giudiziali a contenuto recuperatorio.

Orbene, se l'intenzione del Legislatore è premiare chi consente il soddisfacimento delle ragioni creditorie nella misura indicata, è necessario che si superi la distinzione che la norma sembra porre fra diverse procedure mediante il richiamo ad attivo inventariato od offerto e si tenga invece presente, quale canone applicativo, la più redditizia

potenzialità soddisfattoria del patrimonio del debitore comunque acquisibile.

Venendo al secondo requisito previsto dall'attenuante, ossia la richiesta della sussistenza di un danno complessivo cagionato non superiore a due milioni di euro, si impone poi di accertare effettivamente il suo ammontare e tale operazione difficilmente sarà attuata concretamente dalla giurisprudenza mediante il solo raffronto fra attivo e passivo, essendosi ormai affermato l'orientamento, come già ricordato, secondo cui il danno deve essere verificato avendo invece riguardo alla diminuzione patrimoniale cagionata alle ragioni dei creditori dalle condotte depauperative dell'imprenditore, sotto il profilo del *quantum* disponibile in sede di riparto. L'accertamento dell'ammontare del danno dovrebbe essere determinato, in buona sostanza, anche considerando l'esito, ad esempio, di eventuali azioni di responsabilità verso gli amministratori per le ragioni già esposte in precedenza in relazione al danno di speciale tenuità o meno.

Ciò che si vuole affermare, in conclusione, è che l'applicazione della circostanza non sarà affatto agevole per la difficoltà di individuazione dei relativi presupposti, sia in relazione alle modalità di determinazione della percentuale attribuibile ai creditori sia sotto quella dell'accertamento dell'ulteriore condizione dell'entità del danno.

Le condotte del debitore che sono suscettibili di valutazione ai fini delle misure premiali sono, a norma dell'art. 25 comma 2 CCII, quelle poste in essere prima dell'apertura della procedura che sostanzialmente i reati ivi elencati. Si è posto, fra gli interpreti, il problema se sia implicito nel sistema, come delineato dal Legislatore, che siano esclusi dai benefici quei reati commessi eventualmente nello spazio temporale intercorrente fra la domanda di accesso ad una delle procedure o l'istanza ex art. 19 CCII e l'apertura della procedura concorsuale di liquidazione giudiziale, di concordato preventivo o di accordo di ristrutturazione dei debiti. In senso favorevole all'esclusione si è osservato che la norma non vuole garantire impunità a condotte spregiudicate<sup>47</sup> fino all'apertura delle procedure concorsuali ma va altresì osservato che il tenore letterale della norma non pare per nulla escludere tale possibilità anche perché la tempestività dell'iniziativa dell'imprenditore, unita alla lieve tenuità del danno (ai fini dell'esimente) o alla concreta soddisfazione dei crediti chirografari nella circostanza attenuante, costituisce il presupposto

per l'operatività delle misure premiali, mentre non pare rilevante ai fini dell'individuazione del *tempus commissi delicti*. Non a caso è stato osservato che il disposto dell'art. 25 CCII concorre a definire un nuovo parametro della diligenza dell'imprenditore nell'ottica di non limitare condotte gestorie dinamiche finalizzate alla risoluzione della crisi<sup>48</sup>. Sarà solo l'applicazione pratica della norma, quindi la giurisprudenza, a dare risposta alla problematica esaminata.

#### 4. Osservazioni conclusive.

Nell'esaminare istituti posti a presidio della continuità aziendale in parallelo con i collaudati sistemi di prevenzione del rischio da reato si è fatta menzione del rischio *insolvenza* che pare espressione più adeguata, a quella che spesso si incontra, di prevenzione del rischio *crisi*. La crisi economico patrimoniale finanziaria per un'impresa può avere le più varie ragioni – l'attuale periodo caratterizzato dalla pandemia di COVID Sars 2 lo dimostra – e non è sempre prevenibile mentre è possibile una sua gestione in chiave anticipatoria rispetto all'insolvenza.

I sistemi di prevenzione previsti dal CCII e dal D. Lgs. 231/2001 possono interagire fra loro anche se i reati di bancarotta e le altre fattispecie richiamate dall'art. 25 CCII non rientrano nel catalogo dei reati presupposto per i quali si dovrebbe adottare il MOG 231.

Vi sono tuttavia fattispecie penali idonee ad incidere sull'equilibrio economico patrimoniale di un'impresa, basti pensare ai reati tributari, attesa la previsione della L. 19 dicembre 2019, n. 157, e capita di frequente nella prassi giudiziaria di assistere a procedimenti per reati di bancarotta in cui si contestano, nello stesso oppure in diverso processo, figure di reato previste dal D. Lgs. 74/2000.

L'attuale situazione pandemica poi pone specifici obblighi organizzativi in capo alle imprese per la prevenzione dal contagio che si inseriscono nella tutela della salute dei lavoratori, la cui violazione rientra certamente fra gli illeciti previsti dall'art. 25 *septies* del D. Lgs. 231/2001<sup>49</sup>, mentre va rilevato che in relazione ai reati societari – art. 25 *ter* del Decreto 231– varie figure sono già incluse nelle fattispecie penali concorsuali (art. 329 CCII) ed altre, quali ad esempio il reato di impedito controllo (art. 2625 c.c.), ben possono essere realizzate nell'ottica di non far emergere gli indici della crisi e ritardare l'accesso alle misure risolutive<sup>50</sup>.

Quanto precede implica la rilevanza, già più volte ricordata, dell'implementazione dei sistemi di controllo e dell'importanza della circolazione delle informazioni rilevanti per la gestione dell'attività d'impresa ma anche della necessità che ogni modalità organizzativa sia sempre aderente ed adeguata alle concrete esigenze aziendali parametriche sugli obiettivi imprenditoriali.

Attualmente le imprese sono soggette a plurime normative che impongono un approccio preventivo a varie categorie di rischi, il che prova che l'attività di *compliance*, che «fa riferimento a quelle attività preventive che le organizzazioni sono chiamate ad implementare per essere conformi alla normativa, agli *standards*, alle procedure interne ed ai codici organizzativi»<sup>51</sup> se può essere un'opportunità per le imprese, come nel caso dei MOG 231, in molti casi sta divenendo un obbligo, la cui osservanza è indotta, dal Legislatore, anche mediante la predisposizione di importanti benefici premiali.

L'autovalutazione del rischio viene presa in considerazione e disciplinata sia dal Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza (D. Lgs. 14/2019) sia dalle disposizioni del D. Lgs. 231/2001: entrambe le discipline fanno ricorso a metodi e strumenti che presentano molte affinità ed hanno in comune l'organizzazione dell'ente/impresa in chiave preventiva da cui discendono benefici premiali penali.

Viene quindi esaminata la rilevanza dell'obbligo organizzativo dell'attività imprenditoriale nella gestione della crisi d'impresa per evitare l'insolvenza, sancito dal CCII, mediante il confronto con la consolidata esperienza dei MOG previsti dall'art. 6 del D. Lgs. 231/2001.

Premesse alcune considerazioni sul rischio in chiave aziendalistica, sono vagliati sia i punti comuni fra le diverse discipline sia i benefici che un'adeguata valutazione del rischio insolvenza comporta per l'imprenditore.

Diverse sono, tuttavia, le conseguenze in tema di esonero da responsabilità: le misure premiali previste dal CCII si fondano su iniziative tempestive di parte mentre nella disciplina del D. Lgs. 231/2001 ha rilevanza solo la predisposizione di un efficace MOG, senza alcun ruolo dell'autodenuncia del soggetto responsabile.

Una prima analisi di alcuni aspetti problematici delle misure premiali, connessi in particolare alla specificità della liquidazione giudiziale, conclude l'esame delle novità in campo penale del nuovo

Codice, la cui entrata in vigore, già rinviata al giorno primo settembre 2021, è assai presumibilmente destinata a subire nuovi slittamenti, vista anche la nomina di una Commissione, con decreto ministeriale 22 aprile 2021, avente la funzione di valutare l'impatto della nuova normativa sulle

imprese italiane, duramente colpite dall'emergenza epidemiologica.

**Lorenzo Rutolo**

Avvocato del Foro di Roma.

<sup>1</sup> Vedi, per un approfondimento sul punto, F. GENNARI, *Modelli organizzativi dell'impresa e responsabilità degli amministratori di s.p.a. nella riforma della legge fallimentare*, in *Giur. Comm.*, fasc. n. 2/2020, 297 e ss..

<sup>2</sup> Per una completa illustrazione sul punto, vedi A. SACCO GINEVRI, *Il Gruppo bancario nella direttiva BRRD*, in AA.Vv., *La gestione delle crisi bancarie. Strumenti, processi, implicazioni nei rapporti con la clientela*, a cura di V. TROIANO – G.M. Uda, Padova, 2018, 309 e ss..

<sup>3</sup> Per un'esauritiva disamina in materia vedi M. LIBERTINI, *I principi fondamentali sull'organizzazione e sulla gestione delle società a controllo pubblico (art. 6 D. Lgs. 175/2016)*, in AA.Vv., *Le nuove società partecipate in house providing*, a cura di S. FORTUNATO – F. VESSIA, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, Milano, 2017, 45 e ss..

<sup>4</sup> Sul punto: E. GINEVRA – C. PRESCIANI, *Il dovere di istituire assetti adeguati ex art. 2086 c.c.*, in *Nuove leggi civ.*, fasc. n. 5, 2019, 1209 e ss..

<sup>5</sup> S. AMBROSINI, *Procedure di allerta e composizione assistita della crisi*, in *Diritto della crisi e dell'insolvenza*, a cura di S. PACCHI e S. AMBROSINI, Bologna, 2020, 66 e ss..

<sup>6</sup> Vd. Cass. Civ., Sez. I, 22 giugno 2017, n. 15470, con nota di E. MUGNAI – P. CELLINI, *Il criterio della "ragionevolezza" quale limite all'operatività della regola della business judgement rule*, in *Il Societario*, 06 febbraio 2018; più in generale vedi S. SISIA, *L'art. 375 CCII: gestione degli assetti organizzativi societari e business judgment rule alla luce di recenti pronunce giurisdizionali*, in *Il Fallimentarista*, 7 dicembre 2020.

<sup>7</sup> Lo studio di Confindustria pubblicato nell'anno 2017 segnalava che su un campione di 45 imprese di dimensioni medio-piccole solo 16 avevano adottato il Modello 231 «tutte le imprese di dimensioni maggiori (con oltre 250 dipendenti o con fatturato superiore a 250 milioni di euro) lo adottano; per quanto riguarda le imprese più piccole, tutte quelle con meno di 10 dipendenti sono prive di modello organizzativo e, tra quelle con meno di 2 milioni di euro di fatturato, ne è dotata solo una su sette (14%)», Confindustria, in *Indagine Modelli Organizzativi 231 e anticorruzione*, aprile 2017. Giova rammentare, tuttavia, come la logica preventiva, che dovrebbe caratterizzare il "sistema 231", proprio in forza della sua non obbligatorietà, non trova spesso applicazione, anche in ragione del non sempre ben valutato rapporto costi-benefici dell'adozione del MOG.

<sup>8</sup> Sul punto vedi D. QUARTO, *Il ruolo dei modelli di organizzazione e gestione nella prevenzione della crisi d'impresa, tra prevenzionismo ed obbligatorietà*; R. DE LUCA, *Prevenzione della crisi e compliance 231: binomio irrinunciabile per la governance d'impresa*, entrambi in *Giurisprudenza Penale WEB*, 2021, 1-bis, 304 e ss.

<sup>9</sup> Sul punto M. CIRIGLIANO, *Dal D. lgs. 231/2001 al GDPR (Regolamento UE 2016/679) attraversando il D. lgs. 81/2008: il modello di organizzazione gestione e controllo integrato, avanguardia di un progetto di attuazione normativa combinata, un'opportunità per le aziende da intuire e cogliere*, in *Giurisprudenza Penale WEB*, 2021, 1-bis, 236 e ss.

<sup>10</sup> L'art. 85 comma 10 D. Lgs. 50/2016 prevede l'istituzione presso l'ANAC del sistema del Rating di impresa e delle relative penalità e premialità, da applicarsi ai fini della qualificazione delle imprese e «l'ANAC definisce i requisiti reputazionali e i criteri di valutazione degli stessi, nonché le modalità di rilascio della relativa certificazione, mediante linee guida adottate entro tre mesi dalla data di entrata in vigore del presente codice».

<sup>11</sup> Per l'esame delle diverse forme di controllo interno, in specie quelli di merito, di correttezza gestionale e di legalità, vedi P. MONTALENTI, *Diritto dell'impresa in crisi, diritto societario concorsuale, diritto della crisi: appunti*, in *Giur. comm.*, fasc. 1/2018, 76 e, dello stesso Autore, *Modello 231 e organismo di vigilanza nel sistema dei controlli societari: un quadro d'insieme*, in *N. dir. soc.*, fasc. n. 2/2014, 8.

<sup>12</sup> in <https://www.revisionelegale.mef.gov.it>.

<sup>13</sup> All'interno di una società solitamente si distingue tra *organi*, quali – ad esempio – il Collegio Sindacale, l'OdV, Comitato Controllo e Rischi, e *funzioni* quali quelle di Internal Audit, Compliance, Risk Management, Pianificazione finanza e controllo.

<sup>14</sup> Sul ruolo centrale della circolazione delle informazioni fra organi di controllo ed amministrativi delle società vedi V. DE SENSI, *Lineamenti di governance della crisi: organi di controllo e circolazione delle informazioni*, in *Commento al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Quaderni di *In executivis*, n. 3/2019, 64 e ss.

<sup>15</sup> Va ricordato comunque che l'efficienza e l'adeguatezza di un MOG 231 dipendono dal suo costante e continuo aggiornamento, si tratta di un'operazione ciclica che potrebbe riassumersi secondo lo schema *plan – do – check – act*, meglio noto come c.d. *ciclo di Deming*, dal nome del suo ideatore William Edwards Deming. Vedi anche, sul punto, M. BRAMIERI – M. GARLASCHELLI – P. SANTORO, *Prevenzione reati nelle società, enti e P.A.*, Padova, 2018, 210.

- <sup>16</sup> Vedi M. DONINI, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, fasc. n. 2/2015, 236 e ss.
- <sup>17</sup> Sulla premialità vedi C. RUGA RIVA, *La premialità nell'ordinamento penale*, in *Saggi in ricordo di A. Tanzi*, 2009, 519 e ss.; L. PELLEGRINI, *Le misure premiali del Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza*, in *Sist. Pen.*, 7 luglio 2020.
- <sup>18</sup> Secondo C. PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, in *Dir. pen. proc.*, 4/2019, 536 e ss., la riforma si pone tuttavia come un regime speciale di *carrot and stick* tale, tuttavia, da "scompaginare" la coerenza originaria del sistema delineato dalla Decreto 231/2001.
- <sup>19</sup> Per le nozioni di *interesse o vantaggio*, vedi *ex plurimis* Cass. Pen., Sez. IV, 23.05.2018, n. 38363 e, più in generale, E. AMATI, *La responsabilità da reato degli enti*, Torino, 2007, 33 e ss.; A. PRESUTTI e A. BENASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti – Seconda Edizione*, Milano, 2018, 68 e ss.
- <sup>20</sup> In dottrina si è ampiamente dibattuto circa la natura del Modello, vedi in tal senso T. EPIDENDIO, *Art. 6*, in AA. Vv., *Responsabilità "penale" delle persone giuridiche*, a cura di A. GIARDA – G. SPANGHER – E.M. MANCUSO – G. VARRASO, Milano, 2007, 68. L'Autore precisa come la dottrina lo abbia qualificato, anche nel tentativo di delineare la colpa di organizzazione, in modo diverso a seconda dei casi: quale scusante, ovvero come una causa di esclusione della punibilità oppure, ancora, come elemento impeditivo dell'illecito dipendente da reato.
- <sup>21</sup> Si tratta dell'OdV, considerato come «il motore della struttura complessiva del MOG 231», vedi A. LIONZO, *Parte I - Il D. Lgs. 231/2001 e le disposizioni accessorie - profili aziendali*, in AA.Vv., *Compliance Responsabilità da Reato degli Enti Collettivi*, a cura di C. CATRONUOVO – G. DE SIMONE – E. GINEVRA – A. LIONZO – D. NEGRI – G. VARRASO, Milano, 2019, 324.
- <sup>22</sup> Per un'approfondita disamina sul concetto di "elusione fraudolenta" di cui all'art. 6, comma 1, lett. c), vedi N. PISANI, *Struttura dell'illecito e criteri di imputazione*, in AA. Vv., *La responsabilità da reato degli enti*, a cura di A. D'AVIRRO – A. DI AMATO, Padova, 2009, 166 e ss; vedi anche P. MAGRI e M. DE PAOLIS, *Modelli di organizzazione ed esenzione di responsabilità: aspetti pratici ed operativi*, in AA. Vv., *Diritto penale delle società*, a cura di G. CANZIO, L.D. CERQUA, L. LUPARIA, Padova, 2016, 883 e ss. In giurisprudenza, vedi Cass. Pen., Sez. V, 30.01.2013, n. 4677, noto come "il caso Impregilo".
- <sup>23</sup> Vedi in tal senso M. SCOLETTA, *Parte I - Il D. Lgs. 231/2001 e le disposizioni accessorie - profili penali*, in AA.Vv., *op. cit.*, a cura di C. CATRONUOVO – G. DE SIMONE – E. GINEVRA – A. LIONZO – D. NEGRI – G. VARRASO, Milano, 2019, 147.
- <sup>24</sup> Il fondamento della responsabilità dell'ente si rinviene in quella che viene definita "colpa di organizzazione" che, in buona sostanza, è il criterio delineato per imputare il fatto di reato alla persona giuridica, rispettando al contempo i principi costituzionali. Per un approfondimento: C.E. PALIERO e C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *La Responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 3/2006, 169 e ss; più recente, F. D'ARCANGELO, *Il criterio di imputazione sul piano soggettivo*, in *Il sistema della responsabilità da reato dell'ente*, a cura di T. EPIDENDIO – A. BASSI – F. D'ARCANGELO, Milano, 2020, 155 e ss. In giurisprudenza si veda, su tutti, Cass. Pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343
- <sup>25</sup> Vedi C. SANTORIELLO, *La valutazione giudiziale del modello. Un esempio di come legge e cosa cerca il pubblico ministero nei modelli organizzativi*, in *Rivista 231*, fasc. n. 2/2019, 195.
- <sup>26</sup> Vedi sul punto V. MONGILLO, *Il giudizio di idoneità del Modello Organizzativo ex d.lgs. 231/2001: l'incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione*, in *La Responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2/2011, 70 e ss.
- <sup>27</sup> Per una disamina, vedi S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1-2/2017, 60 e ss. L'autore precisa come tale logica a scalare si riscontri anche nell'applicazione delle misure cautelari, così, ad esempio, l'art. 49 del Decreto.
- <sup>28</sup> Un ulteriore beneficio, giova ricordarlo, previsto nel caso di adozione del modello *post delictum*, è quello di cui dall'art. 78 del Decreto, dove è individuata la possibilità di convertire la sanzione interdittiva, comminata con la sentenza di condanna, in sanzione pecuniaria.
- <sup>29</sup> Vedi Cass. Pen., Sez. III, 09.02.2016, n. 11209 con nota di G. VARRASO, *Un utile "approfondimento" della Suprema Corte in tema di misure cautelari interdittive e condotte riparatorie nel D. Lgs. 231/2001*, in *Cass. pen.*, 9/2016, 3393, l'Autore ritiene – analizzando il caso specifico – come anche il modello adottato *ex post* svolga una funzione preventiva, al pari di quello adottato *ante factum*, sussistendo «una identità strutturale tra gli stessi».
- <sup>30</sup> Per completezza espositiva si rende opportuno precisare che si è preferita un'interpretazione estensiva del disposto previsto dall'art. 4, lett. h) della Legge Delega, intendendosi la locuzione "altri reati" come inclusiva anche dei reati più gravi di bancarotta fraudolenta, in questo modo si è ridotta l'area di ciò che è penalmente rilevante; in tal senso vedi *Relazione Illustrativa* alla Legge Delega 19 ottobre 2017, n. 155, 48.
- <sup>31</sup> Vedi S. CAVALLINI, *Il diritto della crisi e il codice "dimezzato": nuovi assetti di tutela per il sistema penale dell'insolvenza?*, in *Dir. pen. proc.*, fasc. n. 10/2019, 1335.
- <sup>32</sup> Vedi artt. 3 e ss. del Decreto n. 14 del 2019.
- <sup>33</sup> Vedi E. TERRIZZI, *Adeguatezza degli assetti organizzativi per la gestione della crisi d'impresa*, in *Le Soc.*, fasc. n. 3/2020, 283.
- <sup>34</sup> Per un quadro completo delle misure premiali, anche patrimoniali, accordate all'imprenditore vedi L. GAMBI, *Le misure premiali nel Codice della Crisi*, in *Il Fallimentarista*, 12 luglio 2019.

- <sup>35</sup> Per una ricognizione generale del ruolo del CCII in campo penale: F. DI VIZIO, *Codice della Crisi d'impresa: tra novità e ricadute penali*, in *Leggi d'Italia*, 13 marzo 2019. Sulla natura dell'esimente vedi anche L. PELLEGRINI, *op.cit.*, 75 e ss.
- <sup>36</sup> L'alternatività tra i due presupposti (istanza – domanda) per accedere alle *misure premiali* è determinata non solo dal fatto che la disciplina degli strumenti di allerta di cui agli artt. 14 – 15 non trova applicazione in relazione a tutte le imprese (art. 12 commi 4 e 5), per le quali dunque la premialità è determinata dalla domanda di accesso alle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza disciplinate dal Codice ma anche dalla sussistenza di un ampio ventaglio di possibilità per la gestione della fase critica, anche giudiziale.
- <sup>37</sup> Nello specifico l'art. 24 prevede che i termini inizino a decorrere da quando si verifica “a) l'esistenza di debiti per retribuzioni scaduti da almeno sessanta giorni per un ammontare pari ad oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni; b) l'esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno centoventi giorni per un ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti; c) il superamento, nell'ultimo bilancio approvato, o comunque per oltre tre mesi, degli indici elaborati ai sensi dell'articolo 13 commi 2 e 3”.
- <sup>38</sup> Vedi, in questo senso, C. SANTORIELLO, *Le disposizioni penali nel Codice della crisi*, in *Il Fallimentarista*, 20 febbraio 2019, secondo l'Autore tale difficoltà si tramuterà, di fatto, in una scarsa applicazione dell'esimente; D.M. SCHIRÒ, *La premialità nel diritto penale della crisi di impresa e dell'insolvenza: primi nodi interpretativi*, in *Arch. pen.*, fasc. n. 2/2019, 3 e ss..
- <sup>39</sup> Sulla declinazione più recente, anche giurisprudenziale, della nozione di insolvenza si richiama M. MONTELEONE, *L'incidenza del diritto emergenziale sullo stato di crisi e di insolvenza: la dirimente “insolvenza reversibile”*, in AA. Vv., *Crisi di Impresa ed emergenza sanitaria*, a cura di S. PACCHI – S. AMBROSINI, Bologna, 2020, 144.
- <sup>40</sup> Sul punto vedi S. AMBROSINI, *Procedure di allerta e composizione assistita della crisi*, in *op. cit.*, a cura di S. PACCHI e S. AMBROSINI, Bologna, 2020, 69 e ss.
- <sup>41</sup> Vedi N. MAZZACUVA – E. AMATI, *Diritto penale dell'economia*, Padova, 2020, 321.
- <sup>42</sup> Cfr. *ex plurimis* Cass. Pen., Sez. I, 10 ottobre 2000, n. 12087 e più recentemente Cass. Pen., Sez. V, 01 aprile 2019, n. 19981.
- <sup>43</sup> Cfr. Cass. Pen., Sez. V, 09 aprile 2003, n. 21353 e Cass. Pen., Sez. V, 02 marzo 2015, n. 17351.
- <sup>44</sup> Vedi, per un approfondimento in argomento, M. GAMBARDELLA, *Il codice della crisi di impresa: nei delitti di bancarotta la liquidazione giudiziale prende il posto del fallimento*, in *Cass. pen.*, fasc. n. 2/2019, 502 e ss. L'Autore ritiene che una spiegazione sia desumibile dalla Relazione Illustrativa alla Legge Delega 19 ottobre 2017, n. 155, ove si (ri)costruiscono i reati di bancarotta fraudolenta secondo lo schema dei reati di evento, benché forse sarebbe stato più opportuno, per evitare l'insorgere di dubbi, utilizzare il generale termine “offesa”.
- <sup>45</sup> Vedi R. ALAGNA, *La nuova causa di non punibilità dei reati fallimentari e la correlata ipotesi attenuante*, in AA. Vv., *Diritto penale dell'economia, Tomo II*, a cura di A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA, Torino, 2019, 2735.
- <sup>46</sup> Vedi F. MUCCIARELLI, *Risvolti penalistici del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: lineamenti generali*, in *Dir. pen. proc.*, fasc. n. 9/2019, 1197.
- <sup>47</sup> P. CHIARAVIGLIO, *Osservazioni penalistiche ‘a prima lettura’ sul progetto di codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. n. 5/2018, 98 e ss.; in senso adesivo L. PELLEGRINI, *op.cit.*
- <sup>48</sup> Vedi, sul punto, F. DI VIZIO, *op.cit.*
- <sup>49</sup> Per una casistica completa dei nuovi rischi da reato derivanti dalla legislazione anche emergenziale si veda *Deloitte Legal – Coronavirus Legal Tips*, in <https://www.deloitte.com>, 24 aprile 2020.
- <sup>50</sup> Si richiama l'analisi di E. PERUSIA – C. SANTORIELLO, *La valutazione dell'idoneità del modello organizzativo alla luce delle innovazioni in tema di crisi di impresa*, in *Rivista 231*, 3/2019, 26 e ss.
- <sup>51</sup> XX *International Congress of Penal Law 2019 - “Criminal Justice and Corporate Business”*, Roma 13 - 16 Novembre 2019, evento organizzato dall'Associazione Internazionale di Diritto Penale (A.I.D.P.).

## Il necessario rinvio dell'entrata in vigore del Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza: verso una riforma organica che non può tralasciare i reati fallimentari, la normativa regolamentare del credito e l'istituto dell'Amministrazione Straordinaria.

di **L. Faustini, C. Ferriani e C. A. Giovanardi**

L'obiettivo di valorizzare la continuità dell'impresa nell'interesse di tutti gli stakeholders presuppone la capacità di guardare alla crisi in prospettiva aziendalista prima che legale. Il dibattito in corso sul Codice della Crisi di Impresa, i cui continui rinvii e proposte di emendamento provano la consapevolezza della sua inidoneità a costituire riforma organica della materia, è occasione per mantenere viva l'attenzione su diverse tematiche, sia di ordine generale, sia puntuali, delle quali si propone una lettura critica, accompagnata da alcune proposte riferite agli istituti su cui fa perno il Codice della Crisi di Impresa, con l'auspicio di un intervento normativo sistematico e coordinato che metta realmente la funzione legale e giurisdizionale al servizio della cultura ed esperienza aziendalista.

**Sommario.** 1. Premessa. – 2. Principali criticità. Considerazioni di ordine generale. – 2.1. Procedure di allerta e di composizione assistita della crisi d'impresa. – 2.1.1. Criticità. – 2.1.2. Conseguenze. – 2.2. Concordato preventivo. – 2.2.1. Criticità. – 2.2.2. Conseguenze. – 3. Considerazioni conclusive in merito alle principali carenze. – 3.1. La riforma dei privilegi. – 3.2. La procedura di amministrazione straordinaria. – 3.3. La riforma dei “reati fallimentari”.

### 1. Premessa.

Prima di entrare nel merito di alcune tra le principali criticità del Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza (il “Codice”), è opportuno svolgere alcune considerazioni dalle quali riteniamo non si possa prescindere nella legittima aspettativa di un impianto normativo coerente con l'intendimento di protezione del valore dell'impresa in crisi (potenzialmente reversibile), nell'interesse dei creditori, del livello occupazionale e di tutti gli *stakeholder*.

La normativa, destinata alla prevalente applicazione sulla piccola e media impresa (che rappresenta la parte più significativa del tessuto imprenditoriale italiano), non può ignorare la struttura patrimoniale di un sistema economico che ha risentito (i) di una spinta verso la finanziarizzazione, validata da principi contabili, la cui adozione apre (a dismisura) la forbice tra valori in continuità e valori di liquidazione, e (ii) dello snellimento delle strutture organizzative, indotto da misuratori premianti il contenimento dei costi e dall'attitudine di una larga fascia dell'imprenditoria domestica ad affidarsi al proprio intuito più che a strumenti di controllo di gestione. A ciò si aggiunge il fisiologico tempo di

metabolizzazione della necessità di un'adeguata implementazione della disciplina degli assetti interni. In antitesi con il *favor* per le soluzioni negoziali, caratteristico delle modifiche introdotte tra il 2005 ed il 2012 nel R.D. 267/1942 (la “Legge Fallimentare”)<sup>1</sup>, l'impianto generale del Codice è caratterizzato da un ‘ritorno’ alla sfiducia (già leggibile nella prima *controriforma* del 2015). Ne è prova concreta la spinta verso soluzioni sottoposte alla prevalente gestione degli organi giurisdizionali diretti (Tribunali) o indiretti (commissari, curatori e ausiliari). Ciò determina un inevitabile irrigidimento degli strumenti di soluzione della crisi, sia sull'asse temporale, sia sul piano dei contenuti, con una prevedibile significativa riduzione delle concrete probabilità di superamento della crisi, senza che siano stati previsti e introdotti strumenti di maggiore efficacia nella tutela dell'impresa e/o del credito nel contesto giudiziale.

Il Codice ignora che la crisi sia una ‘questione’ che tocca gli aziendalisti prima dei giuristi ed è largamente improntato a una gestione difficilmente compatibile con le esigenze derivanti dalle problematiche concrete delle aziende in difficoltà. Esso non presenta flessibilità e non propone strumenti adeguati (o competitivi) di gestione (e di

temporanea agevolazione) del processo di risanamento. Obbliga gli imprenditori ad adire prima (nel c.d. *early stage*) gli organismi di composizione della crisi (che, così come previsti, appaiono significativamente inadeguati<sup>2</sup> agli obiettivi che originariamente si intendevano perseguire) e poi a doversi confrontare con la accresciuta rigidità che caratterizza le procedure concorsuali giudiziarie in senso stretto. Non considera inoltre le incognite derivanti dall'applicazione di talune previsioni specifiche che rappresentano, sotto ogni profilo, un passo indietro rispetto agli obiettivi di modernizzazione in chiave aziendalista degli strumenti di gestione e superamento della crisi (basti dire del vaglio giudiziale di "*fattibilità economica*" del concordato<sup>3</sup>).

Il Codice, nella versione attuale, non offre alcuno strumento per una effettiva e concreta capacità di rilevazione anticipata delle situazioni di crisi, che, ove incoraggiata su basi di effettiva e funzionale valorizzazione degli strumenti di rilevazione preventiva, costituirebbe un significativo elemento di miglioramento della qualità del tessuto imprenditoriale italiano e del 'sistema' economico giuridico nel suo complesso, agevolando (e premiando) l'introduzione di sistemi di pianificazione, di monitoraggio interno e di controllo di gestione – attualmente circoscritti all'art. 2086 cod. civ.. Tali strumenti favorirebbero un miglioramento tecnico generale e, in ultima analisi, parrebbero gli unici, ove correttamente implementati, in grado di esprimere, con una reale portata anticipatoria, elementi di allerta e di attenzione specifici.

Nonostante i vari tentativi di renderli efficienti, i c.d. indicatori della 'crisi', così come previsti, sembrano fortemente inadeguati. Da un lato, essi rappresentano situazioni che danno evidenza della conclamata sussistenza dello stato di crisi (e non costituiscono elementi di 'allerta' preventiva). Dall'altro, sembrano intrinsecamente inappropriati, posto che tendono a rendere omogenei elementi di merito che non colgono le peculiarità delle singole imprese, delle relative strutture patrimoniali e della varianza delle caratteristiche del ciclo economico finanziario delle imprese<sup>4</sup>. L'impianto oggi prospettato paventa il rischio dell'applicazione di "*indicatori*" standardizzati, asettici e teorici, incapaci di cogliere le caratteristiche dell'azienda e della tipologia di attività, rimandando la definizione della

fase di crisi non a un'anamnesi puntuale e 'personalizzata' dell'azienda, ma a *trigger* generici e potenzialmente fuorvianti e comunque tutt'altro che anticipatori. Non solo. Sono stati elaborati degli studi che, simulando l'applicazione delle misure di allerta e delle c.d. segnalazioni (tanto più nel contesto degli effetti della pandemia in corso), dimostrano che la maggioranza del tessuto produttivo nazionale finirebbe per essere interessato dall'applicazione delle norme del Codice, con conseguenze che è difficile stimare in misura puntuale, ma che certamente determinerebbero effetti rilevanti per tutto il sistema economico italiano. E ciò è vero, addirittura, già prima di considerare gli effetti procurati sui risultati delle aziende dalla pandemia da Covid-19.

Il principio di privatizzazione e la prospettiva aziendalistica della gestione della crisi andrebbero rafforzati, non indeboliti, consegnando alla funzione giurisdizionale soltanto i casi particolarmente problematici e caratterizzati da profili effettivamente patologici. Ciò richiede una radicale inversione di prospettiva rispetto al Codice, restituendo alle competenze aziendaliste tematiche che pare opportuno assurgano a rilevanza giudiziale solo ai fini della protezione o nel caso di degenerazione.

Altro profilo di rilevanza cruciale è rappresentato dalla circostanza che il Codice è stato elaborato senza tenere in alcuna considerazione l'esigenza sistematica di coordinamento con la recente normativa bancaria, imposta a tutti gli Istituti di credito dalle autorità di vigilanza italiana (Banca d'Italia) e europea (Banca Centrale Europea), in materia di crediti verso imprese in crisi (UTP e *Forborne*) e di misure di 'allerta'<sup>5</sup>.

La data di entrata in vigore del Codice è ormai prossima e occorre interrogarsi sul rischio, tutt'altro che improbabile, di trovarsi al cospetto di un insuccesso, con effetti non controllabili sul tessuto imprenditoriale italiano, per evitare il quale sarebbe opportuno approntare una normativa del diritto concorsuale attuale, in grado cioè di cogliere la dinamicità dell'impresa e degli strumenti di cui necessita per fronteggiare in modo efficiente una possibile fase di crisi, che comprenda, sin da subito, oltre che l'esigenza di coordinamento con la normativa creditizia, la riforma dei reati fallimentari e, auspicabilmente, dell'Amministrazione Straordinaria.

## 2. Principali criticità. Considerazioni di ordine generale.

Tra le numerose criticità della riforma della materia fallimentare, la presente nota analizza, seppure in forma sintetica, i possibili effetti dell'entrata in vigore del Codice (anche sul piano delle conseguenze che potrebbero determinarsi nei confronti del settore bancario e dei possibili riflessi sull'economia del Paese), con riferimento alle due principali innovazioni problematiche relative (i) agli strumenti di 'prevenzione e tempestiva risoluzione della crisi d'impresa' e (ii) all'istituto giuridico del 'concordato preventivo'.

### 2.1. Procedure di allerta e di composizione assistita della crisi d'impresa.

Nell'intento di sollecitare l'emersione della crisi d'impresa e la tempestiva adozione di misure per la sua composizione, il Codice prevede precisi obblighi di segnalazione all'OCRI a carico di più soggetti (sindaci, società di revisione, Agenzia delle Entrate, INPS, Ente di Riscossione) e impone l'avvio di un percorso di risoluzione della crisi procedimentalizzato, la cui gestione è rimessa all'OCRI (da istituirsi presso le camere di commercio), e che prevede tempistiche estremamente ristrette per le attività e le analisi che devono essere svolte.

#### 2.1.1. Criticità.

Imperniare la gestione della crisi sugli OCRI, organismi ancora da costituire e strutturare, di cui non è affatto certo il grado di competenza e specializzazione, con l'aspettativa di capacità taumaturgiche nel rispetto delle tempistiche previste dal Codice, è garanzia di insuccesso su larga scala dei tentativi di tempestiva composizione della crisi, con conseguente sbocco in procedure concorsuali in senso stretto (di natura concordataria o liquidatoria), in un prevedibile contesto di ulteriore deterioramento dell'attività caratteristica.

#### 2.1.2. Conseguenze.

Un percorso pressoché obbligato e certamente inadeguato alle esigenze di risanamento è idoneo a compromettere irrimediabilmente le possibilità di accesso al credito durante la fase di gestione della crisi presso l'OCRI, in considerazione del peggioramento, anche soltanto prospettico, del merito creditizio, con effetti diretti sulla possibilità di definire in concreto una soluzione positiva della crisi,

e conseguenze specifiche sulla (obbligatoria) valutazione della qualità di tutti i crediti erogati:

- a ridosso dell'avvio della procedura di composizione della crisi (o durante il suo svolgimento); e
- successivamente all'avvio della procedura di composizione della crisi,

in un contesto che presenta rilevanti profili di criticità (sul piano operativo e sul versante delle responsabilità)<sup>6</sup>, avuto riguardo ai periodi di esercizio dell'azione revocatoria<sup>7</sup> e all'incertezza complessiva sulla portata delle regole di sana e prudente gestione (del credito).

### 2.2. Concordato preventivo.

Nel Codice permane lo strumento del concordato preventivo (nelle due declinazioni del concordato liquidatorio e del concordato con continuità aziendale), che è stato tuttavia integrato con specifiche qualificazioni idonee a depotenziarne – ulteriormente – l'utilizzo (con conseguente incremento delle soluzioni di liquidazione giudiziale che, statisticamente, offrono sempre gradi di *recovery* molto penalizzanti):

- (i) per il concordato con continuità aziendale, sono previste indicazioni relative al numero di lavoratori, che devono essere, per i primi due anni, pari ad almeno la metà di quelli in essere nei due esercizi anteriori al deposito del ricorso (Art. 84, comma 3, Codice)<sup>8</sup>;
  - (ii) per l'accesso al concordato liquidatorio, ferma la necessità di soddisfare i creditori chirografari in misura pari ad almeno il 20%, viene altresì chiesto l'apporto di risorse esterne, in misura sufficiente da incrementare di almeno il 10% il soddisfacimento di tali creditori, rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale (Art. 84, comma 4, Codice);
  - (iii) viene attribuito al Tribunale il vaglio sulla 'fattibilità economica' del concordato preventivo in sede sia di ammissione sia di omologazione (Artt. 47, comma 1, e 48, comma 3, Codice);
- e ancora
- (iv) persiste un sistema di votazione punitivo che presume contrari tutti i voti non espressi.

#### 2.2.1. Criticità.

L'introduzione di presupposti uniformi – sordi alla varianza delle fattispecie concrete, delle realtà d'impresa e delle cause di crisi (criterio di prevalenza,

numero minimo dipendenti da mantenere ovvero percentuali minime di soddisfo per i creditori chirografari e ulteriore apporto necessario) – nonché del giudizio di ‘fattibilità economica’ da parte del Tribunale<sup>9</sup> costituisce un obiettivo e acritico limite all’utilizzabilità dello strumento, con conseguente incremento delle liquidazioni giudiziali (art. 121 e ss., Codice).

### 2.2.2. Conseguenze.

Tra i probabili effetti del mantenimento dell’assetto attualmente previsto dal Codice, si segnalano:

- (i) la perdita di *chance* di soluzioni concordatarie in continuità o liquidatorie;
- (ii) l’interruzione nell’erogazione del credito durante la fase precedente all’accesso della procedura concordataria, nonché la fase della procedura in senso stretto, con conseguenze dirette sulla concreta possibilità di definire una proposta concordataria che possa essere ammessa dal Tribunale, con effetti sulla valutazione dei crediti erogati a ridosso dell’avvio della gestione, e, più in generale, dei crediti vantati verso il debitore;
- (iii) la classificazione (prima) come *unlikely to pay* (UTP) (e poi come *non performing loan* (NPL)) di tutti i crediti maturati verso l’impresa in procedura, con effetti diretti sull’incremento degli accantonamenti e sui *ratio* patrimoniali delle Banche, le quali dovranno inevitabilmente valutare di adottare strategie specifiche di contrasto del rischio creditizio e di rafforzamento, con tutte le conseguenze che ciò può determinare in un contesto imprenditoriale fortemente dipendente dall’accesso al credito bancario.

### 3. Considerazioni conclusive in merito alle principali carenze.

In aggiunta alle carenze di carattere generale segnalate limitatamente alle ‘procedure di allerta’ e al “concordato preventivo”, il Codice (e la Legge Delega che lo ha preceduto) non ha regolato taluni profili che, in una riforma organica e auspicabilmente moderna del comparto fallimentare, devono essere oggetto di regolazione specifica – non più rinviabile, se non a rischio di gravi ripercussioni sulla certezza del diritto, che gli imprenditori e, più in generale, gli investitori ricercano e valutano in prospettiva – in quanto parte integrante del sistema concorsuale complessivamente considerato.

#### 3.1. La riforma dei privilegi.

Ai sensi dell’articolo 10 della Legge Delega, il Governo, nell’esercizio della delega ricevuta, avrebbe dovuto procedere al “riordino e alla revisione del sistema dei privilegi, principalmente con l’obiettivo di ridurre le ipotesi di privilegio generale e speciale, con particolare riguardo ai privilegi retentivi, eliminando quelle non più attuali rispetto al tempo in cui sono state introdotte e adeguando in conformità l’ordine delle cause legittime di prelazione”. Tale riordino (più che mai necessario) non è stato regolato nel Codice.

#### 3.2. La procedura di amministrazione straordinaria.

In considerazione dell’esigenza di ridurre le incertezze interpretative e applicative derivanti dai numerosi rinvii alla vigente Legge Fallimentare contenuti nel Decreto Prodi-*bis*, sarebbe stato opportuno (prima che necessario) che la procedura di amministrazione straordinaria venisse disciplinata dal Codice<sup>10</sup>, come era originariamente previsto in una delle versioni finali dello schema di Legge Delega, proprio per rendere omogenea la riforma di tutte le procedure concorsuali, anche al fine di risolvere, quanto all’amministrazione straordinaria c.d. speciale, le problematiche connesse al non sempre agevole coordinamento delle previsioni contenute nella Legge Marzano con quelle di cui al predetto Decreto Prodi-*bis*.

Nel merito, in considerazione degli effettivi risultati – in termini di reale risanamento – espressi dall’istituto dell’amministrazione straordinaria, non possono che trarsi valutazioni deludenti sull’efficienza di tale procedura<sup>11</sup>, che dovrebbero imporre urgenti e approfondite riflessioni sulle sue prospettive future. Nel contesto di una riforma organica del diritto concorsuale – avuto riguardo a tutte le (mini) riforme intervenute sulla Legge Fallimentare e la loro tendenza a valorizzare le soluzioni alternative rispetto alla liquidazione fallimentare (ora “liquidazione giudiziale”) – si potrebbe ricorrere alla ordinaria procedura di concordato preventivo in continuità aziendale (indiretta), anche per regolare le crisi disciplinate dalla attuale amministrazione straordinaria, soprattutto per quei casi, sino a oggi prevalenti, in cui il risanamento si fonda(va), sin dall’inizio della crisi, sulla cessione dei complessi aziendali. L’istituto del concordato preventivo in continuità aziendale sembra consentire l’utilizzo di

tutti gli strumenti per garantire una soluzione della crisi che sia anche concordata con i principali *stakeholder* (ossia l'imprenditore, i creditori, le parti sociali potenziali investitori di *equity*).

In tale prospettiva, l'istituto dell'amministrazione straordinaria, secondo una prospettazione aziendalistica volta "unicamente" alla salvaguardia e al ripristino del *going concern*, potrebbe essere circoscritto alla grande impresa, rivedendo i requisiti dimensionali per l'accesso alla procedura, che solo in questi casi (eccezionali e residuali) sembrerebbe esprimere un valido rationale di coesistenza (in modo armonico e sistematico) con le altre procedure concorsuali, tanto più nel contesto attuale di congiuntura negativa in conseguenza del diffondersi della pandemia.

### 3.3. La riforma dei "reati fallimentari".

L'esigenza della riforma dei reati in materia d'insolvenza è sempre più pressante, posto che le fattispecie sono invariate da quelle configurate nel 1942, in un contesto storico, sociale ed economico radicalmente diverso da quello attuale.

Tale esigenza diviene ulteriormente improcrastinabile per il profondo divario fra disciplina civilistica, fortemente improntata alla conservazione dei valori produttivi e al risanamento delle imprese in difficoltà, e disciplina penalistica, attualmente caratterizzata – secondo lo schema della legge del 1942 – da un approccio orientato alla tutela del patrimonio dell'impresa in funzione di garanzia del ceto creditorio, assetto normativo che necessariamente orienta l'interpretazione e l'applicazione delle norme incriminatrici, in contraddizione con l'attuale dimensione patrimoniale delle imprese.

In tale prospettiva, la struttura intrinseca delle fattispecie d'incriminazione dovrebbe essere sottoposta a una rimediazione profonda per giungere a una nuova formulazione delle figure di reato, che sia in grado di cogliere le condotte effettivamente offensive<sup>12</sup>, se s'intende realmente discernere il rischio d'impresa dall'economia criminale, con l'obiettivo di intercettare quest'ultima senza che essa risulti annegata nella generica riconducibilità astratta di ogni tipo di crisi a fattispecie di reato a maglie larghe.

A tale riguardo, basti pensare – in via esemplificativa – che la punibilità della condotta di bancarotta per distrazione non è subordinata alla condizione che la

condotta vietata sia causa o concausa del dissesto, posto che, una volta intervenuta la declaratoria di insolvenza, i fatti di distrazione assumono rilevanza penale in qualsiasi tempo siano stati commessi e, pertanto, anche in epoca in cui l'impresa non si trovava in condizioni di crisi o insolvenza. Sarebbe invece più equo che la norma prevedesse il nesso causale tra condotta illecita e fallimento.

I meccanismi di segnalazione e la disciplina inerente alla fase della gestione della crisi rischiano di determinare conseguenze negative sul versante penale nelle ipotesi nelle quali l'impresa, invece che uscire dalla crisi, venga posta in liquidazione giudiziale.

L'obiettivo delicatezza della materia richiede una profonda e meditata revisione dei presidi dell'art. 324 del Codice (*Esenzione dai reati di bancarotta*), fissandone in modo preciso le condizioni di operatività e valutando altresì l'opportunità di una eventuale estensione a ulteriori fattispecie.

Quanto alla sfera di concreta applicazione delle "misure premiali", previste (sul versante penale) dall'art. 25, co. 2, del Codice, è presumibile che la stessa si presenti particolarmente limitata, in ragione della esiguità delle soglie quantitative alle quali le stesse sono subordinate. Una rimodulazione di tali soglie, ovvero una diversa configurazione di dette misure non potrà però non tenere conto della particolare criticità dell'impiego in materia penale di meccanismi di premialità (che, se mal calibrati, possono trasformarsi in disposizioni criminogene).

L'attuale struttura dei reati fallimentari si pone poi in contrasto con i tempi, perché riferita a un contesto economico, quello degli anni Quaranta, drasticamente mutato e diverso da quello attuale.

È necessario che le nuove fattispecie incriminatrici siano orientate a una netta distinzione tra la necessità di punire l'imprenditore disonesto e quella di salvaguardare l'impresa come valore per la collettività, abbandonando l'arcaica concezione liquidatoria dell'impresa in crisi che, purtroppo, caratterizza l'attuale formulazione dei reati fallimentari. Occorre, in altri termini, un diritto penale fallimentare che privilegi l'azione recuperatoria dell'impresa.

Gli stessi principi dovrebbero trovare accoglimento con la necessaria eliminazione delle modifiche introdotte dal 2° comma dell'art. 378 del Codice, che ha stabilito una responsabilità risarcitoria presuntiva a contenuto fortemente sanzionatorio, in

contraddizione con gli arresti della giurisprudenza di legittimità, consolidatisi su criteri coerenti con l'evoluzione del sistema economico finanziario, basati su precisi fattori di effettività e sulla rilevanza dei nessi causali.

**Luca Faustini**

Avvocato del Foro di Milano

**Corrado Ferriani**

Commercialista e Revisore contabile

**Carlo Alberto Giovanardi**

Avvocato del Foro di Milano

<sup>1</sup> Le modifiche della Legge Fallimentare degli ultimi dieci anni sono tutte caratterizzate da una particolare predilezione per l'introduzione di strumenti volti a favorire il mantenimento della 'continuità aziendale' nell'interesse di tutti i principali *stakeholder* (dipendenti, fornitori, creditori e azionisti), ferma restando la prevalenza dei casi di successo di 'salvataggi' raggiunti attraverso percorsi negoziali estranei alle procedure concorsuali in senso stretto.

<sup>2</sup> Si consideri che, normalmente, le analisi richieste per l'individuazione degli strumenti adeguati di gestione (e superamento) della crisi presuppongono specifiche competenze tecniche di natura industriale, finanziaria, fiscale, legale, che vanno coniugate con una virtuosa gestione di tutta la fase negoziale con i creditori, senza la quale è ragionevole prevedere significative criticità nella finalizzazione ed implementazione dei processi di risanamento.

<sup>3</sup> L'attribuzione al Tribunale del potere di valutare la fattibilità del piano di concordato preventivo, anche in termini economici, sposta le procedure di regolazione della crisi verso sistemi che tendono a rimettere all'organo giurisdizionale prerogative di merito, dopo anni di metabolizzazione del processo di posizionamento del baricentro per correttamente allocare tale valutazione in capo ai creditori. Tale scelta, da sola, è idonea a ulteriormente affievolire il profilo (più volte emerso nel corso delle riforme di questi anni) anche privatistico di tali procedure, che dovrebbe mantenere la valutazione della 'fattibilità' e della 'convenienza' economica della proposta in capo al creditore.

<sup>4</sup> Va sottolineato in proposito che, dopo la crisi finanziaria del 2008, gran parte delle aziende e, in particolare, le Banche hanno sviluppato dei sistemi organizzativi di monitoraggio della propria attività nei confronti dei terzi che consentono, con un buon grado di prevenzione, di individuare degli indici preventivi della possibile crisi e, ove correttamente applicati, di consentire una fase di gestione preventiva idonea a evitare situazioni problematiche in presenza di un comportamento trasparente e improntato ai principi di correttezza e buona fede.

<sup>5</sup> Si osservi che i dati e le informazioni idonee a sollecitare un intervento conseguente alla rilevazione tempestiva della crisi ai sensi del Codice non coincidono con quelli che le singole banche sono tenute a elaborare (i c.d. "*early warnings indicator*", tra i quali rientrano, ad esempio, i dati ricavati dalla Centrale Rischi, il numero di giorni degli scaduti e di mesi di utilizzo degli scoperti o, ancora, il calo del fatturato), su indicazione della Banca Centrale Europea, nello svolgimento delle proprie attività di monitoraggio dei debitori. Un simile disallineamento condurrà le banche a dovere "*incrociare*" le predette tipologie di parametri, che potranno non coincidere. Dalla prospettiva dell'Istituto di credito, si avranno, infatti: (a) imprese che si trovano in condizioni tali da attivare gli "*early warnings indicator*" rilevanti per l'Istituto di credito, ma per le quali non sussiste l'obbligo di avviare alcuna procedura dinanzi agli organismi di composizione della crisi; (b) imprese che hanno già avviato la procedura dinanzi agli organismi di composizione della crisi, ma che non si trovano in condizioni tali da attivare gli "*early warnings indicator*"; (c) imprese che si trovano in condizioni tali da attivare sia gli "*early warnings indicator*" sia la procedura dinanzi agli organismi di composizione della crisi.

