

# L'INDICE PENALE

*Rivista fondata da*  
PIETRO NUVOLONE

*Diretta da*  
ALESSIO LANZI

*Tra l'altro in questo numero:*

- ◇ **In tema di corruzione**
- ◇ **Sulle misure di prevenzione**
- ◇ **Temi di diritto penale tributario**
- ◇ **Sui controlli di costituzionalità**
- ◇ **L'agevolazione mafiosa**
- ◇ **Il contrasto all'usura**
- ◇ **L'esame incrociato**



Giuridica Editrice

Dal suo primo numero, uscito nel 2008, la rivista “*ius17@unibo.it. Studi e materiali di diritto penale*” [BUP editore] ha contenuto una rubrica intitolata “Lavori in corso”. In essa venivano pubblicate le schede introduttive di seminari periodici organizzati con alcuni docenti dell’Università di Bologna e coordinati da Gaetano Insolera. Agli incontri hanno preso parte studiosi che riferivano dei temi oggetto della loro ricerca, in altri casi si è discusso di tematiche sollecitate dall’attualità penalistica.

Qualora al seminario fosse seguita una pubblicazione, il lettore poteva trovare il relativo riferimento e, in tutti i casi, l’indirizzo di posta elettronica dei relatori. Ciò rendeva possibile un contatto per avere ulteriori informazioni ed eventualmente continuare a discutere del tema.

Con l’ingresso della direzione e della redazione della cessata rivista bolognese nella prestigiosa testata dell’*Indice penale* si è deciso di affiancare alle sue rubriche alcune di quelle che avevano caratterizzato *ius17*.

*Lavori in corso* continuerà nella nuova sede, con le sue caratteristiche: la rubrica si arricchirà delle iniziative provenienti dalla redazione di Milano.

GAETANO INSOLERA

## SULLE LINEE EMERGENTI DI POLITICA CRIMINALE

INTERVENTI: Giovanni Domeniconi, Tommaso Guerini,  
Gaetano Insolera e Nicola Mazzacuva

Bologna 17 marzo 2016

### *Gaetano Insolera*

Una breve introduzione. L'Associazione Italiana di Professori di Diritto Penale si è posta, tra i vari obiettivi, quello di interloquire sulle linee emergenti della politica criminale. Si tratta di temi che si prestano ad essere discussi in un contesto seminariale aperto a più voci, anche quelle degli studenti, che hanno l'occasione di dare un contributo alla discussione.

Il tema su cui si incentra il seminario è costituito dall'analisi critica di recenti scelte di incriminazione, nelle quali la pena come tale o la sua misura sembrano rappresentare, per il ceto politico, un valore in sé o un valore aggiunto, di carattere eminentemente simbolico.

Queste scelte si esprimono prevalentemente sia con un innalzamento delle pene, sia attraverso l'introduzione di incriminazioni caratterizzate da livelli sanzionatori particolarmente elevati, sia attraverso il ricorso a circostanze aggravanti.

Si è intervenuti sui livelli sanzionatori, in modo, si potremmo definire "compulsivo".

Per comprendere le ragioni del legislatore nei più recenti interventi di riforma, si sono individuate tre "cartine di tornasole", tre ambiti che si articolano in direzioni opposte: la mancata depenalizzazione del reato di immigrazione clandestina, l'introduzione di una disciplina ad hoc per l'omicidio stradale, che diviene fattispecie autonoma di reato, ed infine, una serie di inasprimenti sanzionatori in materia di criminalità organizzata – in quest'ultimo ambito, si sono susseguite diverse modifiche normative, caratterizzato, in particolar modo, da un periodico innalzamento delle risposte punitive.

### *Tommaso Guerini*

Come si è anticipato, l'Associazione ci chiamava a ragionare su tre temi apparentemente eccentrici tra di loro, ma che in realtà mostrano di essere legati da un chiaro filo conduttore. Derivano tutti da un particolare utilizzo della politica criminale. La stessa, oggi, viene sempre più frequentemente sfruttata come strumento per la creazione o il mantenimento di un consenso politico, anche a discapito della qualità tecnica sia delle norme in sé, che dell'intero quadro sistematico in cui la norma si inserisce.

Nel prosieguo si avrà modo di illustrare come il recente intervento del legislatore abbia apportato modifiche fortemente discutibili sia con riferimento a temi di parte speciale, che anche a tematiche di parte generale. Si pensi, ad esempio, al reato di omicidio stradale, in cui, come si vedrà, non solo è stata introdotta una nuova fattispecie penale è stato, pressoché stravolto il rapporto tra dolo e colpa rispetto al reciproco disvalore di condotta o di evento.

#### *I. Reato di immigrazione clandestina*

Il reato di immigrazione clandestina è stato introdotto dalle maggioranze di centro destra in uno dei tanti “pacchetti sicurezza”, che hanno caratterizzato la precedente epoca della legislazione penale.

In realtà, questo reato è sempre stato percepito dagli operatori del diritto come fattispecie estremamente problematica sotto due profili.

- Da un alto, perché sanziona, pur in maniera mite, condotte che riguardano persone in stato di disagio, tanto che le Corti Superiori, sia interne che esterne, in particolare la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sono intervenute più volte per ridimensionare questa ipotesi illecita.
- Dall'altro lato, perché tale norma si è sempre rivelata scarsamente efficace. A ben osservare, i soggetti cui si dovrebbe applicare la sanzione penale sono difficilmente raggiungibili in fase esecutiva della sanzione stessa, con la conseguenza per cui viene a mancare tanto l'efficacia di prevenzione generale, quanto quella di prevenzione speciale della norma. Non solo, la norma sull'immigrazione clandestina non ha minimamente ottenuto lo scopo che si prefiggeva, vale a dire quello di fungere da deterrente rispetto all'ingresso di cittadini irregolari all'interno del territorio dello Stato.

Dunque un elemento del diritto penale “simbolico”, come è stato definito, con una ricaduta pratica, però, estremamente significativa. Tanto è vero che anche la magistratura ha da sempre fortemente criticato questa norma, proprio perché va ad incidere in termini numerici estremamente significativi su un apparato, quello giudiziario, già molto ingolfato.

Si consideri, del resto, che nella legge delega al c.d. “pacchetto di depenalizzazione” – oggi attuato con d.lgs n. 7 e 8 del 2016 – tra i diversi reati che dovevano essere oggetto di depenalizzazione, era compreso lo stesso reato di immigrazione clandestina.

Questo, però, è uscito dal quadro delle depenalizzazioni per due motivi, come è stato possibile ricostruire dalle cronache delle discussioni parlamentari: – una forte opposizione da parte dell'attuale Ministro degli Interni e del partito politico di sua appartenenza; – una forte contrarietà che sarebbe stata registrata dai sondaggi da parte dell'opinione pubblica, dal momento in cui l'immigrazione viene percepita come un problema di grande allarme sociale, in virtù del forte incremento di flussi migratori che riguarda oggi l'Italia.

Tutto ciò ha avuto dunque come conseguenza immediata quella di mantenere una fattispecie, che sul piano tecnico si è dimostrata non solo inutile, ma anche dannosa per il sistema.

## II. *Criminalità organizzata*

La criminalità organizzata rappresenta da molti anni una delle grandi emergenze di questo Paese, caratterizzato dalla presenza di tre delle più grandi associazioni criminali del mondo: la Camorra nel Napoletano, Cosa Nostra in Sicilia e la 'Ndrangheta in Calabria – a cui si aggiunge la c.d. "quarta mafia", la Sacra Corona Unita, in Puglia.

Il tema si rivela tra i più significativi dell'agenda politico-criminale italiana. Invero, nel corso degli ultimi otto, dieci anni è stato oggetto di un costante incremento sotto il profilo sanzionatorio, come se l'aumento dei quadri edittali fosse il vero mezzo di repressione del fenomeno mafioso. In sostanza, si è finito per affidare alla pena la funzione di disincentivare gli interessati dall'attività criminale, quando in realtà un tale risultato si raggiungerebbe più efficacemente con misure di altro tipo, come le misure di prevenzione.

L'effetto distorsivo di questa vicenda si verifica, poi, nel momento in cui, a un aumento costante delle pene, si accompagna un'estensione in via interpretativa del tipo legale.

Tale estensione consiste nel fatto per cui, oggi, la giurisprudenza tende sempre più frequentemente a riconoscere natura di mafia ad associazioni che hanno una forza intimidatrice estremamente localizzata e operano o in territori o in ambienti di riferimento molto limitati. Con la conseguente configurazione del delitto di associazione di tipo mafioso, punito da dodici a diciotto anni, anche a realtà molto circoscritte, ben diverse, dunque, dalle vere e proprie associazioni mafiose.

A questo problema delle piccole mafie, si affianca poi il tema della estensione della normativa anche a soggetti diversi da coloro che effettivamente operano all'interno delle associazioni di tipo mafioso. In sostanza, si tende a riconoscere che la legislazione speciale della criminalità organizzata sia applicabile anche a soggetti, cui, in realtà, sono ascritti meri reati scopo, di natura del tutto diversa da quelli tradizionalmente ascrivibili al modo di operare delle associazioni mafiose, con la conseguenza di estendere a costoro pene particolarmente gravi. Il riferimento è soprattutto alla c.d. "criminalità dei colletti bianchi", che si vede esposta a un rischio sanzionatorio

estremamente significativo per condotte che, però, hanno, prese in sé, un disvalore ben diverso rispetto ai reati contemplati da questa legislazione speciale.

Ad osservare attentamente, il punto di collegamento tra le riforme introdotte nei diversi campi della criminalità organizzata, dell'immigrazione e dell'omicidio stradale, sta proprio in questo: nella tendenza a introdurre discipline derogatorie, tanto sul piano sostanziale che processuale, per reati che vengono ritenuti di particolare interesse, perché percepiti come vere e proprie emergenze da parte del corpo sociale.

### III. *Omicidio stradale*

È di pochi giorni fa l'approvazione dell'omicidio stradale. Si tratta di una norma, ad osservare attentamente, frutto di una mistificazione. Si parte dal presupposto che nel nostro ordinamento vi fosse una "zona grigia", non regolata dal legislatore, che rendeva possibile l'omicidio stradale. Si è quindi creata l'illusione che con la nuova norma sia stata colmata questa lacuna, essendosi sancito "finalmente" che l'omicidio è tale anche se commesso alla guida di un veicolo.

Quando sappiamo che sin dalla introduzione del codice del 1930, il reato di omicidio colposo prevedeva e sanzionava queste condotte (quindi persino prima che venisse inventata l'automobile). Dunque, non si è certo trattato di un ripensamento del legislatore, che ha colmato un grave vuoto normativo. Al contrario, la riforma in tema di omicidio stradale non è stato altro che il mero tentativo della politica di inseguire un tema particolarmente caro all'opinione pubblica.

La conseguenza sul piano pratico è stata quella di introdurre un quadro sanzionatorio estremamente significativo. È di fatti prevista la reclusione da otto a dodici anni per i casi più gravi, mentre nei casi in cui l'omicidio stradale colposo sia stato commesso da conducenti in stato di ebbrezza "media", il quadro edittale va da cinque a dieci anni. Sono poi previste una serie di circostanze aggravanti, che possono portare ad un aumento di pena da  $1/3$  a  $2/3$ , nel caso in cui il conducente si sia dato alla fuga dopo aver commesso il fatto. Peraltro questo aumento non può essere inferiore a cinque anni.

Si sviluppa, così, una disciplina che deroga sotto diversi aspetti al sistema di diritto penale. In particolare questo è evidente per quanto riguarda il sistema del bilanciamento delle circostanze. Già all'interno della legge viene introdotto un giudizio di equivalenza o prevalenza di circostanze, che circoscrive la discrezionalità del giudice, sottraendogli la possibilità di apprezzare elementi del fatto concreto.

Ultima questione. Come si diceva innanzi, con l'omicidio stradale si introduce una disciplina derogatoria. Ebbene tale aspetto, oltre ad essere evidente, come si è detto, in tema di circostanze attenuanti, si presenta anche sul piano procedurale.

E questo è vero per diversi aspetti.

- L'arresto è obbligatorio, salvo nei casi meno gravi;

- il pubblico ministero può chiedere una sola volta la proroga delle indagini – norma forse scarsamente significativa, a maggior ragione dunque simbolica;
- i termini di prescrizione sono raddoppiati.

Il concetto è: pene severissime, speditezza nel procedimento e nessuna scappatoia per il colpevole.

Già prima di questa riforma, in realtà, erano state introdotte tutta una serie di aggravanti, che portavano la pena già a livelli molto significativi, che prevedevano l'esecuzione della pena detentiva – c'era dunque il necessario "passaggio in carcere" per chi cagionava omicidio o lesioni, attraverso guida in stato di ebbrezza o sotto l'effetto di sostanze stupefacenti.

L'effetto che si produce è quello per cui si arriva alla pena di vent'anni per un reato colposo. Si colloca dunque un fatto colposo in un livello edittale già estremamente significativo rispetto a delitti dolosi. Viene quasi da dire che sia più grave la colpa del dolo. Tutto ciò, però, è inammissibile in un sistema che voglia avere una sua razionalità, giacché, per quanto "stradale" il delitto è comunque contro l'intenzione.

Come evidenziato dalla Sezioni Unite nel recente caso ThyssenKrupp, il dolo e la colpa sono due criteri di imputazione soggettiva estremamente diversi l'uno dall'altra, che incidono su fatti ontologicamente diversi.

Il criterio soggettivo deve considerarsi, a mio avviso, il cuore del diritto penale, non può diventare qualcosa di puramente formale e la pena non può non tenere conto della differenza che c'è in capo ai due elementi soggettivi.

### *Gaetano Insolera*

Alcune premesse, necessarie per la eterogeneità delle tre tematiche oggetto di riforma (o di mancata riforma). Si parta considerando il ruolo del legislatore.

Il legislatore si è confrontato con differenti questioni e non solo nella direzione della riforma (mancata depenalizzazione in un caso, iperpenalizzazione negli altri).

Scelte di incriminazione e comminatorie edittali. Vale a dire quali i criteri di riferimento del potere legislativo, sulla base dei quali si sceglie se e quanto punire. Ci si deve interrogare, insomma, su quali siano i valori a confronto che hanno determinato le scelte fatte (perché decidere di introdurre il reato autonomo di omicidio stradale, perché operare costantemente sul livello delle pene per il reato di associazione per delinquere di tipo mafioso).

Altro profilo riguarda il rispetto del principio di eguaglianza/ragionevolezza, giacché il gesto legislativo si rivela prodotto da una serie di fattori che, come si vedrà, non sono razionalizzabili una volta per tutte.

Ulteriore questione: lo scarto che si viene a determinare di frequente tra definizione-comminatoria astratta ed esecuzione della pena. La misura della previsione astratta e quello dell'applicazione in concreto della sanzione, nella maggior parte

dei casi, non coincidono, a causa degli ampi spazi di discrezionalità lasciati al giudice.

Da tener presente ancora il tema della prescrizione: il gran clamore che si ode attorno alla indifferibilità di una riforma della disciplina attuale, influisce sull'innalzamento dei limiti edittali, privando la scelta di qualsiasi logica sostanziale.

Questi sono alcuni degli aspetti su cui interrogarsi a proposito dei recenti interventi (o mancati interventi) legislativi. L'indagine non può immaginarsi un potere legislativo che opti per scelte governate solo da paradigmi razionali: esse infatti devono anche essere spendibili nella sfera pubblica.

Occorre la consapevolezza che una cosa è la politica, altra cosa è il ruolo dei giuristi. Mentre in questo secondo caso si cerca di individuare quali siano le scelte di criminalizzazione più razionali per il sistema penale, vincolati ai riferimenti normativi costituzionali, nell'ambito della politica si opera, invece, cercando costantemente di soddisfare le esigenze della società, nel tentativo di ottenere il massimo consenso politico.

Per raggiungere questo scopo la democrazia deve creare un diritto che corrisponda il più possibile alle esigenze della società e, trattandosi di diritto penale, alle sue paure.

Ma mi sembra che sia tramontata l'idea che le società debbano essere governate dalla politica, anche perché è la politica stessa ad aver ormai abbandonato l'idea che il suo compito sia quello di governare la società. Questa concezione è stata progressivamente sostituita dalla convinzione che le istanze sociali debbano essere sempre e comunque assecondate: il governo avrebbe allora la funzione di dare soddisfazione alle spinte sociali più evidenti, più chiassose, quelle che emergono dai sondaggi di opinione, dai *social network*, dai raduni di piazza.

L'illusione populista nasce proprio dall'idea che la politica non abbia alcuna funzione di controllo e mediazione dei conflitti sociali, ma debba limitarsi a rispondere alle domande via via espresse della comunità, vere o presunte che siano.

Si deve comunque fare una precisazione. Quando si parla di politica, si deve in realtà operare una distinzione tra la c.d. "politica nobile" e la c.d. "*politique politicienne*". La materia della politica consiste nel conflitto di interessi perenne tra le classi, i ceti, e l'attività politica è la regolazione di questi conflitti.

La *politique politicienne* consiste nel modo attraverso il quale si articola la parte nobile della politica, quando si cala nel reale, in democrazia alimentandosi di consensi. La politica nobile si confronta sempre con la *politique politicienne*.

Ebbene, oggi il problema fondamentale è riferibile alla *politique politicienne*, al c.d. "tabù della tenuta del governo". In sostanza, la politica si rivela sempre più gestita da un solo leader (il Presidente del Consiglio, in Italia), che non ha più intermediari che si confrontino con la società. Il confronto con la comunità diventa allora diretto e la "tenuta del governo" diviene "tenuta del leader".

Annulata ormai la capacità connotativa dei partiti e delle loro ideologie, sfuma la loro capacità mediatrice, la rappresentatività. Annulato è in sostanza il ruolo del Parlamento.



E, in tale contesto, il leader, trovandosi privo della struttura intermedia del partito, deve autoalimentarsi, nel senso che deve ottenere il pubblico consenso: deve fare leggi in grado di attrarre questo consenso. La legislazione diventa un formidabile strumento per la sua raccolta.

Quanto detto emerge con evidenza dalle recenti riforme normative, dalle nostre c.d. "tre cartine tornasole". Si consideri il problema dell'immigrazione clandestina. In merito a tale reato, ampia parte di dottrina e giurisprudenza ha adottato una posizione ipercritica, determinata soprattutto dalla rilevata mancanza di un bene giuridico<sup>1</sup>.

Con quel reato, in realtà, si è venuta a creare una sorta di incriminazione di pericolo astratto, posto che, si incrimina la condotta del singolo, benché il singolo soggetto che immigra clandestinamente non è proprio in grado di porre in effettivo pericolo un interesse collettivo, funzionale, dei singoli Stati.

È però vero che, sul piano dell'opinione pubblica, negare oggi che il trasferimento di enormi numeri di soggetti da Paesi di cultura e costumi totalmente diversi da quelli europei sia un problema particolarmente sentito, non è possibile. Si tratta dunque di un reato che il legislatore non può permettersi di depenalizzare, se non perdendo il consenso sociale.

Si origina così una legislazione caratterizzata da irrazionalità tecnica, da un lato, e inaccettabilità etica, dall'altro. Si finisce con l'introdurre nell'ordinamento una norma ineffettiva e fortemente stigmatizzante per i soggetti che, costretti a fuggire da realtà belliche o di estrema povertà, si vedono comminare una sanzione penale.

Questo tentativo di rispondere alle esigenze della comunità in altri casi ha prodotto una sorta di frammentazione dell'illecito, com'è avvenuto per il reato di omicidio stradale. Per rispondere alle preoccupazioni e alle relative istanze della società si creano tante pene speciali per tante diverse forme di colpa.

Penso che sarà interessante vedere quale applicazione verrà data nel concreto alla riforma dell'omicidio stradale. Vi saranno due opposte risposte emotive: da un lato, quella delle vittime, dei familiari delle vittime, dall'altra, quella degli automobilisti (non si dimentichi che l'Italia è un Paese di automobilisti!).

Si è creato, nella società un conflitto complesso da risolvere. Da una parte si è inserita una punizione sproporzionata e feroce, dall'altra, stanno interessi contrapposti, sottoposti al rischio di quelle comminatorie. Sarà sicuramente una legge percorsa da problematiche interpretative e questioni costituzionali.

Altro effetto paradossale si ingenera per il reato di associazione di tipo mafioso. A questo trend dell'aumento di pena corrisponde paradossalmente l'assoluta liquidità del reato. Manca un organico *corpus delicti*.

---

<sup>1</sup> In vero, tale questione è stata affrontata dalla Corte Costituzionale, con sentenza n. 250/2010, che ha sancito la legittimità della previsione normativa che criminalizza l'immigrazione irregolare, anche con rilievi di tipo comparatistico, osservando come in varie realtà europee l'ingresso clandestino venga sanzionato anche penalmente.

Qui la costruzione del consenso è mediatica, in gran parte artificiale, è tutta costruita per creare un nemico interno che abbia una funzione di raccolta del consenso, di identificazione con i governanti. È un prodotto normativo e mediatico – è costruita e per costruirla bene deve esserci questo continuo intervento di aumento delle pene. Fiandaca e Lupo, in un noto *pamphlet* “*La mafia non ha vinto*”, afferma anche questo concetto. L’insistenza sul fatto che la mafia in Sicilia sia un incombenente pericolo, in realtà non si confronta con i risultati concreti, ottenuti con una rigorosa strategia antimafia.

Del resto, questo è l’ulteriore prodotto del sistema della “democrazia del leader”, per cui, per mantenere il consenso e dunque la legittimazione al potere, è necessario creare una “costante chiamata alle armi” del diritto punitivo.

### *Nicola Mazzacava*

In senso contrario alla tendenza repressiva, che caratterizza il diritto penale odierno, bisogna osservare che, tra la fine degli anni ‘60 e l’inizio degli anni ‘70, si registrava invece un atteggiamento garantista, volto ad incidere sul carattere autoritario del diritto penale. Nel 1974, per esempio, veniva approvata una normativa, che consentiva, per la prima volta, di superare la concezione delle circostanze attenuanti generiche come subvalenti rispetto alle aggravanti, introducendo così la possibilità, per il giudice, di procedere al bilanciamento tra le stesse. Non solo, nello stesso anno venivano adottati una serie di altri provvedimenti, ispirati alla stessa logica garantista, con importanti riflessi sul sistema sanzionatorio, come la riforma del reato continuato.

Senonché, questa istanza garantista è progressivamente venuta meno, a fronte di una serie di accadimenti, che si sono avvicinati verso la fine degli anni ‘70: si pensi alle diverse azioni terroristiche, al rapimento e all’uccisione di Aldo Moro nel 1978, e ai numerosi attentati di stampo mafioso.

Da qui un percorso del diritto penale sempre più segnato dalla propensione a dare risposte sanzionatorie, a operare attraverso interventi di tipo punitivo.

Anche se con qualche oscillazione. A onor del vero, un’istanza garantista è sopravvissuta fino agli anni novanta, e più precisamente alla vicenda giudiziaria di “tangentopoli”. Fino a questo momento, di fatti, erano stati adottati diversi provvedimenti di clemenza, di amnistia, con successione ogni tre/quattro anni. C’era, in sostanza, una sorta di intervento di mitigazione sul diritto penale, che si accompagnava ad altri interventi di natura repressiva.

L’ultima amnistia si è adottata nel 1990, alla quale ha poi fatto seguito un provvedimento di indulto, nel 2006. E da qui più nulla. A onor del vero, a quest’ultimo indulto doveva seguire un’altra amnistia, secondo il progetto originario – del resto amnistia e indulto sono sempre stati provvedimenti coordinati. Tuttavia, la stessa non è mai stata approvata, perché osteggiata da un allarme sociale, indotto più che reale.

Come si diceva in precedenza, in occasione del nuovo codice di procedura penale è stata adottato l'ultimo provvedimento di amnistia. È interessante notare come, nelle prime discussioni, si prevedeva che la stessa si estendesse ai reati per i quali è prevista la pena della reclusione, fino al massimo di cinque anni. Ebbene, si deve evidenziare che una tale estensione non era mai stata programmata per l'amnistia, che in genere veniva applicava per reati puniti con pena fino a tre ovvero, al massimo, a quattro anni. In questo provvedimento sarebbe rientrato l'omicidio colposo, per il quale, allora, era previsto un massimo edittale di cinque anni.

L'amnistia, nel progetto originario, veniva poi subordinata all'effettivo risarcimento dei danni cagionati dal reato. In questo modo, dunque, si tentava di soddisfare anche gli interessi dei danneggiati dal reato, agevolando una procedura, quella risarcitoria, in genere lunga e complessa. Dunque un intervento che avrebbe cercato di soddisfare tutte le diverse posizioni.

Vi si oppose, però, la componente cattolica. Sosteneva che, pur essendoci il risarcimento, ci si trova comunque dinnanzi alla perdita di una vita umana: è sempre un omicidio colposo; sul piano morale ed etico non sarebbe dunque corretto prevedere l'estinzione del reato. E così l'amnistia si fermò al reato punito al massimo con 4 anni di reclusione e non poté toccare l'omicidio colposo.

Tornando alla riflessione odierna, con riferimento all'omicidio colposo, si deve osservare che l'aumento di pena disposto per l'omicidio stradale si inserisce chiaramente in una logica repressiva, involuta rispetto alle istanze garantiste del passato.

È auspicabile che una tale situazione possa essere superata in sede di applicazione della norma. Si auspica vi sia una reazione da parte di chi stimola il rispetto della Carta Costituzionale, per esempio garantendo il principio di eguaglianza, art. 3 Cost., che risulterebbe leso dall'applicazione della nuova normativa dell'omicidio stradale. La nuova fattispecie di reato, di fatti, cagiona una ingiustificata disparità di trattamento sanzionatorio tra le normali ipotesi di lesioni e omicidio colposi e gli stessi reati commessi alla guida di un autoveicolo.

Si sviluppi un'ulteriore riflessione. A ragionare correttamente, ci si avvede del fatto che la logica del consenso sociale, spinta al limite, può portare ad effetti paradossali. A titolo esemplificativo, si consideri che, se sono così elevate le pene inserite per l'omicidio colposo, allora non si può escludere che per casi più gravi, pensiamo al pluriomicidio volontario, si arrivi a prevedere, a furor di popolo, a livello di populismo penale, la possibilità di ripristinare la pena di morte.

Un altro elemento su cui riflettere. A dimostrazione del fatto che l'omicidio colposo, dunque lo stesso omicidio stradale, si configura come una fattispecie di reato fortemente discutibile, si consideri quanto segue.

Nel corso di un Congresso internazionale di docenti e accademici di diritto penale, tenutosi nel 1974, si discuteva, tra l'altro, dell'illecito colposo, della colpa nel diritto penale. Ebbene, la discussione si concludeva con l'approvazione di una delibera, che consisteva in una proposta con cui si invitavano i legislatori nazionali ad abolire il delitto colposo. Questo perché, si affermava, a ben osservare, nell'attribuzione di un fatto per colpa c'è in realtà un momento affidato assolutamente al

caso: non c'è l'elemento volontario. C'è solo la violazione di una regola cautelare e un evento che si verifica in modo del tutto fortuito.

Tutto dipende – come dice la dottrina tedesca – dal caso (*Zfallsmoment*): le conseguenze del fatto sono legate all'eventualità. Per questa casualità, si diceva, non c'è conciliazione col diritto penale.

Infine, un ulteriore elemento da considerare riguarda il concorso di colpa. Ci si riferisce, come noto, al contributo di ciascuno dei concorrenti (*rectius* cooperanti) nella commissione dell'illecito incide sul dato sanzionatorio e su quello riparatorio. Ebbene, questa situazione si presenta anche con riferimento all'omicidio colposo, e al nuovo reato di omicidio colposo stradale, tant'è che il legislatore ha introdotto una norma che esplicitamente riduce la responsabilità dell'autista inosservante del codice della strada, ma che ha provocato l'omicidio colposo per un concorso di colpa della vittima.

Per concludere, un auspicio. Nella stagione garantista del diritto penale, anni '70, si individuavano da parte dei giuristi, da parte degli avvocati, questioni di incostituzionalità per rendere più moderno, più garantista il diritto penale. E i magistrati seguivano le soluzioni prospettate dai giuristi, o addirittura segnalavano dette questioni d'ufficio, secondo il percorso incidentale.

E la nuova normativa in tema di omicidio stradale sembra prestarsi, sotto diversi profili, alla formulazione di questioni di legittimità costituzionale.

### *Gaetano Insolera*

Il periodo garantista, frutto del pensiero liberale, purtroppo non penso sia riproducibile, nella dimensione storica. La situazione attuale è invero destinata a determinare una profonda modifica del sistema democratico, così come lo abbiamo conosciuto. Una volta che cessa la intermediazione della politica, attraverso gruppi organizzati, attraverso partiti portatori di un discorso costituzionale comune, o comunque, basato sul reciproco riconoscimento, ci si trova inevitabilmente di fronte a due possibilità: o, come tutti ci auguriamo, la reinterpretazione della democrazia, senza rinunciare alle componenti del pensiero liberale e garantista, o la morte della stessa. Il timore è che la direzione in cui ci si sta dirigendo sia proprio quest'ultima.

### *Giovanni Domeniconi*

Si parta da una breve considerazione relativa ai lavori parlamentari, che hanno portato all'approvazione dell'odierno testo normativo sui reati di omicidio e lesioni stradali.

Durante il dibattito parlamentare, registrato e trasmesso pubblicamente da Radio Radicale, sono stati proposti molti dei temi e delle critiche sollevati quest'oggi, in particolare, taluno definiva indegno il fatto di porre la fiducia su un tema così tecnico.

È interessante notare come il Ministro Boschi ha risposto a questa osservazione. Il Ministro, di fatti, nel momento in cui andava a porre la fiducia, si rivolgeva con acrimonia a coloro che avevano sollevato la questione e, indicando i rappresentanti delle associazioni delle vittime, seduti sopra il palco del Senato, affermava che il Governo non si sarebbe mai vergognato di tale legge e che, anzi, attraverso la stessa, si andavano a tutelare le vittime della strada, si dava voce a tutti coloro hanno subito un sopruso.

Si tratta, in effetti, di un esempio emblematico di questo rapporto di dipendenza che si è venuto a creare tra il Governo e la società; questa costante necessità di ottenere il consenso pubblico, strumentalizzando gli interessi dei cittadini.

Si consideri, in aggiunta, quanto è avvenuto per l'approvazione della legge n. 69 del 2015, entrata in vigore il 15 giugno del 2015. Si tratta di una legge particolare, perché, oltre ad aver innalzato le pene per i reati di associazione a delinquere di stampo mafioso, è intervenuta sul falso in bilancio e, in maniera collaterale, anche sui reati contro la Pubblica Amministrazione.

In questo caso, il "*casus belli*", chiamiamolo così, l'occasione che ha portato in Parlamento questa proposta di riforma – specie per quanto riguarda l'innalzamento delle pene per i reati di cui al 416 *bis* – è stato determinato dal fenomeno di Mafia Capitale. Nel corso dei lavori parlamentari si diceva che le pene previste per i reati non erano appropriate.

Anche in questo caso si sono verificati episodi analoghi a quelli che abbiamo appena osservato per la riforma in tema di omicidio stradale. Anche qui, di fatti, gli esponenti delle associazioni rappresentative dei danneggiati presenziavano alle sedute parlamentari; anche in questo caso, si sono registrati diversi interventi dei rappresentanti della maggioranza, che guardavano al palco degli uditori e si rivolgevano esplicitamente alle vittime, quasi che il centro del processo penale non sia più il reo, ma diventi la persona offesa.

A fronte di quanto detto finora, si avanza una riflessione. Per così dire, la *par construens* del discorso. È mia opinione che un modo per frenare questa deriva verso la vittimologia possa essere quello di mutuare dal sistema penalistico anglosassone. In sostanza, una possibile soluzione potrebbe essere quella di evitare la costituzione della parte civile nel processo penale. Ritengo che questa deriva verso la tutela della vittima derivi anche dal fatto che il processo penale si propone tra i suoi scopi, anche quello di tutelare la persona offesa, costituita parte civile, che richiede il risarcimento del danno. Si dovrebbe dunque separare, andare a biforcare i due procedimenti, dando la possibilità alla persona offesa dal reato di instaurare un separato procedimento, allo scopo precipuo di ottenere il ristoro del danno subito.

*Gaetano Insolera*

Nonostante questa soluzione sia in effetti auspicata da parte dei giuristi, non è però applicabile nel concreto. Proprio a causa del legame che si è venuto oggi a

creare tra politica e società, proprio a fronte di questa “democrazia del leader” non sarebbe possibile seguire questa via della separazione dei processi ed escludere dal processo penale la persona offesa. A ben osservare, si tratta di una soluzione che solleverebbe lo scontento popolare, cagionando una totale perdita di consenso politico.

### *Tommaso Guerini*

Non solo. Il tema proposto è in realtà utopistico per un'ulteriore ragione. Stante le condizioni del diritto civile, il diritto penale diventa uno degli strumenti più diretti e più immediati per ottenere il ristoro del danno subito. Non è dunque possibile rinunciare a questo mezzo.

### *Mattia Guido Pignatti Morava (Studente)*

Una riflessione in termini pragmatici. Considerando le innovazioni poste in essere con l'ultima riforma, si ha l'impressione che si tratti di una risposta economica a problemi di tipo reale. Mi spiego. È molto più economico operare meri aumenti di pena, che non ricercare soluzioni concrete alle varie problematiche, nel senso di investire sulla formazione etico-culturale della società. Costa certamente meno innalzare le pene che non intervenire alla radice del problema, penso, ad esempio, a sovvenzionare, da parte dello Stato corsi di guida ed educazione stradale di particolare serietà, per scongiurare l'omicidio stradale; o ancora, penso ad interventi di rieducazione e civilizzazione, per recuperare i giovani delle zone maggiormente esposte al rischio della criminalità organizzata. Le nuove riforme si rivelano in realtà una induzione di tipo economico. Anche perché, del resto, una risposta di tipo sanzionatorio forte è più rapida, più forte a livello di impatto mediatico.

### *Luca Troncone (Studente)*

Si propone una riflessione in tema di compatibilità costituzionale dell'omicidio stradale. Mi chiedo come la nuova norma possa dirsi compatibile con l'art. 13 Cost. e l'art. 27 Cost. Se è vero, poi, che, nella storia della norma sull'omicidio colposo vi sono stati degli innalzamenti di pena, che però non hanno dissuaso dal commettere questo tipo di reato, come si può allora pensare che un ulteriore aumento della cornice edittale, questa volta, possa raggiungere lo scopo?

### *Gaetano Insolera*

Si può cogliere una prospettiva di incostituzionalità. Rispetto ad altre situazioni, di pari o superiore disvalore dell'illecito colposo, per l'omicidio stradale si

ricorre a un livello sanzionatorio più elevato, sproporzionato e irragionevole. Dunque, una eventuale questione di illegittimità costituzionale concerne la possibile violazione dell'art. 3 Cost. Sennonché, si deve comunque dare conto del fatto che proprio sul tema delle sanzioni edittali la Corte Costituzionale ha sempre adottato un atteggiamento di *self restraint*, ritenendole questioni che rientrano nell'ambito della discrezionalità legislativa.

### *Tommaso Guerini*

Potrebbe esserci anche una violazione del principio di colpevolezza. Rientra pur sempre nell'art. 3 Cost., coinvolgendo, però, sotto un profilo particolare. Viene alla luce un profilo di irragionevole equiparazione tra dolo e colpa e, in particolare, tra omicidio colposo commesso attraverso la violazione del codice stradale e omicidio volontario.

### *Maddalena Guglielmino (Studente)*

Si è parlato, in relazione all'omicidio stradale, di presunzione di colpevolezza. Ecco, su questo tema, sembra sorgere una questione. Per considerare integrato il reato, il nuovo articolo 589 *bis*, mentre al primo comma richiede esplicitamente la violazione di norme stradali, nel secondo fa esclusivo riferimento al mero stato di ebbrezza. Da una prima lettura della norma sembrerebbe sufficiente lo stato d'ebbrezza perché possa applicarsi la sanzione.

Mi chiedevo se fosse proprio così: se è vero che il semplice stato di ebbrezza è sufficiente ad integrare reato.

### *Tommaso Guerini*

In realtà la norma fa riferimento a chi cagioni l'evento di morte "per colpa". Con questa espressione si indica la violazione di una regola cautelare, ulteriore rispetto a quella che vieta di mettersi alla guida in stato di ebbrezza. Ad ogni modo, sembra quasi una *fictio* di colpa.

SCHEDA DI GIORGIO ABBADESSA E TOMMASO GUERINI

Giovanni Domeniconi: [giovanni.domeniconi@unibo.it](mailto:giovanni.domeniconi@unibo.it)

Tommaso Guerini: [tomaso.guerini@unibo.it](mailto:tomaso.guerini@unibo.it)

Gaetano Insolera: [gaetano.insolera@unibo.it](mailto:gaetano.insolera@unibo.it)

Nicola Mazzacuva: [nicola.mazzacuva@unibo.it](mailto:nicola.mazzacuva@unibo.it)



## DIRITTO PENALE E APPALTI PUBBLICI: UNA *LIAISON DANGEREUSE*

RELATORI: Franco Mastragostino, Marco Dugato,  
Tommaso Guerini e Filippo Sgubbi  
Bologna 29 maggio 2016

L'entrata in vigore del nuovo "Codice degli Appalti Pubblici", d.lgs. 50/2016, ripropone antiche questioni e offre nuovi orizzonti allo studio del rapporto tra diritto penale e Pubblica Amministrazione.