<sup>6</sup> Si segnala in proposito il difficile coordinamento del 3° comma dell'art. 12 del Codice (che prevede che "*l'attivazione della procedura di allerta (...), nonché la presentazione dell'istanza di composizione assistita della crisi*" presso l'OCRI non costituisce "*causa di revoca (...)* degli affidamenti bancari") con la cogente normativa vigente di vigilanza europea e italiana finalizzata ad una tutela sempre più stringente in materia creditizia. Fermo quanto già segnalato in ordine al mancato coordinamento tra gli "*early warning indicator*" elaborati dal sistema bancario e gli indici di allerta previsti nel Codice, l'elevata incertezza e probabilità di insuccesso delle procedure di composizione della crisi, unitamente alla previsione di requisiti stringenti per l'accesso al concordato preventivo (tra cui il 'giudizio di fattibilità economica' da parte del Tribunale) potrebbero determinare: (i) possibili criticità della gestione del credito (con effetti diretti sulla possibilità di definire in concreto una soluzione positiva della crisi), con incremento del rischio, oltre che di perdita economica, di responsabilità correlate a tutte le problematiche di natura penale conseguenti anche alla possibile riconducibilità delle erogazioni di credito (effettuate a ridosso di tale fase o durante la stessa) a fattispecie rilevanti (come l'abusiva interruzione o erogazione di credito); (ii) l'interruzione nell'erogazione del credito durante la fase concordataria, con effetti diretti sulla possibilità di definire una proposta concordataria che possa essere ammessa dal Tribunale; (iii) il possibile incremento della classificazione dei crediti "*deteriorati*", con ogni conseguenza sul piano patrimoniale e dei tempi stringenti dettati dalla Autorità di Vigilanza (*Calendar Provisioning*) nella gestione dei *non performing loan*; (iv) più in generale, una possibile

significativa stretta creditizia con danni economici potenzialmente irreparabili anche sul piano della competitività delle imprese italiane (che si troverebbero per di più in una posizione disallineamento rispetto ai sistemi esistenti negli altri Stati dell'Unione Europea), con conseguente ulteriore disincentivazione degli investimenti.

<sup>7</sup> Articolo 166, commi 1 e 2, del Codice: “1. Sono revocati, salvo che l'altra parte provi che non conosceva lo stato d'insolvenza del debitore: a) gli atti a titolo oneroso in cui le prestazioni eseguite o le obbligazioni assunte dal debitore sorpassano di oltre un quarto ciò che a lui è stato dato o promesso, se compiuti dopo il deposito della domanda cui è seguita l'apertura della liquidazione giudiziale o nell'anno anteriore; b) gli atti estintivi di debiti pecuniari scaduti ed esigibili non effettuati con danaro o con altri mezzi normali di pagamento, se compiuti dopo il deposito della domanda cui è seguita l'apertura della liquidazione giudiziale o nell'anno anteriore; c) i pegni, le anticresi e le ipoteche volontarie costituiti dopo il deposito della domanda cui è seguita l'apertura della liquidazione giudiziale o nell'anno anteriore per debiti preesistenti non scaduti; d) i pegni, le anticresi e le ipoteche giudiziali o volontarie costituiti dopo il deposito della domanda cui è seguita l'apertura della liquidazione giudiziale o nei sei mesi anteriori per debiti scaduti. 2. Sono altresì revocati, se il curatore prova che l'altra parte conosceva lo stato d'insolvenza del debitore, i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili, gli atti a titolo oneroso e quelli costitutivi di un diritto di prelazione per debiti, anche di terzi, contestualmente creati, se compiuti dal debitore dopo il deposito della domanda cui è seguita l'apertura della liquidazione giudiziale o nei sei mesi anteriori.”

<sup>8</sup> In antitesi anche con il recente arresto della Corte di Cassazione (sent. 15 gennaio 2020 n. 734), è espressamente previsto inoltre che, con tale tipologia di concordato, i creditori debbano essere soddisfatti in misura prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale e che tale prevalenza si considera sempre sussistente quando i ricavi attesi dalla continuità, per i primi due anni di attuazione del piano, derivano dall'attività d'impresa alla quale sono addetti almeno la metà della media dei lavoratori in forza nei due esercizi anteriori al deposito del ricorso (Art. 84, comma 3, Codice).

<sup>9</sup> Relativamente all'istituto del concordato preventivo, da un confronto tra la disciplina contenuta nel Codice e quella di matrice europea, di cui alla direttiva comunitaria n. 1023 del 20 giugno 2019 (la “Direttiva”), emergono significative divergenze (che dovranno essere corrette comunque in sede di recepimento della Direttiva). La più rilevante riguarda il ‘giudizio di fattibilità economica’ (nel sistema attuale demandato all'attestatore e al commissario giudiziale) che il Codice preveda debba essere svolto ed espresso dal Tribunale, mentre la Direttiva stabilisce, all'articolo 14, che “l'autorità giudiziaria o amministrativa adotta una decisione sulla valutazione dell'impresa solo qualora il piano di ristrutturazione sia contestato da una parte interessata dissenziente” e, pertanto, il giudizio di fattibilità economica, attualmente previsto dal Codice come regola generale di ogni procedura concordataria, potrà essere mantenuto soltanto in caso di “contestazione” da parte dei creditori. Si segnala in proposito che, tra le integrazioni necessarie a implementare e stabilizzare un sistema giudiziario efficiente nel pieno delle proprie attribuzioni, anche ai fini di consentire lo svolgimento di un giudizio di fattibilità economica nei casi in cui sarà obbligatorio, deve essere certamente menzionata la parziale riforma dell'ordinamento giudiziario, con la creazione di un qualificato numero di sezioni specializzate in materia di (crisi di) impresa, in conformità a quanto previsto: (i) dalla Legge Delega, che poneva come obiettivo quello di “assicurare la specializzazione dei giudici addetti alla materia concorsuale” (articolo 2, comma 1, lettera n), Legge Delega); (ii) dall'articolo 25 della Direttiva, secondo cui “gli Stati membri provvedono affinché (a) i membri delle autorità giudiziarie e amministrative che si occupano delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione ricevano una formazione adeguata e possedano le competenze necessarie per adempiere alle loro responsabilità”.

<sup>10</sup> Nella versione attuale, il Codice si limita unicamente a regolare la competenza per lo svolgimento della procedura di amministrazione straordinaria rimettendola a quei Tribunali in cui sono presenti le sezioni specializzate in materia di imprese.

<sup>11</sup> I risultati concretamente raggiunti nelle procedure di amministrazione straordinaria - sia con riferimento alle ristrutturazioni dirette o alle cessioni di complessi aziendali effettivamente andate a buon fine, sia in relazione ai sacrifici imposti ai creditori (e in più in generale agli *stakeholder*) e alla salvaguardia dei posti di lavoro - dimostrano che le prospettive di risanamento mediante la procedura di amministrazione straordinaria siano pressoché impercettibili. Infatti, l'esame dei dati delle Amministrazioni Straordinarie dal 2000 al 2019 fornisce un quadro d'insieme piuttosto indicativo: la durata media di una procedura di A.S. non è inferiore a dieci anni; su 244 procedure dichiarate, le aziende effettivamente risanate sono soltanto tre (tra l'altro riconducibili al medesimo gruppo imprenditoriale).

<sup>12</sup> In tale contesto, caratterizzato da rilevanti “marginii di indeterminatezza derivanti dalla ‘non stabilità’ della disciplina sulla base della quale conformare le proprie scelte”, è ragionevole prevedere che “di tali marginii di ambiguità trarranno beneficio gli operatori meno scrupolosi, più pronti ad assumersi il rischio della sanzione penale” (F. Mucciarelli, *Risvolti penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: lineamenti generali*, in *Diritto penale e processo*, 9/2019, 1190 e ss.).

## Il clan Spada è associazione mafiosa: una nuova applicazione dell'art. 416 bis c.p. per le mafie non tradizionali.

di **G. Morello**

Il presente contributo si offre come commento analitico di un fenomeno giuridico e socioculturale di grande impatto e in forte evoluzione. Con lo scopo di esaminare le più recenti applicazioni della Suprema Corte dell'art. 416 bis c.p., si analizzano le differenti prospettive offerte dalla giurisprudenza di legittimità che, nella veste di interprete della norma giuridica, è chiamata a fronteggiarsi con l'evoluzione sociale, in un dialogo tra fattispecie tipizzata e nuovi contesti.

Il più recente arresto giurisprudenziale in materia ha avuto ad oggetto la vicenda del clan Spada: la Corte d'Assise di Appello, in data 12.01.2021, ha riconosciuto la qualificazione di associazione di stampo mafioso del sodalizio. La sentenza giunge all'esito di un maxiprocesso, che ha portato ad oltre 17 condanne, per un totale di circa 150 anni di reclusione, confermando l'associazione mafiosa decisa in primo grado dalla Corte di Assise il 24 settembre 2019.

La pronuncia mostra dei punti di connessione, non solo di natura territoriale, con due vicende oggetto di grande attenzione negli ultimi anni: il clan Fasciani e "Mafia Capitale". In tale quadro, l'art. 416 bis c.p. diviene oggetto di un dibattito più ampio, a cui la giurisprudenza fatica a dare soluzioni univoche.

Attraverso l'analisi giuridica della sentenza della Corte d'Assise di Appello, si propone, dunque, di vagliare l'applicazione dell'art. 416 bis c.p. al clan Spada quale mafia non tradizionale, alla luce delle coordinate ermeneutiche fornite dalla Cassazione sul punto.

**Sommario.** 1. Introduzione. – 2. La vicenda – 2.1. Ricognizione "Processi Spada". – 3. Mafie atipiche o mafie nuove? – 4. Il 416 bis c.p.: una fattispecie in movimento. – 4.1. La parola alla giurisprudenza: il metodo mafioso in un confronto giuridico tra Mafie (Mafia Capitale e clan Fasciani). – 5. La sentenza della Corte d'Assise di Appello. – 5.1. La forza intimidatoria. – 5.2. L'assoggettamento e l'omertà. – 6. Conclusioni.

### 1. Introduzione.

La vicenda Spada si fa strada tra le aule di Tribunale come una questione in via di definizione, in cerca di un inquadramento giuridico.

Il maxiprocesso al clan Spada concerne principalmente l'imputazione di associazione per delinquere di tipo mafioso. Al netto dell'interesse di cronaca, in tale sede riaffiora quel contrasto giurisprudenziale che, in relazione a nuovi contesti, contrappone principio di tipicità e concretizzazione applicativa della norma.

Com'è noto, difatti, nell'ultimo decennio si sono susseguite sul tema pronunce di diverso orientamento, creando un dibattito non sopito dalle Sezioni Unite. La *vexata quaestio* riguarda il terzo comma dell'art. 416 bis c.p., secondo cui *"L'associazione è di tipo mafioso quando coloro che ne fanno parte si avvalgono della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva"*. La posizione più tradizionale della giurisprudenza propone una lettura della norma strettamente fedele

al dato letterale, ritenendo necessaria, ai fini dell'accertamento del metodo mafioso, una concreta esternazione della carica intimidatoria capace di creare un sentimento di assoggettamento ed omertà; un'applicazione analogica della norma comporterebbe un'obliterazione ermeneutica di alcuni elementi costitutivi essenziali del delitto, in nome di istanze repressive. Di converso, una corrente più recente, che prende vita dal fenomeno Mafie del Nord, ritiene sufficiente un'esternazione meramente potenziale della forza di intimidazione.

In termini dogmatici, tale questione si riverbera sulla natura pura o mista del reato associativo, lì dove il paradigma puro postula la sola attitudine della struttura organizzativa a realizzare il programma criminoso, a prescindere, quindi, dall'effettiva realizzazione, mentre il paradigma misto presuppone che la struttura associativa utilizzata per commettere i reati fine, operi in modo da essere percepita all'esterno in ragione del suo prestigio criminale. Si osserva sul punto che, se la prima opzione sembra tradire il dato letterale della norma,

la seconda potrebbe ostacolare l'applicazione per fenomeni di criminalità organizzata non storicamente radicati nel territorio.

Il processo Spada ha contribuito a tale dibattito con i suoi elementi di peculiarità: si tratta, infatti, di un contesto “nuovo” rispetto alle mafie tradizionali, ma intriso di legami tra famiglie e guerre di territorio. Peraltro, sebbene la decisione in esame non sia ancora passata in giudicato, essa si allinea ai precedenti della Corte di Cassazione sulla vicenda relativa al clan Spada. La Suprema Corte, invero, si è recentemente espressa applicando l'art. 416 *bis* 1 c.p. a Roberto Spada, con sentenza n. 6764/2020, nonché affrontando i rapporti degli Spada con i Fasciani, in sede di riconoscimento dell'associazione mafiosa per quest'ultimi con sentenza n. 10255/2020. La Corte, pertanto, aveva già individuato nei metodi operativi del clan elementi tipici di un'associazione mafiosa. Tanto premesso, la sentenza della Corte di Assise di Appello fa propri i recenti orientamenti concernenti le mafie atipiche o non tradizionali, che ritengono che la lettura oggettivista del dato normativo, corroborata da indici fattuali, non comporti un'indebita estensione della fattispecie di cui all'art. 416 *bis* c.p.

Il presente contributo mira, quindi, a ripercorrere i fatti da cui trae origine la vicenda Spada, evidenziando il collegamento tra i vari processi, e concentrandosi, poi, sulle pronunce giurisprudenziali riguardanti la questione Mafia Capitale e il clan Fasciani, per giungere ad analizzare la più recente lettura evolutiva dell'art. 416 *bis* c.p.

## 2. La vicenda.

Il processo che qui occupa costituisce il più ampio dei vari procedimenti contro il clan Spada - di cui si dirà successivamente - in quanto, in tale sede, viene contestato il reato associativo di stampo mafioso. La mole di eventi da cui trae origine è tale da rendere qualsiasi sintesi necessariamente approssimativa. Ci si limiterà, pertanto, ad evidenziare esclusivamente i fatti più rilevanti che hanno condotto alla valutazione del carattere associativo del clan.

Gli Spada sono un gruppo criminale di Ostia<sup>1</sup>, località che si è vista nell'ultimo decennio teatro di emergenti episodi criminosi. Sul litorale romano, sin dagli anni Ottanta, operano i Triassi, siciliani di Siculiana, legati alla famiglia Cuntrera-Curuana, e i Fasciani, originari di Capistrello<sup>2</sup>.

I Fasciani erano dediti al traffico di droga, estorsione, usura; fra questi e i Triassi si pervenne ad una

spartizione degli affari sul posto. Proprio il ridimensionamento dei Triassi permise una graduale ascesa degli Spada, più stretti alleati dei Fasciani. Lo spaccio di via Forni (“*la Vietta*”) veniva considerato un affare dei Baficchi, epigoni della Banda della Magliana. Quando gli Spada cominciarono ad operare in quella zona, pertanto, emerse un contrasto che risolsero eliminando Giovanni Galleoni e Francesco Antonini (alias “*Baficchio*” e “*Sorcanera*”), esponenti dei Baficchi, per ereditarne il territorio e le attività criminali, il 22 novembre 2011.

Successivamente l'ascesa degli Spada non si arrestò, anche in ragione dell'indebolimento del clan Fasciani - all'epoca prevalente sul territorio di Ostia<sup>3</sup> - per la detenzione di alcuni sodali. A partire dall'omicidio ne derivò una *pax* mafiosa, intesa però come una sorta di riduzione del danno, poiché le condotte ritenute riprovevoli dal clan cominciarono ad essere punite con gambizzazioni e pestaggi, come dimostra l'episodio del ferimento nel 2015 di Massimo Cardoni, legato al clan Baficchi. Carmine Spada e Giuseppe Fasciani subiranno poi, nel 2016, due attentati, i cui autori restano ignoti.

Il presente procedimento prende vita dall'indagine delle forze dell'ordine denominata “Operazione Eclissi”, che portò, il 25 gennaio 2018, agli arresti di 32 persone legate al clan Spada. Tra gli episodi contemplati nel capo di imputazione, l'omicidio di Giovanni Galleoni e Francesco Antonini; quanto agli altri reati contestati, emergono estorsioni, traffico di stupefacenti, usura, esercizio abusivo del credito, intestazione fittizia di attività commerciali<sup>4</sup>.

La Corte di Assise di Roma, giudice di primo grado, aveva ricostruito l'intero percorso criminale degli Spada, occupandosi dell'omicidio, della vicenda estorsiva all'associazione “*Il Piccolo Ranch*”, delle usure perpetrate ai danni di Antonio Monaco e Michele Mongiello e dell'estorsione ai danni di quest'ultimo, nonché della questione relativa all'attività di balneazione denominata “*The One*”, trattando, inoltre, dei reati collegati alle sale giochi, che venivano fittiziamente intestate a soggetti diversi dagli Spada al fine di evitare le disposizioni in tema di misure di prevenzione.

L'iter motivazionale del giudice di prime cure si era fondato essenzialmente sulle seguenti fonti probatorie: dichiarazioni dei collaboratori di giustizia (Antonio Gibilisco, Sebastiano Cassia, Michael Cardoni, Tamara Ianni e Paul Dociu), accertamenti giudiziari relativi a fatti di criminalità sul litorale, intercettazioni telefoniche ed attività di PG ricostruite

attraverso le deposizioni dei testimoni. All'esito dell'articolata istruttoria, era stata ritenuta sussistente l'associazione di tipo mafioso per il clan Spada. Invero, aveva sostenuto la Corte di Assise, questo operava secondo un metodo mafioso per l'acquisizione e la gestione delle attività economiche, nonché *“per il sistematico ricorso a mezzi violenti e intimidatori tali da generale un diffuso stato di assoggettamento e di omertà”*.

La Corte aveva, peraltro, descritto le posizioni di vertice, rivestite da Carmine Spada (detto “Romoletto”) e da Roberto Spada, coadiuvati da Ottavio Spada (detto “Marco”), Ottavio Spada (detto “Maciste”), Nando De Silvio e Roberto e Daniele Pergola con il ruolo di organizzatori.

In sede di requisitoria davanti alla Corte di Assise di Appello, la Procura Generale aveva richiesto il riconoscimento dell'associazione a delinquere di stampo mafioso e la conferma dei tre ergastoli inflitti in primo grado per Roberto, Carmine e Ottavio Spada.

La sentenza della Corte di Assise di Appello del 12 gennaio 2021 ha ritenuto sussistente l'associazione di stampo mafioso riconducibile al clan Spada; tuttavia, l'ergastolo è stato confermato solo nei confronti di Ottavio e Roberto Spada, dichiarando non raggiunta la prova in capo a Carmine Spada degli omicidi di Galleoni e Antonini. Nelle motivazioni viene fatto particolare riferimento alle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia e alla loro credibilità nonché alle sentenze definitive intervenute nelle more del processo - tra cui la sentenza Fasciani<sup>5</sup> e quella relativa alla testata al giornalista Daniele Piervincenzi<sup>6</sup> - da cui chiaramente sono emersi elementi in ordine alla “mafiosità” del contesto criminale di Ostia.

Ciò che maggiormente rileva ai nostri fini è che, dall'analisi complessiva degli innumerevoli fatti, emerge la sistematica occupazione degli spazi e delle attività economiche - sia lecite che illecite - da parte del clan; il clima di intimidazione generato e la conseguenziale omertà generale; le lotte e gli equilibri tra le forze criminali per il controllo sistematico del territorio - inteso come luogo ove esercitare un potere di ingerenza assoluta nelle vicende economiche, con la protezione offerta per interesse agli imprenditori collusi - nonché l'attività usuraria e l'estorsione nei riguardi di coloro che non intendevano sottomettersi<sup>7</sup>. Invero, questi costituiscono i principali elementi che hanno

condotto la Corte di Assise di Appello a ritenere che il clan Spada si sia avvalso del metodo mafioso.

### 2.1. Ricognizione “processi Spada”.

Come anticipato, i procedimenti che hanno avuto ad oggetto vicende relative al clan Spada sono molteplici e sono stati ritenuti rilevanti dalla Corte di Assise di Appello ai fini della prova della profonda infiltrazione criminale del clan nelle attività economiche del litorale, nonché della capacità di controllo del territorio acquisita nel tempo dagli esponenti della famiglia. Se ne richiamano qui, brevemente, gli estremi.

Il procedimento *Spada-Belletti* si è definitivamente concluso con l'accertamento della responsabilità penale di Carmine Spada ed Emiliano Belletti per il reato di estorsione aggravata con metodo mafioso ai danni di Adriano Baglioni, gestore di una tabaccheria, avvenuto nell'aprile 2014. Nel caso di specie, la Corte ha ritenuto applicabile l'aggravante di cui all'art. 416 *bis* 1 c.p. sulla base del comportamento platealmente violento dello Spada<sup>8</sup>.

Il procedimento *Spada Papalini* è ancora *sub iudice*. La vicenda, che ha visto coinvolto Aldo Papalini, ex dirigente comunale, e Armando Spada, riguardava l'immotivata decadenza della concessione attribuita al CRAL aziendale delle Poste Italiane per la gestione di uno stabilimento balneare di Ostia (Orsa Maggiore), accompagnata dall'intimidazione nei confronti dei sub concessionari dello stabilimento da parte dei due imputati. La concessione era stata successivamente assegnata dal Papalini a una società riconducibile al clan Spada, circostanza che - ove fosse definitivamente accertata - confermerebbe come detta famiglia si inserisca illecitamente, utilizzando il metodo mafioso, nelle lecite attività imprenditoriali del settore turistico del litorale.

Il processo *Sub Urbe* si è concluso con la sentenza definitiva n. 12417/2020, in cui la Suprema Corte ha accertato la sussistenza del metodo mafioso<sup>9</sup>. In tale sede, la Cassazione si è occupata dei reati commessi nel 2015 da parte di Spada Massimiliano e Massimiani Massimo, in concorso con altri soggetti riferibili al clan Spada, assumendo rilievo episodi di estorsione, la cui finalità era di espropriare alcuni alloggi popolari, nonché la vicenda della gambizzazione di Massimo Cardoni.

A ciò si aggiunga che Roberto Spada, come peraltro anticipato, è stato condannato in via definitiva dalla Suprema Corte per il reato di lesioni personali aggravate e violenza privata. La Cassazione ha

confermato la condanna per l'aggressione perpetrata da Roberto Spada nei confronti del giornalista Daniele Piervincenzi, con l'aggravante dell'uso del metodo mafioso di cui all'art. 416 *bis* 1 c.p., ritenendo che la violenza e le minacce avessero assunto una veste tipicamente mafiosa.

L'ultimo arresto si è avuto con la recente sentenza della Corte d'Appello di Roma n. 5059/2020<sup>10</sup>, non ancora passata in giudicato. La Corte, pronunciandosi nei confronti di Spada Massimiliano, Massimiani Massimo e Galatioto Claudio - imputati del medesimo procedimento giudicato dalla Corte di Assise di Appello, nei cui confronti si è proceduto separatamente a seguito della scelta del rito abbreviato - per il reato di cui all'art. 416 *bis* c.p. per aver promosso, diretto e organizzato ovvero per aver partecipato ad un'associazione di tipo mafioso sul litorale laziale in Ostia.

### 3. Mafie atipiche o nuove mafie?

Il clan Spada è stato definito dalla dottrina<sup>11</sup> e dalla giurisprudenza<sup>12</sup> come "*mafia autoctona*", inserendosi nel più ampio alveo delle cd. mafie atipiche o non tradizionali, alla cui categoria, peraltro, si riconducono anche le mafie delocalizzate e le mafie straniere.

La dottrina più attenta<sup>13</sup> specifica come la nomenclatura sia stata enucleata a seguito del processo denominato "Mafia Capitale", che ha visto protagonista una formazione criminale operante a Roma e composta da soggetti "indigeni". In tal caso, la Cassazione, come sarà successivamente approfondito, non ha qualificato l'associazione come mafiosa, ritenendo l'intimidazione non proveniente dal vincolo associativo in sé ma dal ruolo pubblico rivestito dagli imputati. Tuttavia, la vicenda, al netto del clamore suscitato, ha avuto il pregio di aprire una finestra sui nuovi volti della mafia, che si mostra oggi sotto una luce ben diversa rispetto al tradizionale immaginario collettivo, capace di annidarsi anche in ambienti estranei alle consorterie criminali.

La peculiarità delle mafie autoctone emerge, dunque, dai nuovi contesti operativi, nonché dalla struttura dell'associazione, connotata da forme di affiliazione al sodalizio diverse rispetto a quelle tradizionali ma che rispettano gli stessi crismi mafiosi<sup>14</sup>: sono costituite da piccole organizzazioni con basso numero di appartenenti, in grado di assoggettare un limitato territorio o un determinato settore di attività avvalendosi del metodo mafioso, creando così un generale clima di assoggettamento

ed omertà. Pertanto, seppur non godano di una connotazione criminale storicamente qualificata, sono capaci, per il metodo impiegato, di sprigionare qualitativamente un'analogia carica offensiva, richiedendo così un trattamento sanzionatorio proporzionale<sup>15</sup>.

La giurisprudenza, dal canto suo, è pacifica nel ritenere che il reato previsto dall'art. 416 *bis* c.p. sia configurabile non solo in relazione alle mafie tradizionali, ma anche con riguardo alle mafie cd. atipiche che si avvalgono del metodo mafioso<sup>16</sup>. Tuttavia, se la definizione di "mafia atipica" ben si attaglia al clan Spada, in quanto associazione mafiosa priva di connotati tradizionali nel cui operato, come si dirà, sono stati riconosciuti elementi caratterizzanti il metodo mafioso, non ci si può esimere dal considerare che il fenomeno sia in ascesa in territori ove la fama mafiosa non è consolidata. Si pensi alla recente vicenda che ha visto coinvolto il sodalizio affermatosi nel territorio viterbese, di cui la Corte di Appello di Roma, confermando la decisione del Gup del Tribunale di Roma, ha riconosciuto la natura mafiosa<sup>17</sup>. In altri termini, i nuovi contesti di estrinsecazione del metodo mafioso ne richiedono una consolidazione "*dimostrata sul campo*"<sup>18</sup>, in quanto tali associazioni non godono di fama e prestigio criminali diffusi tipici delle mafie tradizionali, ma non per questo sono da ritenersi meno offensive.

Sulla scorta di tali considerazioni di carattere generale, le associazioni mafiose atipiche possono inquadarsi come "le nuove mafie" a cui dover rivolgere attenzioni di carattere politico-criminale, senza però eludere il dettato normativo.

### 4. Il 416 *bis*: una fattispecie in movimento.

L'art. 416 *bis* c.p. si pone al centro di un dibattito sempre più fervente negli ultimi anni, che prende vita dal comma 3 dell'articolo, il quale prevede che "*L'associazione è di tipo mafioso quando coloro che ne fanno parte si avvalgono della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva*".

Al fine di comprendere le questioni problematiche sottese, non si può che partire dalla *littera legis*, poiché è dal testo della norma che debbono trarsi le prime fondamentali indicazioni per guidare l'interprete.

Analizzando i sintagmi della disposizione - da cui derivano gli elementi costitutivi della fattispecie quali '*forza di intimidazione*' e '*assoggettamento ed*

*omertà* - l'utilizzo dell'indicativo '*si avvalgono*' non lascia adito a dubbi di sorta: i sodali devono, in concreto ed in positivo, utilizzare la forza di intimidazione; se fosse sufficiente solo il progetto di avvalersi di tale forza, il legislatore avrebbe utilizzato il tempo futuro o la formula '*intendono avvalersi*'.

L'indirizzo ermeneutico dominante sostiene, quindi, che l'uso del presente evochi un effettivo utilizzo della forza di intimidazione, che va ricercata<sup>19</sup>. Il tempo verbale sembra offrire una descrizione del metodo mafioso, richiamando una situazione in cui già deve essere possibile verificare la ricorrenza dei parametri normativi indicati. L'implicito presupposto è, pertanto, che sia stata realizzata una serie di atti violenti e minacciosi, almeno nella forma tentata, che abbiano determinato nelle vittime un clima di paura<sup>20</sup>; ragionando altrimenti, il suo stravolgimento nell'espressione '*intendono avvalersi*', oltre a tradire il dato letterale della norma, ridurrebbe l'intero testo normativo ad una mera intenzionalità.

Già nei primi commenti sull'art. 416 *bis* c.p.<sup>21</sup>, autorevole dottrina evidenziava però come il difficile raggiungimento in sede processuale della prova del concreto compimento di atti di violenza o minaccia, al fine di integrare il requisito dell'avvalimento, finirebbe, paradossalmente, per circoscrivere l'ambito applicativo della fattispecie nei confini più ristretti corrispondenti alla tradizionale associazione per delinquere. Su tale assunto, l'uso del presente sembrerebbe rispondere a mere esigenze definitorie, al solo fine di scattare un'immagine dinamica dell'associazione che sia in grado di coglierla in azione; in tal senso, venivano richiamati i lavori preparatori che fanno riferimento '*all'intento*' di far ricorso alla forza di intimidazione.

Questa ricerca di semplificazione probatoria ha dato origine ad un orientamento, emerso soprattutto nell'ambito delle cd. mafie delocalizzate<sup>22</sup>, che ritiene la forza intimidatrice non una modalità che caratterizza la condotta dei singoli associati, ma un elemento strutturale del sodalizio rispetto al conseguimento dei fini propositi, che la norma fa derivare direttamente dal vincolo associativo senza ricollegarlo necessariamente a concreti atti intimidatori posti in essere<sup>23</sup>.

In altri termini, "*si è ritenuta sufficiente l'attitudine intimidatrice, piuttosto che l'effettiva intimidazione*"<sup>24</sup>. A sostegno di tale tesi, peraltro, la dottrina sottolinea anche il comma VI dell'art. 416 *bis* c.p. che, con il verbo '*intendono*', fa riferimento all'esistenza dell'associazione<sup>25</sup>.

È necessario, tuttavia, menzionare l'esistenza di posizione intermedia sul punto, secondo cui non sarebbero necessari concreti atti di intimidazione, ma si esige un collegamento tra apparato strumentale dell'associazione e la condotta del singolo partecipe, almeno sotto il profilo psicologico. In tal senso, l'individuo avrebbe inteso avvalersi della capacità intimidatoria dell'associazione mafiosa e lo sfruttamento della forza intimidatrice si stima sufficiente anche a livello potenziale<sup>26</sup>.

Così composto il quadro, emerge con forza la tesi che propone un'interpretazione evolutiva dell'art. 416 *bis* c.p.<sup>27</sup>, che prevede un progressivo allentamento dei requisiti essenziali dell'associazione di tipo mafioso ma nel pieno rispetto del dettato normativo. Secondo tale orientamento, infatti, il sintagma '*forza di intimidazione*' richiama le nozioni di violenza o minaccia con chiarezza, elevando a carattere di imprescindibilità che un *quid* minimo di elementi vada concretamente riscontrato per poter ritenere che una forza di intimidazione esista e sia percepibile all'esterno. Invero, l'esteriorizzazione del metodo può ridursi alla spendita del nome solo in caso questo abbia una propria forza evocativa ormai consolidata. Quanto al requisito dell'assoggettamento, questo anche può riguardare alcune categorie di soggetti qualificati<sup>28</sup>, a seconda dei contesti attinti dagli interessi del crimine organizzato di nuovo radicamento, venendo meno così il requisito del generale controllo del territorio; l'omertà perde i caratteri di patologia sociale, ravvisandosi, piuttosto, in diffusi atteggiamenti di passività e ritrosia nel ricorrere alle autorità per denunciare soprusi, come anche in caso di poche denunce quando il territorio è caratterizzato da estorsione e usura<sup>29</sup>.

È evidente, tuttavia, che più ci si allontana dall'idea di organizzazione strutturata e complessa del sodalizio, più ci si discosta dalla *ratio* che sottende alle fattispecie associative, specie ricordando che il bene giuridico tutelato deve ravvisarsi principalmente nell'ordine pubblico<sup>30</sup>. Le maggiori perplessità in dottrina sono "*a che il tipo criminoso, individuato in base a specifiche coordinate empirico-criminologiche, venga alterato tramite l'innesto di fenotipi eterogenei*"<sup>31</sup>, cioè che i concetti di soggezione ed omertà nonché l'assenza di un ancoraggio della disposizione ad un elenco di reati scopo, possa accentuare le criticità strutturali della fattispecie astratta, con erosione dell'alveo applicativo dell'associazione a delinquere semplice<sup>32</sup>.

L'utilizzo in sede interpretativa di criteri ampi, seppur adattati alla realtà fattuale, comporta che sia la legge a dover inseguire il fatto<sup>33</sup>, e che si sfoci in una forzatura dei criteri del comma 3 dell'art. 416 *bis* c.p. per soddisfare istanze di politica criminale.

La questione più che in punto di diritto si sposta allora in tema di prova. Invero, attenta dottrina<sup>34</sup> riconosce che la fattispecie di cui all'art. 416 *bis* c.p. si sta muovendo in un costante dialogo tra requisiti di struttura, riscontro empirico ed accertamento probatorio, connotato dal raffronto tra tipicità della fattispecie e contesti mutevoli.

Partendo sempre dalla lettera della legge, *“la scelta semantica del legislatore storico, sebbene condizionata inevitabilmente da caratteristiche del fenomeno mafioso siciliano, è senza dubbio ampia a sufficienza da consentire alla prassi giudiziaria di adeguare il valore precettivo della disposizione ai mutamenti della criminalità organizzata”*<sup>35</sup>. Ecco allora che un'interpretazione evolutiva del metodo mafioso non è solo possibile ma doverosa a fronte di associazioni mafiose che cambiano la propria struttura, la propria aderenza al fenomeno sociale e i propri interessi, non potendo l'interprete rimanere inerte di fronte all'evoluzione di fenomeni illeciti che è chiamato a reprimere. Tuttavia, è necessario considerare che se la giurisprudenza non può esimersi dal ruolo di garante della tutela della collettività e dell'ordine pubblico, rintanandosi in opzioni ermeneutiche eccessivamente letterali delle disposizioni incriminatrici, sono da ritenersi proibite interpretazioni che tradiscano la *littera legis*<sup>36</sup>.

Così ragionando, la definizione del metodo mafioso non può dirsi completa se si utilizzano le sole coordinate offerte dal diritto penale sostanziale, in quanto la dimensione fattuale è ontologicamente imprescindibile. Sebbene la lettura evolutiva dell'art. 416 *bis* c.p. richieda un riscontro empirico e fattuale dei requisiti del metodo mafioso, la tipicità funge da sfondo narrativo senza mai essere oscurata. La difficoltà per l'interprete giudiziario sarà allora nel comporre i frammenti di tale mosaico, servendosi di indizi e prove logiche per provare l'estrinsecazione concreta degli elementi costitutivi del metodo mafioso, cercando di non cedere a suggestioni di natura storico-sociologica. Invero, ciò potrebbe comportare che la configurazione del delitto di associazione mafiosa quale reato a struttura mista, sostenuta dalla dottrina maggioritaria in nome del canone costituzionale di offensività, possa divenire a struttura pura per fini di agevolazione probatoria,

sganciata dall'accertamento di una qualsiasi attività esterna oltre la mera organizzazione interna dell'associazione<sup>37</sup>.

Lo slittamento dell'associazione mafiosa verso nuove forme e dimensioni ha visto come culmini i casi di Mafia Capitale e del clan Fasciani, portando la giurisprudenza a svolgere considerazioni imprescindibili.

#### **4.1. La parola alla giurisprudenza: il metodo mafioso in un confronto giuridico tra Mafie (Mafia Capitale e clan Fasciani).**

La sentenza della Corte di Assise di Appello conferma l'associazione mafiosa del clan Spada.

Si pone, peraltro, sul sentiero recentemente tracciato dalla Suprema Corte con la pronuncia Fasciani, servendosi dei criteri ermeneutici da questa indicati per qualificare come associazione mafiosa una mafia non tradizionale. Tale questione, come anticipato, richiama anche la vicenda Mafia Capitale, in cui la giurisprudenza di legittimità è giunta a considerazioni di non poca rilevanza.

Il raffronto di tali pronunce, pertanto, diviene necessario per una maggiore comprensione della sentenza in esame, che non ha potuto non tenere in considerazione l'evoluzione della giurisprudenza di legittimità; sono, tuttavia, necessarie alcune puntualizzazioni, per non cadere nel dilagante populismo del “niente è mafia” e “tutto è mafia”<sup>38</sup>.

Nelle vicende giudiziarie di “Mafia Capitale” e “Mafia Ostiense”<sup>39</sup> si è trattato di stabilire se le associazioni, seppur ben diverse tra loro, fossero o meno di tipo mafioso, ai fini dell'applicazione dell'art. 416 c.p. o del più grave art. 416 *bis* c.p. Le pronunce della Suprema Corte hanno mostrato quanto sia necessario fornire dei criteri ermeneutici di guida per l'interprete per non assistere ad una svalutazione dei requisiti strutturali del metodo mafioso.

Con la sentenza della Sesta Sezione della Cassazione del 12 giugno 2020 nel caso Mafia Capitale<sup>40</sup> è stata esclusa la qualificazione mafiosa dell'associazione criminale riferibile a Buzzi e Carminati. Il percorso giurisprudenziale della vicenda aveva visto il Tribunale di Roma circoscrivere l'art. 416 *bis* c.p., ravvisando due associazioni semplici; successivamente, la Corte d'Appello ha riconosciuto un'unica associazione di tipo mafioso, fusasi nel tempo per iniziativa dei due *leaders*<sup>41</sup>; la Cassazione, infine, ha ricondotto le contestazioni al piano di attività di due distinte associazioni criminali, qualificandole come semplici ai sensi dell'art. 416

c.p.<sup>42</sup>. La condotta, consistita principalmente nell'aver dato vita ad una fitta rete di illecite relazioni corrotte politico-affaristiche, è stata, dunque, ritenuta integrativa della figura associativa semplice in relazione a due distinte organizzazioni criminali: una finalizzata alla commissione di reati contro la Pubblica Amministrazione e l'altra all'esercizio del credito usurario.

La pronuncia della Suprema Corte sulla vicenda Fasciani è di qualche mese precedente alla sentenza definitiva Mafia Capitale. Com'è noto, è stata riconosciuta la sussistenza di un'associazione mafiosa del clan<sup>43</sup>. La sentenza è stata accolta con grande favore dalla dottrina, soprattutto rispetto alla precedente pronuncia sul punto<sup>44</sup>, ritenendola un *vademecum* per l'accertamento del carattere delle mafie non tradizionali. Invero, la Cassazione ha affermato che il metodo mafioso ha natura fattuale, ritenendo che gli elementi costitutivi vadano accertati sotto un profilo oggettivistico-materiale. Tra questi individua, principalmente, l'esistenza del vincolo associativo tra gli imputati, la consapevolezza dei partecipi di far parte di un'associazione, la forza di intimidazione dell'organizzazione e la condizione di assoggettamento e di omertà.

L'elemento che accomuna le due pronunce deve ravvisarsi non tanto nella soluzione dei casi, in quanto trattasi ovviamente di contesti differenti, ma nella statuizione, da parte della giurisprudenza di legittimità, che per le mafie atipiche l'accertamento del metodo mafioso dovrà sempre consistere in un *quid* suscettibile di verifica empirica<sup>45</sup>.

Partendo dall'analisi della vicenda Mafia Capitale, la Corte ha valutato i dati empirico-fattuali giungendo ad escludere l'ipotesi di un'associazione di tipo mafioso che risultasse dalla fusione dei due gruppi originari in una sola compagine. Gli elementi dirimenti sono consistiti nella mancanza di sistematicità o ripetitività costante di episodi di intimidazione, che invece apparivano rapsodici, senza alcun contributo nella direzione di un sodalizio associativo. In luogo della forza intimidatoria è stata ravvisata una '*riserva di violenza*', intesa nel senso di prevaricazione<sup>46</sup>, l'effettivo avvalersi di tale forza non è stato riscontrato, se non una mera '*possibilità di avvalimento*', consistita nell'idoneità di avvalersi nella forma del dolo specifico. Quanto agli elementi di assoggettamento ed omertà non è emerso un vero e proprio *status* ma un generale e diffuso rifiuto di collaborare. La Cassazione, dunque, è pervenuta ad

individuare due distinte associazioni semplici, ritenendo l'integrazione degli elementi costitutivi del metodo mafioso arretrata uno stadio potenziale<sup>47</sup>.

Autorevole dottrina<sup>48</sup> ha sintetizzato le considerazioni di maggior rilievo della Suprema Corte nella vicenda Mafia Capitale, che tracciano un *discrimen* tra l'ipotesi associativa mafiosa e quella di associazione semplice attraverso l'individuazione di indici probatori. In primo luogo, la Cassazione ha osservato che l'intimidazione deve avvenire per mezzo di un gruppo e non di un singolo, cosa che è possibile, invece, solo nei territori tradizionalmente permeati dal fenomeno mafioso. In tal modo, l'impersonalità della forza di intimidazione diviene un indice probatorio rilevante ai fini della configurazione dell'ipotesi di associazione di stampo mafioso<sup>49</sup>. Inoltre, il *metus* impersonale deve ritenersi incompatibile con rapporti personali intessuti tra i contraenti, caratterizzati da posizione paritaria e libera volontà delle parti<sup>50</sup>. In questo caso, l'indice probatorio è stato individuato nel vantaggio che ne trae l'individuo corrotto nella sua libera determinazione volitiva.

Alla luce di tali riflessioni, la più attenta dottrina in materia rileva come sia prevalsa una tenuta strutturale della fattispecie di cui all'art. 416 *bis* c.p., resistendo alla tentazione di una ricostruzione ermeneutica estensiva della disposizione, sotto il profilo del metodo mafioso. Invero, l'impatto mediatico non indifferente della vicenda poteva rischiare di far smarrire le coordinate giuridico-penali per una strumentalizzazione politica e sociale<sup>51</sup>. È in questo contesto che la definitiva pronuncia della Cassazione ha rappresentato un approdo solido e sicuro, delimitando il fenomeno dell'applicazione estensiva dell'art. 416 *bis* c.p., nel pieno e rigoroso rispetto del principio di tassatività della norma penale<sup>52</sup>. Tale corrente, peraltro, non manca di sottolineare che la semplificazione probatoria conduce ad uno "*svuotamento della tipicità per sottrazione o ridimensionamento di elementi strutturali*"<sup>53</sup>.

Passando, invece, alla sentenza Fasciani, la Cassazione ha dichiarato indispensabile un'analisi concreta delle dinamiche dell'azione, soprattutto quando si tratta di applicare l'art. 416 *bis* c.p. a nuove mafie, prive di una storia criminale assodata. Si va delineando così un necessario vaglio di effettività del metodo mafioso, in un'accezione oggettiva e non soggettiva del possesso della *vis intimidatoria*<sup>54</sup>. Il metodo mafioso viene enucleato attraverso un

accertamento oggettivo, ove la forza di intimidazione è il carattere modale che contraddistingue l'operato del sodalizio e le sue finalità, restando, dunque, non predeterminabile<sup>55</sup>. In tale ottica, l'associazione mafiosa è strutturalmente aperta: chiunque dia vita o partecipi ad un sodalizio che persegua quei fini con quel metodo è chiamato a rispondere del reato, a prescindere dal *nomen*, dal territorio e dai delitti riferibili a quel sodalizio, in quanto è il modo di essere e di fare dell'associazione che ne individua il carattere speciale rispetto alla comune associazione per delinquere, disvalore aggiunto che ne giustifica il più grave trattamento sanzionatorio.

Proprio quest'interpretazione, fornita dalla Suprema Corte in termini più espliciti nella vicenda Fasciani, esclude la possibilità di una torsione dei criteri di cui al comma 3 dell'art. 416 *bis* c.p. Invero, non si registra alcuna violazione del divieto di analogia in *malam partem* nell'applicazione della fattispecie di cui all'art. 416 *bis* c.p. ad associazioni prive di connotazione criminale famosa, se il metodo mafioso viene accertato attraverso un'interpretazione oggettiva della norma che richiede un'indagine empirico-fattuale degli elementi costitutivi del fatto tipico. In tal modo, pertanto, vengono arginati i rischi di un'estensione irragionevole del delitto di cui all'art. 416 *bis* c.p., esaltando, invece, i principi di offensività e proporzionalità, in base a cui si giustifica il più grave trattamento sanzionatorio.

Tuttavia, giova sottolineare che, nonostante gli spunti innovativi forniti dalla sentenza Fasciani, la dottrina ha rinvenuto un punto debole nelle statuizioni relative alla nozione di partecipazione associativa penalmente rilevante<sup>56</sup>. Si è ritenuto, invero, che la pronuncia, pur mostrando formale ossequio al modello misto come cristallizzato dalle Sezioni Unite Mannino<sup>57</sup> - in forza del quale si richiede l'accertamento dell'affiliazione al sodalizio e gli apporti continuativi a suo vantaggio - pare distaccarsene in alcune posizioni processuali. È sotto questo aspetto, pertanto, che la vicenda sembra segnalare il rischio di una possibile sostituzione, in sede probatoria, di vagli analitici concreti con ragionamenti induttivi quantomeno pericolosi<sup>58</sup>, poiché un diritto penale che rifiuta modello di colpa d'autore non può consentire che il fatto tipico della partecipazione associativa subisca deformazioni, dovendo sempre valere il modello misto.

Sulla base dell'evoluzione giurisprudenziale, in conclusione, emerge come la giurisprudenza di

legittimità abbracci un'interpretazione evolutiva dell'art. 416 *bis* c.p., che richiede un'estrinsecazione oggettiva degli elementi costitutivi del metodo mafioso, in quanto solo la caratura oggettiva consente di interpretare la fattispecie in chiave di offensività, tale da giustificare sul piano della proporzionalità il rigoroso editto sanzionatorio. Sorge qui spontanea una considerazione di carattere generale: se è richiesto un riscontro esterno degli elementi strutturali del metodo mafioso e non basta la mera potenzialità dell'intimidazione, a fronte di nuove forme di estrinsecazione della forza intimidatrice cd. a forma libera<sup>59</sup>, potrebbe ritenersi opportuna l'enucleazione di indici fattuali specifici di riferimento, frutto di consolidata elaborazione giurisprudenziale, a cui poter attingere soprattutto in caso di mafie non tradizionali<sup>60</sup>.

## 5. La sentenza della Corte di Assise di Appello.

In data 10 marzo 2021 la I Sezione della Corte d'Assise di Appello di Roma depositava le motivazioni della sentenza con cui, due mesi prima, aveva riconosciuto in capo al clan Spada un'associazione di stampo mafioso.

Alla luce delle considerazioni svolte, si propone di approfondire i temi della sentenza che si ritengono meritevoli di uno sguardo ravvicinato, al fine di analizzare come sia stato percorso il sentiero tracciato dalla giurisprudenza di legittimità più recente: la forza intimidatoria e l'assoggettamento e l'omertà.

### 5.1. La forza intimidatoria.

Nel caso che qui occupa, il clan Spada viene qualificato come un'associazione di stampo mafioso ravvisando la Corte di Assise di Appello, nelle condotte contestate agli imputati, il chiaro ed inequivocabile ricorso a mezzi violenti e intimidatori, tali da generare un diffuso stato di assoggettamento ed omertà.

Non godendo il clan Spada di una connotazione criminale storicamente qualificata, la Corte richiama quei principi delineati dalla giurisprudenza Fasciani<sup>61</sup>, in virtù dei quali enuclea la capacità intimidatoria del gruppo. La concreta verifica è stata svolta nello specifico atteggiarsi dell'associazione nel determinato ambito sociale e territoriale di Ostia. L'atteggiamento dell'associazione – fondamentale nei casi di mafie non tradizionali, in quanto “*non basta la parola*” (il *nomen* di mafia, camorra, 'ndrangheta, ecc.)<sup>62</sup> – costituisce il dato di effettività

richiesto ai fini dell'integrazione della fattispecie incriminatrice di cui all'art. 416 *bis* c.p., poiché consente di provare che il sodalizio abbia operato dimostrando di possedere la forza di intimidazione tipica delle associazioni mafiose e di essersene poi avvalso. Invero, la Corte ritiene condivisibile la ricostruzione storica della dinamica associativa, offerta dal giudice di prime cure, da cui emerge la progressiva conquista del controllo del territorio di Ostia da parte degli Spada con modalità sempre connotate da violenza e intimidazione.

La Corte d'Assise di Appello motiva sull'esistenza della fattispecie associativa<sup>63</sup> sottolineando preliminarmente il rapporto di alleanza-subordinazione rispetto al più forte e storicamente radicato clan Fasciani, la cui natura mafiosa è stata accertata da sentenze irrevocabili e rispetto a cui gli Spada costituiscono una sorta di filiazione. Inoltre, evidenzia come la sussistenza dell'aggravante del metodo mafioso di cui all'art. 416 *bis* c.p. sia stata accertata in altre occasioni processuali (nella vicenda *Sub Urbe* e del giornalista Piervicenzi). Tale riconoscimento non può dirsi occasionale, ma frutto "della riconducibilità del metodo in capo a un consesso delinquenziale ben strutturato", poiché le condotte sono state poste in essere non a titolo individuale bensì in quanto appartenenti al sodalizio. Le sentenze irrevocabili costituiscono, quindi, prova dei fatti, considerabili come eventi storici.

Per ciò che concerne la forza intimidatrice del clan Spada, la Corte osserva che, proprio in virtù della sua progressione criminale, questo produce allarme sociale anche laddove non compia delitti<sup>64</sup>, poiché concretamente rafforzato dalla commissione di reati gravi come omicidi, estorsione, usura, acquisizione della gestione e del controllo di attività economiche con violenze e intimidazioni. La vicenda maggiormente evocativa delle modalità operative è l'omicidio dei due esponenti dei Baficchi, che ha simboleggiato la conquista territoriale da parte degli Spada sulle zone del clan rivale: le ragioni dell'aggressione sono legate alla specifica vicenda di un credito vantato per questioni di droga di cui entrambi i clan ritenevano di essere titolari, ma il motivo di fondo è stato ritenuto strettamente connesso a problemi di spartizione delle sfere di influenza criminale. Non solo, le circostanze dell'agguato omicida hanno palesato l'efferata violenza del gruppo nonché la forza intimidatrice, in quanto accaduto in pieno giorno, in una via pubblica di Ostia.

In questo contesto, una pletora di avvenimenti viene ritenuta sintomatica della forza di intimidazione per la serialità e la dimostrazione delle modalità predatorie con cui i membri del clan Spada si sono inseriti nel tessuto sociale ed economico di Ostia. I reati economici costituivano, infatti, una buona parte delle operazioni del clan. L'usura veniva praticata sistematicamente, costituendo, oltre che una fonte di guadagno illecito, una modalità per ottenere attività economiche lecitamente, dato che la vittima, intrappolata negli interessi economici crescenti e intimorita dalle minacce, finiva per consegnare l'intera attività commerciale agli Spada. Ulteriore attività era l'interposizione fittizia, necessaria per occultare le illecite modalità di acquisizione, riciclare con più facilità e sicurezza il denaro di provenienza illecita, evitare il rischio di confisca derivante dall'esecuzione di misure di prevenzione patrimoniali.

I rapporti interni con gli alleati Fasciani sono emblematici: Carmine Spada, vittima di attentati, non realizzava la propria vendetta poiché indotto a rinunciarvi da un esponente dei Fasciani, sull'assunto che un delitto di sangue avrebbe portato attenzioni sul clan da parte delle forze dell'ordine. Le attività investigative svolte hanno consentito, inoltre, di monitorare l'invio di contributi simbolici in denaro da parte della famiglia Spada a Carmine Fasciani, detenuto in regime *ex art. 41 bis* o.p. Peraltro, gli attentati nei confronti di Carmine Spada e Giuseppe Fasciani, sono stati ritenuti significativi della subalternità dei clan.

Ulteriormente significativa in chiave associativa, è la ripartizione dei settori internamente al clan in base a gerarchie interne. Le attività venivano divise a seconda delle specifiche competenze dei sodali; tale organizzazione prevedeva, inoltre, un'accurata copertura dei soggetti al vertice, che intervenissero sul campo solo raramente, facendo così emergere una forma di intimidazione anche interna al gruppo. Secondo la Corte, dunque, il sodalizio riveste stabilità e durevolezza, considerando l'ampio arco temporale in cui si sono estrinsecate le condotte di spoliamento, prepotere, violenza, infiltrazione, intimidazione. A ciò si aggiunga che nelle intercettazioni trascritte si parla di pace, equilibri, guerra aperta, *pax* mafiosa, questioni di competenza, accordi, trattative e sostentamento durante la detenzione, a valore meramente simbolico. Le connotazioni tipiche dei contesti mafiosi, inoltre, sono richiamate da specifici elementi quali il rispetto dovuto ai capi e nei

confronti delle famiglie alleate e la pratica della mediazione. La Corte sottolinea anche la pronta disponibilità del ricambio dei ruoli in caso di temporanea assenza del sodale, dovuta per lo più a carcerazioni. Da quest'ultima circostanza, infatti, emerge che il prestigio criminale è rimasto intatto, denotando la fama criminale impersonale non del singolo associato.