In primo luogo, occorre comprendere la disciplina di dettaglio, costituita da un articolato complesso e non sempre di agevole comprensione, anche in virtù delle numerose intersezioni tra disciplina comunitaria, normativa interna e *soft laws*, quali i regolamenti e le linee guida dell'Autorità Anticorruzione e dell'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato, chiamate dal legislatore a giocare un ruolo di primo piano nelle vicende che ci impegnano.

Attorno a queste tematiche, si sviluppano questioni dogmatiche di non poco momento, tanto per gli studiosi del diritto amministrativo, quanto per i cultori della materia penale.

Da un lato emerge un tema "classico", legato alla centralità del rapporto tra sanzioni penali e disciplina amministrativa, che a partire dal Codice Rocco attraversa l'intera vicenda repubblicana, come testimoniano i numerosi interventi legislativi che si sono susseguiti nel corso dei decenni, fino a giungere ai giorni nostri.

Dall'altro lato, vi sono elementi di assoluta novità: assistiamo ad una implementazione costante di quello che si presenta ormai come un nuovo settore dell'ordinamento giuridico, caratterizzato dalla presenza di una disciplina punitiva "mista" penale-amministrativa, rivolta indifferentemente a soggetti individuali e collettivi.

In quest'ambito, il decreto 231 accanto al d.lgs. 231/2001, che costituisce un *corpus* normativo ormai entrato nel lessico comune tanto degli studiosi di diritto amministrativo, quanto dei penalisti, sembra ripercorrere le orme del Codice Penale, rappresentando il perno di un sistema che si sviluppa in gran parte all'esterno di esso.



Ad una attenta analisi, infatti, la normativa che per prima ha portato al superamento del *Societas delinquere non potest* appare oggi in larga parte superata da altri provvedimenti, sui quali è utile soffermarsi per comprendere gli elementi fondamentali della questione che in questa sede si intende trattare.

Si prenda in considerazione il “Codice Antimafia”, d.lgs. 159/2001, nella parte in cui si regola la disciplina delle cd. “interdittive antimafia”.

Ci troviamo di fronte a misure di prevenzione, di natura formalmente amministrativa, pensate per imprese ontologicamente criminali, che rappresentano lo schermo che permette a soggetti legati alla criminalità organizzata di partecipare alla vita economica lecita, ottenendo appalti – o subappalti – dalla Pubblica Amministrazione.

L’origine di questa disciplina, nata per colpire aziende fittizie, che costituiscono una mera propaggine delle associazioni di tipo mafioso, ne giustifica il rigore repressivo: è sufficiente infatti che vi sia un mero sospetto di infiltrazione, per escludere l’azienda da ogni bando pubblico e revocare i contratti in essere, relegandola così al di fuori del consesso economico lecito.

Come recentemente osservato in un incontro modenese da Raffaele Cantone, Presidente dell’Autorità Nazionale Anti Corruzione (ANAC), si tratta di una normativa estremamente rigida, che mal si concilia con il fenomeno dell’infiltrazione mafiosa in contesti economici di tipo lecito, come quelli che caratterizzano le regioni produttive del nord Italia.

Al salire della “linea della palma” – espressione con la quale si indica l’espansione verso nord dell’area di influenza delle organizzazioni mafiose – ovvero, per riprendere un’efficace metafora di Leonardo Sciascia, della “linea del caffè ristretto, del caffè concentrato”, la repressione della criminalità organizzata si arricchisce di nuove problematiche e gli strumenti “rigidi”, sottoposti a tensioni impensabili al momento della loro introduzione nell’ordinamento, mostrano crepe evidenti.

Così, imprese con decenni di storia e migliaia di dipendenti si trovano improvvisamente a fare i conti con il rischio concreto di dissolversi in pochi mesi, per il solo fatto che ad un apicale venga recapitato un avviso di garanzia, senza che vi sia per esse un effettivo diritto di difesa.

Gli effetti di una interdittiva antimafia sono immediati e irreversibili, soprattutto per quei soggetti economici che si trovano ad operare prevalentemente, in via diretta o indiretta, con la Pubblica Amministrazione: tutti i contratti pubblici in essere debbono essere immediatamente risolti dalle Stazioni appaltanti e l’impresa non può più partecipare ad alcuna gara ad evidenza pubblica.

Nonostante si tratti di un provvedimento ad altissimo contenuto afflittivo, come tale astrattamente rientrando nella nozione di *matière pénale*, per come definita dalla Corte EDU, il vaglio sull’emissione di una misura interdittiva antimafia è sottratto al sindacato del Giudice penale: il provvedimento interdittivo viene emesso dal Prefetto, che decide all’esito una sommaria istruttoria, ed è ricorribile al Tar e, in ultima istanza, al Consiglio di Stato.

Alcune di questi elementi li ritroviamo anche nella disciplina prevista dall'art. 32 del d.l. 90/2014, cd. "Legge Cantone".

Il decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, recante "Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari", è stato emanato dal Governo "ritenuta la straordinaria necessità ed urgenza di introdurre disposizioni volte a garantire *un miglior livello di certezza giuridica, correttezza e trasparenza delle procedure nei lavori pubblici, anche con riferimento al completamento dei lavori e delle opere necessarie a garantire lo svolgimento dell'evento Expo 2015*", e contiene una ricca serie di disposizioni in materia di appalti pubblici, oltre ad intervenire sui processi di informatizzazione del processo civile, amministrativo e tributario.

Si tratta di una disciplina finalizzata a rafforzare i poteri del Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione in materia di gestione degli appalti pubblici, nonché ad evitare che l'avvio di una indagine su fatti di corruzione relativi alla gestione di appalti possa bloccare la realizzazione di opere di interesse pubblico.

Nell'ambito dell'articolato, come si legge nella Relazione al Disegno di Legge n. 2486/2014, di conversione in legge del decreto 90/2014, l'art.32 "*introduce misure volte a far sì che in presenza di indagini per delitti di particolare gravità ai danni delle pubbliche amministrazioni, ovvero in presenza di situazioni anomale, sintomatiche di condotte illecite o di eventi criminali attribuibili ad imprese aggiudicatrici di un appalto per la realizzazione di opere pubbliche, servizi o forniture il presidente dell'ANAC sia dotato di incisivi poteri propositivi nei confronti del Prefetto*".

In particolare, essa conferisce al presidente dell'Authority, in presenza di alcuni indici sintomatici di reati di corruzione – nozione che deve essere intesa *lato sensu* – che siano stati commessi nell'ambito di un'impresa aggiudicataria di un appalto per la realizzazione di opere pubbliche, il potere di chiedere al Prefetto competente di ordinare la rinnovazione degli organi sociali, mediante la sostituzione del soggetto o dei soggetti coinvolti.

Qualora l'impresa non si adegui entro il termine di trenta giorni, ovvero nei casi più gravi, il Prefetto provvede direttamente alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice, limitatamente alla completa esecuzione del contratto d'appalto oggetto del procedimento penale, nominando uno o più amministratori, in un numero comunque non superiore a tre.

Nei casi ritenuti meno gravi, ossia quelli in cui le indagini riguardino soggetti diversi dagli organi sociali, può essere disposta la misura di sostegno e monitoraggio dell'impresa, con la conseguente nomina di uno o più esperti, in numero comunque non superiore a tre.

La norma, che ha avuto già significative applicazioni (Maltauro S.p.A, Consorzio Venezia Nuova, CPL Concordia) presenta notevoli problemi di raccordo sia sotto il profilo procedurale – in particolare nel rapporto tra Autorità amministrativa e magistratura penale – sia sotto il profilo sostanziale.

Invero, l'intera disciplina sinora esposta presenta evidenti deficit sotto il profilo sistematico.

Da un lato è scarsissimo il raccordo con il d.lgs. 231/01, che all'art. 15 prevede la possibilità per il Giudice di nominare un commissario giudiziale in luogo dell'applicazione di una sanzione interdittiva, ai fini di garantire la prosecuzione dell'attività dell'ente.

Dall'altro, la disciplina ANAC presenta un deficit di coordinamento con quanto previsto dal d.lgs. 159/2011 in materia di documentazione antimafia, tanto che di recente si è verificato il caso di una grande società Cooperativa, coinvolta causa delle condotte criminose contestate ad alcuni dirigenti, in vicende giudiziarie per fatti di criminalità organizzata e reati contro la Pubblica Amministrazione, la quale, dopo essere stata destinataria di una interdittiva antimafia, è stata successivamente commissariata ai sensi dell'art. 32 del d.l. 90/2014.

Il secondo provvedimento, emesso come il primo dallo stesso Prefetto, ha avuto l'effetto di "congelare" il portato della comunicazione antimafia negativa, permettendo alla Società di proseguire l'esecuzione dei numerosissimi appalti pubblici ed evitandone la messa in liquidazione.

Al di là degli evidenti effetti positivi raggiunti, quali l'interesse pubblico alla corretta esecuzione dei contratti di appalto, nonché la salvaguardia del diritto all'impiego dei dipendenti della società, la vicenda in esame ha palesato l'esistenza di un conflitto, tutt'altro che latente e teorico, tra interessi che trovano ampia copertura nella Carta Costituzionale, i cui criteri di risoluzione non sono oggi rinvenibili nel dato normativo.

Infine, non possiamo fare a meno di osservare che il rigore della disciplina sostanziale al quale si accompagna una disciplina processuale priva delle garanzie tradizionalmente offerte dalla giurisdizione penale, dimostra come nel legislatore contemporaneo si sia completamente perso l'intento che muoveva i compilatori del decreto 231, i quali, anche per sottrarsi a possibili censure di costituzionalità, miravano a garantire un giusto equilibrio tra esigenze repressive e sistema di garanzie – *in primis* procedimentali – riconosciuto agli enti collettivi.

\* \* \*

Un ulteriore tassello di questo ricco mosaico è rappresentato dal nuovo "Codice degli Appalti".

Con il d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, emanato in attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, il legislatore ha introdotto una profonda riforma dei contratti pubblici.

Mano a mano che si procede con la lettura del complesso articolato, emergono numerosi punti di intersezione con la materia penale, che viene ad essere oggetto di frequenti richiami.

In primo luogo, giova esaminare quelli che sono i rapporti tra disciplina degli appalti pubblici e diritto penale in senso stretto; successivamente ci diffonderemo sulle vicende della responsabilità amministrativa da reato degli enti collettivi.

Il legislatore ha considerato la possibilità che nell'ambito di una impresa che ha rapporti con la Pubblica Amministrazione vengano commessi reati in diverse parti del Codice e, in particolare, lo ha fatto sia con riferimento alla fase genetica dell'appalto, sia con riferimento alla sua esecuzione.

Si occupa del primo aspetto la Sezione II del Codice, rubricata "Selezione delle offerte", nell'ambito della quale assume particolare rilievo l'art. 80 del decreto 50/2016, che disciplina i casi di esclusione degli operatori dalla partecipazione a una procedura di appalto o concessione.

La norma, costruita quasi interamente con rinvii alla disciplina penale, stabilisce al comma 1 che costituisce motivo di esclusione: *"la condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6, per uno dei seguenti reati: a) delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 416, 416-bis del codice penale ovvero 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 per i delitti, consumati o tentati, previsti dall'articolo 74 del decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, dall'articolo 291-quater del decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43 e dall'articolo 260 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, in quanto riconducibili alla partecipazione a un'organizzazione criminale, quale definita all'articolo 2 della decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio; b) delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322, 322-bis, 346-bis, 353, 353-bis, 354, 355 e 356 del codice penale nonché all'articolo 2635 del codice civile; c) frode ai sensi dell'articolo 1 della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee; d) delitti, consumati o tentati, commessi con finalità di terrorismo, anche internazionale, e di eversione dell'ordine costituzionale reati terroristici o reati connessi alle attività terroristiche; e) delitti di cui agli articoli 648-bis, 648-ter e 648-ter.1 del codice penale, riciclaggio di proventi di attività criminose o finanziamento del terrorismo, quali definiti all'articolo 1 del decreto legislativo 22 giugno 2007, n. 109 e successive modificazioni; f) sfruttamento del lavoro minorile e altre forme di tratta di esseri umani definite con il decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 24; g) ogni altro delitto da cui derivi, quale pena accessoria, l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione"*.

Dunque, qualora un "operatore economico", per come definito dall'art. 3, c. 1, lett. p), abbia riportato una condanna per delitti di criminalità organizzata, reati contro la pubblica amministrazione, corruzione tra privati, ovvero per delitti di terrorismo, tratta di esseri umani e riciclaggio – compreso il discusso reato di autoriciclaggio – esso viene ad essere automaticamente escluso dalla procedura di assegnazione dell'appalto.

La stessa sorte alla quale andrà in contro, ai sensi del comma 2, un operatore economico nei confronti del quale sussistano cause di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall'articolo 67 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, del medesimo decreto.

La norma in parola, tuttavia, si pone in rapporto di complementarità con il Codice Antimafia, prevedendo espressamente che: *“resta fermo quanto previsto dagli articoli 88, comma 4-bis, e 92, commi 2 e 3, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, con riferimento rispettivamente alle comunicazioni antimafia e alle informazioni antimafia”*.

Poiché sono decisamente minoritari i casi in cui il soggetto che partecipa ad una procedura ad evidenza pubblica sia una persona fisica, assume rilievo centrale il dettato del comma 3 dell'art. 80, dedicato agli enti collettivi.

In forza di tale norma: *“L'esclusione di cui al comma 1 va disposta se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti: del titolare o del direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; di un socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico, se si tratta di società in accomandita semplice; dei membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo, del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata; l'esclusione non va disposta e il divieto non si applica quando il reato è stato depenalizzato ovvero quando è intervenuta la riabilitazione ovvero quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna ovvero in caso di revoca della condanna medesima”*.

Si tratta di una previsione estremamente rigorosa.

Concentriamoci sulla disciplina delle società di capitali e dei consorzi: in questo caso l'esclusione di cui al comma 1 viene disposta nel caso in cui la sentenza di condanna, anche ai sensi dell'art. 444 c.p.p., ovvero il decreto penale di condanna siano stati emessi: a) nei confronti di un consigliere di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, di direzione o di vigilanza; b) dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, direzione o controllo; c) del direttore tecnico; d) del socio unico persona fisica; e) del socio di maggioranza in società con meno di quattro soci.

L'esclusione e il divieto di partecipare alla gara operano anche nel caso in cui i soggetti di cui sopra siano cessati dalla carica nell'anno antecedente alla data di pubblicazione del bando di gara, *“qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata”*.

Il diritto penale interseca il Codice degli Appalti anche nella fase della valutazione delle offerte di gara, nell'ambito della quale assume rilievo il cd. “rating di

impresa”, una nozione di nuovo conio, destinata a impegnare aziende, studiosi e operatori economici nel corso dei prossimi mesi.

Prevede l'art. 83, c. 10 del Codice che: “è istituito presso l'ANAC, che ne cura la gestione, il sistema del rating di impresa e delle relative penalità e premialità, da applicarsi ai soli fini della qualificazione delle imprese, per il quale l'Autorità rilascia apposita certificazione. Il suddetto sistema è connesso a requisiti reputazionali valutati sulla base di indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili, nonché sulla base di accertamenti definitivi che esprimono la capacità strutturale e di affidabilità dell'impresa. 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. Ri-entra nell'ambito dell'attività di gestione del suddetto sistema la determinazione da parte di ANAC di misure sanzionatorie amministrative nei casi di omessa o tardiva denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese titolari di contratti pubblici, comprese le imprese subappaltatrici e le imprese fornitrici di materiali, opere e servizi. I requisiti reputazionali alla base del rating di impresa di cui al presente comma tengono conto, in particolare, del rating di legalità rilevato dall'ANAC in collaborazione con l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ai sensi dell'articolo 213, comma 7, nonché dei precedenti comportamenti dell'impresa, con riferimento al rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti, all'incidenza del contenzioso sia in sede di partecipazione alle procedure di gara che in fase di esecuzione del contratto. Tengono conto altresì della regolarità contributiva, ivi compresi i versamenti alle Casse edili, valutata con riferimento ai tre anni precedenti”.

In buona sostanza, nell'ambito dei criteri di qualificazione di una impresa nelle gare ad evidenza pubblica, avrà un ruolo di primo piano il suo *curriculum*, nell'ambito del quale, oltre ad elementi di tipo strettamente economico, quali la regolarità contributiva e previdenziale, gli eventuali ritardi accumulati nell'esecuzione di appalti precedentemente aggiudicati, il rispetto dei preventivi di spesa, entra a pieno titolo anche il *curriculum* criminale, che abbraccia numerose ed eterogenee ipotesi di reato.

Come evidenza il richiamo diretto al ruolo dell'ANAC, rileverà il coinvolgimento dell'ente in vicende corruttive od estorsive, anche nella prospettiva di una omessa denuncia di fatti delittuosi appresi nell'esercizio dell'attività di impresa, commessi da aziende subappaltatrici, da fornitori, ma anche dall'azienda stessa, la quale potrà trovarsi dinnanzi ad un dubbio amletico, dovendo scegliere tra denunciare sé stessa – rischiando di trovarsi esposta, tra l'altro, alle misure interdittive previste dal d.lgs. 231/01 – o adempiere alle previsioni dell'art. 83 del Codice, per mantenere il proprio *rating* ed evitare le sanzioni amministrative da esso previste.

Ma vi è di più.

La norma rinvia direttamente alla disciplina del cd. “*rating* di legalità”, introdotto dall'art. 5 *ter* del d.l. 1/2012, per come modificato dalla legge di conversione, n. 27 del 24 marzo 2012.



La norma recita: “*Al fine di promuovere l'introduzione di principi etici nei comportamenti aziendali, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato è attribuito il compito di segnalare al Parlamento le modifiche normative necessarie al perseguimento del sopraindicato scopo anche in rapporto alla tutela dei consumatori, nonché di procedere, in raccordo con i Ministeri della giustizia e dell'interno, alla elaborazione ed all'attribuzione, su istanza di parte, di un rating di legalità per le imprese operanti nel territorio nazionale che raggiungano un fatturato minimo di due milioni di euro, riferito alla singola impresa o al gruppo di appartenenza, secondo i criteri e le modalità stabilite da un regolamento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione. Al fine dell'attribuzione del rating, possono essere chieste informazioni a tutte le pubbliche amministrazioni. Del rating attribuito si tiene conto in sede di concessione di finanziamenti da parte delle pubbliche amministrazioni, nonché in sede di accesso al credito bancario, secondo le modalità stabilite con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze e del Ministro dello sviluppo economico, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione. Gli istituti di credito che omettono di tener conto del rating attribuito in sede di concessione dei finanziamenti alle imprese sono tenuti a trasmettere alla Banca d'Italia una dettagliata relazione sulle ragioni della decisione assunta*”.

A dare attuazione a tale previsione è intervenuta l'AGCM, che con delibera del 14 novembre 2012, n. 24075 ha stabilito, all'art. 2, c. 2, che l'impresa la quale intenda ottenere il rating deve dichiarare, con riferimento agli aspetti strettamente “penalistici”: “a) *se impresa individuale, che nei confronti del proprio titolare e del direttore tecnico non sono state adottate misure di prevenzione personale e/o patrimoniale e misure cautelari personali e/o patrimoniali e non è stata pronunciata sentenza di condanna, o emesso decreto penale di condanna, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per i reati di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, per i reati tributari di cui al decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74 e successive modifiche, per i reati di cui agli articoli 346, 346 bis, 353, 353 bis, 354, 355 e 356 del codice penale e per il reato di cui all'art. 2, commi 1 e 1 bis del decreto legge 12 settembre 1983, n. 463, convertito nella legge 11 novembre 1983, n. 638; che non è stata iniziata l'azione penale ai sensi dell'articolo 405 c.p.p. per delitti aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito dalla legge 12 luglio 1991, n. 203; b) se impresa collettiva, che nei confronti dei propri amministratori, del direttore generale, del direttore tecnico, del rappresentante legale nonché dei soci persone fisiche titolari di partecipazione di maggioranza, anche relativa, non sono state adottate misure di prevenzione personale e/o patrimoniale e misure cautelari personali e/o patrimoniali e non è stata pronunciata sentenza di condanna, o emesso decreto penale di condanna, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per i reati di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, per i reati tributari di cui al decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74 e successive modifiche, per i reati di cui agli articoli 346, 346 bis, 353, 353 bis, 354, 355 e 356*

del codice penale e per il reato di cui all'art. 2, commi 1 e 1 bis del decreto legge 12 settembre 1983, n. 463, convertito dalla legge 11 novembre 1983, n. 638; che non è stata iniziata l'azione penale ai sensi dell'articolo 405 c.p.p. per delitti aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito dalla legge 12 luglio 1991, n. 203;c) che nei propri confronti non è stata pronunciata sentenza di condanna e non sono state adottate misure cautelari per gli illeciti amministrativi dipendenti dai reati di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231”.

Inoltre, a norma del c. 3: “Il rating di legalità non potrà essere rilasciato alle imprese destinatarie di comunicazioni o informazioni antimafia interdittive in corso di validità o nei cui confronti sia stato disposto il commissariamento di cui all'art. 32, comma 1, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito in legge dall'articolo 1, comma 1, della legge 11 agosto 2014, n. 114”.

Si tratta, come evidente, di previsioni assai stringenti, che mettono assieme elementi tra loro eccentrici, quali la commissione di reati contro la pubblica amministrazione, gli illeciti amministrativi ex d.lgs. 231/01 – che abbracciano ormai un vasto ed eterogeneo numero di reati presupposto – e la normativa antimafia.

Una normativa così severa si giustifica senz'altro nell'ottica di voler premiare le imprese maggiormente virtuose – come era nell'intenzione del legislatore al momento dell'introduzione del rating di legalità – ma allo stesso tempo può apparire eccessivamente penalizzante se applicata come criterio di qualificazione di una impresa in una gara ad evidenza pubblica – come può essere interpretato il rating di impresa ex art. 83 d.lgs. 50/2016.

Spetterà all'ANAC individuare il punto di equilibrio tra queste diverse esigenze: entro la metà di luglio di quest'anno – ossia entro tre mesi dall'entrata in vigore della normativa – l'Autorità presieduta da Raffaele Cantone è chiamata infatti a promulgare specifiche linee guida che definiscano nel dettaglio i requisiti reputazionali e i relativi criteri di valutazione.

Sarebbe auspicabile, nel farlo, che l'*Authority* consideri, oltre alle vicende del passato, anche le misure di discontinuità intraprese dall'azienda, quali l'allontanamento dei soggetti coinvolti in indagini penali, il risarcimento del danno, il rinnovamento del *management*, l'avvio di azioni di responsabilità nei confronti dei precedenti amministratori, l'introduzione o la revisione dei Modelli di Organizzazione Gestione e Controllo regolati dal d.lgs. 231/2001, fino all'esito positivo delle misure di monitoraggio previste dal d.l. 90/2014.

Così facendo, un giudizio – legittimamente severo – espresso con riferimento a fatti del passato, potrebbe essere bilanciato da una comprovata revisione della politica di impresa, che porti l'azienda ad aderire ai cd. “protocolli di legalità”, e che consenta di ritenere che l'ente sia estraneo a fatti aventi rilievo penale e che – ragionevolmente – tale estraneità permarrà anche nel futuro prossimo.

Si tratta di un aspetto fondamentale.

Le Autorità preposte all'*enforcement* di discipline finalizzate ad estirpare fenomeni come quello corruttivo in un paese che vanta primati non invidiabili nel rapporto tra impresa privata e Pubblica Amministrazione, quali l'ANAC e l'AGCM,



devono necessariamente svolgere una funzione di equilibrio tra esigenze premiali e funzioni punitive.

Questo, anche in considerazione della circostanza per cui, a differenza delle pene comminate all'autore o agli autori di specifiche fattispecie delittuose, quando si ha a che fare con la disciplina penale dei soggetti collettivi si deve sempre tenere in considerazione il fatto che la sanzione finisce sempre per essere una sanzione diffusa, i cui effetti ricadono su soggetti – persone fisiche e non giuridiche – del tutto incolpevoli, quali gli investitori e i soci, ma anche i dipendenti e le loro famiglie, fino ad arrivare, nei casi più gravi all'intero sistema economico nazionale, o a comparti estremamente significativi dello stesso.

SCHEDA DI TOMMASO GUERINI

Giovanni Domeniconi: [giovanni.domeniconi@unibo.it](mailto:giovanni.domeniconi@unibo.it)

Tommaso Guerini: [tomaso.guerini@unibo.it](mailto:tomaso.guerini@unibo.it)

Gaetano Insolera: [gaetano.insolera@unibo.it](mailto:gaetano.insolera@unibo.it)

Nicola Mazzacuva: [nicola.mazzacuva@unibo.it](mailto:nicola.mazzacuva@unibo.it)

## LA NEGAZIONE PUNITA?

RELATORI: Emanuela Fronza e Alessandro Gamberini  
Bologna 19 ottobre 2016

La l. 16 luglio 2016, n. 115 introduce, dopo un lungo e complesso *iter* parlamentare, anche nel nostro ordinamento una previsione espressa che punisce il fenomeno negazionista.

Recependo l'obbligo contenuto nella Decisione Quadro del 28 novembre 2008 "sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale", il legislatore italiano innesta la previsione nella normativa anti-discriminazione, segnatamente all'art. 3 della Legge Reale – Mancino, come modificata nel 2006, che incrimina chi «propaganda idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale» o «istiga a commettere atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi» e chi «incita al compimento di atti per motivi razziali, religiosi, nazionali ed etnici».

Viene aggiunto un comma 3 bis che dispone che: "Si applica la pena della reclusione da due a sei anni se la propaganda ovvero l'istigazione e l'incitamento, commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, si fondano in tutto o in parte sulla negazione della *Shoah* o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6 [genocidio], 7 [crimini contro l'umanità] e 8 [crimini di guerra] dello statuto della Corte penale internazionale, ratificato ai sensi della legge 12 luglio 1999, n. 232".

L'opzione del legislatore italiano si presenta come un *unicum*: i Paesi, infatti che hanno introdotto una disposizione per la repressione penale del negazionismo, pur con differenti formulazioni, hanno tutti scelto la strada della fattispecie autonoma.

La natura circostanziale, come noto, reca con sé uno speciale regime giuridico e, nel caso specifico, rivela anche una forte valenza simbolico-espressiva data la sua bilanciabilità, secondo quanto disposto dall'art. 69 c.p..

La nuova aggravante presenta molteplici profili problematici attinenti in particolare alla condotta punibile (la negazione), all'oggetto di quest'ultima e al criterio di imputazione soggettiva.

La riflessione sulla norma astratta terrà in considerazione i casi di negazionismo che già sono stati oggetto di processi dinanzi a giurisdizioni nazionali (ordinari e Costituzionali) e alla Corte Europea dei diritti umani, cercando di individuare quali esternazioni sono penalmente rilevanti in base al diritto vigente. Particolarmente significativa, anche alla luce del recente caso *Perincek*, deciso dalla Grande Camera della Corte di Strasburgo, è la distinzione tra la negazione di un fatto storico e la negazione di una qualificazione giuridica del fatto storico. E a partire da tale significativa distinzione, occorrerà anche interrogarsi sulla scelta del legislatore italiano di introdurre una aggravante che, in armonia con la Decisione Quadro, contempla non solo il negazionismo della *Sboah*, ma anche quello riferito ad altri crimini, “come definiti” dallo Statuto della Corte Penale Internazionale.

Confermando una *renaissance* delle circostanze e una legislazione penale prevalentemente simbolica, intesa quest’ultima un’accezione negativa, l’aggravante di negazionismo dà un segnale che *anche* l’ordinamento italiano ha ora introdotto una disposizione di contrasto al negazionismo, benché con il forte rischio che quest’ultima venga disapplicata, anche perché vanificabile in sede di giudizio di equivalenza o prevalenza con eventuali circostanze attenuanti.

A parte alcuni riflessi problematici specifici della disposizione introdotta dal comma 3 bis, occorre interrogarsi, posto che il negazionismo è fenomeno grave, diffuso e che scuote le fondamenta etico-politiche della società, su quale sia lo strumento adeguato per reagire e contrastare queste strategie comunicative. La riforma indica nella Legge Reale-Mancino lo strumento privilegiato, anche se non l’unico, data l’esistenza nel nostro diritto vigente di altre disposizioni (quali l’apologia di genocidio) che potrebbero essere applicabili.

Dinanzi a questa scelta e ad una soluzione indubbiamente compromissoria, occorre interrogarsi riflettere sui reati di pensiero, sulla necessità che in un sistema – come quello italiano – alcuni principi fondamentali non cedano a tendenze politico-criminali che traducono un diritto penale d’autore, sul *climax* che sempre di più individua nello strumento giuridico-penale la “sanzione” della memoria pubblica e, infine, sull’importanza di non comprimere – con un effetto paradosso – quei diritti fondamentali che con queste norme si vorrebbero tutelare.

SCHEDA DI EMANUELA FRONZA E ALESSANDRO GAMBERINI

Giovanni Domeniconi: giovanni.domeniconi@unibo.it

Tommaso Guerini: tomaso.guerini@unibo.it

Gaetano Insolera: gaetano.insolera@unibo.it

Nicola Mazzacuva: nicola.mazzacuva@unibo.it

## IL NUOVO REATO DI DEPISTAGGIO

RELATORI: Giorgio Abbadessa e Francesca Consorte  
Bologna 15 novembre 2016

Durante l'agosto appena trascorso, quasi in sordina, sono entrate in vigore due riforme che hanno interessato il Codice penale. Di queste una è intervenuta sul reato che punisce la "falsificazione di monete, spendita e introduzione nello Stato, previo concerto, di monete falsificate" (art. 453 c.p.) mentre l'altra, ben più significativa, ha apportato diverse modifiche al Titolo III in materia di delitti contro l'Amministrazione della Giustizia. Più specificamente, la l. n. 133/2016 – scaturita dall'iniziativa delle associazioni rappresentative delle vittime di attentati e stragi terroristiche e frutto di un iter di approvazione durato più di 3 anni – ha inciso sul capo I concernente i delitti contro l'Attività Giudiziaria.

La legge appena citata si compone di tre articoli.

L'art. 1, suddiviso in quattro commi, introduce innanzitutto la nuova fattispecie di "frode in processo e depistaggio" di cui all'attuale art. 375 c.p., norma che prima della riforma si occupava delle circostanze aggravanti applicabili nel caso in cui da alcuni reati contro l'Amministrazione della Giustizia derivasse una condanna. Il secondo comma interviene sul "vecchio" reato di frode processuale di cui all'art. 374 c.p., lasciandone inalterato il contenuto e incidendo solo sulla cornice edittale, la quale passa, nel minimo, da sei mesi a un anno, e, nel massimo, da tre a cinque anni. Il terzo comma ripropone, modificandola, la disciplina delle circostanze aggravanti previste in caso di condanna di cui al "vecchio" art. 375 c.p. Viene infatti previsto un inasprimento del trattamento sanzionatorio e ne viene estesa l'applicazione al nuovo reato di frode in processo e depistaggio. Il quarto comma, infine, modifica l'art. 157, sesto comma, inserendo tra i reati per i quali è eccezionalmente previsto il raddoppiamento dei termini di prescrizione anche il nuovo reato di frode in processo e depistaggio, ma solo nella sua forma aggravata di cui al comma terzo dell'art. 375 c.p.

Proseguendo con la descrizione della legge di riforma, l'art. 2 prevede un nuovo art. 384-ter c.p., il quale introduce "circostanze speciali" sia aggravanti sia attenuanti in relazione ai reati di cui agli articoli 371-bis, 371-ter, 372, 374 e 378 c.p.

L'art. 3, infine, inserisce la nuova fattispecie di cui all'art. 375, primo comma lettera b), c.p. tra quelle per le quali opera la ritrattazione ex art. 376, primo comma, c.p..

Soffermandoci in particolare sul contenuto del nuovo reato di frode in processo e depistaggio, l'art. 375 c.p. prevede la reclusione da tre a otto anni, salvo che il fatto costituisca piu' grave reato, per il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, al fine di impedire, ostacolare o sviare un'indagine o un processo penale a) immuta artificiosamente il corpo del reato ovvero lo stato dei luoghi, delle cose o delle persone connessi al reato; b) richiesto dall'autorità giudiziaria o dalla polizia giudiziaria di fornire informazioni in un procedimento penale, afferma il falso o nega il vero, ovvero tace, in tutto o in parte, cio' che sa intorno ai fatti sui quali viene sentito. Sempre l'art. 375 c.p. prevede poi una serie di circostanze ad 'efficacia speciale', sia aggravanti (co. 2 e 3) sia attenuanti (co. 4), sottraendo le prime, salvo casi eccezionali, al giudizio di bilanciamento di cui all'art. 69 c.p. (co. 5). Negli ultimi commi dell'articolo in esame sono contenute le norme che concernono la sanzione accessoria, la punibilità del nuovo reato nel caso di cessazione del soggetto dall'ufficio/servizio, l'esclusione della punibilità nel caso di improcedibilità del reato presupposto, l'estensione dell'ambito applicativo delle norme di cui all'art. 375 c.p. alle indagini e processi della Corte penale internazionale per i crimini indicati.

\* \* \*

La nuova fattispecie di depistaggio si presenta, pertanto, come un reato proprio e si declina in due differenti ipotesi che, in assonanza con il linguaggio utilizzato nella descrizione di altri delitti contro l'amministrazione della giustizia, si possono definire di depistaggio materiale – in sintesi, consistente nell'immutazione di luoghi, cose o persone connessi al reato – e di depistaggio formale – consistente in una falsa dichiarazione alla Autorità giudiziaria o alla polizia giudiziaria.

Delle due ipotesi, ad apparire più problematica è quella di depistaggio materiale. A una prima lettura, a costituire l'oggetto di tutela sono le indagini: è questo l'interesse da proteggere che sembrano sottendere il dolo specifico di sviamento e l'elemento costitutivo della connessione al reato che deve connotare l'oggetto dell'immutazione – con conseguente sovrapposizione, quanto al contenuto, tra dolo specifico e dolo generico. "Connesso", infatti, nel complessivo contesto del riformato articolo 375, vale "utile alla scoperta del reato o al suo accertamento", utile alla "ricostruzione del fatto oggetto di inquinamento processuale e depistaggio". All'interprete che proceda in tal modo, peraltro, non dovrebbe sfuggire il passaggio dall'uso della parola "indagini" – concetto tecnico – all'uso di espressioni quali "scoperta", "accertamento", "ricostruzione" (sia pure del fatto da parte della p.g. o dell'A.g.) – concetti invece comuni o meno tecnici. Si potrebbe dire che oggetto di tutela non sono direttamente le indagini, ma la *verità*, conclusione del resto potenzialmente suggerita non soltanto dalla lettura sistematica della norma,

ma anche dal riferimento all'*intentio legis* e, dunque, alla domanda di pena e ai gruppi sociali che tale domanda hanno posto al legislatore (come già ricordato, le associazioni rappresentative delle vittime dello stragismo). Se l'utilità per la scoperta del reato può consistere nella capacità di ciò che è connesso al reato a fungere da *notitia criminis*, l'utilità per l'accertamento, volendosi considerare l'espressione semanticamente autonoma, pare presupporre un'indagine in corso che indichi l'oggetto connesso: potrebbe trattarsi di un'indagine non giudiziaria? Più radicalmente, potrebbe concepirsi un depistaggio materiale pur nell'assenza di ogni indagine di sorta: come una condotta avente per oggetto materiale una "cosa" che sarebbe – e si sa essere – utile alla ricostruzione del fatto nel caso – e una volta che – qualcuno si mettesse sulle tracce della *verità*? Sarebbero forse, queste, soluzioni interpretative in armonia con l'idea di verità quale *ratio legis*.

Se non altro, la prospettazione di simili scenari, tenuto conto di quel possibile esito proprio delle inchieste giornalistiche, derivante dalla natura dei mezzi a disposizione e consistente nell'individuazione del *coinvolto*, mette in luce i rischi che comunque l'applicazione di una fattispecie criminosa a dolo specifico, quale il delitto in parola, può attivare. I rischi sono quelli, anzitutto, di un un processo penale d'autore, scaturente da un *coinvolgimento* qualificato che valga dolo specifico (presunto): un processo che andrebbe a interessare loschi figure che dalle indagini siano risultati fiancheggiare gli indagati durante l'attività criminosa. Più attenuato il rischio di un diritto penale d'autore, posto che la condanna dovrebbe comunque poggiare sull'accertamento di una delle condotte tipiche, che peraltro, a partire da un dolo specifico più o meno fondatamente ipotizzato, potrebbero essere ricostruite in chiave soggettiva quanto alla "connessione" che dovrebbe connotare il loro oggetto oppure *a posteriori*, sorrette da un evanescente dolo eventuale ugualmente desunto dalla qualifica.

Ma non è impossibile disegnare un diverso circolo ermeneutico che, invece di avvitarsi sulle logiche del caso e quindi sulla domanda di pena, per rispondere alla quale basta anche la punizione dell'autore, involga anche i principi e quel compromesso tra pena e libertà nel quale consiste l'oggettivismo.

In questa chiave, restando sul depistaggio materiale, dolo specifico vale pericolo – cioè idoneità della condotta a realizzare l'intenzione – e il pericolo presuppone una base di accertamento, che non può che essere un'indagine in corso indicante l'oggetto materiale della condotta. Il movente tipico resta comunque autonomo dall'elemento costitutivo della "connessione", determinando la non punibilità di chi agisca con scopi diversi. Il pericolo, poi, deve riflettersi nel dolo dell'agente e, pertanto, l'indagine assume le forme di un'indagine dell'A.g. – e l'autore le sembianze dell'inquirente, ma di ciò si dirà tra poco –: infatti, l'indagine non giudiziaria non è generalmente conoscibile. Il dolo, infine, va provato e per quanto possibile occorre evitare di dedurlo esclusivamente da circostanze soggettive, le quali devono corroborare la ricostruzione di una rappresentazione già suggerita dalle circostanze del fatto, ciò che esclude il depistaggio materiale (su cosa/documento/oggetto utile all'accertamento) in assenza di indagini dalle quali emerga la "connessione".

È, quella appena proposta, un'interpretazione che risulta in armonia con la ricostruzione in chiave oggettiva – voluta dagli artt. 357 ss. c.p. – della nozione di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio, soggetti attivi del reato. La nozione oggettiva di pubblico agente postula che il reato sia commesso nell'esercizio della attività pubblica: l'attività può costituire, come nel caso di del depistaggio (materiale, per quanto subito si dirà), mera occasione del reato, ma ugualmente deve essere tenuta nel momento criminoso – ciò che, del resto, implica il depistaggio formale, che invero descrive un reato commesso nell'esercizio della funzione. Così stando le cose, se il depistaggio materiale commesso nello svolgimento di una pubblica funzione certificativa sembrerebbe rinvenire il proprio tipico oggetto materiale in *notitiae criminis* documentali, il depistaggio materiale commesso nell'esercizio di funzioni autoritative o di un pubblico servizio parrebbe interessare figure in azione sulla scena del crimine nel secondo caso – tenuto conto che si tratta di reato doloso –, direttamente la p.g. o l'A.g. nel primo, ma nessuna eminenza grigia che alzi il telefono e mandi l'operativo ai suoi ordini a nascondere le tracce del reato, poiché né la telefonata né l'attività di immutazione costituirebbero esercizio di pubblica funzione.

\* \* \*

Problematiche si pongono anche sotto il profilo sistematico: considerata l'entità della pena prevista si profileranno infatti spesso esigenze di coordinamento tra il reato in esame e alcune tradizionali fattispecie contro l'amministrazione della giustizia, la cui risoluzione rischia di essere affidata ancora una volta all'interpretazione di una norma caratterizzata da un forte *deficit* di determinatezza.

SCHEDA DI GIORGIO ABBADESSA E FRANCESCA CONSORTE

Giovanni Domeniconi: [giovanni.domeniconi@unibo.it](mailto:giovanni.domeniconi@unibo.it)

Tommaso Guerini: [tomaso.guerini@unibo.it](mailto:tomaso.guerini@unibo.it)

Gaetano Insolera: [gaetano.insolera@unibo.it](mailto:gaetano.insolera@unibo.it)

Nicola Mazzacuva: [nicola.mazzacuva@unibo.it](mailto:nicola.mazzacuva@unibo.it)

## CORTE PENALE INTERNAZIONALE

### Il caso Bemba.

### La responsabilità del superiore gerarchico davanti alla Corte penale internazionale

#### 1. Conferme giurisprudenziali

Con sentenza del 21 marzo 2016 la *Trial Chamber III* della Corte penale internazionale (ICC), composta dai giudici Sylvia Steiner, Joyce Aluoch e Kuniko Ozaki, ha ritenuto colpevole Jean-Pierre Bemba Gombo per aver commesso crimini contro l'umanità e crimini di guerra nella Repubblica Centrafricana.<sup>1</sup> Tre mesi dopo, il 21 giugno 2016, la Camera lo ha condannato ad una pena di 18 anni.<sup>2</sup>

Il caso *Bemba* riguarda la situazione che coinvolge la Repubblica Centrafricana (CAR) ed è la prima sentenza pronunciata dalla Corte con riferimento a tale area di conflitto. L'imputato era il Presidente del partito politico Movimento di Liberazione del Congo (*Mouvement de libération du Congo* – MLC), il comandante in carica dell'Esercito di Liberazione del Congo (*Armée de libération du Congo* – ALC), braccio armato del MLC, e membro del senato della Repubblica Democratica del Congo. I fatti oggetto del processo risalgono al periodo tra il 26 ottobre 2002 e il 15 marzo 2003, quando Ange-Felix Patassé – al tempo Presidente della CAR – chiese aiuto all'ALC per combattere e respingere il tentativo di colpo di Stato promosso da François Bozizé.<sup>3</sup>

Il processo, durato quattro anni, ha avuto ad oggetto cinque capi d'accusa, ovvero l'omicidio, lo stupro e il saccheggio come crimini di guerra, da un lato, e l'omicidio e lo stupro qualificati come crimini contro l'umanità, dall'altro.

---

<sup>1</sup> ICC, *Prosecutor v. Bemba Gombo*, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, TC-III, ICC-01/05-01/08, 21 marzo 2016 (d'ora in avanti: Judgment).

<sup>2</sup> ICC, *Prosecutor v. Bemba Gombo*, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, TC-III, ICC-01/05-01/08, 21 giugno 2016 (d'ora in avanti: Sentence).

<sup>3</sup> Per maggiori informazioni e per una scheda del processo si rinvia al sito <https://www.ijmonitor.org/jean-pierre-bemba-gombo-background/>.



La sentenza *Bemba* presenta alcuni elementi di continuità con le precedenti pronunce della Corte rispetto a numerosi profili. Si è confermato, ad esempio, l'approccio già adottato nel caso *Lubanga*, secondo cui la Corte è tenuta ad applicare innanzitutto le fonti primarie, individuate nello Statuto, negli Elementi dei Crimini e nelle Regole di Procedura e Prova. Allo stesso modo si è ricordato che il precedente giurisprudenziale non vincola le successive pronunce; tuttavia, si aggiunge, la Corte dovrebbe seguire i propri precedenti, soprattutto quelli della Camera d'appello, per ragioni di speditezza ed economia processuale, nonché di certezza giuridica.<sup>4</sup> Anche con riferimento all'elemento di contesto dei crimini di guerra e dei crimini contro l'umanità non si riscontrano divergenze rispetto alle precedenti pronunce. A titolo d'esempio, per determinare la natura del conflitto armato la Corte ha fatto ricorso al cd. test del "controllo complessivo" (*overall control*) già adottato dal Tribunale per la ex-Jugoslavia e seguito dalla ICC nel caso *Lubanga*. Tale test, più flessibile rispetto a quello del "controllo effettivo" elaborato dalla Corte Internazionale di Giustizia, qualifica come internazionale un conflitto armato in cui uno Stato terzo abbia giocato un ruolo significativo nell'organizzazione, nel coordinamento o nella pianificazione delle attività militari poi espletate dal gruppo armato. Rilevata la mancanza di un ruolo simile giocato dalla autorità del Chad, la Corte ha qualificato come infra-statale il conflitto che ha sconvolto la Repubblica Centrafricana.

Una ulteriore conferma si rinviene in relazione al concorso di norme. La Corte ha adottato il cd. test *Celebici*, secondo cui la plurima qualificazione dello stesso fatto si considera legittima (e doverosa) qualora dal raffronto tra fattispecie emerga che ogni disposizione contenga un elemento tipico assente nell'altra; in caso contrario, tra le due norme intercorre una relazione di specificità, e soltanto la fattispecie speciale deve trovare applicazione.<sup>5</sup> L'utilizzo del test *Celebici* come unico criterio diretto a regolare il concorso di norme è coerente non soltanto con la giurisprudenza dei due Tribunali *ad hoc* per la ex-Jugoslavia e il Ruanda, ma anche con le pronunce dei tribunali misti, quali la Corte Speciale per la Sierra Leone e le Camere Straordinarie in Cambogia.

Tuttavia la summenzionata sentenza *Bemba* presenta alcuni elementi di discontinuità che ci sembra interessante segnalare. Tra questi, in particolare, va richiamata l'attenzione sulla scelta della Corte di applicare, per la prima volta, il modello di responsabilità del superiore gerarchico, e la determinazione della pena detentiva complessiva inflitta all'imputato.

## 2. La responsabilità del superiore gerarchico

Nel modello differenziato adottato dallo Statuto di Roma, la *superior* o *command responsibility* costituisce una forma di responsabilità appositamente dise-

<sup>4</sup> ICC, *Prosecutor v. Bemba Gombo*, Judgment, cit., par. 72-74.

<sup>5</sup> ICC, *Prosecutor v. Bemba Gombo*, Judgment, cit., par. 746.

gnata per il superiore gerarchico, sia esso militare o civile. Essa ha natura residuale e punisce la condotta omissiva del superiore che non ha adottato tutte le misure ragionevoli e necessarie per impedire o punire le condotte criminose poste in essere dai subordinati.<sup>6</sup> Gli elementi costitutivi di questo modello di responsabilità si possono individuare nel rapporto superiore-subordinato, nella condotta omissiva e nella consapevolezza (anche soltanto potenziale) che un crimine sta per essere – o è già stato – commesso.<sup>7</sup>

Il caso *Bemba*, pur rappresentando la prima applicazione di questa forma di responsabilità da parte della ICC, si pone in linea di continuità con la giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc* in materia di *command responsibility*.

Con riferimento al rapporto superiore-subordinato, la Corte ha affermato la necessità di provare, sulla base di elementi *de jure* e *de facto*, che il superiore agisca in qualità di comandante militare effettivo: in altri termini, non è sufficiente la prova della mera qualifica di superiore, ma occorre dimostrare che quest'ultimo abbia il controllo effettivo dei propri subordinati e la capacità materiale di prevenire, interrompere o punire la loro condotta illecita.<sup>8</sup> Nel caso di specie la Corte ha dedotto il controllo effettivo da elementi sia formali, sia fattuali, quali la posizione di Presidente dell'ALC ricoperta dal soggetto durante tutto il periodo di commissione dei crimini, l'autorità di emettere decisioni vincolanti, la possibilità di disporre dei mezzi finanziari, la capacità di negoziare con terze parti.<sup>9</sup>

Al superiore gerarchico non si richiede di prevenire o reprimere i crimini commessi dai subordinati in qualsiasi circostanza, ma soltanto di adottare tutte le misure necessarie e ragionevoli che avrebbero potuto impedire o punire le condotte illecite, determinate secondo un approccio casistico. "Necessarie" sono tutte le misure appropriate che il superiore dovrebbe adottare per adempiere ai suoi doveri; "ragionevoli" i provvedimenti che il superiore può materialmente adottare perché ricadono all'interno dei suoi poteri e competenze *de iure* o *de facto*.<sup>10</sup> L'articolo 28 StICC prevede tre doveri in capo al superiore: prevenire le condotte criminose, reprimere la loro commissione e denunciare il fatto alle autorità competenti. Questi doveri, le cui nozioni presentano alcune sovrapposizioni definitorie, trovano diversa collocazione temporale a seconda della *mens rea* presente nel superiore.

<sup>6</sup> Su tale forma di responsabilità cfr. A.M. MAUGERI, *La responsabilità da comando nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, Giuffrè, Milano, 2007; G. METTRAUX, *The Law of Command Responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 2009; C. MELONI, *Command Responsibility in International Criminal Law*, Asser, The Hague, 2010.

<sup>7</sup> Per un approfondimento M. COSTI, *La command o superior responsibility*, in E. AMATI, M. COSTI, E. FRONZA, P. LOBBA, E. MACULAN, A. VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Giappichelli, Torino, 2016, 121-136.

<sup>8</sup> ICC, *Prosecutor v. Bemba Gombo*, Judgment, cit., par. 183 e ss. La decisione conferma quanto affermato dalla Camera preliminare nello stesso caso *Bemba*: ICC, *Prosecutor v. Bemba Gombo*, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) e (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, PTC-II, ICC-01/05-01/08, 15 giugno 2009.

<sup>9</sup> ICC, *Prosecutor v. Bemba Gombo*, Judgment, cit., par. 188.

<sup>10</sup> ICC, *Prosecutor v. Bemba Gombo*, Judgment, cit., par. 197 e ss.

Egli deve infatti essere a conoscenza che i crimini stanno per essere commessi (prevenzione) o si stanno verificando (repressione) o, ancora, hanno già trovato compimento (denuncia).

I giudici hanno notato come la reazione di *Bemba* ai crimini si sia limitata a richiami troppo generici rivolti alle truppe, al processo di soli sette soldati semplici per il saccheggio di beni di modesto valore, e la creazione di due commissioni d'inchiesta aventi ad oggetto soltanto i saccheggi commessi durante un'operazione militare a Bangui, la capitale della CAR. Tali misure si sono dimostrate del tutto inefficaci e inadeguate a impedire o reprimere la commissione di crimini.<sup>11</sup>

La responsabilità da comando, inoltre, costituisce l'unico modello che allarga le maglie della colpevolezza fino a ricomprenderne la *negligence* (colpa), prevedendo la punibilità del soggetto che "avrebbe dovuto sapere" che un crimine stava per essere – o era già stato – commesso dai subordinati.<sup>12</sup> La sentenza *Bemba*, tuttavia, non fornisce elementi ulteriori per l'interpretazione di tale requisito, poiché i giudici hanno ritenuto che l'imputato fosse a conoscenza dei crimini commessi dai subordinati.<sup>13</sup> In particolare, è stato fatto riferimento non soltanto alla pacifica notorietà delle condotte criminose denunciata, tra l'altro, da numerose ONG e dai media locali, ma anche alle frequenti comunicazioni tra *Bemba* e le forze armate che operavano sul campo.<sup>14</sup>

A differenza degli Statuti dei Tribunali *ad hoc*, l'art. 28 StICC richiede che i crimini costituiscano il risultato dell'assenza di una genuina attività di controllo da parte del superiore nei confronti dei subordinati. La disposizione ha suscitato diversi contrasti interpretativi. In particolare, ci si chiede se l'art. 28 StICC contempli la necessità di provare un nesso causale tra la condotta omissiva del superiore e la realizzazione dei crimini da parte dei subordinati.

Non è questa la sede per affrontare in modo esaustivo una questione così complessa, tutt'ora oggetto di un acceso dibattito dottrinale e giurisprudenziale. Basti osservare che i giudici di primo grado, nella sentenza *Bemba*, hanno affermato che non si deve stabilire una relazione di *condicio sine qua non* tra condotta omissiva ed evento criminoso, ma sarebbe sufficiente dimostrare che i crimini non sarebbero stati commessi se il superiore avesse esercitato diligentemente i propri poteri di controllo.<sup>15</sup> Dopo aver elencato le misure necessarie e ragionevoli che *Bemba* avrebbe dovuto adottare (dall'addestramento delle truppe attraverso un codice di condotta alla garanzia di uno stipendio sino al ritiro dell'ALC dal territorio della Repubblica Centrafricana) la Camera di prima istanza afferma che in presenza di

<sup>11</sup> ICC, *Prosecutor v. Bemba Gombo*, Judgment, cit., par. 726-730.

<sup>12</sup> Sull'elemento soggettivo di tale forma di responsabilità si rinvia a K. AMBOS, *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

<sup>13</sup> ICC, *Prosecutor v. Bemba Gombo*, Judgment, cit., par. 718.

<sup>14</sup> ICC, *Prosecutor v. Bemba Gombo*, Judgment, cit., par. 717.

<sup>15</sup> ICC, *Prosecutor v. Bemba Gombo*, Judgment, cit., par. 213.

queste misure i crimini non sarebbero stati commessi o, quantomeno, non sarebbero stati commessi su scala così vasta.<sup>16</sup>

La questione del nesso causale è del tutto aperta. Secondo la difesa, l'art. 28 dello Statuto richiede la prova di una correlazione causale tra la condotta dell'imputato e i crimini. I giudici di primo grado sarebbero dunque incorsi in un errore di diritto poiché hanno utilizzato gli stessi elementi a sostegno sia della prova del nesso causale che della mancata adozione di misure necessarie e ragionevoli ad impedire la commissione dei crimini. Tale percorso confonderebbe i due requisiti e non dà importanza al profilo causale.<sup>17</sup> Di opinione opposta, invece, la Procura, secondo cui l'art. 28 summenzionato *non* introduce alcun nesso causale. A tale rilievo, l'accusa ha risposto affermando che la Camera di primo grado ha applicato uno standard probatorio adeguato ma ha errato, in punto di diritto, nell'affermare che l'art. 28 richiede la prova di un nesso *causale* tra l'omissione del superiore gerarchico e la realizzazione dei crimini da parte dei suoi subordinati. In altre parole, l'analisi fattuale della Camera di primo grado – che ha concluso che *Bemba* ha contribuito causalmente alla realizzazione dei crimini – seppure corretta in fatto alla luce delle prove prodotte a giudizio, sarebbe andata al di là di quanto strettamente richiesto dall'art. 28 in punto di diritto.<sup>18</sup> Diverse le ragioni che l'accusa ha dedotto a sostegno della propria tesi: tra queste, si è affermato che se il contributo causale dipendesse dalla prova di una violazione di un dovere (di controllo) generico, l'analisi assumerebbe contorni vaghi e indeterminati, e finirebbe inoltre col creare un significativo vuoto di tutela, poiché la prova di responsabilità sarebbe condizionata anche dal grado di organizzazione del gruppo armato.<sup>19</sup>

Il dibattito è dunque ancora molto animato. Spetterà alla Camera d'appello pronunciarsi in via definitiva e sciogliere le numerose questioni aperte circa la presenza o meno del nesso causale all'interno dell'art. 28 dello Statuto della ICC.

Proprio quest'ultima permette di affrontare, seppure brevemente, un ultimo aspetto che riguarda la responsabilità del superiore e su cui si è pronunciata la sentenza *Bemba*. Si tratta della natura giuridica della *command responsibility*, istituto privo, come noto, di un'identità dogmatica certa. Le opinioni si dividono tra chi la considera una vera e propria forma di responsabilità, chi la qualifica come un reato omissivo proprio e chi, infine, come una forma di responsabilità *sui generis*.<sup>20</sup> La

<sup>16</sup> ICC, *Prosecutor v. Bemba Gombo*, Judgment, cit., par. 741.

<sup>17</sup> ICC, *Prosecutor v. Bemba Gombo*, Public Redacted Version of Appellant's document in support of the appeal, AC, ICC-01/05-01/08, 28 settembre 2016, par. 389 e ss.

<sup>18</sup> ICC, *Prosecutor v. Bemba Gombo*, Public Redacted Version of "Corrected Version of 'Prosecution's Response to Appellant's Document in Support of Appeal'", AC, ICC-01/05-01/08 A, 19 gennaio 2017, in particolare i par. 220, 224 e 229 (d'ora in avanti: Corrected Version of Prosecution's Response).

<sup>19</sup> ICC, *Prosecutor v. Bemba Gombo*, Corrected Version of Prosecution's Response, cit., par. 238-242.

<sup>20</sup> Cfr. G. WERLE, F. JESSBERGER, *Principles of International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014; G. METTRAUX, *The Law of Command Responsibility*, cit., 37-95; O. TRIFFTER-

Camera di prima istanza, chiamata a pronunciarsi per la prima volta sulla questione, ha confermato quanto già dedotto dalla *Pre-Trial Chamber* affermando che si tratta di una forma di responsabilità.<sup>21</sup> A tale conclusione si giunge secondo un'interpretazione letterale (*in addition to other grounds of criminal responsibility*) e sistematica, data la collocazione della norma nella parte terza dello Statuto dedicata ai principi generali. Tuttavia, in modo inaspettato, nell'ultimo paragrafo i giudici abbandonano la sicurezza con cui avevano risposto alla questione e affermano che si tratta di una forma di responsabilità *sui generis*.<sup>22</sup> Per la Corte, in ogni caso, la responsabilità da comando non può certamente essere qualificata come un reato omissivo proprio.<sup>23</sup>

### 3. *La commisurazione della pena*

Con sentenza del 21 giugno 2016 la Camera di primo grado ha condannato *Bemba* a 18 anni di carcere per i crimini commessi in qualità di superiore gerarchico.<sup>24</sup> Anche in questa pronuncia viene ribadita una linea giurisprudenziale precedente, espressa, in particolare, nelle decisioni relative ai casi *Lubanga* e *Katanga*.

In primo luogo, si afferma che le funzioni della pena nel diritto penale internazionale coincidono con la retribuzione e la prevenzione, intesa, quest'ultima, sia in senso generale che speciale. La funzione rieducativa, invece, è destinata a giocare un peso pressoché irrilevante nel caso dei crimini internazionali, poiché trattasi delle fattispecie criminose più gravi che si ripercuotono sulla comunità internazionale.<sup>25</sup> Tale indirizzo, che fa dipendere la riabilitazione dell'imputato (soggettiva) da circostanze oggettive (offensività del reato), potrebbe esser messo sotto stress dal recente caso *Ongwen*, dato che l'imputato, prima di diventare uno dei leader del gruppo ribelle LRA operante in Uganda, è stato arruolato come bambino-sol-

---

ER, Art. 28. *Responsibility of commanders and other superiors*, in O. TRIFFTERER, K. AMBOS (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, C.H.Beck-Hart-Nomos, Muenchen, 2016, 1103 e ss.

<sup>21</sup> ICC, *Prosecutor v. Bemba Gombo*, Judgment, cit., par. 171.

<sup>22</sup> ICC, *Prosecutor v. Bemba Gombo*, Judgment, cit., par. 174.

<sup>23</sup> In chiave critica si rinvia alla conclusioni dell'accusa presentate in sede d'appello, in cui si afferma che la Corte ha, dal punto di vista teorico, qualificato correttamente l'art. 28 come un modello di responsabilità penale ma, dal punto di vista applicativo, ha finito per considerarla alla stregua di una partecipazione accessoria ai crimini commessi dai subordinati. ICC, *Prosecutor v. Bemba Gombo*, Corrected Version of Prosecution's Response, cit., par. 232.

<sup>24</sup> ICC, *Prosecutor v. Bemba Gombo*, Sentence, cit.

<sup>25</sup> ICC, *Prosecutor v. Bemba Gombo*, Sentence, cit., par. 10-11. Sulla funzione della pena nel sistema della Corte penale internazionale si rinvia a S. D'ASCOLI, *Sentencing in International Criminal Law: The UN ad hoc Tribunals and Future Perspectives for the ICC*, Hart, London, 2011; R.E. FIFE, *Penalties*, in O. TRIFFTERER, K. AMBOS (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, cit., 1877 e ss.; L. CORNACCHIA, *Funzione della pena nello Statuto della Corte penale internazionale*, Giuffrè, Milano, 2009.

dato, circostanza, questa, che ha probabilmente condizionato lo sviluppo della sua personalità.

In secondo luogo, la Corte riafferma che la pena deve essere proporzionata alla gravità del crimine, al grado di colpevolezza e alla personalità del condannato, che ricomprende tutte le circostanze non attinenti ai crimini o alla condotta, quali l'età, la condizione economica e sociale, la condotta successiva al reato. Con riferimento alla gravità, essa va determinata in concreto tenendo in considerazione tutte le circostanze del caso. Nella sentenza *Bemba*, i giudici hanno considerato come fattori rilevanti la continua (e non sporadica) mancanza di adozione di misure atte a prevenire o punire i crimini dei subordinati e la posizione apicale dell'imputato. Di particolare gravità è stato considerato lo stupro, non solo perché lo Statuto della ICC riserva un'attenzione speciale ai crimini sessuali e alle relative vittime, soprattutto se minorenni, ma anche per l'offensività delle condotte, che causano danni fisici, psicologici, psichiatrici e sociali.<sup>26</sup> Per quanto riguarda la colpevolezza, i giudici hanno tenuto distinto il dolo dalla colpa, ritenendo più grave la condotta omissiva dell'imputato che era a conoscenza dei crimini commessi dai subordinati rispetto a quella di un soggetto che avrebbe dovuto essere consapevole del comportamento illecito dei propri soldati.<sup>27</sup>

Dopo aver affermato che la responsabilità del superiore non implica – almeno a livello generale e astratto – l'applicazione di una sanzione più mite rispetto alle altre forme di responsabilità,<sup>28</sup> la pena è stata determinata nel modo seguente: 16 anni di detenzione per il crimine di omicidio e 18 anni per lo stupro, entrambi qualificati sia come crimini di guerra che contro l'umanità, e 16 anni per il crimine di saccheggio quale crimine di guerra; poiché le condotte risultano connesse sul piano geografico-temporale, i giudici hanno dichiarato che le pene singolarmente inflitte dovranno essere eseguite contemporaneamente, con l'effetto pratico che la pena più alta inflitta (18 anni) assorbe le altre.<sup>29</sup> Proprio tale passaggio sollecita alcune osservazioni.

La Camera di primo grado è incorsa in un errore di diritto determinando la pena per ogni singolo crimine e poi affermando la contemporanea esecuzione delle sanzioni. Questo approccio, nonché il linguaggio utilizzato dai giudici (*the sentences [...] shall run concurrently*), rispecchia quello dei Tribunali *ad hoc* e dei tribunali misti. Tuttavia, l'art. 78 StICC prevede una diversa procedura di determinazione della pena che ruota attorno a due momenti ben distinti: in primo luogo, la Camera è tenuta a tradurre ogni singola fattispecie in un *quantum* di pena detentiva e, in secondo luogo, occorre determinare un'unica pena che indichi la durata totale del periodo di detenzione, la quale potrà anche risultare superiore alla pena più severa inflitta per il singolo crimine (cumulo giuridico).

---

<sup>26</sup> ICC, *Prosecutor v. Bemba Gombo*, Sentence, cit., par. 36.

<sup>27</sup> ICC, *Prosecutor v. Bemba Gombo*, Sentence, cit., par. 60.

<sup>28</sup> ICC, *Prosecutor v. Bemba Gombo*, Sentence, cit., par. 16.

<sup>29</sup> ICC, *Prosecutor v. Bemba Gombo*, Sentence, cit., par. 95.



Nell'affermare che le pene devono essere eseguite contemporaneamente, la Camera sembra ignorare il dettato normativo dell'art. 78 dello Statuto della ICC, così adottando l'approccio adottato dai Tribunali *ad hoc*. Manca, invero, l'esercizio ponderato della discrezionalità ai fini della determinazione della pena unica e congiunta da infliggere all'imputato, così come, invece, espressamente richiesto dallo Statuto. Tale errore è stato rilevato dal Procuratore nell'atto d'appello.<sup>30</sup>

Un'ulteriore riflessione concerne il *quantum* di pena unica inflitta a *Bemba*. Nonostante la Corte non si riferisca, quanto meno esplicitamente, al principio dell'assorbimento, è innegabile che l'effetto pratico dell'applicazione della pena più grave inflitta per il singolo crimine sia quello di assorbire le altre pene detentive. La sentenza *Bemba* conferma, dunque, l'approccio inaugurato nei casi *Lubanga* e *Katanga*, in cui la pena finale coincide con la pena più grave inflitta per il singolo crimine. Ci si può chiedere, da un lato, se tale conferma è sintomo di una prassi rivolta all'applicazione del principio dell'assorbimento nei casi di concorso – formale e materiale – di reati e, dall'altro, se l'approccio seguito sia corretto.

Partendo dalla seconda osservazione, occorre ricordare che l'art. 78 dello Statuto della ICC permette ai giudici di aggravare la pena unica nei casi di concorso di reati. Finora la Corte non ha mai usufruito della possibilità di aumentare la pena detentiva, applicando soltanto la pena più grave inflitta per il singolo crimine perché ritenuta capace di esprimere il disvalore di tutte le condotte criminose. Questo orientamento, tuttavia, rischia di scontrarsi con la funzione di prevenzione generale, la quale rimane una delle funzioni principali della pena anche a livello internazionale. Il messaggio che viene trasmesso potrebbe essere male interpretato: non importa quanti crimini vengono commessi, la pena applicata coincide soltanto con quella prevista per la fattispecie più grave. Come sottolineato anche dall'appello proposto dal Procuratore nel caso *Bemba*, l'abbandono dell'automatica applicazione della pena più grave (con effetto assorbente) a favore di una riflessione ponderata circa la necessità (o meno) di aggravare la pena finale, agevolerebbe il recupero dell'effetto deterrente svolto dal sistema dello Statuto di Roma.<sup>31</sup>

Infine, con riferimento alla prassi rivolta all'assorbimento, può osservarsi che le giurisdizioni internazionali, in particolare quello per la ex Jugoslavia, hanno imposto l'esecuzione simultanea delle sanzioni. La Corte penale internazionale, come si è visto, non può accontentarsi di stabilire che le pene devono eseguirsi *concurrently*, ma è costretta a determinare la pena finale. Nei casi precedenti alla sentenza *Bemba* la pena finale non è mai stata aggravata. La sentenza d'appello sarà dunque una verifica importante anche rispetto alla determinazione della pena, poiché potrebbe essere implementato un (auspicabile) approccio, distinto dalle precedenti

<sup>30</sup> ICC, *Prosecutor v. Bemba Gombo*, Prosecution's Document in Support of Appeal against Trial Chamber III's "Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute", ICC-01/05-01/08 A2, 21 ottobre 2016, par. 31 e ss.

<sup>31</sup> ICC, *Prosecutor v. Bemba Gombo*, Prosecution's Appeal, cit., par. 62.

decisioni, e rivolto all'aumento di pena – o quantomeno ad un'accurata riflessione circa l'opportunità di aggravarla – ovvero confermare l'indirizzo precedente. In questa ultima ipotesi si potrebbe allora rinvenire un orientamento che va verso l'assorbimento all'interno della prassi della Corte penale internazionale.

EMANUELA FRONZA



## TRIBUNALI PENALI INTERNAZIONALI

### La prima sentenza delle Camere straordinarie africane. Il caso *Habré*

#### 1. *Introduzione*

Il 30 maggio 2016 la Camera Straordinaria Africana d'Assise ha condannato all'ergastolo Hissène Habré, ex Capo di Stato del Chad dal 1982 al 1990, per aver commesso numerosi crimini di guerra, crimini contro l'umanità e atti di tortura in un arco temporale che si estende per tutta la durata del suo regime.<sup>1</sup>

Nel 1992 la Commissione Verità del Chad<sup>2</sup> stimò che circa 40.000 persone erano state uccise durante il regime di Habré. A partire da questo dato le associazioni delle vittime si mobilitarono per lo svolgimento di un processo penale, trovando il sostegno anche di alcune organizzazioni non governative.<sup>3</sup> Nonostante le difficoltà incontrate nel corso degli anni, l'istanza di giustizia trovò accoglimento dal 20 luglio 2015, data di apertura del processo Habré. Il dittatore, soprannominato il "Pinochet africano", è stato accusato di aver commesso atti di tortura, crimini contro l'umanità e crimini di guerra.<sup>4</sup>

Definito "una pietra miliare per la giustizia africana",<sup>5</sup> il processo ha visto la

---

<sup>1</sup> CAE, *Ministère Public c. Hissain Habré*, Jugement, Chambre Africaine Extraordinaire d'Assises, 30 maggio 2016.

<sup>2</sup> *Report of the Commission of Inquiry into the Crimes and Misappropriations Committed by Ex-President Habré, his Accomplices and/or Accessories*, 7 maggio 1992, reperibile al link <http://www.usip.org/publications/truth-commission-chad>.

<sup>3</sup> Sull'attività svolta da parte di *Human Rights Watch* prima e durante il processo, soprattutto con riferimento alla raccolta delle prove documentali, cfr. il sito <https://www.hrw.org/news/2016/05/03/qa-case-hissene-habre-extraordinary-african-chambers-senegal#1>.

<sup>4</sup> In particolare, i capi di imputazione sono: omicidio, esecuzioni sommarie massive e sistematiche, sparizione forzata di persone, stupro, schiavitù sessuale, tortura e atti inumani qualificati come crimini contro l'umanità; l'omicidio, la tortura, i trattamenti crudeli e disumani, il trasferimento e la detenzione illegali qualificati come crimini di guerra; il crimine di tortura, definito ai sensi della Convenzione contro la tortura (CAT) delle Nazioni Unite del 10 dicembre 1984.

<sup>5</sup> *New York Times*, *A Milestone for Justice in Africa*, The Opinion Pages, 22 luglio 2015.

partecipazione di 93 testimoni e si è concluso l'11 febbraio 2016. Non potrà essere analizzato in maniera esaustiva; basti qui segnalare, tra le numerose questioni giuridiche rilevanti, emerse durante il processo, quelle che sono, a nostro avviso, le più rilevanti, ovvero la natura dell'organo giudicante, i modelli di responsabilità e, infine, i profili relativi al concorso di norme.

## 2. *Le Camere Straordinarie Africane in Senegal*

Il primo aspetto su cui occorre brevemente richiamare l'attenzione riguarda il luogo di svolgimento del processo. Quest'ultimo si è svolto in Senegal, paese in cui si trovava l'ex-dittatore in esilio una volta decaduto dal potere. Il Senegal non disponeva di una legislazione adeguata per perseguire i crimini internazionali. Nel 2007 venne modificato il codice penale e introdotte le fattispecie di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra per poter processare Habré. Quest'ultimo, lamentando una violazione del principio di legalità, si rivolse alla Corte dell'ECOWAS.<sup>6</sup> Quest'ultima affermò la necessità di istituire un tribunale internazionale nel rispetto del principio di irretroattività della legge penale.<sup>7</sup> Nel 2012, inoltre, la Corte Internazionale di Giustizia, rilevata la violazione da parte del Senegal degli obblighi imposti dalla Convenzione contro la tortura del 1984, chiese al governo africano di processare o estradare Habré (il Belgio aveva emesso un mandato di cattura).

In seguito alle summenzionate pronunce, il Senegal concluse un accordo con l'Unione Africana (UA) per istituire le Camere Straordinarie.<sup>8</sup> Queste ultime sono competenti a giudicare i maggiori responsabili di crimini contro l'umanità, crimini di guerra, genocidio e atti di tortura in Chad commessi tra il 7 giugno 1982 e l'1 dicembre 1990. Le pene previste sono la reclusione fino a 30 anni, l'ergastolo se giustificato dall'estrema gravità dei crimini commessi e la multa. Nel caso di una lacuna dello Statuto troverà applicazione la legge senegalese, ovvero il codice di procedura penale, i principi generali e le Convenzioni internazionali ratificate dal Senegal.<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> Trattasi della Corte della Comunità Economica degli Stati dell'Africa Occidentale. Essa ha competenza a giudicare sulle controversie relative all'applicazione e interpretazione del Trattato istitutivo della Comunità, nonché sui ricorsi proposti dai cittadini degli Stati membri che lamentino una violazione dei diritti umani da parte di qualsiasi Stato membro.

<sup>7</sup> Per un commento critico alla decisione, del quale si condividono in gran parte le conclusioni, cfr. V. SPIGA, *Non-retroactivity of Criminal Law. A New Chapter in the Hissène Habré Saga*, in *Journal of International Criminal Justice*, 9, 2011, 5-23.

<sup>8</sup> *Accord entre le Gouvernement de la République du Senegal et l'Union Africaine sur la creation de Chambres Africaines Extraordinaires au sein des juridictions Senegalaises*, 22 aprile 2012; per ulteriori dettagli si veda il sito delle Camere Straordinarie: <http://www.chambresafriaines.org>.

<sup>9</sup> Per un approfondimento cfr. M. FALL, *The Extraordinary African Chambers: The Case of Hissène Habré*, in G. WERLE, L. FERNANDEZ, M. VORMBAUM (a cura di), *Africa and the International Criminal Court*, Springer, The Hague, 2014, 117-131.

Le Camere Straordinarie appartengono dunque a quell'insieme, variegato, di meccanismi<sup>10</sup> per giudicare i crimini internazionali ed, in particolare alla categoria dei cd. tribunali misti e internazionalizzati.<sup>11</sup> Questi ultimi, pur con alcune differenze, presentano alcuni caratteri comuni, quale la composizione mista degli organi con personale sia internazionale che statale, una competenza *ratione materiae* determinata sia da fonti internazionali che interne, la natura temporanea e la collocazione nel luogo di commissione delle atrocità.<sup>12</sup> Le Camere Straordinarie presentano solo taluni di questi elementi e sono state definite come un tribunale internazionalizzato, ovvero un'istituzione essenzialmente statale che presenta, però, una forte partecipazione da parte di altri Stati o di organizzazioni internazionali (nel caso di specie, l'UA).<sup>13</sup>

### 3. I modelli di responsabilità applicati

Nel caso in esame le Camere Straordinarie hanno applicato quattro diversi modelli di responsabilità penale. Habré è stato condannato infatti per aver commesso in prima persona degli atti di violenza sessuale e di tortura (cd. autoria immediata),<sup>14</sup> per aver ordinato l'uccisione di due uomini per mano delle forze armate (responsabilità per ordine del superiore),<sup>15</sup> per aver partecipato a un piano criminale comune (JCE) e, infine, per non aver adottato tutte le misure necessarie e ragionevoli per impedire o reprimere i crimini commessi dai propri subordinati (cd. *superior* o *command responsibility*).<sup>16</sup>

È importante segnalare che le Camere Straordinarie hanno adottato, come modello di coautoria, la teoria della *Joint Criminal Enterprise* del Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia (ICTY), e non il modello, di impronta oggettivistica, del *Joint Control Over the Crime* sviluppato dalla Corte penale internazionale.<sup>17</sup>

In relazione agli elementi oggettivi necessarie per la configurazione di una JCE, non si riscontrano differenze tra quanto stabilito dalla giurisprudenza dell'ICTY e

<sup>10</sup> Cfr. R. WENIN, G. FORNASARI, E. FRONZA (a cura di), *La persecuzioni dei crimini internazionali. Una riflessione sui diversi meccanismi di risposta. Atti del XLII Seminario internazionale di studi italo-tedeschi, Merano, 14-15 novembre 2014*, Università degli Studi di Trento, 2015.

<sup>11</sup> Sulla differenza tra tribunali misti, ibridi e internazionali C. STAHN, *The Geometry of Transitional Justice: Choices of Institutional Design*, in *Leiden Journal of International Law*, 2005, 18(3), 436.

<sup>12</sup> Per un approfondimento si rinvia a S. WILLIAMS, *Hybrid and Internationalised Criminal Tribunals. Selected Jurisdictional Issues*, Hart, Oxford-Portland, 2012, 249.