È stata, dunque, riconosciuta l'esistenza di un ampio programma criminoso, riscontrabile anche in tutti i procedimenti che coinvolgono il clan, nonché dalle sentenze di condanna intervenute, alcune delle quali definitive, che solo una struttura consolidata e organizzata in tal modo è in grado di attuare. Le azioni violente, le gambizzazioni, gli incendi, le ritorsioni, i pestaggi, i danneggiamenti, sono condotte tipiche a cui tutti i sodali partecipano consapevolmente, arrecando ciascuno un contributo causale finalisticamente orientato proprio ad acquisire l'egemonia criminale nel territorio di insediamento.

Approdo peculiare della pronuncia, che merita un breve approfondimento, riguarda l'irrelevanza del territorio nell'accertamento dell'associazione mafiosa. Nella sentenza Fasciani, la Suprema Corte aveva affermato che la dimensione territoriale su cui opera il clan deve considerarsi irrilevante ai fini della qualificazione giuridica ai sensi della fattispecie di cui all'art. 416 *bis* c.p. È su tali propositi, infatti, che la Corte di Assise di Appello, nel caso oggetto di analisi, dichiara infondato il motivo di ricorso proposto dalle Difese secondo cui difetterebbe il requisito del controllo del territorio, sostenendo che questo non vada inteso come dominio assoluto ma anche solo di una porzione di territorio<sup>65</sup>. È sufficiente, infatti, che l'effettiva capacità di intimidazione esteriormente riconoscibile sia raggiunta nell'ambiente in cui opera<sup>66</sup>, e che *“i caratteri precipui dell'associazione di stampo mafioso vengano accertati anche solo rispetto ad un ambito territoriale o settoriale circoscritto”*<sup>67</sup>.

Confrontando la sentenza della Corte di Assise di Appello con quella del giudice di prime cure, appare evidente che, mentre quest'ultima fa riferimento alla giurisprudenza di legittimità intervenuta sino a quel momento, secondo cui il metodo può esplicitarsi in atti di violenza e minaccia e/o in condotte di intimidazione caratterizzate da messaggi indiretti o larvati<sup>68</sup> nonché su inizi diretti precisi e concordanti<sup>69</sup>, la Corte di Assise di Appello fa espresso riferimento alla pronuncia Fasciani,

riscontrando nel caso di specie i criteri da questa individuati.

La Corte, quindi, abbraccia un'interpretazione evolutiva dell'art. 416 *bis* c.p., in base alla quale la forza di intimidazione, il vincolo di assoggettamento, l'omertà rappresentano *“strumento ed effetto tipizzanti, concretamente utilizzati attraverso un “metodo” che richiede una perdurante efficacia di esibizione, anche se priva di connotati eclatanti”*<sup>70</sup>. Ciò è necessario per determinare gli elementi costitutivi in termini di disvalore, affinché sia richiesta l'applicazione di un trattamento sanzionatorio maggiormente afflittivo, quale la fattispecie incriminatrice associativa di tipo mafioso.

## 5.2. L'assoggettamento e l'omertà.

In base alla più recente giurisprudenza citata<sup>71</sup>, l'assoggettamento e l'omertà rappresentano gli “eventi” che devono scaturire dalla forza intimidatoria, cioè i fatti che devono formare oggetto di prova<sup>72</sup>.

L'assoggettamento deve intendersi come una *“vera e propria succubanza psicologica e sottomissione, non momentanea od occasionale, riguardante un numero apprezzabile di persone e nella quale si riflettono gli elementi di diffusività e durata caratterizzanti la forza di intimidazione”*; l'omertà è definibile come il rifiuto *“generalizzato”* o *“sufficientemente diffuso”* di collaborare con gli organi dello Stato, che si esprime in condotte di reticenza con l'autorità e di favoreggiamento nei confronti dei membri del sodalizio<sup>73</sup>.

Ritiene la Corte che il costante assoggettamento delle vittime abbia creato in loro un forte stato di sudditanza psicologica, legato non solo alla violenza ma soprattutto alla compattezza e solidità del gruppo nel controllo del territorio di riferimento. Nel caso di specie, tali elementi sono stati dalla Corte ricavati dall'assenza di reazioni da parte delle vittime alle reiterate violenze, sopraffazioni, minacce, privazioni patite anche per lunghi periodi, dalla carenza di denunce e dai silenzi registrati nel giudizio, anche da parte degli stessi Spada vittime di attentati, nonché dalla reticenza dei testimoni a seguito dell'omicidio.

Quanto all'omertà, la Corte ha fatto proprio quell'orientamento della giurisprudenza di legittimità che ritiene non necessaria una generalizzata e sostanziale adesione alla subcultura mafiosa, né una situazione di generale terrore, essendo sufficiente che il rifiuto di collaborare sia

sufficientemente diffuso<sup>74</sup>. Invero, ritiene superata la soglia minima a fronte di casi di clamorosa reticenza, da parte dei soggetti coinvolti, dei loro familiari, nonché da terzi estranei alle vicende criminose. Emblematica è stato il silenzio dei testimoni oculari presenti al fatto di sangue dell'omicidio di Galleoni e Antonini avvenuto in pieno giorno in un bar, di cui nessuno è stato in grado di fornire informazioni o descrizione sui responsabili. Il fatto è stato considerato alquanto eclatante, poiché alcuni avventori avevano indosso tracce di particelle compatibili con la polvere d'innescò dei bossoli, e si trovavano, dunque, a pochi metri di distanza. Nel caso dell'aggressione al giornalista Piervincenzi, peraltro, gli involontari spettatori avevano immediatamente chiuso le finestre e nessuno era accorso in suo soccorso, benché sanguinante.

Dalla disamina di quanto descritto, la Corte ritiene la sussistenza di tutti gli elementi che integrano la fattispecie associativa contestata, palesandone il relativo coefficiente di offensività e gravità. I numerosi settori illeciti di intervento, la delimitata area territoriale attinta dall'egemonia del sodalizio, la caratura criminale del clan e dei suoi esponenti e il loro stretto vincolo, la manifestazione esterna del potere decisionale, la sudditanza delle vittime, l'intensità dell'assoggettamento omertoso, compongono un quadro che rappresenta un emblematico esempio di cd. mafia autoctona o locale, che persegue obiettivi delineati dall'art. 416 bis comma 3 c.p., attraverso la metodologia ivi indicata.

## 6. Conclusioni.

In conclusione, la Corte di Assise di Appello, confermando la sentenza di primo grado, ritiene che il complesso degli elementi analizzati dimostri in modo incontrovertibile l'esistenza di un'associazione delinquenziale facente capo alla famiglia Spada, operante in Ostia a far data dal 2004.

La Corte, riportando analiticamente passaggi chiave della sentenza Fasciani, statuisce che gli indici di valutazione, così come enucleati dalla giurisprudenza di legittimità, consentono un'applicazione dell'art. 416 bis c.p. coerente e rispettosa del principio di tipicità, dichiarandoli perfettamente riconoscibili nella struttura associativa, nella storia e nei reati specifici attribuiti al clan Spada.

Senza dubbio la sentenza in commento ha analizzato il quadro probatorio anche alla luce della

giurisprudenza di legittimità occorsa nelle more del processo di impugnazione. Ciò detto, tale pronuncia ha il merito di essere una concreta applicazione dell'art. 416 bis c.p. ad una mafia non tradizionale, ritenendo provata l'esistenza di un'associazione mafiosa in contesto socioculturale sicuramente mutato rispetto a quelli che avevano fornito la base per la fattispecie di reato introdotta dalla legge Rognoni-La Torre.

Non si tratta, dunque, di applicazione analogica della fattispecie ma di una normale applicazione del fatto tipizzato. Prevale, invero, l'interpretazione che richiede requisiti di capacità di intimidazione attuale, concreta, obiettiva e certamente rispettosa dei principi di diritto, nonché sostenuta da un'argomentazione giuridica priva di aporie logiche, in grado di valutare scientemente il compendio probatorio ad essa sotteso.

La Corte giunge ad una possibile applicazione del paradigma di cui al comma 3 dell'art. 416 bis c.p. in una chiave evolutiva. Tuttavia, la centralità anche sociologica del comma 3 dell'art. 416 bis c.p., da cui siamo partiti nell'esame della pronuncia, ha comportato una vasta interpretazione giurisprudenziale del metodo mafioso quale valvola di sfogo che consente di trasfondere, sul piano normativo, strumenti sociologici necessari al contrasto di un fenomeno criminale in costante evoluzione e le cui forme di espressione ed infiltrazione nel territorio stanno cambiando. Da tali rilievi appare del tutto fisiologico il rischio di un'interpretazione estensiva della fattispecie di associazione mafiosa, a scapito della tipicità.

Se non si può, dunque, prescindere dal rispetto dei principi di tassatività, determinatezza e materialità, che impongono un'esteriorizzazione del metodo mafioso, tuttavia, non può non considerarsi che le mafie non tradizionali possono adottare approcci differenti non meno insidiosi e pericolosi rispetto alle mafie storiche.

L'interpretazione evolutiva dell'art. 416 bis c.p. in chiave di offensività e proporzionalità sembra allora l'unica posizione possibile: il dialogo tra diritto e prova rimane costante ma non è la legge ad inseguire il fatto, bensì è quest'ultimo ad essere sussunto nei criteri normativi.

**Giulia Morello**

Dottoressa in Giurisprudenza.

<sup>1</sup> Gli stessi indagati fanno riferimento al riferimento al “sistema Ostia” per le vicende criminali che riguardano il litorale romano: il termine è lo stesso con cui ci si riferisce alla Camorra, da tempo denominata con l’appellativo “O’ sistema”, ne il V Rapporto Mafie nel Lazio, a cura dell’Osservatorio Tecnico Scientifico per la Sicurezza e la Legalità della Regione Lazio, 52.

<sup>2</sup> Per la ricostruzione dei fatti si fa riferimento a Corte d’Assise di Appello di Roma, Sez. I, 12.1.2021, dep. 10.3.2021, n. 2, 2 in riforma della sentenza della Corte di Assise di Roma 24.9.2019; nonché Corte d’Appello di Roma, Sez. II Penale, 15.06.2020, n. 5059, in riforma della sentenza Gip del Trib. Roma, 18.10.2018, dep. 14.1.2019, n. 1897.

<sup>3</sup> Il collaboratore di giustizia, Sebastiano Cassia, nel 2012 ha rilasciato dichiarazioni sull’alleanza tra gli Spada di Ostia e i Fasciani, fornendo un quadro della situazione esistente ad Ostia negli anni 2010-2012, caratterizzata da una prevalenza dei Fasciani e dalla progressiva ascesa degli Spada. In Corte d’Appello di Roma, Sez. II Penale, 15.06.2020, n. 5059, cit.

<sup>4</sup> Roma, maxiprocesso clan Spada: “è mafia”. Confermati gli ergastoli per Roberto e Ottavio, in Repubblica, 12 gennaio 2021.

<sup>5</sup> Cass., Sez. II, 29.11.2019, dep. 16.03.2020, n. 10255. Di qui “Sentenza Fasciani” n. 10255/2020.

<sup>6</sup> Cass., Sez. V, 13.11.2019, dep. 2020, n. 6764.

<sup>7</sup> È del 29 maggio 2021 la notizia dell’arresto di Francesco Spada e Juan Carlos Spada, che dimostra quanto ancora sia attuale l’insediamento del clan Spada nel territorio lidense. Ostia: fratelli Spada arrestati, madre stanca di vedere i figli schiavi della droga li denuncia, in Corriere della sera, 29 maggio 2021.

<sup>8</sup> Cass., Sez. II, 30.01.2020, n. 7847.

<sup>9</sup> Cass., 30.03.2020, n. 12417.

<sup>10</sup> Corte d’Appello di Roma, Sez. II Penale, 15.06.2020, n. 5059 cit.

<sup>11</sup> G. Amarelli, Associazione di tipo mafioso e mafie non tradizionali – Le mafie autoctone alla prova della giurisprudenza: accordi e disaccordi sul metodo mafioso, in Giur. It., 2018, 4, 954; C. Visconti, “Non basta la parola mafia”: la Cassazione scolpisce il “fatto da provare per un’applicazione ragionevole dell’art. 416-bis alle associazioni criminali autoctone, in Sist. Pen., 24 marzo 2020; A. Manna e A. De Lia, “Nuove mafie” e vecchie perplessità. Brevi note a margine di una recente pronuncia della Cassazione, in Arch. Pen., 1/2020, 1ss.

<sup>12</sup> Con precipuo riferimento al c.d. “clan Spada” si veda Cass., Sez. V, 4 ottobre 2018, in CED Cass., n. 274120.

<sup>13</sup> C. Visconti e I. Merenda, Metodo mafioso e partecipazione associativa nell’art. 416-bis c.p. tra teoria e diritto vivente, in E. Mezzetti – L. Luparia Donati, Legislazione antimafia, Zanichelli, Bologna, 2020, nonché come estratto in Dir. Pen. cont. 2019.

<sup>14</sup> Per un’attenta disamina sul tema dell’affiliazione rituale e sugli ultimi approdi della giurisprudenza si veda V. Maiello, L’affiliazione rituale alle mafie storiche al vaglio delle Sezioni Unite, in Sist. Pen., 5/2021, 5ss. Le Sezioni Unite hanno recentemente affermato che il rito di affiliazione può avere valore indiziario, ma è necessaria la prova dello stabile inserimento ai fini della configurabilità della partecipazione all’associazione di stampo mafioso Cass., Sez. Un., 27 maggio 2021.

<sup>15</sup> Corte Costituzionale, n. 236 del 2016; n. 40 del 2019 e, in tema di sanzioni “punitive” sentenza n. 112 del 2019.

<sup>16</sup> Tra le tante Cass., Sez. V., 13.06.2018, n. 44156, Rv. 274120; Sez. V, 20.5.2019, n. 26427, Rv. 276894; Sez. V, 8.2.2018, n. 21530, Rv. 273025; Sez. II, 30.01.2020, 7847; Sez. V., 13.11.2019, n. 6764 cit.

<sup>17</sup> La Corte d’Appello di Roma, Sez. II penale, ha confermato in data 7 giugno 2021 l’associazione mafiosa in capo al sodalizio, riconosciuta dal Gup del Tribunale di Roma con sentenza del 11.06.2020, n. 01061. Alla stessa conclusione era giunta la Suprema Corte in sede di riesame Cass., Sez. V, 20.05.2019, n. 26427, Rv. 276894-01.

<sup>18</sup> Cass., Ufficio del Massimario e del Ruolo, Relazione tematica su criminalità organizzata: punti fermi, questioni aperte e linee evolutive alla luce della più recente giurisprudenza di legittimità n. 83/20, 30.

<sup>19</sup> G. Insolera e T. Guerini, Diritto penale e criminalità organizzata, 19 dicembre 2018, 75ss; C. Visconti e I. Merenda, *Metodo mafioso e partecipazione associativa*, cit.; G. Insolera, *Guardando nel caleidoscopio. Antimafia, antipolitica, potere giudiziario*, in *Ind. pen.*, 2015, 223; R. M. Sparagna, Metodo mafioso e c.d. mafia silente nei più recenti approdi giurisprudenziali, in *Dir. Pen. Cont.*, 10 novembre 2015; A. Bargi, *Il ‘doppio binario’ nell’accertamento dei fatti di mafia*, in *Il Processo Penale*, A. Gaito e G. Spangher (a cura di), Torino, 2013.

<sup>20</sup> “Secondo l’ormai consolidata elaborazione giurisprudenziale [...] *la condizione di assoggettamento e omertà deve essere sufficientemente diffusa, anche se non generale*” in Cass., Pen., Sez. VI., 12.6.2020, dep. 19.11.2020 n. 18125, in *Giur. Pen.*, 2020, 284 di qui “Sentenza Mafia Capitale” n. 18125/2020; nello stesso senso la giurisprudenza dominante Cass. Sez. I, n. 55359 del 17.06.2016, Pesce, Rv. 269043; Sez. VI, 12.05.2016, n. 44667, Camarda, Rv. 268676; Cass. Pen., Sez. VI, 16.09.2015, n. 50064, Barba, Rv. 265656; Sez. II, 30.04.2015, n. 34147, Agostino, Rv. 264623; Cass., Sez. II, 24.04.2012, Barbaro, Rv. 254031.

<sup>21</sup> G. Fiandaca, L’associazione di tipo mafioso nelle prime applicazioni giurisprudenziali, *Il Foro Italiano*, 1985, Vol. 108, n. 10, 301s; G. Turone, *Il delitto di associazione mafiosa*, Milano, III ed., 2015, 1ss.

- <sup>22</sup> Per un approfondimento sul punto C. Visconti, “La mafia è dappertutto, Falso!”, Laterza, 2016, 1-125; Cass., Sez. Un., Ordinanza di restituzione degli atti ex art. 172 disp att. c.p.p. 17 luglio 2019. In senso critico G. Amarelli, *Mafie delocalizzate: le Sezioni Unite risolvono (?) il contrasto sulla configurabilità dell’art. 416-bis c.p. ‘non decidendo’*, in *Sist.Pen.*, 18 novembre 2019 e C. Visconti, *La mafia “muta” non integra gli estremi del comma 3 dell’art. 416-bis c.p.: le Sezioni Unite non intervengono, la I Sezione fa da sé*, in *Sist.Pen.*, 22 gennaio 2020. Precedentemente C. Visconti, *Mafie straniere e ‘Ndrangheta al nord, una sfida alla tenuta dell’art. 416-bis c.p.’*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2015, 1, in riferimento al primo tentativo di rimessione alle Sezioni Unite ed al provvedimento presidenziale di restituzione degli atti del 28 aprile 2015.
- <sup>23</sup> A. Balsamo e S. Recchione, *Mafie al Nord. L’interpretazione dell’art. 416 bis c.p. e l’efficacia degli strumenti di contrasto*, in *Dir. pen. Cont.*, 18 ottobre 2013. Si veda anche F. Serraino, *Associazioni ‘ndranghetiste di nuovo insediamento e problemi applicativi dell’art. 416 bis c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 297ss.
- <sup>24</sup> A. Abukar Hayo, *Il “sistema” corruttivo della c.d. “Mafia capitale” non costituisce un’associazione di stampo mafioso di nuovo conio (nota alla sentenza n. 18125/2020)*, in *DirittodiDifesa*, 2020; in giurisprudenza, tra le tante Cass. Sez. I, 10.1.2012, n. 5888, Garcea.
- <sup>25</sup> In senso critico L. Fornari, *Il metodo mafioso: dall’effettività dei requisiti al “pericolo d’intimidazione” derivante da un contesto criminale?*, in *Dir. Pen. Cont.*, 9 giugno 2016, 20.
- <sup>26</sup> Per una panoramica sulle questioni R. Giovagnoli, *Manuale di diritto penale. Parte Speciale*, ITAedizioni, 2021, 231.
- <sup>27</sup> In questi termini, L. Fornari, *Il metodo mafioso*, cit. 15ss.
- <sup>28</sup> A. Ingroia, *L’associazione di tipo mafioso*, Milano, 1993, 63ss.
- <sup>29</sup> Sul punto è particolarmente nota Cass. Sez. VI, 10.6.1989, n. 11204, Teardo.
- <sup>30</sup> E. Mezzetti, *I Reati contro l’ordine pubblico*, in *Questioni fondamentali della parte speciale di diritto penale*, Fiorella (a cura di), Torino, 2012, 382.
- <sup>31</sup> G. Amarelli, *Associazione di tipo mafioso e mafie non tradizionali – Le mafie autoctone alla prova della giurisprudenza: accordi e disaccordi sul metodo mafioso*, cit.
- <sup>32</sup> Si pensi ai casi di associazioni dedite alla commissione di reati con elemento costitutivo rappresentato dalla minaccia e dalla violenza (rapina, estorsione) o che di fatto la implicano (usura, sfruttamento della prostituzione, traffico di sostanze).
- <sup>33</sup> G. Fiandaca, *Prima lezione di diritto penale*, Bari, 2017, 139 ss.
- <sup>34</sup> E. Cipani, *L’art. 416-bis c.p. alla luce della recente pronuncia di Cassazione nel processo cd. “mafia capitale”: una “fattispecie in movimento” nel rispetto del principio di tassatività e determinatezza*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 6; allo stesso modo, puntualmente C. Visconti e I. Merenda, *Metodo mafioso e partecipazione associativa*, cit.
- <sup>35</sup> V. verbatim C. GRECO, *Mafia capitale: il banco di prova dell’art. 416-bis c.p.*, in *Dir. Pen. Cont.*, 21.6.2019, 101. Allo stesso modo P. Pomanti, secondo cui “È sufficiente leggere i lavori della Commissione parlamentare d’inchiesta sul fenomeno della mafia in Sicilia istituita con la legge 20 dicembre 1962, n. 1720, come pure i risultati della Commissione parlamentare relativa alla prima legge antimafia del 31 maggio 1965, n. 575, per rendersi immediatamente conto a quale mafia il legislatore intendesse riferirsi con la previsione di cui all’art. 416-bis c.p.”, in *Principio di tassatività e metamorfosi della fattispecie: l’art. 416 bis c.p.*, in *Arch. Pen.*, 2017, 1.
- <sup>36</sup> C. Greco, *Mafia Capitale*, cit., 101.
- <sup>37</sup> G. Spagnolo, *Dai reati associativi ai reati a struttura mista*, in *Beni e tecniche della tutela penale*, Milano, 1987, 156.
- <sup>38</sup> C. Visconti, “La mafia è dappertutto, Falso!”, cit.
- <sup>39</sup> Si precisa che per “Mafia Ostiense” si intende principalmente la vicenda riferita al clan Fasciani, in quanto raggiunta la pronuncia definitiva la Suprema Corte che ne statuisce il carattere mafioso. Tuttavia, per il legame con il clan Spada, la definizione “Mafia Ostiense” ricomprende anche il clan Spada.
- <sup>40</sup> Sentenza *Mafia Capitale* n. 18125/2020, cit.
- <sup>41</sup> Sul punto C. Greco, *Mafia capitale*, cit., 95ss.
- <sup>42</sup> Si sottolinea come le due sentenze gemelle della Cassazione, intervenute in sede cautelare nel 2015, avevano avallato l’ipotesi di associazione di tipo mafioso. Cass. Pen., Sez. VI, 10.3.2015, n. 24535 e 24536, in *Dir. Pen. Cont.*, 15.6.2015, con nota di C. Visconti, *A Roma una mafia c’è. E si vede...*, in *Dir. pen. con.*, 15 giugno 2015, 1ss.
- <sup>43</sup> G. Amarelli, *Associazione di tipo mafioso e mafie non tradizionali – mafie autoctone: senza metodo mafioso non si applica l’art. 416-bis c.p.*, *Giur.it.*, 2020, 10, 2249; C. Visconti, “Non basta la parola mafia”, cit.
- <sup>44</sup> Cass., Pen. Sez. VI., 26.10.2017, n. 57896, sul punto in senso critico G. Amarelli, *Associazione di tipo mafioso e mafie non tradizionali – Le mafie autoctone alla prova della giurisprudenza*, cit.
- <sup>45</sup> “Nell’odierno diritto penale ancorato al principio di legalità non possono esserci spazi per una ‘creazione libera’ di fattispecie di reato per mano della giurisprudenza”. In questi termini G. Amarelli, *Contiguità mafiosa e controllo penale: dall’euforia giurisprudenziale al ritorno alla legalità*, G. Acocella (a cura di), Torino, 2018, 87-112; in giurisprudenza “il metodo – per integrare la fattispecie incriminatrice – allorchè attenga a struttura autonoma ed originale, caratterizzata dal proposito di utilizzare la stessa metodica delinquenziale delle mafie storiche, debba andare al di

là di una mera dichiarazione di intenti, altrimenti rischiando di far sconfinare il “tipo” normativo in connotazioni meramente soggettivistiche, sulla falsariga di modelli di “tipo d’autore”, ormai preclusi al sistema” Cass., Sez. II., 28.3.2017, n. 24850, Rv. 270290.

<sup>46</sup> Sul concetto di ‘riserva di violenza’ si veda C. Greco, *Mafia capitale*, cit., 100 nota 4, in cui evidenzia come il Tribunale di primo grado, nella vicenda *Mafia Capitale*, avesse ritenuto il concetto di riserva di violenza, frutto di pregresse manifestazioni della forza di intimidazione, applicabile esclusivamente alle mafie derivate. Partendo da tale considerazione, critica la sovrapposizione delle nozioni di ‘intimidazione meramente potenziale’ e ‘riserva di violenza’ in quanto espressione di concetti diversi, nonostante la giurisprudenza non sia unanime nel loro utilizzo. Invero, tendenzialmente per ‘intimidazione meramente potenziale’ si intende che non è necessaria alcuna esternazione del metodo mafioso, poiché il sodalizio gode di un collegamento stabile con la mafia tradizionale e per ciò solo è pericoloso. L’espressione ‘riserva di violenza’ viene, invece, frequentemente utilizzata per ipotesi in cui il sodalizio abbia acquistato un patrimonio intimidatorio – attraverso atti violenza – e nella successiva fase non pone ponga più in essere questo tipo di condotte violente, avvalendosi del patrimonio criminale già acquisito. Ciò detto, conclude (condivisibilmente) che se può sostenersi che la nozione di intimidazione potenziale sia ipotizzabile solo rispetto alle mafie derivate, non altrettanto può affermarsi rispetto alla riserva di violenza. Nella prassi è, infatti, possibile che un sodalizio di nuova formazione viva una prima fase di costruzione della riserva di violenza, ed una seconda fase in cui non ha più la necessità di compiere atti violenti in quanto sufficientemente ‘intimidatorio’ di per sé. In Tribunale Ordinario di Roma, 20.07.2017, n. 17730, 3056 ss.

<sup>47</sup> Precedentemente, le sentenze della Cassazione sulla misura cautelare, avevano ritenuto superfluo il riscontro di un effettivo utilizzo della forza intimidatrice, ritenendone sufficiente “l’occupazione dello spazio amministrativo ed istituzionale attraverso un uso criminale delle forme di esercizio della pubblica potestas, sul possibile ricorso ad una forza intimidatrice autonoma del vincolo associativo, da questo direttamente originata e in quanto tale percepita, anche all’esterno, come un elemento strutturale permanente del sodalizio. In esso si erano manifestate sia la capacità potenziale di sprigionare, per il solo fatto della sua esistenza, una pressione idonea a suscitare soggezione verso i soggetti non affiliati all’organizzazione”. in A. Manna e A. De Lia, “Nuove mafie” e vecchie perplessità., cit., 10; Cass., Sez. II, 25 novembre 2015, n. 46652, in *Pluris*; nonché Cass., Sez. VI, 9.06.2015, n. 24535 e 24536.

<sup>48</sup> A. Abukar Hayo, Il “sistema” corruttivo della c.d. “Mafia capitale” non costituisce un’associazione di stampo mafioso di nuovo conio (nota alla sentenza n. 18125/2020), cit.; L. Della Ragione, “Mafia Capitale” e “Mafia Corrotta”: la parola definitiva della Suprema Corte nel processo di stabilizzazione giurisprudenziale dell’associazione di tipo mafioso, in *Legislazione Penale*, 21.10.2020, 26s.

<sup>49</sup> Sentenza *Mafia Capitale* n. 18125/2020, cit., 325.

<sup>50</sup> Sentenza *Mafia Capitale* n. 18125/2020, cit., 326.

<sup>51</sup> E. Mezzetti, *Quel che resta di “Mafia Capitale”*, in *Discrimen*, 25.11.2020, 1ss.

<sup>52</sup> D. Falcinelli, *Della Mafia e di altri demoni. Storie di mafie e racconto penale della tipicità mafiosa* (Spunti critici estratti dal sigillo processuale su *Mafia Capitale*, in *Archivio Penale*, 2/2020, 1ss.

<sup>53</sup> E. Mezzetti, *Quel che resta di “Mafia Capitale”*, cit., 3.

<sup>54</sup> E. Damante, Art. 416 bis c.p. e associazioni criminali “senza nome”: la Cassazione propone uno “screening di mafiosità” con riferimento al Clan Fasciani di Ostia, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 4.

<sup>55</sup> G. Amarelli, *Associazione di tipo mafioso e mafie non tradizionali – mafie autoctone: senza metodo mafioso non si applica l’art. 416-bis c.p.*, cit.

<sup>56</sup> G. Amarelli, *Associazione di tipo mafioso e mafie non tradizionali.*, cit.

<sup>57</sup> Cass. Sez. Un., 12 luglio 2005, n. 33748.

<sup>58</sup> E. Mezzetti, *Quel che resta di “Mafia Capitale”*, cit. 4 secondo cui “Si tenta così di arginare quella giurisprudenza talvolta definita creativa, che offre una “liquida” interpretazione del metodo mafioso rischiando di alimentare una deriva estensiva della fattispecie di associazione mafiosa, come delitto a geometria variabile”.

<sup>59</sup> Sentenza *Fasciani* n. 10255/2020, cit., 71.

<sup>60</sup> L. Della Ragione, “Mafia Capitale” e “Mafia Corrotta” cit., 40 “Pare dunque condivisibile l’idea di una elaborazione legislativa di “indici di mafiosità”, che veicolino ex ante e vincolino l’attività interpretativa del giudice, segnatamente nell’individuazione di una serie di manifestazioni empiricamente percepibili, espressamente previste, riconducibili alla esteriorizzazione della cifra mafiosa, attingendo altresì alla migliore elaborazione giurisprudenziale che ha circoscritto in chiave letterale e garantista la fattispecie associativa mafiosa”.

<sup>61</sup> Sentenza *Fasciani* n. 10255/2020, cit.; nonché Cass., Sez. V, 13.06.2018, n. 44156, Rv. 274120.

<sup>62</sup> In questi termini, utilizzando i criteri statuiti dalla sentenza *Fasciani*, la Corte d’Appello di Roma, Sez. II Penale, 15.06.2020, n. 5059, cit. 13.

<sup>63</sup> Corte d’Assise di Appello di Roma, Sez. I, 12.1.2021, n. 2, cit. 164ss.



- <sup>64</sup> Così la Corte d'Assise di Appello di Roma, richiamando la sentenza di primo grado in Corte d'Assise di Appello di Roma, Sez. I, 12.1.2021, n. 2, cit., 30ss.
- <sup>65</sup> Corte d'Assise di Appello di Roma, Sez. I, 12.1.2021, n.2, cit. 165.
- <sup>66</sup> Cass., Sez. VI, 13.06.2017, n. 41772, Rv. 271102.
- <sup>67</sup> Cass., Sez. II, 4.04.2017, n. 24851, Rv. 270442; Sez. II, 19.06.2017, n. 36311, Rv. 271192.
- <sup>68</sup> Cass., Sez. VI., 5.6.2014, n. 30059.
- <sup>69</sup> Cass., Sez. II, 16.4.2013, n. 19483, Avallone.
- <sup>70</sup> Con queste parole la sentenza Fasciani n. 10255/2020, cit. Negli stessi termini si è espressa Corte d'Appello di Roma, Sez. Il Penale, 15.06.2020, n. 5059, cit.
- <sup>71</sup> Il riferimento è principalmente alla Sentenza Fasciani n. 10255/2020, cit.
- <sup>72</sup> C. Visconti e I. Merenda, Il metodo mafioso, cit.
- <sup>73</sup> L. Fornari, Il metodo mafioso, cit., 7.
- <sup>74</sup> Così giurisprudenza consolidata Cass., Sez. VI, 10.06.1989, dep. 22.08.1989, n. 11204; nello stesso senso v. Sez. VI, 11.01.2000, dep. 10.02.2000, n. 1612, Rv. 216634; Sez. F, 12.09.2013 dep. 31.10.2013, n. 44315, Rv. 258637; nonché Sez. VI, 10.04.2015, dep. 9.06.2015, n. 24536.

## Ospedali in cerca di regole e valori: i modelli organizzativi quale argine alle infiltrazioni della criminalità organizzata in Sanità.

di **F. P. Bisceglia**

Il presente lavoro analizza il crescente ruolo dei modelli organizzativi ex d. lgs. 231/2001 nel settore sanitario, non solo nella prevenzione di reati ma anche quali presidi di efficienza, buon andamento, continuità e trasparenza.

Si sofferma in seguito sui principali profili di analisi e mappatura dei rischi nonché sulle cautele atte a fronteggiare situazioni di conflitto d'interesse e trasversale omertà ambientale.

Inoltre, l'emergenza epidemiologica in atto e il conseguente incremento del rischio di infiltrazioni della criminalità organizzata forniscono l'occasione per interrogarsi sul sistema dei controlli e sul ruolo dell'Organismo di Vigilanza, allo stato, secondo dottrina e giurisprudenza prevalenti, sprovvisto di un'autonoma posizione di garanzia e, dunque, di responsabilità penale.

In conclusione, è ventilata la possibilità che un'efficace attuazione del modello – con effettiva collaborazione di coloro che, a vario titolo, ne sono coinvolti – passi necessariamente attraverso una componente culturale di formazione su temi non strettamente aziendalistici ma inerenti all'etica e alla legalità.

**Sommario.** **1.** Scenari di sanità insalubre: la piaga delle infiltrazioni mafiose e del “malaffare” nel sistema complesso sanitario. – **2.** I modelli organizzativi in Sanità: verso una progressiva estensione del *range* applicativo. – **2.1.** La questione degli enti a soggettività pubblica: ostacoli, soluzioni possibiliste e maggiori opportunità di una *compliance* integrata. – **3.** Analisi, mappatura dei rischi e protocolli di prevenzione. – **3.1.** L'incerto statuto dei reati associativi all'interno del MOG 231. – **3.2** La preferibile enfasi sulle fattispecie corruttive. *Focus* su alcune aree a rischio. – **4.** L'essenzialità delle prescrizioni “a maglie larghe” del Codice Etico. – **5.** La crucialità del sistema di controlli. In particolare, il ruolo dell'Organismo di Vigilanza anche alla luce dell'emergenza epidemiologica da *Covid 19*. – **6.** Considerazioni conclusive. Il ruolo della motivazione culturale nel passaggio “dalla forma alla sostanza”.

### 1. Scenari di sanità insalubre: la piaga delle infiltrazioni mafiose e del “malaffare” nel sistema complesso sanitario.

Negli ultimi tempi, l'ingerenza delle mafie nelle scelte amministrative si è manifestata anche nel comparto sanitario, con ripercussioni sulla qualità dei servizi garantiti agli utenti e sugli equilibri finanziari delle singole aziende. Ciò ha altresì determinato, nei casi più gravi, il ricorso a provvedimenti di scioglimento di aziende sanitarie ed ospedaliere ai sensi dell'art. 143 del T.U sugli enti locali<sup>1</sup>.

Come rilevato da più parti<sup>2</sup>, l'essenza dei rischi cui il settore è esposto nei confronti della criminalità organizzata e – più in generale – della corruzione e del malaffare<sup>3</sup>, è costituita da alcune peculiarità dello stesso.

*In primis*, la Sanità gestisce ingenti risorse economiche e si presta quindi a divenire terreno di operazioni di varia natura (dal riciclaggio di denaro

all'aumento del giro d'affari; dallo sbocco occupazionale al controllo dei territori).

Le organizzazioni mafiose inoltre hanno bisogno di instaurare rapporti con ambienti in grado di facilitare il collegamento con settori importanti dell'apparato statale e della politica, di cui necessitano per proteggere ed allargare i loro interessi<sup>4</sup>.

Nemmeno andrebbe trascurato il fatto che i *clan* hanno bisogno di strutture in grado di garantire l'assistenza sanitaria ai propri affiliati in condizioni di particolare riservatezza e hanno necessità di professionisti in grado di fornire perizie mediche compiacenti.

Oltre alla presenza di dette condizioni naturali d'interesse, elementi di debolezza predispongono lo stesso tessuto sanitario a frequenti episodi di corruzione, alimentando la permeabilità del sistema ad ingerenze mafiose.

Anzitutto, dalla massiccia complessità tecnica e scientifica intrinseca al settore derivano scambi e

relazioni fondate su un accentuata asimmetria informativa. Il superamento del fisiologico divario conoscitivo che caratterizza i diversi interlocutori dell'ambiente sanitario genera situazioni di conflitto d'interesse, agevolando condotte illegali e conseguenti ricadute sulla reputazione dell'intero sistema sanitario.

Si pensi, in proposito, al rapporto che lega il paziente, debole e poco informato, al medico che agisce in sua vece rispetto al sistema sanitario nazionale, determinando di fatto sia la domanda che l'offerta sanitaria. Ancora, alla ricerca scientifica finanziata da ingenti capitali provenienti in gran parte da aziende produttrici di tecnologia e farmaci. In entrambi i casi, gli interessi sanitari primari – ovvero la salute dei pazienti e la veridicità dei risultati di ricerca – rischiano di essere surclassati da interessi secondari, come la ricerca del profitto.

L'elevata tecnicità del settore si riflette poi sulla funzione di monitoraggio da parte del personale specializzato; tale attività riveste infatti un ruolo cruciale nella prevenzione della corruzione nelle aziende sanitarie. Non a caso, è proprio nella carenza di sistema di controllo che la Corte dei Conti ha rinvenuto la causa della presenza nel settore sanitario di facili intrecci tra veri e propri episodi di malaffare e aspetti di cattiva gestione.

Ed è proprio l'inefficienza amministrativa, notoriamente associata al settore sanitario, a costituire ulteriore elemento di fragilità e apertura a condotte criminali interne ed esterne<sup>5</sup>.

Così, eccesso di burocrazia, mancanza di atti regolamentari, instabilità dei vertici, assenza di meritocrazia, abnorme contenzioso legale, bassa qualificazione professionale, dimensione dei debiti fuori bilancio, sono tutti fenomeni che possono essere considerati indicatori di inefficienza e al contempo di grave rischio di infiltrazioni criminali.

A titolo esemplificativo, *deficit* di sistema idonei a costituire punti d'attacco per la criminalità organizzata possono inoltre essere individuati:

- nella diffusa tendenza ad avvalersi per la gran parte dei servizi accessori – talvolta anche sanitari – di fornitori esterni;
- nel diretto inserimento di personale affiliato o comunque vicino ai clan, oppure attraverso il condizionamento di personale già presente nell'azienda;

- nelle procedure di acquisto di beni e servizi, sia nella fase di scelta del contraente che nella fase di esecuzione del contratto;
- con particolare riferimento alla sanità privata, nelle varie fasi della procedura di accreditamento.

Viene dunque in rilievo un rapporto complesso tra le organizzazioni criminali e l'ambiente in cui s'inseriscono. Come in una reazione a catena, le anomalie in capo al sistema sanitario favoriscono l'insorgere di attività illegali (corruttive) endogene, le quali contribuiscono ad abbassare il grado di legalità necessario a impedire una contaminazione criminale esogena. Dal canto suo, la mafia interagisce con le organizzazioni sanitarie con l'intento di plasmarne logiche e prospettive per adeguarle alle proprie finalità.

È chiaro a questo punto che, di fronte a un virus diffuso – che sviluppa continuamente nuove difese e adotta tecniche di aggressione sempre più insidiose, non ci si dovrebbe occupare di singoli episodi, talvolta eclatanti, ma è imprescindibile un intervento di sistema.

Ciò emerge chiaramente nell'aggiornamento del PNA del 2015<sup>6</sup>, in cui è stata introdotta una parte espressamente dedicata alla sanità, frutto del lavoro dell'apposito tavolo tecnico Tavolo tecnico istituito fra A.N.A.C., Ministero della Salute e l'Agenzia Nazionale per i servizi sanitari regionali (AGENAS). È infatti emersa la necessità di dotare l'Aggiornamento al PNA di un approfondimento dedicato al settore sanitario, viste le relative specificità, al fine di fornire gli strumenti di lettura della complessità del sistema, delineare e individuare le aree maggiormente esposte al rischio di corruzione e le relative misure preventive, allo scopo fondamentale di salvaguardare le competenze e le capacità professionali, contrastando efficacemente i comportamenti corruttivi. L'obiettivo dei redattori è stato dunque impartire agli enti del Sistema Sanitario specifiche raccomandazioni per contrastare i potenziali fattori di condizionamento, da osservare per la redazione ed attuazione dei rispettivi Piani Triennali di prevenzione della corruzione (PTPC), in particolare alla luce della complessità dell'organizzazione sanitaria e dello specifico sistema di relazioni esistenti. Sono quindi state fornite indicazioni sulla predisposizione dei Piani delle aziende sanitarie e degli altri soggetti ad esse equiparate, tenuto conto di elementi comuni ritenuti

obbligatori, orientando i destinatari in ordine al rafforzamento della gestione del rischio e alla prevenzione di eventuali fenomeni di corruzione per particolari aree sensibili.

Inoltre, a seguito del protocollo d'intesa del 21 aprile 2016 stipulato tra l'ANAC e Ministero della Salute e dell'atto integrativo del 26 luglio 2016 siglato anche dall'Agenzia Nazionale per i Servizi Sanitari Regionali (Agenas), l'ANAC ha approvato il Registro del personale ispettivo, composto da personale in servizio presso il Ministero della Salute e presso l'AGENAS. Il personale ispettivo inserito nel Registro ha il compito di collaborare e coadiuvare il personale ispettivo dell'ANAC nell'attività di verifica e monitoraggio dello stato di attuazione e implementazione delle misure di trasparenza e integrità e di prevenzione della corruzione da parte degli enti del Servizio Sanitario Nazionale in conformità al Piano Nazionale Anticorruzione – Sezione Sanità.

## 2. I modelli organizzativi in Sanità: verso una progressiva estensione del range applicativo.

Calibrato su esigenze sistemiche, nella consapevolezza che il reato d'impresa affonda le sue radici in una struttura organizzata dotata di una "meta-competenza" di gruppo, il d.lgs 231/2001 mira a incentivare l'adozione di modelli di comportamento destinati a prevenire i reati e a scoprirne l'esistenza.

Infatti, l'adozione di effettivi programmi di prevenzione e di riduzione del rischio-reato può determinare la dissociazione tra responsabilità (*id est* colpevolezza) della persona fisica e quella dell'ente nel cui interesse la prima ha agito<sup>7</sup>.

Nel corso degli anni, tuttavia, l'interesse verso l'implementazione del modello 231 si è posto in maniera strumentale: le imprese tendono a soppesare i costi, non esigui, del Modello di organizzazione, gestione e controllo con i benefici in termini economici e reputazionali conseguibili in virtù dell'adozione del medesimo<sup>8</sup>.

Invero, l'esenzione da responsabilità offerta dalla conformazione alla normativa di riferimento ha sempre costituito un debole argomento agli occhi degli imprenditori, così come i benefici all'immagine aziendale - indiretti ed a lungo termine - che ne conseguirebbero.

Ciononostante, nel corso dell'ultimo decennio, il fondare la propria politica aziendale sui principi e

sugli strumenti della "legalità preventiva", da facoltà e opportunità qual erano sta diventando un'esigenza o addirittura un obbligo.

A conferma soccorrono i numerosi interventi del Legislatore nazionale e regionale che hanno previsto l'adozione del Modello di organizzazione e gestione interno quale *condicio sine qua non* per contrarre con la pubblica Amministrazione<sup>9</sup>.

I modelli di organizzazione, gestione e controllo ex l. 231/2001 hanno assunto un ruolo cruciale anche nel settore sanitario non solo quale strumento di prevenzione dei reati contemplati dallo stesso decreto 231 (i reati-presupposto, tra cui, ad esempio, quelli legati alla gestione e allo smaltimento dei rifiuti speciali, oppure ai fenomeni corruttivi, nonché gli illeciti discendenti dalla violazione della normativa antinfortunistica) e dei fenomeni di "malasanità" in generale, ma anche quale presidio per l'efficienza, il buon andamento, la continuità e la trasparenza delle attività sanitarie in generale<sup>10</sup>.

Il legislatore ha così inteso attuare una progressiva "aziendalizzazione" degli enti ospedalieri", favorendo una gestione delle strutture orientata ai principi dell'economia di scala e del massimo efficientamento onde garantire, da un lato, un maggiore risparmio e, dall'altro, una congruenza tra le risorse pubbliche stanziare e il servizio sanitario offerto<sup>11</sup>.

Tale esigenza, a livello nazionale, ha trovato espressione nel decreto del Ministero della Salute 2 aprile 2015 n. 70<sup>12</sup>, "Regolamento recante definizione degli standard qualitativi, strutturali, tecnologici e quantitativi relativi all'assistenza ospedaliera". Si tratta di complesso documento di programmazione sanitaria che ridisegna sia la mappa che l'organizzazione dell'intera rete ospedaliera italiana. Nell'erogazione delle prestazioni sanitarie il regolamento ha inteso garantire livelli qualitativi appropriati e sicuri, favorendo, al contempo, una significativa riduzione dei costi nel rispetto dei Livelli Essenziali di Assistenza (LEA).

Lo stesso, peraltro, qualifica come doverosa l'adozione del Modello da parte delle società che operano con il Servizio Sanitario nazionale, anche quale indice di legalità e correttezza nell'organizzazione del servizio erogato.

Dal canto loro, diverse regioni hanno incentivato l'attuazione del decreto 231 da parte delle strutture eroganti servizi per la salute emanando apposite

leggi in materia o ricorrendo al diverso strumento delle linee guida, in considerazione della necessità di assicurare che le strutture sanitarie private garantiscano requisiti di affidabilità e onorabilità attraverso l'adozione di modelli organizzativi.

Si pensi alla Regione Lazio (Decreto del Commissario ad Acta U00183/2013), alla Regione Calabria (Legge Regionale n. 15/2008) e alla Regione Sicilia (Decreto 1179/2011 e 1180/2011) che aveva addirittura incentivato l'adozione del modello organizzativo 231 attraverso la previsione di un incremento (dell'1,2% per le case di cura e dello 0,2% per gli altri soggetti accreditati) sul *budget* delle strutture che avessero provveduto entro l'esercizio 2011.

Gli interventi normativi più recenti in tal senso sono stati quelli della Regione Veneto e della Regione Puglia. La prima, nell'ambito di un progetto di *spending review* del settore Sanità ha aggiornato, con delibera della giunta regionale n.2120 del 30 dicembre 2015, i requisiti di accreditamento. In tale occasione ha previsto, per gli enti già accreditati e per quelli che presentano nuove istanze di accreditamento, l'obbligo di adottare un Modello organizzativo, gestionale e di controllo ai sensi del d.lgs 231.

Analogamente, la Regione Puglia, con delibera della Giunta regionale del 6 Luglio 2016, ha definito la disciplina per tutte le strutture accreditate per le attività in regime di ricovero e per le case di cura private. Nel testo della delibera è chiaramente espressa l'intenzione di apportare una serie di modifiche allo schema contrattuale tipo adottato con la d.g.r. 1365/2015 intervenendo sul contenuto dello stesso: si prescrive che la struttura sanitaria privata che voglia essere accreditata dal Sistema Sanitario Nazionale deve garantire l'avvenuta applicazione, all'interno della propria organizzazione, delle norme di cui al decreto 231.

In siffatto contesto si è rilevato come anche la recente legge 24/2017 (meglio conosciuta come "Gelli-Bianco") paia destinata a incidere sulla *compliance* organizzativa cui sono tenute le strutture sanitarie. La stessa, infatti, sancisce in apertura che «la *sicurezza delle cure* si realizza anche mediante l'insieme di tutte le attività di prevenzione e gestione del rischio connesso all'erogazione di prestazioni sanitarie e l'utilizzo appropriato delle risorse strutturali, tecnologiche e organizzative»<sup>13</sup>.

Invero, a tacer del fatto che la gestione del rischio in Sanità è tematica ben più antica della *compliance* 231

(nonché che nella Gelli-Bianco si parla di rischio clinico e non di rischio reato), si tratta di profili solo in parte sovrapponibili. Vero è che l'attività di *risk management* nelle strutture sanitarie deve essere oggi attuata tramite protocolli organizzativi "integrati", volti anche a prevenire la commissione dei reati presupposto della 231, nonché a consentire agli operatori del settore di adeguarsi alle linee guida e alle buone pratiche. Tuttavia, nella prospettiva sopra illustrata, la prevenzione dei reati sembra più propriamente configurabile quale mero effetto collaterale positivo di un'ottimale gestione del rischio.

## 2.1. La questione degli enti a soggettività pubblica: ostacoli, soluzioni possibiliste e maggiori opportunità di una *compliance* integrata.

Venendo agli enti ospedalieri a soggettività pubblica, l'applicazione del D.lgs 231/2001 è questione che ha occupato dottrina e giurisprudenza per diverso tempo<sup>14</sup>.

Il decreto, infatti, se da un lato contempla tra i destinatari gli enti forniti di personalità giuridica e le società e associazioni anche prive di personalità giuridica<sup>15</sup>, ricomprendendo così tutti i soggetti privati del comparto Sanità (quali, ad esempio, società che gestiscono strutture ospedaliere, fondazioni di gestione, case di cura e le cliniche private), dall'altro espressamente esclude l'applicabilità della normativa agli «enti pubblici non economici» e a quelli «che svolgono funzioni di rilievo costituzionale», aprendo il campo all'interrogativo se vi siano enti sanitari pubblici, o assimilati, assoggettati al regime 231.

Tuttavia, i dubbi riguardanti l'applicabilità del decreto a quest'ultima categoria di enti appaiono oggi notevolmente ridimensionati in primo luogo alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale.

Infatti, il Supremo Consesso, ha chiarito - sebbene in via sporadica - che il d.lgs. 231 è applicabile anche agli *enti economici partecipati da enti pubblici*<sup>16</sup>. Detto principio si fonda su un'interpretazione letterale della norma di cui all'art. 1 e, segnatamente, si basa sull'esclusione di quegli enti che, oltre allo Stato e agli enti pubblici territoriali, svolgono attività di carattere non economico o di rilievo costituzionale.

In altri termini, «*ratio* dell'esenzione è quella di escludere dall'applicazione delle misure cautelari e

delle sanzioni previste dal d.lgs. 231/2001 enti non solo pubblici, ma che svolgano funzioni non economiche, istituzionalmente rilevanti, sotto il profilo dell'assetto costituzionale dello Stato amministrazione»<sup>17</sup>.

Per quanto riguarda nello specifico un ente ospedaliero organizzato nella forma di società "mista" (in quanto partecipata al 49% da capitale privato e per la restante percentuale a capitale pubblico) la Cassazione ha aggirato l'ostacolo della natura pubblica dell'ente, stabilendo che quest'ultima è condizione necessaria ma non sufficiente ai fini dell'esonero di cui al d.lgs. 231, dovendo altresì concorrere la condizione che l'ente medesimo non svolga attività economica, requisito carente nel caso in cui l'ospedale è costituito in forma di società per azioni rilevando come sia «*in re ipsa* la connotazione dell'economicità nelle società di capitali, poiché queste ultime sono costituite per l'esercizio di un'attività economica al fine di dividerne gli utili»<sup>18</sup>.

In maniera non dissimile dovrebbe concludersi per i due operatori cardine del Servizio Sanitario Nazionale ovvero le Aziende Sanitarie Locali e le Aziende Ospedaliere. L'ASL, in particolare, è definita è definita dall'art. 3 co. 1 bis del d.lgs. 502/1992, come novellato dal d.lgs. 229/1999, quale "ente con personalità di diritto pubblico sebbene dotato di autonomia imprenditoriale e professionalità nonché operante in base alle norme del diritto privato".