<sup>13</sup> S. WILLIAMS, *The Extraordinary African Chambers in the Senegalese Courts. An African Solution to an African Problem?*, in *Journal of International Criminal Justice*, 11, 2013, 1146.

<sup>14</sup> CAE, *Ministère Public v. Hissain Habré*, Jugement, cit., par. 1840.

<sup>15</sup> CAE, *Ministère Public v. Hissain Habré*, Jugement, cit., par. 1863.

<sup>16</sup> CAE, *Ministère Public v. Hissain Habré*, Jugement, cit., par. 2261.

<sup>17</sup> Sulla differenza tra i due modelli si rinvia a M. COSTI, *Autoria e forme di partecipazione criminosa*, in E. AMATI, M. COSTI, E. FRONZA, P. LOBBA, E. MACULAN, A. VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Giappichelli, Torino, 2016, 103-105.

la sentenza *Habré*: è necessaria una pluralità di persone; il piano comune deve essere diretto alla commissione di un crimine o ne deve ricomprendere la realizzazione; la partecipazione del coautore avviene attraverso un contributo significativo.<sup>18</sup>

Anche per quanto riguarda l'elemento soggettivo non si riscontrano discordanze, poiché le Camere Straordinarie ripropongono la triplice distinzione tra forma base (JCE I), in cui il soggetto contribuisce alla realizzazione del piano comune nella consapevolezza e volontà che l'evento criminoso si verificherà, la forma sistematica (JCE II), in cui l'imputato si inserisce all'interno di una struttura organizzata criminosa come un campo di concentramento o di detenzione, e la forma estesa (JCE III), in cui il soggetto viene ritenuto responsabile di un crimine diverso da quello pianificato se esso costituisce una naturale e prevedibile conseguenza dell'esecuzione del piano originario ed egli ne ha accettato il rischio di verifica (dolo eventuale).<sup>19</sup>

Tuttavia, va sottolineata l'adozione della forma estesa di JCE. Dopo una ricognizione della giurisprudenza internazionale a partire da Norimberga e dai processi istituiti dopo la Legge del Consiglio di Controllo n. 10, le Camere Straordinarie affermano che la terza forma di JCE era già parte del diritto consuetudinario nel 1982, data che segna l'inizio della competenza *ratione temporis* del tribunale.<sup>20</sup> Tale risultanza si pone in contrasto con l'indirizzo, di segno opposto, elaborato dalle Camere Straordinarie in Cambogia, secondo cui la forma estesa di JCE non può considerarsi parte del diritto consuetudinario nel periodo che intercorre tra il 1975 e il 1979 (e non registrandosi particolari sviluppi nel diritto penale internazionale fino al 1990, con ogni probabilità le Camere cambogiane confermerebbero il loro approccio restrittivo anche con riferimento al periodo di commissione dei crimini da parte di *Habré*).<sup>21</sup>

#### 4. Concorso di norme e di reati

Come già avvenuto nella giurisprudenza di altri tribunali misti,<sup>22</sup> la sentenza *Habré* come unico criterio di soluzione delle problematiche relative al concorso di norme ha adottato il cd. test *Čelebići*. Come noto, tale test, sviluppato dalla Came-

<sup>18</sup> CAE, *Ministère Public v. Hisein Habré*, Jugement, cit., par. 1894-1900.

<sup>19</sup> CAE, *Ministère Public v. Hisein Habré*, Jugement, cit., par. 1901-1904.

<sup>20</sup> CAE, *Ministère Public v. Hisein Habré*, Jugement, cit., par. 1885.

<sup>21</sup> Tale indirizzo, inaugurato dalla Camera preliminare delle ECCC, è stato recentemente confermato dalla sentenza d'appello nel caso 002. Cfr. ECCC, *Prosecutor v. Nuon Chea and Khieu Samphan (case 002)*, Judgment, SC, 002/19-09-2007/ECCC/SC, 23 novembre 2016, par. 791 e il breve commento in *questo numero*.

<sup>22</sup> Cfr. la Corte Speciale per la Sierra Leone, SCSL, *Prosecutor v. Sesay et al. (RUF)*, Appeal Judgment, cit., par. 1190, e le Camere Straordinarie in Cambogia, ECCC, *Prosecutor v. Kaing Guev Eav alias Duch (001)*, Appeal Judgment, Supreme Court Chamber, 001/18-07-2007/ECCC/SC, 3 febbraio 2012, par. 287.

ra d'appello dell'ICTY,<sup>23</sup> adotta il principio di specialità unilaterale e prevede che una medesima azione possa violare più disposizioni – e dunque esser punita senza alcuna violazione del divieto di *double jeopardy* – ogni volta che «ciascuna fattispecie richiede la prova di un elemento che all'altra manca»;<sup>24</sup> se il test non viene superato significa che le norme si trovano in un rapporto di specialità, e il giudice dovrà applicare soltanto la disposizione speciale.

Ad eccezione del concorso apparente rilevato tra l'omicidio e la pratica delle esecuzioni sommarie, in cui il primo è stato considerato fattispecie speciale rispetto alle seconde,<sup>25</sup> l'applicazione del test *Čelebići* ha portato all'affermazione di un concorso (formale) di reati in tutte le ipotesi di sovrapposizione normativa. Così, lo stesso fatto è stato punito sia come stupro che come violenza sessuale, come stupro e tortura, come omicidio e sparizione forzata, come omicidio e atti inumani (tutti qualificati come crimini contro l'umanità).<sup>26</sup>

Maggiori perplessità suscitano due ulteriori qualificazioni giuridiche multiple.

La prima riguarda il concorso di reati tra i crimini di guerra concernenti i membri delle forze armate, i prigionieri di guerra, i civili e i beni protetti dalle Convenzioni di Ginevra del 1949 (art. 7, comma 2, StCAE), da un lato, e le gravi violazioni dell'art. 3 comune alle Convenzioni di Ginevra del 1949 (art. 7, comma 1, StCAE), dall'altro.<sup>27</sup> Tale pronuncia si pone in aperta contrapposizione con quanto stabilito dalla giurisprudenza dell'ICTY, secondo la quale il concorso tra le violazioni alle Convenzioni di Ginevra e le altre violazioni alle leggi e consuetudini di guerra, in cui vi rientrano quelle relative all'art. 3 comune, è sempre apparente, risolvendosi in favore dell'applicazione delle prime soltanto.<sup>28</sup>

<sup>23</sup> ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al. (Čelebići)*, Judgment, AC, IT-96-21-A, 20 febbraio 2001, par. 412-413.

<sup>24</sup> M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, Giappichelli, Torino, 1997, 237.

<sup>25</sup> CAE, *Ministère Public v. Hisein Habré*, Jugement, cit., par. 2286.

<sup>26</sup> CAE, *Ministère Public v. Hisein Habré*, Jugement, cit., par. 2276-2284.

<sup>27</sup> CAE, *Ministère Public v. Hisein Habré*, Jugement, cit., par. 2270.

<sup>28</sup> ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Appeal Judgment, cit., par. 420. Nel raffrontare le due fattispecie i giudici avevano affermato che le gravi violazioni alle Convenzioni di Ginevra contengono un elemento tipico distinto che non è presente nelle violazioni alle leggi e consuetudini di guerra, ovvero lo *status* speciale di “persona protetta”. Secondo i giudici delle Camere Straordinarie tale elemento non sarebbe applicabile all'interno del caso *Habré* poiché l'art. 7, comma 1, StCAE prevede lo *status* di “persona protetta” della vittima e la presenza di un conflitto armato internazionale, mentre l'art. 7, comma 2, StCAE richiede che la vittima non partecipi attivamente alle ostilità e che vi sia in corso un conflitto armato non internazionale. Contenendo elementi tipici distinti, la sovrapposizione normativa si risolve in un concorso di reati. Tuttavia, tale applicazione eccessivamente rigorosa del principio di specialità pare errata, sia perché la natura del conflitto armato non dovrebbe costituire un elemento tipico rilevante nel raffronto tra fattispecie, sia perché affermare l'esistenza di un concorso formale significa ammettere la possibilità di configurare un concorso tra fattispecie in parte eterogenee (il conflitto è internazionale o non internazionale: se è misto, allora dovrebbe prevalere l'art. 7, comma 1, StCAE che richiede lo *status* di “persona protetta” della vittima).

La seconda perplessità ha ad oggetto il crimine di tortura. Gli stessi fatti di tortura sono stati qualificati sia a titolo di crimine di guerra, sia come crimine contro l'umanità che come reato comune.<sup>29</sup> La triplice qualificazione pare criticabile non tanto perché anche la tortura come crimine di guerra e contro l'umanità è definita come reato proprio a dolo specifico, e quindi ciò che differenzia le tre fattispecie risulta essere unicamente l'elemento di contesto; ma perché così facendo si finisce per ammettere un concorso tra un reato comune e un crimine internazionale. In altre parole, il cumulo ha ad oggetto un reato privo di un elemento di contesto, e un crimine che invece prevede, per definizione, tale elemento. Data la funzione distintiva e selettiva che l'elemento di contesto svolge nella tipizzazione delle fattispecie internazionali, sottolineandone la gravità attraverso la loro natura collettiva,<sup>30</sup> sarebbe stato più opportuno considerare tale elemento come un *quid pluris* capace di conferire specialità alle fattispecie internazionali.

Il caso *Habré* conferma, dunque, la prassi in materia di concorso di norme sia attraverso la ricezione del test *Čelebići* come unico criterio di soluzione del dilemma, sia attraverso l'effetto espansivo che consegue alla sua rigida applicazione; effetto che viene esteso, per la prima volta da parte di un tribunale internazionale, anche al concorso tra un reato comune e un crimine internazionale.

## 5. Conclusione

Il processo *Habré* rappresenta una svolta importante per la giustizia africana. Da un lato, le Camere Straordinarie costituiscono il primo tribunale (internazionalizzato) istituito con il coinvolgimento dell'Unione Africana e potrebbero aprire la strada a ulteriori giurisdizioni *ad hoc* nel continente, soprattutto dopo la crisi politica che sta ridisegnando i rapporti tra Corte penale internazionale e Africa.<sup>31</sup> Dall'altro, a differenza di altre ipotesi si tratta in questo caso di un processo voluto e non imposto, almeno in apparenza.

Tuttavia, il caso *Habré* presenta anche talune criticità di non poco conto. Le Camere Straordinarie verranno meno, una volta che il processo *Habré* si sarà concluso. Le ragioni sono in parte politiche e in parte giuridiche. Cinque imputati non sono comparsi perché già processati, irreperibili o perché il Chad non ne ha concesso l'estradizione; per contro, nessuna accusa è stata mossa nei confronti di Idriss Déby, attuale presidente chadiano, che ricopriva la carica di comandante

---

<sup>29</sup> Sulla base del fatto che la tortura come crimine di guerra richiede la presenza di un conflitto armato, quella qualificata come crimine contro l'umanità la presenza di un attacco esteso o sistematico nei confronti della popolazione civile, mentre la tortura come reato comune non richiede nessuno dei due requisiti: CAE, *Ministère Public v. Hisssein Habré*, Jugement, cit., par. 2275.

<sup>30</sup> Cfr. G.P. FLETCHER, *The Storrs Lectures. Liberals and Romantics at War: The Problem of Collective Guilt*, in *Yale Law Journal*, 111, 2002, 1514.

<sup>31</sup> Cfr. il volume di G. WERLE, L. FERNANDEZ, M. VORMBAUM (a cura di), *Africa and the International Criminal Court*, cit.



delle forze di sicurezza di Habré durante il periodo del cd. Settembre nero nel 1984.<sup>32</sup> La condanna del solo Habré rischia di far dimenticare che quando è l'apparato statale, attraverso le forze armate e di polizia, a commettere sistematicamente gravissimi crimini mediante una campagna di repressione fisica, ideologica e culturale, la "questione della colpa" non può mai limitarsi ai vari Hitler, Pinochet o Habré, ma dovrebbe coinvolgere tutta l'organizzazione.

\* \* \*

## La repressione dei crimini commessi nella Kampuchea democratica. La sentenza d'appello delle Camere straordinarie nel caso 002

### 1. *Le Camere Straordinarie nelle Corti in Cambogia*

Con sentenza d'appello del 23 novembre 2016, le Camere Straordinarie in Cambogia (*Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia*, ECCC) hanno confermato la condanna all'ergastolo di Nuon Chea e Khieu Samphan per crimini contro l'umanità commessi nel territorio della Kampuchea Democratica (Cambogia).<sup>33</sup>

Le Camere Straordinarie sono state istituite nel 2003 con un accordo bilaterale tra il governo cambogiano e le Nazioni Unite<sup>34</sup> e sono riconducibili nella categoria dei tribunali misti. Esse si caratterizzano infatti per la composizione eterogenea degli organi, con una maggioranza di giudici nazionali e una minoranza di giudici internazionali; hanno natura temporanea, pur essendo parte integrante dell'ordinamento giuridico cambogiano; sono istituite nel luogo di commissione delle atro-

<sup>32</sup> Déby fu poi rimosso dal suo incarico e, dopo un periodo di studio in un'accademia militare francese, tornò in Chad per rovesciare il regime di Habré. Le ragioni politiche circa la rinuncia di processare l'attuale presidente Déby sembrano evidenti. Per maggiori informazioni si veda il sito <https://www.hrw.org/news/2016/05/03/qa-case-hissene-habre-extraordinary-african-chambers-senegal#7>.

<sup>33</sup> ECCC, *Prosecutor v. Nuon Chea and Khieu Samphan (case 002)*, Judgment, SC, 002/19-09-2007/ECCC/SC, 23 novembre 2016 (d'ora in avanti: Appeal Judgment).

<sup>34</sup> Cfr. *Agreement between the United Nations and the Royal Government of Cambodia concerning the prosecution under Cambodian law of crimes committed during the period of Democratic Kampuchea*, 6 giugno 2003. Sulle ECCC si rinvia al sito istituzionale <https://www.eccc.gov.kh/en> e ai contributi di S.M. MEISENBERG, I. STEGMILLER (a cura di), *The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia. Assessing their Contribution to International Criminal Law*, Springer, The Hague, 2016; D. BOYLE, *Establishing the Responsibility of the Khmer Rouge Leadership for International Crimes*, in *Yearbook of International Humanitarian Law*, 5, 2002, 167-218; S. WILLIAMS, *The Cambodian Extraordinary Chambers. A Dangerous Precedent for International Justice?*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 53(1), 2003, 227-245.



cità ai fini di garantire una maggior vicinanza e responsabilizzazione delle istituzioni locali.<sup>35</sup>

Le Camere Straordinarie hanno competenza a giudicare i maggiori responsabili dei crimini e delle gravi violazioni del diritto (penale) nazionale, del diritto umanitario e delle convenzioni internazionali ratificate dalla Cambogia, commesse tra il 17 aprile 1975 e il 6 gennaio 1979, periodo che coincide con la presa del potere da parte del regime comunista di Pol Pot.<sup>36</sup> Di conseguenza, le Camere hanno competenza a giudicare sia reati comuni, come l'omicidio e le lesioni personali, che crimini internazionali, come il genocidio, i crimini contro l'umanità e le gravi violazioni alle Convenzioni di Ginevra del 1949.

Il primo caso conclusosi davanti alle ECCC ha riguardato l'imputato Kaing Guak Eav, meglio noto come Duch, direttore del centro di detenzione S-21, condannato per crimini contro l'umanità e crimini di guerra. I fatti si inseriscono nel clima di sospetto e violenza fisica e psicologica che ha investito tutta la popolazione civile cambogiana. Anche in Cambogia la storia si è ripresentata secondo il classico paradigma del totalitarismo: il mantenimento del potere ha generato sospetto, il quale si è tradotto in violento e disperato tentativo di controllo delle menti e delle idee del popolo; il risultato fu una massiccia violazione dei diritti umani attraverso la repressione, anche fisica, di qualsiasi oppositore politico, vero o presunto che fosse.

Il caso in esame, invece, era originariamente diretto contro quattro imputati: Ieng Sary, ministro degli esteri del governo khmer; Ieng Thirith, ministro degli affari sociali; Nuon Chea, conosciuto anche come il "fratello numero 2" (il numero uno era Pol Pot), vice-segretario del partito comunista; Khieu Samphan, capo di Stato della Kampuchea Democratica. Dopo che Ieng Sary morì per cause naturali durante il processo e Ieng Thirith fu giudicata inferma di mente a causa della demenza senile, il caso 002 si è concluso nei confronti di soli due imputati.

In primo grado Nuon Chea e Khieu Samphan furono ritenuti colpevoli di aver commesso i crimini di sterminio, persecuzione su basi politiche e altri atti inumani, tra cui figurano il trasferimento forzato della popolazione, le sparizioni forzate e gli attacchi contro la dignità delle persone. Tutte le condotte furono qualificate come crimini contro l'umanità ed entrambi gli imputati furono condannati all'ergastolo.<sup>37</sup>

Tra le numerose questioni emerse nel corso del giudizio d'appello, in questo breve commento si presenteranno quelle, a nostro avviso, più significative. In par-

---

<sup>35</sup> Sulle giurisdizioni miste si rinvia a S. NOUWEN, *Hybrid Courts: The Hybrid Category of a New Type of International Crimes Courts*, in *Utrecht Law Review*, 2, 2006; C. RAGNI, *I tribunali penali internazionalizzati. Fondamento, giurisdizione e diritto applicabile*, Giuffrè, Milano, 2012; E. CIMIOTTA, *I tribunali penali misti*, Cedam, Milano, 2009.

<sup>36</sup> Per un approfondimento storico cfr. B. TOBAGI (a cura di), *Cambogia, dentro lo sterminio*, Feltrinelli, Milano, 2007, e bibliografia ivi citata.

<sup>37</sup> ECCC, *Prosecutor v. Nuon Chea and Khieu Samphan (case 002)*, Judgment, TC, 002/19-09-2007/ECCC/TC, 7 agosto 2014.

ticolare: la *mens rea* del crimine di sterminio, il fondamento politico dei motivi discriminatori della persecuzione e l'applicazione della teoria della *Joint Criminal Enterprise* quale modello di imputazione soggettiva.

## 2. *L'elemento soggettivo del crimine di sterminio. Un approccio restrittivo*

La Camera di primo grado ha definito lo sterminio come un'azione o un'omissione diretta all'uccisione di persone su vasta scala. Con riferimento all'elemento soggettivo, i giudici hanno affermato che l'agente deve possedere la volontà di causare l'evento tipico, ovvero la morte di individui su vasta scala (dolo intenzionale). In aggiunta, si ammette anche il dolo eventuale, che ricorre qualora l'imputato voglia infliggere lesioni personali gravi o imporre condizioni di vita idonee a condurre alla morte, nella consapevolezza che tali condotte possano causare la morte di un alto numero di individui. Tale orientamento è in linea con alcune pronunce del Tribunale per la ex Jugoslavia e delle stesse Camere Straordinarie.<sup>38</sup>

La Camera d'appello, tenendo ben distinta la definizione dell'omicidio da quella dello sterminio, giunge a una conclusione opposta e ritiene viziato da un errore di diritto il ragionamento dei giudici di primo grado.<sup>39</sup> Dopo aver affermato che il crimine di sterminio costituisce la fattispecie-base a partire dalla quale si è sviluppata la definizione di genocidio, si stabilisce che storicamente lo sterminio è stato definito, nei suoi elementi oggettivi, come un macro-evento di omicidio di massa diretto nei confronti della popolazione. Lo scopo dell'autore di uno sterminio coincide, dunque, con l'eliminazione fisica di individui facenti parte di un gruppo. Tale elemento caratterizzante, che lega la condotta tipica ad una rappresentazione della vittima in chiave di appartenenza a un gruppo, porta ad escludere, per definizione, il dolo eventuale come modello di imputazione soggettiva dello sterminio.<sup>40</sup>

Tuttavia, ciò non significa che l'autore deve avere conoscenza di determinati eventi-morte che intercorrono durante la condotta illecita. La norma esige di provare che l'autore del reato possieda la volontà di uccidere un numero elevato di individui appartenenti a un gruppo, a prescindere poi dal fatto che egli nutra dei dubbi circa l'effettiva verifica dell'evento criminoso. In altri termini, non è sufficiente che l'autore accetti il rischio che la propria condotta possa produrre un evento massivo di uccisioni, ma deve agire con la volontà di causare l'evento morte (su larga scala).

L'approccio restrittivo adottato dalla sentenza d'appello può essere accolto positivamente. Da un lato, ribadisce quanto già affermato in alcune pronunce del

<sup>38</sup> ICTY, *Prosecutor v. Radislav Krstic*, Judgment, TC, IT-98-33-T, 2 agosto 2001, par. 495 e ECCC, *Prosecutor v. Kaing Guek Eav alias Duch (case 001)*, Judgment, TC, 001/18-07-2007/ECCC/TC, 26 luglio 2010, par. 338.

<sup>39</sup> ECCC, *case 002*, Appeal Judgment, cit., par. 522.

<sup>40</sup> ECCC, *case 002*, Appeal Judgment, cit., par. 520.

Tribunale per il Ruanda.<sup>41</sup> Dall'altro, la prova del dolo intenzionale limita l'intervento di una giurisdizione internazionale alle sole condotte poste in essere con la volontà di realizzare l'evento tipico. In questo senso, l'esclusione del dolo eventuale risponde all'esigenza di limitare, anche dal punto di vista soggettivo, l'attività della corte alle condotte più gravi idonee a ledere o minacciare l'ordine internazionale.

### 3. *I motivi politici alla base della condotta persecutoria. Un approccio estensivo*

In sede d'appello, la difesa di Nuon Chea ha criticato la definizione del crimine di persecuzione fondata su motivazioni politiche enunciata dalla Camera di primo grado, secondo cui gli atti persecutori possono essere commessi anche ai danni di un gruppo che non condivide, al suo interno, alcuna fede politica. Secondo l'imputato, sarebbe necessario dimostrare che la collettività presa di mira dall'autore del reato condivida un pensiero politico comune.

La sentenza d'appello riconosce la fondamentale importanza dell'elemento discriminatorio e conferma la necessità che la vittima diventi bersaglio della condotta tipica in ragione della sua appartenenza a un gruppo sufficientemente determinato e distinguibile su basi razziali, religiose o politiche.<sup>42</sup> Il punto centrale oggetto di disputa riguarda, tuttavia, le modalità di definizione del gruppo-vittima. Qual è il soggetto che deve qualificare un insieme di persone come un gruppo? E in basi a quali criteri?<sup>43</sup>

La risposta che ci viene offerta dalla sentenza d'appello è chiara: il gruppo-vittima è definito dallo stesso autore del reato. Ciò significa che nel caso di persecuzione fondata su motivi politici non è necessario che i singoli individui-vittima condividano un orientamento politico comune e al contempo ostile a quello dei perpetratori, ma è sufficiente che gli autori qualifichino una collettività come "gruppo oppositore" all'implementazione dell'agenda politica statale.<sup>44</sup> L'identificazione del gruppo è dunque appannaggio delle percezioni e delle rappresentazioni dello stesso autore del reato.

Quali possono essere i rischi dell'approccio estensivo adottato dalle ECCC? L'aspetto più problematico sembra essere l'unilaterale e soggettiva qualificazione del gruppo-vittima da parte dell'autore, la quale non necessita della presenza di alcuna caratteristica oggettiva riconoscibile da un osservatore esterno. Inoltre, in

<sup>41</sup> Cfr. ICTR, *Prosecutor v. Ntakirutimana and Ntakirutimana*, Appeal Judgment, AC, ICTR-96-10-A, 13 dicembre 2004, par. 522 e ICTR, *Prosecutor v. Sylvestre Gacumbitsi*, Appeal Judgment, AC, ICTR-2001-64-A, 7 luglio 2006, par. 86.

<sup>42</sup> ECCC, *case 002*, Appeal Judgment, cit., par. 667.

<sup>43</sup> La questione si pone, in modo analogo, con riferimento al gruppo-vittima del crimine di genocidio, per la quale si rinvia a W.A. SCHABAS, *Genocide in International Law: the Crime of Crimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, 109 e ss.

<sup>44</sup> ECCC, *case 002*, Appeal Judgment, cit., par. 669.

base all'approccio suddetto il gruppo politico potrebbe essere definito negativamente: i gruppi-vittima, cioè, non sarebbero più individuati in base all'appartenenza ad una qualsiasi fede politica (peraltro di non sempre facile identificazione) ma soltanto in base alla non condivisione del programma politico della classe al potere. In altri termini, in un regime totalitario di fede comunista come nel caso cambogiano, i gruppi politici oppositori non sarebbero rappresentati dalla destra o dalla sinistra moderata, ma si identificherebbero in un unico grande gruppo accumulato dal solo fatto di non condividere l'ideologia comunista, a prescindere dalle rispettive fedi politiche.

Tuttavia, l'approccio estensivo adottato dalla Corte può essere valutato positivamente. In primo luogo, perché ribadisce la giurisprudenza penale internazionale post-Norimberga e dei Tribunali *ad hoc* per la ex Jugoslavia e il Ruanda. Come sottolinea la stessa sentenza d'appello delle ECCC<sup>45</sup> la politicità dei gruppi-vittima è sempre stata intesa in un senso ampio e, comunque, libero dalla condivisione di un'ideologia politica tra i membri. Di conseguenza, la definizione normativa si distanzia dal concetto di "gruppo" o "partito" politico utilizzato dal linguaggio comune.

In secondo luogo, occorre rammentare il rapporto tra la persecuzione, quale crimine contro l'umanità, e il crimine di genocidio. Pur trattandosi di due distinte macrocategorie di crimini, la seconda rappresenta lo sviluppo logico in chiave restrittiva della prima, essendo rivolta alla protezione dei soli gruppi razziali, etnici, nazionali e religiosi. Il gruppo politico non trova tutela all'interno della fattispecie di genocidio: un'interpretazione troppo restrittiva del gruppo-vittima porterebbe a un vuoto di tutela poiché non si potrebbero reprimere le condotte persecutorie fondate su motivi politici.

In terzo luogo, l'approccio estensivo soddisfa esigenze di politica criminale e di prevenzione generale in materia di repressione dei crimini internazionali. La fenomenologia dei crimini contro l'umanità dimostra come all'interno dei regimi totalitari le persecuzioni di natura politica poco si preoccupano di ripercuotersi su gruppi politici in senso stretto. Piuttosto, la volontà di rafforzamento e conservazione del potere da parte della classe dirigente genera violenza nei confronti di qualsiasi individuo ritenuto una potenziale minaccia all'ordine costituito. La possibilità di qualificare come politica la persecuzione attuata nei confronti di gruppi che non condividono un'ideologia comune si rende dunque necessaria per evitare vuoti di tutela. Anche perché nei contesti di conflitto sociale proprio gli individui che non sbandierano una fede politica e si collocano al di fuori della lotta per il potere costituiscono le vittime innocenti *par excellence* che il diritto dovrebbe proteggere.

#### 4. *L'applicazione della teoria della Joint Criminal Enterprise. Un approccio restrittivo*

Il modello della responsabilità penale individuale applicato dalla Camera di primo grado, sul quale ci si soffermerà brevemente, coincide con quello del cd.

<sup>45</sup> ECCC, *case 002*, Appeal Judgment, cit., par. 677.

*common criminal purpose* o *Joint Criminal Enterprise* (JCE). Questa forma di imputazione permette di qualificare come autore principale (e non come semplice partecipe, con evidenti conseguenze sanzionatorie) ciascun concorrente che agisca intenzionalmente nella realizzazione di un piano criminoso comune.<sup>46</sup>

La giurisprudenza internazionale, e in particolare quella dei Tribunali *ad hoc* per la ex Jugoslavia e il Ruanda, ha individuato gli elementi oggettivi e soggettivi che devono essere provati dall'accusa affinché un soggetto possa ritenersi responsabile secondo il modello della JCE.

Con riferimento ai primi, si ritiene necessario dimostrare la presenza di una pluralità di persone (requisito ontologico per qualsiasi modello di concorso di persone nel reato), l'esistenza di un piano comune rivolto alla commissione di un reato o la cui realizzazione ricomprende la commissione di un crimine e, infine, l'apporto significativo prestato dal soggetto all'implementazione del piano comune.<sup>47</sup>

Con riferimento all'elemento soggettivo, si distinguono tre distinte categorie di JCE. La prima, detta "forma base", sussiste qualora tutti i concorrenti contribuiscono alla realizzazione del piano comune con la consapevolezza e volontà di commettere l'evento criminoso; la seconda, detta "*concentration camp cases*", costituisce una variante della prima forma e si verifica all'interno di quei sistemi organizzati di violenza – come campi di prigionia e di concentramento – in cui la partecipazione consapevole al funzionamento del meccanismo di repressione si traduce in condivisione del piano criminoso giustificando una semplificazione di ordine probatorio. La terza forma, detta "estesa", è quella più problematica, e ha ad oggetto la commissione di un crimine ulteriore e diverso rispetto a quello pianificato, la cui realizzazione costituisce comunque una naturale e prevedibile conseguenza dell'implementazione del piano originario: il concorrente, se ha consapevolmente accettato il rischio di verificazione del crimine ulteriore, risponderà a titolo di coautore (dolo eventuale).<sup>48</sup>

La Camera preliminare delle ECCC ha ritenuto che le prime due forme di JCE facevano già parte del diritto consuetudinario all'epoca dei fatti criminosi commessi in Cambogia potendo, dunque, trovare pacifica applicazione senza alcuna violazione del principio di legalità. Per contro, una conclusione opposta è stata raggiunta per quanto riguarda la forma estesa di JCE.<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> Sulla teoria della JCE esiste una copiosa letteratura. Oltre alla manualistica più recente, si rinvia a G. BOAS, J.L. BISCHOFF, N.L. REID, *Forms of Responsibility in International Criminal Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, 7-141 e E. VAN SLIEDREGT, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012. Con specifico riferimento all'applicazione della JCE da parte delle Camere Straordinarie si veda K. GUSTAFSON, *ECCC Tackles JCE. An Appraisal of Recent Decisions*, in *Journal of International Criminal Justice*, 8, 2010, 1323-1332.

<sup>47</sup> Cfr. M. COSTI, *Autoria e forme di partecipazione criminosa*, in E. AMATI, M. COSTI, E. FRONZA, P. LOBBA, E. MACULAN, A. VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Giappichelli, Torino, 2016, 91-95.

<sup>48</sup> ECCC, *case 002*, Appeal Judgment, cit., par. 773.

<sup>49</sup> ECCC, *case 002*, Decision on the Appeals against the Co-Investigation Judges Order on Joint Criminal Enterprise, PTC, 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ, 20 maggio 2010, par. 83.

La sentenza d'appello ha confermato la decisione della Camera preliminare, ritenendo che la terza forma di JCE non era parte del diritto consuetudinario nel periodo temporale che intercorre tra il 1975 e il 1979.<sup>50</sup> Dopo aver esaminato i diversi casi citati dall'accusa a sostegno dell'applicazione della JCE III,<sup>51</sup> i giudici affermano che da nessuna pronuncia giurisprudenziale può sostenersi l'esistenza nel diritto consuetudinario di una forma di responsabilità penale per crimini non ricompresi nel *common purpose*.<sup>52</sup> Di conseguenza, il modello di coautoria fondato sulla teoria della JCE subisce una sostanziale restrizione applicativa: con riferimento ai crimini commessi in Cambogia, la responsabilità penale individuale è limitata alle sole fattispecie criminose «*actually encompassed by the common purpose*», con esclusione di tutti quei crimini sui quali non vi è stata una condivisione da parte dei membri della JCE.<sup>53</sup>

Ma quali sono i criteri che permettono di considerare un crimine come parte del disegno criminoso sul quale vi è stata un'adesione cosciente e volontaria? A tal riguardo le ECCC distinguono due ipotesi. Da un lato, si fa riferimento al piano comune diretto esplicitamente alla commissione di uno o più crimini. In questo caso non sorge alcun problema di sorta, in quanto la realizzazione di una fattispecie criminosa rappresenta l'obiettivo primario del disegno comune.<sup>54</sup> Dall'altro, si fa riferimento al piano comune che ricomprende la commissione di un crimine poiché essa risulta essere il mezzo necessario per ottenere il soddisfacimento dell'obiettivo principale, il quale potrebbe qualificarsi anche come lecito.<sup>55</sup> In questo scenario, non è necessario che i membri della JCE desiderino commettere il crimine-mezzo. Tuttavia, se essi concordano di perseguire lo scopo prefissato nonostante la possibile realizzazione del crimine-mezzo, si può sostenere che anche in questa ipotesi sorge la responsabilità penale in capo ai soggetti: la commissione del reato non è il fine ultimo perseguito dai membri, ma su di essa si forma pur sempre un'adesione psicologica.

In entrambe queste ipotesi vi è una condivisione – esplicita o implicita – sul piano psicologico della commissione (anche potenziale) di un crimine da parte dei membri della JCE. Questi ultimi accettano la verifica del reato perché essa coincide con l'obiettivo primario perseguito ovvero perché rappresenta una condi-

---

<sup>50</sup> ECCC, *case 002*, Appeal Judgment, cit., par. 791.

<sup>51</sup> Tra i numerosi riferimenti alla giurisprudenza nazionale, va richiamata l'attenzione sull'uso nella sentenza in esame della giurisprudenza italiana. Si pensi, a titolo d'esempio, al caso *D'Ottavio*, svoltosi di fronte alla Corte di Cassazione, in cui l'imputato fu condannato per omicidio preterintenzionale: anche in questo caso il reato commesso non cadeva al di fuori del piano comune, poiché il soggetto non sparò per uccidere ma soltanto per ferire e catturare il fuggitivo, e l'evento morte si verificò per circostanze imprevedibili legate a un'infezione poi non curata adeguatamente. Cfr. ECCC, *case 002*, Appeal Judgment, cit., par. 795-804.

<sup>52</sup> ECCC, *case 002*, Appeal Judgment, cit., par. 793.

<sup>53</sup> ECCC, *case 002*, Appeal Judgment, cit., par. 807.

<sup>54</sup> ECCC, *case 002*, Appeal Judgment, cit., par. 807.

<sup>55</sup> ECCC, *case 002*, Appeal Judgment, cit., par. 808.



zione necessaria o eventuale al raggiungimento dello scopo.<sup>56</sup> In tutti gli altri casi, in cui il reato cade al di fuori della deliberazione comune, la responsabilità penale sorge soltanto con riferimento ai soggetti che commettono materialmente il crimine, poiché la sua realizzazione costituisce una scelta autonoma e indipendente degli autori materiali da non potersi imputare agli altri membri della JCE che non hanno espresso alcuna adesione psicologica al fatto illecito.

La decisione d'appello è di notevole significato innanzitutto perché accoglie l'indirizzo restrittivo, già espresso dalla Camera preliminare. La sentenza d'appello, tuttavia, come noto, ha una maggior autorità e potrà influenzare future pronunce anche di altre giurisdizioni sui crimini internazionali.<sup>57</sup>

In secondo luogo, la Corte tiene ben distinto il concetto di "principio di diritto consuetudinario" da quello di "principio generale comune alle tradizioni giuridiche nazionali".<sup>58</sup> Il riferimento alla prassi interna compiuto dal Procuratore per sostenere la natura consuetudinaria della JCE III, a detta dei giudici, si fonda su un'errata convinzione: quella, cioè, che l'esistenza di principi giuridici comuni agli ordinamenti siano da considerarsi automaticamente come diritto consuetudinario. L'analisi (quantitativa) comparata assume indubbia rilevanza nell'identificazione di un principio generale comune alle tradizioni giuridiche, ma non si risolve automaticamente in norma consuetudinaria poiché le disposizioni nazionali non contengono un elemento internazionale, ma sono rivolte a regolare soltanto i rapporti tra individui all'interno dei confini statali. Il solo riferimento alla prassi nazionale rischia di essere fuorviante se utilizzato come esclusiva prova dell'esistenza di una norma di carattere consuetudinario da applicarsi nel campo del diritto penale internazionale.

MARCO BORTOLUZZI

---

<sup>56</sup> ECCC, *case 002*, Appeal Judgment, cit., par. 809.

<sup>57</sup> Di recente, le Camere Straordinarie in Senegal hanno applicato la teoria della JCE. Diversamente da quanto accaduto di fronte alle ECCC, nel caso *Habré* la terza forma di JCE ha trovato applicazione in quanto ritenuta parte del diritto consuetudinario all'epoca di commissione dei crimini, collocata tra il 1982 e il 1990. Cfr. CAE, *Ministère Public c. Hisssein Habré*, Jugement, Chambre Africaine Extraordinaire d'Assises, 30 maggio 2016, par. 1885 e il breve commento della sentenza in *questo numero*.

<sup>58</sup> ECCC, *case 002*, Appeal Judgment, cit., par. 805.



## CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

*Art. 2, Cedu*

**1) Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Seconda Sezione, 6 dicembre 2016, Sarihan c. Turchia (ric. n. 55907/08)**

*<http://budoc.echr.coe.int/eng?i=001-169688> (vi sono opinioni dissenzienti)*

In un caso in cui un pastore, al tempo dei fatti dodicenne, era entrato in un terreno militare minato e aveva riportato gravi lesioni a causa dell'esplosione di una mina, la Corte Edu ha ritenuto, con una maggioranza di cinque voti contro due, che non vi sia stata una violazione dell'art. 2 Cedu da parte della Turchia.

Nel ripercorrere i principi in materia di diritto alla vita, la Corte ricorda come l'art. 2 imponga agli Stati non solo di astenersi dal cagionare intenzionalmente la morte, ma anche di adottare le misure necessarie a proteggere la vita stessa. Tale obbligo positivo di tutela implica, prima di tutto, il dovere di stabilire un sistema legislativo e amministrativo volto a prevenire con efficacia e a scoraggiare la messa in pericolo del diritto alla vita. In presenza di date circostanze, inoltre, impone anche l'obbligo di adottare misure di ordine pratico per proteggere gli individui dagli altri e, in circostanze particolari, anche da se stessi. Questo impegno deve però essere interpretato in modo da non costituire un onere insopportabile o eccessivo per le autorità, tenuto conto, in particolare e tra le altre cose, dell'imprevedibilità dell'agire umano.

Venendo al caso concreto, la Corte ha ritenuto che le autorità turche non avessero violato l'art. 2 Cedu, dal momento che al tempo dei fatti avevano adottato tutte le misure preventive necessarie ad evitare che la vita del ricorrente fosse esposta a rischio a causa delle mine presenti sull'area in questione. Esse avevano infatti provveduto a circondare la zona minata con filo spinato e ad apporre segnali di pericolo; avevano inoltre avvertito gli abitanti della zona dell'esistenza dello stesso pericolo e vietato l'accesso all'area. Secondo la Corte, dunque, il ricorrente, al tempo degli eventi dodicenne, era nella condizione di comprendere i rischi a cui sarebbe andato incontro entrando nella zona vietata, essendo inoltre improbabile che non fosse consapevole della presenza delle mine. La Seconda Sezione conclude dunque che, pur essendo sempre possibile adottare ulteriori precauzioni per

proteggere le persone contro i pericoli derivanti dai terreni minati, data l'imprevedibilità della condotta umana sarebbe stato impossibile per lo Stato garantire una tutela assoluta. L'inchiesta interna aveva del resto concluso che la responsabilità per i fatti occorsi era da attribuire ai genitori del ricorrente.

**2) Corte Europea dei diritti dell'uomo, Terza Sezione, 1 dicembre 2016, Gerasimenko e altri c. Russia (ric. n. 5821/10 – 65523/12)**

*<http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-168933>*

Nel caso di una sparatoria da parte di un agente di polizia la Corte ha ritenuto all'unanimità che vi è stata violazione dell'art. 2 Cedu da parte della Russia.

Il caso riguardava una serie di colpi d'arma da fuoco sparati da un agente di polizia in uniforme, promosso da pochi mesi, che avevano colpito, in alcuni casi ferendo in altri uccidendo, alcune persone nei pressi di, e all'interno di, un centro commerciale di Mosca.

La Corte, nel ricordare il contenuto dell'art. 2 Cedu, sottolinea che l'obbligo positivo che grava sugli Stati di proteggere la vita include anche quello di disciplinare particolari attività, considerando le loro caratteristiche ed il livello di rischio potenziale a cui espongono le vite umane. Lo Stato dunque deve usare la massima diligenza e delimitare rigidamente le circostanze, in presenza delle quali i funzionari di polizia possono usare armi da fuoco.

Venendo al caso concreto, la Corte focalizza l'attenzione su una serie di elementi che –secondo due distinte istituzioni nazionali – hanno contribuito alla commissione dei reati da parte dell'agente, ossia che i suoi superiori non ne avevano valutato in modo appropriato la personalità al momento del reclutamento, che non lo avevano sottoposto a supervisione dopo la promozione e che, nonostante la sua storia di disturbi mentali e neurologici, egli era riuscito ad accedere alle munizioni usate poi nella sparatoria. Alla luce di tali circostanze la Corte dichiara che vi è stata una violazione dell'art. 2 Cedu e, in proposito, ribadisce che gli Stati sono tenuti a imporre elevati standard professionali all'interno delle proprie forze dell'ordine, ad assicurare che le persone che vi prestano servizio soddisfino i criteri richiesti – e che quando si dotano le forze di polizia di armi da fuoco – non deve essere fornito loro solo il necessario addestramento tecnico ma si deve altresì provvedere alla selezione degli agenti sulla base di un esame specifico. Nel caso di specie, invece, non erano state adottate dallo Stato adeguate misure per salvaguardare il bene vita ai sensi dell'art. 2 Cedu, dato che non si era garantita la selezione e la supervisione degli agenti a cui era consentito portare armi.

**3) Corte europea dei diritti dell'uomo, Sezione Prima, 13 ottobre 2016, Kitnovska Stanojkovic e altri c. l'Ex Repubblica Jugoslava di Macedonia (ric. n. 2319/14)**

*<http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-167126>*

La Corte ha ravvisato all'unanimità una violazione procedurale dell'art. 2 da parte dell'Ex Repubblica Jugoslava di Macedonia in un caso in cui –per disguidi

imputabili alle istituzioni – un soggetto, condannato in via definitiva per rapina aggravata (aggravated robbery) aveva cominciato a scontare la pena inflittagli con diciotto mesi di ritardo.

Nel caso di specie, la Corte non critica né lo svolgimento né l'esito del procedimento penale nell'ambito del quale sono state accertate, in via definitiva, le circostanze della rapina e la responsabilità degli imputati. Ripercorrendo il contenuto dell'art. 2, i giudici ricordano tuttavia che questa norma impone agli Stati il dovere di proteggere il diritto alla vita tramite l'adozione di disposizioni penali destinate a costituire un deterrente effettivo contro le minacce a tale diritto, sostenute da meccanismi coercitivi volti alla prevenzione, soppressione e punizione delle violazioni delle stesse disposizioni. Per essere conforme agli obblighi di cui all'art. 2 Cedu, il sistema legale nazionale deve dimostrare la sua capacità di imporre la legge penale a chi ha illegalmente tolto la vita ad altri. Secondo tale articolo, il requisito dell'effettività del diritto penale, che include prontezza e ragionevole velocità, serve, tra le altre cose, a mantenere la fiducia collettiva nel mantenimento della legalità da parte delle autorità, ad impedire ogni parvenza di collusione con, o tolleranza verso, le azioni illegali e ad assicurare l'effettiva attuazione della legge che tutela il diritto alla vita.

Venendo al caso concreto, la Corte ritiene che il requisito dell'effettività di un'indagine penale nell'ambito dell'art. 2 della Convenzione possa essere interpretato anche come impositivo di un dovere dello Stato di eseguire la sentenza definitiva senza ritardo ingiustificato. L'esecuzione di una pena imposta nel contesto del diritto alla vita deve essere considerata come parte integrante dell'obbligo procedurale dello Stato ai sensi dell'articolo 2. Nel caso dei ricorrenti questo requisito era venuto meno a causa del consistente ritardo nell'esecuzione della condanna (diciotto mesi), ritardo addebitabile alle sole autorità coinvolte ed assolutamente ingiustificato. Il sistema statale per l'esecuzione delle pene detentive nel caso di specie non era stato dunque efficiente, e questo a prescindere dalla circostanza che l'aggressore avesse, dopo la sua condanna, dimostrato ostilità nei confronti delle ricorrenti o meno.

FRANCESCA CONSORTE

\* \* \*

### *Art. 3, Cedu*

**1) Corte europea dei diritti dell'uomo, Sezione Seconda, 6 settembre 2016, W.D. c. BELGIQUE (ric. N. 73548/13; divenuta definitiva il 6 dicembre 2016)**

*<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-166489>*

Nel caso di W.D. c. Belgio, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto, all'unanimità, che vi è stata una violazione – oltre che dell'articolo 5 § 1, 5 § 4 e 13 in combinato disposto con l'articolo 3 – dell'articolo 3.

Il caso riguardava un “*délinquant sexuel*” di nazionalità belga, arrestato perché sospettato di aver commesso “*des faits qualifiés d’attentat à la pudeur*” ai danni di una persona minore di sedici anni, il quale, soffrendo di problemi mentali, veniva ritenuto non responsabile delle sue azioni ed internato in un inadatto reparto speciale della prigione di Merksplas, nel quale era rinchiuso dal 2007.

La Corte, sulla base di una serie di circostanze concrete attinenti sia al caso specifico sia alla situazione strutturale dello Stato, ha ritenuto che il ricorrente sia stato sottoposto ad un trattamento degradante in violazione dell’art. 3 Cedu.

A rilevare è innanzitutto, secondo la Seconda Sezione, il fatto che a W.D. non erano stati forniti adeguati trattamenti per i suoi problemi mentali durante la detenzione. Sotto il profilo generale e strutturale, la Commission de Surveillance della prigione aveva infatti confermato la doglianza del ricorrente secondo cui i reparti psichiatrici delle prigioni non sono luoghi adatti per le persone che soffrono di disturbi mentali, data la generale mancanza di personale, la bassa qualità e la mancanza di continuità nel trattamento fornito, il sovraffollamento e la carenza di spazio nelle strutture psichiatriche non carcerarie. Preoccupazione questa condivisa a livello internazionale da una serie di organismi, tra cui il CPT.

Con specifico riferimento alla situazione di W.D., i medici, il “*service psychosocial*” ed il Governo non erano stati in grado di dimostrare che il ricorrente era stato sottoposto a cure adeguate in relazione alla sua condizione. In aggiunta due rapporti del 2013 e 2014 aventi ad oggetto i problemi sessuali di W.D. avevano evidenziato che il paziente presentava ancora seri rischi di recidiva; un rapporto successivo del 2015 consigliava inoltre che non gli fosse più consentito uscire, dopo che si era scoperto che egli aveva avuto una ricaduta ed intrapreso una corrispondenza con minori. Tutti questi fattori dimostravano, secondo la Corte, che la detenzione senza supporto terapeutico o prospettive di reintegrazione sociale aveva avuto un impatto negativo sul benessere mentale di W.D., essendosi appurato che egli non aveva fatto progressi nel comprendere i suoi problemi e sembrava esigere una supervisione più intensa di quella necessaria all’inizio della detenzione.

La Corte, come anticipato, riconduce la situazione verificatasi ai danni di W.D. a problematiche di tipo strutturale che caratterizzano lo Stato convenuto. Innanzitutto, vi è la già menzionata inadeguatezza delle cure fornite nei reparti psichiatrici delle prigioni. In secondo luogo, vi è l’impossibilità di destinare il soggetto a strutture esterne al sistema carcerario, dovuta sia alla mancanza di posti negli ospedali psichiatrici sia al sistema legislativo che non consente alle autorità competenti di ordinare che strutture esterne ammettano tali soggetti ancorché li ritengano indesiderabili. Con riferimento a quest’ultimo profilo, la Corte ha infatti osservato che i tentativi delle autorità di collocare W.D. in strutture esterne erano stati infruttuosi proprio perché queste ultime si erano rifiutate di accoglierlo.

La Corte ricorda che gli obblighi che derivano dalla Convenzione non sono limitati alla protezione della società dai potenziali pericoli creati dai “*délinquant sexuel*” con problemi mentali, ma richiedono anche che si provveda a fornire loro trattamenti adeguati per aiutarli a reintegrarsi nella società nel migliore dei modi.

Il fatto che il ricorrente sia stato tenuto nel reparto psichiatrico della prigione per un periodo significativo, senza reali speranze di cambiamento o senza una appropriata supervisione medica lo ha sottoposto ad “un disagio” di intensità superiore al livello di sofferenza inevitabilmente connesso alla detenzione. Qualunque comportamento W.D. possa aver tenuto, la Corte ritiene che lo Stato non poteva ritenersi esente dagli obblighi vigenti nei suoi confronti. Essa infatti ricorda che la posizione di inferiorità e impotenza tipica dei pazienti confinati in ospedali psichiatrici richiede un incremento di vigilanza nel monitorare il rispetto della Convenzione, che è ancora maggiore nel caso di persone che soffrono di disturbi della personalità e che sono detenute in un ambiente carcerario.

La Corte ha dunque concluso che W.D. era stato sottoposto ad un trattamento degradante nel momento in cui era stato detenuto per più di nove anni in un ambiente carcerario senza adeguati trattamenti per la sua condizione mentale o prospettive di reintegrazione sociale.

In conformità con l’art. 46, la Corte ha deciso di applicare la “pilot-judgment procedure”, dando allo Stato due anni per rimediare alla situazione generale, soprattutto a livello legislativo, e rinviando i procedimenti dei casi simili.

## **2) Corte europea dei diritti dell’uomo, Sezione Quarta, 4 ottobre 2016, T.P. e A.T. c. Ungheria (ric. n. 37871/14)**

*<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-166491> (vi è un’opinione dissenziente)*

Nel caso in esame la Corte europea dei diritti dell’uomo ha ritenuto, con una maggioranza di sei voti contro uno, che vi è stata una violazione dell’articolo 3 della Convenzione.

I ricorrenti, il sig T.P e il signor A.T., erano stati condannati al carcere a vita senza possibilità di liberazione anticipata (life imprisonment with no possibility of parole). Più nel dettaglio, la condanna del primo per omicidio commesso con speciale crudeltà con l’uso di armi da fuoco e del secondo per duplice omicidio con l’uso di armi da fuoco erano state entrambe confermate in appello e le relative richieste di revisione (review) e di grazia (pardon) erano state respinte.

Invocando l’articolo 3, i ricorrenti sostenevano che, nonostante l’introduzione nel 2015 di una nuova normativa in Ungheria sulla revisione automatica delle condanne all’ergastolo (automatic review of whole life sentences), le loro pene rimanevano disumane e degradanti; ciò dal momento che essi non avevano alcuna speranza di liberazione.

La Corte, nell’affrontare il caso in esame, richiama i principi generali ribaditi e sviluppati in pronunce precedenti (in part. *Murray c. the Netherlands*), ricordando che la condanna di un adulto all’ergastolo non viola di per sé l’art. 3, sempre che – tra le altre cose – siano garantite una prospettiva, di scarcerazione ed una possibilità di revisione, opportunità che debbono esistere entrambe a partire dalla condanna “a prospect of release and a possibility of review, both of which must exist from the imposition of the sentence (v. *Vinter and Others*); in aggiunta osserva che “the comparative and international law materials before it

showed clear support for the institution of a dedicated mechanism guaranteeing a review no later than twenty-five years after the imposition of a life sentence, with further periodic reviews thereafter (ibid., § 120, v. anche *Bodein v. France*)". Il principio espresso dalla Corte è che un soggetto non può essere posto e mantenuto in stato detentivo per più di 25 anni a meno che non ci siano "legitimate penological grounds for incarceration" che includono la punizione, la deterrenza, la protezione della collettività e la riabilitazione; se molte di queste ragioni sono presenti nel momento in cui viene emessa la condanna a vita, l'equilibrio tra le stesse non è necessariamente statico e può cambiare nel corso dell'esecuzione della stessa condanna. È dunque solo attraverso un riesame delle ragioni che giustificano la continuazione della detenzione, fatto in un momento appropriato dell'esecuzione, che questi fattori o cambiamenti possono essere adeguatamente valutati (*Vinter and Others*).

Sempre la Corte ricorda, inoltre, che nel maggio 2014, nel caso di László Magyar contro Ungheria (n. 73593/10), aveva già riscontrato una violazione dell'articolo 3 della Convenzione da parte dello Stato, dato che la grazia presidenziale (presidential clemency), che al tempo era la sola possibilità di rilascio per i condannati all'ergastolo senza libertà anticipata, non permetteva a questi ultimi di sapere cosa dovevano fare per ottenere la grazia e a quali condizioni ciò fosse possibile (questo in violazione dei requisiti concernenti la riducibilità introdotti nel caso *Vinter and Others*). Ne era seguita l'emanazione della nuova normativa, con la quale l'Ungheria ha introdotto una procedura di revisione automatica (mechanism of an automatic review) delle condanne a vita, ossia una procedura di grazia obbligatoria applicabile una volta che il condannato abbia scontato quarant'anni di pena. La Corte censura tuttavia sotto diversi profili la nuova normativa, dando ragione ai ricorrenti. Innanzitutto, quarant'anni di attesa corrispondono ad un lasso di tempo troppo lungo, che di fatto non consente la "reducibility" della condanna a vita. Un periodo di attesa così lungo rinvia oltre il dovuto la valutazione, da parte delle autorità nazionali, dell'eventualità che i cambiamenti di vita dei detenuti siano così significativi e i loro progressi verso la riabilitazione siano tali che il protrarsi della detenzione non sia più giustificabile sulla base di "legitimate penological grounds". In aggiunta, mentre il legislatore ha predefinito i criteri obiettivi che l'organo consultivo (il Clemency Board) deve prendere in considerazione quando decide se raccomandare un condannato per il perdono, tali criteri non paiono applicabili al Presidente dell'Ungheria, che mantiene l'ultima parola sul perdono in ogni singolo caso. Non è poi stato stabilito un termine entro cui il Presidente deve decidere o un obbligo di motivazione, nemmeno quando la sua decisione si discosta dalla raccomandazione del Clemency Board.

La Corte non è quindi convinta che, al momento attuale, i condannati al carcere a vita senza possibilità di liberazione anticipata abbiano una prospettiva di scarcerazione ed una possibilità di revisione. Essa ritiene dunque che lo Stato ha violato l'articolo 3 della Convenzione.



**3) Corte europea dei diritti dell'uomo, Sezione Seconda, 18 ottobre 2016, G.U. c. TURCHIA (ric. n. 16143/10)**

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-167488>

In questo caso la Corte ha ritenuto all'unanimità che vi è stata una violazione degli obblighi positivi procedurali di indagine effettiva (e rapida) ex artt. 3 e 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Il caso riguardava il ricorso presentato da una giovane donna turca (G.U.), minore all'epoca dei fatti, la quale sosteneva di essere stata violentata e sottoposta ad abuso sessuale da parte del suo patrigno (M.S.), all'epoca sessantaduenne. Nello specifico la minore si era presentata in una stazione di polizia, sostenendo di essere stata violentata dal patrigno che l'aveva minacciata con un'arma; due agenti di polizia avevano raccolto la deposizione con la quale la minore spiegava di essere stata costretta ad avere rapporti sessuali con il suo patrigno in tre o quattro occasioni in cui la madre e la sorella erano assenti e di essere stata pizzicata da lui sulla gamba un anno prima, in presenza di sua madre. Lo stesso giorno G.U. si era sottoposta ad un esame medico. Da tale esame era emerso che il suo imene era stato lacerato poco tempo prima, anche se era impossibile stabilire quando, e che non vi era traccia fisica di stupro. Il 18 ottobre 2002 il pubblico ministero accusava M.S. di abuso sessuale, violenza sessuale e sequestro di persona (*agression sexuelle, viol et séquestration*).

La prima udienza si è tenuta il 18 novembre 2002 davanti alla Corte d'Assise di Izmir, la quale all'esito del processo assolveva M.S. sulla base del dato, accertato, che egli soffriva di impotenza al tempo dei fatti. La Corte di Cassazione confermava la sentenza, rilevando anche che il reato di *agression sexuelle* si era nel frattempo prescritto.

La Corte Edu, nell'esaminare se lo Stato ha adempiuto agli obblighi di garantire un'inchiesta effettiva ai sensi degli artt. 3 e 8, ricorda che, tenuto conto della gravità dei fatti denunciati dalla ricorrente e della sua minor età, lo Stato aveva il dovere, per soddisfare gli obblighi positivi derivanti dagli artt. 3 e 8 della convenzione, di adottare disposizioni penali che sanzionino effettivamente gli atti denunciati nonché di mettere in opera quelle disposizioni in particolare attraverso un'indagine e una procedura efficaci (M.N., *précité*, § 41)"; aggiunge inoltre che il decorso della prescrizione dovuto all'inattività delle autorità competenti può indurre la Corte a ritenere che gli obblighi positivi non siano stati rispettati e che, affinché un'inchiesta sia effettiva, è necessario che essa sia condotta con celerità e diligenza ragionevole.

Venendo al caso concreto, sono state riscontrate dalla Corte Edu una serie di criticità che hanno inficiato l'andamento del procedimento penale contro il patrigno. Sotto il profilo processuale, ad es., la Corte ha rilevato come, nonostante in assenza di prove dirette i giudici nazionali avrebbero dovuto condurre una rigorosa valutazione della credibilità delle dichiarazioni della vittima, la Corte d'Assise si limitò a non credere alle affermazioni di G.U. senza fornire spiegazioni: le dichiarazioni dei protagonisti non furono messe a confronto e un confronto faccia a



faccia non sembra essere stato organizzato nel corso delle indagini. In aggiunta, si è dato peso al fatto che G.U., allora minorenne, fosse stata interrogata da due agenti di polizia di sesso maschile e che durante il processo fosse stata sentita in udienza pubblica, nonostante le richieste del suo avvocato di procedere a porte chiuse e nonostante – evidenzia la Corte – l’essere sentita in udienza pubblica potesse presumibilmente risultare traumatico e ledere la sua dignità e la sua vita privata. Infine, la Corte ha evidenziato anche che la ragazza non fu sostenuta da uno psicologo donna in nessuna fase della procedura e che i giudici che valutarono la sua credibilità non l’avevano mai vista prima, essendo cambiato il collegio giudicante rispetto a quello che aveva assistito alla sua aduzione. Sui profili processuali si veda infra, sub art. 8 Cedu.

Venendo ai profili di diritto sostanziale, la Corte Edu osserva in via preliminare come il tema della corporatura del patrigno e di G.U. era stato uno degli argomenti utilizzati per respingere le accuse di stupro. Più nel dettaglio, la Corte Edu ricorda che la Corte d’Assise, durante il processo, aveva richiesto all’Istituto di Medicina Legale di verificare se, data la corporatura di G.U., l’imputato fosse in grado di violentarla con la forza, e che – nonostante a tale interrogativo l’Istituto non avesse fornito risposta – a tale requisito aveva fatto in seguito riferimento la Corte nell’escludere la responsabilità di M.S. A parere della Corte Edu, la domanda posta all’Istituto di Medicina Legale e il riferimento alla corporatura dimostra come la Corte nazionale, da un lato, abbia voluto fondare la mancanza di responsabilità del patrigno su concetti a cui la legge non faceva riferimento (il codice penale in vigore all’epoca dei fatti non annoverava tra i requisiti del reato di violenza sessuale la resistenza fisica della vittima) e, dall’altro lato, abbia ignorato come lo – stato di shock che può accompagnare alcuni atti di violenza sessuale “può spiegare la mancata reazione della vittima”.

In aggiunta, nell’assolvere M.S., la Corte d’Assise aveva dato peso decisivo alla relazione medica secondo cui l’imputato aveva sofferto di impotenza al momento dei fatti; su tali basi, i giudici avevano automaticamente respinto le accuse di stupro, dal momento che, secondo la legge allora vigente, tale reato poteva essere commesso solo con l’organo sessuale maschile. Il problema era, tuttavia, secondo la Corte Edu, che la Corte d’Assise aveva completamente ommesso di considerare l’accusa di *agression sexuelle*, anche se M.S. era stato perseguito anche per tale reato e anche se, in base alla legge in vigore all’epoca dei fatti, l’impotenza non era un fattore decisivo per escluderlo.

Infine, la Corte rileva che c’erano stati notevoli ritardi nel procedimento: anche se la Corte d’Assise aveva disposto il test sulla capacità sessuale dell’imputato fin dalla prima udienza, erano passati più di quattro anni per la sua esecuzione; la decisione della Corte di Cassazione era inoltre intervenuta dopo circa quattro anni e mezzo e questo aveva portato alla prescrizione dell’accusa di *agression sexuelle*.

Senza esprimere un giudizio sulla responsabilità di SM, la Corte Edu ritiene dunque che il procedimento penale esaminato, ed in particolar modo l’approccio adottato dalla Corte d’Assise, non ha soddisfatto i requisiti inerenti gli obblighi

dello Stato di adottare disposizioni penali e darvi effettiva applicazione e, conseguentemente, che vi è stata violazione degli articoli 3 e 8 della Convenzione.

**4) Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 20 ottobre 2016, MURŠIĆ c. CROATIA (ric. n. 7334/13)**

*<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-167483> (sulle decisioni concernenti l'esclusione della violazione dell'art. 3 vi sono opinioni dissenzienti)*

In questo caso la Grande Camera ha ritenuto all'unanimità che vi è stata una violazione dell'articolo 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo con riferimento al periodo di 27 giorni consecutivi in cui il ricorrente in stato di detenzione ha avuto a disposizione uno spazio di meno di 3 mq in una cella condivisa.

La Corte applica al caso di specie i principi ritenuti rilevanti in materia di detenzione e spazio vitale disponibile. La Corte in particolare ricorda che 3 mq di superficie per detenuto in una cella condivisa costituiscono lo standard minimo applicabile ai sensi dell'articolo 3. Il principio infatti è che, se lo spazio personale scende sotto tale metratura, la sua mancanza è considerata così grave da dar luogo ad una forte presunzione di violazione di tale articolo. Il governo convenuto può tuttavia superare tale presunzione, dimostrando che ci sono stati fattori in grado di compensare adeguatamente la mancanza di spazio ossia dimostrando che le riduzioni al di sotto dei 3 mq sono state brevi, occasionali e minori, che sono state accompagnate da sufficiente libertà di movimento all'esterno della cella e dalla possibilità di svolgere attività fuori di essa, che la struttura era complessivamente adeguata e non vi erano altri aspetti in grado di aggravare le condizioni della detenzione. Nel caso in cui la cella misura tra i 3 e i 4 mq, lo spazio rimane, per la Corte, un importante fattore per valutare l'adeguatezza delle condizioni della detenzione e si configurerà una violazione dell'art. 3 se tale fattore si sommerà ad altre condizioni che rendono quest'ultima inadeguata. Si valuterà in particolare la possibilità di fare esercizio all'aperto e di poter godere di luce e aria naturali, la disponibilità di ventilazione, l'adeguatezza della temperatura, la possibilità di usare la toilette in privato, il rispetto di requisiti sanitari ed igienici di base. Nel caso di spazio personale superiore a 4 mq in una cella condivisa, lo spazio personale non solleva problemi ma rimangono comunque altri aspetti che la Corte ritiene rilevanti per valutare il rispetto dell'art. 3.

Nel caso di specie la Corte, analizzando da vicino i periodi in cui il sig Muršić ebbe a disposizione meno di 3 mq, osserva in via preliminare che fino ad ora non è emerso che le condizioni di detenzione in Croazia sono un problema strutturale dal punto di vista dell'articolo 3 della Convenzione e che nemmeno il caso di specie solleva un problema strutturale; il compito della Corte è infatti quello di affrontare la particolare denuncia del sig Muršić avente ad oggetto il sovraffollamento nella prigione di Bjelovar, dove ha scontato una pena detentiva nel periodo tra il 16 ottobre 2009 e il 16 marzo 2011.

Più specificamente, durante il suo soggiorno in tale prigione – durato per un anno e cinque mesi – è emerso che il ricorrente ha avuto a disposizione meno di 3

mq in brevissimi periodi, salvo il caso in cui dispose di soli 2,62 mq per un periodo consecutivo di 27 giorni. Proprio (ed esclusivamente) con riferimento a quest'ultimo periodo di 27 giorni, la Corte ritiene che il ricorrente sia stato sottoposto ad un trattamento degradante vietato dall'articolo 3 della Convenzione: "di conseguenza la Corte ritiene che nel periodo di 27 giorni in cui ha avuto, a disposizione meno di 3 mq di spazio personale nella prigione di Bjelovar, le condizioni di detenzione del ricorrente lo abbiano sottoposto a livelli di sofferenza superiori a quelli inevitabilmente inerenti alla detenzione comportando così il trattamento degradante proibito dall'articolo 3 della Convenzione".

Per quanto riguarda i restanti periodi, di pochi giorni e non consecutivi, in cui il soggetto ha avuto a disposizione meno di 3 mq, la Corte ha invece escluso (sebbene questa volta a maggioranza) la violazione del medesimo articolo, ritenendo di breve e minore rilevanza la mancanza di spazio adeguato e tenendo conto di altri fattori rilevanti, opposti dal Governo, come ad esempio il fatto che i detenuti erano autorizzati a muoversi liberamente fuori dalle loro celle di mattina e pomeriggio e ad utilizzare le strutture interne ed esterne del carcere con possibilità di fare due ore di esercizio fisico all'aperto. Più nel dettaglio, la possibilità di movimento fuori dalla cella e le strutture a disposizione del ricorrente sono considerati, dalla Corte, fattori in grado di alleviare la sofferenza connessa allo scarso spazio personale a disposizione. Questi stessi fattori hanno portato la Corte ad escludere, sempre a maggioranza, la violazione dell'art. 3 con riferimento ai periodi in cui il ricorrente ha potuto godere di uno spazio tra i 3 e i 4 mq.

**5) Corte Europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 15 dicembre 2016, KHLAIFIA E OTHERS C. ITALIA (ric. nn. 16483/12, 15/12/2016)**

*<http://budoc.echr.coe.int/eng?i=001-170054>*

Nel caso di Khlaifia e altri contro Italia, con riferimento alle condizioni di accoglienza del CSPA di Contrada Imbriacola di Lampedusa, la Grande Camera ha stabilito all'unanimità, riformando la sentenza emessa dalla Seconda Sezione in data 1 settembre 2015, che l'Italia non ha violato l'articolo 3 Cedu.

Il caso traeva origine dal ricorso presentato da tre tunisini che lamentavano, tra le altre cose, di essere stati trattenuti in condizioni disumane e degradanti presso tale centro e, successivamente, presso le navi nel porto di Palermo.

Per quanto concerne la permanenza presso il CSPA, la seconda sezione della Corte aveva ritenuto, nel settembre 2015, che vi fosse stata una violazione dell'art. 3. In tale pronuncia la Corte affermava, innanzitutto, che le difficoltà incontrate dallo Stato Italiano nell'affrontare un'ondata migratoria imponente come quella che si era verificata in quel periodo, a seguito della c.d. primavera araba, non lo esoneravano dagli obblighi convenzionali e che, dunque, il sovraffollamento, i problemi igienici, la mancanza di collegamenti con l'esterno denunciate dai ricorrenti, unitamente alla loro vulnerabilità, erano tutte ragioni per ritenere violato l'art. 3. Come anticipato, la Grande Camera è intervenuta pronunciandosi in senso contrario rispetto a quanto concluso dalla Seconda Sezione. Essa ha ricordato, innan-

zitutto, i principi fondamentali in materia di divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti, ribadendo da un lato che il divieto in esame è assoluto, poiché nessuna deroga da esso è ammissibile anche nel caso di un'emergenza pubblica che minacci la vita della nazione o nelle circostanze più difficili come la lotta al terrorismo e alla criminalità organizzata, indipendentemente dalla condotta delle persone interessata; dall'altro lato che i maltrattamenti debbono superare un minimo livello di gravità, il quale dipende da una serie di fattori, come le circostanze, lo scopo per il quale sono inflitti, lo stato detentivo e la vulnerabilità della vittima. Con riferimento ai migranti, la Corte ricorda in particolare che mentre gli Stati sono legittimati a detenere potenziali immigranti in base al loro innegabile... diritto a controllare l'entrata e la residenza degli stranieri nel proprio territorio (vedi *Amuur*, cited above, § 41), questo diritto deve essere esercitato in accordo con le disposizioni della Convenzione (vedi *Mahdid and Haddar v. Austria (dec.)*, no. 74762/01, 8 December 2005; *Kanagaratnam and Others v. Belgium*, no. 15297/09, § 80, 13 December 2011; and *Sharifi and Others v. Italy and Greece*, no. 16643/09, § 188, 21 October 2014)". Soffermandosi sulla detenzione, sempre la Corte ricorda la sua giurisprudenza sulle condizioni in presenza delle quali vi può essere violazione dell'art. 3. Da ultimo, ribadisce che le denunce di maltrattamenti debbono essere sostenute da prove adeguate.

Passando all'analisi del caso di specie, la Grande Camera riconosce, innanzitutto, che l'arrivo in massa di migranti dal Nord Africa sulle coste italiane nel periodo in questione ha creato una situazione eccezionale, causando alle autorità nazionali difficoltà organizzative, logistiche e strutturali. Queste ultime si sono trovate infatti a dover salvare alcune navi, a dover ricevere e accogliere gli individui arrivati sul suolo italiano e a doversi prendere cura di quelli in situazione di particolare vulnerabilità. In aggiunta, osserva la Corte, se già Lampedusa non aveva la capacità di fronteggiare un così grande numero di sbarchi, la situazione si era ulteriormente aggravata a causa dell'insorgere di problemi di ordine pubblico verificatisi subito dopo tali arrivi, come ad es. la rivolta degli stessi migranti trattenuti nel centro e l'incendio doloso che ha distrutto i luoghi.

La Corte prende atto dunque del fatto che lo Stato si trovava di fronte a molti problemi in conseguenza dell'arrivo di numeri eccezionalmente elevati di migranti e che nello stesso periodo le autorità italiane erano oberate da una molteplicità di compiti dovendo assicurare il benessere tanto dei migranti quanto della popolazione locale e mantenere l'ordine pubblico.

Venendo alle specifiche condizioni nelle quali i migranti sono stati trattenuti nel Centro, la Corte non ritiene che vi sia stata violazione dell'art. 3 dato che, nonostante tali condizioni fossero lontane da quelle ideali, il sovraffollamento si assestava tra il 15% ed il 75% ed i ricorrenti "pur essendo vulnerabili – non appartenevano alla categoria dei soggetti a vulnerabilità speciale". In aggiunta, dal momento che i migranti sono restati nel centro solo per 3/4 giorni, la Corte ha escluso che gli stessi abbiano potuto subire serie conseguenze a causa dei limitati contatti con l'esterno. Da ultimo, sempre la Grande Camera sottolinea come gli stessi ricorrenti non abbiano mai affermato di aver subito maltrattamenti, che cibo

e acqua fossero insufficienti o che si fossero verificate altre condizioni degradanti durante la loro permanenza al Centro.

La Corte ha quindi concluso che il trattamento riservato ai ricorrenti non ha superato il livello di gravità richiesto per riscontrare una violazione dell'articolo 3 della Convenzione.

Per quanto riguarda le condizioni in cui i ricorrenti furono tenuti sulle navi Vincent e Audace, la Grande Camera ha escluso la violazione dell'art. 3 Cedu e ha confermato la pronuncia della Seconda Sezione sulla base di una serie di considerazioni, tra cui rileva in via preliminare il mancato assolvimento, da parte dei ricorrenti, dell'onere della prova.

FRANCESCA CONSORTE

\* \* \*

*Art. 7, Cedu*

**Corte EDU, Sent. 4 ottobre 2016, Žaja c. Croazia: sulla prevedibilità di una legge penale in bianco.**

*<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-166925>*

Il ricorrente, cittadino croato residente a Praga, veniva condannato a pagare una somma di denaro a titolo di sanzione amministrativa per aver fatto ingresso con la propria automobile in territorio croato senza pagare dazio. Le autorità croate, infatti, consideravano la condotta del ricorrente integrante l'illecito amministrativo di evasiva importazione di beni esteri non esenti da imposta in base alle condizioni di ammissione temporanea fissate dalla Legge doganale e dalla Convenzione di Istanbul da questa richiamata. Ciò le autorità ritenevano, dal momento che tali testi di legge avrebbero subordinato l'esenzione da imposta alla circostanza che l'interessato fosse domiciliato all'estero, quando nel caso specifico il ricorrente era semplicemente residente in Repubblica Ceca ma domiciliato in Croazia.

La Corte europea, dopo aver ricondotto la sanzione amministrativa irrogata al ricorrente alla materia penale sulla base della consueta applicazione dei criteri "Engels" e in particolare della considerazione della natura punitiva e dello scopo dissuasivo propri della misura nazionale, si propone di verificare, alla luce dei consolidati principi che definiscono la legalità penale convenzionale, se il diritto applicato al ricorrente fosse prevedibile, vale a dire se la condotta del ricorrente al tempo della commissione del fatto costituisse un illecito definito con precisione sufficiente, tale da guidare il comportamento di questi e da scongiurare l'arbitrio della pubblica autorità nell'esercizio dell'azione penale e nella condanna.

La Corte, così, nota in primo luogo che la norma applicata al ricorrente è norma in bianco, il cui precetto cioè è da ricostruire integrando questa stessa norma con norme ulteriori da esse richiamate, in particolare con la Convenzione di Istam-

bul. In secondo luogo, la Corte di sofferma sull'incerta traduzione nella lingua croata della Convenzione di Istanbul, che non consente di chiarire se l'esenzione da imposta è accordata in caso di dimicilio estero o anche di semplice residenza. Infine, la Corte ritiene inconsistente la pertinente prassi applicativa, in particolare giurisprudenziale, e tale da non riuscire ad attribuire un significato univoco alle espressioni utilizzate dai testi di legge rilevanti.

Per questi motivi, la Corte europea si pronuncia nel senso della violazione dell'art. 7 CEDU.

GIORGIO ABBADESSA

\* \* \*

### *Art. 8, Cedu*

#### **1. Corte Europea dei diritti dell'uomo, Terza Sezione, 8 novembre 2016, Figueiredo Teixeira c. Andorra (ric. n. 72384/14).**

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-168366>

Nella sentenza *Figueiredo Teixeira c. Andorra* dell'8 novembre 2016, la Corte eur. dir. uomo, Sez. III, ha riconosciuto la legittimità dell'acquisizione e della conservazione dei tabulati relativi al traffico telefonico di una scheda mobile prepagata. Più nel dettaglio, i giudici hanno riscontrato l'esistenza di una base legale nazionale che – sebbene espressamente riferita all'intercettazione di comunicazioni (“*interception de communications téléphoniques*”) – è stata comunque ritenuta sufficiente a consentire l'esecuzione della specifica misura in rilievo, peraltro relativamente ad una scheda telefonica prepagata, e dunque in assenza della formale sottoscrizione di un contratto per l'attivazione di un'utenza mobile.