Tale definizione sembrerebbe consentire l'assimilazione dell'ASL e, conseguentemente, dell'AO ad un ente pubblico economico. In quest'ottica, pertanto, l'esigenza di ottimizzazione delle risorse e dei processi organizzativi e gestionali delle strutture sanitarie potrebbe richiedere l'adozione, sia pur sempre facoltativa, di un Modello Organizzativo corrispondente a quelli previsti dall'art. 6, d.lgs. n. 231/2001<sup>19</sup>.

In senso contrario, si rileva tradizionalmente la sussistenza di alcune cause ostative a siffatta qualificazione rinvenibili, da un lato, nel mancato esercizio di poteri autoritativi (prerogativa della Regione) e, dall'altro, nella circostanza di erogare un servizio di pubblico interesse prescindendo da finalità lucrative (atteso il vincolo del pareggio di bilancio tra costi e ricavi e la natura pubblica del sistema di finanziamento, nonché la fissazione amministrativa del prezzo delle prestazioni)<sup>20</sup>.

Nella prassi, tuttavia, sembrano strizzare un occhio alla soluzione affermativa talune esperienze regionali.

A questo riguardo, è opportuno segnalare le *Linee Guida* elaborate dalla Regione Lombardia «per l'adozione del codice etico e dei modelli di organizzazione e controllo delle aziende sanitarie locali e delle aziende ospedaliere» che, pur ribadendo l'astratta inapplicabilità delle disposizioni del d. lgs. n. 231/01 alle aziende sanitarie pubbliche, hanno stabilito in via sperimentale l'adozione, da parte di queste, di un Modello organizzativo e di un codice etico-comportamentale, quali ulteriori garanzie della migliore organizzazione e trasparenza delle loro attività<sup>21</sup>.

In tale ambito, si è ritenuto di individuare delle aree meritevoli di analisi nella fase sperimentale di introduzione del codice etico e dei modelli organizzativi (farmaceutica; acquisti beni e servizi; gestione magazzino; processi di reclutamento del personale; processi di acquisizione della protesica e materiale di consumo per laboratorio; piastra servizi nel processo di pre-ricovero per gli interventi in elezione; gestione rapporti con le aziende farmaceutiche; manutenzione apparecchiature elettromedicali; farmaceutica territoriale e coinvolgimento dei medici di base nel processo di valutazione dei consumi sanitari del territorio).

Inoltre, a mente delle interpretazioni largheggianti della giurisprudenza di legittimità, anche in prospettiva di una *moral suasion*, non può escludersi che, dinanzi un caso concreto, la stessa affermi l'applicabilità del d.lgs. 231 anche alle realtà in esame.

Un indizio in tal senso pare ricavarsi da Cass. 50497/2018<sup>22</sup> (in tema di responsabilità per morte di un paziente psichiatrico per mancata contenzione) in cui il ricorrente lamentava, tra le altre cose, l'assoluta negligenza dell'Azienda Ospedaliera che "non ha predisposto alcun modello organizzativo o protocollo per evitare la commissione di fatti di reato da parte del personale sanitario".

La Corte rigetta il motivo per l'assorbente considerazione che non è ammissibile la costituzione di parte civile nel processo instaurato per la responsabilità da reato dell'ente; tuttavia non pare negare in astratto la responsabilità ex d.lgs 231 dell'ente pubblico ospedaliero in esame ("ammettendo che vi siano gli estremi per far

accertare la responsabilità amministrativa dell'ente ospedaliero ex D.Lgs. n. 231 del 2001[...]).

Per quanto concerne nello specifico la prevenzione della corruzione, a dipanare ulteriormente le perplessità, è intervenuta l'attività regolatrice dell'Anac che ha fortemente raccomandato l'adozione del modello organizzativo anche da parte di società ed enti in controllo pubblico o a partecipazione pubblica, nonché degli enti pubblici economici.

Nella determinazione 1134/2017<sup>23</sup> si legge infatti che «Il co. 2 bis dell'art. 1 della l. 190/2012 (Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione), introdotto dal d.lgs. 97/2016 ha reso obbligatoria l'attuazione delle misure integrative del "modello 231" ma non ha reso obbligatoria l'adozione del modello medesimo, a pena di una alterazione dell'impostazione stessa del modello 231. *Tale adozione, ove le società non vi abbiano già provveduto è però fortemente raccomandata almeno contestualmente alle misure integrative anticorruzione.* Le società che decidano di non adottare il modello 231 e di limitarsi all'adozione del documento contenente le misure anticorruzione dovranno motivare tale decisione. L'ANAC, in sede di vigilanza, verificherà quindi l'adozione e la qualità delle misure di prevenzione della corruzione.

Le società, che abbiano o meno adottato il modello 231 definiscono le misure per la prevenzione della corruzione in relazione alle funzioni svolte e alla propria specificità organizzativa».

In aggiunta alle summenzionate considerazioni di carattere normativo e/o di indirizzo, si è rilevato come i vertici delle Aziende sanitarie dimostrano una crescente sensibilità e un sempre maggiore impegno verso la promozione di criteri di legalità, trasparenza, controllo e buona gestione, che possono trovare un'efficace e concreta manifestazione attraverso l'adozione su base volontaristica di un modello di gestione, organizzazione e controllo ex d.lgs 231<sup>24</sup>.

Naturalmente, ammettere l'applicabilità del decreto anche agli enti a soggettività pubblica rende evidente che le strategie della responsabilità da reato degli enti debbano giocoforza intersecarsi con quelle di prevenzione della corruzione (di cui alla l. 190/2012 e successive modifiche). Le due discipline, di prevenzione e contrasto, formalmente diverse in termini di *ratio* e scopo, presentano infatti numerose connessioni, a partire dal Piano triennale di

prevenzione della corruzione che, pur presentando una sua autonomia, deve comunque integrarsi con il modello organizzativo, se esistente<sup>25</sup>.

Entrambi i sistemi si fondano, infatti, sulla gestione del rischio individuato, richiedendo l'adozione e l'attuazione di misure organizzative e di procedure di gestione e controllo<sup>26</sup>.

A questo proposito è da evidenziare la valutazione della *compliance* 231 come condizione prodromica per l'applicazione del PNA sia per le aziende sanitarie pubbliche che per le aziende sanitarie private, convenzionate e accreditate.

Basti pensare alla rilevanza della 231 in base a quanto previsto dall'art. 1 co. 9 lett. e della l. 190 che prescrive di "monitorare i rapporti tra l'amministrazione e i soggetti che con la stessa stipulano contratti o che sono interessati a procedimenti di autorizzazione, concessione di vantaggi economici di qualunque genere". Infatti, per prevenire fenomeni di corruzione o di truffa ai danni della P.A. l'attenzione debba porsi non solo sul dipendente pubblico, quanto sul privato che corrompendo o truffando, trasforma di fatto il regime – fiduciario ancor prima che contrattuale – di accreditamento e convenzionamento da opportunità in minaccia, sia per il danno arrecato alla competizione sana e regolare che deve caratterizzato il mercato, sia per l'inevitabile danno che tale condotta comporta per le finanze pubbliche e, in ultima analisi ma in primari effetti per la salute del cittadino. Pertanto, coinvolgere verso un processo di *accountability* gli Organismi di Vigilanza e gli enti privati accreditati e convenzionati può costituire un potente strumento di prevenzione dei reati<sup>27</sup>.

Specularmente, la dottrina ha messo in evidenza come il maggior dettaglio contenutistico dei Piani anticorruzione non potrà non influenzare il contenuto (ex artt. 6 e 7 del d.lgs 231) dei modelli organizzativi<sup>28</sup>: il sistema dei piani anticorruzione, che è nato prendendo ispirazione da quello dei modelli organizzativi, potrebbe anche – in un futuro prossimo – influire sul contenuto di questi ultimi: ad esempio, per quanto riguarda il controllo dei termini procedurali o la regolamentazione del conflitto d'interessi (sul quale vd. specificamente *infra*).

Per quanto riguarda le società partecipate da enti pubblici, indicazioni del PNA, la parte speciale del modello 231 relativa ai reati contro la P.A. può

addirittura, a certe condizioni, costituire il Piano Anticorruzione della società partecipata.

Tuttavia, si ritiene preferibile aderire ad un approccio<sup>29</sup> che mantenga intatta la peculiare natura e funzione del Modello 231; nel modello e nella sua parte speciale relativa ai reati contro la P.A. è preferibile inserire esclusivamente i reati-presupposto tassativamente indicati dalla legge e quindi, avuto riguardo alla prevenzione della corruzione, i delitti di cui all'art. 25, d.lgs 231/2001, tralasciando il rischio di commissione di altri reati contro la PA (si pensi, ad esempio, all'abuso d'ufficio o all'omissione di atti d'ufficio) e, a maggior ragione, la gestione del rischio di utilizzo della funzione pubblica a fini privati.

Tali rischi andranno opportunamente individuati, descritti ed affrontati in un documento autonomo: appunto il *Piano Triennale per la Prevenzione della Corruzione e della Trasparenza*. Insomma, quel che si propone è una distinzione formale tra PTPC e Modello, tuttavia con importanti e frequenti momenti di raccordo. In particolare, sono state suggerite le seguenti soluzioni:

- l'esistenza del PTPC deve essere menzionata nell'ambito della Parte Generale del Modello, innanzitutto in sede di descrizione del sistema di controllo interno della società;
- i contenuti del PTPC (le aree a rischio) devono essere sinteticamente riportati nella descrizione delle cd. attività sensibili del Modello («in calce» a quelle direttamente rilevanti ai sensi del d.lgs. 231/2001);
- dovranno essere codificati idonei flussi informativi tra Responsabile per la Prevenzione della Corruzione e della Trasparenza (RPC) e Organismo di vigilanza (OdV). In alcune occasioni l'OdV potrebbe trovarsi ad affrontare situazioni non strettamente attinenti al reato di corruzione, ma alla *mala gestio* dell'ufficio, di potenziale interesse del RPC. Restano, beninteso, fermi i poteri dell'OdV che non possono in alcun modo essere limitati dall'esistenza di un «soggetto preposto» alla prevenzione della corruzione

Non v'è dubbio che la rilevanza dell'attività dell'OdV è superiore a quella del RPC, in quanto direttamente connessa all'integrazione dell'esimente ex art. 6, in caso di procedimento penale a carico della società partecipata:

- sul tema della formazione del personale in tema prevenzione della corruzione sarà opportuno un coordinamento tra i due soggetti;

- il sistema disciplinare aziendale dovrà fare riferimento, quale presupposto dell'applicazione di eventuali sanzioni, sia alle violazioni delle misure contenute nel Piano che a quelle contenute nel Modello.

### 3. Analisi, mappatura dei rischi e protocolli di prevenzione.

Secondo consolidata prassi operativa, il modello organizzativo – nella sua parte speciale<sup>30</sup> – deve contenere anzitutto la c.d. mappatura delle aree di rischio, ovvero delle aree delle attività potenzialmente idonee a veder realizzato al proprio interno un rischio reato.

In particolare l'analisi del rischio, concetto che in ambito sanitario risulta frequentemente riconducibile agli effetti causati da errori che si manifestano nel processo clinico-assistenziale, consiste nella valutazione delle probabilità che lo stesso si realizzi e delle conseguenze che potrebbe produrre per giungere alla determinazione del c.d. livello di rischio.

Si tratta di un'analisi che deve essere basata innanzitutto su una visione concreta ed economica dei principali fenomeni concernenti la realtà societaria e della sua storia<sup>31</sup>.

Si pensi, ad esempio, all'importanza della conoscenza delle vicende giudiziarie per l'individuazione dei c.d. fattori di rischio, vale a dire delle fattispecie illecite più ricorrenti, delle loro modalità di commissione e delle aree più vulnerabili. Secondariamente, in conseguenza di ciò, il Modello deve includere la previsione di specifici *protocolli* di gestione del rischio reato.

Infatti, utilizzando come base la complessa mappatura che deriverà dalla fase di *risk assessment*, l'azienda sanitaria procederà alla creazione, o al miglioramento, delle cautele adottate per contenere e diminuire il rischio di reato.

Come in ogni altro settore d'applicazione del D.lgs. 231/2001, le cautele sostanziali e procedurali devono essere improntate ai due fondamentali principi di trasparenza e segregazione delle funzioni<sup>32</sup>.

#### 3.1. L'incerto statuto dei reati associativi all'interno del MOG 231.

È bene precisare sin d'ora che vi sono reati il rischio della cui commissione è difficilmente fronteggiabile attraverso il modello organizzativo.

Tra essi spiccano proprio i reati associativi, definitivamente approdati nel catalogo dei reati presupposto della responsabilità degli enti mediante la previsione, ad opera della l.94/2009, dell'art. 24 *ter* (rubricato *Delitti di criminalità organizzata*)<sup>33</sup>. Insieme ad altri gravi delitti, dunque, l'associazione per delinquere semplice, quella di tipo mafioso e quella finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope sono oggi contemplate quale reato presupposto della responsabilità degli enti.

A riguardo, sebbene non possa escludersi che l'introduzione di questi reati sia stata indotta da una mala interpretazione dell'area applicativa della 231 (enti sani che occasionalmente delinquono), oggi si ritiene generalmente che le società debbano prevedere cautele rispetto al rischio di concorrere in reati associativi<sup>34</sup>.

A questo punto, ci si dovrebbe riferire ai reati-fine della fattispecie associativa, incontrando però notevoli ostacoli in ordine ai principi di legalità e tassatività imposti dalla disciplina ex d.lgs 231 nonché in relazione all'introduzione di obblighi in concreto inesigibili per l'ente che dovrebbe avere una capacità di preveggenza sostanzialmente infinita. Sarebbe infatti praticamente impossibile procedere al *risk assessment*, e cioè alla mappatura dei rischi, e poi alla costruzione del modello rispetto qualsiasi reato-fine suscettibile di essere incluso nel programma criminoso dell'associazione<sup>35</sup>.

Come anche suggerito dalla giurisprudenza, in alternativa all'interpretazione dell'art. 24-*ter* come disposizione "aperta" (idonea a ricomprendere tra i reati presupposto qualsiasi fattispecie incriminatrice) dovrà quindi tenersi conto esclusivamente di quei reati fine che rientrano nel catalogo degli illeciti autonomamente imputabili all'ente e che quindi, a seguito della mappatura "possono considerarsi rischio specifico per l'ente che predispone il modelli"<sup>36</sup>.

### **3.2. La preferibile enfasi sulle fattispecie corruttive. Focus su alcune aree a rischio.**

Seguendo l'impostazione che ci pare preferibile, verrebbero in primo luogo in primo luogo le fattispecie corruttive e, più in generale, i reati contro la Pubblica Amministrazione.

Su un piano soggettivo è opportuno chiarire come la peculiarità del settore sanitario fa sì che alcuni soggetti preposti all'erogazione delle relative prestazioni assumano la veste di Pubblico Ufficiale o

di Incaricato di un Pubblico Servizio aumentando in maniera esponenziale le occasioni di rapporto con la Pubblica Amministrazione<sup>37</sup>.

La letteratura e la prassi c'insegnano che nel contesto sanitario, l'analisi dei rischi – sintonizzata su un concetto di corruzione in senso ampio<sup>38</sup> – deve focalizzarsi anzitutto su attività quali autorizzazioni, concessioni, appalti, sovvenzioni, finanziamenti selezione e gestione del personale, per ampliarsi su ulteriori attività in base alle caratteristiche organizzative e funzionali della struttura stessa<sup>39</sup>.

Particolare attenzione deve essere prestata in relazione ai profili collegati alla gestione delle risorse finanziarie, alla creazione di fondi neri, alla gestione di tutte le fasi riconducibili alla partecipazione a gare d'appalto e all'esecuzione dei contratti. Tali profili devono essere presidiati tramite misure che agevolino la piena tracciabilità e trasparenza dei flussi contabili e finanziari e conseguentemente la verifica e il controllo sulla correttezza dei pagamenti effettuati nonché sulla gestione contabile-patrimoniale delle risorse.

Per quanto riguarda gli incarichi e le nomine, i principali fattori distorsivi sono rappresentati dalle ingerenze politiche, dal conflitto d'interessi, dalla discrezionalità e dalla carenza di competenze. Tra le misure da adottare, si segnala l'opportunità di riscontrare sempre e comunque la coerenza tra la richiesta di avvio di una procedura concorsuale e l'atto aziendale, la dotazione organica, le previsioni normative e regolamentari del settore, la sostenibilità economico-finanziaria nel medio periodo.

Nel settore della farmaceutica<sup>40</sup>, fattori di rischio possono essere individuati nell'aumento artificioso dei prezzi, nel comparaggio, nei brevetti, nelle false ricerche scientifiche, nelle prescrizioni non necessarie o fasulle, nei rimborsi fasulli.

Particolarmente vulnerabile appare l'area di promozione dei farmaci atteso che un'interazione impropria tra medici e industrie può compromettere l'imparzialità delle decisioni e procurare vantaggi economici ai primi.

Il processo di acquisizione/prescrizione dei farmaci dovrà pertanto essere presidiato non solo dalle stesse misure di prevenzione della corruzione previste in generale per ogni fase di approvvigionamento (dalla pianificazione del fabbisogno alla gestione/somministrazione) ma anche da specifiche misure quali la gestione

informatizzata del magazzino, l'informatizzazione del ciclo di terapia fino alla somministrazione, l'attivazione di una reportistica idonea a individuare anomalie prescrittive, standardizzazione delle procedure di controllo o di verifica. Particolare attenzione dovrà essere indirizzata sui rapporti con gli informatori delle industrie, sulle consulenze dei professionisti a favore delle industrie nonché sulle sponsorizzazioni.

Poiché i maggiori appetiti si concentrano inevitabilmente nel settore della spesa per l'acquisto di beni e servizi, in questo settore, un importante ed efficace strumento di prevenzione e razionalizzazione è rappresentato dai "prezzi di riferimento", che consentono non solo di ridurre i costi di singole tipologie di beni e servizi, ma anche di moralizzare il sistema.

Fattispecie illecite ricorrenti nel settore delle forniture sono rappresentate dalle gare orientate o dai cartelli, dalle procedure non corrette, dai controlli carenti dal frazionamento illecito degli affidamenti, dalle false attestazioni di forniture. Le principali criticità sorgono nella fase di scelta del contraente e in quella di esecuzione del contratto<sup>41</sup>.

In questo contesto, appare opportuno introdurre misure che consentano di individuare le reali motivazioni ovvero le ragioni tecniche su cui si basa la richiesta d'acquisto nonché tracciare tutte le fasi del ciclo di approvvigionamento (qualificazione del fabbisogno, programmazione dell'acquisto, definizione della modalità di reperimento di beni e servizi, gestione dell'esecuzione del contratto). Ai fini di una corretta determinazione del fabbisogno di beni appare utile perseguire, tramite la tracciabilità dei percorsi (dalla fase di stoccaggio a quella della somministrazione/consumo) una puntuale ed esaustiva conoscenza della logistica e delle giacenze di magazzino.

La sanità pubblica soffre inoltre di fenomeni come lo scorrimento delle liste d'attesa, il dirottamento verso la sanità privata, le false dichiarazioni (*intramoenia*) spesso causati da attività libero professionali esercitate al di fuori delle regole che presidiano il settore sanitario.

Con specifico riguardo all'attività libero-professionale intramoenia (ALPI), possibili misure di prevenzione – contrasto possono sostanziarsi nell'informatizzazione delle liste d'attesa, nell'obbligo di prenotazione di tutte le prenotazioni tramite il CUP aziendale con gestione delle aziende

di professionisti in relazione alla gravità della patologia, nell'adozione di un sistema di gestione informatica dell'ALPI in tutte le sue fasi (dalla prenotazione alla fatturazione)<sup>42</sup>.

#### 4. L'essenzialità delle prescrizioni "a maglie larghe" del Codice Etico.

Al settore sanitario si imputa spesso una trasversale omertà ambientale volta a celare condotte disfunzionali, illegittime e talvolta illegali<sup>43</sup>.

Si tratta di un atteggiamento che contraddistingue l'ambito delle professioni medico-sanitarie a tutti i livelli, le quali si mostrano spesso reticenti a denunciare irregolarità procedurali o deontologiche che si verificano all'interno dei reparti ospedalieri o negli uffici della pubblica amministrazione.

Detta "ermeticità ambientale" si riflette anche nell'ambito delle pubbliche relazioni di settore: assente o quasi è la c.d. comunicazione di crisi da parte delle aziende sanitarie in corrispondenza dei frequenti scandali legati a corruzione, sprechi e malasanità.

Inoltre, va segnalata la particolare ingerenza della politica nell'ambito sanitario. Se da un lato è innegabile l'esistenza di un rapporto di necessità tra politica e sanità – e d'altronde non si avrebbe un sistema sanitario pubblico senza l'intervento della politica –, dall'altro si rileva il rischio di oltrepassare i normali confini d'indirizzo e controllo da parte della politica<sup>44</sup>.

Come emerso sin dall'apertura, si pone una questione di etica pubblica e professionale che rimanda ad atteggiamenti, condotte e decisioni che muovono da interessi di natura particolaristica a discapito, inevitabilmente, di principi quali il bene comune e la meritocrazia che dovrebbero essere le fondamenta per un sistema sanitario equo ed efficiente.

Gli operatori del sistema sanitario devono pertanto evitare che la loro condotta possa dare origine a situazioni, anche potenziali, di conflitto d'interessi, come si verifica, genericamente, «quando un professionista si trova in una condizione dove il giudizio relativo a un interesse primario tende ad essere influenzato da un interesse secondario, quale guadagno economico o altro vantaggio personale»<sup>45</sup>.

Non si tratta dunque di un comportamento costituente reato (quali quelli che mirano a prevenirsi mediante i protocolli visti *supra*), bensì di una

condizione che si verifica ogni volta che esiste una relazione in grado di compromettere l'indipendenza di giudizio della persona. In altre parole, l'entità del conflitto di interesse dipende dalla slealtà dell'influenza esterna, a prescindere dalle conseguenze che possono derivarne.

Su questo versante, l'efficacia del modello organizzativo passa per un'adeguata valorizzazione del codice etico – parte integrante della sua parte generale - da intendersi quale “imprescindibile documento che vada a disegnare, e in qualche modo a orientare, la filosofia dell'impresa.

Da questo punto di vista si potrebbe dire che il codice etico, rappresentando l'insieme dei principi che l'azienda richiede a tutti i suoi collaboratori di rispettare, si posiziona al culmine delle fonti autonorme dell'ente: ad esso, conseguentemente, dovrà essere informato tutto il modello organizzativo<sup>46</sup>.

Per quanto riguarda la struttura, il codice dovrà contenere i canoni e gli obiettivi cui deve conformarsi l'intero apparato organizzativo aziendale, andando a definire i principi regolatori che devono dare impulso all'etica nella vita della società; in secondo luogo, più specificamente, dovrà indicare i principi etici che regolano la vita e l'attività nella *corporate governance*, nei rapporti con e fra il personale ed infine i rapporti con soggetti terzi<sup>47</sup>.

Sotto quest'aspetto, oltre ai principi di trasparenza e pubblicità, vengono in rilievo proprio le disposizioni dedicate alla prevenzione dei conflitti d'interesse.

Così, si prevede che le attività svolte all'interno dell'Azienda ospedaliera devono essere unicamente orientate alla salvaguardia degli interessi e alla promozione del suo sviluppo a beneficio della collettività. Gli operatori dell'Azienda devono pertanto evitare che la loro condotta possa dare origine a situazioni, anche potenziali, di conflitto d'interesse da ravvisarsi in tutti i casi in cui gli stessi, nell'esercizio delle loro funzioni, perseguano interessi diversi da quelli propri della *mission* aziendale, per i quali è conferito l'esercizio del potere amministrativo oppure si avvantaggino “personalmente” delle opportunità economiche dell'Azienda Ospedaliera.

I dipendenti, e tutti coloro che hanno rapporti di collaborazione con l'Azienda Ospedaliera non devono, nell'esercizio delle loro funzioni, assumere decisioni o svolgere attività inerenti alle loro mansioni, ove versino in situazioni di conflitto di

interesse. I dipendenti, e tutti coloro che hanno rapporti di collaborazione con l'Azienda Ospedaliera, informano per iscritto il Responsabile dell'Unità Operativa/ del Servizio/ dell'Ufficio, in merito agli eventuali interessi, economici, finanziari e di altra natura, che essi, i loro parenti entro il quarto grado o i soggetti conviventi, abbiano.

Dirigenti, dipendenti e collaboratori avranno il dovere di rendere pubblica l'appartenenza ad associazioni e organizzazioni che operano in ambiti di competenza delle Aziende sanitarie.

Con un occhio attento alla crescita professionale dei propri dipendenti e l'altro alla prevenzione della corruzione, per le figure con funzioni gestionali o di controllo le Aziende sanitarie adotteranno infine “politiche di rotazione del personale di medio-lungo periodo, tutelando la professionalità e il buon andamento dell'Azienda<sup>48</sup>.

Al fine di facilitare l'adozione e il rispetto del Codice devono essere attivate misure organizzative, quali un'adeguata diffusione all'interno della società attraverso piani formativi e di informazione e l'eventuale comunicazione a soggetti esterni alla società.

Per assicurare il rispetto delle sue prescrizioni si deve inoltre prevedere un adeguato apparato sanzionatorio e relativi meccanismi di attivazione, auspicabilmente connessi ad un sistema per la raccolta di segnalazione delle violazioni<sup>49</sup>.

A tal proposito, appare opportuno mettere in evidenza che il Codice può vietare determinati comportamenti e punire conseguentemente la violazione dei doveri con sanzioni disciplinari - nel rispetto dei principi di gradualità e proporzionalità – a prescindere dal fatto che un reato si sia poi concretamente verificato, tenuto conto della gravità del comportamento e del pregiudizio, anche morale, derivato al decoro e al prestigio dell'amministrazione.

## **5. La crucialità del sistema di controlli. In particolare, il ruolo dell'Organismo di Vigilanza anche alla luce dell'emergenza epidemiologica da Covid 19.**

È semplice muovere dall'osservazione che i controlli *ex post* comportano necessariamente costi elevati: essi, infatti, rappresentano infatti una “cura”, che interviene dopo che il sistema sanitario ha già sopportato costi diretti (ad esempio, il pagamento di

una tangente) ed indiretti (minore qualità delle prestazioni erogate) di un reato.

Diviene pertanto quanto mai opportuno – in una logica di semplificazione ed efficacia – assicurare un adeguato coordinamento tra i sistemi di controllo presenti nella struttura sanitaria<sup>50</sup>.

A riguardo, la letteratura di settore<sup>51</sup> prescrive che controlli devono essere sostanziali, non formali e burocratici. Vanno peraltro evitati quelli a campione, ove lo stesso venga scelto con modalità poco o per nulla trasparenti.

Al fine di evitare omissioni o l'esercizio di discrezionalità nello svolgimento dei controlli, è necessario prevedere specifiche misure quali il ricorso a modelli standard di verbali, la rotazione del personale ispettivo.

Sempre in termini di approccio metodologico, appare opportuno lasciare traccia scritta delle attività di verifica svolte.

Particolare attenzione deve essere rivolta all'analisi delle aree potenzialmente più esposte ai rischi di reato verificando che i contesti più delicati, ad esempio i processi gestionali sensibili, siano disciplinati da procedure aziendali scritte e da adeguati criteri di separazione dei compiti nonché al riscontro dell'adeguatezza delle procedure dei criteri di attribuzione delle responsabilità. La struttura organizzativa dell'ente deve infatti attuare in concreto il principio della contrapposizione degli interessi e della separazione delle funzioni, individuando con chiarezza l'attribuzione della responsabilità di decisione e di controllo, escludendo di norma che l'intero processo operativo possa essere interamente affidato a un unico centro di comando.

Nel "sistema 231", l'approvazione del piano d'interventi spetta all'Organismo di Vigilanza che funge da "saldatura tra la parte generale e parte speciale del modello"<sup>52</sup>. Per brevità, le funzioni che l'OdV assume possono essere ricomprese in tre macroaree quali: la vigilanza; l'analisi e il controllo; l'aggiornamento del modello e la formazione. A tali fini, sono previsti flussi informativi procedimentalizzati da e verso quest'ultimo, così da garantire che vi sia la minore asimmetria informativa possibile tra chi opera nel contesto aziendale e chi vigila sull'applicazione del modello<sup>53</sup>.

Il ruolo dell'Organismo di Vigilanza impone invero ulteriori riflessioni alla luce dei rischi gravanti a causa dell'emergenza pandemica sulle organizzazioni

sanitarie non solo con riguardo a problemi di natura sanitaria bensì a possibili fenomeni di infiltrazioni criminali<sup>54</sup>.

Esempio paradigmatico è costituito dalla gestione dei rifiuti<sup>55</sup>. In particolare, le realtà sanitarie che, prima dell'emergenza epidemiologica da *Covid 19*, adottavano un quantitativo inferiore di presidi di sicurezza (quali guanti e mascherine) potrebbero non essere preparate alla relativa gestione e smaltimento. Ciò specialmente alla luce del fatto che tali presidi sono assoggettati alla disciplina dei rifiuti speciali e devono essere smaltiti da fornitori autorizzati. Tali attività, dunque, a fronte di un quantitativo di rifiuti prodotti verosimilmente maggiore rispetto al periodo pre-emergenza, potrebbero affidarsi a fornitori privi dell'autorizzazione ambientale necessaria al trattamento dei rifiuti prodotti durante l'emergenza, potendosi configurare, in concorso con il fornitore, il reato di attività di gestione non autorizzata di rifiuti. Nei periodi emergenziali come quello in atto, si rende quindi ancora più stringente la necessità di valorizzare i meccanismi di controllo preventivo dell'affidabilità del fornitore, già noti alle società. In tal senso, una delle cautele basilari potrebbe essere l'acquisizione e dalla verifica delle autorizzazioni in possesso del fornitore riguardanti il tipo di rifiuto e previste dalla normativa ambientale<sup>56</sup>.

A prescindere da una nuova mappatura dei rischi, sarà sicuramente necessario valorizzare i presidi di controllo eventualmente già adottati quali, ad esempio, le procedure interne autorizzative e di verifica dei contenuti della documentazione da presentare alla Pubblica Amministrazione competente, nonché i meccanismi che ne assicurino la tracciabilità e la corretta archiviazione<sup>57</sup>.

In relazione ai rischi di infiltrazione criminale, l'OdV deve proseguire la sua consueta attività di monitoraggio dei protocolli preventivi con un maggiore livello d'attenzione, comunicando al Consiglio d'Amministrazione le eventuali criticità riscontrate e sollecitandone, ove necessario, il tempestivo intervento. Inoltre, dovrà essere intensificato lo scambio di informazioni tra lo stesso OdV e le altre funzioni di controllo.

Tale continuità d'azione diviene infatti ancor più essenziale per garantire coerenza tra i protocolli adottati dall'impresa e i diversi provvedimenti emergenziali (DPCM e provvedimenti regionali in continua emanazione) rispetto ai quali l'OdV deve

chiedere informazioni alla struttura e valutare la tenuta del modello 231, ovvero sollecitarne tempestivamente l'adeguamento. Quest'ultimo, peraltro, potrebbe non rappresentare una soluzione adeguata, quanto meno sotto il profilo della tempistica; in tal senso la gestione dell'emergenza può risultare più efficiente attraverso l'introduzione, tempo per tempo, di presidi di controllo "provvisori", fermo restando il monitoraggio sull'efficace attuazione del modello. È evidente che tali *policies* devono essere rispettate da tutti i destinatari del modello, ivi compresi i clienti e i fornitori, nei confronti dei quali è opportuno che venga richiesto espressamente un impegno in tal senso<sup>58</sup>.

Tuttavia, a tale raccomandato incremento di poteri e responsabilità non pare corrisponde un altrettale aggravio di responsabilità.

Infatti, secondo dottrina e giurisprudenza maggioritarie l'OdV è carente di poteri gestori e pertanto non ha la possibilità di intervenire direttamente sul modello adottato dall'ente<sup>59</sup>.

Ai fini del discorso in esame, dunque, anche laddove nella gestione del rischio COVID-19 ravvisi la necessità di modificare le *policies* esistenti introdurre di nuove, l'OdV può solo sollecitare l'organo amministrativo ad assumere le decisioni conseguenti. In altre parole, lo stesso non è tenuto a sostituirsi alle funzioni aziendali principalmente coinvolte nella gestione dell'emergenza epidemiologica, né a svolgere compiti spettanti alle funzioni di controllo interno, né tantomeno ad adottare scelte che evidentemente competono esclusivamente all'organo amministrativo. Pertanto, anche in questa fase così delicata, l'OdV non può che continuare a svolgere le funzioni che la legge gli attribuisce: vigilanza sull'adeguatezza del modello e monitoraggio sulla efficace attuazione dello stesso. Ragion per cui viene esclusa l'esistenza, in capo a tale organo, di un obbligo giuridico di impedire il reato e, di conseguenza, di una eventuale responsabilità penale per omesso controllo ai sensi dell'art. 40, co. 2, del codice penale<sup>60</sup>.

Tuttavia, contraddicendo gli orientamenti dottrinali affatto dominanti, nella più recente giurisprudenza si sta facendo strada una diversa impostazione volta ad estendere l'area dell'illiceità penale, oltre che agli autori del presunto illecito, ai controllori; ricorrendo allo schema della responsabilità per omesso impedimento dell'evento ex art. 40 cpv. c.p., viene loro mosso un rimprovero per non essere intervenuti

ad impedire, pur potendo, che il soggetto da loro controllato commettesse un reato.

La qual cosa, sul piano della responsabilità degli enti, implicherebbe la nascita di profili di responsabilità dell'Organismo di Vigilanza per non aver impedito il compimento di un reato commesso dall'organo di una controllata nell'interesse o a vantaggio della stessa.

Si pensi alla recente sentenza del Tribunale di Milano resa nella vicenda di Monte dei Paschi di Siena<sup>61</sup>. Secondo i Giudici «*l'Organismo di Vigilanza – pur munito di penetranti poteri di iniziativa e controllo, ivi inclusa la facoltà di chiedere e acquisire informazioni da ogni livello e settore operativo della Banca avvalendosi delle competenti funzioni dell'istituto – ha sostanzialmente omesso i dovuti accertamenti (funzionali alla prevenzione dei reati, indisturbatamente reiterati), nonostante la rilevanza del tema contabile, già colto nelle ispezioni di Banca d'Italia (di cui l'OdV era a conoscenza) e persino assunto a contestazione giudiziaria [...] assistendo inerte agli accadimenti e limitandosi a insignificanti prese d'atto nella vorticoso spirale degli eventi (dalle allarmanti notizie di stampa sino alla débâcle giudiziaria) che un più accorto esercizio delle funzioni di controllo avrebbe certamente scongiurato*».

## 6. Considerazioni conclusive. Il ruolo della motivazione culturale nel passaggio "dalla forma alla sostanza".

La corruzione e il malaffare rappresentano una vera e propria tassa occulta per il sistema sanitario. Se non si può immaginare di azzerarle, può quantomeno sperarsi in un loro ridimensionamento.

Alla luce della trattazione svolta, potrebbe ottimisticamente prospettare che il "sistema 231", rivelatosi invero piuttosto fallimentare da un punto di vista penalistico (sostanziale e processuale)<sup>62</sup>, possa - per una peculiare eterogenesi dei fini - risultare vincente nell'organizzazione aziendalistica interna delle strutture sanitarie, concorrendo a un migliore *risk management*, se del caso integrato con l'impianto anticorruzione.

In altri termini, l'adozione di un Modello Organizzativo e la nomina di un Organismo di Vigilanza potrebbero costituire strumenti validi al fine di prevenire l'assunzione di comportamenti fraudolenti che possono minare i principi di eticità, professionalità, trasparenza e correttezza che dovrebbero informare di sé il settore sanitario<sup>63</sup>.

Inoltre - come prospettato dalla Commissione Antimafia - un intervento più tempestivo sugli aspetti gestionali critici delle aziende sanitarie potrebbe anche favorire il ricorso a strumenti meno traumatici dello scioglimento, ad esempio affiancando agli ordinari organismi di gestione un'apposita commissione con funzione di supervisione<sup>64</sup>.

Residua però una spinosa questione, relativa alla difficoltà di passare “dalla forma alla sostanza” nell'ambito della *compliance* 231.

Invero, per l'implementazione di un modello organizzativo nel settore sanitario, vi è una larga base di *best practices* internazionalmente riconosciute<sup>65</sup>. Uniformandosi alle stesse, difficilmente il modello potrà definirsi inidoneo ai sensi del d.lgs 231; tuttavia, l'insieme delle norme e dei controlli interni ed esterni rischia di risultare controproducente, conducendo all'*overmonitoring* e all'*overload* informativo proprio nelle aree che risultano più esposte alla commissione di reati<sup>66</sup>. Oltre al già accennato rischio che “il troppo controllo” sfoci nel “non controllo”, vi è quello di perdere di vista la *mission* di un'azienda sanitaria e cioè non tanto di rispondere ai vari dettami della *compliance* imposti in via eteronoma o dalle stesse organizzazioni, quanto di produrre cura ed assistenza efficaci e appropriate<sup>67</sup>.

Permarrebbe inoltre la sensazione che il Modello 231 consti in un mero adempimento formale ed addirittura fastidioso perché privo di senso adeguato; la sua capacità di portare valore all'organizzazione risulterebbe così irrimediabilmente compromessa.

Per questa ragione, risulta quanto mai attuale l'insegnamento che un'efficace “ricetta” di contrasto alla criminalità e al malaffare deve necessariamente

prevedere un *mix* di tre ingredienti: prevenzione, repressione e motivazione culturale.

A tale riguardo viene sottolineata l'importanza di mantenere alta la vigilanza attraverso adeguati strumenti formativi<sup>68</sup>, richiamando l'attenzione di decisori e operatori che sembrano talora non pienamente consapevoli della rilevanza delle problematiche connesse alla presenza della criminalità organizzata, in ragione di quella strategia di penetrazione “silenziosa” delle mafie nelle amministrazioni pubbliche, fondata sullo sviluppo di una vasta rete di relazioni con professionisti e ‘colletti bianchi’ e sull'utilizzo sistematico dello strumento della corruzione, rispetto al quale il ricorso a violenze ed intimidazioni è più circoscritto.

Non solo infatti accurate formazione ed informazione sono assolutamente centrali rispetto all'effettiva attuazione del modello organizzativo (il modello potrà esplicare concretamente la propria funzione preventiva solo nel caso in cui ogni suo destinatario sappia esattamente quale condotta tenere in presenza di una determinata situazione) bensì l'efficacia del modello organizzativo stesso dipende anche dalla collaborazione fattiva che devono fornire tutti gli attori coinvolti e, in tale ottica, appaiono importanti le iniziative di formazione sui temi dell'etica e della legalità.

In definitiva, ciò che si auspica per il complesso sistema sanitario è il passaggio da un sistema di regole a un sistema (anche e soprattutto) di valori<sup>69</sup>.

#### **Francesca Pia Bisceglia**

Avvocato del Foro di Bari.

Dottoranda di ricerca in Diritto penale.

<sup>1</sup> Come riportato da un recente studio, dal 1991 al 15 novembre 2019 sono state sciolte sei aziende ospedaliere ex art. 143 del T.U sugli enti locali. Gli scioglimenti si sono verificati tutti in Campania e in Calabria ed hanno interessato territori, come quelli di Napoli, Caserta, Reggio Calabria e Vibo Valentia, che detengono il triste primato delle province a più alto inquinamento mafioso, come testimoniato anche dall'elevatissimo numero di consigli comunali sciolti per condizionamento della criminalità organizzata. MAROTTA, *Le infiltrazioni della criminalità organizzata nelle aziende sanitarie e ospedaliere in Osservatorio sui sistemi sanitari*, in *Corti supreme e salute*, 2/2019 cui si rimanda per i dati e informazioni dettagliate

<sup>2</sup> Vedasi COMMISSIONE PARLAMENTARE D'INCHIESTA SUL FENOMENO DELLE MAFIE E SULLE ALTRE ASSOCIAZIONI CRIMINALI, ANCHE STRANIERE, rapporto “*Mafia e Sanità*” disponibile su [www.senato.it](http://www.senato.it). In letteratura v. CABRAS, *La sanità settentrionale: tra contaminazioni mafiose e anomalie ambientali* in DALLA CHIESA (a cura di), *Passaggio a nord: la colonizzazione mafiosa*, EGA, 2016, pp. 22 ss.

<sup>3</sup> Si ritiene in questa sede di accedere ad una nozione ampia di corruzione, precisamente quella fatta propria dai Piani Nazionali Anticorruzione succedutisi nel tempo ed emersa per la prima volta nella circolare del Presidente del Consiglio dei Ministri del 25 gennaio 2013 laddove la corruzione viene intesa come “l'abuso da parte di un soggetto del potere a lui

affidato al fine di ricavarne vantaggi privati” e riferita dunque a “situazioni rilevanti più ampie della fattispecie penalistica che comprendono non soltanto l’intera gamma di non solo l’intera gamma dei delitti contro la pubblica amministrazione”, ma anche le situazioni in cui “a prescindere dalla rilevanza penale venga in evidenza un malfunzionamento dell’amministrazione a causa dell’uso a fini privati delle funzioni attribuite”

<sup>4</sup> Ciò si osserva non solo nei territori storicamente condizionati dalla presenza di organizzazioni mafiose in molti ambiti dell’economia e della vita sociale, ma anche in territori in cui la penetrazione della criminalità organizzata è solitamente ritenuta meno diffusa e invasiva. Per quanto difficilmente quantificabile, tutti gli studi recenti sulle organizzazioni criminali, e più in generale sulla illegalità, sottolineano come non sia più possibile pensare a tali fenomeni come relegati essenzialmente a una specifica parte del Paese, tanto che a proposito della presunta minore presenza delle mafie al nord si è affermazione vale anche per il settore sanitario: la sanità delle regioni centro-settentrionali è coinvolta, pur con modalità e intensità differenziate nel territorio, in casi di corruzione e illegalità connesse alla criminalità organizzata che, per dimensioni e disprezzo di valori morali e sociali, appaiono molto preoccupanti, soprattutto in prospettiva. V. COMMISSIONE PARLAMENTARE, cit., p. 1 ss.

<sup>5</sup> Emblematica la relazione del Prefetto di Reggio Calabria allegata al decreto di scioglimento per infiltrazioni mafiose dell’Azienda Sanitaria provinciale di Reggio Calabria riportato in Gazzetta Ufficiale. Ivi si legge di “*Dipendenti con pregiudizi penali e legati da rapporti di parentela con esponenti di primo piano della ‘ndrangheta; situazione generalizzata di grave disordine organizzativo*”, “*assolutamente fuori controllo*”; controlli “zero” sul profilo contabile e della legittimità degli atti amministrativi relativi ai fornitori, bilanci “oral”, nella relazione si cita il caso di due dipendenti condannati per associazione mafiosa con sentenze divenute irrevocabili e licenziati solo dopo mesi. “*È altresì significativo – si legge – come, negli anni passati, l’azienda abbia omesso di adottare le prescritte misure disciplinari nei confronti di dipendenti condannati in via definitiva per associazione o per reati aggravati dall’art. 7*”. Un ulteriore passaggio analizza i rapporti tra l’Asp e le strutture private accreditate (laboratori di analisi cliniche, radiodiagnostiche, fisioterapiche, farmacie e depositi farmaceutici etc.), “*ove si riscontra l’assoluta mancanza di una corretta attività di pianificazione degli acquisti delle prestazioni, nonché il costante superamento dei limiti annuali di spesa fissati dal competente dipartimento dell’amministrazione regionale*”. Il decreto di scioglimento dell’Asp, inoltre, evidenzia “*il reiterato ricorso al metodo dell’affidamento diretto anche al di fuori dei casi previsti dalla disciplina vigente, un modus operandi da cui hanno tratto vantaggio ditte controindicate*” colpite da provvedimenti interdittivi ai fini dell’antimafia. E inoltre: manutenzioni, rimozione dei rifiuti speciali, a Palmi e Locri soprattutto, “*affidate a parenti stretti di mafiosi, imprese gravate da provvedimenti ostativi antimafia, così come il servizio di lavaggio e noleggio di biancheria, risultato in affidamento ad una ditta vicina alle consorterie territorialmente dominanti, che ha beneficiato di ripetute proroghe, dal 2006 al 2018*”. L’Azienda sanitaria provinciale di Reggio Calabria, arricchita da numerosi lasciti di terreni e fabbricati da antiche famiglie nobiliari della città – come si legge nella relazione prefettizia – non ha “*mai censito gli immobili, molti dei quali in stato di abbandono, ne’ mai ha approntato un piano finalizzato alla loro valorizzazione o dismissione, o ha mai intrapreso alcuna iniziativa per ottenere lo sgombero di quelli occupati ‘sine titulo’, tant’è che alcuni soggetti hanno già usucapito la proprietà ed altri hanno in corso giudizi finalizzati ad ottenerne la dichiarazione di usucapione*”. Tutto ciò, “*compromettendo le legittime aspettative della popolazione ad essere garantita nella fruizione dei servizi relativi a diritti fondamentali, come quello della salute*”.

<sup>6</sup> Il documento è disponibile su [www.salute.gov.it](http://www.salute.gov.it)

<sup>7</sup> Da questo punto di vista, i modelli organizzativi impongono pertanto nelle dinamiche dell’imputazione soggettiva PIERGALLINI, *Paradigmatica dell’autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del modello organizzativo ex d. lgs n. 231/2001* (Parte I) in *Cass. pen.* 1/2018, p. 376.

<sup>8</sup> Pone in luce questi aspetti DI GIOVINE, *I criteri d’imputazione soggettiva*. L’Autrice rileva come «l’esistenza di una giurisprudenza abbastanza copiosa in tema di misure cautelari e l’esiguità di pronunce di assoluzione per ritenuta idoneità del modello non potevano non demotivare le imprese che non colgono la contropartita giudiziaria degli sforzi economici ed organizzativi che sono chiamate a sostenere, con conseguente fallimento della funzione special-preventiva della normativa.

<sup>9</sup> BONSEGNA – AVVANTAGGIATO, *Il modello organizzativo 231 nella struttura sanitaria in Resp. amm. soc. ent.*, 1/2017, p. 239 s

<sup>10</sup> BONSEGNA-AVVANTAGGIATO, cit.; BARTOLOMUCCI, *Il comparto della Sanità: analisi di scenario tra azione penal preventiva ex d.lgs 231/2001 e clinical governance; (citare tutti articoli trovati).*

<sup>11</sup> Id. 250 ss.

<sup>12</sup> Il testo del decreto è disponibile su *Gazzetta ufficiale*. In particolare si dispone che il provvedimento regionale di programmazione da parte delle regioni debba emanare entro il trimestre successivo al decreto debba «adottare, nell’ambito delle procedure di accreditamento, le opportune iniziative affinché gli erogatori privati accreditati, ivi compresi gli ospedali classificati ai sensi della legge 12 febbraio 1968, n. 132 e della legge 26 novembre 1973, n. 817, trasmettano alla regione stessa, annualmente, il proprio bilancio, redatto secondo uno schema tipo conforme ai principi civilistici. Tale

adempimento è previsto negli accordi contrattuali e nei contratti di cui all'articolo 8-quinquies del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, e successive modificazioni il quale dispone che, tra i requisiti di accreditamento sia ricompresa, altresì, l'applicazione delle norme di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231.

<sup>13</sup> Art. 1, L. n. 24/2017: Sicurezza delle cure in sanità. 1. La sicurezza delle cure è parte costitutiva del diritto alla salute ed è perseguita nell'interesse dell'individuo e della collettività. 2. La sicurezza delle cure si realizza anche mediante l'insieme di tutte le attività finalizzate alla prevenzione e alla gestione del rischio connesso all'erogazione di prestazioni sanitarie e l'utilizzo appropriato delle risorse strutturali, tecnologiche e organizzative. 3. Alle attività di prevenzione del rischio messe in atto dalle strutture sanitarie e sociosanitarie, pubbliche e private, è tenuto a concorrere tutto il personale, compresi i liberi professionisti che vi operano in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale. Sui profili di correlazione tra la legge Gelli-Bianco e il d. lgs 231 v. PAPA-LOZUPONE, *La legge Gelli-Bianco. Un momento ulteriore di riflessione verso un approccio sistemico risk based in Riv. resp. amm. soc. enti*, 2/2018, p. 275 ss. Recentemente, anche COLACURCI, *Dai colletti ai camici bianchi? Alcune riflessioni sulla responsabilizzazione dell'ente in ambito sanitario* in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 24 aprile 2020.

<sup>14</sup> V. ad es. ROSSI Responsabilità penale "amministrativa" delle persone giuridiche (profili sostanziali), in AA.VV., *Reati societari*, a cura di Rossi, Utet, 2005, p.521, secondo cui: «le aziende in questione sembrano piuttosto svolgere attività che hanno una parziale rilevanza economica, ma non sembrano svolgere essenzialmente solo un'attività economica, posto che non viene perseguito un fine di lucro, prevalendo il perseguimento della finalità pubblica, di tutela della salute pubblica attraverso vari e ottimizzati livelli d'assistenza».

<sup>15</sup> Art. 1 D. lgs 231/2001:1. Il presente decreto legislativo disciplina la responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato.2. Le disposizioni in esso previste si applicano agli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica.3. Non si applicano allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli altri enti pubblici non economici nonché agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale.

<sup>16</sup> Cfr. Cass 28699/2010 e 234/2011. Peraltro, quest'ultima non si riferisce ad una realtà ospedaliera bensì a una società svolgente funzioni in materia di raccolta e smaltimento dei rifiuti trasferite alla stessa da enti pubblici territoriali.

<sup>17</sup> In questo caso, infatti, verrebbero in considerazione ragioni dirimenti che traggono la loro origine dalla necessità di evitare la sospensione di funzioni essenziali nel quadro degli equilibri dell'organizzazione costituzionale del Paese. [...] ( cfr. Cass. Pen. n. 234/ 2011).

<sup>18</sup> Di conseguenza «rientrerebbero nell'ambito di applicazione della normativa in esame tutti gli enti che sebbene "soggettivamente" pubblici, operano secondo uno scopo (anche) economico». Così Cass. pen., Sez. II, 9 luglio 2010, n. 28699 in Cass. pen., 2011, p.1888 con commento di DI GIOVINE, *Sanità e ambito applicativo della disciplina sulla responsabilità degli enti: alcune riflessioni sui confini tra pubblico e privato*.

<sup>19</sup> In questi termini, IPPOLITO, *Il regime di responsabilità amministrativa ex d. lgs 231/2001 nel settore sanitario: profili di applicabilità e valutazioni di opportunità nella prospettiva di una Sanità virtuosa in Resp. amm. soc. ent.*, 4/2012, 2239 ss.

<sup>20</sup> BARTOLOMUCCI, *Il comparto della Sanità: analisi di scenario tra azione penal-preventiva ex d.lgs 231/2001 e Clinical governance in Riv. resp. amm. soc. ent.*, 3/2009, p.43 ss.

<sup>21</sup> Per un approfondimento, PREVITALI, *L'applicazione del d.lgs 231 in Sanità. Il caso delle Aziende Sanitarie e Ospedaliere lombarde, in Riv. resp. amm. soc.ent.*, 4/2007.

<sup>22</sup> Cass. pen. sez. V, 20/06/2018, (ud. 20/06/2018, dep. 07/11/2018), n.50497 in *Dejure*.

<sup>23</sup> Si tratta della Determinazione n. 1134 del 8/11/2017 «Nuove linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici» disponibile sul sito [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it).

<sup>24</sup> PUDDU- RAINERO- SCAGLIOLA, *La certificazione dei processi amministrativi nelle aziende sanitarie*, Giappichelli, 2016, p. 133 ss.

<sup>25</sup> La menzionata necessità di armonizzazione tra i due sistemi sorge, ad esempio, in relazione al coordinamento tra i controlli per la prevenzione dei rischi di corruzione ex l. 190/2012 e quelli dei rischi ex d. lgs 231/2001, per proseguire con le modalità di interazione tra l'Organismo di vigilanza e il Responsabile della Prevenzione della Corruzione. Su tali aspetti SCARONA, *La prevenzione della corruzione nelle società in controllo e a partecipazione pubblica in Arch. pen.*1/2020. Per quanto riguarda nello specifico il settore sanitario, il rimando è alla capillare analisi di MACCANI – MELIS – TRIPODI, *La prevenzione dei reati nella sanità pubblica e privata, Il sole24ore*, 2016. Si tratta di aspetti sui quali si avrà modo di soffermarsi parzialmente nel prosieguo.

<sup>26</sup> Così rileva PUDDU – RAINERO – SCAGLIOLA – LUSA (a cura di), *La certificazione dei processi amministrativi nelle aziende sanitarie*, cit., p. 188.

<sup>27</sup> PREVITALI, *Lotta alla corruzione: dalla 231 alla L.190 per una Sanità etica e appropriata*, in *Sanità pubblica e privata*, 2/2014, p. 37 ss.

<sup>28</sup> «In definitiva, il sistema dei piani anticorruzione, che è nato prendendo ispirazione da quello dei modelli organizzativi potrebbe anche – in un futuro prossimo – influire sul contenuto di questi ultimi: ad esempio, per quanto riguarda il controllo dei termini procedurali o la regolamentazione del conflitto d'interessi.» Così ARENA, *Piani di prevenzione della corruzione e modelli organizzativi 231 nelle società a partecipazione pubblica* in *Resp. amm. soc. ent.*, 1/2014, 115 ss.

<sup>29</sup> ARENA, *Piani di prevenzione della corruzione e modelli organizzativi 231 nelle società a partecipazione pubblica*, cit., p. 116.

<sup>30</sup> «La prassi applicativa fa registrare una diffusa tendenza a suddividere il modello in una Parte Generale ed in una Parte speciale: la prima rivolta ad individuare la fisionomia istituzionale del modello (definizione di istituti, funzioni, nozioni, principi, di 'generale' applicazione), la seconda indirizzata a setacciare e regolare le specifiche attività esposte al rischio-reato». PIERGALLINI, op. cit., p. 379.

<sup>31</sup> PIERGALLINI, *La struttura del modello di organizzazione, gestione e controllo del rischio-reato*, in Lattanzi (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, Milano, 2010, p. 153 ss.

<sup>32</sup> BARTOLOMUCCI, *Il comparto della Sanità: analisi di scenario tra azione penal-preventiva ex d.lgs. 231/2001 e clinical governance*, cit., p.50 che sottolinea come le attività in oggetto sono svolte mediante l'ausilio di sistemi informatici sofisticati, la qual cosa impone ulteriori linee di cautele. Nello specifico, la loro utilizzazione dovrà essere proceduralizzata e prevedere specifiche di accesso e utilizzazione. Inoltre, per il trattamento dei dati dei pazienti dovrà farsi applicazione del Codice della Privacy e saranno perciò necessari necessari protocolli atti a specificarlo.

<sup>33</sup> In un primo tempo, fu inserita all'interno della L. n. 146/2006 («ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001) un'apposita previsione di raccordo con il d. lgs 231/2001 e l'individuazione della cornice edittale per gli enti a fronte di reati associativi transnazionali. Per la prima volta dunque si verificò un'inversione di tendenza rispetto alla quasi completa separazione tra responsabilità degli enti e illiceità pervasiva, «inserendo una distonia rispetto alla mentalità del legislatore delegato e per di più solamente in presenza di transnazionalità». (V. ASTROLOGO, *I reati transnazionali come presupposto della responsabilità degli enti. Un'analisi dell'art. 10 della L.146/2006* in *Riv. resp. amm. soc. ent.*, 4/2009, pp. 71 ss). Pochi anni più tardi la l. 94/2009 uniformava l'approccio intervenendo direttamente nel corpo del d. lgs 231 e prevedendo il nuovo art. 24 ter (*Delitti di criminalità organizzata*). 1. In relazione alla commissione di taluno dei delitti di cui agli articoli 416, sesto comma, 416-bis, 416-ter e 630 del codice penale, ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché ai delitti previsti dall'articolo 74 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, si applica la sanzione pecuniaria da quattrocento a mille quote. 2. In relazione alla commissione di taluno dei delitti di cui all'articolo 416 del codice penale, ad esclusione del sesto comma, ovvero di cui all'articolo 407, comma 2, lettera a), numero 5), del codice di procedura penale, si applica la sanzione pecuniaria da trecento a ottocento quote. 3. Nei casi di condanna per uno dei delitti indicati nei commi 1 e 2, si applicano le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, per una durata non inferiore ad un anno. 4. Se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione dei reati indicati nei commi 1 e 2, si applica la sanzione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività ai sensi dell'articolo 16, comma 3). Per i relativi profili v. Domizia Badodi, sub art. 24-ter, in *Enti e responsabilità da reato*, Alberto Cadoppi, Giulio Garuti, Paolo Veneziani (a cura di), UTET, Torino, 2010, p.315

<sup>34</sup> A ben vedere, l'inserimento di tali fattispecie può essere interpretata: o nel senso di punire l'ente con natura criminale, e in quel caso finirebbe per coincidere esso stesso con l'associazione criminale (non è da escludersi che fosse proprio questa l'*intentio legis*). Oppure com'è nel caso degli enti ospedalieri, nel senso che l'ente svolge un'attività lecita cui però non appare agevole imputare un reato strumentale quale l'associazione mafiosa (non essendo chiaro come possa atteggiarsi un modello finalizzato all'impedire il "promuovere" "costituire" "organizzare" o "partecipare" all'associazione). V. CARMONA, *Le ricadute dell'ampliamento dei reati presupposto sul modello di organizzazione*, in MONGILLO, STILE, STILE, *La responsabilità*, cit., p. 209.

<sup>35</sup> Cfr Cass. pen., Sez. VI, 20 dicembre 2013 (dep. 21 gennaio 2014), n. 3635, Pres. Agrò, Rel. De Amicis.

<sup>36</sup> CHECCACCI, GIUNTA, PAONESSA, *Il calco per il modello. Appunti metodologici sulla mappatura del rischio*, in *Resp. amm. soc. en.*, n. 1, 2016, p. 285 ss. In giurisprudenza v., da ultimo, Cass. pen., sez. III, 4 marzo 2020, n. 8785 in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com)

<sup>37</sup> IPPOLITO, cit.,34. Ad esempio, sono pubblici ufficiali nell'esercizio delle loro funzioni: il medico convenzionato con il Servizio Sanitario Nazionale quando esercita una potestà autorizzativa e/o certificativa; il medico di una casa di cura convenzionata con il Servizio Sanitario Nazionale; il medico di guardia; i componenti di una commissione di gare d'appalto ASL; i dipendenti di una Università quando esercitano una potestà autorizzativa e/o certificativa; gli ufficiali ed ispettori sanitari (ad esempio i NAS); le autorità di vigilanza. Sono incaricati di un pubblico servizio: gli specialisti convenzionati che svolgono attività negli ambulatori; i medici di base convenzionati e pediatri di libera scelta; gli universitari che prestano

assistenza in regime di convenzione con il Servizio Sanitario (medici che oltre all'attività didattica svolgono assistenza coordinata e continuativa in istituti di ricovero e cura di carattere scientifico, negli ospedali militari); i medici di enti finanziati in misura superiore al 50% da denaro pubblico.

<sup>38</sup> Vd *supra* nt. 3

<sup>39</sup> Per i profili che seguono. *amplius*, MACCANI, MELIS, TRIPODI, *La prevenzione dei reati nelle strutture sanitarie pubbliche e private*, cit., p. 55 ss.

<sup>40</sup> Con riguardo a quest'area di rischio v. anche BONSEGNA-AVANTAGGIATO, *Il modello organizzativo 231 nelle strutture sanitarie*, cit., p. 243.

<sup>41</sup> IPPOLITO, *Il regime di responsabilità amministrativa*, cit., p. 35.

<sup>42</sup> IPPOLITO, cit., p. 36. I mali più ricorrenti della sanità privata sono invece da identificarsi nella mancata concorrenza, nel mancato controllo dei requisiti, nelle prestazioni inutili, nelle false registrazioni dei sistemi di rimborso. Per progettare idonei protocolli di controllo concernenti le fasi di interazione con le amministrazioni pubbliche, ad esempio le procedure di aggiudicazione di un appalto, le imprese private possono trarre utili indicazioni dalla legge anticorruzione ed adempimenti che ne derivano. *Amplius* LOZUPONE, *Il modello organizzativo 231 nelle strutture sanitarie convenzionate*, in *Resp.amm. soc. ent.*, p.289 ss..

<sup>43</sup> Su questi aspetti *amplius* CABRAS, *La sanità settentrionale: tra contaminazioni mafiose e anomalie ambientali* in DALLA CHIESA (a cura di), *Passaggio a nord: la colonizzazione mafiosa*, EGA, 2016, pp. 22 ss.

<sup>44</sup> MACCANI, MELIS, TRIPODI, *La prevenzione della corruzione*, cit., p. 33

<sup>45</sup> In questi termini, BARNI, *Il conflitto d'interesse: dalla soggezione alla responsabilità del medico* in *Riv. it. med. leg.*, 2007, p. 44. Sul conflitto d'interessi nello specifico settore sanitario la letteratura è invero molto vasta. Come ricordato all'inizio della presente trattazione, le ragioni che fanno del settore sanitario uno dei terreni più fertili per lo sviluppo di pratiche corruttive sono molteplici: il coinvolgimento dell'apparato governativo nella regolamentazione del sistema sanitario, l'esistenza di ampie asimmetrie informative tra medico e paziente, la natura estremamente lucrativa del mercato farmaceutico, che attrae in pari misura operatori onesti e operatori disonesti, senza trascurare la globalizzazione del mercato e le strategie "oblique" di marketing. Si rimanda sul punto a COHEN, *Pharmaceutical and corruption: a Risk Assessment*, in AA.VV., *Global Corruption Report, 2006. Corruption and health*, p.78 ss. e MANNOZZI, *Corruzione e salute. Le nuove dinamiche del "comparaggio" farmaceutico* in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, 2011, p. 1585 ss.

Sempre in via esemplificativa e non esaustiva v. anche CAVICCHI, *Medicina e Sanità: snodi cruciali*, Franco Angeli, 2010, in partic. p. 366 ss.; DIRINDIN, RIVOIRO, DE FIORE, *Conflitti di interesse e salute. Come industrie e istituzioni condizionano le scelte del medico*, Il Mulino, 2018, *passim.*; Per un'analisi di carattere prettamente sociologico delle pratiche corruttive in ambito sanitario DELLA PORTA-VANNUCCI, *Mani impunte*, Laterza, 2007.

<sup>46</sup> V.,ad es., GHINI, *Codice etico, protocollo dei protocolli* in *Resp. amm. soc. ent.*, 3/2015, p. 237ss.

<sup>47</sup> A riguardo, si rimanda nuovamente all'esperienza della Regione Lombardia con la sperimentazione iniziata nel 2004 consistente nell'adozione volontaria degli strumenti previsti dal d.lgs 231/2001. Del resto, l'obiettivo in quel caso non era quello di introdurre nuove strutture sanzionatorie ma definire principi etici di comportamento la cui comunicazione e condivisione diventa il vero scopo dell'introduzione del Codice Etico Comportamentale e del Modello Organizzativo nelle Aziende Sanitarie. Per una prima implementazione di dette linee guida nelle principali aziende ospedaliere della Regione Lombardia v. DE CRINITO-MARCONI- FRANZINI, *Il modello di codice etico- comportamentale per le aziende sanitarie pubbliche della regione Lombardia*, Guerini e Associati, 2007.

<sup>48</sup> V. *amplius*, BIZZARRI – DARIO – JSEPPI – ROBERTI, *Lo sviluppo del sistema di controllo interno nelle aziende sanitarie. Come ridurre i rischi amministrativo-contabili e migliorare la performance*, Franco Angeli, 2013, in particolare, p. 144 ss.

<sup>49</sup> In realtà sanitarie pubbliche, l'aspetto di coazione dovrebbe essere assolto dal codice di comportamento, potendo così residuare in capo al Codice etico solamente funzioni di *moral suasion*. Così MACCANI-MELIS-TRIPOLI, *La prevenzione dei reati*, cit., p.33.

<sup>50</sup> V. anche *supra* par. 2.1 sui possibili momenti di raccordo tra Organismo di Vigilanza e Responsabile per la Prevenzione della Corruzione e della Trasparenza.

<sup>51</sup> MACCANI-MELIS-TRIPOLI, cit., p. 30 ss.

<sup>52</sup> LATTANZI, *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs 8 giugno 2001, n. 231*, Giuffrè, 2010, p. 159 ss..

<sup>53</sup> Così CNDCEC, *Principi consolidati per la redazione dei modelli organizzativi e dell'organismo di vigilanza e prospettive di revisione del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, dicembre 2018 p. 30 ss.

<sup>54</sup> Si veda infatti l'allarme contenuto nell'ultima relazione semestrale della DIA nella quale si rileva come "La pandemia di Covid-19 rappresenta una "grande opportunità" per le mafie e lo snellimento delle procedure d'affidamento degli appalti e dei servizi pubblici comporterà "seri rischi di infiltrazione mafiosa dell'economia legale, specie nel settore sanitario".

<sup>55</sup> In generale sulla disciplina concernente la gestione dei rifiuti da parte delle strutture sanitarie e le conseguenti responsabilità penali che possono sorgere in capo alle persone fisiche e giuridiche laddove si ravvisi una scorretta

amministrazione dei rifiuti prodotti ovvero nel caso in cui si verificano pregiudizi per la salute pubblica e l'ambiente, v. RIZZO MINNELLI, *Profili di responsabilità penale delle strutture sanitarie per la gestione di rifiuti*, in *Sanità Pubblica e privata*, 3/2019, p. 25 ss.

<sup>56</sup> La gestione dei rifiuti potrebbe presentare criticità (e profili di rischio di commissione del reato poco sopra citato) anche riferimento alle attività al momento sottoposte a sospensione. A causa della repentina chiusura ad opera della normativa di emergenza, infatti, le società potrebbero aver omesso di smaltire i rifiuti derivanti dalla produzione, temporaneamente depositati presso i locali aziendali, entro il termine ultimo per il completamento delle attività necessarie alla sospensione. A tale riguardo, l'art. 2, comma 12, del DPCM 10 aprile 2020, nell'ambito delle attività produttive sospese, ammette, previa comunicazione al Prefetto, l'accesso ai locali aziendali di personale dipendente o terzi delegati per lo svolgimento, tra le altre, di attività conservative e di manutenzione. Tale possibilità potrebbe essere "utilizzata" proprio per la gestione e lo smaltimento di eventuali rifiuti rimasti depositati in azienda. V. a riguardo il Protocollo del CNDEC, *Vigilanza e modello di organizzazione, gestione e controllo ex D. Lgs 231/2001 nell'emergenza sanitaria*, del 27 aprile 2020 disponibile online su [www.commercialisti.it](http://www.commercialisti.it).

<sup>57</sup> Il discorso è diverso per quelle ipotesi in cui le imprese abbiano deciso di declinare, già all'interno del modello, i presidi e i protocolli specifici in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro: in tal caso andrà valutata, caso per caso, l'opportunità di aggiornare tali procedure alla luce delle misure anti contagio individuate dalle Autorità pubbliche nei provvedimenti normativi che si sono susseguiti e nel Protocollo sottoscritto dal Governo e dalle parti sociali (su cui v. infra per una trattazione più estesa). Tale eventuale aggiornamento potrà essere declinato in un *addendum* al Modello 231, anche in considerazione della natura emergenziale, dunque eccezionale e temporanea, delle misure anti-contagio che dovranno essere implementate". V. CONFINDUSTRIA, *La responsabilità amministrativa degli enti ai tempi del Covid 19, Position Paper*, giugno 2020.

<sup>58</sup> V Protocollo CNDEC diffuso lo scorso aprile

<sup>59</sup> V, a titolo esemplificativo, LA ROSA, *Teoria e prassi del controllo "interno" ed "esterno" sull'illecito dell'ente collettivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006/2006, p. 1310 ss; CADOPPI-GARUTI-VENEZIANI, *Enti e responsabilità da reato*, Giappichelli, 2010, p. 136 ss. *Contra* FIMIANI, *Imprese ed enti: estesa ai reati ambientali la responsabilità prevista dal D. Lgs. n. 231/2001*, in *Rifiuti – Bollettino di Informazione e Normativa*, 2011, p. 188 ss.

<sup>60</sup> Cfr., a riguardo, Cass. pen. n. 18168/2016. V. però per quanto riguarda il riciclaggio l'art. 52 del decreto 231 del 2007 per il quale la violazione degli specifici obblighi di comunicazione in capo all'ODV è fonte di responsabilità penale per i componenti dell'organo stesso. Sul tema, RAZZANTE, *La funzione antiriciclaggio nel sistema dei controlli degli intermediari finanziari*, in *Resp. amm. soc. ent.*, 2011, 3, p.53 ss.

<sup>61</sup> Tribunale di Milano, Sezione II penale, 7 aprile 2021 (ud. 15 ottobre 2020), n. 10748. Il testo della sentenza è disponibile in [giurisprudenzapenale.com](http://giurisprudenzapenale.com).

<sup>62</sup> Sul punto v. DI GIOVINE, *Il criterio di imputazione soggettiva*, in AA.VV., *Responsabilità da reato degli enti* a cura di Lattanzi-Severino, p. 216 ss.: «pochissime sono allo stato le sentenze assolutorie [...] Alcune procure ignorano in modo deliberato il sistema legislativo di responsabilità degli enti, probabilmente perché comporta indagini complesse, suscettibili di allungare i tempi processuali e di mettere quindi a rischio il procedimento nei confronti della persona fisica». Inoltre «anche nelle aree geografiche in cui operano Procure più disposte a sfruttare le potenzialità della normativa, sono tuttavia rare le pronunce che definiscono con sentenza i procedimenti» e «tra le sentenze assolutorie, quelle basate su un giudizio (positivo) di idoneità dei modelli sono praticamente inesistenti». Più ottimista circa le potenzialità applicative della 231 (ma consapevole dello smarrimento del "valore fondante" dell'idoneità del modello nella concreta esperienza giudiziaria) MANACORDA, *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive* in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1-2/2017, p. 49 ss.

<sup>63</sup> Come emerge dall'esperienza della Regione Lombardia surrichiamata, l'applicazione di un Codice etico comportamentale e di un modello organizzativo possono considerarsi uno stimolo all'evoluzione razionale ed efficiente dell'organizzazione aziendale e del funzionamento operativo delle strutture sanitarie. Inoltre, "il miglioramento continuo della qualità ha costituito e costituisce un obiettivo verso il quale dirigere gli interventi di politica sanitaria, in quanto in grado di garantire al cittadino la migliore qualità ottenibile delle prestazioni erogate e pertanto tale processo induce l'ottimizzazione delle risorse e dei processi organizzativi e gestionali delle risorse sanitarie" ottenibile anche attraverso un Modello organizzativo.

<sup>64</sup> Sulla 'terza via' della Commissione Antimafia tra scioglimento ed archiviazione cfr. leg. XVII, doc. XXIII, n. 16 e doc. XXIII, n. 38. In verità la "terza via" prospettata si è rivelata finora abbastanza fallimentare. Un primo tentativo di riforma in tal senso, inserito nel decreto 113 del 2018, è stato dichiarato illegittimo dalla Corte costituzionale con la sentenza 195 del 2019. Non è una bocciatura tout court della "terza via": la sentenza della Consulta ha ritenuto illegittimo il modo in cui il decreto incideva sull'autonomia degli enti locali. Pertanto, in accordo con quanto stabilito dalla Corte costituzionale, la "terza via" continua a rappresentare un auspicabile affiancamento dell'ente nei casi in cui non sia ipotizzabile lo



scioglimento, attraverso una più puntuale determinazione dei presupposti e dell'ambito applicativo dell'intervento di sostegno.

<sup>65</sup> Ad esempio, la norma ISO EN 22799 sulla *health informatics*, o la ISO/IEC 27002 del giugno 2008 sulla sicurezza informatica e la UNI EN 13606-4:2007 sull'*Electronic Health Record*, nonché il Manuale della *Joint Commission International Accreditation Standards For Hospitals*. Dette *best practices* sono menzionate da EPIDENDIO-PASTORINO, *Norme tecniche, modelli di organizzazione e responsabilità degli enti operanti nel settore sanitario*, in *Riv. resp. amm. soc. ent.*, 2009, p. 11 ss.

<sup>66</sup> BARTOLOMUCCI, *Il comparto della Sanità*, cit., 52. Tuttavia allo stato non paiono esserci pronunce sull'idoneità dei MOG 231 in Sanità.

<sup>67</sup> PREVITALI, *Lotta alla corruzione*, cit., 43.

<sup>68</sup> A riguardo, tuttavia, è da sottolineare la difficoltà di un'adeguata formazione dovuta alla facile confusione dei ruoli di apicale o sottoposto che si realizza nelle strutture sanitarie. Ne deriva la necessità di predisporre un sistema contrattuale che definisca previamente la natura del rapporto di lavoro. V. BARTOLOMUCCI, *Il comparto della Sanità*, cit., p. 50.

<sup>69</sup> È, ad esempio, soltanto acquisendo piena consapevolezza delle ripercussioni dell'asservimento a gruppi criminali su qualità e costo delle prestazioni e, in ultima analisi, su un diritto fondamentale qual è quello alla salute, che gli essenziali meccanismi di segnalazione dell'illecito (c.d. *whistleblowing*) possono essere percepiti non più quali mero adempimento burocratico bensì quale opportunità di promozione di una cultura etica. Sul punto si considerino le valutazioni di CANTONE rese nella seduta del 23 settembre 2015 innanzi alle Commissioni riunite (II e XI) della Camera dei Deputati secondo cui «il whistleblowing è un modo per superare la logica dell'omertà, tipica degli ambiti di lavoro, omertà che deriva da rapporti di colleganza e di amicizia e che fanno sì che, per quieto vivere, le persone girino la testa dall'altro lato». Sul tema v. da ultimi DELLA BELLA-ZORZETTO (a cura di), *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità*, Giuffrè, 2021.

## **Data retention e procedimento penale. Gli effetti della sentenza della Corte di giustizia nel caso H.K. sul regime di acquisizione dei tabulati telefonici e telematici: urge l'intervento del legislatore.**

di **F. Rinaldini**

La Corte di giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, con sentenza del 2 marzo 2021 (causa C-746/18) nel caso H.K., ha enunciato, in tema di *data retention*, principi innovativi che necessariamente dispiegheranno effetti "rivoluzionari" nell'ordinamento giuridico italiano ed in particolare nel regime dell'acquisizione e dell'utilizzazione dei tabulati telefonici e telematici nel procedimento penale.

Secondo i giudici del Lussemburgo è necessario che l'accesso di autorità pubbliche ad un insieme di dati relativi al traffico o di dati relativi all'ubicazione "*sia circoscritto a procedure aventi per scopo la lotta contro forme gravi di criminalità o la prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica*"; inoltre, ad autorizzarne l'accesso non può essere il Pubblico Ministero, in quanto deve esservi "*un controllo preventivo effettuato o da un giudice o da un'entità amministrativa indipendente*".

Tale sentenza completa il percorso in senso garantista seguito dalla Corte di giustizia in precedenti sentenze. La giurisprudenza italiana, sino ad oggi, ha sempre fornito un'interpretazione volta a salvaguardare la normativa interna di acquisizione dei tabulati telefonici e telematici, contenuta nell'art. 132 del Codice della Privacy (d.lgs. 30.6.2003, n. 196).

Tale disposizione però non può più essere difesa, in quanto si pone in netto contrasto con i dettami della Corte, prevedendo che i dati relativi al traffico telefonico e telematico possano essere acquisiti "*con decreto motivato del pubblico ministero*", "*per finalità di accertamento e repressione dei reati*", quindi senza alcun controllo preventivo effettuato da un giudice o da un'autorità amministrativa indipendente e senza alcuna limitazione in ordine alla gravità dei reati.

Gli effetti dirompenti dei principi enunciati dai giudici del Lussemburgo nel nostro ordinamento sono confermati dai contraddittori provvedimenti che sono stati emessi nell'ultimo mese dai Giudici per le indagini preliminari dei nostri tribunali, dopo tale sentenza.

La delicata questione può essere risolta solo con l'intervento urgente del legislatore, unico soggetto legittimato a disciplinare una materia come quella in esame, che attiene alla limitazione di un diritto fondamentale dell'individuo come la riservatezza, tutelato sia dalla nostra Costituzione sia dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

**Sommario.** **1.** I principi affermati dalla Corte di giustizia. – **2.** Il caso esaminato dalla Corte di giustizia. – **3.** I precedenti della Corte di giustizia e la giurisprudenza italiana. – **4.** Gli effetti della pronuncia della Corte di giustizia nel nostro ordinamento.

### **1. I principi affermati dalla Corte di giustizia.**

La disciplina della "*data retention*", cioè della conservazione e acquisizione di dati "esterni" generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica, è da anni oggetto di attenzione da parte della legislazione e della giurisprudenza dell'Unione, che si è sempre sforzata di trovare un ragionevole punto di equilibrio tra le fondamentali esigenze di tutela del diritto dell'individuo alla riservatezza e dell'interesse pubblico all'accertamento dei reati.

Su tale delicata materia è intervenuta recentemente la Corte di giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, con sentenza del 2 marzo 2021 (causa C-746/18) nel caso H.K., enunciando principi innovativi che necessariamente dispiegheranno effetti "rivoluzionari" nell'ordinamento giuridico italiano ed in particolare nel regime dell'acquisizione e dell'utilizzazione dei tabulati telefonici e telematici nel procedimento penale.

In relazione agli effetti delle sentenze della Corte di giustizia all'interno del nostro ordinamento, vige, come noto, il principio del "primato del diritto

dell'Unione", legittimato dall'art. 11 Cost., secondo cui l'Italia "consente... alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni". La Corte Costituzionale ha affermato con continuità che "le statuizioni della Corte di giustizia delle Comunità europee hanno, al pari delle norme comunitarie direttamente applicabili cui ineriscono, operatività immediata negli ordinamenti interni"<sup>1</sup>. Tale efficacia è stata riconosciuta dalla Consulta a tutte le sentenze della Corte di giustizia, sia a quelle pregiudiziali (come quella in esame) ai sensi dell'art. 267 TFUE, sia a quelle che sono state emesse in sede di procedura d'infrazione ai sensi dell'art. 258 TFUE<sup>2</sup>.

La pronuncia nel caso H.K. ha quindi carattere vincolante non solo per il giudice che ha sollevato la questione, ma anche riguardo a tutti i casi aventi per oggetto le norme interpretate dalla Corte.

In particolare, la sentenza in esame ha stabilito che l'art. 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 luglio 2002<sup>3</sup> - relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche, come modificata dalla direttiva 2009/136/CE del Parlamento e del Consiglio del 25 novembre 2009 – letto alla luce degli artt. 7, 8 e 11, nonché dell'art. 52, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea<sup>4</sup> "deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale, la quale consenta l'accesso di autorità pubbliche ad un insieme di dati relativi al traffico o di dati relativi all'ubicazione, idonei a fornire informazioni sulle comunicazioni effettuate da un utente di un mezzo di comunicazione elettronica o sull'ubicazione delle apparecchiature terminali da costui utilizzate e a permettere di trarre precise conclusioni sulla sua vita privata, per finalità di prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento di reati, senza che tale accesso sia circoscritto a procedure aventi per scopo la lotta contro forme gravi di criminalità o la prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica, e ciò indipendentemente dalla durata del periodo per il quale l'accesso ai dati suddetti viene richiesto, nonché dalla quantità o dalla natura dei dati disponibili per tale periodo"<sup>5</sup>.

Parimenti lo stesso art. 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58/CE (modificato dalla direttiva 2009/136/CE), secondo la Corte di giustizia, "osta ad una normativa nazionale, la quale renda il Pubblico Ministero, il cui compito è dirigere il procedimento istruttorio penale e

di esercitare, eventualmente, l'azione penale in un successivo procedimento, competente ad autorizzare l'accesso di un'autorità pubblica ai dati relativi al traffico e ai dati relativi all'ubicazione ai fini dell'istruttoria penale"<sup>6</sup>.

In ossequio al "principio di proporzionalità" cristallizzato nell'art. 52 della Carta, la Corte di giustizia ha, quindi, delimitato l'ambito di acquisizione dei dati esterni alle comunicazioni (es. data, ora, luogo, numero del chiamante e del ricevente, ubicazione dell'intestatario dell'utenza etc.), circoscrivendolo al perseguimento di gravi forme di criminalità o di minacce alla sicurezza pubblica.

Inoltre, il titolare dell'acquisizione dei dati presso i gestori non potrà più essere il Pubblico Ministero, in quanto non considerato soggetto terzo rispetto al procedimento penale da lui stesso istruito. Necessaria è stata ritenuta la valutazione da parte di un Giudice o di un'autorità amministrativa indipendente, che verifichi la legittimità della richiesta di acquisizione.

Ma vi è di più: al fine di recepire i principi della Corte di giustizia, tale valutazione dovrà avvenire in via preventiva per evitare che venga autorizzato un accesso ai dati eccedente i limiti dello stretto necessario.

## 2. Il caso esaminato dalla Corte di giustizia.

Il caso rinviato alla Corte di giustizia riguarda una vicenda estone: l'imputata H.K. era stata condannata alla pena detentiva di due anni per una serie di furti di beni e di somme di denaro, nonché per aver utilizzato una carta bancaria appartenente ad altro soggetto e per aver compiuto atti di violenza nei confronti di persone partecipanti ad un processo a suo carico.

La condanna era fondata, tra l'altro, sull'acquisizione dei verbali contenenti i dati relativi alle comunicazioni, che l'autorità incaricata dell'indagine aveva acquisito presso il gestore di servizi di telecomunicazioni<sup>7</sup>.

Respinto l'appello avverso la sentenza di condanna di primo grado, H.K. proponeva ricorso in Cassazione, eccependo altresì l'inammissibilità dell'acquisizione dei processi verbali dei dati di telefonia per contrasto della normativa interna con l'art. 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita

privata nel settore delle comunicazioni, letto alla luce degli artt. 7, 8 e 11, nonché dell'art. 52, paragrafo 1, della Carta.

La Corte di Cassazione estone ha, quindi, rinviato alla Corte di giustizia tre questioni pregiudiziali.

Con la prima si chiedeva se l'art. 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58/CE dovesse essere interpretato nel senso di dover limitare la normativa nazionale in materia di acquisizione dei dati esterni alle comunicazioni ai soli casi di lotta contro gravi forme di criminalità, in quanto trattasi di attività che costituisce un'ingerenza nei diritti fondamentali ex artt. 7, 8, 11 e 52, par. 1, dalla Carta.

Con la seconda questione, si è chiesto alla Corte se il suddetto art. 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58/CE, dovesse essere interpretato sulla scorta del principio di proporzionalità, in base al quale la limitazione dei diritti fondamentali, inevitabilmente causata dall'attività di acquisizione dei dati esterni di comunicazione, potrà avvenire solo nel caso in cui la quantità di dati da acquisire non sia grande, misura valutabile in riferimento al tipo dei dati raccolti ed alla loro estensione temporale.

Infine, alla Corte è stata rimessa la questione relativa alla possibilità di considerare il Pubblico Ministero, che dirige l'attività istruttoria e conseguentemente dispone l'acquisizione dei dati esterni alle comunicazioni, quale soggetto indipendente, così come già previsto dalla sentenza della Corte di giustizia del 21 dicembre 2016, nel caso *Tele 2*, secondo la quale – come di seguito illustrato – l'accesso ai dati da parte delle autorità nazionali deve essere sottoposto al controllo preventivo di un Giudice o di un'autorità amministrativa indipendente<sup>8</sup>.

La Corte di giustizia si è quindi espressa limitando l'acquisizione dei dati esterni alle comunicazioni e di quelli relativi all'ubicazione ai soli casi di reati gravi, contro la criminalità o posti a tutela della sicurezza pubblica, nonché ritenendo il Pubblico Ministero non competente ad autorizzare siffatta acquisizione, come sopra meglio enunciato.

### 3. I precedenti della Corte di giustizia e la giurisprudenza italiana.

La Corte di giustizia si era già precedentemente pronunciata in tema di *data retention*, per circoscriverne l'ambito di applicazione mediante un'interpretazione volta a dare maggiore rilievo ai

diritti fondamentali dei singoli individui, rispetto alle esigenze di pubblica sicurezza<sup>9</sup>.

Ed infatti, con la sentenza *Digital Rights - Ireland LTD e Kantner Landesregierung*<sup>10</sup> dell'8 aprile 2014 la Corte di giustizia, Grande Sezione, aveva dichiarato l'invalidità della direttiva 2006/24/CE<sup>11</sup> per violazione degli artt. 7, 8 e 52, paragrafo 1, della Carta, in quanto non stabiliva che l'interferenza dello Stato nella riservatezza del singolo individuo doveva essere minima. La Corte di giustizia aveva, difatti, ritenuto che, nonostante l'interesse della lotta alla criminalità fosse sicuramente avvantaggiato dall'utilizzo delle moderne tecnologie, la direttiva 2006/24/CE non rispettava il principio di proporzionalità, nella parte in cui non poneva precise regole oggettive, sia di carattere sostanziale che processuale, in tema di *data retention*.

La Corte di giustizia nel caso *Digital Rights* ha, quindi, ritenuto che la suddetta direttiva fosse da censurarsi nella misura in cui questa non operava alcuna limitazione alla conservazione dei dati, basata sull'obiettivo di perseguire reati gravi. In altri termini, si è osservato che l'ambito di applicazione della misura della conservazione dei dati ivi previsto, era così ampio da permettere il suo utilizzo anche in relazione a fattispecie penali non sufficientemente gravi da consentire la compressione di un diritto fondamentale.

Secondo la Corte, inoltre, l'accesso doveva essere oggetto di preventivo vaglio da parte di un Giudice o di un'autorità amministrativa indipendente, in modo da poter limitare l'uso di tali informazioni a quanto strettamente necessario ai fini della tutela della collettività.

È stato inoltre ritenuto che la direttiva 2006/24/CE non prevedeva criteri oggettivi in relazione alla durata della conservazione dei dati, tali da garantire la sua limitazione allo stretto necessario. Tale normativa è stata, quindi, ritenuta priva di garanzie sufficienti ad assicurare una tutela contro rischi di abuso o di utilizzo illecito.

Successivamente, la Corte di giustizia con la sentenza del 21 dicembre 2016, Grande Sezione, nel caso *Tele 2*<sup>12</sup>, ha meglio delineato l'ambito di applicazione del principio di proporzionalità, sotteso alla normativa della *data retention*.

Con tale pronuncia, la Corte ha essenzialmente limitato la possibilità di accedere ai dati personali degli individui ai soli reati gravi. La legge nazionale che ammettesse, quindi, la conservazione

indiscriminata dei dati di traffico ed il conseguente accesso da parte dell'autorità, sarebbe in contrasto con la normativa europea.

Le sentenze nei casi *Digital Rights* e *Tele 2* dimostrano il rigore con cui la Corte di giustizia ha interpretato la normativa sulla *data retention*, fornendo alla materia un elevato livello di protezione anche rispetto al contrapposto interesse statale all'accertamento dei reati.

In una successiva pronuncia del 2 ottobre 2018, nel caso *Ministerio Fiscal*<sup>13</sup>, la Corte ha fatto un piccolo passo indietro, riconoscendo la possibilità della *data retention* anche per reati non gravi. Anche in relazione a questi ultimi è stata ritenuta possibile la conservazione dei dati esterni delle comunicazioni telematiche e telefoniche, allorché le ingerenze nella riservatezza del singolo individuo da parte dell'autorità non siano da considerarsi gravi. A tale proposito, la Corte ha quindi specificato che l'acquisizione di dati idonei ad identificare il titolare di carte SIM, attivate con codice IMEI, di un telefono cellulare rubato, fosse possibile a prescindere dalla prospettazione di un reato grave, in quanto la ricerca dei soli dati anagrafici non sarebbe di per sé sola idonea a ledere i diritti dell'individuo, in quanto non particolarmente penetrante. Non occorrerebbe pertanto una soglia di rilevante gravità dei reati. Circostanza quest'ultima invece assolutamente necessaria nel caso in cui i dati esterni alle comunicazioni permettano di formulare valutazioni in ordine alla vita privata dell'individuo (ubicazione del chiamante, data, ora e soggetti nei cui confronti intercorrono le comunicazioni, luoghi frequentati dal titolare dell'apparecchio elettronico etc.). In questo caso, quindi, si è addivenuti ad una distinzione: per i reati gravi la conservazione dei dati esterni di una comunicazione è ammessa, mentre per i reati comuni è consentita solo se l'ingerenza nella sfera privata del singolo non sia da considerarsi grave.

Sullo sfondo di questo panorama europeo, la giurisprudenza italiana, pur ribadendo formalmente i principi sanciti dalla Corte di giustizia, ha di fatto completamente disatteso il contenuto di queste pronunce, fornendo un'interpretazione volta a salvaguardare la normativa interna in tema di *privacy* e di acquisizione dei tabulati telefonici e telematici.

All'interno del nostro ordinamento, la materia è disciplinata dall'art. 132 del Codice della Privacy (d.lgs. 30.6.2003, n. 196), secondo cui i dati relativi al traffico telefonico e telematico sono acquisiti "con

*decreto motivato del pubblico ministero*", "per finalità di accertamento e repressione dei reati", quindi senza alcun controllo preventivo effettuato da un Giudice o da un'autorità amministrativa indipendente e senza alcuna limitazione in ordine alla gravità dei reati.

La Corte di Cassazione, in più occasioni, ha ritenuto che "la disciplina prevista dall'art.132 d.lgs. n. 196 del 2003 è compatibile con il diritto sovranazionale in tema di tutela della privacy (direttive 2002/58/CE e 2006/24/CE), così come interpretato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea"<sup>14</sup>.

Le motivazioni della giurisprudenza di legittimità, volte a salvaguardare la normativa interna in tema di *data retention*, si basano, in estrema sintesi, sulle seguenti argomentazioni:

- la sussistenza di una normativa interna in tema di regolamentazione dell'accesso e della conservazione dei dati (alcune pronunce della Corte di giustizia riguardavano Stati privi di siffatta normativa);
- l'espressa enunciazione normativa della finalità di repressione dei reati;
- la delimitazione temporale dell'attività di memorizzazione;
- l'intervento preventivo dell'autorità giudiziaria, funzionale all'effettivo controllo della stretta necessità dell'accesso ai dati.

Gli elementi sopra indicati, presenti nella legislazione italiana, consentirebbero, pertanto, a parere dei Giudici di legittimità, di considerare rispettato in concreto il principio di proporzionalità, sancito dalla giurisprudenza europea.

Non si può tuttavia sottacere come la normativa interna non operi alcun effettivo bilanciamento fra i diritti fondamentali dell'individuo e l'esigenza di accertamento e repressione di gravi reati mediante l'acquisizione di dati e informazioni presso i gestori di telefonia<sup>15</sup>.

Non è difatti ravvisabile alcuna individuazione dei reati-presupposto particolarmente gravi legittimanti l'intrusione dell'autorità nella vita privata degli individui, non è previsto che un soggetto terzo e indipendente sia garante di siffatta legittimità, mediante una seria valutazione dei provvedimenti autorizzativi, che non possono più basarsi su motivazioni scarse o meramente formali.

#### 4. Gli effetti della pronuncia della Corte di giustizia nel nostro ordinamento.

Come sopra evidenziato, i principi sanciti dalla Corte di giustizia dispiegano un effetto vincolante immediato *ultra partes* nel nostro ordinamento.

Quanto deciso in Lussemburgo è difficilmente compatibile con la disciplina prevista in Italia dall'art. 132 del Cod. *Privacy*, che non prevede nessuno dei limiti garantisti individuati nel caso H.K: accesso ai dati circoscritto a reati gravi e controllo preventivo da parte di un giudice o di una autorità amministrativa indipendente.

È inevitabile quindi che la giurisprudenza domestica si trovi in grande difficoltà ad affrontare le ricadute di tale rivoluzionaria sentenza all'interno del nostro ordinamento.

Allo stato, sono noti due provvedimenti, di due diversi uffici del G.I.P. presso il Tribunale di Roma, che hanno delineato effetti completamente differenti della sentenza della Corte di giustizia.

In un primo provvedimento in data 25.4.2021, il G.I.P. presso il Tribunale di Roma, chiamato a pronunciarsi sulla richiesta fatta del Pubblico Ministero per ottenere l'autorizzazione a disporre l'acquisizione dei dati relativi al traffico telefonico, pur disapplicando la norma interna (l'art. 132 d.lgs. n. 196/2003), ha ritenuto di disporre l'acquisizione dei tabulati<sup>16</sup>.

Il Giudice romano, partendo da condivisibili premesse, cioè ritenendo la sentenza comunitaria direttamente applicabile, confermato il sopravvenuto contrasto dell'art. 132 Cod. *Privacy* con la normativa dell'Unione Europea, con conseguente inapplicabilità della norma interna e applicazione dei principi sanciti dalla Corte lussemburghese, giunge però a conclusioni opinabili, laddove afferma che *“la categoria della “forme gravi di criminalità o la prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica” indicata dalla Corte di giustizia quale indispensabile condizione per rendere proporzionata (giustificata) l'acquisizione dei dati, è facilmente individuabile con il rinvio integrale ai reati previsti nel catalogo dettato dagli articoli 266 c.p.p. e 266 bis c.p.p.: è chiaro che l'acquisizione dei dati relativi al traffico telefonico potrà senz'altro consentirsi negli stessi casi in cui la ben più invasiva attività di intercettazione è ammessa dall'ordinamento processuale. In conclusione, disapplicata la norma interna (art. 132 d.lgs. n. 196/2003) e ritenuta la sussistenza dei presupposti delineati dalla normativa dell'Unione Europea (“la lotta contro le forme gravi di criminalità o la prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica” sia, in concreto, per la gravità delle ipotesi delittuose*

*sia in forza della riconducibilità, nel caso di specie, dei reati per i quali si procede agli articoli 266 c.p.p. e 266 bis c.p.p.) nonché l'evidente indispensabilità per l'immediata prosecuzione delle indagini, deve autorizzarsi quanto richiesto dal Pubblico Ministero”*. In tale decreto, per salvare la possibilità di avvalersi dell'importante ed efficace strumento investigativo costituito dai tabulati telefonici, viene percorsa una strada che presenta però possibili ostacoli, sia in relazione ai dettami della sentenza H.K. della Corte di giustizia, sia per quanto previsto nella nostra Costituzione.

L'auspicata applicazione in via analogica della normativa sulle intercettazioni a quella dell'acquisizione dei “dati esterni” delle comunicazioni, pone innanzitutto il problema che la stessa normativa sulle intercettazioni di cui all'art. 266 c.p.p. dovrà fare i conti con la pronuncia della Corte di giustizia, in quanto i principi ivi espressi attengono ai limiti del diritto alla riservatezza, che concerne anche le intercettazioni. Non è così scontato che tutte le fattispecie penali previste dall'art. 266 c.p.p. possano ritenersi *“forme gravi di criminalità”* oppure *“gravi minacce alla sicurezza pubblica”*, si pensi a quelle previste dall'art. 266 lett. e), f), f ter) (tra cui vi sono i reati di minaccia, usura, abusiva attività finanziaria, contraffazione di marchi e brevetti, introduzione nello Stato e commercio con segni falsi, frode nel commercio, vendita di prodotti con segni mendaci, etc.).

Inoltre, l'art. 15 della Costituzione, nell'annoverare la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione tra i diritti inviolabili dell'individuo, sancisce inderogabilmente che *“la loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge”*. Ne consegue che ogni limitazione in tale materia soggiace alla riserva assoluta di legge, oltre che di giurisdizione motivata.

Nessun dubbio che la tutela sancita da tale norma costituzionale si estenda anche ai tabulati telefonici e telematici, in quanto la Corte Costituzionale ha confermato *“l'ampiezza della tutela accordata dall'art. 15 della Costituzione alla libertà e alla segretezza della comunicazione, la quale è sicuramente tale da ricomprendere fra i propri oggetti anche i dati esteriori di individuazione di una determinata conversazione telefonica”*<sup>17</sup>.

La giurisprudenza di legittimità in più occasioni ha posto l'accento sulla portata dei riflessi dell'art. 15

Cost. all'interno del nostro ordinamento, con decisioni che sono utili anche ad esaminare la questione attinente ai limiti dell'acquisizione dei tabulati telefonici e telematici.

Le Sezioni Unite della Suprema Corte, richiamando il *dictat* della Corte Costituzionale<sup>18</sup> hanno evidenziato che *“in base all'art. 15 Cost., lo stesso diritto è inviolabile nel senso che il suo contenuto di valore non può subire restrizioni o limitazioni da alcuno dei poteri costituiti se non in ragione dell'inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante, sempreché l'intervento limitativo posto in essere sia strettamente necessario alla tutela di quell'interesse e sia rispettata la duplice garanzia che la disciplina prevista risponda ai requisiti propri della riserva assoluta di legge e la misura limitativa sia disposta con atto motivato dell'autorità giudiziaria”*<sup>19</sup>.

Ne consegue che anche l'acquisizione dei dati esterni delle conversazioni deve essere regolamentata attraverso un'apposita disposizione di legge e disposta con atto motivato dell'autorità giudiziaria.

La soluzione della questione attraverso l'applicazione in via analogica della normativa sulle intercettazioni all'acquisizione dei tabulati, invocata nel provvedimento romano, stride quindi con il dettato costituzionale.

Non può non rilevarsi come le disposizioni di cui agli artt. 266 e ss. c.p.p. in tema di “intercettazioni di conversazioni o comunicazioni” siano norme di carattere “eccezionale” rispetto al principio di portata costituzionale forgiato nell'art. 15 Cost. La stessa Corte Costituzionale ha riconosciuto la *“natura indubbiamente eccezionale dei limiti apponibili a un diritto personale di carattere inviolabile, quale la libertà e la segretezza delle comunicazioni (art. 15 della Costituzione)”*<sup>20</sup>.

Tali norme, pertanto, non sono suscettibili di applicazione analogica, come disciplinato dall'art. 14 delle Preleggi, secondo cui *“le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati”*. Secondo un orientamento ormai consolidato ci si trova di fronte a norme “eccezionali” tutte le volte in cui viene introdotta una disciplina che deroga, rispetto a particolari casi, all'efficacia generale di una o più disposizioni<sup>21</sup>.

Va infine considerato che la giurisprudenza sia costituzionale che di legittimità, anche a Sezioni Unite, si è più volte espressa nel senso di escludere

l'applicabilità della normativa sulle intercettazioni telefoniche di cui agli artt. 266 e ss. c.p.p. all'acquisizione dei tabulati telefonici e telematici, ritenendo che la disciplina di acquisizione di tale mezzo di ricerca della prova vada rinvenuta nell'art. 256 c.p.p.<sup>22</sup>, norma che impone un generale dovere di esibizione a carico dei soggetti indicati negli artt. 200 e 201 c.p.p. tra cui possono essere fatti anche rientrare gli incaricati del servizio telefonico e telematico. Sulla base di tale orientamento, la giurisprudenza ha quindi fino ad oggi ritenuto che, per l'acquisizione dei tabulati telefonici e telematici, fosse sufficiente il decreto motivato del Pubblico Ministero, come del resto previsto anche dall'art. 132 Cod. Privacy.

Ebbene, dopo pronuncia della Corte di giustizia nel caso H.K., la normativa contraria ai principi ivi delineati, cioè l'art. 132 Cod. Privacy, deve essere disapplicata e al vuoto di disciplina che si viene a creare non si può supplire con applicazioni analogiche di norme eccezionali, ma deve necessariamente intervenire il legislatore italiano.

L'urgenza della necessità di tale intervento è dimostrata dalla contraddittorietà delle soluzioni che stanno fornendo gli uffici dei Giudici delle indagini preliminari a cui il Pubblico Ministero stanno ora chiedendo le autorizzazioni per l'acquisizione dei tabulati.

In un secondo provvedimento di un diverso ufficio del G.I.P. presso il Tribunale di Roma<sup>23</sup>, si è giunti a conclusioni radicalmente difformi rispetto al primo decreto sopra analizzato.

Il Giudice ha dichiarato *“non luogo a provvedere”* sulla richiesta di autorizzazione del Pubblico Ministero a disporre l'acquisizione dei tabulati, ritenendo ancora applicabile, in attesa di un auspicabile intervento del legislatore, l'art. 132 d.lgs. n. 196/2003, che prevede appunto sia lo stesso Pubblico Ministero a poter procedere.

In tale provvedimento, pur ravvisando un sopravvenuto quadro di contrasto giurisprudenziale tra Corte di Cassazione e la Corte di giustizia sulla compatibilità dell'art. 132 d.lgs. n. 196/2003 con la direttiva 2002/58/CE, pur ritenendo che ai principi espressi nelle sentenze di matrice europea vada attribuito il valore di ulteriore fonte del diritto comunitario, si è specificato che le sentenze della Corte non creano *ex novo* norme comunitarie, ma indicano di queste *“il significato ed i limiti di applicazione”*.

Secondo tale Giudice quindi, le sentenze lussemburghesi avrebbero efficacia immediata e diretta *“solo laddove per effetto di tali interpretazioni non residuino negli istituti giuridici regolati concreti problemi applicativi e profili di discrezionalità che richiedano necessariamente l'intervento del legislatore nazionale, e ciò tanto più laddove si tratti di interpretazione di norme contenute in Direttive”*.

In definitiva, secondo tale provvedimento, la sentenza della Corte di giustizia avrebbe un effetto *“limitato”*, nel senso che *“le interpretazioni proposte dalla citata sentenza Corte di Giustizia Unione Europea Grande Sez., Sent., 02/03/2021, n. 746/18 non possano avere effetti applicativi immediati e diretti, per la indeterminatezza, nella sentenza, del riferimento ai casi nei quali i dati di traffico telematico e telefonico possono essere acquisiti, riferimento genericamente operato ai casi di “lotta contro le forme gravi di criminalità” o di “prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica”, casi la cui concreta declinazione non può non ritenersi demandata (e venendo di fatto demandata dalla sentenza), in esecuzione ai proposti principi interpretativi della normativa Ue, alla legge nazionale, e non alla elaborazione giurisprudenziale”*.

Viene quindi sì demandata la soluzione della questione all'intervento del legislatore, ma nel frattempo ritenuta applicabile la disciplina attualmente vigente, cioè l'art. 132 Cod. Privacy.

Tale secondo provvedimento, se ha indubbiamente il pregio di invocare un intervento legislativo a regolare la materia, non si ritiene tuttavia condivisibile laddove *“congela”* l'effetto della sentenza lussemburghese in attesa dell'intervento del legislatore e ritiene temporaneamente ancora applicabile la normativa domestica.

Anche accogliendo l'interpretazione seguita dal Giudice romano, secondo cui i principi espressi nelle sentenze della Corte di Giustizia non creano *ex novo* delle norme comunitarie, ma si limitano a indicare *“il significato e i limiti di applicazione”* delle stesse, è indubbio che i principi espressi nel caso H.K. (limitazione a reati gravi, autorizzazione da parte di una autorità indipendente) sono del tutto incompatibili con il dettato dell'art. 132 Cod. Privacy, che viene quindi travolto dalla pronuncia della Corte. Non ci sono alternative: non si può applicare l'art. 132 Cod. Privacy così com'è formulato in quanto confligge con il significato e i limiti di applicazione

della normativa dell'Unione individuati dalla Corte di giustizia; applicarlo caso per caso, seguendo i principi sanciti dalla Corte, vorrebbe dire rimettere la soluzione alla discrezionalità del giudice e sottrarre la materia alla riserva assoluta di legge, in contrasto con la Costituzione e anche con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Lo stesso articolo 52 della Carta, nel trattare i limiti all'esercizio dei diritti e delle libertà ivi previste, richiede espressamente che tali limiti debbano essere previsti dalla legge e non forgiati dal giudice<sup>24</sup>.