Risultava in tal senso dirimente il coinvolgimento di un'autorità giurisdizionale nella relativa procedura autorizzativa (per una conclusione parzialmente diversa, appunto in ragione della possibilità di una trasmissione diretta dei dati su semplice richiesta dell'autorità amministrativa o di polizia senza l'intervento del giudice, cfr. Corte eur. dir. uomo, plenary, *Malone c. Regno Unito*). I giudici hanno da ultimo ravvisato la sussistenza di uno scopo legittimo a sostegno dell'acquisizione dei dati (in quanto diretta all'efficace prevenzione e repressione di reati) ed hanno altresì risolto in senso positivo lo scrutinio di proporzionalità ai sensi dell'art. 8, par. 2, valorizzando la limitata efficacia temporale della misura.

#### **2. Corte Europea dei diritti dell'uomo, terza sezione, 20 dicembre 2016, Magomedov c. Russia (ric. n. 20933/08).**

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-169652>

Per altro verso, in *Radzhab Magomedov c. Russia*, Sez. III del 20 dicembre 2016, la Corte eur. dir. uomo ha invece censurato il rifiuto opposto all'indagato dalle



autorità nazionali all'ostensione del provvedimento che autorizzava l'effettuazione di intercettazioni telefoniche su di un'utenza in uso allo stesso. Simile contegno, mantenuto pur a seguito del termine dell'attiva captativa e della conclusione delle indagini nonché motivato solo in forza di un generico richiamo ad esigenze di riservatezza, costituisce infatti una violazione della garanzia di cui all'art. 8 in quanto priva di fatto l'interessato del diritto di censurare la legittimità dello stesso provvedimento autorizzativo, impedendogli di conoscere i presupposti che ne hanno giustificato l'adozione.

### **3. Corte Europea dei diritti dell'uomo, Quinta Sezione, 6 ottobre 2016, K.S. e M.S. c. Germania (ric. n. 33696/11).**

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-166958>

Nel caso *K.S. e M.S. c. Germania* deciso dalla V Sez. della Corte eur. dir. uomo il 6 ottobre 2016, si contestava la legittimità di una perquisizione domiciliare disposta sulla base di alcune informazioni confidenziali vendute ai servizi segreti tedeschi dall'impiegato di un istituto bancario del Liechtenstein. Il nucleo delle censure dei ricorrenti si appuntava sul vizio originario che affliggeva l'atto, il cui compimento era stato autorizzato in forza di elementi ottenuti in violazione di norme di legge nazionali ed internazionali.

La Corte di Strasburgo non ravvisava però alcuna violazione dell'art. 8 della Convenzione, affermando così la legittimità dell'attività posta in essere.

I giudici ritenevano innanzitutto soddisfatta la riserva di legge imposta dall'art. 8 par. 2, considerando nel caso di specie sufficientemente prevedibile l'applicazione del diritto processuale interno nel senso sopra precisato. A tale riguardo la Corte aderiva in sostanza alle argomentazioni già sviluppate dalle autorità giurisdizionali nazionali, tra cui anche la Corte costituzionale tedesca, che era stata già interessata della specifica questione. In ragione dell'assenza nell'ordinamento interno di un generale divieto di utilizzo processuale delle informazioni apprese illegalmente, i ricorrenti avrebbero infatti potuto prevedere la possibilità che i dati pur illecitamente ottenuti dall'istituto bancario fondassero l'esecuzione di una misura investigativa quale quella poi concretamente posta in essere.

La Corte verificava altresì la sussistenza del requisito della "necessità del compimento dell'atto in una società democratica", evidenziando la presenza di una pluralità di indici in tal senso rilevanti, tra cui l'assoluta necessità della misura, il diffuso controllo giurisdizionale preventivo e successivo all'adozione della stessa, arrivando anche a sottolineare la natura estemporanea e non sistematica dell'irrituale acquisizione posta in essere dalle autorità nazionali (in relazione a tale ultimo aspetto cfr. in particolare il par. 51 della decisione in commento).

Appaiono meritevoli di specifica menzione le argomentazioni espresse nella *concurring opinion* del Giudice Vehabović il quale, pur uniformandosi al giudizio del collegio, manifestava alcune perplessità in relazione alla ritenuta sussistenza del requisito della sufficiente prevedibilità dell'adozione della misura, evidenziando le implicazioni derivanti dalla singolare limitatezza delle regole di inutilizzabilità



vigenti nell'ordinamento tedesco, e la necessità di operare sempre una rigorosa verifica del rispetto del principio di sussidiarietà e del corretto impiego del margine di discrezionalità riconosciuto agli Stati in situazioni quali quella venuta all'attenzione della Corte.

A ben vedere nel tessuto argomentativo della pronuncia spicca in effetti l'assenza di un'esplicita presa di posizione circa la conformità con la Convenzione del compimento di un atto limitativo dei diritti sanciti dall'art. 8 par. 1, disposto sulla base di informazioni ottenute illegalmente dalle autorità nazionali. A tale riguardo, piuttosto che la semplice prevedibilità dell'adozione della misura in rapporto alle regole di utilizzabilità stabilite dal diritto interno, sembra venire ancor prima in questione il corretto bilanciamento tra l'ampiezza dei presupposti per l'esercizio di poteri coercitivi da parte dello Stato e la limitazione delle prerogative fondamentali dei singoli, profilo cruciale con cui la Corte sembra però evitare di confrontarsi direttamente nel proprio giudizio di proporzionalità (per alcune considerazioni relative all'utilizzabilità della prova illecita con specifico riferimento al diverso aspetto del diritto al *fair trial* stabilito dall'art. 6 C.E.D.U., cfr. invece Corte e.d.u., grande camera, *Gäfgen c. Germania*, 1 giugno 2010, par. 162 ss.).

#### **4. Corte Europea dei diritti dell'uomo, Seconda Sezione, 13 dicembre 2016, Eylem Kaya c. Turchia (ric. n. 26623/07).**

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-169470>

La Corte eur. dir. uomo ha ravvisato una violazione dell'art. 8 della Convenzione nel caso deciso dalla II Sez. il 13 dicembre 2016, *Eylem Kaya c. Turchia*, in cui il ricorrente, all'epoca dei fatti detenuto, contestava la legittimità della sistematica verifica da parte delle autorità penitenziarie del contenuto della corrispondenza intrattenuta con il proprio legale. Per quanto l'ordinamento nazionale vietasse in via di principio un simile controllo veniva tuttavia prevista un'eccezione alla regola per la corrispondenza dei detenuti che – esattamente come il ricorrente – risultavano condannati per il reato di associazione a delinquere.

I giudici, pur a fronte dell'esistenza di una base legale interna che ammetteva effettivamente l'adozione della misura contestata e della sussistenza di un fine legittimo che ne giustificava in astratto il compimento (nello specifico la prevenzione della commissione di gravi reati e la necessità di impedire comunicazioni tra membri di associazioni criminali) valorizzavano la natura sproporzionata della limitazione del diritto alla riservatezza del ricorrente così realizzata.

Si sottolineava a tale riguardo l'assenza di un controllo giurisdizionale nella procedura di verifica, essendo questa interamente demandata all'autorità penitenziaria. Veniva altresì valutata in senso critico la mancata previsione di specifici presupposti legittimanti l'effettuazione di un'attività pur sempre eccezionale in quanto direttamente limitativa del diritto alla riservatezza del detenuto. Parimenti rilevanti risultavano poi le concrete modalità di effettuazione del controllo (opera-

to mediante consegna della corrispondenza in busta aperta alle autorità preposte, arrecando dunque un grave pregiudizio al diritto alla riservatezza del mittente). Da ciò conseguiva dunque la riscontrata violazione dell'art. 8, specificamente motivata in ragione dell'assenza di sufficienti garanzie atte a limitare i poteri delle autorità nazionali.

**5. Corte Europea dei diritti dell'uomo, Quarta Sezione, 6 dicembre 2016, Vasiliță Mocanu c. Romania (ric. n. 43545/13).**

<http://budoc.echr.coe.int/eng?i=001-169702>

Ancora con riguardo alle misure adottate nei confronti di soggetti *in vincolis*, nella sentenza pronunciata dalla IV Sez. *Vasiliță Mocanu c. Romania* del 6 dicembre 2016, la Corte eur. dir. uomo ha censurato l'attività di videosorveglianza della cella di una stazione di polizia per violazione dell'art. 8 della Convenzione.

Risultava decisiva in tal senso l'assenza di una previsione legale del diritto nazionale che disciplinasse una simile misura, la cui adozione veniva anzi espressamente limitata dalle disposizioni interne con riferimento agli spazi comuni del luogo di detenzione. I giudici ravvisavano pertanto la violazione della norma convenzionale senza neppure procedere alla verifica dell'esistenza di un fine legittimo giustificante l'intrusione né, soprattutto, della eventuale proporzionalità del controllo.

**6. Corte Europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 13 dicembre 2016, Paposhvili c. Belgio (ric. n. 41738/10).**

<http://budoc.echr.coe.int/eng?i=001-169662>

Nella sentenza pronunciata dalla Grande Camera della Corte eur. dir. uomo, *Paposhvili c. Belgio* del 13 dicembre 2016 i giudici hanno affrontato il tema della legittimità di un ordine di espulsione emesso (anche) in ragione dei precedenti penali riportati dal ricorrente e giustificato da necessità di tutela dell'ordine pubblico. I familiari del destinatario della misura (deceduto nelle more della conclusione del giudizio innanzi la Corte di Strasburgo) lamentavano infatti una violazione dell'art. 8 della Convenzione a seguito della sua espulsione e dell'imposizione a suo carico del divieto di rientro nel territorio dello Stato per dieci anni, in quanto l'esecuzione di tali misure avrebbe determinato il definitivo allontanamento del ricorrente dalla famiglia legittimamente residente in Belgio.

La Grande Camera, discostandosi dalle conclusioni precedentemente raggiunte nel giudizio davanti alla camera, ravvisava una violazione dell'art. 8. I giudici infatti, senza esaminare nel merito le conseguenze connesse all'eventuale esecuzione delle misure sul diritto al rispetto della vita familiare del ricorrente, si limitavano a censurare l'assenza di un simile scrutinio da parte delle autorità statali, che sarebbe invece stato tanto più necessario in ragione del precario stato di salute del destinatario delle stesse, ritenendo tale mancanza da sola sufficiente a fondare la violazione evidenziata.

Il principio non sembra dunque porsi in contrasto con quello recentemente affermato da Corte eur. dir. uomo, II Sez., *Salem c. Danimarca* del 1 dicembre 2016 (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-168934>), dove si affermava la legittimità dell'ordine di espulsione emesso a carico del condannato per una pluralità di gravi reati pur riconoscendo che la sua esecuzione avrebbe comportato la separazione dal nucleo familiare. In quest'ultima fattispecie la Corte ha infatti riscontrato la presenza di un'adeguata valutazione delle circostanze del caso concreto da parte delle autorità nazionali, ritenendo il sacrificio imposto ai diritti del ricorrente proporzionato al fine legittimo perseguito dalla misura.

**7. Corte Europea dei diritti dell'uomo, Seconda Sezione, 18 ottobre 2016, G.U. c. Turchia (ric. n. 16143/10).**

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-167488>

Nel caso *G.U. c. Turchia*, deciso il 18 ottobre 2016 dalla II Sez. della Corte eur. dir. uomo, i giudici di Strasburgo affermavano la violazione dell'art. 8 della Convenzione per l'inadempimento delle obbligazioni positive di tutela gravanti sullo Stato. Più nel dettaglio, la ricorrente – all'epoca dei fatti minorenni – censurava il contegno delle autorità nazionali in quanto queste, pur a fronte della presentazione di una denuncia per violenza ed abusi sessuali perpetrati a suo danno dal patriigno, non avevano assicurato la celebrazione di un procedimento penale effettivamente in grado di indagare ed eventualmente sanzionare la condotta denunciata. Il giudizio a carico dell'imputato si concludeva infatti con l'assoluzione del medesimo.

I giudici europei, dopo aver ribadito la natura di semplice obbligazione di mezzi propria di un simile dovere di tutela effettiva, appuntavano le proprie censure su alcuni aspetti procedurali e sostanziali che avevano caratterizzato il giudizio interno. La Corte stigmatizzava in primo luogo l'assenza di un'adeguata valutazione di credibilità della vittima – di fatto la principale se non unica fonte di prova d'accusa – che aveva determinato un ingiustificato giudizio di inattendibilità della stessa. Risultavano poi oggetto di critica alcuni specifici profili procedurali (in particolare, tra gli altri, l'eccessivo valore riconosciuto alla prova dell'esistenza di una condizione di impotenza dell'imputato; l'audizione investigativa della presunta vittima da parte di agenti di polizia di sesso maschile non dotati di alcuna competenza specifica in materia di abusi sessuali su minori; l'esame dibattimentale della stessa in udienza pubblica; nonché la diversa composizione del collegio giudicante rispetto a quella che aveva assistito all'audizione della persona offesa).

Pertanto, pur senza esprimere una valutazione di merito circa la colpevolezza dell'imputato, i giudici europei evidenziavano appunto l'inadempimento delle obbligazioni positive gravanti sullo Stato in materia di effettiva attuazione di una normativa penale a salvaguardia del diritto al rispetto della vita privata e familiare.

\* \* \*

*Art. 9, Cedu*

**Corte europea dei diritti dell'uomo, Prima Sezione, 15 settembre 2016, PAPA-VASILAKIS c. GRECIA (ric. n. 66899/14)**

*<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-166693>*

Nel caso in esame, la Corte ha dichiarato, all'unanimità, che vi è stata una violazione degli obblighi positivi di cui all'art. 9 da parte della Grecia. Il caso riguardava il rifiuto delle autorità nazionali di concedere al sig Papavasilakis lo status di obiettore di coscienza e permettergli di svolgere il servizio civile alternativo a quello militare.

Più nel dettaglio, il sig. P. aveva spiegato all'organo consultivo competente ("commission spéciale de l'armée") le ragioni della sua richiesta, che si basava su valori morali originati dall'educazione religiosa che sua madre, testimone di Geova, gli aveva impartito, e che era il risultato di un atteggiamento che aveva scelto di adottare nella vita, ossia quello di rifiutare ogni rapporto con la guerra, la violenza e la distruzione in tutte le sue forme.

La Commissione, tuttavia, aveva riscontrato che le argomentazioni etico-religiose invocate per ottenere l'esenzione non erano comprovate. Secondo la Commissione, infatti, da un lato, il soggetto non era un membro della comunità dei Testimoni di Geova e, dall'altro, non aveva dimostrato di aver partecipato a movimenti non violenti. Sulla base delle motivazioni esposte dalla Commissione, il Ministro della Difesa aveva rigettato la domanda del ricorrente; il Conseil d'État, infine, aveva altresì rigettato il ricorso con cui P. chiedeva l'annullamento di tale decisione.

Affrontando il caso in questione, sotto il profilo dei principi, la Corte ricorda che gli obblighi positivi che gravano sugli Stati ai sensi dell'art. 8 (ossia istituire una procedura effettiva ed accessibile per proteggere il diritto alla vita privata, prevedere un sistema normativo che stabilisca meccanismi giudiziari ed esecutivi volti a proteggere i diritti degli individui e l'applicazione, se del caso, di misure specifiche appropriate) si applicano anche al diritto all'obiezione di coscienza dal servizio militare obbligatorio (*Savda c. Turquie*); ciò nella misura in cui, in assenza di una procedura d'esame della domande ai fini del riconoscimento della qualità di obiettore, l'obbligo del servizio militare è suscettibile di provocare un conflitto serio e insormontabile con la coscienza di una persona o le sue convinzioni sincere e profonde. Grava dunque sulle autorità –sempre secondo la Corte – l'obbligo positivo di offrire al richiedente una procedura efficace e accessibile per stabilire se sussista, o meno, il suo diritto a beneficiare dello status di obiettore di coscienza e di preservare gli interessi protetti dall'art. 9.

Nel caso in esame, secondo la Corte, i suddetti principi non sono stati rispettati. Sebbene la legge nazionale prevedesse infatti che l'organo consultivo deputato ad

esaminare le richieste di esenzione dal servizio militare per gli obiettori di coscienza (“commission spéciale de l’armée”) fosse composto per la maggior parte da civili, il giorno in cui fu esaminata la domanda del ricorrente erano presenti solo due ufficiali ed il presidente. Due dei membri civili, infatti, erano assenti ma non sostituiti. Secondo la Corte, dunque, era legittimo che il ricorrente, non essendo un membro di una comunità religiosa, temesse di non essere riuscito a trasmettere le proprie convinzioni ideologiche a militari di carriera, integrati nella gerarchia militare. Di conseguenza, la Corte ha ritenuto che le autorità competenti non abbiano adempiuto all’obbligo positivo previsto dall’art. 9 della Convenzione di assicurare che l’esame delle domande degli obiettori da parte della commission spéciale avesse luogo in condizioni idonee a garantire l’efficienza procedurale e la pari rappresentanza richieste dalla legge nazionale.

In aggiunta, la Corte evidenzia come, nell’ordinamento esaminato, la decisione finale che compete al Ministro della Difesa viene presa sulla base di una bozza di decisione conforme alla proposta dell’organo consultivo; in queste condizioni, dunque, la decisione dal Ministro non ha rispettato i requisiti di imparzialità e di indipendenza necessari a rassicurare una persona sentita, come nel caso di cui trattasi, da una commissione composta prevalentemente da ufficiali militari di alto grado. Da ultimo, il controllo della Suprema Corte Amministrativa nel caso di ricorso contro la decisione del Ministro si limita a vagliare la sola legittimità di quest’ultima, e non il merito, e questo controllo si basa anch’esso sulle valutazioni dei membri della commission spéciale.

FRANCESCA CONSORTE

\* \* \*

*Art. 11, Cedu*

**Corte europea dei diritti dell’uomo, Terza Sezione, 13 dicembre 2016, Kasparov e altri c. Russia (ric. n. 51988/07).**

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-169473>

Nel periodo oggetto di monitoraggio, la Corte eur. dir. uomo ha nuovamente censurato – in particolare, con due diverse decisioni stimulate dal medesimo ricorrente – il comportamento delle autorità russe teso ad interdire ai propri cittadini il pieno godimento della libertà di riunione garantito dalla Convenzione.

Nel caso *Kasparov e altri c. Russia* del 13 dicembre 2016, la Terza Sezione ha riconosciuto la violazione dell’art. 11 Cedu da parte dello Stato convenuto per il tramite dei propri organi di polizia, che avevano interrotto una manifestazione politica e proceduto all’arresto di alcuni dei partecipanti con le accuse di aver manifestato senza autorizzazione e rifiutato di obbedire agli ordini di dispersione, infrazioni espressamente qualificate dal diritto interno come amministrative. In particolare, i ricorrenti venivano trattenuti presso la stazione di polizia dove erano

stati condotti e poi tradotti avanti al Giudice di pace, che comminava loro cinque giorni di detenzione amministrativa in relazione ai fatti per i quali erano stati tratti *in vinculis*.

Il collegio, dopo aver rilevato – non senza tradire una certa insofferenza – che la vicenda fattuale riproponeva “*several other identical Russian cases which have come before the Court*”, ha stabilito che il carattere indubitabilmente pacifico (“*undeniably peaceful*”) dell’assembramento avrebbe costituito già di per sé una ragione ostativa all’adozione delle misure di cui i ricorrenti contestavano la leittimità.

I quest’ottica, i giudici hanno ritenuto del tutto irrilevante il fatto che l’adunanza non fosse stata previamente autorizzata e che l’interdizione della medesima – con correlativo arresto dei partecipanti – si fosse resa necessaria a seguito dell’i-nottemperanza all’ordine di dispersione impartito dalle autorità. Invero, sebbene l’arresto e la successiva detenzione amministrativa dei ricorrenti fossero stati disposti in osservanza del diritto interno che legittimava l’adozione in astratto di siffatte misure al precipuo scopo di tutelare l’ordine pubblico e la sicurezza, nel caso concreto non è stato positivamente superato lo scrutinio di proporzionalità con riferimento alle restrizioni applicate, non essendo stata fornita la prova di un pregiudizio (nemmeno potenziale) per la pubblica incolumità in considerazione dello svolgimento della manifestazione.

Né in senso contrario è parso alla Corte meritevole di valorizzazione il dato per cui l’iniziativa non fosse stata autorizzata, posto che, in via di principio, il mancato preavviso o nulla osta delle autorità competenti non costituisce, di per sé, un motivo legittimo per lo scioglimento della riunione pacifica, dovendosi invece dimostrare il concreto pericolo per l’ordine pubblico, del tutto insussistente nel caso di specie. Per giurisprudenza convenzionale, infatti, la libertà sancita dall’art. 11 copre anche gli assembramenti viziati da “irregolarità” sotto il profilo amministrativo, sempreché ricorra il requisito del carattere pacifico della manifestazione (cfr. sul punto *Samut Karabulut c. Turchia*, 27 gennaio 2009, in cui la Corte aveva osservato che “*una situazione illegittima non giustifica una violazione della libertà di riunione*”, nonché *Kudrevious e altri c. Lituania*, Grande Camera, 15 ottobre 2015, citata in motivazione dalla Corte nella pronuncia che si annota).

In definitiva, sebbene le autorità – dapprima quelle di polizia e poi quella giurisdizionale – avessero agito nel rispetto della riserva di legge di cui all’art. 11 par. 2, giusta la sussistenza di una base legale domestica a sostegno dell’arresto e della conseguente detenzione amministrativa, il mancato superamento del vaglio di proporzionalità rendeva l’adozione di siffatte misure inesorabilmente illegittima nel caso di specie.

Fermo quanto precede, la Corte è sembrata conferire altresì una sorta di efficacia *ultra partes* al proprio *decisum*, nella parte in cui ha evidenziato che le cautele di cui nel caso concreto era stata fatta indebita applicazione avrebbero sortito l’ulteriore effetto di dissuadere altri sostenitori di opposizione ad intraprendere analoghe iniziative, scoraggiando, vieppiù, la libera partecipazione al dibattito politico, anche in considerazione della notorietà del personaggio pubblico coinvolto, vale



a dire l'ex campione di scacchi Garri Kasparov, il cui arresto avrebbe certamente attratto l'attenzione degli organi di informazione. La chiosa finale pare dunque richiamare il tradizionale canone interpretativo di cui la Corte si serve nell'esame delle violazioni dell'art. 11 Cedu, ragguagliando, cioè, la garanzia ivi prevista, alla più ampia libertà di espressione scolpita nell'art. 10 Cedu, che della prima costituisce *lex generalis* tutte le volte in cui la libertà di riunirsi sia un mezzo per manifestare collettivamente il proprio pensiero, anche politico.

Infine, pur non essendo oggetto di specifica analisi, pare utile sottolineare come la Corte abbia altresì riconosciuto la violazione dell'art. 5 Cedu nel trattenimento temporaneo di uno dei ricorrenti presso la stazione di polizia per 48 ore, periodo di gran lunga eccedente il massimo di tre ore consentito dalla legislazione interna, oltre alla trasgressione dei principi del *fair trial* sanciti nell'art. 6 Cedu in relazione alla successiva procedura amministrativa innanzi al Giudice di pace, all'esito della quale è stata disposta la detenzione amministrativa nei confronti di entrambi i ricorrenti per il periodo di 5 giorni. Sul punto, è sufficiente osservare che, sebbene il collegio non abbia direttamente affrontato la questione relativa alla natura sostanzialmente penale della procedura volta all'accertamento dell'infrazione, qualificata espressamente dal diritto interno come amministrativa, una simile conclusione pare nondimeno ricavarsi dalla trama argomentativa della motivazione, che ha censurato la regolamentazione del rito – ed in ultima analisi l'irrogazione della sanzione detentiva – in quanto sprovvista di adeguati *standard* probatori, essendo stato negato ai ricorrenti qualsiasi mezzo istruttorio diretto a contrastare la versione dei fatti fornita dalla polizia.

**Corte europea dei diritti dell'uomo, Terza Sezione, 11 ottobre 2016, Kasparov c. Russia (ric. n. 53659/07).**

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-167094>

La sentenza *Kasparov c. Russia* dell'11 ottobre 2016, pur ribadendo principi consolidati in tema di libertà di riunione – segnatamente con riguardo alla lettura che di essa debba darsi alla luce della più ampia garanzia tutelata dall'art. 10 Cedu (sul punto, cfr., per tutte, *Ezelin c. Francia*, 26 aprile 1991, citata altresì in motivazione) – si segnala per il differente percorso ermeneutico attraverso il quale la Corte eur. dir. uomo è pervenuta all'accertamento della violazione della norma convenzionale di interesse. Invero, diversamente dalla maggioranza dei casi *sub* art. 11 Cedu sottoposti all'attenzione dei giudici di Strasburgo, nei quali il pregiudizio al diritto in discorso è stato fatto discendere direttamente dalla disciplina amministrativa domestica in punto di regolamentazione (preventiva) dell'adunanza o di (successiva) repressione o interferenza nella stessa da parte delle pubbliche autorità, la Terza Sezione, nei fatti che qui l'hanno occupata, ha ricavato la lesione della libertà di riunione in via indiretta, come conseguenza dell'illegittima privazione della libertà personale.

Nel dettaglio, il ricorrente, in procinto di imbarcarsi nel volo per il luogo programmato per lo svolgimento della protesta politica, veniva bloccato dalle autorità



aeroportuali, le quali, dopo averlo accompagnato presso i propri uffici, gli sequestravano il titolo di viaggio ed il passaporto, per poi sottoporlo ad interrogatorio per la durata di cinque ore e precludergli di lasciare i locali in quanto sorvegliato a vista da un agente armato, con l'esito ultimo di avergli impedito la partecipazione alla manifestazione.

La Corte ha riconosciuto che un simile *modus procedendi*, giustificato dal Governo resistente con l'esigenza di espletare una più ampia attività investigativa per un'ipotesi di falso di biglietti aerei, aveva in realtà travalicato il limite di un mero adempimento connesso agli ordinari controlli aeroportuali, per configurare invece una privazione – non già una mera restrizione – della libertà personale rilevante ai sensi dell'art. 5 par. 1 Cedu, pur non essendosi trattata di una misura formalmente pre-cautelare. Peraltro, le ragioni difensive addotte dallo Stato convenuto a sostegno dell'operato degli organi di polizia sono state agevolmente respinte dalla Corte, che ne ha negato la plausibilità per l'insussistenza di un pur minimo "*reasonable suspicion*" che il prevenuto fosse in possesso di un titolo di viaggio contraffatto.

Contrariamente al caso in precedenza esaminato, dunque, nella vicenda *de qua* l'accertata violazione dell'art. 5 par. 1 Cedu non si è affiancata alla violazione dell'art. 11 Cedu, bensì di questa ha costituito l'esatto presupposto. Di conseguenza, una volta qualificata come illegittima la privazione della libertà personale, la Corte ha ritenuto parimenti illegittima la limitazione in tal modo frapposta alla libertà di riunione, essendosi la prima risolta in un mezzo per interdire l'esercizio della seconda, con ciò ritenendo assorbito ogni ulteriore sindacato in merito alla proporzionalità delle misure adottate.

**Corte europea dei diritti dell'uomo, Terza Sezione, 4 ottobre 2016, Yaroslav Belousov c. Russia (ric. n. 2653/13 60980/14).**

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-166937>

Con la decisione *Yaroslav Belousov c. Russia*, resa il 4 ottobre 2016 – sulla quale è attualmente pendente la richiesta di deferimento alla Grande Camera promossa dal Governo russo – la Terza Sezione ha riscontrato, tra le altre, la violazione dell'art. 11 Cedu per effetto di un procedimento penale instaurato a seguito dei disordini occorsi durante una manifestazione politica indetta come forma di protesta contro supposti brogli elettorali.

La Corte ha stabilito, in particolare, che la condotta tenuta dal ricorrente, condannato – previa sottoposizione alla custodia cautelare in carcere – a due anni e tre mesi di reclusione per i reati di rivolta di massa e violenza contro un pubblico ufficiale, per la sua concreta inoffensività non ha avuto incidenza causale nella verifica degli scontri con le forze di polizia per i quali la persona era stata tratta in arresto e successivamente privata della libertà personale, sicché, in ultima analisi, la reazione delle autorità statuali doveva considerarsi sproporzionata rispetto alle circostanze del caso concreto. È stato provato, infatti, che il ricorrente, pur avendo preso parte alla manifestazione, non aveva partecipato materialmente agli scontri con la polizia, essendosi limitato ad inneggiare slogan di protesta e a rendersi re-

sponsabile del lancio di un oggetto che solo casualmente aveva colpito un agente, peraltro senza conseguenze per l'incolumità fisica di costui. Per l'effetto, la restrizione imposta alla libertà di riunione – così correttamente riqualificata la doglianza del ricorrente, originariamente formulata nei termini di cui all'art. 10 Cedu – non poteva ritenersi giustificata da esigenze di ordine pubblico, in difetto di comportamenti pregiudizievoli direttamente ascrivibili al prevenuto.

La decisione della Corte, ampiamente condivisibile nella parte in cui riscontra le ulteriori violazioni *sub* artt. 3, 5 e 6 Cedu in relazione agli specifici aspetti per cui dette norme erano state invocate, e per i quali si rinvia alla lettura della sentenza, lascia invece residuare qualche perplessità in ordine alla ritenuta limitazione della libertà di riunione, presidiata dall'art. 11 della Convenzione. Non sembrano del tutto peregrine, invero, le eccezioni sollevate dal governo convenuto e tese ad evidenziare come l'arresto fosse intervenuto non già nel corso della manifestazione, con il correlativo effetto di aver interferito con lo svolgimento della stessa, bensì soltanto a settimane di distanza dagli scontri ed a seguito di ulteriori indagini nei confronti del ricorrente, sicché "*his prosecution could thus not retroactively interfere with his participation in the assembly*" (cfr. par. 161 della motivazione). La Corte, d'altra parte, non pare essersi pienamente confrontata con tale aspetto critico della vicenda, avendo preferito, piuttosto, rimarcare l'assenza in generale di episodi di violenza nel corso della manifestazione ed il potenziale effetto dissuasivo delle misure adottate nei confronti di future iniziative dal tenore analogo.

**Corte europea dei diritti dell'uomo, Quinta Sezione, 27 ottobre 2016, Les Authentiks e Supras Auteuil 91 c. Francia (ric. n. 4696/11 4703/11).**

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-167763>

I fatti che hanno dato origine al caso *Les Authentiks e Supras Auteuil 91 c. Francia*, deciso dalla Quinta Sezione il 27 ottobre 2016, pur non presentando diretta attinenza con il diritto penale sostanziale o processuale, sono sintomatici dell'intransigenza mostrata dalla Corte nei confronti dei gruppi associativi di cui sia stata riconosciuta la natura violenta all'esito di una procedura amministrativa interna.

Nella vicenda *de qua*, respingendo le doglianze di due associazioni di tifosi di una squadra calcistica, il collegio ha stabilito che lo scioglimento di una formazione sociale non si pone in contrasto con il diritto garantito dall'art. 11 Cedu – nella variante della libertà di associazione che veniva in rilievo nella fattispecie concreta – quando esso venga disposto nell'osservanza di una base legale interna che lo consenta e si renda necessario, in una società democratica, per salvaguardare l'ordine pubblico e per la prevenzione dei reati, conformemente alle limitazioni delle libertà di riunione e associazione tassativamente previste dall'art. 11 par. 2 Cedu.

Particolarmente significativo è il passaggio motivazionale in cui la Corte evidenzia l'ampio margine di discrezionalità di cui godono gli Stati nel valutare il carattere violento di un'associazione di tifosi, perseguendo un simile gruppo di individui, a parere del collegio, uno scopo sociale meritevole di tutela assai più blanda rispetto ai partiti politici – enti tutelati per antonomasia dalla previsione convenzionale in

discorso – nell’ambito di una società democratica e, quindi, ben potendosi ammettere un vaglio meno stringente da parte delle autorità amministrative dei requisiti di diritto interno in presenza dei quali ne è consentita la dissoluzione.

LORENZO CARSETTI

\* \* \*

*Art. 4, Prot. 7, Cedu*

**Corte Europea dei diritti dell’uomo, Terza sezione, 4 ottobre 2016, *Rivard c. Svizzera* (ricorso n. 21563/12)**

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-166931>

La Corte eur. dir. uomo, nella pronuncia *Rivard c. Svizzera* del 4 ottobre 2016, ha escluso la violazione dell’art. 4 Prot. 7 Cedu anticipando fondamentalmente le conclusioni a cui è pervenuta la Grande Camera nella sentenza *A. e B. c. Norvegia* del 15 novembre 2016 (*v. infra*). Nel dettaglio, il ricorrente, condannato per eccesso di velocità al pagamento di una multa nell’ambito di un processo penale e, subito dopo, al ritiro della patente nell’ambito di un procedimento amministrativo, aveva dedotto la violazione del principio del *ne bis in idem*. La Corte, pur riconoscendo, in base ai canoni consolidati, la sussistenza del medesimo fatto e la natura sostanzialmente penale dell’illecito amministrativo, non ha riscontrato il *vulnus* al diritto fondamentale facendo leva sul rilievo di un *collegamento materiale e temporale sufficientemente stretto* fra le due procedure. Tale profilo, secondo i giudici di Strasburgo, consentirebbe di valutare i due procedimenti come il duplice aspetto di un unico sistema sanzionatorio e procedimentale.

**Corte Europea dei diritti dell’uomo, Grande Camera 15 novembre 2016, *A. e B. c. Norvegia* (ricorso n. 24130/11 e 29758/11)**

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-168972>

La Corte eur. dir. uomo, nella pronuncia *A. e B. c. Norvegia* del 15 novembre 2016, ha escluso la violazione dell’art. 4 Prot. 7 Cedu in un caso in cui i due ricorrenti erano stati sottoposti, secondo la legislazione norvegese, a due distinti procedimenti – l’uno amministrativo e l’altro penale – per violazioni in materia fiscale.

In particolare, la Grande Camera (con la maggioranza di sedici voti a uno: l’opinione dissenziente è del giudice Pinto de Albuquerque), nel definire un procedimento in cui erano intervenuti a sostegno del governo resistente altri sei Stati (Bulgaria, Repubblica Ceca, Grecia, Francia, Moldavia e Svizzera) vincolati dal Prot. 7 Cedu, ha concluso che non viola il diritto fondamentale al *ne bis in idem* la celebrazione di un processo penale, e l’irrogazione della relativa sanzione, nei confronti dello stesso soggetto già sanzionato in via definitiva (per il *medesimo fat-*

to) dall'amministrazione tributaria con una sovrattassa (riconducibile alla *matière pénale*), quando tra i due procedimenti esista una *connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta*.

Nel dettaglio, il contrasto non riguardava la ricorrenza del *medesimo fatto* – non era cioè posta in dubbio l'operatività del criterio dell'*idem factum* e, dunque, la convergenza dei due procedimenti su un identico fatto materiale, ossia l'evasione del tributo in sé considerata (a prescindere dall'elemento addizionale della *frode* nell'illecito penale) –, bensì la qualificazione in termini di sanzioni *sostanzialmente* penali delle richiamate sovrattasse e la rilevanza in termini di *bis in idem* di due procedimenti *paralleli* (e non *consecutivi*).

Circa il primo profilo, la Corte, riconoscendo la piena validità dei criteri *Engel*, ha riaffermato la natura penale della sovrattassa.

È sul secondo profilo che si articolano le argomentazioni decisive dei giudici di Strasburgo. In particolare, la Corte, ha inteso chiarire, ai fini della conformità al principio del *ne bis in idem* dei sistemi sanzionatori cd. “a doppio binario”, peso e contenuto del requisito, talvolta utilizzato in alcune pronunce, della *connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta* tra i due procedimenti.

Riconosciuto al *test* della “*sufficiently close connection in substance and time*” portata condizionante la legittimità convenzionale del sistema sanzionatorio prescelto dal singolo Stato, si è preliminarmente osservato come la strada migliore per assicurare il rispetto del *ne bis in idem* sia la previsione di un meccanismo capace di riunire, in uno stadio della procedura, i due procedimenti. Immediatamente dopo, la Corte ha precisato che il *parallelo* svolgersi dei due procedimenti non reca pregiudizio al diritto fondamentale quando essi risultino *connessi dal punto di vista sostanziale e cronologico in maniera sufficientemente stretta*, evidenziando come, a tal fine, occorrerà valutare non solo la relativa *complementarità* nei mezzi e negli obiettivi perseguiti unitamente alla presenza di una *inter-connessione di natura cronologica*, ma anche la *prevedibilità* e la *proporzionalità* della complessiva risposta sanzionatoria.

I giudici di Strasburgo si sono quindi soffermati sui fattori di cui tener conto ai fini del *test*, fornendone un'elencazione esemplificativa.

In particolare, sarà necessario verificare: *a*) se i procedimenti abbiano scopi diversi e assumano a oggetto (non solo in astratto ma pure in concreto) aspetti differenti della stessa condotta antisociale; *b*) se la duplicità dei procedimenti sia un effetto prevedibile della condotta; *c*) se i due procedimenti siano condotti in modo da evitare per quanto possibile ogni duplicazione nella raccolta e nella valutazione della prova, segnatamente attraverso un'interazione tra le varie autorità competenti, in modo che l'accertamento dei fatti effettuato in un procedimento sia utilizzato anche nell'altro; *d*) se la sanzione imposta all'esito del procedimento che si conclude per primo sia presa in considerazione nell'altro procedimento, in modo da assicurare l'esigenza di proporzionalità della pena. Nella vicenda oggetto di giudizio si è peraltro ravvisata la presenza di tutti i caratteri poc'anzi riferiti.

Infine, circa il collegamento di natura cronologica tra i due procedimenti, la Corte ha precisato come tale requisito non implichi che essi debbano svolgersi necessariamente in maniera strettamente *parallela*, dovendosi tuttavia considerare più elevata la probabilità di ricorrenza della violazione convenzionale, tenuto conto dell'entità del pregiudizio individuale, quando il soggetto, a causa di procedimenti *consecutivi*, sia esposto a una condizione di perdurante incertezza circa la propria sorte.