In definitiva, l'unica strada percorribile è quella di un urgente intervento del legislatore che disciplini la materia dell'acquisizione e della conservazione dei dati telefonici e telematici, limitandola a tipizzate forme gravi di criminalità e richiedendo il preventivo controllo da parte del giudice.

In un paese di *civil law* come l'Italia, solo il legislatore può disciplinare e delimitare i casi eccezionali in cui è consentita la violazione di un diritto fondamentale dell'individuo come quello alla riservatezza, garantito a livello costituzionale e di normativa e giurisprudenza dell'Unione<sup>25</sup>.

I contrasti che stanno sorgendo tra i giudici chiamati a risolvere la spinosa questione dimostrano che l'individuazione dei limiti alla violazione di un diritto fondamentale non può essere demandata alla discrezionalità del giudice.

Nelle more dell'intervento legislativo, i tabulati acquisiti in violazione dei principi tratteggiati dalla sentenza H.K., non potranno che ritenersi *“prove illegittimamente acquisite”* e quindi essere travolti dalla sanzione dell'inutilizzabilità ai sensi dell'art. 191 c.p.p., rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento.

Si evidenzia infine che la portata di tale pronuncia della Corte di giustizia è destinata ad avere un riflesso non solo nei procedimenti penali, ma anche in quelli civili, tributari e disciplinari in cui, parimenti, non potrà essere fatto alcun utilizzo, ai fini della decisione, di documenti acquisiti in base ad una norma che deve essere disapplicata per contrasto con i principi di diritto dell'Unione Europea.

**Federica Rinaldini**

Avvocato del Foro di Milano.

<sup>1</sup> Corte Cost., 13 luglio 2007, n. 284, in *Diritto e Giustizia on line*, 2007.

<sup>2</sup> Corte Cost., 23 aprile 1985, n. 113, in *Riv. dir. agr.*, 1987, II, p. 330; Corte Cost., 11 luglio 1989, n. 389, in *Cass. pen.*, 1990, I, p. 565 e Corte Cost., 24 giugno 2010, n. 227, in *Giur. Cost.*, 2010, 3, p. 2598, secondo cui “*le sentenze della Corte di giustizia vincolano il giudice nazionale all’interpretazione da essa fornita, sia in sede di rinvio pregiudiziale, che in sede di procedura d’infrazione*”.

<sup>3</sup> L’art. 15, comma 1, della direttiva stabilisce che “*Gli Stati membri possono adottare disposizioni legislative volte a limitare i diritti e gli obblighi di cui agli artt. 5 e 6, all’art. 8, paragrafi da 1 a 4 e all’art. 9 della presente direttiva, qualora tale restrizione costituisca, ai sensi dell’art. 13, paragrafo 1, della direttiva [95/46], una misura necessaria, opportuna e proporzionata all’interno di una società democratica per la salvaguardia della sicurezza nazionale (cioè della sicurezza dello Stato), della difesa, della sicurezza pubblica; e la prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento dei reati. Ovvero l’uso non autorizzato del sistema di comunicazione elettronica. A tal fine gli Stati membri possono tra l’altro adottare misure legislative le quali prevedano che i dati siano conservati per un periodo di tempo limitato per motivi enunciati nel presente paragrafo. Tutte le misure di cui al presente paragrafo sono conformi ai principi generali del diritto [dell’Unione], compresi quelli di cui all’art. 6, paragrafi 1 e 2, del Trattato sull’Unione europea*”.

<sup>4</sup> Come noto, l’art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea stabilisce che “*ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle proprie comunicazioni*”. L’art. 8 prevede che “*ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano. I dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni persona ha il diritto di accedere ai dati raccolti che la riguardano e di ottenerne la rettifica. Il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un’autorità indipendente*”. L’art. 11, comma 1, enuncia che “*ogni persona ha diritto alla libertà di espressione. Tale diritto include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera*”. Infine, l’art. 52, comma 1, prevede che laddove è stabilito che “*eventuali limitazioni dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall’Unione o all’esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui*”.

<sup>5</sup> Corte di giustizia, Grande Sezione, 2 marzo 2021, C-746/18.

<sup>6</sup> Corte di giustizia, Grande Sezione, 2 marzo 2021, C-746/18.

<sup>7</sup> Si precisa che questi dati afferivano in particolare a vari numeri telefonici utilizzati da H.K. e a diversi codici internazionali di identificazione di apparecchiatura telefonica mobile, riferiti a vari periodi fra il 2015 e il 2016.

<sup>8</sup> Corte di giustizia, Grande sezione, 21 dicembre 2016, cause riunite C-203/15 e C-698/15 (cosiddetta sentenza *Tele 2*), in *Diritto dell’informazione e dell’informatica*, II, 2016, 6, p. 984.

<sup>9</sup> Per un’attenta disamina della tematica si veda L. LUPARIA, *Data retention e processo penale. Un’occasione mancata per prendere i diritti davvero sul serio*, in *Diritto di Internet*, 2019, 4, p. 757 ss.; I. NERONI REZENDE, *Dati esterni alle comunicazioni e processo penale: questioni ancora aperte in tema di data retention*, in *Sistema penale*, Fascicolo 5/2020, p. 183 ss.

<sup>10</sup> Corte di giustizia, Grande Sezione, 8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 e C-594/12 (cosiddetta sentenza *Digital Rights*), in *Giur. Cost.*, 2014, 3, p. 2948. La Corte di giustizia, Grande Sezione, interpellata in via pregiudiziale dall’Alta Corte irlandese e dalla Corte Costituzionale austriaca, ha dichiarato invalida l’intera direttiva 2006/24/CE in materia di conservazione dei dati.

<sup>11</sup> La direttiva 2006/24/CE, adottata dal Parlamento europeo e dal Consiglio UE, aveva ad oggetto la conservazione di dati generati trattati nell’ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione. La stessa veniva quindi a modificare la precedente direttiva del 2002/58/CE.

<sup>12</sup> Corte di giustizia, Grande Sezione, 21 dicembre 2016, cause riunite C-203/15 e C-698/15. Tale sentenza ha per oggetto la direttiva 2002/58/CE, cioè la normativa applicabile in materia a seguito della dichiarazione di invalidità della Direttiva 2006/24/CE da parte della sentenza nel caso *Digital Rights*

<sup>13</sup> Corte di giustizia, Grande Sezione, 2 ottobre 2018, C-207/16 (cosiddetta sentenza *Ministerio Fiscal*), in *Diritto dell’informazione e dell’informatica*, II, 2018, 6, p. 905.

<sup>14</sup> Da ultimo Cass. pen., Sez. III, 19 aprile 2019, n. 36380, in *Diritto di Internet*, 2019, 4, p. 753. Sulla compatibilità della normativa nazionale in tema di acquisizione dei dati contenuti nei tabulati con quella europea, si vedano altresì: Cass. pen., Sez. III, 25 dicembre 2019, n. 48737 in *CED Cass. pen.*, 2020; Cass. pen., Sez. II, 10 dicembre 2019, n. 5741.

<sup>15</sup> Come è stato ben osservato, la normativa interna dovrebbe essere sottoposta al vaglio rigoroso di una sua valutazione in termini di proporzionalità fra diritti lesi ed esigenze della collettività, in quanto materia afferente ai diritti fondamentali, in tal senso si veda I. NERONI REZENDE, *Dati esterni alle comunicazioni e processo penale: questioni ancora aperte in tema di data retention*, *op. cit.*, p. 185.



<sup>16</sup> G.i.p. presso il Tribunale di Roma, decreto 25.4.2021, in *Sistema Penale*, 29.4.2021, con commento di J. DELLA TORRE, *L'acquisizione dei tabulati telefonici nel processo penale dopo la sentenza della grande camera della corte di giustizia ue: la svolta garantista in un primo provvedimento del g.i.p. di Roma*.

<sup>17</sup> Corte Cost., 11 marzo 1993, n. 81.

<sup>18</sup> Corte Cost., 23 luglio 1991, n. 366.

<sup>19</sup> Cass. pen., Sez. VI, 13 febbraio 2019, n. 11160, in *Diritto & Giustizia*, 2019, (nota).

<sup>20</sup> Corte Cost., 23 luglio 1991, n. 366. Si veda altresì Cass. pen., Sez. V, 20 luglio 2020, n. 23438 e Cass. pen., Sez. II, 11 marzo 2021, n. 13809.

<sup>21</sup> Per tutti FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale. Parte Generale*, Bologna, 2014, p. 122.

<sup>22</sup> Si vedano Corte Cost., 17 luglio 1998, n. 281, in *Cass. pen.*, 1999, p. 27; Cass. pen., S.U., 23 febbraio 2000, n. 6, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2595; Cass. pen., Sez. VI, 21 luglio 2000, n. 8458, in *Arch. Nuova proc. pen.*, 2001, p. 558.

<sup>23</sup> G.I.P. presso il Tribunale di Roma, in *Sistema Penale*, 5.5.2021, con commento di A. MALACARNE, *Ancora sulle ricadute interne della sentenza della Corte di Giustizia in materia di acquisizione di tabulati telefonici: il G.i.p. di Roma dichiara il "non luogo a provvedere" sulla richiesta del p.m.*

<sup>24</sup> L'art. 52, comma 1, della Carta prevede che "eventuali limitazioni dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui". Si veda sul punto Corte di giustizia, Grande Sezione, 2 marzo 2021, C-746/18.

<sup>25</sup> In tal senso si veda F. RUGGIERI, *Data Retention e Giudice di merito penale. Una discutibile pronuncia*, in *Cass. pen.*, Fasc. 6, 1.6.2017, pag. 2483.

## L'omesso (o ritardato) deposito di atti di indagine in sede di avviso di conclusione delle indagini preliminari: inutilizzabilità e nullità a confronto.

di **G. Centamore**

L'Autore commenta l'ordinanza con cui il Tribunale di Ravenna, ponendosi in consapevole contrasto con l'indirizzo secondo il quale "l'omissione del deposito di atti dell'indagine preliminare, contestualmente alla notifica dell'avviso di conclusione prescritto dall'art. 415 bis cod. proc. pen., comporta la sola inutilizzabilità degli atti stessi", ha affermato che dall'omesso o tardivo deposito deriva la declaratoria di nullità della richiesta di rinvio a giudizio e, per derivazione, degli atti ad essa conseguenti, ivi compreso il decreto che dispone il giudizio.

**Sommario.** 1. Il tema. – 2. Le motivazioni dell'ordinanza – 3. *Focus* 1: la soluzione della inutilizzabilità. – 4. (segue) *Focus* 2: la nullità. – 5. Alcune considerazioni sulla pronuncia.

### 1. Il tema.

Con l'ordinanza che si annota<sup>1</sup>, si torna ad affrontare un tema oggetto di annoso dibattito: quale sia il vizio che inficia la richiesta di rinvio a giudizio qualora il p.m. ometta (o ritardi) il deposito di uno o più atti di indagine in sede di avviso di conclusione delle indagini preliminari. Come si dà opportunamente atto nel provvedimento, non si registra sul punto un intervento delle Sezioni Unite.

Le soluzioni all'uopo prospettate dalla giurisprudenza sono due.

Secondo un primo indirizzo, la violazione darebbe luogo all'inutilizzabilità dell'atto di indagine (art. 191 c.p.p.)<sup>2</sup>. Alla stregua di un secondo indirizzo, invece, la richiesta di rinvio a giudizio sarebbe affetta da nullità (di regime intermedio, giusta il disposto degli artt. 178, lett. c) e 180 c.p.p.)<sup>3</sup>.

Nel caso di specie, la soluzione adottata dal Giudice di merito è la seconda.

Il tema merita approfondimento, dal momento che la ricerca della soluzione più adeguata involge delicate questioni di ordine non solamente teorico, ma anche di tipo pratico.

Solo per esemplificare: la riconduzione alla nullità comporterebbe l'operatività di un rigido regime di preclusioni, secondo la modulazione delle deducibilità e delle sanatorie previste dagli artt. 181 e 182 c.p.p.; al contrario, dall'adesione

al paradigma dell'inutilizzabilità deriverebbe – almeno in linea di principio – la rilevabilità d'ufficio del vizio in ogni stato e grado del procedimento. Ancora: secondo l'impianto codicistico, dalla nullità discende la caducazione degli atti processuali che siano consecutivi e dipendenti da quello viziato; l'inutilizzabilità, invece, comporta la mera impossibilità di impiego a fini decisori di una prova.

Meritano dunque un'attenta analisi le ragioni della soluzione adottata dal Giudice ravennate, da un lato, e il fondamento teorico e pratico delle impostazioni ermeneutiche in materia, dall'altro.

### 2. Le motivazioni dell'ordinanza.

La problematica affrontata nel presente lavoro attiene al diritto dell'imputato di conoscere con pienezza il compendio investigativo già all'esito della prima fase. È evidente, infatti, che l'omesso deposito di anche un solo atto di indagine in sede di avviso di conclusione delle indagini preliminari impedisce una completa *discovery*, venendo per l'effetto minata la strategia difensiva elaborata.

Ma il tema, a ben guardare, involge di riflesso anche l'analoga ipotesi del ritardato deposito: per esemplificare, si ipotizzi l'omesso deposito in sede di avviso ai sensi dell'art. 415-bis c.p.p. di atti di indagine, poi successivamente inseriti

nel fascicolo trasmesso dal p.m. ai sensi dell'art. 416 c.p.p. al g.u.p. In questo caso – v. *infra* – la piena conoscenza del materiale investigativo ed il diritto di difesa verrebbero in rilievo sotto il profilo di divieto di ingresso “a sorpresa” di atti di indagine.

L'ordinanza muove da un'attenta disamina degli indirizzi in materia.

Il primo ad essere preso in esame è quello che propende per la tesi dell'inutilizzabilità, che costituisce – come evidenziato dallo stesso Giudice di merito – l'impostazione maggioritaria.

Nondimeno, questa non viene condivisa.

L'invalidità in parola viene ritenuta infatti categoria inadeguata per l'ipotesi trattata: e ciò sia sul versante dell'inutilizzabilità c.d. patologica, ossia di intrinseca contrarietà dell'atto probatorio allo schema legale; sia sul versante di quella c.d. fisiologica, ovvero attinente alla separazione delle fasi procedurali.

L'inutilizzabilità condurrebbe a due difficoltà pratiche di primario rilievo: da un lato, si finirebbe per escludere dalla piattaforma cognitiva elementi che potrebbero ridondare a favore dell'imputato; dall'altra, pregiudicherebbe la completezza dell'accertamento giudiziale, improntato – viene messo in evidenza – sulla ricerca della verità<sup>4</sup>.

Nel provvedimento viene valorizzata la *ratio* sottesa alla c.d. *disclosure* (art. 415-*bis* c.p.p.).

E detta *ratio* va individuata nel diritto di difesa: sottrarre all'imputato la conoscenza di uno o più atti di indagine in sede di avviso di conclusione delle indagini mina l'efficacia della strategia difensiva per le fasi successive. Mutano le “carte in tavola”.

In tal senso, la soluzione della nullità è meglio rispondente a tale finalità, restituendo all'imputato la possibilità di reimpostare la propria difesa dal momento in cui si verifica (o meglio: si sarebbe dovuta verificare) la piena conoscenza degli atti di indagine. La richiesta di

rinvio a giudizio è invalida ai sensi degli artt. 178 lett. c) e 180 c.p.p.; il diritto di intervento dell'imputato nel procedimento viene intollerabilmente compresso: non si può, il procedimento deve regredire.

Il sillogismo poc'anzi ripercorso troverebbe fondamento, poi, nel principio di completezza delle indagini preliminari, come desumibile dagli artt. 416, commi 1 e 2, e 419, commi 2 e 3 c.p.p.: norme che vengono ritenute espressione (si potrebbe dire qui) di un *continuum* sul piano della completezza della documentazione investigativa rispetto all'art. 415-*bis* c.p.p., costituendo le prime rispetto a quest'ultimo un prolungamento operativo strettamente funzionale al diritto di difesa.

### 3. Focus 1: la soluzione della inutilizzabilità.

Si è detto che la tesi dell'inutilizzabilità è fatta propria dall'orientamento maggioritario.

Senza eccedere gli scopi del presente lavoro, è utile un sia pur breve inquadramento del vizio in parola.

Come noto, l'inutilizzabilità colpisce le prove (ma identico principio vale anche per gli atti di indagine<sup>5</sup>) acquisite contro i divieti stabiliti dalla legge: in altre parole, il materiale cognitivo va epurato da tutte quelle prove che contrastano col paradigma normativo attinente alla loro formazione ed alle modalità di ingresso nel processo<sup>6</sup>.

Se si guarda con attenzione all'art. 191 c.p.p., ci si avvede di una chiarezza solo apparente, emergendo sensibili difficoltà invece nel momento in cui si tratti di discernere fra inutilizzabilità e nullità.

Non si tratta, infatti, di un mero esercizio teorico, dal momento che il codice prevede espressamente ipotesi di nullità della prova (si pensi all'art. 199 c.p.p.).

In buona sostanza: se l'inutilizzabilità è il vizio ricollegato alla violazione di un divieto probatorio, il dilemma sta nell'individuare il significato di tale concetto; in altre parole: si tratta di capire se il concetto di divieto “probatorio” attenga unicamente alle modalità

di formazione della prova o, diversamente, all'ammissione della stessa, ovvero ancora ad entrambe<sup>7</sup>.

La prassi giurisprudenziale, facendo leva sulla distinzione fra ammissibilità e modalità di formazione della prova, mostra di circoscrivere il raggio applicativo dell'inutilizzabilità alle sole violazioni attinenti all'*an* della prova (ammissione)<sup>8</sup>. Non si può tuttavia ignorare che si rintracciano all'interno del codice alcuni divieti inerenti al modo di assunzione (si pensi all'art. 63 comma 2 c.p.p.). Tale criterio selettivo, allora, non sembra efficace, portando la dottrina a tentare di elaborare un'opzione ricostruttiva capace di guidare l'interprete in un eventuale concorso (apparente) fra nullità e inutilizzabilità. Si è proposta, quindi, una regola discretiva basata sulle modalità di descrizione legislativa del divieto: saremmo di fronte ad una nullità ove la norma preveda in "positivo" le regole di formazione della prova; al contrario, l'inutilizzabilità rileverebbe ove la disposizione – si potrebbe qui richiamare l'esempio fornito dall'art. 188 c.p.p. – escluda espressamente un *modus* di assunzione della prova<sup>9</sup>.

La problematica poc'anzi ripercorsa si pone nel caso oggetto di analisi: è indubbio, difatti, che una violazione "probatoria" venga posta in essere; ma tacendo il codice sulle conseguenze, si tratta di selezionare la forma di invalidità più conferente.

Quanto alle ragioni che fondano l'orientamento giurisprudenziale maggioritario, va osservato quanto segue.

Da una parte, l'idea di escludere dal patrimonio conoscitivo processuale un elemento che non sia stato debitamente posto a conoscenza dell'indagato o, comunque, che sia stato introdotto nel processo in ritardo si presterebbe (almeno in apparenza) ad un'agevole riconducibilità entro l'alveo dell'art. 191 c.p.p.

Si potrebbe ragionare così: le prove entrano nel processo secondo modalità predeterminate; la regola della preventiva ostensione all'indagato (art. 415-*bis* c.p.p.) integra una modalità di acquisizione degli atti di indagine, sicché

l'omesso deposito o l'immissione "a sorpresa" di taluno di essi all'interno della documentazione trasmessa con la richiesta di rinvio a giudizio violerebbe il menzionato schema acquisitivo. Conseguirebbe l'inutilizzabilità.

Dall'altro lato, all'impostazione in parola paiono riconnettersi sensibili esigenze di economia processuale: si comprende, difatti, che la regressione del procedimento scatenata dalla nullità – anche a fronte di un chiaro *error in procedendo* – sia certamente diseconomica, comportando un ulteriore dispendio di risorse per la macchina giudiziaria.

Posto ciò, va tuttavia condivisa la tesi fatta propria dal Giudice ravennate, che afferma – come visto – l'inadeguatezza dell'inutilizzabilità.

I motivi di tale inadeguatezza non sono, difatti, solo quelli puntualmente indicati nel provvedimento: la tesi dell'inutilizzabilità, infatti, potrebbe andare incontro anche ad una difficoltà sul piano logico-formale.

Si è detto che l'ingresso del materiale probatorio nel processo avviene secondo modalità rigidamente predeterminate. Ora, se un atto di indagine non viene previamente portato a conoscenza dell'indagato, mediante la modalità descritta dall'art. 415-*bis* c.p.p., avremmo – pare di poter dire – a tutti gli effetti un atto investigativo inesistente dal punto di vista formale o processuale. E invero, la *discovery* assume una portata concretamente garantistica per l'imputato nella misura in cui essa comporti una "cristallizzazione" del materiale investigativo su cui avrà a reggersi l'esercizio dell'azione penale ed, al contempo, la difesa dell'imputato. In altre parole: ciò che è oggetto di *discovery* costituisce il materiale che entrerà formalmente nel processo ai sensi del successivo atto del p.m. (*id est*: richiesta di rinvio a giudizio); sicché, omettere il deposito di un atto in sede di avviso di conclusione delle indagini od, analogamente, immetterlo materialmente nel relativo fascicolo solo dopo il deposito *ex art.* 415-*bis* c.p.p. non muterebbe la premessa: nel processo, tale atto non dovrebbe

avere cittadinanza. Avrebbe allora poco senso parlare di inutilizzabilità di un atto processualmente inesistente.

Ma non è tutto, perché – a ben guardare – è la stessa portata letterale dell'art. 191 c.p.p. a rendere l'inutilizzabilità non invocabile nella problematica affrontata nel caso di specie.

Non pare revocabile in dubbio, infatti, che tale vizio invalidante si fondi sulla violazione oggettiva di un divieto di acquisizione; in poche parole: l'acquisizione di una prova secondo modalità vietate rende la prova in questione di per sé e per l'effetto inutilizzabile.

La situazione pratica in esame, invece, involge una violazione che – come correttamente notato dal Giudice ravennate – non solo contravviene ad uno schema legale, ma vulnera anche sensibilmente il diritto di difesa; la violazione, come detto, ha luogo proprio nel momento dell'avviso di conclusione delle indagini: sia che il deposito venga omesso, sia che venga ritardato.

È qui, insomma, che si verifica la violazione concreta: l'interesse dell'imputato è quello di conoscere tutti gli elementi raccolti nella fase investigativa, nessuno escluso, e non invece di vedere esclusa una prova in particolare (nel nostro caso: atto di indagine).

Da qui, l'irrelevanza dell'inutilizzabilità.

#### 4. (segue) Focus 2: la nullità.

La nullità pare invece la soluzione più adeguata all'ipotesi in esame.

Le ragioni sono variamente individuabili.

Certamente, come motiva il Giudice ravennate, il vizio in parola costituisce una forma di tutela del diritto di difesa molto più efficace, restituendo all'imputato la possibilità di operare una rivalutazione del complessivo addebito e dei relativi elementi assunti in sede di indagine sui quali si fonda (l'imputato, a fronte di un omesso o ritardato deposito, potrebbe con la regressione del procedimento valutare la richiesta di un rito alternativo).

La correttezza dell'inquadramento si può apprezzare anche sul piano teorico.

La nullità difatti – come *species* del più ampio *genus* delle invalidità processuali – è il vizio ed, al contempo, la reazione apprestata dall'ordinamento alla difformità di un atto rispetto allo schema legale.

Orbene, il diritto dell'imputato ad una completa conoscenza degli atti di indagine al momento della *disclosure ex art. 415-bis* c.p.p. è idoneo spiegare la correttezza della tesi in parola.

Proprio tale diritto – giustamente messo in evidenza nell'ordinanza – costituisce il punto nevralgico da cui dipana l'argomentazione sulla nullità.

Ma vi è di più, se possibile.

Va notato, infatti, che gli artt. 415-*bis* comma 2 e 416 comma 2 utilizzano una locuzione dal medesimo tenore letterale: *id est*, «documentazione relativa alle indagini espletate».

La riproduzione del medesimo inciso all'interno di due disposizioni, poste in stretta sequenza sia numerica che topografico-normativa, impedisce razionalmente di ipotizzare una mera coincidenza o casualità: l'idea del Legislatore – pare di poter dire – è al contrario ben precisa e sembra corrispondere ad una precisa scelta, che è quella di imporre sia una piena cognizione da parte dell'imputato degli atti di indagine, sia (in ipotesi di ritardato deposito) un perfetto parallelismo fra ciò che è oggetto di *disclosure* e ciò che viene trasmesso unitamente all'atto di esercizio dell'azione penale.

La richiesta di rinvio a giudizio è un atto (potremmo dire) composito, integrato anche dal compendio investigativo sul quale essa si regge: se ciò è corretto, ci si rende conto che ad essere primariamente viziato non è l'atto di esercizio dell'azione penale, bensì l'atto a monte ossia l'avviso di conclusione delle indagini preliminari; il vizio che inficia quest'ultimo, allora, si “trasmette” a quello immediatamente successivo (art. 416 c.p.p.) e dipendente per effetto della regola scolpita dall'art. 185 comma 1 c.p.p.

Quanto detto vale, a ben guardare, anche nell'ipotesi di un deposito solamente ritardato

(come detto all’inizio: ci riferiamo all’ipotesi in cui il p.m. inserisca nel fascicolo trasmesso al g.u.p. ai sensi dell’art. 416 c.p.p. un atto di indagine che non è stato oggetto di pregressa *disclosure*).

In tale evenienza, non parrebbe infatti idoneo a scalfire il ragionamento la diastasi che si registra fra l’art. 415-*bis* e l’art. 417 c.p.p. in tema di struttura rispettivamente dell’addebito, con riferimento al primo, e dell’imputazione, con riguardo al secondo.

In effetti, la prima disposizione prevede una solamente sommaria enunciazione del fatto, dove invece – più pregnantemente – la seconda impone l’enunciazione in forma chiara e precisa del fatto, delle circostanze aggravanti, con l’indicazione dei relativi articoli di legge.

Ciò potrebbe insinuare un dubbio: il p.m. difatti, di fronte ad un addebito “provvisorio” (art. 415-*bis* c.p.p.), potrebbe omettere l’ostensione di un atto di indagine che successivamente, *re melius perpensa* od in conseguenza di una “correzione di tiro” nel formulare l’imputazione (art. 417 c.p.p.), assumerebbe rilevanza e, per tale ragione, verrebbe inserito nel fascicolo oggetto di trasmissione unitamente alla richiesta di rinvio a giudizio.

Il dubbio paventato non pare tuttavia fondato, l’evidenziato parallelismo (anche sul piano terminologico, come visto) fra *disclosure* e trasmissione *ex art.* 416 c.p.p. va guardato dalla consueta angolazione prospettica, ossia il diritto di difesa.

Poco importerebbe, allora, se l’*error in procedendo* sia “volontario” (ossia fondato su una diversa valutazione del requirente) o dovuto a mera dimenticanza: conta il detrimento della garanzia in parola.

In sintesi: anche nell’ipotesi di ritardato deposito, il parallelismo richiamato spiegherebbe sia la correttezza sul piano tecnico della tesi della nullità, sia perché l’invalidità dell’atto propulsivo del processo abbia carattere derivato.

L’avviso di conclusione delle indagini è nullo (artt. 178 lett. c) e 180 c.p.p.), quindi, per un vizio “congenito”: la violazione dell’obbligo di una completa *disclosure*, come imposta dall’art. 415-*bis* comma 2 c.p.p., e la correlata violazione del diritto di difesa.

E va aggiunto che l’obbligo in questione, oltre a discendere da esigenze di sistema e di tutela delle garanzie difensive, si impone alla luce della risalente giurisprudenza costituzionale<sup>10</sup>.

Alla stregua del Giudice delle leggi, infatti, il p.m. non ha nessun potere di scelta nel deposito dei risultati delle investigazioni preliminari: al contrario, sul medesimo insiste il pregnante dovere di riversare l’intero materiale investigativo nel relativo fascicolo già al momento della *disclosure ex art.* 415-*bis* c.p.p. (e, conseguentemente, di trasmetterlo ai sensi dell’art. 416 c.p.p.)

Si desume che il completo deposito del materiale investigativo costituisce un meccanismo volto a presidiare tanto il diritto di difesa, quanto la proficuità dell’accertamento giudiziale: è chiaro, infatti, che il deposito solamente parziale degli atti di indagine si riverbera sulla pienezza della cognizione del giudice.

Parzialmente diverso, invece, è il discorso con riferimento all’ipotesi di deposito compiuto in ritardo: qui, la completezza dell’accertamento non subisce lesione. Presto o tardi, difatti, il materiale investigativo viene sottoposto alla cognizione del giudice; è sempre il diritto di difesa, tuttavia, a risultare intollerabilmente compresso, giustificando – come detto – il rimedio della nullità.

## 5. Alcune considerazioni sulla pronuncia.

Quanto detto conduce a respingere una possibile obiezione all’ordinanza in commento. L’art. 416 c.p.p., infatti, limita testualmente la nullità della richiesta di rinvio a giudizio a due sole ipotesi, ossia le ipotesi di omissione degli avvisi di conclusione delle indagini preliminari o di fissazione dell’interrogatorio dell’imputato (ove questi ne abbia fatto espressa richiesta

nell'esercizio delle facoltà attribuitegli dall'art. 415-*bis* c.p.p.); e ad onta di ogni sforzo interpretativo, l'omesso o ritardato deposito di atti indagine non può equivalere ad omissione dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari: la tassatività lo impedisce (art. 177 c.p.p.).

Nondimeno, che le nullità della richiesta di rinvio a giudizio siano unicamente quelle previste dall'art. 416 c.p.p.<sup>11</sup> o che, al contrario, l'atto di impulso processuale soggiaccia comunque all'imperio delle nullità di ordine generale (e sembra questa la soluzione che si è fatta strada anche presso la giurisprudenza<sup>12</sup>), poco importerebbe. E il motivo è stato detto prima: la nullità dell'art. 415-*bis* c.p.p. si propaga (art. 185 comma 1 c.p.p.) all'atto che ne è immediata conseguenza. Anche a voler accedere alla tesi del *numerus clausus* dei casi di nullità della richiesta di rinvio a giudizio, non vi sarebbe alcuna violazione della tassatività.

Le considerazioni che precedono permettono, peraltro, di ipotizzare l'applicazione del descritto modulo operativo anche al procedimento tramite citazione diretta di cui agli artt. 550 e ss. c.p.p.

In questo caso, manca – come noto – l'udienza preliminare; pertanto, la visuale si sposterebbe sulla eventuale nullità del decreto di citazione a giudizio.

*Nulla quaestio* – pare di poter dire – riguardo all'omesso deposito: richiesta di rinvio a giudizio e decreto di citazione, al netto delle differenze fra i rispettivi *itinerari* procedurali, condividerebbero ai fini che qui interessano la medesima “sostanza”: sono atti di esercizio dell'azione penale, che verrebbero travolti per effetto della sopra illustrata dinamica.

Qualche considerazione in più, invece, va fatta rispetto al caso dell'atto di indagine depositato in ritardo (sempre in via di esempio: l'atto di indagine, non depositato in sede di emissione dell'avviso di conclusione delle indagini, “compaia” solamente a seguito della notifica del decreto di citazione a giudizio).

L'art. 551 comma 1 c.p.p. prevede una serie di avvisi per l'imputato, fra i quali spicca – per quanto ci interessa – quello inerente alla possibilità di prendere visione del fascicolo relativo alle indagini presso la segreteria del p.m.

Siamo d'accordo: si tratta di atti non utilizzabili in linea di principio in dibattimento (il giudizio promosso con citazione diretta), ove invece nel caso pratico affrontato dall'ordinanza quegli atti costituivano il materiale sul quale il g.u.p. era stato chiamato a decidere.

Ma se, come sembra, anche nel caso di citazione diretta viene in rilievo il diritto di difesa, inteso quale possibilità per l'imputato di conoscere tempestivamente e con pienezza gli elementi raccolti in sede di indagine e di elaborare la conseguente linea difensiva, la soluzione dovrebbe essere la medesima: la nullità del decreto di citazione.

E non dovrebbe qui costituire una barriera il principio di separazione delle fasi, in forza del quale al giudice del dibattimento è preclusa la conoscenza degli atti di indagine (l'eccezione di nullità in parola – si potrebbe obiettare – potrebbe comportare l'ostensione al giudicante di atti la cui conoscibilità è volutamente inibita dal Legislatore): in avversa ipotesi, difatti, ci si dovrebbe rassegnare all'eventualità che l'imputato resti irrimediabilmente pregiudicato, con un intollerabile sacrificio del diritto di difesa. Poco importerebbe inoltre, anche qui, se le nullità del decreto di citazione siano un *numerus clausus* (quelle previste dall'art. 551 comma 2 c.p.p.) o se, al contrario ed in modo del tutto paritetico a quanto visto con riferimento alla richiesta di rinvio a giudizio, soggiacciono al regime delle nullità di ordine generale previste dall'art. 178 c.p.p. Sembra di poter ripetere quanto detto sopra: il vizio che inficia l'avviso di conclusione delle indagini preliminari si trasmette (art. 185 c.p.p.) all'atto che, nel giudizio speciale in parola, costituisce il suo diretto precipitato processuale.

Con un accorgimento di fondo: saremmo di fronte, anche nella situazione da ultimo

analizzata, ad una nullità a regime intermedio e non già ad una nullità assoluta.

L'art. 179 c.p.p. sanziona, difatti, con la nullità di massimo rigore l'omessa citazione dell'imputato; nel caso qui ipotizzato, invece, è sempre in gioco il diritto di intervento dell'imputato nel procedimento (artt. 178 lett. c) e 180 c.p.p.): la tassatività che domina la materia impedisce una soluzione nel senso della nullità assoluta.

Un ulteriore aspetto merita di essere approfondito.

Il Giudice ravennate esclude la soluzione dell'inutilizzabilità, *inter alia*, anche a motivo del fatto che tale rimedio potrebbe comportare l'esclusione di prove che vadano a favore dell'imputato.

È vero, l'inutilizzabilità presenta anche tale limite; occorre tuttavia verificare se anche la nullità non ne incontri uno eguale.

Certamente, l'omesso deposito di un atto di indagine favorevole all'imputato comporta – se si vuole – una doppia lesione del diritto di difesa: non solo per la mancanza di una piena conoscenza al momento della *disclosure*, ma anche per i concreti pregiudizi che l'imputato trarrebbe nel processo (potrebbe essere condannato anziché essere assolto). Qui, pertanto, l'imputato avrebbe tutto l'interesse ad eccepire la nullità della richiesta di rinvio a giudizio.

Ma si ipotizzi il deposito solamente ritardato di un atto di indagine a lui favorevole: quale interesse avrebbe sul piano pratico l'imputato ad eccepire la nullità? Un atto di indagine, anche se depositato in ritardo, andrebbe comunque a suo beneficio (potendo permettergli financo di

ottenere un forse insperato non luogo a procedere).

Tale considerazione sembrerebbe trovare un preciso avallo normativo: l'art. 182 c.p.p., difatti, impedisce che la nullità (a regime intermedio, in questo caso) possa essere dedotta da chi non abbia interesse all'osservanza della disposizione violata.

Di conseguenza, l'imputato dovrebbe vedersi respinta l'eccezione di invalidità dal momento che non deriverebbe in capo al medesimo alcun pregiudizio dalla mancata tempestiva ostensione di un atto di indagine a lui favorevole.

Nondimeno, un atteggiamento più cauto dovrebbe suggerire di riaffermare la soluzione dell'ordinanza in commento.

Le ragioni sono sempre le stesse: anche un singolo atto di indagine, non previamente conosciuto, può cambiare "le carte in tavola"; di conseguenza, l'imputato avrebbe il contrario ed effettivo interesse ad una reimpostazione della propria strategia difensiva che, razionalmente, dovrebbe riprendere piede dal momento in cui si è verificata la violazione (l'imputato, ad esempio ed ove prima non lo avesse fatto, potrebbe chiedere al p.m. ulteriori indagini, produrre memorie, chiedere di essere interrogato).

#### Giuseppe Centamore

Magistrato ordinario in tirocinio presso il Tribunale di Bologna.

Dottore di ricerca in procedura penale.

<sup>1</sup> Il provvedimento oggetto del presente studio è l'ordinanza emessa in data 2 marzo 2021 dal Giudice monocratico del Tribunale di Ravenna (Dott. C. Coiro); provvedimento già pubblicato in questa Rivista. Come si dà atto nell'ordinanza, l'eccezione di nullità, che costituisce il nucleo tematico del presente studio, è stata oggetto di rituale riproposizione davanti al Giudice dibattimentale, dopo che la stessa era stata respinta in sede di udienza preliminare.

<sup>2</sup> Si tratta, come noto, della soluzione maggiormente condivisa in giurisprudenza, la quale – senza pretesa di completezza – è individuabile in Cass. Pen., sent. 05.10.2011, in *Cass. pen.*, 2012, pp. 3003 e ss.; Cass. Pen., sent. 15.01.2010, Basco, *ibidem*, 2012, pp. 1468 e ss.; Cass. Pen., sent. 17.04.2003, Visciglia e a., in *A. n. proc. pen.*, 2004, pp. 668 e ss.; Cass. Pen., sent. 06.05.2002, Bagarella e a., in *Guida d.*, 2002, f. 42, pp. 76 e ss.

<sup>3</sup> Sul punto, si veda esplicitamente Cass. Pen., Sez. II, sent. 10.04.2018, n. 20125, Rv. 272901-01, la quale *expressis verbis* ha affermato che “L’omesso deposito di atti d’indagine preliminare (nella specie verbale di dichiarazioni della parte offesa del reato di usura) contestualmente alla notifica dell’avviso di cui all’art. 415-bis cod. proc. pen., determina una nullità di ordine generale a regime intermedio - e non una inutilizzabilità”.

<sup>4</sup> Il principio è risalente e diffusamente declinato, bastando qui l’indicazione di Corte cost., sent. n. 111 del 1993; Corte cost., sent. n. 73 del 2010; Cass. pen., Sez. Un., sent. 17.10.2006, n. 41281, Rv. 234907-01, come già Cass. Pen., Sez. Un., sent. 6.11.1992, n. 11227, Rv. 191607-01.

<sup>5</sup> Sull’estensibilità della disciplina in parola agli atti di indagine, si vedano Cass. Pen., sent. 22.04.1999, Madonia, in *Cass. pen.*, 2000, pp. 964 e ss.; Cass. Pen., sent. 23.05.1997, Abasi Ali, Rv. 209622; Cass. Pen., sent. 09.06.1995, Cucciniello, in *Cass. pen.*, 1996, pp. 2269 e ss.; Cass. Pen., sent. 2.12.1993, Ferrante, in *Arch.n. proc. pen.*, 1994, pp. 565 e ss. Estensibilità correlativamente affermata anche in sede cautelare: Cass. Pen., Sez. Un., sent. 20.11.1996, Glicora, Rv. 206954-01. In dottrina, si veda esemplificativamente A. SCCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, Giappichelli, 2001, pp. 187 e ss.

<sup>6</sup> La letteratura in materia è quanto mai vasta; basti qui, per ampiezza di riferimenti dottrinali e giurisprudenziali e per organicità di ricostruzione, il richiamo dei contributi di C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Cedam, 2007, pp. 1 e ss.; G. ILLUMINATI, *L’inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, pp. 521 e ss.; F.M. GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, in *Digesto IV, Discipl. pen.*, vol. VII, 1993, pp. 293 e ss.; D. CARCANO-M. POLLERA, *Le nullità e le altre invalidità degli atti processuali*, in *Trattato Teorico Pratico di Diritto processuale penale*, Giappichelli, Vol II, 2018, pp. 345 e ss.

<sup>7</sup> Il problema interpretativo inerente alla portata della locuzione “*prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge*” è stato oggetto di ampia disamina. L’art. 191 c.p.p. infatti, nella formulazione del progetto preliminare del codice, faceva riferimento alle prove “*ammesse*” in violazione dei divieti sanciti dalla legge: tale inciso, che risultava certamente più adeguato alla descrizione della categoria dogmatica come vizio probatorio, mostrava un evidente limite di operatività riguardo però agli atti di indagine compiuti in violazione dei divieti di legge, dal momento che per tali atti non si può propriamente parlare di ammissione nel senso tecnico (così, v. sempre D. CARCANO-M. POLLERA, *Le nullità e le altre invalidità, op. cit.*, p. 347). Di conseguenza, al fine di colmare il *vulnus* a cui avrebbe dato luogo l’originaria formulazione dell’art. 191 c.p.p., si è optato per il lemma “*acquisizione*”.

<sup>8</sup> V. Cass. Pen., Sez. VI, sent. 8.10.2008, Pagano, Rv. 241318; Cass. Pen., Sez. III, sent. 30.4.1999, Leone, in *Cass. pen.*, 2000, pp. 2723 e ss.

<sup>9</sup> In questi termini, G. ARICÒ, *Riflessioni in tema di inutilizzabilità delle prove nel nuovo processo penale*, in *Annali dell’Istituto di diritto e procedura penale (Università di Salerno)*, Salerno, 1993, pp. 20 e ss.

<sup>10</sup> Così, Corte cost., sent. n. 273/1991; nel medesimo senso, si esprimeva già la *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, pp. 226 e ss.

<sup>11</sup> In questo senso, v. L. IANDOLO PISANELLI, *L’avviso di conclusione delle indagini preliminari*, Giuffrè, 2005, p. 226.

<sup>12</sup> Così, Cass. Pen., sent. 26.11.2003, Di Salvo, in *Cass. pen.*, 2004, pp. 1342 e ss.; Cass. pen., sent. 26.03.2004, Vargas, in *Arch. n. proc. pen.*, 2005, pp. 582 e ss.

## “Ergastolo ostativo”: verso il superamento di una pena disumana e degradante sulla scia garantista della Corte Costituzionale. Un anno di tempo al legislatore per adeguare l’istituto ai principi costituzionali e comunitari.

di **S. Ciaffone**

Nel presente contributo si commenta la decisione con cui la Corte Costituzionale si è pronunciata sulla questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte di Cassazione, con riferimento agli artt. 3, 27 e 117 della Costituzione, degli artt. 4-bis comma 1 e 58-ter della legge n. 354 del 1975, e dell’art. 2 d. l. n. 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 cod. pen. ovvero al fine di agevolare l’attività delle associazioni in esso previste, che non abbia collaborato con la giustizia, possa essere ammesso alla liberazione condizionale*».

La Consulta, dopo aver evidenziato che la collaborazione con la giustizia certamente mantiene il proprio positivo valore riconosciuto dalla legislazione premiale vigente (non essendo irragionevole presumere che l’ergastolano non collaborante mantenga vivi i legami con l’organizzazione criminale di appartenenza), ha osservato come l’incompatibilità con la Costituzione si manifesta nel carattere assoluto di questa presunzione poiché, allo stato, la collaborazione con la giustizia è l’unica strada a disposizione dell’ergastolano ostativo per accedere al procedimento che potrebbe portarlo alla liberazione condizionale. La Corte Costituzionale ha, però, stabilito che spetta al Parlamento, in prima battuta, modificare questo aspetto della disciplina relativa al cd. “ergastolo ostativo” – è stato, per questo motivo, disposto un rinvio al 10 maggio 2022 – in quanto un intervento meramente “demolitorio” della Corte avrebbe potuto produrre effetti disarmonici sul complessivo equilibrio di tale disciplina, compromettendo le esigenze di prevenzione generale e di sicurezza collettiva che essa persegue per contrastare il fenomeno della criminalità mafiosa.

**Sommario.** **1.** La pena secondo la Costituzione: senso di umanità e rieducazione del condannato. - **2.** Pena rieducativa ed ergastolo: come si conciliano? - **3.** La particolare fattispecie dell’ergastolo ostativo e l’evoluzione giurisprudenziale. - **4.** Profili di illegittimità costituzionale nella disciplina dell’ergastolo ostativo: verso una nuova formulazione orientata ad umanità e rieducazione. - **5.** Conclusioni.

### 1. La pena secondo la Costituzione: senso di umanità e rieducazione del condannato.

Il significato della pena nella prospettiva costituzionale si ricava espressamente dall’art. 27 Costituzione, al cui III comma è specificato che “*le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato*”<sup>1</sup>. In questo assunto è concentrata tutta l’intenzione originaria del Costituente di teorizzare una pena che non fosse una mera punizione del reo ma che, al contrario, fosse in grado di rieducarlo e di prepararlo al reingresso in società<sup>2</sup>. Dunque, la finalità rieducativa e risocializzante della pena non consiste in un semplice orientamento dell’esecuzione penale, bensì rappresenta un cardine costituzionale inderogabile, frutto di tensioni e compromessi già in sede di Costituente e di un

accurato bilanciamento con gli altri principi e libertà fondamentali della Carta, non a caso inseriti tutti nella stessa sezione.

Invero, anche a seguito dell’espansione che il principio ha subito con le pronunce della Corte Costituzionale<sup>3</sup>, l’interpretazione dell’art. 27, III c. Cost. si lega anche a quella di altri dettati costituzionali, quali gli artt. 2 e 3 Cost. e, in fase esecutiva, gli artt. 24 e 111 Cost.<sup>4</sup>, i quali riconoscono una serie di garanzie processuali al condannato. Questo risultato innovativo è il frutto di anni di dibattiti politici e costituzionali<sup>5</sup>, nei quali la “polifunzionalità” della pena<sup>6</sup> è stata sempre contesa tra coloro che le attribuivano un mero significato retributivo e coloro che tentavano di esaltare le parole della legge, la quale richiama espressamente il senso rieducativo.

La centralità del principio rieducativo è stata accelerata anche dalla riforma introdotta con la legge 26 luglio 1975, n. 354<sup>7</sup>, dall'adozione della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali<sup>8</sup> e dalle Regole minime per il trattamento dei detenuti<sup>9</sup>.

A seguito di questi interventi legislativi, viene sensibilizzato lo sguardo nei confronti del detenuto, il quale diviene titolare di diritti e garanzie, primi tra tutti quello al rispetto della dignità della persona e ad un *“trattamento penitenziario conforme ad umanità”* (art. 1, l. c. O.P.) e, conseguentemente, si inserisce un nuovo modo di concepire il carcere, inteso come luogo in cui colui che viene privato della libertà, compatibilmente a tale restrizione, può sviluppare la propria personalità ed esercitare una serie di facoltà, introducendo regole comportamentali e di organizzazione, oltretutto per i detenuti, anche per gli organi penitenziari.

Dunque, la finalità rieducativa della pena è l'unica espressamente richiamata dalla Costituzione e confermata da diverse pronunce della Corte costituzionale<sup>1</sup>, pertanto il verbo *“tendere”* di cui all'art. 27, III c. Cost. va inteso come guida verso quello scopo imprescindibile, che è la rieducazione, e dal quale discendono altri principi fondamentali, quali quello di umanizzazione, del rispetto della personalità e della dignità<sup>2</sup>: la finalità rieducativa della pena è quindi *“una proprietà essenziale che caratterizza quest'ultima nel suo contenuto ontologico e l'accompagna da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue”*<sup>12</sup>.

A questa, che dovrebbe essere l'impostazione inderogabile per l'applicazione della pena e la sua esecuzione, tuttavia non mancano deroghe e restrizioni, le quali snaturano il vincolo rieducativo e compromettono la risocializzazione del detenuto<sup>13</sup>: a ciò basti constatare che l'applicazione di tale principio cardine avviene per la maggior parte delle volte mediante la detenzione carceraria, che dovrebbe invece rappresentare l'*ultima ratio*, perché una pena che isola il condannato è ben lontana dal recupero sociale cui egli ha diritto. Ma questo evidente, quanto ormai consueto e reiterato paradosso, diventa ancora più lampante man mano che si applicano pene carcerarie maggiormente afflittive e specifiche, di cui si dirà in seguito.

## 2. Pena rieducativa ed ergastolo: come si conciliano?

L'ergastolo, più delle altre pene, concentra su di sé la criticità delle funzioni che deve assolvere, dovendo rispondere sia ad esigenze di giustizia morale, sia ai valori di dignità e rieducazione del reo, incarnando così tutti i “fallimenti” ed i malfunzionamenti del luogo all'interno del quale la pena *de qua* si esplica, esasperando dunque quell'incapacità del carcere di attuare i dettati costituzionali dell'umanità e della rieducazione della condanna.

La contraddizione della sua disciplina sta nel fatto che, pur restando una pena perpetua, è comunque un istituto che vive in parallelo con una Costituzione Repubblicana, e che perciò dovrebbe essere aperto a quelle riforme rivolte a facilitare il reinserimento del condannato<sup>14</sup>. Attualmente, è l'unica pena perpetua che trova legittimazione nel nostro ordinamento, espressamente prevista all'art. 22 c.p.<sup>15</sup>.

Nonostante la formula della norma sia chiara nel non predisporre un termine finale, proprio a conferma della sua natura eterna, ci sono alcune disposizioni nel Codice penale e nella legge sull'Ordinamento Penitenziario che ne mitigano l'applicazione<sup>16</sup>, a differenza della particolare fattispecie dell'ergastolo ostativo, caratterizzata da una più stringente disciplina.

La principale questione che ruota attorno all'ergastolo è quella sulla coerenza costituzionale dell'istituto con la finalità rieducativa e con il rispetto dell'umanità della pena, di cui al III comma dell'art. 27 Cost.

In particolare, il dibattito pluriennale (acceso già in seno all'Adunanza plenaria della Commissione per la Costituzione) è conteso tra i fautori della natura retributiva della pena - che prendono le mosse dalla funzione general-preventiva della sanzione e sottolineano l'esigenza di proporzionalità tra reato commesso e gravità della pena irrogata - ed i sostenitori della natura rieducativa - i quali valorizzano l'obiettivo ultimo del reinserimento sociale, anche nei confronti dell'ergastolano.

Se lo scopo della detenzione, e di qualsiasi altra misura restrittiva, è quello di predisporre un programma individualizzato per il condannato, attraverso il quale possa avviare un percorso di ravvedimento personale ed accedere a progetti rieducativi ad esso indirizzati, è evidente che la configurazione di una pena a vita svuoti quel significato costituzionalmente delineato, atteso che

non vi è alcuna possibilità ovvero speranza di espiare la pena, riacquistare la libertà ed attuare quei progressi al di fuori dell'istituto detentivo. Nondimeno, più "desocializzante" ed afflittiva risulta una pena, più ampia dovrebbe essere l'offerta rieducativa-risocializzante<sup>17</sup>.

A tal proposito, in dottrina si è cercato un *escamotage* per giustificare la persistenza di tale istituzione, affermando che l'ergastolo è strutturato in maniera tale da garantire il reinserimento sociale del condannato che partecipi al programma rieducativo, scandito in momenti diversi dell'espiazione della pena, così da risultare coerente al dettato costituzionale.

In particolare, con la sentenza 204 del 1974, la Corte Costituzionale ha affermato che la perpetuità dell'ergastolo è solo formale, poiché sostanzialmente il condannato può accedere alla liberazione condizionale, istituto che assicura il rispetto della finalità rieducativa<sup>18</sup>.

Tuttavia, è opportuno evidenziare come la liberazione condizionale sia solo una possibilità rimessa alla discrezionalità dell'Organo Giudiziario, sulla base del ravvedimento del condannato (dunque, per valutare se l'effetto rieducativo sia stato assolto o meno, si guarda al periodo di pena espiato), ma se questa respiscenza non si compie, e il condannato risulta particolarmente pericoloso nella sua indole, soccomberà a quella eternità che è propria dell'ergastolo. Quindi, in realtà, la perpetuità è elemento sostanziale dell'ergastolo, perché anche quando la pena muta in liberazione condizionale, non si trasforma in pena temporanea<sup>19</sup>. Ed è proprio in relazione a tale misura che sono emerse le principali criticità dell'istituto dell'ergastolo, generando delle insanabili fratture che hanno tuttavia consentito l'apertura di un dibattito giurisprudenziale teso ad un'evoluzione della disciplina costituzionalmente orientata.

Pertanto, affinché l'ergastolo possa esplicarsi entro i binari imposti dalla nostra Carta, dovrebbe essere previsto in condizioni che assicurino un processo di rieducazione e reinserimento sociale, basato sul rispetto della dignità e dell'invulnerabilità della persona, ma un simile risultato si presenta arduo finché sopravvive una pena che non lascia quasi mai una prospettiva di pentimento ed uno spiraglio di riconquista della libertà<sup>20</sup>.

Restano ancora dei dubbi: come può una pena che esclude perpetuamente dalla società il condannato e

che lo priva delle relazioni con l'ambiente esterno, essere compatibile con il senso di umanità e dirsi finalizzata alla rieducazione?<sup>21</sup> L'ergastolo, che appare "*crudele e disumano*"<sup>22</sup>, è poi così diverso dalla pena di morte?

Una pena infinita, che nega i principi costituzionali dell'umanità e della rieducazione, togliendo quella speranza sul futuro che nessuna pena dovrebbe annientare, dovrebbe venir meno per contrarietà a suddetti valori, o almeno essere irrogata con la massima cautela<sup>23</sup>. Tuttavia, benché l'istituto sia ancora ritenuto legittimo, vi è stata un'evoluzione giurisprudenziale delle Corti nazionali<sup>24</sup> ed internazionali<sup>25</sup> che ha evidenziato il paradosso della pena perpetua con l'obiettivo rieducativo e di reinserimento sociale.

### 3. La particolare fattispecie dell'ergastolo ostativo e l'evoluzione giurisprudenziale.

L'ergastolo ostativo è la forma più estrema di pena a vita atteso che a coloro che sono sottoposti a tale regime<sup>26</sup> gli è preclusa financo la possibilità di contemplare benefici che, seppur previsti solo in maniera apparente ed illusoria, vengono ipotizzati nella formulazione della pena perpetua "ordinaria". Invero i c.d. "ergastolani ostativi" sono sottoposti al trattamento differenziato di cui agli articoli 4-*bis*<sup>27</sup> e 41-*bis* O.P. e, oltre ai limiti cui devono sottostare per via della "condanna a vita", vengono privati anche di ogni possibile speranza. Questa situazione giuridica incarna la vera a propria pena "*perpetua ed immutabile*"<sup>28</sup>, quella pena cioè che accompagna fino alla morte.

Questa declinazione di ergastolo nasce come risposta imperativa al proliferarsi di organizzazioni criminali associate, negli anni in cui le stragi per mano delle mafie scrivevano la storia del nostro Paese (gli anni delle stragi di Capaci e di Via d'Amelio).

Si fissa così una condizione alla richiesta dei benefici penitenziari, quali le misure alternative (ad esclusione della liberazione anticipata), la liberazione condizionale (ai sensi della legge 203/1991), i permessi premio ed il lavoro esterno, per coloro che hanno commesso i reati di cui ai commi I e I-*bis* dell'art. 4-*bis* O.P.: la collaborazione con la giustizia. Il *dictum* di cui all'art. 58-*ter* O.P. rappresenterebbe dunque la *probatio diabolica* dell'estraneità del condannato dal mondo della criminalità organizzata: la sua mancanza "osta" alla concessione dei benefici

penitenziari ed egli dovrà soccombere a quello che nella prassi viene chiamato “fine pena mai”<sup>29</sup>.

La principale problematica legata a questo istituto risiede proprio nel fare della collaborazione con la giustizia la *condicio sine qua non* per elargire misure agevolate di detenzione: anche se è vero che la collaborazione rappresenta un elemento indispensabile per valutare se, espiando la pena, l'uomo possa definirsi “cambiato”<sup>30</sup> questa, da un lato, non sempre risulta agevole - posto che ci si espone ad ipotetiche vendette o al rischio che le dichiarazioni vengano estorte con meccanismi inquisitori - e, dall'altro, non è elemento da solo sufficiente ad assicurare la distanza del condannato dalla criminalità organizzata<sup>31</sup>.

Mentre la legge 103 del 2017, la legge Orlando, all'art. 1, comma 85, dispone la “*revisione della disciplina di preclusione dei benefici penitenziari per i condannati alla pena dell'ergastolo, salvo che per i casi di eccezionale gravità e pericolosità specificatamente individuati e comunque per le condanne per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale*”, ci sono state diverse proposte modificative della disciplina tese a sostituire la collaborazione con altri strumenti e a trasformare la presunzione della mancata collaborazione da assoluta a relativa<sup>32</sup>.

A riguardo, è opportuno menzionare la recente e nota sentenza “quasi pilota” della Corte EDU del 13 giugno 2019, *Marcello Viola c. Italia*<sup>33</sup>. La Corte di Strasburgo ha lanciato un monito affinché lo Stato italiano mutasse la normativa in materia di ergastolo ostativo<sup>34</sup>, condannando l'Italia per contrasto al principio di dignità umana.

La dignità umana, costituzionalmente garantita, viene completamente svuotata di significato se si ipotizza una pena in cui è impossibile ogni ideazione o illusione di liberazione futura. La Corte rammenta, infatti, che “*la dignità umana, che si trova al centro stesso del sistema messo in atto dalla Convenzione, impedisce di privare una persona della sua libertà in maniera coercitiva senza operare nel contempo per il suo reinserimento e senza fornirgli una possibilità di recuperare un giorno tale libertà*”<sup>35</sup>. La dignità umana “*viene prima, sempre, è un bene che non si perde mai*”<sup>36</sup>.

Lo Stato italiano, in sua difesa, affermava che, oltre ai meccanismi di cui agli articoli 4-bis e 58-ter O.P., in realtà l'ergastolo ostativo è *de jure et de facto* ridicibile anche per grazia presidenziale e per

sospensione a causa di gravi motivi di salute, ma non ha dimostrato come il condannato al “*life imprisonment without hope*”<sup>37</sup> possa lavorare al suo reinserimento in società, visto che il percorso di rieducazione che segue è fine a sé stesso, non essendoci una concreta occasione di libertà<sup>38</sup>, né alcuna occasione di contatto con il mondo esterno<sup>39</sup>. In tale sentenza la Corte rileva come, essendo stato il Sig. Viola capo del gruppo mafioso d'appartenenza, la sua collaborazione sia naturalmente esigibile e rilevante<sup>40</sup>.

Il punto su cui la Corte incide di più è la violazione dell'art. 3 CEDU, con la conseguente rimessione della decisione in capo alla Corte Costituzionale<sup>41</sup>, ritenendo che la collaborazione con la giustizia debba continuare ad essere uno degli elementi fondanti l'ergastolo ostativo ma non può essere l'unico<sup>42</sup> e dalla sua eventuale assenza non può derivare un aggravio di pena, atteso che il diritto al silenzio è tra i diritti fondamentali della persona umana.

Quel che la Corte EDU richiedeva, in realtà, era soltanto un richiamo ai valori costituzionali e, nel caso *de quo*, all'art. 27, III c. Cost.; anche in assenza di una collaborazione la legge deve comunque prevedere uno strumento per valutare in concreto la riabilitazione del detenuto ed il suo possibile rientro in società<sup>43</sup>.

Pertanto, la Corte ha esortato l'Italia a rivedere la normativa che regola il carcere a vita, poiché viola il diritto del detenuto a non esser sottoposto a trattamenti inumani e degradanti: non è dunque ammissibile una sanzione a vita che preveda uno sbarramento automatico ai benefici penitenziari per mancata collaborazione con la giustizia<sup>44</sup>, non potendo questa rappresentare “*l'unica prova legale esclusiva di ravvedimento, perché sono plurime le ragioni che possono indurre un condannato a non collaborare*”<sup>45</sup>.

La Corte Costituzionale si è così espressa il 23 ottobre 2019 con la sentenza n. 253 su questa disciplina che, a seconda della scelta compiuta dal soggetto, aggrava il trattamento carcerario del condannato non collaborante rispetto a quello previsto per i detenuti per reati non ostativi, oppure, al contrario, lo agevola giacché, in presenza di collaborazione, introduce a favore del detenuto elementi premiali rispetto alla disciplina ordinaria, in palese violazione degli artt. 3 e 27 Cost.

La Corte ha pertanto concluso dichiarando “1) *l’illegittimità costituzionale dell’art. 4-bis, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (...), nella parte in cui non prevede che, ai detenuti per i delitti di cui all’art. 416-bis del codice penale e per quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l’attività delle associazioni in esso previste, possano essere concessi permessi premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia a norma dell’art. 58-ter del medesimo ordin. penit., allorché siano stati acquisiti elementi tali da escludere, sia l’attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti;* 2) *dichiara, in via consequenziale, ai sensi dell’art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (...), l’illegittimità costituzionale dell’art. 4-bis, comma 1, della legge n. 354 del 1975, nella parte in cui non prevede che ai detenuti per i delitti ivi contemplati, diversi da quelli di cui all’art. 416-bis cod. pen. e da quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l’attività delle associazioni in esso previste, possano essere concessi permessi premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia a norma dell’art. 58-ter*”<sup>46</sup>.

#### **4. Profili di illegittimità costituzionale nella disciplina dell’ergastolo ostativo: verso una nuova formulazione orientata ad umanità e rieducazione.**

La pronuncia anzidetta ha rappresentato l’input necessario a “scuotere” la cultura giuridico-sociale relativa alla tematica *de qua* e ad anticipare un percorso innovativo avviato dai Giudici Costituzionali, di certo più coerente ai valori della nostra Carta.

Da ultimo la Corte Costituzionale si è infatti espressa il 15 aprile 2021 mediante un Comunicato avente ad oggetto: *“Ergastolo ostativo incompatibile con la costituzione ma occorre un intervento legislativo. un anno di tempo al parlamento”*, riservandosi di depositare in un secondo momento le motivazioni, con l’Ordinanza n. 97 dell’11 maggio 2021.

La Consulta ha dunque esaminato le questioni di legittimità sollevate dalla Suprema Corte di Cassazione in merito al regime applicabile ai condannati alla pena dell’ergastolo per reati di associazione mafiosa che abbiano scelto di non collaborare con la giustizia e che chiedano l’accesso alla liberazione condizionale<sup>47</sup>, rilevando come la

vigente normativa del c.d. “ergastolo ostativo” precluda in modo assoluto la possibilità di avanzare istanze per la concessione di misure alternative (anche solo ipoteticamente) a coloro che non abbiano utilmente collaborato con la giustizia, al netto di qualsivoglia valutazione che tenga conto di un sicuro ed evidente ravvedimento e sulla scorta di una presunzione che non lascia spazio a contestazioni<sup>48</sup>.

La Corte Costituzionale ha quindi osservato come *“tale disciplina ostativa, facendo della collaborazione l’unico modo per il condannato di recuperare la libertà, è in contrasto con gli articoli 3 e 27 della Costituzione e con l’articolo 3 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo”*<sup>49</sup>.

Non sorprende, dopo le numerose pronunce illuminanti ed innovative susseguitesi negli anni, che la Consulta abbia adottato una posizione distinta ed esplicita in tal senso, sebbene non sia l’organo direttamente deputato a sancire radicali cambiamenti normativo-politici: per tali ragioni, in una funzione correttamente propulsiva, la Corte ha concesso al Parlamento un periodo di tempo sino a maggio 2022 affinché intervenga compiutamente nella disciplina in esame, bilanciando la funzione preventiva determinata dalla natura dei reati connessi alla criminalità organizzata di stampo mafioso, con il corretto esercizio delle regole costituzionali e penitenziarie. L’auspicio è dunque che venga emanata una legge in grado di eliminare la condizione della collaborazione della giustizia quale elemento imprescindibile per l’accesso ai benefici penitenziari, troppo spesso funzionale a “servirsi” del reo per perseguire lo scopo della lotta alla mafia che, sebbene nobile e costantemente necessario, non può prescindere dal riconoscimento della dignità umana<sup>50</sup>.

Una pena che nega completamente una “seconda possibilità” difficilmente potrà garantire l’esistenza dignitosa del condannato: urge pertanto un intervento solerte e puntuale del legislatore al fine di conformarsi alle linee guida chiaramente suggerite dalla Corte Costituzionale e dare applicazione alle garanzie sancite agli artt. 3 e 27 Cost. ed all’art. 3 CEDU.

Come correttamente osservato dalla Corte medesima nell’Ordinanza in esame, *“anche la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo – sul piano della compatibilità dell’ergastolo con il divieto di trattamenti disumani o*

*degradanti – ha valorizzato l'esistenza di strumenti per la cessazione di una pena originariamente inflitta per la vita intera, in presenza di significativi progressi nel trattamento penitenziario. Alla luce di tale giurisprudenza, dovrebbe perciò considerarsi, al contrario, «inumano e degradante» un trattamento fondato sulla reclusione a vita, in assenza di qualunque possibilità per il condannato di lasciare il carcere, una volta conseguito l'obiettivo della rieducazione. In tali condizioni, la presunzione assoluta di perdurante pericolosità – tale da rendere inutile qualunque scelta e decisione il condannato adotti, nel corso del proprio trattamento penitenziario – escluderebbe per l'ergastolo cosiddetto ostativo quella condizione di “riducibilità” invece necessaria affinché la pena perpetua sia compatibile con le prescrizioni dell'art. 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848”<sup>51</sup>.*

## 5. Conclusioni.

Ancora una volta, così come per il suicidio assistito e la diffamazione a mezzo stampa, si è ravvisato come necessario l'intervento della Corte costituzionale come guida e stimolo per il legislatore dormiente, dettando una linea ad efficacia differita ed inequivocabile e lasciando alle Camere un ragionevole lasso di tempo per sanare le incompatibilità legislative insite nell'attuale formulazione della disciplina *de qua* – che priva il condannato di qualsivoglia revisione della pena inflittagli, se non nell'ipotesi di una sua collaborazione con la giustizia – con la nostra Carta e con la Convenzione europea dei diritti umani.

L'esplicazione chiara ed univoca della Consulta, oltreché salvaguardare quella divisione dei poteri dello Stato che non dovrebbe essere mai superata, risuona come un monito lanciato verso il legislatore troppo spesso inattivo ed “inadatto” a dirimere certe questioni che, oltre che sul profilo giudico-normativo, incidono sul profilo politico.

L'indirizzo della Corte non lascia spazi a dubbi interpretativi ed in questo anno di tempo il Parlamento dovrà seguire la scia orientata al garantismo, sebbene vi siano delle correnti che contrasteranno convintamente un orientamento così tanto schierato a favore della sana applicazione del principio rieducativo della pena.

Ma, come correttamente osservato anche dal Garante dei detenuti del Lazio, questa decisione “*non è un liberi tutti*”: rappresenta invece la strada da percorrere al fine di applicare correttamente ed equamente i principi costituzionali in tema di pena e di esecuzione penale. Invero una modifica della disciplina dell'ergastolo ostativo ispirata ai precetti di cui agli artt. 3 e 27 Cost. e all'art. 3 CEDU, inciderà anche sul *modus operandi* della Magistratura di Sorveglianza che potrà operare anche in relazione a tale istituto, come di consueto per qualsiasi misura e per qualsiasi altro prevenuto, valutando caso per caso il percorso umano e detentivo senza che tale decisione sia influenzata dai contegni precedentemente serbati (anche in sede processuale), dagli ambienti di provenienza e dalla mancata collaborazione con l'autorità giudiziaria, tenendo conto delle ragioni sottese a tale scelta, che ben potrebbero risiedere in timori legittimi e non invece in esplicazioni dell'attuale appartenenza a contesti criminogeni<sup>52</sup>.

La Consulta conclude ritenendo che “*tutti questi motivi, esigenze di collaborazione istituzionale impongono a questa Corte di disporre, facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale, il rinvio del giudizio in corso e di fissare una nuova discussione delle questioni di legittimità costituzionale in esame all'udienza del 10 maggio 2022, dando al Parlamento un congruo tempo per affrontare la materia. Rimarrà nel frattempo sospeso anche il giudizio a quo. Spetta in primo luogo al legislatore, infatti, ricercare il punto di equilibrio tra i diversi argomenti in campo, anche alla luce delle ragioni di incompatibilità con la Costituzione attualmente esibite dalla normativa censurata; mentre compito di questa Corte sarà quello di verificare ex post la conformità a Costituzione delle decisioni effettivamente assunte (ordinanze n. 132 del 2020 e n. 207 del 2018)*”<sup>53</sup>.

L'eventuale ed auspicata rimozione dell'ergastolo ostativo (perlomeno nella disciplina corrente)<sup>54</sup> da parte del legislatore, in accoglimento del monito della Corte Costituzionale, consentirebbe un'evoluzione del senso della pena ed un adeguamento a quelle che ne sono le innate peculiarità: rieducazione, umanità e dignità.

**Simona Ciaffone**

Dottoressa in Giurisprudenza.

- <sup>1</sup> Art. 27 Costituzione della Repubblica Italiana, deliberazione dell'Assemblea Costituente, seduta del 22 dicembre 1947.
- <sup>2</sup> Indirettamente, la pena è costituzionalmente considerata anche all'art. 25 Cost. (il c.d. principio di legalità), il quale dispone che *"nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso"*, TOSCANO A., *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2012, 2.
- <sup>3</sup> Cfr. C. Cost., sent. n. 354/2002.
- <sup>4</sup> D'AMICO M., *Art. 27 Cost.*, in BIFULCO R. – CELOTTO A. – OLIVETTI M. (a cura di), *Commentario alla costituzione Artt. 1-54*, vol. I, Torino, UTET giuridica, 2006, 574.
- <sup>5</sup> Nel corso degli anni 1946-1947 si susseguirono diverse Sottocommissioni per la discussione del testo definitivo dell'art. 27 Cost., che fu poi approvato in Assemblea costituente il 15 aprile 1947.
- <sup>6</sup> Cfr. C. Cost., sent. 12/1966.
- <sup>7</sup> Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà, in vigore dal 24 agosto 1975. GU Serie Generale n. 212 del 09-08-1975 - Suppl. Ordinario. Prima dell'approvazione di questa legge, la normativa che regolava l'applicazione della pena era quella del "Regolamento per gli istituti di prevenzione e pena", r. d. del 18 giugno 1931, n. 787, RUOTOLO M. (a cura di), *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*. Atti del seminario AIC di Roma. Casa circondariale di Rebibbia Nuovo Complesso, 28 Maggio 2014, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, 20. L'introduzione della riforma penitenziaria segna una svolta storica per il fatto che per la prima volta l'esecuzione della pena viene regolata attraverso lo strumento legislativo, sottraendo la materia alla discrezionalità amministrativa, per tale orientamento NAPOLI G.M., *Il regime penitenziario*, Milano, Giuffrè, 2012, 19.
- <sup>8</sup> La Convenzione è stata firmata a Roma il 4 novembre 1950 ed è entrata in vigore in Italia il 10 ottobre 1955.
- <sup>9</sup> Approvate dal Consiglio d'Europa nel 1973 e revisionate nel 1987, mutando in "Regole penitenziarie europee".
- <sup>10</sup> Cfr. C. Cost., sent. 21 giugno 2018, n. 149: *"il principio della non sacrificabilità della funzione rieducativa sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena"*, punto 7 dei *considerato in diritto*, in *Giur. Cost.*, Consulta online 2018.
- <sup>11</sup> MANTOVANI F., *Diritto penale*, 754 - NUVOLONE P., *Il rispetto della persona umana nella esecuzione della pena*, 143, in RUOTOLO M., *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, Giappichelli, 2002, 7.
- <sup>12</sup> Cfr. C. Cost., sent. n. 313 del 1990, punto 8 dei *considerato in diritto*, in *Giur. Cost.*, Consulta online 1990.
- <sup>13</sup> Tra le varie soluzioni prospettate per far fronte a queste pecche del sistema e per tutelare giurisdizionalmente i diritti dei detenuti, con il decreto-legge 23 dicembre 2013, convertito dalla legge 21 febbraio 2014, n. 10, è stato istituito il Garante Nazionale dei diritti dei detenuti ed è stato introdotto il reclamo giurisdizionale del detenuto davanti al giudice di sorveglianza, sotto le spinte delle Corti Costituzionali (sentenze nn. 26/1999, 526/200, 135/2013) e della Corte EDU (con la nota sentenza *Torreggiani c. Italia*, 8 gennaio 2013), PUGIOTTO A., *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in RUOTOLO M. (a cura di), *op. cit.*, 31.
- <sup>14</sup> CORLEONE F. – PUGIOTTO A. (a cura di), *Il delitto della pena. Pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere*, Roma, Ediesse, 2012, 86.
- <sup>15</sup> Inizialmente era disciplinato dall'art. 12 del Codice Zanardelli, poi dall'art. 17 del Codice Rocco; l'art. 22 dell'odierno Codice Penale dispone che: *"La pena dell'ergastolo è perpetua, ed è scontata in uno degli stabilimenti a ciò destinati, con l'obbligo del lavoro e con l'isolamento notturno. Il condannato all'ergastolo può essere ammesso al lavoro all'aperto"*.
- <sup>16</sup> RONCO M., *Persone e sanzioni. Presupposti soggettivi, previsione, comminazione ed esecuzione delle sanzioni penali*, Bologna, Zanichelli, 2006, 285, il condannato all'ergastolo ha diritto alla liberazione condizionale dopo aver scontato almeno ventisei anni di pena (art. 176 c.p.), ai permessi premio a seguito dell'espiazione di dieci anni di pena (art. 30 ter L. ord. penit.), all'accesso alla semilibertà laddove abbia già espiauto venti anni di pena (art. 50 L. ord. penit.) e alle detrazioni previste dalla liberazione anticipata (art. 54 L. ord. penit.), queste ultime introdotte con la L. n. 663 del 1986, la cd "Legge Gozzini", che ha modificato il limite di cui all'art. 176 c.p. che, anche con la L. 354 del 1975, era fissato a 28 anni di reclusione, RUOTOLO M., *Il senso della pena*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, 64; FORTUNA F.S., *La pena dell'ergastolo nella Costituzione e nel pensiero di Aldo Moro*, in ANASTASIA S. – CORLEONE F. (a cura di), *Contro l'ergastolo. Il carcere a vita, la rieducazione e la dignità della persona. La società della ragione*, Roma, Ediesse, 2009, 30. Tra i trattamenti favorevoli all'ergastolano, rientra il lavoro esterno di cui all'art. 21 ord. penit., di cui si può beneficiare dopo l'espiazione di almeno 10 anni, MARCOLINI S., *L'ergastolo nell'esecuzione penale contemporanea*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 4/2017, 72.
- <sup>17</sup> CORLEONE F. – PUGIOTTO A. (a cura di), *Il delitto della pena. Pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere*, Roma, Ediesse, 2012, 87.
- <sup>18</sup> Cfr. C. Cost., sent. n. 204/1974, *"L'istituto della liberazione condizionale rappresenta un particolare aspetto della fase esecutiva della pena restrittiva della libertà personale e si inserisce nel fine ultimo e risolutivo della pena stessa, quello, cioè, di tendere al recupero sociale del condannato. Per esso, infatti, il condannato che abbia, durante il tempo della esecuzione, tenuto un comportamento tale da far ritenere sicuro il suo ravvedimento e che abbia soddisfatto, avendone la capacità economica, le obbligazioni civili derivanti dal commesso reato, può essere posto in libertà prima del termine previsto dalla sentenza definitiva di condanna (...). Con l'art. 27, terzo comma, della Costituzione l'istituto ha assunto un peso e un valore più incisivo di quello che non avesse in origine; rappresenta, in sostanza, un peculiare aspetto del trattamento penale e il suo ambito di applicazione presuppone un obbligo tassativo per il legislatore di tenere non solo presenti le finalità rieducative della*

pena, ma anche di predisporre tutti i mezzi idonei a realizzarle e le forme atte a garantirle”, punto 2 del considerando in diritto, in *Giur. Cost.*, Consulta online 1974.

<sup>19</sup> MARGARA A., *L'ergastolo tra illegittimità e adeguamento costituzionale*, in ANASTASIA S. – CORLEONE F. (a cura di), *Contro l'ergastolo. Il carcere a vita, la rieducazione e la dignità della persona. La società della ragione*, Roma, Ediesse, 2009, 42.

<sup>20</sup> Nel pensiero di Aldo Moro, “Ed è appunto in corso nel nostro ordinamento che conosce ancora la pena dell'ergastolo, una riforma che tende a sostituire questo fatto agghiacciante della pena perpetua una lunga detenzione, se volete una lunghissima detenzione ma che non abbia le caratteristiche veramente pesanti della pena perpetua, che conduce a identificare la vita del soggetto con la vita priva di libertà”, FORTUNA F.S., *La pena dell'ergastolo nella Costituzione e nel pensiero di Aldo Moro*, in ANASTASIA S. – CORLEONE F. (a cura di), *op. cit.*, 34.

<sup>21</sup> MARGARA A., *L'ergastolo tra illegittimità e adeguamento costituzionale*, in ANASTASIA S. – CORLEONE F. (a cura di), *op. cit.*, 37.

<sup>22</sup> In tal senso parlò Aldo Moro ai suoi studenti della Facoltà di Scienze Politiche a Roma nel 1976: “l'ergastolo, che priva com'è di qualsiasi speranza, di qualsiasi prospettiva, di qualsiasi sollecitazione al pentimento ed al ritrovamento del soggetto, appare crudele e disumana non meno di quanto lo sia la pena di morte”, proposta di legge n. 1531, presentata l'8 agosto 2013, *Camera dei deputati, XVII Legislatura*, in [www.camera.it](http://www.camera.it)

<sup>23</sup> Al contrario, i casi di condanna alla pena dell'ergastolo continuano ad essere frequenti; i dati del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria - Ufficio del Capo del Dipartimento - Sezione Statistica, aggiornati al 30 giugno 2019, dimostrano che gli ergastolani, italiani e stranieri, attualmente sono 1776; secondo la comunicazione del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, alla data dell'1 settembre 2020, sarebbero stati presenti nelle carceri italiane 1.800 condannati all'ergastolo, ben 1.271 dei quali sottoposti al regime ostativo (cfr C. Cost., Ord. n. 97/2021).

<sup>24</sup> Cfr. C. Cost., sent. del 21 giugno 2018, n. 149: “l'appiattimento all'unica e indifferenziata soglia di ventisei anni per l'accesso a tutti i benefici penitenziari indicati nel primo comma dell'art. 4-bis Ord. Penit. si pone, infatti, in contrasto con il principio – sotteso all'intera disciplina dell'ordinamento penitenziario in attuazione del canone costituzionale della finalità rieducativa della pena – della “progressività trattamentale e flessibilità della pena” (...), ossia del graduale reinserimento del condannato all'ergastolo nel contesto sociale durante l'intero arco dell'esecuzione della pena. Tale principio si attua, nel disegno della legge sull'ordinamento penitenziario, nell'ambito di un percorso ideale le cui prime tappe sono rappresentate dall'ammissione al lavoro all'esterno e dalla concessione di permessi premio, volti questi ultimi a stimolare la “regolare condotta” del detenuto, attestata dall'aver questi manifestato “costante senso di responsabilità e correttezza nel comportamento personale, nelle attività organizzate negli istituti e nelle eventuali attività lavorative o culturali” (...), uno strumento funzionale a perseguire efficacemente quel progressivo reinserimento armonico della persona nella società, che costituisce l'essenza della finalità rieducativa”.

<sup>25</sup> Il paradosso della pena perpetua è stato analizzato anche dalla Corte EDU che, con diverse pronunce, ha evidenziato come la pena perpetua frusterebbe l'obiettivo del reinserimento sociale, contrastando con l'art. 3 CEDU ; per ovviare a questa situazione, la Corte di Strasburgo ritiene che le pene non possano mai consistere in trattamenti inumani, con conseguenti effetti desocializzanti e che, pertanto, anche l'ergastolo debba essere mitigato riconoscendo, ad esempio, la possibilità della liberazione anticipata - Sent. Corte EDU, Vinter c. Regno Unito, ric. n. 66069/09, 130/10 e 3896/10, punto 61. La Corte di Strasburgo ha evoluto il pensiero di una concreta liberazione anche in altre pronunce, quali ÖCALAN c. TURKEY, sent. del 12 maggio 2015, e TRABELSI v. BELGIUM, sent. del 16 febbraio 2015.

<sup>26</sup> “Non usciranno mai di galera”, PUGIOTTO A., *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU. Atti del seminario AIC di Roma. Casa circondariale di Rebibbia Nuovo Complesso, 28 Maggio 2014*, RUOTOLO M. (a cura di), Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, 20.

<sup>27</sup> Questa norma fa riferimento a tre gruppi di condannati, a seconda del reato commesso:

- Il primo gruppo (commi 1 e 1-bis), si riferisce ai reati più gravi di crimine organizzato;
- Il secondo gruppo (comma 1-ter), contiene l'elenco di reati di evidente gravità ma inferiore a quelli del primo gruppo e non necessariamente collegati al crimine organizzato;
- Il terzo gruppo (comma 1-quater), elenca i reati commessi dai c.d. *sex offenders*.

<sup>28</sup> FIORENTIN F. – SIRACUSANO F. (a cura di), *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, 11.

<sup>29</sup> Ad eccezione dei casi di cui al comma 1-bis dell'art. 4-bis, e cioè di collaborazione impossibile o irrilevante, in cui si può accedere ai benefici penitenziari purché “siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata (...)”.

<sup>30</sup> Cfr. *Marcello Viola c. Italia*, la Corte EDU, punto 103, “(..) l'articolo 4bis ha lo scopo di chiedere ai condannati la dimostrazione tangibile della loro «dissociazione» dall'ambiente criminale e dell'esito positivo del percorso di risocializzazione,

attraverso una collaborazione utile con la giustizia volta alla «disintegrazione» dell'associazione mafiosa e al ripristino della legalità (si veda anche la Corte costituzionale, paragrafo 40 supra). A suo parere, l'obiettivo di politica criminale sotteso alla disciplina del 4 bis è pertanto chiaramente definito, come del resto anticipato nella sentenza n. 306/1993 della Corte costituzionale (paragrafo 39 supra): il legislatore ha espressamente privilegiato le finalità di prevenzione generale e di protezione della collettività, chiedendo ai condannati per i delitti in questione di dare prova di collaborazione con le autorità, uno strumento considerato fondamentale nella lotta contro il fenomeno mafioso. Secondo il Governo, è questa specificità del fenomeno che ha portato all'esigenza di prevedere un regime della reclusione perpetua diverso dal regime ordinario previsto dall'articolo 22 del CP". Sulla verifica del cambiamento del condannato e della sua risocializzazione, anche i punti 125 e 130.

<sup>31</sup> Cfr. Marcello Viola c. Italia, Corte EDU, punto 118, "la mancanza di collaborazione non può essere sempre imputata ad una scelta libera e volontaria, né giustificata soltanto dalla persistenza dell'adesione ai «valori criminali» e al mantenimento di legami con il gruppo di appartenenza. Del resto, ciò è stato riconosciuto dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 306 dell'11 giugno 1993, nella quale detta Corte ha affermato che l'assenza di collaborazione non indicava necessariamente il mantenimento di legami con l'organizzazione mafiosa (paragrafo 39 supra)". Sulla collaborazione con la giustizia, anche il punto 127.

<sup>32</sup> MARCOLINI S., *op. cit.*, 76, che rinvia alla Relazione conclusiva del Tavolo 16.

<sup>33</sup> Il Sig. Viola fu condannato all'ergastolo per una serie di delitti, tra cui quelli di specie mafiosa ex art. 416-bis c.p. Egli fu sottoposto al regime del 41-bis per diversi anni e, di fronte alla decisione del Ministero della Giustizia di prolungare il periodo, egli propose reclamo al Tribunale di Sorveglianza, il quale lo accolse ritenendo che il Ministero non avesse tenuto conto del progresso rieducativo del sig. Viola e non avesse dimostrato correttamente la protrazione dei rapporti con l'organizzazione mafiosa. A seguito della cessazione del regime del c.d. "carcere duro", egli richiese un permesso premio e l'accesso alla liberazione condizionale, ma entrambi gli furono negati. Il rigetto fu giustificato affermando che gli ergastolani ostativi, che abbiano commesso uno dei delitti di cui all'art. 4-bis ord. penit., per poter accedere ai benefici penitenziari, devono collaborare con la giustizia. Essendo stata respinta anche la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4-bis ord. penit. per contrarietà all'art. 27, III c. Cost., il sig. Viola si rivolse alla Corte EDU, lamentando l'impossibilità di una riduzione della sua pena e facendo valere, quindi, il contrasto con l'art. 3 CEDU. Al punto 143 della motivazione, la Corte afferma esplicitamente che "la natura della violazione riscontrata dal punto di vista dell'articolo 3 della Convenzione indica che lo Stato deve mettere a punto, preferibilmente su iniziativa legislativa, una riforma del regime della reclusione a vita che garantisca la possibilità di un riesame della pena, il che permetterebbe alle autorità di determinare se, durante l'esecuzione di quest'ultima, il detenuto si sia talmente evoluto e abbia fatto progressi tali verso la propria correzione che nessun motivo legittimo in ordine alla pena giustifichi più il suo mantenimento in detenzione, e al condannato di beneficiare così del diritto di sapere ciò che deve fare perché la sua liberazione sia presa in considerazione e quali siano le condizioni applicabili. La Corte considera, pur ammettendo che lo Stato possa pretendere la dimostrazione della "dissociazione" dall'ambiente mafioso, che tale rottura possa esprimersi anche in modo diverso dalla collaborazione con la giustizia e l'automatismo legislativo attualmente vigente".

<sup>34</sup> SANTINI S., *Anche gli ergastolani ostativi hanno diritto a una concreta "via di scampo": dalla Corte di Strasburgo un monito al rispetto della dignità umana*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 1 luglio 2019.

<sup>35</sup> Cfr. Marcello Viola c. Italia, punto 136.

<sup>36</sup> GONNELLA P. commenta la sent. Viola c. Italia nell'articolo "Fine pena mai", *Strasburgo condanna l'Italia*, in *Adnkronos*.

<sup>37</sup> L'ergastolo ostativo "ti condanna a morte facendoti restare vivo, senza nessuna speranza", MUSUMECI C., *Gli uomini ombra e altri racconti*, Gabrielli Editori, 2010, 9, in CORLEONE F. – PUGIOTTO A., *Il delitto della pena. Pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere*, Roma, Ediesse, 2009, 127.

<sup>38</sup> Convegno *L'ergastolo ostativo e la speranza: evoluzione giurisprudenziale nelle Corti interne e internazionali*, 4 luglio 2019, presso la Commissione Carcere Camera penale di Roma.

<sup>39</sup> Il condannato all'ergastolo ostativo non ha alcune possibilità di entrare in contatto con il mondo esterno, ad eccezione dell'utilizzo di internet. Uno degli esempi è il web "Le urla del silenzio", GONNELLA P., *La grande promessa abolizionista: una storia divisa in due*, in ANASTASIA S. – CORLEONE F. (a cura di), *op. cit.*, 59.

<sup>40</sup> Dalla sua cooperazione avrebbe dovuto emergere l'evoluzione della propria personalità, ma per un ergastolano ostativo è molto difficile progredire, non avendo alcun tipo di stimolo o contatto con la realtà esterna al carcere. Pertanto, nel caso di specie, la collaborazione viene usata solo come metodo nelle mani della Magistratura di Sorveglianza per entrare nel merito della valutazione, ma non è sufficiente ad attestare con certezza la cessazione della pericolosità del soggetto; cfr. Marcello Viola c. Italia, punto 98: "La Corte osserva, analogamente al ricorrente e al Governo (paragrafi 68 e 77 supra), che, a causa dell'esistenza della circostanza aggravante legata al fatto di avere svolto il ruolo di capo all'interno del gruppo mafioso di appartenenza, ritenuta a suo carico, la collaborazione dell'interessato non può essere definita «impossibile» o «irrelevante» ai sensi della legislazione vigente e della giurisprudenza della Corte di cassazione (paragrafi 33 e 46 supra)".

<sup>41</sup> Che si è espressa il 23 ottobre 2019 dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis ord. penit. nella parte in cui esclude che il condannato all'ergastolo per i delitti di cui all'art. 416-bis, che non abbia collaborato con la giustizia, non possa fruire del permesso premio.

<sup>42</sup> *“La CEDU fa cadere la collaborazione con la giustizia ex art 58-ter o.p, come unico criterio di valutazione del ravvedimento del detenuto”*, Associazione “Nessuno tocchi Caino”, in *Corriere.it*, 13 giugno 2019.

<sup>43</sup> Già la Corte Costituzionale, con la sent. n. 149 del 2018, aveva dichiarato incompatibili con il dettato costituzionale quelle *“previsioni che precludano in modo assoluto, per un arco temporale assai esteso l'accesso ai benefici penitenziari a particolari categorie di condannati (...) in ragione soltanto della particolare gravità del reato commesso, ovvero dell'esigenza di lanciare un robusto segnale di deterrenza nei confronti della generalità dei consociati. Questi ultimi criteri (...) non possono, nella fase di esecuzione della pena, operare in chiave distonica rispetto all'imperativo costituzionale della funzione rieducativa della pena”*, punto 7 dei considerati in diritto, in *Gazzetta Ufficiale*.

<sup>44</sup> *Ergastolo, la Corte dei diritti umani condanna l'Italia: rivedere la legge*, in *Il Messaggero*, 13 giugno 2019.

<sup>45</sup> Cfr. C. Cost., Sent. 253/2019.

<sup>46</sup> Motivi decisione C. Cost., Sent. 253/2019.

<sup>47</sup> Nell'ordinanza de qua la Corte Costituzionale richiama *“un'ulteriore decisione di accoglimento (sentenza n. 161 del 1997) riassume icasticamente le acquisizioni fin qui descritte. Esprimendosi in punto di reiterabilità della richiesta di liberazione condizionale, pur dopo un provvedimento di revoca adottato a norma dell'art. 177, comma primo, seconda parte, cod. pen. (secondo cui, in caso di revoca del beneficio, «il condannato non può essere riammesso alla liberazione condizionale»)*, la decisione introduce, per il solo condannato all'ergastolo, la possibilità di ottenere nuovamente il beneficio stesso, sempreché ne siano nuovamente maturate le condizioni. La pronuncia osserva che il divieto della riammissione alla liberazione condizionale escluderebbe in modo permanente i condannati all'ergastolo dal processo rieducativo e di reinserimento sociale, in contrasto con l'art. 27, terzo comma, Cost. Aggiunge che, invece, alla stregua dei principi costituzionali, il connotato di perpetuità dell'ergastolo non può autorizzare, sia pure dopo l'esito negativo di un periodo trascorso in liberazione condizionale, una preclusione assoluta all'ottenimento di un nuovo beneficio, naturalmente se sussista il presupposto del sicuro ravvedimento. La conclusione è netta: *«[s]e la liberazione condizionale è l'unico istituto che in virtù della sua esistenza nell'ordinamento rende non contrastante con il principio rieducativo, e dunque con la Costituzione, la pena dell'ergastolo, vale evidentemente la proposizione reciproca, secondo cui detta pena contrasta con la Costituzione ove, sia pure attraverso il passaggio per uno o più esperimenti negativi, fosse totalmente preclusa, in via assoluta, la riammissione del condannato alla liberazione condizionale»*”.

<sup>48</sup> *“L'assolutezza della presunzione si basa su una generalizzazione, che può essere contraddetta, ad esempio alle determinate e rigorose condizioni già previste dalla stessa sentenza n. 253 del 2019, dalla formulazione di allegazioni contrarie che ne smentiscono il presupposto, e che, appunto, devono poter essere oggetto di specifica e individualizzante valutazione da parte della magistratura di sorveglianza, particolarmente nel caso in cui il detenuto abbia affrontato un lungo percorso carcerario, come accade per i condannati a pena perpetua”*, C. Cost., Ord. n. 97/2021.

<sup>49</sup> Ufficio Stampa della Corte Costituzionale, Comunicato del 15 aprile 2021.

<sup>50</sup> Citando le motivazioni della Consulta: *“Qui, anche per i condannati all'ergastolo che aspirano alla libertà condizionale, può essere ripetuto quanto osservato nella sentenza n. 253 del 2019: quale condizione per il possibile accesso alla liberazione condizionale, il condannato alla pena perpetua è caricato di un onere di collaborazione, che può richiedere la denuncia a carico di terzi, comportare pericoli per i propri cari, e rischiare altresì di determinare autoincriminazioni, anche per fatti non ancora giudicati. Ciò non significa affatto svalutare il rilievo e utilità della collaborazione, intesa come libera e meditata decisione di dimostrare l'avvenuta rottura con l'ambiente criminale, e che certamente mantiene il proprio positivo valore, riconosciuto dalla legislazione premiale vigente, qui non in discussione. Significa, invece, negarne la compatibilità con la Costituzione se e in quanto essa risulti l'unica possibile strada, a disposizione del condannato all'ergastolo, per accedere alla liberazione condizionale”*, C. Cost., Ord. n. 97/2021.

<sup>51</sup> Cfr. Corte Cost., Ord. n. 97/2021.

<sup>52</sup> Valutazione di fatto ostacolata dal *“carattere assoluto della presunzione di attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata”* che *“impedisce, infatti, alla magistratura di sorveglianza di valutare – dopo un lungo tempo di carcerazione, che può aver determinato rilevanti trasformazioni della personalità del detenuto (sentenza n. 149 del 2018) – l'intero percorso carcerario del condannato all'ergastolo, in contrasto con la funzione rieducativa della pena, intesa come recupero anche di un tale condannato alla vita sociale, ai sensi dell'art. 27, terzo comma, Cost.”*, C. Cost. Ord. 97/2021.

<sup>53</sup> La Consulta, nel ricordare la separazione tra poteri, specifica che *“appartiene perciò alla discrezionalità legislativa, e non già a questa Corte, decidere quali ulteriori scelte risultino opportune per distinguere la condizione di un tale condannato alla pena perpetua rispetto a quella degli altri ergastolani, a integrazione della valutazione sul suo sicuro ravvedimento ex art. 176 cod. pen.: scelte fra le quali potrebbe, ad esempio, annoverarsi la emersione delle specifiche ragioni della mancata*



*collaborazione, ovvero l'introduzione di prescrizioni peculiari che governino il periodo di libertà vigilata del soggetto in questione. Si tratta qui di tipiche scelte di politica criminale, destinate a fronteggiare la perdurante presunzione di pericolosità ma non costituzionalmente vincolate nei contenuti, e che eccedono perciò i poteri di questa Corte (...). Come detto, esse pertengono, nel quomodo, alla discrezionalità legislativa, e possono accompagnare l'eliminazione della collaborazione quale unico strumento per accedere alla liberazione condizionale. In loro assenza, alla luce della peculiarità del fenomeno criminale in esame, l'innesto di un'immediata dichiarazione di illegittimità costituzionale delle disposizioni censurate sulla legislazione vigente, pur sostenuta dalle ragioni prima ricordate, potrebbe determinare disarmonie e contraddizioni nella complessiva disciplina di contrasto alla criminalità organizzata, nonché minare il rilievo che la collaborazione con la giustizia continua ad assumere nell'attuale sistema", così nell'Ordinanza de qua.*

<sup>54</sup> Tenendo conto anche della "diversificazione" dei reati indicati all'art. 4-bis O.P., la cui punizione "ostativa" risiede sì nell'allarme sociale caratterizzante gli stessi, ma esula dal "catalogo" dei delitti relativi alla criminalità terroristica, come segnalato dalla Corte Costituzionale, la norma anzidetta ricomprende "anche delitti addirittura privi di riferimento al crimine organizzato, come i reati contro la pubblica amministrazione o quelli di natura sessuale (per alcune di queste fattispecie non è impossibile una condanna all'ergastolo, specie avuto riguardo ai «delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza»). Ed è altresì noto che l'art. 4-bis, comma 1, ordin. penit. impedisce al condannato non collaborante l'accesso a tutti i benefici penitenziari (salvo la liberazione anticipata e, dopo la sentenza n. 253 del 2019, il permesso premio). Emerge così l'incerta coerenza della disciplina risultante da un'eventuale pronuncia che accolga le questioni nei termini proposti dal giudice a quo, senza modificare la condizione dei condannati all'ergastolo per reati non connessi alla criminalità organizzata", C. Cost., Ord. 97/2021.

## La legalizzazione dell'eutanasia in Spagna ed un confronto con la normativa sul "fine vita" in Italia.

di **P. Q. Cardinali**

Il 18 marzo 2021 il *Congreso de los Diputados* della Spagna ha approvato la *Ley organica de regulaciòn de la eutanasia* recante la disciplina organica e la legalizzazione della prestazione sanitaria che conduce alla "dolce morte".

La normativa in esame si caratterizza per la semplicità lessicale e brevità contenutistica, essendo costituita da soli cinque *capitulos* (ovverosia paragrafi) ed alcune disposizioni addizionali, transitorie e finali.

Il testo regola e legalizza tanto la eutanasia attiva, che consiste nella somministrazione diretta da parte del personale sanitario al paziente di una sostanza al fine di determinarne la morte, quanto il suicidio medicalmente assistito, che si ha quando il personale ospedaliero si limita a prescrivere o somministrare al paziente una sostanza che sarà il paziente medesimo ad assumere al fine di causare la propria morte.

**Sommario.** 1. La Ley organica de regulaciòn de la eutanasia. – 2. I requisiti per la pratica eutanastica. – 3. La procedura. – 4. La commissione di garanzia e valutazione e l'obiezione di coscienza del medico. – 5. La disciplina penalistica sul fine vita in Spagna e in Italia. – 6. L'eutanasia nel mondo. – 7. Conclusioni.

### 1. La Ley organica de regulaciòn de la eutanasia.

Il 18.03.2021 il *Congreso de los Diputados* della Spagna ha approvato la *Ley organica de regulaciòn de la eutanasia*<sup>1</sup> recante la disciplina organica e la legalizzazione della prestazione sanitaria che conduce alla "dolce morte". La normativa in esame si caratterizza per la semplicità lessicale e brevità contenutistica, essendo costituita da soli cinque *capitulos* (ovverosia paragrafi) ed alcune disposizioni addizionali, transitorie e finali. Il testo regola e legalizza tanto la eutanasia attiva<sup>2</sup>, che consiste nella somministrazione diretta da parte del personale sanitario al paziente di una sostanza al fine di determinarne la morte, quanto il suicidio medicalmente assistito<sup>3</sup>, che si ha quando il personale ospedaliero si limita a prescrivere o somministrare al paziente una sostanza che sarà il paziente medesimo ad assumere al fine di causare la propria morte.

### 2. I requisiti per la pratica eutanastica.

Per poter accedere alla procedura eutanastica sono previsti specifici requisiti oggettivi e soggettivi. Innanzitutto, l'individuo che richiede l'eutanasia deve trovarsi in un "contesto eutanastico", corrispondente ad una situazione di patimento grave, cronico e impossibilitante o ad una infermità grave e incurabile, che sono causa di una sofferenza intollerabile per il soggetto.

Inoltre, per quanto riguarda i requisiti soggettivi, l'istante:

- a) deve possedere la nazionalità spagnola o la residenza legale in Spagna o dimostrare una permanenza nel territorio spagnolo superiore a 12 mesi;
- b) deve essere maggiorenne;
- c) deve essere capace e cosciente al momento della richiesta.

Tuttavia, qualora il privato non sia cosciente al momento della richiesta, la pratica eutanastica può comunque essere iniziata e portata a compimento se egli ha precedentemente sottoscritto un documento di volontà anticipate, (altrimenti detto *testamento vital* o *instrucciones previas*<sup>4</sup>) disciplinato a livello statale nel 2002<sup>5</sup>. Attraverso il *testamento vital* il privato può manifestare in anticipo le proprie determinazioni circa il trattamento terapeutico da ricevere una volta che non sia più in grado di esprimere autonomamente le proprie intenzioni. Tramite il *testamento vital* è altresì possibile nominare un proprio rappresentante, il quale agirà in nome e nell'interesse del dichiarante al fine di concretizzare le sue volontà circa le cure da ricevere o rifiutare.

Bisogna notare che nell'ordinamento spagnolo l'eutanasia non può essere richiesta dai minorenni (come invece è consentito in Belgio e nei Paesi Bassi<sup>6</sup>) e che la domanda non è condizionata alla

previa consultazione con il proprio nucleo familiare in quanto il legislatore ha voluto tutelare al massimo la libertà e spontaneità della decisione dell'individuo, senza alcun tipo di ingerenza dall'esterno, neanche se proveniente dai propri congiunti.

### 3. La procedura.

Se il soggetto versa in uno stato di incoscienza la procedura può essere iniziata solo in presenza di un *testamento vital* o di un rappresentante nominato dal singolo che manifesti le sue volontà anticipate. Se invece il soggetto è cosciente deve chiedere il ricorso all'eutanasia due volte (a distanza di almeno 15 giorni), per iscritto o con un altro mezzo idoneo, precisando altresì che non è stato sottoposto ad alcuna pressione o influenza esterna. Fin dalla prima richiesta, il medico responsabile del procedimento deve instaurare e mantenere con il richiedente un rapporto di leale collaborazione per informarlo esaurientemente sulla sua diagnosi, sulle possibilità terapeutiche, sugli esiti attesi, nonché sul possibile utilizzo di cure palliative, assicurandosi che il privato comprenda appieno le informazioni forniteli. Il medico responsabile della procedura deve ottenere anche il parere consultivo di un medico esterno alla sua *équipe* e specializzato nelle patologie riscontrate nel paziente. Anche dopo la seconda richiesta espressa dall'individuo, il medico responsabile deve accertare che si tratti di un consenso informato, maturato nella piena consapevolezza sulle possibili alternative e conclusioni della vicenda terapeutica. La procedura segue poi con lo scrutinio della commissione di garanzia e di valutazione, di cui si dirà a breve, che deve giudicare sulla regolarità del procedimento e verificare la sussistenza dei requisiti normativi richiesti. In seguito al giudizio positivo espresso dalla commissione il paziente deve nuovamente prestare il proprio consenso alla prosecuzione della procedura.

Bisogna sottolineare che la legge riconosce la possibilità per l'individuo di modificare o revocare la propria decisione in ogni istante, poiché non si tratta di una volontà irrevocabile.

In generale, dal momento della prima richiesta la durata dell'intera procedura è pari a circa 40 giorni. Questo periodo di tempo è stato previsto allo scopo di consentire da un lato, una ragionata e consapevole scelta da parte dell'istante e dall'altro, un accurato controllo da parte degli organi deputati. Per quanto riguarda il luogo dove avviene la prestazione eutanasi, questa potrà avvenire in via

alternativa all'interno di un centro sanitario pubblico, privato, convenzionato o nel domicilio del paziente.

### 4. La commissione di garanzia e valutazione e l'obiezione di coscienza del medico.

La commissione di garanzia e valutazione rappresenta un *unicum* dell'ordinamento spagnolo poiché non è previsto un ente analogo nei diversi Stati in cui l'eutanasia è disciplinata. La commissione di garanzia e valutazione è un organo valutativo di controllo presente in ogni comunità autonoma ed è composta da almeno sette membri esperti in diritto o medicina. La legge statale si limita a regolare solo gli aspetti essenziali della struttura e dell'attività della commissione, delegando alle comunità autonome il potere/dovere di legiferare in modo più dettagliato sulla materia.

In via preliminare, per valutare la legittimità della richiesta sottopostagli, la commissione deve nominare due periti, di cui uno deve essere un giurista, i quali sono chiamati a decidere sul caso. Se entrambi i periti esprimono un giudizio positivo, il processo andrà avanti. In caso contrario, la decisione spetterà alla commissione. In tal caso, se la commissione reputa la richiesta giustificata, essa informa il medico responsabile affinché possa procedere nella pratica eutanasi.

Occorre rilevare che se in qualsiasi fase della procedura la richiesta di eutanasia viene negata da qualcuno dei soggetti coinvolti, l'interessato può presentare un reclamo alla commissione e, in caso di ulteriore rigetto, può rivolgersi al giudice amministrativo competente per territorio. La normativa prevede altresì un controllo a posteriori da parte della commissione sulla regolarità della procedura.

È importante ricordare che gli operatori sanitari coinvolti nella prestazione dell'aiuto a morire possono liberamente rifiutarsi di collaborare esercitando il diritto di obiezione di coscienza<sup>7</sup>. È tuttavia dovere dell'amministrazione sanitaria garantire che l'esercizio di tale diritto non comporti al privato un impedimento per l'accesso della prestazione richiesta e non determini un deterioramento qualitativo dell'assistenza e delle cure previste dalla legge.