ANDREA FRANCESCO TRIPODI

## CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

**CGUE, Grande Sezione, Sent. 8 novembre 2016, C-554/14 (nel procedimento penale a carico di Atanas Ognyanov)**

*<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=185201&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=63412>*

Il sig. Ognyanov, cittadino bulgaro, veniva condannato dal Tribunale danese di Glostrup a una pena complessiva di quindici anni per omicidio e furto aggravato. Al momento del suo trasferimento alle autorità bulgare ai fini dell'esecuzione della pena, egli aveva già trascorso un periodo di tempo in custodia cautelare, durante il quale aveva lavorato, nonché espiato una parte della pena stessa, questa pure scontata lavorando. Adito dalla Procura competente, il Giudice dell'esecuzione bulgaro, al fine di determinare la durata della pena ancora da eseguire dal sig. Ognyanov, ricorreva in via pregiudiziale alla Corte di giustizia, ponendo la questione se a tal fine dovesse tener conto del periodo durante il quale quest'ultimo aveva lavorato e dunque ridurre corrispondentemente la pena secondo il diritto nazionale come interpretato dalla Corte di cassazione, nonostante tale soluzione gli apparisse contrastante con il dettato della Decisione quadro 2008/909/GAI relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea.

Più in particolare, secondo il diritto bulgaro, come interpretato dalla Corte suprema di cassazione, il lavoro di interesse generale svolto, nello Stato della condanna, dal condannato bulgaro trasferito deve essere preso in considerazione dall'autorità competente dello Stato di esecuzione ai fini della riduzione della pena. D'altra parte, secondo l'art. 17 della richiamata Decisione, l'esecuzione della pena è disciplinata dalla legislazione dello Stato di esecuzione. Il Giudice del rinvio, pertanto, poneva le seguenti questioni pregiudiziali: se il disposto della richiamata Decisione quadro debba essere interpretato nel senso che esso osta a una norma nazionale, interpretata in modo tale da autorizzare lo Stato di esecuzione a concedere alla persona condannata una riduzione di pena a motivo del lavoro da essa svolto durante la sua detenzione nello Stato della condanna, quando le autorità competenti di quest'ultimo Stato, conformemente al diritto

dello stesso, non hanno concesso una siffatta riduzione di pena; se il diritto dell'Unione debba essere interpretato nel senso che esso osta a che un giudice nazionale applichi una norma di diritto interno, sebbene contraria alla Decisione quadro, per il motivo che tale norma di diritto interno sia più favorevole di detta Decisione.

Alla prima questione la Corte di giustizia risponde positivamente, una volta ricostruito il significato della Decisione quadro nel senso che soltanto il diritto dello Stato della condanna è applicabile, anche per quanto riguarda l'eventuale concessione di una riduzione di pena, alla parte della pena scontata dall'interessato nel territorio di detto Stato fino al suo trasferimento verso lo Stato di esecuzione. Riguardo al diritto di quest'ultimo Stato, esso è applicabile unicamente alla parte della pena ancora da scontare da tale persona a seguito di detto trasferimento nel territorio dello Stato di esecuzione. Più in particolare, l'articolo 17 della Decisione quadro costituisce il prosieguo delle disposizioni che lo precedono in quanto stabilisce i principi applicabili all'esecuzione della pena una volta che la persona condannata è stata trasferita all'autorità competente dello Stato di esecuzione. Dagli articoli precedenti, e in particolare dall'art. 13, risulta invece che lo Stato della condanna mantiene la sua competenza per l'esecuzione di una pena fintantoché «l'esecuzione della pena nello Stato di esecuzione non sia iniziata». Tale soluzione è la sola che riesce a garantire il perseguimento degli obiettivi propri della Decisione quadro tra i quali ha primaria importanza il rispetto del principio del reciproco riconoscimento.

Con riguardo, poi, alla seconda questione pregiudiziale, anch'essa è risolta positivamente dalla Corte di giustizia. Nella sostanza, con tale questione il Giudice del rinvio chiedeva se il diritto dell'Unione gli imponesse di adottare un'interpretazione del diritto interno conforme al significato della Decisione quadro individuato in sede di soluzione della prima questione pregiudiziale, anche quando tale interpretazione si rivelasse sfavorevole rispetto a quella fino ad allora invalsa. La Corte di giustizia, dopo aver ricordato la pendenza, sui giudici nazionali, di un obbligo di interpretazione conforme del diritto interno alle decisioni quadro, nonché i limiti di tale obbligo e quindi che l'interpretazione conforme non può condurre a determinare o ad aggravare, sul fondamento di una decisione quadro e indipendentemente da una legge adottata per l'attuazione di quest'ultima, la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle sue disposizioni, ritiene che nel caso di specie l'obbligo di interpretazione conforme comporterebbe semplicemente che il sig. Ognyanov non possa beneficiare, in forza del diritto bulgaro, di una riduzione di pena a motivo del lavoro svolto durante la sua detenzione in Danimarca, la quale rientra, infatti, nella competenza esclusiva di quest'ultimo Stato membro. Tale obbligo non avrebbe, invece, per effetto di determinare o di aggravare la responsabilità penale del sig. Ognyanov, né di modificare, a sfavore di quest'ultimo, la durata della pena derivante dalla sentenza pronunciata nei suoi confronti dal Giudice danese. Ciò considerato, spetta al Giudice del rinvio garantire la piena efficacia della Deci-



sione quadro disapplicando, ove necessario, di propria iniziativa, l'interpretazione accolta dalla Corte suprema di cassazione, posto che tale interpretazione non è compatibile con il diritto dell'Unione.

GIORGIO ABBADESSA

## CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA

### 1. Sentenza n. 216 del 2016

<http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2016&numero=216>

Si segnala all'attenzione del lettore una interessante sentenza con la quale la Corte Costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 87, comma 3, del codice di procedura penale, sollevata, in riferimento agli artt. 3, 24 e 111 della Costituzione, dal Tribunale ordinario di Palermo.

La questione sottoposta allo scrutinio dei Giudici della Consulta riguarda la previsione in forza della quale l'esclusione del responsabile civile **“è disposta senza ritardo, anche di ufficio, quando il giudice accoglie la richiesta di giudizio abbreviato”**.

Il giudice *a quo*, era chiamato a pronunciarsi nei confronti di una persona imputata del reato di omicidio colposo commesso con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale (art. 589, secondo, terzo e quarto comma, del codice penale), nonché del reato di cui all'art. 189, commi 1 e 6, del d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285 (Nuovo codice della strada).

Nel processo si erano costituiti quali parti civili i congiunti della vittima e l'imputato, una volta ammesso al rito abbreviato, lamentava l'illegittimità costituzionale dell'art. 87, c.3, c.p.p., in forza del quale gli veniva preclusa la possibilità di richiedere la citazione quale responsabile civile di una società di assicurazioni.

La questione veniva ritenuta non manifestamente infondata da parte del giudice, il quale, pur richiamando alcuni precedenti rigetti della Corte Costituzionale, motivati sulla base della fisionomia del giudizio abbreviato, che mal si presta ad essere “appesantito” dalla presenza del responsabile civile, essendo un giudizio allo stato degli atti caratterizzato dalla massima celerità, rilevava come tale originaria struttura avesse subito una significativa trasformazione ad opera della legge 16 dicembre 1999, n. 479.

A seguito di tali modifiche, il giudizio abbreviato, per caratteristiche e «impatto statistico», doveva essere considerato *“un vero e proprio giudizio di merito, alternativo a quello ordinario”*, nell'ambito del quale si manifesterebbe il dedotto contrasto dell'art. 87, c.3, c.p.p. tanto con l'art. 3 Cost., sotto il profilo della *“disparità di*

*trattamento riservata alla parte civile sul piano delle pretese risarcitorie*"; quanto con l'art. 24 Cost., per la lesione del diritto di agire in giudizio della stessa parte civile; quanto, ancora, con l'art. 111 Cost., per il *vulnus* alla ragionevole durata del processo, inteso "come garanzia non solo per l'imputato, ma per tutte le parti processuali e per la collettività in generale".

Respinte le questioni di rito, la Corte è passata all'esame del merito del ricorso, ritenendo la questione proposta non fondata.

A parere dei giudici, la *ratio* dell'esclusione automatica – senza ritardo e disposta anche d'ufficio da parte del giudice – del responsabile civile è da individuarsi "nell'intento di non gravare tale tipo di giudizio, che dovrebbe essere caratterizzato dalla massima celerità, della presenza, non indispensabile, di soggetti la cui posizione può restare incisa solo sul piano privatistico dalla decisione penale".

Si tratta di un principio che, contrariamente da quanto sostenuto dal remittente, non è stato in alcun modo smentito o scalfito dalla legge 16 dicembre 1999, n. 479.

La disciplina richiamata, infatti, ha introdotto alcune modifiche al giudizio abbreviato, quali la soppressione del requisito del consenso del pubblico ministero e nella previsione di possibili integrazioni del materiale probatorio utilizzabile ai fini della decisione, tanto su istanza dell'imputato (art. 438, comma 5, cod. proc. pen.), quanto per iniziativa officiosa del giudice (art. 441, comma 5, cod. proc. pen.); tuttavia, essa non ha inciso sulla natura del rito, che continua a costituire un modello alternativo al dibattimento fondato su di una caratteristica essenziale: "il minor dispendio di tempo e di energie processuali rispetto al procedimento ordinario" (sentenza n. 115 del 2001).

Analoghe considerazioni devono essere estese agli altri interventi che si sono susseguiti sulla disciplina di tale rito, quali "la facoltà dell'imputato di rinnovare, nel caso di rigetto, la richiesta di giudizio abbreviato subordinata ad una integrazione probatoria sino alla dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, introdotta dalla sentenza n. 169 del 2003 di questa Corte: pronuncia nella quale si rimarca, tra l'altro, come l'introduzione di tale facoltà sia conforme alle finalità di economia processuale proprie del rito alternativo e coerente, altresì, con il principio di ragionevole durata del processo, enunciato dall'art. 111, secondo comma, Cost".

Così ricostruite le caratteristiche essenziali del rito, l'esclusione del responsabile civile continua ad essere una scelta non irragionevole, in quanto coerente con gli obiettivi di fondo del giudizio abbreviato, che rimangono immutati rispetto alla disciplina originariamente introdotta dal Codice del 1989.

D'altro lato, osserva la Corte "nessun pregiudizio al diritto di azione della parte civile deriva, d'altronde, dalla soluzione legislativa censurata", in quanto "per espresso disposto dell'art. 88, comma 2, cod. proc. pen., infatti, l'esclusione del responsabile civile non pregiudica l'esercizio in sede civile dell'azione risarcitoria. Inoltre, ove la parte civile non accetti il giudizio abbreviato – com'è in sua facoltà – essa non subisce neppure la sospensione del processo civile fino alla pronuncia della sentenza penale

*non più soggetta a impugnazione, prevista dall'art. 75, comma 3, cod. proc. pen. (art. 441, comma 5, cod. proc. pen.)”.*

Lo stesso deve dirsi tanto con riferimento ai diritti dell'imputato, il quale, nello scegliere il rito abbreviato, compie una libera scelta, nell'ambito della quale egli compie un bilanciamento tra i benefici del rito e la rinuncia a determinati diritti, garanzie e facoltà, tra le quali rientra la possibilità di chiamare in causa un responsabile civile.

Infine, non vi è violazione del principio di ragionevole durata del processo (art. 111, secondo comma, Cost.), essendo la norma denunciata funzionale alla realizzazione di tale obiettivo, essendo volta a garantire una maggiore celerità al giudizio di merito.

Di estremo interesse il punto 6 della sentenza, ove la Corte afferma che: *“la pronuncia ablativa invocata dal rimettente darebbe adito ad un assetto normativo inaccettabile sul piano costituzionale, in quanto chiaramente contrastante con la garanzia di inviolabilità del diritto di difesa (art. 24, secondo comma, Cost.). La rimozione della norma censurata comporterebbe, infatti, che il responsabile civile possa vedersi coinvolto in un giudizio basato – come l'abbreviato – su prove precostituite, alla cui formazione non ha partecipato: e ciò senza fruire né della facoltà di non accettare il rito – riconosciuta alla parte civile – né della facoltà di chiedere integrazioni probatorie, anche al solo fine di contrastare quelle richieste eventualmente dall'imputato, come invece è consentito al pubblico ministero (art. 438, comma 5, ultimo periodo, cod. proc. pen.).”*

\* \* \*

## 2. Sentenza n. 236 del 2016

<http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2016&numero=236>

Con questa importante decisione, la Corte Costituzionale La Corte costituzionale ha affrontato uno dei nervi scoperti della materia penale, pronunciandosi sul principio della proporzionalità della pena come limite alla discrezionalità delle scelte legislative.

Con la pronuncia *de quo* è stato dichiarato illegittimo, per contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost., il quadro edittale (reclusione da cinque a quindici anni) previsto per il delitto di cui all'art. 567, secondo comma, c.p., che incrimina l'alterazione dello stato civile di un neonato realizzato mediante false certificazioni, false attestazioni o altre falsità.

La Corte è stata investita della questione dal Tribunale di Varese, ove si celebrava un giudizio penale a carico di due imputati, accusati del delitto di cui all'art. 567, c. II, c. p., perché, in concorso tra loro, nella formazione dell'atto di nascita di una neonata, ne alteravano lo stato civile, attestando falsamente che ella era nata dall'unione naturale dei dichiaranti.

Il giudice *a quo*, ritenendo in punta di fatto fondata la prospettazione accusatoria, rilevava come, in caso di condanna, la comminatoria edittale applicabile al caso di specie sarebbe stata manifestamente eccessiva rispetto alla gravità della condotta incriminata, non consentendo di adeguare il trattamento sanzionatorio alle circostanze concrete del fatto, e precludendo in particolare al giudice – pur in presenza di circostanze attenuanti – di pervenire alla determinazione di una pena suscettibile di essere condizionalmente sospesa.

Il ragionamento del remittente si articola su due distinte considerazioni: da un lato si osserva come lo specifico disvalore della condotta – offensiva del diritto del soggetto a una corretta e veridica attribuzione della propria discendenza – sarebbe oggi in larga misura ridimensionato dai progressi scientifici, che consentono ormai di accertare agevolmente la paternità e maternità di un individuo attraverso indagini sul suo patrimonio genetico; dall'altro si è osservato come la condotta incriminata potrebbe astrattamente essere “commessa nell'interesse del neonato (magari privo di un padre o che il genitore naturale non vuole riconoscere), al quale l'agente intende attribuire, comunque, dei legami familiari”, con conseguente ridotto disvalore della condotta – ispirata comunque a finalità altruistiche – sotto il profilo soggettivo.

Pertanto il quadro edittale dell'art. 567, secondo comma, c.p., sarebbe in contrasto sia con l'art. 3, *sub specie* di principio di ragionevolezza, in ragione della previsione di “una pena eccessivamente elevata [per] un comportamento che, oggi, [ha] perso quei connotati di gravità e allarme sociale che in altra epoca giustificavano un trattamento sanzionatorio particolarmente rigoroso e severo», anche in rapporto ai trattamenti sanzionatori previsti da altre norme previste nel medesimo capo del codice penale, tra cui la fattispecie di cui al primo comma dello stesso art. 567 c.p.; sia con l'art. 27 Cost., *sub specie* di principio di colpevolezza e di necessaria funzione rieducativa della pena, giacché «la previsione di una pena eccessiva rispetto alla gravità della condotta, soprattutto quanto al minimo edittale, nonché sproporzionata rispetto alle altre condotte contemplate dalle disposizioni del medesimo Capo, impedi[sce] al Giudice di adeguare la sanzione concretamente inflitta all'imputato, in caso di condanna, alle circostanze del fatto, e al reo stesso di comprendere adeguatamente, con piena consapevolezza, il disvalore del proprio comportamento”.

La Corte, superando un orientamento che in passato aveva portato a dichiarare manifestamente infondata una questione di costituzionalità prospettata in forma analoga a quella sopra descritta (Ord. 106/2007) ritiene fondate le questioni prospettate, pur non condividendo le valutazioni del remittente in ordine al prospettato anacronismo del quadro edittale dell'art. 567, c.2, c.p. derivante dal progresso scientifico e dal mutamento del quadro normativo in materia di diritto di famiglia.

La motivazione è dunque incentrata sul profilo della sproporzione della pena.

Questi i punti cardine.

In primo luogo, viene richiamato l'orientamento costante della Corte, secondo cui “l'art. 3 Cost. esige che la pena sia proporzionata al disvalore del fatto illecito

*commesso, in modo che il sistema sanzionatorio adempia nel contempo alla funzione di difesa sociale ed a quella di tutela delle posizioni individuali. E la tutela del principio di proporzionalità, nel campo del diritto penale, conduce a «negare legittimità alle incriminazioni che, anche se presumibilmente idonee a raggiungere finalità statuali di prevenzione, producono, attraverso la pena, danni all'individuo (ai suoi diritti fondamentali) ed alla società sproporzionatamente maggiori dei vantaggi ottenuti (o da ottenere) da quest'ultima con la tutela dei beni e valori offesi dalle predette incriminazioni»*.

In questa prospettiva: *“il principio di proporzionalità esige un'articolazione legale del sistema sanzionatorio che renda possibile l'adeguamento della pena alle effettive responsabilità personali, svolgendo una funzione di giustizia, e anche di tutela delle posizioni individuali e di limite della potestà punitiva statale, in armonia con il “volto costituzionale” del sistema penale (sentenza n. 50 del 1980)”*.

Queste considerazioni devono essere ulteriormente raccordate con quanto sancito dall'art. 27 Cost., alla luce del quale il principio della finalità rieducativa della pena costituisce una delle qualità essenziali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico.

Dunque, *“laddove la proporzione tra sanzione e offesa difetti manifestamente, perché alla carica offensiva insita nella condotta descritta dalla fattispecie normativa il legislatore abbia fatto corrispondere conseguenze punitive di entità spropositata, non ne potrà che discendere una compromissione ab initio del processo rieducativo, processo al quale il reo tenderà a non prestare adesione, già solo per la percezione di subire una condanna profondamente ingiusta (sentenze n. 251 e n. 68 del 2012), del tutto svincolata dalla gravità della propria condotta e dal disvalore da essa espressa”*.

Pertanto, una pena eccessivamente severa si pone in contrasto tanto con l'art. 3, quanto con l'art. 27 Cost.

È ciò che accade con il quadro editto dell'art. 567, c. II, c.p., fattispecie criminosa caratterizzata dal fatto che la condotta punita può astrattamente essere commessa al fine, non già di pregiudicare, bensì di favorire, l'interesse del neonato.

Ciò posto – e ribadito che non competono alla Corte valutazioni discrezionali di dosimetria sanzionatoria penale, che in forza dell'art. 25 Cost. competono esclusivamente al legislatore – i giudici costituzionali fissano i limiti del loro intervento, peraltro già rinvenibili nel sistema costituzionale *“giacché obiettivo del controllo sulla manifesta irragionevolezza delle scelte sanzionatorie non è alterare le opzioni discrezionali del legislatore, ma ricondurre a coerenza le scelte già delineate a tutela di un determinato bene giuridico, procedendo puntualmente, ove possibile, all'eliminazione di ingiustificabili incongruenze”*.

Calando queste coordinate al caso di specie, la valutazione sulla rilevata sproporzione tra sanzione e offesa deve essere condotta dai Giudici procedendo innanzitutto “per linee interne”, ovvero misurando “la coerenza e la proporzionalità delle sanzioni rispettivamente attribuite dal legislatore a ciascuna delle due fattispecie di cui si compone il reato di alterazione di stato”.

Le due ipotesi criminose “*non sono identiche, ma non possono considerarsi del tutto disomogenee, non foss’altro perché indirizzate a proteggere, come questa Corte ha già riconosciuto (ordinanza n. 106 del 2007), il medesimo bene giuridico*”.

Il bene giuridico tutelato è di cui al II c., ossia l’“*interesse del minore a vedersi riconosciuto un rapporto familiare corrispondente alla propria effettiva ascendenza*”, coincide con l’oggetto di tutela di cui al comma 1, ossia il “*diritto fondamentale del minore alla corretta rappresentazione della sua ascendenza*”, fattispecie che deve essere ritenuta più grave della precedente, in quanto, implicando l’apprensione materiale delle vittime, coinvolge più neonati.

“*In definitiva, in entrambi i casi, è un medesimo bene ad essere leso, sia pur in forme diverse. Ma le differenti modalità esecutive non esprimono, in sé stesse, connotazioni di disvalore tali da legittimare una divergenza di trattamento sanzionatorio. Ed anzi, tale divergenza, che si traduce in una cornice edittale marcatamente più severa nel caso del secondo comma, appare manifestamente irragionevole*”.

Le considerazioni che precedono costituiscono il presupposto logico alla soluzione dell’ultimo profilo trattato dalla Corte: l’individuazione del “nuovo” quadro edittale dell’art. 567, c. II, del quale viene dichiarata l’illegittimità costituzionale “nella parte in cui punisce il delitto ivi descritto con la pena della reclusione da cinque a quindici anni, anziché con la pena della reclusione da tre a dieci anni”, ossia con la pena prevista per il delitto previsto dal primo comma dell’art. 567 c.p. che costituisce dunque il *tertium comparationis* del giudizio di ragionevolezza.

TOMMASO GUERINI



## CORTE COSTITUZIONALE FRANCESE

### **Decision n. 2016-567/568 QPC del 23 settembre 2016 e Decision n. 2016-600 QPC del 2 dicembre 2016**

1. [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2016567\\_568QPC2016567\\_568qpc.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2016567_568QPC2016567_568qpc.pdf)

2. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2016600QPC2016600qpc.pdf>

#### **1.**

Le due pronunce che si segnalano hanno ad oggetto la conformità ai diritti e alle libertà costituzionali della legge n. 55-385 del 3 aprile 1955, per come modificata dalla legge n. 2016-987 del 21 luglio 2016, avente ad oggetto misure sullo stato d'emergenza e di contrasto alla lotta contro il terrorismo.

Il retroterra comune ad entrambe le “*question prioritaire de constitutionnalité*” (QPC) è dunque la normativa di contrasto al terrorismo di matrice islamista, rafforzata a seguito degli attentati del 13 novembre 2015 a Parigi, già oggetto di una pronuncia del *Conseil Constitutionnel* del 19 febbraio 2016.

In particolare, entrambe le pronunce si occupano di un istituto peculiare, le perquisizioni amministrative eseguite durante lo stato di emergenza (*perquisitiones administratives dans le cadre de l'état d'urgence*).

Le perquisizioni amministrative rientrano tra le misure straordinarie consentite dalla dichiarazione dello stato d'emergenza cd. “aggravato”, non essendo possibile in presenza di una mera dichiarazione di stato di emergenza procedere a limitazioni della libertà personale in assenza di un qualsivoglia intervento della magistratura.

In particolare, l'istituto in parola trova la propria regolamentazione nell'art. 11 della l. 3 aprile 1955, che nella sua versione originale prevedeva che: “*la legge che dichiara lo stato d'emergenza può, mediante una disposizione espressa: 1° Conferire alle autorità amministrative elencate all'art. 8 (ossia il Ministro dell'Interno per quanto concerne l'intero territorio nazionale e i Prefetti in ciascun dipartimento) il potere di ordinare perquisizioni domiciliari notturne e diurne*”.

Prima dell'intervento della legge del 20 novembre 2015, la norma del 1955 era già stata modificata dall'ordinanza del 15 aprile 1960, assunta in forza della legge

n. 60-101 del 4 febbraio 1960, che autorizzava il Governo ad assumere, in applicazione dell'art. 38 della Costituzione, determinate misure relative al mantenimento dell'ordine pubblico e per la salvaguardia dello Stato e alla pacificazione dell'amministrazione dell'Algeria.

Si tratta di un provvedimento emergenziale, introdotto a seguito della cd. "settimana delle barricate", una insurrezione contro l'amministrazione coloniale francese che interessò la città di Algeri tra il 24 gennaio e il 1° febbraio del 1960.

La normativa di cui si tratta è stata largamente modificata dalla legge del 20 novembre 2015, che ha rafforzato i poteri di perquisizione in capo all'autorità amministrativa, che oggi possono essere esercitati "in ogni luogo, compreso il domicilio".

La legge del 2015 ha poi espressamente autorizzato l'accesso ad ogni sistema informatico o apparecchiatura presente nei luoghi ove viene eseguita la perquisizione, nonché di trasferire e conservare i dati in essi rinvenuti.

Quanto alle condizioni che legittimano la perquisizione amministrativa, essa può essere disposta nei luoghi riguardo ai quali vi sono fondate ragioni di ritenere che siano frequentati da persone il cui comportamento costituisce una minaccia per la sicurezza e l'ordine pubblico. Il provvedimento che dispone l'atto ispettivo deve essere comunicato al Procuratore della Repubblica e deve svolgersi alla presenza di un agente di polizia giudiziaria; inoltre non può essere svolta alcuna perquisizione in assenza dell'occupante dei luoghi, di un suo rappresentante, ovvero di due testimoni.

## 2.

La prima pronuncia che si segnala è la *Decision n. 2016-567/568 QPC* del 23 settembre 2016.

Il fatto da cui il provvedimento trae origine riguarda una perquisizione disposta in data 19 novembre 2015, dal prefetto del Distretto del Rodano in alcuni locali siti in località Vaulx-en-Velin, eseguita il giorno successivo e sulla base della quale è stato aperto un procedimento per traffico di droga a carico dei due occupanti dei locali ispezionati, nei confronti dei quali veniva inoltre disposta la custodia cautelare in carcere.

A seguito dell'accoglimento del ricorso dei due indagati, che lamentavano la nullità dell'ordine di perquisizione disposto nei loro confronti, la *Chambre de l'instruction* di Lione annullava il provvedimento impugnato, disponendone l'immediata liberazione.

Il Procuratore Generale presso la Corte d'Appello di Lione proponeva ricorso per Cassazione, mentre i due ricorrenti investivano la Corte di Cassazione di una questione di costituzionalità.

Risolte alcune questioni preliminari, la Corte ha ritenuto di esaminare i singoli motivi di ricorso.

I ricorrenti ritenevano che non possono essere eseguite perquisizioni amministrative diurne o notturne senza prevedere delle garanzie che riguardino tanto i

motivi che le rendono necessarie, quanto le condizioni con le quali vengono eseguite; viceversa, si ha una violazione dei diritti che la Costituzione francese prevede in materia di rispetto della vita privata, inviolabilità del domicilio, nonché il diritto di difesa.

Il *Conseil* ha accolto il motivo di ricorso relativo alla mancata osservanza del diritto al rispetto della vita privata, ritenendo superfluo esaminare le altre doglianze.

Nel procedere alla censura delle disposizioni oggetto di ricorso, il *Conseil* si è richiamato ad alcuni precedenti giurisprudenziali: su tutti la decisione n. 2016-536 QPC del 19 febbraio 2016.

In quell'occasione, era stato affermato che: *“Considerando che la Costituzione non esclude la possibilità per il legislatore di prevedere un regime di stato di regime di emergenza; compete a lui, conciliare da un lato la prevenzione di pericoli per l'ordine pubblico e, dall'altro, i diritti e le libertà di tutti i residenti sul territorio della Repubblica; questi diritti e libertà includono il diritto al rispetto della vita privata e, in particolare, l'inviolabilità del domicilio, protetto dall'articolo 2 della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino del 1789. (...) Considerando, in primo luogo, che le misure previste dal primo comma e la prima frase del terzo paragrafo della sezione I dell'articolo 11 della legge del 3 aprile 1955 possono essere ordinate solo nei casi in cui sia stato proclamato lo stato di emergenza ed unicamente nei luoghi situati nella zona coinvolta da tale stato d'emergenza; che lo stato di emergenza può essere dichiarato, ai sensi dell'articolo 1 della legge del 3 aprile 1955, esclusivamente “in caso di pericolo imminente derivante da gravi attentati all'ordine pubblico” o “in caso eventi che presentano, per loro natura e gravità, il carattere di pubblica calamità”; Considerando, in secondo luogo, che la decisione di ordinare una perquisizione sulla base delle disposizioni impugnate deve precisarne il luogo e il tempo; che il Procuratore della Repubblica è immediatamente informata di tale decisione; che la ricerca è condotta in presenza di un agente di polizia; che essa non può essere condotta se non in presenza dell'occupante o, in mancanza, di un suo rappresentante o due di due testimoni; che essa dà luogo alla redazione di un verbale che viene trasmesso senza ritardo al Procuratore della Repubblica; Considerando, inoltre, che la decisione di ordinare una perquisizione sulla base delle disposizioni impugnate e che le misure per la sua attuazione devono essere giustificate e proporzionate alle ragioni che hanno dato luogo alla dichiarazione dello stato emergenza; in particolare, una perquisizione domiciliare notturna deve essere giustificata dall'urgenza o dall'impossibilità di effettuarla di giorno; che al giudice amministrativo compete verificare che tale provvedimento, che deve essere motivato, sia giustificato sia opportuno, necessario e proporzionato allo scopo perseguito; Considerando poi, che se i rimedi giurisdizionali previsti contro una decisione che disponga una perquisizione sulla base delle disposizioni impugnate possono essere azionati solo dopo l'esecuzione della misura, essi consentono agli interessati di agire nei confronti dello Stato; che pertanto le persone interessate dalla misura non sono prive di mezzi di ricorso che consentano di verificare che la misura sia stata attuata in condizioni appropriate, alla luce delle particolari circostanze che hanno portato alla dichiarazione di stato di emergenza. Da quanto precede, ne conse-*

*gue che le disposizioni del primo, secondo, quarto al sesto comma e la prima frase del terzo paragrafo della sezione I dell'articolo 11 della legge del 3 aprile 1955, che non sono intaccate da incompetenza negativa, operano, in relazione ad un regime di poteri eccezionali i cui effetti dovrebbero essere limitati nel tempo e nello spazio, che aiuta a prevenire il pericolo imminente o le conseguenze di calamità pubblica alle quali il Paese si trovi esposto, in un bilanciamento che non è palesemente squilibrato tra i requisiti di cui all'articolo 2 della Dichiarazione del 1789 e l'obiettivo costituzionale di preservare l'ordine pubblico; e che inoltre non vengono ad essere ignorati i requisiti di cui all'articolo 16 della Dichiarazione del 1789".*

Applicando i principi sopra esposti al caso di specie, il *Conseil* ha dunque affermato che: *"La Costituzione non esclude la possibilità per il legislatore di prevedere un regime di stato di emergenza. Egli deve, in questo caso, agire bilanciando da un lato la tutela dal rischio di violazioni all'ordine pubblico e dall'altro i diritti e le libertà di tutti coloro che vivono sul territorio della Repubblica. Questi diritti e queste libertà includono il diritto al rispetto della vita privata, in particolare, della inviolabilità del domicilio, protetto dall'articolo 2 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789"*.

Il ricorso alle perquisizioni, per come previsto dalle disposizioni impugnate nella versione risultante dall'ordinanza del 15 aprile 1960, è subordinato esclusivamente al verificarsi di una duplice condizione: che lo stato di emergenza sia stato dichiarato e che il luogo presso il quale la perquisizione deve essere eseguita si trovi in una zona coinvolta dallo stato d'emergenza.

Questo aspetto è stato sottolineato dal *Conseil* nella decisione in commento: *"Le misure previste dalle disposizioni impugnate possono essere ordinate dal Ministro degli interni per l'intero territorio per il quale è stabilito lo stato di emergenza o dal prefetto nel suo Dipartimento, esclusivamente se lo stato di emergenza è stato dichiarato e solo nei luoghi che rientrano nella zona coperta da questa emergenza. Lo stato di emergenza può essere dichiarato, ai sensi dell'articolo 1 della legge del 3 aprile 1955, "in caso di pericolo imminente derivante da gravi violazioni dell'ordine pubblico o in caso di eventi di per la loro natura e la gravità, rivestono il carattere di pubblica calamità"*.

Del resto, fu proprio l'assenza di determinatezza quanto alle condizioni di attuazione dello stato di emergenza a giustificare l'intervento del legislatore nel novembre 2015. Nel corso dei lavori parlamentari Philippe Bas, relatore al Senato, ebbe modo di rilevare che: *"i presupposti giuridici delle misure esecutive dello stato di emergenza, e in particolare quelle che maggiormente possono ledere le libertà civili, possono avere alcuni punti deboli, specialmente in considerazione del rischio di incompetenza negativa del legislatore. Ad esempio, nel descrivere le modalità di esecuzione della perquisizione amministrativa l'articolo 11 si limita ad affermare che tali perquisizioni «possono essere eseguite presso il domicilio di giorno o di notte»"*.

Ciò premesso, il *Conseil constitutionnel* ha ritenuto che stante l'assenza di qualsivoglia garanzia, di fronte data la forte compressione del diritto al rispetto della

vita privata che deriva da perquisizione, non poteva essere considerata conforme a Costituzione.

Inoltre, ha affermato che: “non avendo subordinato il ricorso alle perquisizioni ad alcuna condizione e non avendo previsto per la loro attuazione alcuna garanzia, il legislatore non ha saputo conciliare gli interessi costituzionali della salvaguardia dell’ordine pubblico e il diritto al rispetto della vita privata”

Pertanto, senza ritenere necessario l’esame delle altre doglianze, ha ritenuto che le disposizioni di cui al punto 1 dell’articolo 11 della legge del 3 aprile 1955, come modificato dal decreto del 15 aprile 1960, violano l’articolo 2 della Dichiarazione del 1789, e, pertanto, devono essere dichiarate contrarie alla Costituzione.

### 3.

La seconda pronuncia in materia di perquisizioni amministrative che si segnala all’attenzione dei lettori è la *Decision n. 2016-600 QPC*, del 2 dicembre 2016.

Con questa pronuncia il *Conseil constitutionnel* ha esaminato un diverso profilo della disciplina in materia di salvaguardia dell’ordine pubblico, introdotta a seguito degli attentati parigini del novembre 2015, dichiarando contrario alla costituzione – facendo tuttavia decorrere la loro abrogazione dal 1 marzo 2017 – il paragrafo che recita “Con l’eccezione di quelli che caratterizzano la minaccia alla sicurezza e l’ordine pubblico che deriva dal comportamento del soggetto coinvolto” contenuto nell’ottavo comma della sezione I dell’articolo 11 della legge 3 aprile 1955. Le restanti disposizioni dal quinto al decimo comma del paragrafo I sono state invece dichiarate conformi a Costituzione.

Le disposizioni impugnate erano state adottate dal legislatore a seguito della Decisione n. 2016-536 QPC, del 19 febbraio 2016, con la quale il Consiglio Costituzionale ha dichiarato incostituzionali le disposizioni della legge sullo stato di emergenza relative alla possibilità di copiare i dati estratti da un sistema informatico, rinvenuti a seguito di una perquisizione amministrativa.

In quella occasione, infatti, il *Conseil* aveva ritenuto che tali disposizioni non fossero corredate di sufficienti garanzie per i soggetti colpiti dalla misura.

Le disposizioni impugnate permettono, durante una perquisizione amministrativa, il sequestro di dati contenuti in qualsiasi sistema informatico o terminale situato nei locali soggetti ad ispezione, ovvero raggiungibile tramite essi.

Il sequestro viene eseguito copiando i dati, oppure mediante l’apprensione del mezzo in cui essi sono contenuti. Le disposizioni impugnate determinano le condizioni di ottenimento e di conservazione di tali dati da parte dell’autorità amministrativa, sotto il controllo del tribunale amministrativo.

Per quanto riguarda il sequestro e l’esportazione dei dati, il *Conseil* ha rilevato, in primo luogo, che le disposizioni impugnate indicano i motivi che ne legittimano l’applicazione: la perquisizione deve aver rivelato l’esistenza di dati relativi alla minaccia.

Queste stesse disposizioni determinano, in secondo luogo, le condizioni per la

sua attuazione: il sequestro viene eseguito in presenza di un funzionario di polizia; non può essere fatto senza la redazione di un processo verbale motivato, del quale viene consegnata una copia al Pubblico ministero ed una all'occupante, ovvero al suo rappresentante o a due testimoni.

Infine, le disposizioni impugnate prevedono comunque un vaglio giurisdizionale, essendo necessaria l'autorizzazione preventiva del giudice per l'utilizzo dei dati raccolti, che non può mai riguardare dati non strettamente collegati con la minaccia all'ordine pubblico che ha legittimato l'introduzione dello stato di emergenza.

Il *Conseil* ha ritenuto che, fornendo queste garanzie, il legislatore ha previsto un corretto bilanciamento tra i diversi interessi di rilievo costituzionale coinvolti.

Diverse considerazioni vengono invece svolte per quanto concerne la conservazione dei dati informatici.

In questo caso è stato osservato che il Parlamento ha disciplinato le condizioni di stoccaggio di dati diversi da quelli che caratterizzano la minaccia che giustifica il sequestro, prevedendo per essi termine allo spirare del quale devono essere distrutti.

Qualora invece dall'analisi dei dati derivi l'apertura di un procedimento a carico di un soggetto, la legge prevede che gli stessi siano conservati secondo la disciplina prevista dal codice di procedura penale.

Viceversa, il *Conseil* ha preso atto che, nel caso in cui la perquisizione con sequestro di dati non sia seguita da una contestazione, non è stato previsto alcun termine per la distruzione dei dati, nemmeno successivo alla cessazione del termine stabilito dalla legge per la durata dello stato di emergenza.

Il *Conseil* ha pertanto ritenuto che così operando, il legislatore ha introdotto una disciplina inidonea a garantire il giusto equilibrio tra il diritto al rispetto della vita privata e il principio di salvaguardia dell'ordine pubblico.