### 5. La disciplina penalistica sul fine vita in Spagna e in Italia.

Con la legge in materia di eutanasia il legislatore iberico ha altresì modificato il quarto comma dell'art. 143 del *código penal*<sup>8</sup> che punisce espressamente la

condotta dell'eutanasia attiva ed ha aggiunto un quinto comma<sup>9</sup> nel quale viene prevista una peculiare causa di esclusione della punibilità a favore di colui che ha determinato la morte di un soggetto che si trovi in un contesto eutanasi secondo le condizioni indicate dalla *ley orgánica reguladora de la eutanasia*.

Contrariamente a quanto fin qui esaminato per la Spagna, in Italia il panorama normativo sul fine vita è alquanto lacunoso. Infatti il legislatore nostrano è intervenuto sul tema solo di recente con la legge n. 219/2017<sup>10</sup>, recante la regolamentazione del c.d. testamento biologico<sup>11</sup> e del rifiuto al trattamento terapeutico anche se vitale. Per quanto riguarda i profili penalistici della condotta eutanasi, questa non è espressamente punita da un apposito articolo, come invece avviene nel codice penale spagnolo. Di conseguenza, di fronte ai casi di eutanasia i giudici italiani hanno fino ad oggi qualificato giuridicamente il fatto, a seconda delle caratteristiche concrete della vicenda, ai sensi dell'art. 575 (omicidio)<sup>12</sup> o dell'art. 579 (omicidio del consenziente)<sup>13</sup> oppure, più di frequente, ricorrendo alla fattispecie tipica dell'art. 580 c.p. (istigazione o aiuto al suicidio)<sup>14</sup><sup>15</sup>.

Proprio l'articolo 580 c.p. è stato oggetto di una recente e assai significativa pronuncia da parte della Corte costituzionale in relazione al noto "caso Dj Fabo"<sup>16</sup>. In particolare la Consulta era stata investita della questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte di Assise di Milano chiamata a giudicare su Marco Cappato imputato del reato ex art. 580 c.p. per aver accompagnato Fabiano Antognani a suicidarsi in una clinica in Svizzera. Il Giudice delle leggi, con ordinanza n. 207 del 16.11.2018<sup>17</sup>, rinviava la trattazione della questione al 24.09.2019, sospendendo il processo *a quo*. Nella stessa ordinanza la Consulta rivolgeva anche un appello diretto al legislatore, nell'ottica di una collaborazione "forzata", affinché questi intervenisse sull'assetto normativo del fine vita che allora lasciava privi di tutela situazioni costituzionalmente meritevoli di protezione. Tuttavia l'appello rivolto dalla Corte costituzionale è rimasto inascoltato poiché, giunti al 24.09.2019, il legislatore non era ancora intervenuto per colmare il vuoto normativo sul fine vita, nonostante le pressanti richieste istituzionali, mediatiche e sociali. Così, con sentenza 25 settembre- 22 novembre 2019, n. 242<sup>18</sup> la Corte costituzionale ha dichiarato "l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 del codice penale, nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22

*dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento) - ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi di cui in motivazione -, agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente"*.

Come emerge dalla lettura trattasi di una sentenza interpretativa di accoglimento, che rappresenta il tipo di sentenza privilegiato dalla Consulta quando, come una sorta di terza camera legislativa, intende produrre del diritto di origine giurisprudenziale.

Quindi la Corte costituzionale, nei casi integranti il reato di aiuto al suicidio (art. 580 c.p.) ha escluso la punibilità di colui che agevola materialmente la fase esecutiva del suicidio di chi si trovi nelle gravi condizioni di infermità indicate. Pertanto, sia l'istigazione al suicidio (ovverosia il rafforzamento o l'induzione al convincimento della volontà di suicidarsi), quanto l'eutanasia in senso stretto (causazione diretta della morte da parte del personale sanitario su richiesta del paziente) rappresentano ancora oggi in Italia delle condotte punite penalmente.

## 6. L'eutanasia nel mondo.

Il Belgio, il Lussemburgo ed i Paesi Bassi sono stati i primi ordinamenti a legalizzare le pratiche eutanasi. Nel continente americano il Canada dispone di una legge sull'eutanasia, mentre alcuni Stati degli USA permettono, previo il rispetto di diversi presupposti, il suicidio assistito.

La Nuova Zelanda a seguito di un referendum popolare svoltosi nell'ottobre del 2020 ha approvato la legalizzazione dell'eutanasia che non è invece consentita in Australia, dove è regolamentato unicamente il suicidio assistito.

La Svizzera, a determinate condizioni, consente il suicidio assistito in apposite cliniche sanitarie.

Di particolare interesse è quanto avvenuto in Colombia e in Portogallo. In Colombia la Corte costituzionale ha affermato con una propria sentenza che l'eutanasia rappresenta una pratica

legale, eppure il Parlamento colombiano non ha ancora provveduto a regolarla. Diversamente in Portogallo la Corte costituzionale ha censurato la recente legge sull'eutanasia approvata dal Parlamento nazionale perché ritenuta contraria ai principi fondamentali dell'ordinamento.

## 7. Conclusioni.

Lungi dal voler qui affrontare le questioni morali ed etiche sottese al tema del fine vita, si deve osservare che è compito del legislatore fornire una adeguata disciplina alle emergenti o mutate esigenze della collettività collegate all'evoluzione socioculturale o al progresso tecnologico e scientifico. Della necessità di affrontare adeguatamente la questione del fine vita si è resa conto in prima battuta anche la Corte costituzionale che per questo motivo aveva espressamente invitato il legislatore a prendere delle decisioni opportune in seno al dibattito parlamentare. In seguito alla sentenza n. 242 del 2019 della Consulta, che da più voci autorevoli è stata considerata una necessaria ma timida presa di

posizione sul tema, un intervento organico del legislatore è tanto più doveroso al fine di individuare l'area ed i requisiti della liceità del suicidio medicalmente assistito. Tale intervento si rende fondamentale, in primo luogo, per rispondere all'esigenza della certezza e prevedibilità del diritto, ed in secondo luogo, in ossequio al principio della separazione dei poteri dello Stato. Infatti è solo il Parlamento- l'organo rappresentativo del popolo a cui appartiene la sovranità dello Stato- il soggetto a cui la Costituzione affida l'esercizio del potere legislativo. Pertanto la sostituzione della funzione del Parlamento da parte di altri organi dello Stato, oltre che violare il principio di matrice illuministica della separazione dei poteri rappresenta altresì, se non una sconfitta, quantomeno un sintomo della crisi della democrazia a cui il legislatore non sembra offrire una efficace cura.

**Paolo Quirino Cardinali**  
Dottore in Giurisprudenza.

<sup>1</sup> 122/00020 *Proposición de Ley Orgánica de regulación de la eutanasia* del 18.03.21.

<sup>2</sup> Per una analisi della definizione e delle varie tipologie di eutanasia vedi: F. Mantovani, "Eutanasia", in *Digesto discipline penalistiche*, vol. IV, 1990; T. Checcoli, "Brevi note sulla distinzione fra eutanasia attiva e passiva", in [www.jus.unitn.it](http://www.jus.unitn.it), 2008; R. Conti "Eutanasia", *BioLaw Journal*, vol. n. 3, 2016; E. Lòpez Lòpez, *Eutanasia*, in *Enciclopedia jurídica*, La Ley grupo Wolters Kluwer, Las Rozas, 2009.

<sup>3</sup> Per un approfondimento sulla distinzione tra eutanasia e suicidio medicalmente assistito vedi: M. Díaz y García Conlledo, S. BarBer Burusco, "Participación en el suicidio y eutanasia. Esbozo del tratamiento penal en España", *Revista Nuevo Foro Penal*, Universidad EAFIT, Medellín vol. 8, n. 79 julio-diciembre, 2012.

<sup>4</sup> Per una analisi di questo istituto vedi: J. C. Siurana, *Voluntades anticipadas. Una alternativa a la muerte solitaria*, Trotta, Madrid, 2005; M. A. Sánchez-González, *Informe sobre instrucciones previas* in I. Martín Sánchez *Bioética, religion y salud*, Comunidad de Madrid, Madrid, 2005; C. Lòpez Sánchez, *Testamento vital y voluntad del paciente*, Dykinson, Madrid, 2003; R. Castillo Badal, *Testamento vital*, in *Enciclopedia jurídica*, La Ley grupo Wolters Kluwer, Las Rozas, 2009; M. A. Broggi, "Las voluntades anticipadas", *Humanitas humanidades mèdicas*, vol1, num1, enero-marzo 2003.

<sup>5</sup> *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*.

<sup>6</sup> S. Amato, "Forum. Eutanasia e minori: il primo caso belga", *BioLaw Journal*, vol. n. 3, 2016; F. Cembrani, M. Castellani, G. Ciruolo, "Sulla legge belga che ha esteso anche ai minori (che si trovano in particolari condizioni) il diritto di morire" *BioLaw Journal*, vol. n. 2, 2014.

<sup>7</sup> Per un approfondimento: F. Gallo, "Questioni di fine vita e obiezione di coscienza", *Diritto e salute*, vol. n. 4, 2018.

<sup>8</sup> Il previgente art. 143 del còdigo penal:

"El que induzca al suicidio de otro será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años.

Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años al que coopere con actos necesarios al suicidio de una persona.

Será castigado con la pena de prisión de seis a diez años si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte.

El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo".

<sup>9</sup> L'attuale art. 143 del còdigo penal:

"El que induzca al suicidio de otro será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años.

Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años al que coopere con actos necesarios al suicidio de una persona.

Será castigado con la pena de prisión de seis a diez años si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte.

*El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de una persona que sufra un padecimiento grave, crónico e imposibilitante o una enfermedad grave e incurable, con sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables, por la petición expresa, seria e inequívoca de ésta, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los apartados 2 y 3.*

*No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no incurrirá en responsabilidad penal quien causare o cooperare activamente a la muerte de otra persona cumpliendo lo establecido en la ley orgánica reguladora de la eutanasia”.*

<sup>10</sup> Legge 22 dicembre 2017, n. 219 Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento.

<sup>11</sup> Per una analisi dell’istituto vedi: C. Cupelli, “Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: dai principi alla legge?”, *www.penalecontemporaneo.it*, 13 marzo 2017; L. d’Avack, *Fine vita e rifiuto di cure: profili penalistici. Il rifiuto delle cure del paziente in stato di incoscienza* in *Trattato di Biodiritto*, Giuffrè, Milano 2011; M. Martelloni, “Legge 219/2017 la relazione terapeutica alla fine della vita prassi applicative e questioni medico-legali”, *Diritto e salute*, vol. n. 4, 2018; S. Penasa, “La disciplina delle dichiarazioni anticipate di trattamento nella legge 219/2017: spunti dal diritto comparato”, *Diritto e salute*, vol. n. 4, 2018.

<sup>12</sup> Art. 575 c.p.: “Chiunque cagiona la morte di un uomo è punito con la reclusione non inferiore ad anni ventuno”.

<sup>13</sup> Art. 579 c.p.: “Chiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui, è punito con la reclusione da sei a quindici anni. Non si applicano le aggravanti indicate nell’articolo 61.

*Si applicano le disposizioni relative all’omicidio se il fatto è commesso:*

*1. contro una persona minore degli anni diciotto;*

*2. contro una persona inferma di mente, o che si trova in condizioni di deficienza psichica, per un’altra infermità o per l’abuso di sostanze alcooliche o stupefacenti;*

*3. contro una persona il cui consenso sia stato dal colpevole estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpito con inganno”.*

<sup>14</sup> Art. 580 c.p.: “Chiunque determina altrui al suicidio o rafforza l’altrui proposito di suicidio, ovvero ne agevola in qualsiasi modo l’esecuzione, è punito, se il suicidio avviene, con la reclusione da cinque a dodici anni. Se il suicidio non avviene, è punito con la reclusione da uno a cinque anni, sempre che dal tentativo di suicidio derivi una lesione personale grave o gravissima. Le pene sono aumentate se la persona istigata o eccitata o aiutata si trova in una delle condizioni indicate nei numeri 1 e 2 dell’articolo precedente. Nondimeno, se la persona suddetta è minore degli anni quattordici o comunque è priva della capacità d’intendere o di volere, si applicano le disposizioni relative all’omicidio”.

<sup>15</sup> Per una visione penalistica della vicenda vedi: A. Manna, *Omicidio del consenziente ed istigazione o aiuto al suicidio: l’eutanasia*, in *Reati contro la persona*, Torino, Giappichelli, 2007; M. B. Magro, *Eutanasia e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2001; L. Monticelli, *Eutanasia, diritto penale e principio di legalità*, in *L’indice penale I*, Cedam, Padova, 1998.

<sup>16</sup> Per un approfondimento della vicenda giudiziaria e delle questioni giuridiche connesse vedi: A. Santosuosso e P. Belloli, “Paradossi nel procedimento Cappato. Tre aporie generate dall’art. 580 c.p. a proposito di aiuto al suicidio”, *Relazione al seminario “questioni di fine vita e libertà: il procedimento cappato davanti alla corte”*, Roma 13 giugno 2018; M. Rossi, “Il suicidio assistito e il caso cappato”, *Diritto e salute*, vol. n. 4, 2018; D. Pulitanò, *L’aiuto al suicidio fra vincoli costituzionali e politica del diritto*, in F.S. Marini – C. Cupelli (a cura di), *Il caso Cappato a margine dell’ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, ESI, Napoli, 2019; A. Massaro, *Questioni di fine vita: i riflettori tornano ad accendersi con il “caso Cappato”*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2019, 1-bis; C. Cupelli, “Il caso Cappato, l’incostituzionalità differita e la dignità nell’autodeterminazione alla morte”, *Diritto penale contemporaneo*, 3 dicembre 2018.

<sup>17</sup> Per una analisi dell’ordinanza vedi: M. Bignami, “Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un’ordinanza ad incostituzionalità differita”, in *Questione giustizia*, 19 novembre 2018; R. Bartoli, “L’ordinanza della consulta sull’aiuto al suicidio: Quali scenari futuri?”, *Diritto penale contemporaneo*, 8 aprile 2019, p. 1.

<sup>18</sup> per un approfondimento vedi: A. Alberti, *Il reato d’istigazione o aiuto al suicidio davanti alla Corte costituzionale. Il “caso Cappato” e la libertà di morire*, *www.forumcostituzionale.it*, 20 marzo 2018; A. Arebi, *Le motivazioni della Corte costituzionale sul suicidio assistito: ulteriore atto di “protezione dell’anarchia” da parte del giuspositivismo assoluto*, *www.filodiritto.com*, 10 dicembre 2019.

## Open-source information in criminal proceedings: lessons from the International Criminal Court and the Berkeley Protocol.

by **S. Trevisan**

The expansion of open-source information has revolutionized how human rights violations and international crimes are documented. The paper discusses how and to what extent ICC judges have considered the admissibility and probative value of OSI. It also outlines the most relevant and innovative guidelines provided by the recently published Berkeley Protocol. The paper concludes that the current enthusiasm for open-source information must learn to work within procedural rules, one of the aims of which is to protect the rights of the accused.

**Summary.** Introduction. – **1.** Online open-source information as digital evidence: benefits and challenges. – **2.** Evidence Law governing the International Criminal Court. **3.** Main criteria for evaluating evidence at the International Criminal Court. – **3.1.** Reliability and credibility. – **3.2.** Authenticity. – **4.** International Criminal Court case law on evidence derived from online open-source information. – **4.1.** *Ahmad Al-Faqi Al-Mahdi* Case. – **4.2.** *Bemba et al* Case. – **4.3.** *Al-Werfalli* Case. – **5.** The role of the Berkeley Protocol. – Conclusions.

### Introduction.

The Internet contains a seemingly endless supply of information. Estimates are that online storage and service companies like Google, Amazon, and Microsoft hold at least 1,200 petabytes of data, equal to 1.2 million terabytes. As of February 2021, at least 5.18 billion website pages are publicly available online.

The use of social networking sites has proliferated during the last ten years. Facebook, Twitter, Instagram and other platforms have around 3.6 billion users worldwide – figures that are expected to grow. Every minute, over 350,000 tweets are posted on Twitter and over 500 hours of video are uploaded to YouTube.

This immense body of data provides new opportunities across many fields, including within legal practice. Lawyers around the world are increasingly using online open-source information (OSI) to gather evidence that has proved decisive in legal disputes. In criminal proceedings, since the early 1990s, online OSI has revolutionized how human rights violations and international crimes are documented. Social media has become a profoundly powerful tool for first responders, survivors and other actors to communicate what is happening on the ground quickly and effectively. In addition, there is a growing body of content produced by perpetrators themselves who broadcast their crimes for propaganda and recruitment purposes.

As a result, there is now a steady stream of data documenting atrocities, even in the context of armed conflicts. The unprecedented confluence of two technologies – smartphone and social media – has produced, via the instant upload, a new phenomenon: the so called “YouTube war”<sup>2</sup>. For the first time in history, the lengthy war in Syria has been documented with OSI almost in real time.

The expansion of access to the production, dissemination, and collection of OSI has been met with particular interest by the International Criminal Court (ICC), where the Office of the Prosecutor (OTP) investigates grave crimes that generally occur a great distance from The Hague, with little or no judicial assistance nor cooperation provided by the interested State party.

Recently, there has been a significant increase in the use of online OSI at the ICC. Online OSI such as satellite imagery, videos, and geolocation helped lead to the conviction of Ahmad Al-Faqi Al-Mahdi who pleaded guilty to the war crime of destroying cultural property in Timbuktu<sup>3</sup>. In the case against Jean-Pierre Bemba Gombo and members of his legal team for abuses against the administration of justice (i.e. witness tampering), the prosecutor submitted Facebook photographs to evidence the relationship between the parties to an alleged bribery scheme<sup>4</sup>. In 2017 and 2018, the ICC issued an arrest warrant for Libyan Commander Mahmoud Al-Werfalli for thirty-three counts of the war crimes of murder

based primarily on execution videos found on social media<sup>5</sup>.

The value of OSI cannot be overestimated. But in the era of disinformation, fake news, and alternative facts - which some refer to as the “post-truth era” - this innovative form of evidence is not infallible. The use of OSI in criminal proceedings is capable of leading to violations to the accused’s human right to a fair trial.

In order to optimize OSI’s potential, investigators and lawyers must consider evidentiary and procedural issues from the start of the investigation in order to ensure its reliability. To assist in this effort, this paper aims to review and discuss whether and to what extent judges have considered the admissibility and probative value of OSI evidence presented in proceedings before the ICC and outlines the most relevant guidelines provided by the recently published Berkeley Protocol.

Part I outlines a definition of online OSI and discusses its major benefits and challenges in criminal proceedings. Part II provides an overview of the evidence rules governing the proceedings at the ICC relevant to this inquiry. Part III further discusses the approach the ICC has taken thus far to assess OSI and its probative value and evidence weight. Part IV and V examine ICC recent case law using online OSI and explore the most interesting guidelines provided by the Berkeley Protocol. The paper concludes arguing that the ICC is one of the most progressive judicial institutions worldwide to non-traditional investigative approach. However, in criminal proceedings the current enthusiasm for OSI must learn to work within procedural rules, one of the aims of which is to protect the rights of the accused.

### **1. Online open-source information as digital evidence: benefits and challenges.**

OSI is publicly available information that anyone can obtain by request, purchase, or through observation<sup>6</sup>. In other words, it identifies any information that is not ‘confidential’ and is available in the public domain. Examples of OSI include information available through the media outlets (e.g. radio, television, newspapers, websites, blogs), official reports, academic sources (papers, conferences, seminars), commercial data and so-called ‘gray literature’ such as working papers, unofficial government documents and surveys. Online OSI is found on the Internet, and may include online news articles, blog-posts or website content;

PDF reports and digital documents; social media posts and user-generated content; digital imagery, video and audio recordings; satellite imagery, maps and geospatial data; user data and statistical information; and information contained in Internet archives and database.

OSI may be introduced into court as ‘electronic evidence’, which is defined as “*data (comprising the output of analogue devices or data in digital form) that is manipulated, stored or communicated by any manufactured device, computer or computer system or transmitted over a communication system*”<sup>7</sup>.

The benefits of using OSI in international criminal proceedings are many. Investigators may have limited physical access to the location where the alleged crime took place, due to State refusal to cooperate or safety concerns<sup>8</sup>. OSI can be collected remotely and almost contemporaneously as events take place, and thus it does not threaten investigator security in the context of armed conflicts. OSI is therefore indispensable for finding information, especially in the early stages of investigation.

In addition, OSI is more cost-effective than other forms of evidence collection, such as the taking of witness evidence, and it can also provide extra information, which sometimes cannot be gained by human perception, including for example the sunlight incidence angle recorded during a certain event or gunshot acoustic signature. Moreover, it must be taken into consideration that the crimes under the Court’s jurisdiction are those of a particular nature – the crime of genocide, crimes against humanity, war crimes and the crime of aggression. Those crimes involve extreme violence, large territories, hundreds of different suspects, victims, witnesses and often also political propaganda against different national, religious, racial or ethnic groups. Because of the special character of those crimes, OSI is capable of overcoming the obstacles inherent in these complex offences, yielding valuable evidence<sup>9</sup>.

Notwithstanding this, it should be noted that until recently courts were generally sceptical of evidence derived from the Internet. In a verdict of 1999, a US District Court famously opined<sup>10</sup> that information from the Internet was “*voodoo information*”, as “*anyone can put anything on the Internet. No website is monitored for accuracy and nothing contained therein is under oath or even subject to independent verification absent underlying documentation (...)* Moreover, the Court holds no illusions that hackers



*can adulterate the content on any web-site from any location at any time*". For these reasons, the Court held that online OSI "*is adequate for almost nothing*" in legal proceedings.

Though the approach has changed significantly since then, the use of OSI as evidence in court still raises issues even today, particularly in criminal proceedings. Major criticism derives from the fact that the authors of such OSI information are often unknown or contested. This lack of information on authorship may cast doubt on the independence and impartiality of the original source and may violate the accused's right to cross-examination.

It has been stated that social media creates a dangerous illusion of unmediated information flows<sup>11</sup>. Those who follow YouTube videos, Twitter accounts, or Facebook postings related to the conflict in Syria, Yemen or Libya may believe that they are viewing an accurate and comprehensive account of the events. In reality, these flows are often curated by networks of partisan individuals or organizations who intend to portray particular narratives.

Misattribution staging and technical manipulation are also important pitfalls of online OSI<sup>12</sup>. Misattribution occurs when online content is deliberately or inadvertently attributed with the wrong date, time, location, or subject. For example, in 2015 a video posted on YouTube purportedly showed "*200 Syrian children being lined up and gunned by ISIS*"<sup>13</sup>. The story was initially published by major UK news websites and quickly spread to other news websites. However, this piece of information was completely untrue. The video was in fact reproducing an incident which had occurred more than a year earlier, where ISIS had executed what was claimed to be over 200 soldiers from Tabqa airbase, near Raqqa, Syria.

Staging transpires when one party attempts to frame another by "staging" and filming an event that never occurred, or edits a video to mislead viewers about what actually took place. Technical manipulation involves manipulating photos and videos with Photoshop or other photo editing tools (e.g., swapping out military insignia). Further, generative adversarial networks are increasingly being used to generate "deep fakes," artificially-generated videos that suggest someone said or did something that in reality never occurred.

Given the vast number of ways OSI can be altered, evidence derived from online OSI must be carefully

verified and authenticated, especially when its purpose is to establish criminal liability.

## **2. Law of evidence governing the International Criminal Court.**

To understand this new and vast category of evidence, it is important to consider the concept of evidence and the evidentiary rules surrounding it which are key in criminal proceedings.

Evidence is information submitted to a court by parties to a case with the view of establishing or disproving alleged facts<sup>14</sup>. Evidence introduced in legal proceedings has the potential to make the factual account of either party more or less probable<sup>15</sup>.

The law of evidence governs how proceedings will achieve their ultimate purpose, which is to "*verify opposing reconstructive hypotheses of facts*"<sup>16</sup>. In addition, the overriding purpose of evidentiary and procedural rules is to ensure that trials meet fundamental standards of fairness and justice. Evidence law ensures that the rights of witnesses, suspects, and the accused are protected through the following of proper procedures<sup>17</sup>.

Most textbooks on the law of evidence identify four general categories of evidence: testimonial, documentary, physical, and forensic. Online OSI such as digital photographs, satellite images, digital audio and video-recordings, and other electronic communications or records are considered documentary evidence and are therefore evaluated based on the same criteria as paper documents<sup>18</sup>.

Evidence used in criminal cases may fall into two categories: crime-based evidence and linkage evidence. Crime-based evidence is relevant and reliable information about what happened — what offence was committed against whom, when, and where<sup>19</sup>. Crime-based OSI evidence might include footage of, for example, a person being assaulted, property destruction, victim injuries, a mass grave, troops confiscating humanitarian aid, etc. On the other hand, linkage evidence is relevant and reliable information that helps to attribute criminal liability to a specific actor. In other words, it helps prove who committed the crime and how they did it (e.g. individual perpetration, conspiracy, aiding and abetting, or command responsibility). This could include footage of military vehicles, uniforms, patches on uniforms, weapons, military offices, perpetrators training their forces, speeches where

the suspect admits she or he was in command of the forces who perpetrated the crime<sup>20</sup>.

Evidence can be used for different purposes. 'Lead evidence' points to a crime and allows to make an educated guess about what may have happened. The information alone, however, is not sufficient to determine whether a crime actually happened. 'Prima facie evidence' allows a key fact to be established or presumed true unless it is disproved. 'Corroborative evidence' supports or verifies evidence supporting an assertion. 'Exculpatory evidence' helps prove a defendant is innocent or did not intend to commit a crime<sup>21</sup>.

The Rome Statute and the Rules of Procedure and Evidence govern the evidentiary rules of the ICC. Under Art. 69(4) of the Rome Statute, the Court applies a three-step test for determining the admissibility of a piece of evidence. First, the item must be relevant to the case. Secondly, the item must have probative value. Finally, the judges assess whether the relevance and probative value of the item outweigh any prejudicial effect its admission may cause<sup>22</sup>.

In practice though, most evidence is usually admitted, and any questions concerning its relevance, probative value and prejudicial effect is dealt with subsequently during the evaluation phase, when the Court assess the weight to be attributed to the specific piece of evidence<sup>23</sup>.

ICC evidence rules do not designate categories of inadmissible evidence. As a consequence, any information derived from the Internet is, in theory, admissible. However, Art. 69(7) of the Rome Statute prohibits evidence acquired by means that violate the Rome Statute or human rights if "*the violation casts substantial doubt*" on the reliability of the evidence or its admission would be "*antithetical*" and would "*seriously damage the integrity of the proceedings*"<sup>24</sup>. This provision is drafted narrowly and does not provide for the automatic exclusion of evidence<sup>25</sup>. Under Art. 69(7), the Court must assess whether the content of the evidence would have been different had the investigation been conducted in full adherence to the Rome Statute or to human rights norms. If the content of the evidence would not change depending on the adherence to the human rights during the collection of evidence, then the violation cannot be serious enough to cast substantial doubt on the reliability of evidence. In this respect, it should be noted that open-source investigators may collect data that are covered by

privacy law, including information that relates to an identified or identifiable living individual (i.e. his/her racial or ethnic origin, religious belief or sexual orientation). However, being this is information publicly available online, it is unlikely that the resulting piece of evidence would be excluded on the basis of Art. 69(7). This is because the content of the online OSI is generally not dependent on the way it is obtained<sup>26</sup>.

According to ICC case law<sup>27</sup>, the burden of proof of the reliability of a document lies on the party seeking its admission. Judges have the authority to "*assess freely*" all evidence submitted in order to determine its relevance or admissibility<sup>28</sup> and must "*give reasons for any rulings it makes on evidentiary matters*" (Art. 64(2) Rules of Procedure and Evidence).

In sum, the evidentiary rules of the ICC are particularly flexible and permissive. This legal framework allows the Court to evaluate evidence derived from new technology and devices, such as online OSI.

### 3. Main criteria for evaluating evidence at the International Criminal Court.

Lawyers, judges and other legal professionals commonly assess the weight of evidence and its probative value by using non-mathematical concepts. In other words, the probative value of evidence is not measured in terms of grams, volts or any other precise physical measure, but rather in terms of probability judgments (for example, I am confident that X is the murderer)<sup>29</sup>. The ICC Chamber famously held that assessing evidence requires an examination of the "*provenance, source or author, as well as their role in the relevant events, the chain of custody from the time of the item's creation until its submission to the Chamber, and any other relevant information*"<sup>30</sup>. Probative value, according to the Court, is determined via a "*fact-specific inquiry [that] ... take[s] into account innumerable factors, including the indicia of reliability, trustworthiness, accuracy . . . as well as . . . the extent to which the item has been authenticated*"<sup>31</sup>.

From the above, it follows that probative value is an overall concept that may involve many factors and we will now discuss these components in turn.

#### 3.1. Reliability and credibility.

The notion of 'reliability' is the quality of being trusted or believed. In its classical meaning reliability refers to dependable and consistent results capable

of being obtained by a replicable and repeatable process<sup>32</sup>.

In legal proceedings, reliability is assessed on a case-by-case basis for the purpose of establishing whether a piece of evidence is what it purports to be. If an item of evidence is deemed insufficiently reliable, it can hardly be considered to prove anything.

In the case *Prosecutor v. Germain Katanga And Mathieu Ngudjolo Chui*<sup>33</sup>, the ICC Third Chamber laid down the key factors in determining reliability: i) *source* - whether the source of the information is biased; ii) *nature and characteristics* of the item of evidence; iii) *contemporaneity* - whether the information was obtained and recorded simultaneously or shortly after the events to which it pertains or whether the record was created at a later stage; iv) *purpose* - whether the document was created for the specific purpose of these criminal proceedings or for some other reason; and e) *adequate means of evaluation* - whether the information and the way in which it was gathered can be independently verified or tested.

In sum, the evaluation of reliability involves the general trustworthiness of the source of the evidence, having regards both to the “track record” of the source and the methods by which the information was collected.

By contrast, ‘credibility’ indicates whether what the piece of evidence claims should be believed or not. Credibility, unlike reliability, is something which is judged ‘in the moment’ during the trial, and pertains to the quality of the information<sup>34</sup>. It involves accuracy, consistency (both internal and external) and clarity of description of the events.

### 3.2. Authenticity.

Evidence is deemed authentic when is genuine and not forged. Authenticity and reliability are related, but distinct concepts. The purpose of authentication is to ensure that the evidence has not been manipulated or tampered with, while the purpose of reliability is to establish whether a piece of evidence is what it purports to be.

For a physical document, its authenticity comprises such attributes as being faithful to an original, uncorrupted and with a verified provenance (encompassing the following attributes: uniqueness, unambiguity, conciseness, repeatability and comprehensibility)<sup>35</sup>. The rules of evidence that have

developed with respect to documentary evidence are also applicable to OSI.

Authenticity refers to the ability to demonstrate that an electronic item remains unchanged from when it was collected. Courts are particularly concerned with the authentication of electronic evidence such as OSI, because they can be easily manipulated. For example, video footage may be altered or the metadata (internal digital information that describes characteristics of the data) may be changed.

By testing the authenticity of OSI, the court may assess its integrity and provenance. Integrity refers to the “wholeness and soundness” of electronic evidence, and implies that the evidence is complete and unaltered. Maintaining and verifying the integrity of digital evidence items are important technical considerations that could significantly impact their admissibility. Digital data is altered, modified or copied from one environment to another either through human actions or uncontrolled computing activities. Forensic examiners adopt various methods for maintaining and demonstrating the integrity of digital evidence<sup>36</sup>. The use of a write blocker, for example, is a standard digital forensic requirement to maintain the integrity of evidence. Digital signatures, encryption and hash algorithms<sup>37</sup> are also employed to maintain, validate and demonstrate the integrity of digital evidence.

Provenance can be established through a chain of custody, which is defined as “*the movement and location of real evidence, and the history of those persons who had it in their custody, from the time it is obtained to the time it is presented in court*”<sup>38</sup>. Establishing provenance requires both testimony of continuous possession and testimony that the object remained in substantially the same condition during each individual’s possession. This information provides a complete history of hosting and possession of who controlled the electronic information, which is important in determining whether evidence has been modified or tampered with when the court assesses the accuracy of the digital evidence.

A strong chain of custody increases the weight judges accord to the evidence because “*factors such as ... proof of authorship will naturally assume the greatest importance in the Trial Chamber’s assessment of the weight to be attached to individual pieces of evidence*”<sup>39</sup>.

The lack of testimony by an author will not usually preclude the admission of evidence. According to the

ICC case law “*nothing in the Statute or the Rules expressly states that the absence of information about the chain of custody ... affects the admissibility or probative value of Prosecution evidence*”<sup>40</sup>.

The ICC practice reflects special attention to the authenticity of electronic evidence. When introduced in the proceeding, such evidence must conform to an “e-court Protocol,” which is designed to “*ensure authenticity, accuracy, confidentiality and preservation of the record of proceedings*”<sup>41</sup>. The Protocol requires metadata to be attached, including the chain of custody in chronological order, the identity of the source, the original author and recipient information, and the author and recipient’s respective organizations. While the Protocol offers some guidance to facilitate the use of digital evidence, it is limited to harmonizing the format of digital evidence, and how it is stored in the court’s systems, and does not address issues of probative value.

#### 4. International Criminal Court case law on evidence derived from online open-source information.

In three recent cases the Court laid down “*unique and precedent-setting*”<sup>42</sup> decisions with regard to the use of online OSI. Some guidelines may be drawn from these cases, as illustrated below.

##### 4.1. Ahmad Al-Faqi Al-Mahdi Case.

While some online OSI content had already been used in earlier international criminal cases, the conviction of Al-Mahdi has been considered the “*first big test*”<sup>43</sup> of what can be achieved with non-traditional investigative techniques. The accused was an alleged member of the armed group Ansar Dine, who was charged with participating in the intentional destruction of nine mausoleums and the door to a mosque in Timbuktu in 2012. During the proceedings the OPT successfully partnered with open-source investigators and civil society groups to bring evidence into Court. The research agency, Situ, delivered an interactive digital platform<sup>44</sup> designed to facilitate the organization, analysis, and presentation of OSI evidence. Combining geospatial information, historic satellite imagery, photographs, open-source videos, the tool was used to walk the judges and other court actors through the various events in Timbuktu. In August 2016, at the start of the trial, Al-Mahdi admitted guilt, and he was sentenced to nine years to jail.

Some have criticized the defence choice not to challenge the admissibility of OSI at trial. According to these critics, Google Earth images are not made for the courtroom and their reliability should be thoroughly tested<sup>45</sup>. In any case, the Al-Mahdi investigative approach is notable as it supported civil society and the OPT to understand how online OSI can be sourced, verified, analysed, and presented in ways that can advance legal accountability<sup>46</sup>.

##### 4.2. Bemba et al Case.

In *Bemba et al* the defendants are the first to be charged with offenses against the administration of justice for interfering with witnesses in another ICC trial, pursuant to Art. 70 of the Rome Statute. The Prosecutor submitted four photographs extracted from the Facebook pages of a defence witness and a prosecution witness to show the relationship between the parties to the alleged bribery scheme. The defence challenged the admissibility of such online OSI, arguing they were not prima facie authentic nor reliable. The defence claimed that it was “*impossible to forensically ascertain, even on a prima facie basis, that a Facebook account under a certain name is attributable to a person of the same name, [as] the creation of a Facebook account does not require any valid identity information*”<sup>47</sup>. In addition, the defence contested that the Facebook photographs were genuine, as the Prosecutor had submitted “*merely screenshots of a webpage with a pop-up photograph*”, deprived of the “*metadata of the photograph, such as the creation date, the photographing device and the modification traces*”<sup>48</sup>. In the final judgment, the Chamber found all the five accused guilty, although the challenges raised by the defence were not specifically addressed.

In addition, in the related proceeding against Bemba the Chamber reiterated its flexible approach to authenticity of digital evidence by affirming that “*recordings that have not been authenticated in court can still be admitted, as in court authentication is but one factor for the Chamber to consider when determining an item’s authenticity and probative value*”<sup>49</sup>. Notably, the judges also admitted as evidence online OSI such as NGO reports. The majority found that they can be considered reliable “*provided that they offer sufficient guarantees of impartiality*” and are therefore admissible “*for the limited purpose that the information contained therein may serve to corroborate other pieces of evidence*”<sup>50</sup>.

### 4.3. Al-Werfalli Case.

In August 2017, the Pre-Trial Chamber I of the ICC issued an arrest warrant for Mahmoud Al-Werfalli<sup>51</sup>, the commander of al-Saiqa, an elite unit within the Libyan National Army. Al-Werfalli was accused of arbitrarily executing thirty-three people in a series of acts captured in a video uploaded to Facebook. This key online OSI evidence depicts 18 individuals wearing orange jumpsuits and black hoods, with their hands tied behind their backs, kneeling barefooted on the ground in four lines. After reading a “Decree decision”, five men in camouflage uniform shot at the kneeling persons.

A few weeks after the issue of the arrest warrant, investigators at Bellingcat reportedly geolocated the execution area (32.023144, 20.029181) by using open-source intelligence tools. Satellite’s imagery seems to confirm the location - fifteen black spots are distinctly visible in the image, which are considered to very likely be blood stains of the executed people<sup>52</sup>.

Legal and human rights communities hailed the warrant as a milestone, marking the first time the ICC had cited abundant online OSI as a basis for a warrant<sup>53</sup>. For the first time the OPT put online OSI at the heart of an investigation: without the video content, there would have been no case.

### 5. The role of the Berkeley Protocol.

When resolving the issue of probative value and weight of online OSI evidence, the Chamber assess whether the information and the way in which it was gathered can be independently verified or tested.

Verification is a “*technical term for the process of establishing the reliability or veracity of information - in other words, establishing whether a claim or assertion is true*”<sup>54</sup>. However, there are no binding legal standards that govern the verification process, and authoritative international guidelines have been absent until recently.

Only on 1 December 2020, a collaboration between the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, and the Human Rights Center at the University of California, Berkeley, School of Law launched the Berkeley Protocol, described as the “*first global guidelines for using publicly available information online – including photos, videos and other content posted to social media sites – as evidence in international criminal and human rights investigations*”<sup>55</sup>.

The Protocol avoids tool-specific rules, and instead offers useful guidelines for ensuring that online OSI can be used to meet the required evidentiary threshold in legal proceedings. To ensure authenticity and reliability, the Protocol lays down practical guidelines for collecting, preserving and verifying online OSI. As a minimum standard for providing evidence in court, lawyers and investigators should gain possession of online content by collecting a number of key elements, including the uniform resource locator (URL) and the Hypertext Markup Language (HTML) source, full-page capture, embedded media files and metadata<sup>56</sup>. It recommends the generation of a hash value and for a chain of custody to be maintained during the process. Verification is broken down into three separate considerations: the source, the digital item or file, and the content, which should be looked at collectively. With respect to the latter, the Protocol refers to geolocation and chronolocation techniques to identify the probable location and time of the events depicted by OSI<sup>57</sup>.

While the analysis of the specific guidelines outlined is beyond the scope of the present contribution, it should be noted that the Protocol holds that the determination of weight implies an “*holistic assessment*” that depends, in part, on the other information that may support, corroborate or contradict the fact in question<sup>58</sup>. Therefore, external corroboration is key, as it can provide information that lies outside an OSI item and that can “*support the veracity of the item’s content*”<sup>59</sup>. An example of such external corroboration may include the witness testimony of the investigators who collected or verified the online OSI submitted to the court, who might be asked to explain the investigative approach, methods and tools used – in other words, whether the open-source investigation had complied with the Berkeley Protocol during the investigation<sup>60</sup>.

### Conclusions.

The Internet is a vast field rich of useful information. With a click of a mouse, seemingly endless content is quickly available, including YouTube videos, social media and satellites images. Both victims and perpetrators increasingly document online grave crimes such as torture, arbitrary execution and violent repression of peaceful protests, almost in real time.

The expansion of OSI has arguably democratized information production and usage, and civil society groups have emerged as an agent in both intelligence gathering and information generation. Investigative platforms like Bellingcat and Lighthouse Reports heavily rely on online OSI, and their investigations have been presented to national and international legislatures, up to the UN level. An ever-increasing number of human rights activists, investigative journalists and lawyers are being trained in how to locate, capture, preserve, verify, and present OSI content for the purpose of achieving legal accountability.

The ICC has proved to be one of the most progressive judicial institution to employ non-traditional investigative approach. The convictions of Bemba and Ahmad Al-Faqi Al-Mahdi, together with the arrest warrant issued against Al-Werfalli clearly showed how OSI can be considered reliable and authentic.

However, in criminal proceedings the current enthusiasm for open-source investigation must accord with procedural rules, whose ultimate aim is to protect the fundamental rights of the accused. In adversarial proceedings the truth is arguably more likely to emerge from the open contest between the

prosecution and the defence in presenting the evidence and opposing one another's legal arguments. Through the process of argument and counter-argument, examination-in-chief and cross-examination, each side tests the relevancy, reliability and authenticity of the opponent's evidence and arguments. To maintain fairness, there is a presumption of innocence, and the burden of proof lies with the prosecution.

Evidence derived from online OSI is not in any way exempt from criminal procedural rules. The probative value of OSI should be evaluated in the same way as other types of evidence, and their proper introduction in legal proceedings cannot be disadvantageous to the accused. The defence must have the opportunity to challenge the process of its creation, chain of custody and content. Experts may also be required to explain what information this newer form of evidence can and cannot provide, especially with unfamiliar and complex technologies. Verification skills are highly demanded.

**Stefano Trevisan**

Avvocato del Foro di Venezia.

<sup>1</sup> LL.M., qualified lawyer and open-source investigator. The author thanks Professor Marco Pertile (Trento University), Aimel Yousfi-Roquencourt (Former ICC assistant legal officer) and Niamh Quille (lawyer at Birnberg Peirce) for their invaluable feedback and peer-review.

<sup>2</sup> KAYLAN M., "Syria's war viewed almost in real time", The Wall Street Journal (2013).

<sup>3</sup> *The Prosecutor v Al Mahdi* (Ahmad Al Faqi), Case no ICC-01/12-01/15.

<sup>4</sup> *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda. Kabongo, Fidèle Babala Wandu and Narcisse Arido*, Case ICC-01/05-01/13-1989-Red.

<sup>5</sup> *The Prosecutor v Mahmoud Mustafa Busayf Al-Werfalli* (Warrant for Arrest), Case ICC-01/11-01/17.

<sup>6</sup> DUBBERLY S., KOENING A, MURRAY D. "The Emergence of Digital Witnesses", in "Digital Witness", Oxford, (2020).

<sup>7</sup> MASON S., SENG D., "Electronic Evidence", University of London, School of Advanced Study, Institute Of Advanced Legal Studies, 4th edition (2017).

<sup>8</sup> LAVING L. "The Reliability of Open-Source Evidence in the International Criminal Court", Lund University, (2014).

<sup>9</sup> Ibidem.

<sup>10</sup> US District Court for the Southern District of Texas, *St. Clair v. Johnny's Oyster & Shrimp* - 76 F. Supp. 2d 773 (1999). Cfr. also HONORABLE D. H., YOONJI K. "Is the Internet "Voodoo"? Evidentiary Weight of Internet-Based Material in Immigration Court", Connecticut Public Interest Law Journal (2010).

<sup>11</sup> Laving L., id.

<sup>12</sup> MEHANDRU N., KOENIG A., "Icts, Social Media, & the Future of Human Rights", Duke Law & Technology Review, pag. 135 (2019).

<sup>13</sup> HIGGINS E., "Misattribution, Verification, ISIS, and Madaya", at [www.bellingcat.com](http://www.bellingcat.com) (2016).

<sup>14</sup> THE MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF INTERNATIONAL LAW, "International Courts and Tribunals, Evidence" (2013).

<sup>15</sup> MASON S., SENG D., id. Evidence is also famously defined as "mécanisme destiné à établir une conviction sur un point incertain" by LÉVI-BRUHL, "La preuve judiciaire, Etude de Sociologie Juridique" (1964).

<sup>16</sup> TARDINO V., "Il giudizio penale tra fatto e valore giuridico", pag. 35 in "La prova penale", Volume III (2008).

<sup>17</sup> FREEMAN L., "Digital Evidence and War Crimes Prosecutions: The Impact of Digital Technologies on International Criminal Investigations and Trials", Fordham International Law Journal Volume 41, Issue 2, (2018).

<sup>18</sup> FREEMAN L., ibidem.

- <sup>19</sup> MATHESON K., *“Video as Evidence Field Guide”*, Witness (2016).
- <sup>20</sup> Ibidem.
- <sup>21</sup> Ibidem.
- <sup>22</sup> Cfr. Prosecutor v Katanga, Decision on the Prosecutor’s Bar Table Motions, 17 December 2010, ICC-01/04-01/07-2635; para 14; and maybe Prosecutor v. Lubanga, Decision on the admissibility of four documents, 13 June 2008, ICC-01/04-01/06-1399 paras. 27.
- <sup>23</sup> Cfr. FREEMAN L., *“Prosecuting Atrocity Crimes with Open Source Evidence, Lessons from the International Criminal Court”*, pag. 50 in Digital Witness, Oxford (2020); HIATT K., *“Open-Source Evidence on Trial”*, The Yale Law Journal, 2016; ASHOURI, A., BOWERS C., WARDEN C. *“An Overview of the Use of Digital Evidence in International Criminal Courts”*, Digital Evidence and Electronic Signature Law Review (2014).
- <sup>24</sup> The International Criminal Court, Rome Statute Art. 69(7).
- <sup>25</sup> ICC-01/04-01/07 Katanga case, Decision on the Prosecutor’s Bar Table Motions, para 15.
- <sup>26</sup> LAVING L., id pag. 27.
- <sup>27</sup> Prosecutor v. Bemba, ICC-01/05-01/08-2299, at par. 247.
- <sup>28</sup> Cfr. ICC-01/04-01/06 Prosecutor v Lubanga, 16 June 2008, Corrigendum to Decision on the admissibility of four documents, par. 26 *“For these reasons, the Chamber has concluded that it enjoys a significant degree of discretion in considering all types of evidence. This is particularly necessary given the nature of the cases that will come before the ICC: there will be infinitely variable circumstances in which the court will be asked to consider evidence, which will not infrequently have come into existence, or have been compiled or retrieved, in difficult circumstances, such as during particularly egregious instances of armed conflict, when those involved will have been killed or wounded, and the survivors or those affected may be untraceable or unwilling – for credible reasons – to give evidence”*.
- <sup>29</sup> ANDERSON, T., SCHUM, D., & TWINING, W. *“Analysis of Evidence”*, at pag. 228, Cambridge University Press (2005).
- <sup>30</sup> Prosecutor v. Bemba et al, Judgment at par. 247
- <sup>31</sup> Prosecutor v. Bemba, ICC-01/05-01/08-2299, Decision on the Prosecution’s Application for Admission of Materials into Evidence Pursuant to Art. 64(9) of the Rome Statute, par. 8.
- <sup>32</sup> Laving L., id; Cfr. also Berkeley Protocol, page. 8: *“Reliability refers to the ability to perform consistently, dependably or as expected”*.
- <sup>33</sup> Prosecutor v. Germain Katanga And Mathieu Ngudjolo Chui, Case ICC-01/04-01/07, Decision on the Prosecutor’s Bar Table Motions.
- <sup>34</sup> In *Kunarac et al.*, the ICTY Trials Chamber defined the reliability by comparing it to credibility in the following way: *“Credibility depends upon whether the witness should be believed. Reliability assumes that the witness is speaking the truth, but depends upon whether the evidence, if accepted, proves the fact to which it is directed”*, Kunarac et al., TC, 3 July 2000, para 7.
- <sup>35</sup> MASON S., SENG D., id.
- <sup>36</sup> ANTWI-BOASIAGO A., VENTER H., *“A Model for Digital Evidence Admissibility Assessment”*, 13th IFIP International Conference on Digital Forensics, DigitalForensics (2017).
- <sup>37</sup> BERKELEY PROTOCOL, pag. 60 *“Hash values are a unique form of digital identification that confirm, through the use of cryptography, that the content collected is unique and has not been modified since the time of collection. At the point of collection, open-source investigators should manually add – or the collection tool should automatically add – a hash value”*.
- <sup>38</sup> ASHOURI, A., BOWERS C., WARDEN C, id.
- <sup>39</sup> Prosecutor v. Brdanin and Talic, Case No. IT-99-36-T, Order on the Standards Governing the Admission of Evidence, para. 18 (Int’l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia, Feb. 15, 2002).
- <sup>40</sup> Prosecutor v. Lubanga, Case No. ICC-01/04-01/06, Decision on Confirmation Charges, para. 96.
- <sup>41</sup> International Criminal Court, *“Unified Technical protocol (“E-court Protocol”) for the provision of evidence, witness and victims information in electronic form”*, par. 1 (2019 edition).
- <sup>42</sup> FREEMAN L, id. pag. 290.
- <sup>43</sup> KOENING A., *“Open-source evidence and human rights cases”*, in *“Digital Witness”*, pag. 36 (2020).
- <sup>44</sup> Cfr. <https://situ.nyc/research/projects/icc-digital-platform-timbuktu-mali>.
- <sup>45</sup> Cfr. Freeman L., id. pag. 318: *“The Prosecution was not required to take the additional step of seeking out the raw images from Google, question employees of Google Earth about their process, or verify on the ground the accuracy of the satellites used by Google Earth in that location and time. This is problematic because Google Earth positional accuracy is not fixed but varies from one time to another. [...] The reliability of Google Earth images and the extracted positional data should be supported with field checks of the locations and corroborated with other evidence. Additionally, it would be best practice to acquire the original images directly from the source rather than taking screenshots because it is more reliable to uncover potential tampering with the primary image file”*.
- <sup>46</sup> KOENING A., id. pag. 40.
- <sup>47</sup> Prosecutor v. Bemba et al, Case ICC-01/05-01/13, Public Redacted Version of Defence Response to Prosecution’s Third Request for the admission of Evidence from the Bar Table, par. 84.



<sup>48</sup> Id, par. 85.

<sup>49</sup> *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Case No. ICC-01/05-01/08, Decision on the Prosecution's Application for Admission of Materials into Evidence Pursuant to Article 64(9) of the Rome Statute, para. 120 (Oct. 8, 2012)

<sup>50</sup> Id, Par. 270. In disagreement with the majority's admission of the reports from the International Federation of Human Rights, Amnesty International, and the BBC, Judge Ozaki stated: "*The source of information relied on in the reports are not revealed with sufficient detail, and as a result it is not possible to fully investigate their reliability. Due to lack of guarantees concerning the reliability of these reports' sources, in my judgment the probative value of the three reports is low*".

<sup>51</sup> *Prosecutor v. Mahmoud Mustafa Busayf Al-Werfalli*, Warrant of Arrest, ICC-01/11-01/17-2.

<sup>52</sup> Cfr. Bellingcat at <https://www.bellingcat.com/news/mena/2017/10/03/how-an-execution-site-was-geolocated/>

<sup>53</sup> KOENIG A., id., pag. 40.

<sup>54</sup> DUBBERLY S., KOENING A., MURRAY D., id. pag. 9.

<sup>55</sup> Cfr. <https://matrix.berkeley.edu/research/berkeley-protocol-open-source-investigations>.

<sup>56</sup> BERKELEY PROTOCOL, pag. 59.

<sup>57</sup> Id., pag. 66.

<sup>58</sup> Id., pag. 26.

<sup>59</sup> Id., pag. 66.

<sup>60</sup> Id. pag. 72: "*If the findings of an open source investigation reach a courtroom, investigators might have to testify as witnesses in the case of legal proceedings, it is often the heads of investigations who will have to testify, and they should be able to speak about the work of their teams. That requires, of course, that they know what their teams have done and can answer questions about the roles performed and the reasoning underlying any decision-making concerning the scope of an investigation, its methods, the tools used etc. Investigators may be either expert witnesses or lay witnesses*".