Il *Conseil* ha quindi dichiarato incostituzionale il seguente periodo "Con l'eccezione di quelli che caratterizzano la minaccia alla sicurezza e l'ordine pubblico che deriva dal comportamento del soggetto coinvolto" contenuto nell'ottavo comma della sezione I dell'articolo 11 della legge 3 aprile 1955, rinviando tuttavia gli effetti di tale dichiarazione al 1° marzo 2017.

Infine, per quanto riguarda la violazione del diritto di proprietà, lamentata dai ricorrenti, il *Conseil* ha rigettato la proposta questione di costituzionalità, ritenendo che il sequestro dei sistemi informatici, dei terminali sia governato da sufficienti garanzie giurisdizionali e che, in ogni caso, i sistemi e le apparecchiature sottoposte a sequestro devono essere riconsegnate al legittimo proprietario entro un termine massimo di quindici giorni dalla data di apprensione, ovvero dalla data in cui il giudice ne ha autorizzato l'esportazione. Si tratta tuttavia di un termine che può essere prorogato per la medesima durata dal giudice, in caso di difficoltà di accesso ai dati contenuti nei materiali sequestrati.



## **Il negazionismo come reato nell'ordinamento francese: il *Conseil Constitutionnel* si pronuncia sulla modifica della fattispecie**

### *1. La fattispecie di negazionismo dalla loi Gayssot al tentativo di estensione del 2012*

Con la decisione 2016-745 DC dello scorso 26 gennaio 2017<sup>1</sup>, il *Conseil Constitutionnel* francese si è pronunciato in sede di controllo di costituzionalità preventivo sulla legge *Égalité et citoyenneté*, adottata in via definitiva lo scorso 22 dicembre dall'Assemblea Nazionale. Con tale testo normativo si modifica in particolare l'art. 24 bis della Legge sulla libertà di stampa del 29 luglio 1881, la disposizione che incrimina il negazionismo, introdotta dalla *Loi Gayssot* nel 1990<sup>2</sup>. Sino ad oggi la disposizione puniva coloro che contestano, con una delle modalità previste dall'art. 23<sup>3</sup> della stessa legge, i crimini contro l'umanità, come definiti dall'art. 6 dello Statuto del Tribunale militare internazionale, che siano stati commessi tanto da membri di un'organizzazione dichiarata criminale, quanto da un individuo che sia stato dichiarato colpevole dei predetti crimini da una giurisdizione francese o internazionale.

In questi anni in Francia si è discusso a più riprese di una possibile estensione di tale reato oltre il c.d. negazionismo originario (relativo cioè alla Shoah<sup>4</sup>), includendo anche la negazione di altri crimini internazionali, come, ad esempio, il genocidio armeno. Nel 2012 era stata adottata una legge che, introducendo l'art. 24 *ter*, puniva «chi contesta o minimizza oltraggiosamente l'esistenza di uno o più crimini di genocidio, definito agli artt. 211-1 del Codice penale e riconosciuti come tale dalla legge francese»<sup>5</sup>. Tale legge è stata tuttavia dichiarata incostituzionale dal

<sup>1</sup> Disponibile al seguente link: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2017/2016-745-dc/decision-n-2016-745-dc-du-26-janvier-2017.148543.html>

<sup>2</sup> Adottata in seguito al dibattito suscitato dall'*affaire Faurisson*, essa ha introdotto, all'interno della Legge sulla libertà di stampa, la prima criminalizzazione in Europa del negazionismo (art. 24 *bis*, *Contestation de crimes contre l'humanité*). Cfr. E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Giuffrè, Milano, 2012, 44 e ss.

<sup>3</sup> L'art. 23 c. 1 recita: «Sono puniti come complici di un crimine o delitto coloro che a mezzo di discorsi, grida o minacce pronunciate in luoghi o riunioni pubblici, ovvero mediante scritti, disegni, incisioni, dipinti, emblemi, immagini o qualsiasi altro supporto dello scritto, della parola, o dell'immagine venduto o distribuito, messo in vendita o esposto in luoghi o riunioni pubblici, ovvero mediante poster o cartelli esposti alla pubblica vista, ovvero mediante qualsiasi mezzo di comunicazione al pubblico per via elettronica, incitano direttamente l'autore o gli autori a commettere tale azione, se l'incitamento è stato accolto».

<sup>4</sup> Per la distinzione tra reato di negazionismo originario e derivato cfr. E. FRONZA, *Voce Negazionismo (diritto penale)*, in *Annali dell'Enciclopedia del Diritto*, Volume VIII, Giuffrè, Milano, 2015, 633 – 658.

<sup>5</sup> Trattasi della legge n. 647 del 2012 «*visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi*», approvata dall'Assemblea nazionale il 22 dicembre del 2011 e dal Senato il 23 gennaio del 2012.



*Conseil Constitutionnel*<sup>6</sup>. Questa pronuncia tuttavia non affrontava direttamente la questione della costituzionalità del reato di negazionismo in sé, quanto quella del metodo prescelto dal legislatore del 2012, consistente nell'attribuirsi il potere di riconoscere, con leggi *ad hoc*, quali fatti storici siano qualificabili come genocidio e, di conseguenza, la negazione di quali fatti storici sia punibile o meno. Non si è dunque sancita l'incostituzionalità del potere del legislatore di estendere l'ambito del negazionismo punibile, quanto quella delle leggi che "riconoscono" un genocidio (presupposto della fattispecie tipica, così come costruita nel 2012). Esse infatti non avrebbero il carattere "normativo" richiesto dalla Costituzione. Poiché dunque la fattispecie tipica limitava la libertà d'espressione sulla base di legge incostituzionali, essa si traduceva in una limitazione della libertà d'espressione a sua volta incostituzionale.

Dopo tale sentenza, il presidente Françoise Hollande aveva incaricato l'ex presidente della Corte Europea dei Diritti Umani, Jean-Paul Costa, di redigere un rapporto sull'estensione del reato di negazionismo. I risultati di tale rapporto non sono stati, almeno ad oggi, resi pubblici.

## 2. La pronuncia del *Conseil constitutionnel* sul merito

Solo un anno fa, nel gennaio 2016, il *Conseil* è stato nuovamente adito<sup>7</sup>, a mezzo di un ricorso di costituzionalità sollevato dalla Cassazione. Questa volta non si trattava dunque di un giudizio di costituzionalità preventivo su una modifica della fattispecie, bensì di un giudizio incidentale sulla costituzionalità dell'art. 24 *bis* in vigore sin dal 1990. Il ricorrente lamentava una violazione del principio di eguaglianza (in quanto la negazione di crimini contro l'umanità diversi da quelli elencati all'art. 24 *bis* non è penalmente rilevante), nonché della libertà d'espressione<sup>8</sup>. Il *Conseil* ha tuttavia escluso l'incostituzionalità della norma, concludendo, quanto alla libertà di espressione, che «le affermazioni che negano l'esistenza di fatti commessi durante la seconda guerra mondiale, qualificati come crimini contro l'umanità e sanzionati come tali da una giurisdizione francese o internazionale, costituiscono in se stesse un incitamento al razzismo e all'antisemitismo; pertanto le

---

<sup>6</sup> *Conseil Constitutionnel*, Decision n. 2012-647 DC, 28.02.2012. Disponibile al seguente link: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2012/2012-647-dc/decision-n-2012-647-dc-du-28-fevrier-2012.104949.html>.

<sup>7</sup> *Conseil Constitutionnel*, Decision n. 2015-512 QPC, 08.01.2016. Disponibile al seguente link: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2016/2015-512-qpc/decision-n-2015-512-qpc-du-8-janvier-2016.146840.html>.

<sup>8</sup> I ricorrenti richiedevano inoltre al *Conseil* di effettuare un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea per valutare la legittimità della Decisione Quadro 2008/913/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2008, riguardante la lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia attraverso il ricorso agli strumenti del diritto penale. Tale rinvio è stato tuttavia escluso in quanto non pertinente al giudizio di costituzionalità.

disposizioni contestate hanno ad oggetto un abuso dell'esercizio della libertà d'espressione e di comunicazione che attenta all'ordine pubblico e ai diritti di terzi». Quanto al principio di eguaglianza, il *Conseil* ha ritenuto che il legislatore avesse «trattato differentemente fatti aventi natura differente», in quanto «la negazione di crimini contro l'umanità commessi durante la seconda guerra mondiale, in parte sul territorio nazionale, ha in se stessa una portata razzista e antisemita». Il *Conseil* sembrava quindi suggerire implicitamente l'esistenza di un criterio geografico di legittimazione del solo reato di negazionismo originario, dato cioè dalla commissione dei fatti anche sul territorio nazionale.

### 3. La riforma del dicembre 2016 e la pronuncia del *Conseil constitutionnel*

Il 22 dicembre 2016, l'Assemblea Nazionale francese ha adottato in via definitiva la legge *Égalité et citoyenneté*, che all'art. 173 c. 2 introduce una modifica alla fattispecie di negazionismo<sup>9</sup>. In seguito a tale approvazione, un gruppo di 60 senatori e 60 deputati ha deferito la legge al *Conseil Constitutionnel* per un giudizio di costituzionalità, preventivo, secondo quanto previsto dall'ordinamento francese.

Il nuovo testo normativo (nella versione approvata a dicembre) estende nuovamente l'ambito del negazionismo punibile, con una tecnica diversa rispetto a quella della legge del 2012. All'art. 24 bis sono aggiunti alcuni commi, in cui si estende la punibilità a coloro che, con le stesse modalità, «negano, minimizzano o banalizzano oltraggiosamente l'esistenza di un crimine di genocidio diverso da quelli menzionati al primo comma, di un altro crimine contro l'umanità, di un crimine di riduzione in schiavitù o di sfruttamento di una persona ridotta in schiavitù o di un crimine di guerra, come definiti agli artt. 6, 7 e 8 dello Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale» e ai corrispondenti articoli del Codice penale.

Si prevede tuttavia una distinzione fondamentale, che dà luogo a due fattispecie di reato, a seconda che il crimine summenzionato sia stato o meno oggetto di una condanna pronunciata da una giurisdizione francese o internazionale. Nel primo caso, non è richiesto nessun requisito ulteriore; nel caso invece in cui manchi una siffatta pronuncia giurisdizionale, per la punibilità è necessario che la negazione,

---

<sup>9</sup> All'art. 24 bis della legge 29 luglio 1881 sono aggiunti i seguenti commi: «Sono puniti con le medesime pene [un anno di reclusione e € 45.000 di pena pecuniaria] coloro che negano, minimizzano o banalizzano oltraggiosamente, mediante uno dei mezzi indicati all'art. 23, l'esistenza di un crimine di genocidio diverso da quelli menzionati al primo comma del presente articolo, di un altro crimine contro l'umanità, di un crimine di riduzione in schiavitù, di sfruttamento di una persona ridotta in schiavitù o di un crimine di guerra come definiti agli artt. 6, 7, e 8 dello Statuto della Corte penale internazionale firmato a Roma il 18 giugno 1998 e agli artt. da 211-1 a 212-3, da 224-1 A a 224-1 C e da 461-1 a 461-31 del Codice penale, allorquando: 1. Tale crimine ha dato luogo a una condanna pronunciata da una giurisdizione francese o internazionale; 2. Ovvero la negazione, la minimizzazione o la banalizzazione di tale crimine costituisce un incitamento alla violenza o all'odio nei confronti di un gruppo di persone o do un membro di un gruppo definito sulla base della razza, del colore, della religione, della provenienza o dell'origine nazionale».

la minimizzazione o la banalizzazione costituiscano un incitamento alla violenza o all'odio nei confronti di un gruppo (o di membri di un gruppo) definito sulla base della razza, del colore, della religione, della provenienza o dell'origine nazionale.

Si vengono così a creare due fattispecie tipiche: un negazionismo semplice ed uno qualificato dal carattere di incitamento all'odio o alla violenza. Il primo introduce una presunzione *iuris et de iure* del carattere di incitamento all'odio o alla violenza della negazione di memorie accertate giudizialmente. Se da un lato è possibile sostenere che il rinvio alla condanna giurisdizionale comporta in pratica una limitazione temporale del negazionismo punibile ai soli crimini recenti (poiché è più difficile che vi siano sentenze che accertano il carattere criminale di fatti storici avvenuti secoli fa), non si può non osservare come in questo modo si saldi ulteriormente il rapporto fra funzione giurisdizionale e accertamento della memoria storica. La memoria storica accertata e dichiarata dal giudice in sentenza diventa così, per effetto del giudicato, incontestabile.

Un altro profilo non chiaro riguarda l'espressione «oltraggiosamente» e la riferibilità della stessa alla sola banalizzazione ovvero anche alla minimizzazione.

Contrariamente a quanto poteva essere ipotizzabile, il *Conseil constitutionnel* non ha però affermato l'incostituzionalità dell'ipotesi di negazionismo semplice. Al contrario ha invece dichiarato incostituzionale la fattispecie di negazionismo qualificato dal carattere di incitamento all'odio o alla violenza. Il *Conseil* ritiene che in questo caso vi sia una sovrapposizione inutile con il reato di apologia previsto all'art. 24 della stessa legge<sup>10</sup>. Il *Conseil* censura inoltre l'affidamento al giudice del compito di accertare l'esistenza nonché il carattere criminale dei fatti cui la negazione, banalizzazione o minimizzazione si riferiscono. Ciò comporta dei dubbi d'incostituzionalità sia dal punto di vista della prevedibilità<sup>11</sup> (a fronte di uno spet-

---

<sup>10</sup> Ivi si stabilisce: «Sono puniti con cinque anni di reclusione e 45.000 euro di pena pecuniaria coloro che, con uno dei mezzi indicati all'articolo precedente, incitano direttamente, se l'incitamento non è stato accolto, alla commissione di uno dei seguenti reati: 1. Attacchi intenzionali alla vita, attacchi intenzionali alla integrità della persona e violenze sessuali, come definiti dal Libro II del Codice penale; 2. Furto, estorsione, distruzione, danneggiamento volontario pericoloso per le persone, come definiti dal Libro III del Codice penale. Sono puniti con le stesse pene coloro che, con gli stessi mezzi, incitano direttamente alla commissione di un crimine o delitto contro gli interessi fondamentali della nazione, di cui al Titolo I del Libro IV del Codice penale. Sono puniti con le stesse pene coloro che, mediante uno dei mezzi indicati all'articolo 23, fanno apologia dei crimini di cui al primo comma, dei crimini di guerra, dei crimini contro l'umanità o dei crimini di collaborazione con il nemico. Tutte le grida o i canti sediziosi pronunciati in luoghi o incontri pubblici sono puniti con la pena pecuniaria prevista per le contravvenzioni della 5<sup>o</sup> classe. Sono puniti con un anno di reclusione e 45.000 euro di pena pecuniaria coloro che, mediante uno dei mezzi indicati all'articolo 23, incitano alla discriminazione, all'odio o alla violenza contro una persona o un gruppo di persone a causa della loro origine o della loro appartenenza o non appartenenza a un gruppo etnico, a una nazione, razza o religione. Le sanzioni previste nel paragrafo precedente si applicano a coloro che, con i medesimi mezzi, incitano all'odio o alla violenza contro una persona o un gruppo di persone a causa del sesso, orientamento o identità sessuale o disabilità ovvero provocano, nei confronti delle stesse persone, discriminazioni ai sensi degli articoli 225-2 e 432-7 del Codice penale».

<sup>11</sup> Come paventato nel rapporto pubblico del Consiglio di Stato del 2014, INT-387525 del 12

tro di crimini così ampio), che della proporzionalità rispetto alla limitazione della libertà di espressione. Si è quindi ritenuto che l'ipotesi di negazionismo qualificato costituisca una limitazione della libertà d'espressione che non è né necessaria, né proporzionata e pertanto è incostituzionale. Entra dunque invece in vigore la nuova fattispecie di negazionismo semplice con la relativa summenzionata presunzione.

PAOLO CAROLI

## CORTE COSTITUZIONALE TEDESCA

### **BVerfG, Decisione del secondo senato del 21 settembre 2016, 2 BvL 1/15**

*[http://www.bverfg.de/e/ls20160921\\_2bvl000115.html](http://www.bverfg.de/e/ls20160921_2bvl000115.html)*

*Le fattispecie penali in bianco non violano il principio di determinatezza soltanto nel caso in cui i casi penalmente rilevanti siano prevedibili già sulla base della legge. Le condizioni per la punibilità e la tipologia di sanzione devono dunque essere sufficientemente definite o già nella stessa fattispecie in bianco o in una diversa legge alla quale si faccia rinvio. Laddove la fattispecie penale in bianco non fissi compiutamente quali condotte siano penalmente sanzionate, ma ciò avvenga solo per mezzo di un regolamento governativo nazionale al quale è fatto rinvio, le condizioni per la punibilità e la tipologia di sanzione devono essere prevedibili per il cittadino già sulla base della legge e non solo sulla base del regolamento governativo al quale si rinvia. Al fine di tutelare il principio della divisione dei poteri, al titolare del potere regolamentare può essere assegnato solo la concretizzazione della fattispecie penale, ma non la decisione sui comportamenti che debbano essere sanzionati penalmente.*

#### **1.**

Con la sentenza in epigrafe, il Tribunale costituzionale tedesco dichiara l'illegittimità costituzionale del reato previsto dal paragrafo 10 commi primo e terzo della legge tedesca sull'etichettatura della carne bovina e dei suoi derivati nella versione del 17 novembre 2000 per contrasto con l'articolo 103 comma secondo, in combinato con l'articolo 104 comma primo frase prima, e con l'articolo 80 comma primo frase seconda *Grundgesetz*.

La rilevanza della sentenza – come è evidente – va ben al di là della disposizione concretamente all'esame del Tribunale, involgendo la complessa e delicata questione delle tecniche legislative adoperabili per corredare di sanzione penale precetti fissati dal diritto derivato dell'Unione europea e, in particolare, della loro legittimità costituzionale riguardo al principio di legalità in materia penale, nei suoi corollari della riserva di legge e della tassatività/determinatezza.

#### **2.**

Non è difficile ripercorrere i fatti alla base della pronuncia in oggetto. Il proprietario di una piccola impresa di trasformazione di carni con sede a Berlino veniva

trovato in possesso di carne bovina non correttamente etichettata ed era, dunque, condannato in prima istanza ad una pena pecuniaria di 250 quote, ciascuna di 100 euro, sulla base del paragrafo 10 comma primo della legge citata sull'etichettatura della carne bovina, che prevede la pena alternativa della reclusione fino ad un anno o della multa.

Solo in sede di appello, il *Landgericht* di Berlino dubitava della legittimità costituzionale del reato ascritto all'accusato e decideva di sospendere il processo e sollevare una questione di costituzionalità dinanzi al BVerfG.

Scontata la rilevanza della questione, essendo pacifica la sussumibilità della condotta dell'accusato nella disposizione indiziata di incostituzionalità, il giudice *a quo* riteneva quanto alla fondatezza della stessa, che, anche sulla scorta di ampia dottrina sul punto, la tecnica legislativa utilizzata dal legislatore tedesco nella formulazione di tale fattispecie incriminatrice si ponesse in irrimediabile contrasto con il principio di legalità in materia penale e con i limiti costituzionali all'attività normativa secondaria da parte del Governo.

### 3.

È dunque necessario esaminare il complesso meccanismo scelto dal legislatore tedesco per adempiere agli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione europea, con riferimento espresso al caso in esame, ma con un discorso esportabile *mutatis mutandis* a molti altri settori dell'ordinamento.

L'articolo 21 del Regolamento europeo 820/97, e poi l'identico articolo 22 del Regolamento europeo 1760/2000, prevedono l'obbligo di adozione da parte degli Stati membri di tutte le misure necessarie per l'osservanza del Regolamento stesso da parte dei consociati e, in particolare, di sanzioni proporzionate alle violazioni dello stesso.

La Germania ha inteso provvedere a tale obbligo attraverso l'articolo sottoposto allo scrutinio del BVerfG prevedendo la pena già ricordata per tutte le violazioni di disposizioni direttamente applicabili previste in atti normativi di diritto derivato dell'Unione europea nell'ambito di materia della legge nazionale, nella misura in cui tali disposizioni sono esplicitamente identificate in un regolamento ministeriale.

Per comprendere l'utilità di questo doppio rinvio, al diritto derivato dell'Unione europea e alla fonte sublegislativa nazionale, occorre porre mente anzitutto al chiaro divieto, più volte confermato dalla Corte di giustizia UE, di riprodurre fedelmente una disposizione contenuta in un Regolamento UE all'interno di un atto normativo nazionale. Tale riproduzione, nascondendo l'origine sovranazionale della disposizione, comprometterebbe l'esigenza di un'interpretazione e applicazione uniforme all'interno di tutti gli Stati membri.

Il legislatore nazionale, impossibilitato a riprodurre il precetto, deve dunque fare ricorso ad un rinvio alla fonte normativa dell'Unione europea.

Se un rinvio statico pone meno problemi di legittimità costituzionale quanto a rispetto della riserva di legge e della conoscibilità della fattispecie incriminatrice,

pone tuttavia il legislatore nella condizione di dover intervenire per aggiornare la norma nazionale rispetto ad ogni mutamento normativo avvenuto a livello europeo, mutamenti tutt'altro che infrequenti in materie così tecniche e sottoposte alla necessità di un continuo aggiornamento.

Non è dunque un caso che il legislatore tedesco si sia orientato verso un modello di rinvio mobile agli atti di diritto derivato dell'Unione in una determinata materia nella versione vigente. Se questo modello presenta l'indubbio vantaggio di non sovraccaricare l'attività legislativa del parlamento nazionale, non fa che accrescere però la difficoltà per i consociati di ricostruire i contenuti del precetto sanzionato, essendo spesso richiesta una non trascurabile perizia per ricostruire in assenza di una qualsivoglia indicazione del legislatore interno la disciplina vigente a livello europeo.

Al fine, quindi, di favorire la ricostruzione del precetto da parte dei consociati, il legislatore tedesco ha dunque previsto la competenza del ministero di volta in volta competente *ratione materiae* di emanare un regolamento ministeriale nel quale si elencano con precisione tutte le norme di condotta presenti negli atti normativi europei direttamente applicabili per la cui trasgressione è comminabile la pena prevista dalla fattispecie incriminatrice in bianco prevista dalla legge nazionale. È tuttavia evidente che a fronte di una solo ipoteticamente accresciuta conoscibilità del precetto, tale tecnica normativa finisce per confliggere ancor più apertamente con il principio di legalità nel suo diverso corollario della riserva di legge.

#### 4.

Si comprende allora come la pronuncia in esame rappresenti l'occasione per il BVerfG per compendiare la sua giurisprudenza in materia di legalità penale. Il Tribunale distingue anzitutto con grande chiarezza il versante oggettivo della legalità, ossia la necessità che il parlamento, e non un altro potere dello Stato, si assuma la responsabilità democraticamente legittimata di definire ciò che meriti di essere penalmente sanzionato, dal versante soggettivo, di diritto fondamentale, della stessa, ossia la necessità che ciascun consociato possa conoscere con chiarezza i confini tra lecito e illecito.

Venendo più in concreto alle questioni sollevate dal caso in esame, il BVerfG ricorda la possibilità per il legislatore di far uso anche in materia penale della tecnica del rinvio, senza che alcuna differenza possa trarsi dalla natura interna o sovranazionale della fonte alla quale tale rinvio si riferisce. Per il Tribunale, tuttavia, bisogna distinguere con nettezza ipotesi di rinvio statico, nelle quali nessun problema di rispetto della riserva di legge può porsi, con le diverse ipotesi di rinvio dinamico, che se non precluse in senso assoluto, devono però essere esaminate con grande rigore dal Tribunale stesso al fine di verificare in concreto il rispetto dei principi dello Stato di diritto, federale e democratico. Nessuna automatica incompatibilità con i principi costituzionali è dato riscontrare nemmeno laddove, come nel caso di specie, il rinvio attenga a tutta la norma di condotta e quindi si versi nell'ipotesi della norma penale in bianco. Anche rispetto a questa controversa tecnica norma-



tiva non sarebbe predicabile nessuna differenza sulla base del carattere interno o sovranazionale della fonte alla quale si rinvia per l'individuazione del precetto. In questi casi, tuttavia, è comunque necessario che la decisione sulle condotte da criminalizzare sia assunta dal legislatore e che la fonte alla quale si rinvia si limiti esclusivamente a specificare la fattispecie incriminatrice.

## 5.

Passati dunque in rassegna i consolidati orientamenti in questa materia, il Tribunale costituzionale passa a farne applicazione nel caso in esame. Emerge chiaramente dalla motivazione come il versante decisivo ai fini della dichiarazione di incostituzionalità sia non tanto quello soggettivo di conoscibilità del precetto, quanto quello oggettivo di rispetto della divisione dei poteri. Osserva, infatti, il BVerfG che la fattispecie incriminatrice non contiene alcuna indicazione rispetto ai comportamenti penalmente sanzionabili; la scelta delle violazioni del diritto dell'Unione europea meritevoli di essere corredate da una sanzione penale è lasciata sostanzialmente senza alcun vincolo al ministero competente per l'emanazione del regolamento. Si tratta per usare i termini utilizzati dal Tribunale di "una illegittima delega in bianco omnicomprensiva" del legislatore al potere esecutivo, al quale si riconosce in definitiva il ruolo di adempiere all'obbligo sovranazionale di introduzione di opportune misure sanzionatorie.

## 6.

Gli snodi argomentativi principali non mutano di molto quando si passa a considerare la presunta violazione dell'articolo 80 della costituzione tedesca, che dispone la possibilità per il legislatore di delegare il potere esecutivo all'emanazione di regolamenti, purché il contenuto, le finalità e l'ampiezza della delega siano chiaramente fissati nella stessa legge. Anche sulla scorta della giurisprudenza costituzionale formata su questa disposizione, il BVerfG non ha particolari difficoltà nell'osservare come non vi sia nella legge in esame alcun riferimento volto a circoscrivere il compito normativo affidato al potere esecutivo.

## 7.

La pronuncia del BVerfG non ha giustamente affrontato, in perfetta corrispondenza con l'ordinanza di remissione, il tema, prepotentemente tornato al centro della riflessione penalistica proprio con riferimento a questa vicenda, della sussidiarietà tra intervento penale e intervento extra-penale. Eppure, dopo una presa di posizione così forte del Tribunale costituzionale, volta a presidiare con fermezza il rispetto dei principi fondamentali in materia penale, non è da escludere che anche il legislatore possa rivalutare la convenienza, laddove possibile, di far un più generoso uso del diritto sanzionatorio amministrativo, rispetto al quale minori sono, come ricordato dallo stesso BVerfG, le pretese di rispetto della riserva di legge e una differente incidenza potrebbe avere lo stesso articolo 80 della costituzione. D'altronde, la strada della depenalizzazione pare davvero l'unica percorribile per

replicare tecniche normative di rinvio dinamico alle norme dell'Unione europea e non dover virare verso un rinvio statico che costringerebbe il legislatore a convulsi interventi di aggiornamento rispetto ai mutamenti normativi a livello europeo.

## 8.

La pronuncia in esame assume allora una grande rilevanza per il dibattito, non solo tedesco, sulle tecniche normative per corredare i precetti europei di sanzioni penali. È certamente vero che al legislatore italiano vengono in soccorso istituti, quali il decreto legge e il decreto legislativo, sconosciuti invece all'ordinamento tedesco; ma nonostante la generalizzata previsione di cui all'art. 33 della legge 234/2012 dell'utilizzo del decreto legislativo quale strumento per corredare di sanzioni i precetti contenuti in fonti normative europee, non mancano profili di interesse in questa decisione anche per lo studioso italiano: sia di ordine teorico, rispetto alla ricca ricostruzione offerta del principio di legalità penale; sia di ordine pratico, rispetto al tema specifico in esame, per il quale tale sentenza potrebbe essere d'aiuto per la riflessione in ordine al simile controllo di competenza della nostra Corte costituzionale sulla legittimità e specificità della delega parlamentare al governo.

NICOLA RECCHIA

## CORTI INGLESÌ

**High Court of Justice, Queen's Bench Division, *The Queen on the application of (1) Gina Miller & (2) Dei Tozetti Dos Santos (Claimants) and The Secretary of State for Exiting the European Union (Defendant)*, Case n. CO/3809/2016 and CO/3281/2016**

<https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2016/11/r-miller-v-secretary-of-state-for-exiting-eu-amended-20161122.pdf>

La prima sentenza sulla “*Britain Exit*” (o, più comunemente, “*Brexit*”) del 3 novembre 2016, come noto, ha accolto il ricorso presentato da alcuni privati, riconoscendo la non legittimità del Corona britannica (nella persona dell’Esecutivo *pro tempore* al potere) ad azionare l’art. 50 del Trattato dell’Unione europea (TUE) per avviare – a seguito del *referendum* del 23 giugno 2016 – la procedura di uscita del Regno Unito dai Ventotto.

La questione origina dalla stessa formulazione della norma *de qua* la quale, invero, stabilisce che «*[o]gni Stato membro può decidere, conformemente alle proprie norme costituzionali, di recedere dall’Unione*», demandando così agli ordinamenti nazionali il compito di stabilire quale il soggetto sia competente ad esercitare il diritto di recesso.

La pronuncia della *High Court of Justice*, sul caso che vede come *defendant* il *Secretary of State for Exiting the European Union* (figura appositamente istituita per gestire la *Brexit*), in rappresentanza del Governo di Sua Maestà, e come *claimants* due imprenditori britannici (Gina Miller e Dei Tozetti Dos Santos), si muove su due “fronti” distinti ancorché strettamente connessi: da un lato, sotto il profilo dell’assetto costituzionale e istituzionale dell’ordinamento d’Oltremarica; dall’altro, sul piano della specificità del diritto (dapprima comunitario e, poi) dell’Unione.

Anzitutto, la Corte – ben consapevole dei rischi di strumentalizzazione della vicenda giudiziaria – si premura di precisare come il *thema decidendum*, ossia l’individuazione dell’istituzione legittimata a dare inizio ai negoziati per l’uscita del Paese dall’Unione, lungi dall’essere considerata nelle sue implicazioni di opportunità politica, costituisca al contrario una vera e propria “*question of law*” attinente al diritto costituzionale (“*matter of the constitutional law*”), per cui pienamente “giustiziabile” (“*justiciable question*”).

Ciò posto, i giudici dell'Alta Corte londinese osservano, in primo luogo, come «il Regno Unito sia una democrazia costituzionale *retta da norme di legge e informata al principio dello Stato di diritto*». La centralità della legge di provenienza parlamentare, invero, è un fondamentale retaggio della “*Glorious Revolution*” del 1688 consacrato nella *section 1* del *Bill of Right* laddove, appunto, espressamente si afferma che «*il preteso potere di sospendere le leggi o l'esecuzione delle leggi, in forza dell'autorità regia, senza il consenso del Parlamento, è illegale*».

Ebbene, nell'assetto costituzionale del Regno Unito, così come delineato non solo dal diritto scritto ma anche da quello di natura consuetudinaria, la sovranità risiede nel Parlamento (“*sovereignty of Parliament*”) e, pertanto, solo la legge emanata da *Westminster* è fonte di diritto primario (“*primary legislation*”). Il corollario di tale impostazione è, evidentemente, che la Corona non può (salvo le eccezioni previste dal *commol law*), attraverso l'esercizio delle proprie prerogative costituzionali, modificare il “*domestic law*” (i *leading cases* in materia, citati nella motivazione, sono *The Zamara* [1916] 2 AC 77 e *R. Jackson v. Attorney General* [2005] UKHL 56; [2006] 1 AC 262; non mancano riferimenti dottrinali, in particolare all'opera del professor A.V. Dicey, *An Introduction to the Law of the Constitution*, la cui prima edizione risale al 1885).

Viceversa, tra le prerogative costituzionali della Corona (le cc.dd. “*Royal prerogatives*”), oggi appannaggio del Governo proprio in virtù del plurisecolare passaggio dalla monarchia costituzionale alla democrazia parlamentare, vi è – per ciò che rileva ai fini del giudizio – quella di “fare e disfare” trattati internazionali (“*prerogative to make and unmake treaties*”). Proprio su tale potere, di natura essenzialmente governativa, insiste il *Secretary of State* per chiedere il rigetto del ricorso.

Tuttavia, osserva la Corte: «*[l]a regola generale, secondo la quale il potere di intrattenere relazioni internazionali, ivi compreso quello di concludere trattati e recedere dagli stessi, spetta alla Corona quale esercizio delle proprie prerogative, deve essere considerata alla luce del principio costituzionale fondamentale summenzionato [...] ossia che la Corona non può modificare il diritto interno attraverso l'esercizio delle proprie prerogative. Il potere della Corona di intrattenere relazioni internazionali è considerato talmente ampio da non essere sottoposto al controllo giurisdizionale proprio perché la Corona non può, in generale, modificare il diritto interno attraverso la stipula di trattati o il recesso dai medesimi*» (§ 32 della sentenza).

Né potrebbe avere valenza risolutiva un'eventuale ratifica dell'accordo di uscita da parte del Parlamento e ciò non solo perché, nell'ordinamento anglosassone la ratifica degli accordi internazionali (prevista dalla *section 20* del *Constitutional Reform and Governance Act* del 2010) non riguarda la “*primary legislation*”, ma anche perché, in caso di mancata ratifica, gli effetti dell'accordo negoziato tra Governo britannico e Consiglio europeo si produrrebbero ugualmente, data la natura irreversibile della procedura di uscita di uno Stato membro dall'Unione. Peraltro, mancando nella legge di indizione del *referendum* (il *European Union Referendum Act* del 2015) ogni espresso conferimento di poteri al Governo per avviare la pro-

cedura di cui all'art. 50 del TUE, il relativo esito deve essere considerato – secondo il Giudice londinese – come avente natura consultiva (“*advisory*”)

Venendo al tema “*domestic effect of the EU law*”, la Corte osserva come tale effetto si espliciti in vari modi: alcuni atti di diritto c.d. derivato dell’Unione, come i regolamenti e le decisioni (ma anche le cc.dd. direttive di dettaglio), sono direttamente applicabili negli Stati membri; la fonte sovranazionale prima su quella nazionale (sul punto, si citano i precedenti della Corte di Giustizia *Van Gend & Loos* del 1963; *Costa v. ENEL* del 1964; e, infine, *Amministrazione delle finanze v. Simmenthal SpA* del 1978); il giudice nazionale ha l’obbligo di interpretare il diritto interno conformemente a quello europeo (principio sancito dalla Corte di Giustizia nel caso *Marleasing* del 1990, anch’esso citato); i Trattati, ossia il diritto c.d. originario dell’Unione, creano posizioni giuridiche soggettive che possono essere fatte valere direttamente dalle persone, fisiche o giuridiche, titolari. In altri termini, l’efficacia riconosciuta al diritto europeo attiene allo “*statutory context*”, ossia al diritto scritto interno, in quanto tale modificabile solo con una legge del Parlamento: «*con l’emanazione dell’ECA del 1972*» – come si specifica nel § 92 – «*il Governo non ha alcun potere di recedere dai Trattati istitutivi delle Comunità europee, che sono ad oggi fonte dei diritti introdotti dalla normativa europea nell’ordinamento interno*».

Nella sentenza, tra l’altro, si osserva come tale “effetto domestico” del diritto europeo non si ponga affatto in contrasto col summenzionato principio di primazia della legge, in quanto esso trova fondamento e legittimazione proprio in un atto di *statutory law*, l’*European Communities Act* del 1972 (di ratifica dei tre Trattati istitutivi delle originarie Comunità europee e, in seguito, più volte riformato per dare attuazione alle modifiche dei Trattati medesimi succedutesi nel tempo), al quale viene riconosciuta natura di *constitutional statute*.

Dal diritto europeo discendono – tra l’altro – una serie di diritti fondamentali (fatti valere dai *claimants*) i quali sono destinati ad essere oggetto di negoziazione nell’ambito della procedura di uscita del Regno Unito dall’Unione.

In particolare, la Corte riconduce tali diritti a tre categorie generali: *i*) i diritti che sono suscettibili di essere “replicati” dalla legge nazionale (come, ad esempio, di diritti dei lavoratori riconosciuti dalle direttive in materia) ma rispetto ai quali i singoli perderebbero comunque la legittimazione ad adire la Corte di Giustizia; *ii*) i diritti di cui godono i cittadini britannici negli altri Stati membri (*in primis*, la libertà di circolazione di persone e di capitali o la libertà di stabilimento); infine, *iii*) i diritti non suscettibili di essere “replicati” nell’ordinamento interno (tra i quali, ad esempio, il diritto di voto per l’elezione dei membri del Parlamento europeo).

In conclusione, la Corte ritiene che «*il Segretario di Stato non abbia alcun potere, nell’ambito delle prerogative proprie della Corona, di notificare l’intenzione del Regno Unito di recedere dall’Unione Europea*» (§ 111).

Come noto, a seguito dell’impugnazione della pronuncia in commento da parte del Governo, la questione è ora al vaglio della *Supreme Court* del Regno Unito.

\* \* \*

### UK Supreme Court, *R v Docherty* (Appellant) [2016] UKSC 62 on appeal from [2014] EWCA Crim 1197

<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2014-0207-judgment.pdf>

Il caso *Docherty* rappresenta un interessante precedente della Suprema Corte relativo all'operatività del principio di retroattività della *lex mitior* nell'ordinamento d'Oltremarina.

Per meglio comprendere la questione oggetto di giudizio, occorre precisare la scansione temporale dell'intera vicenda: il signor Docherty, il giorno 12 luglio 2012, commette una serie di gravi reati contro la persona, previsti e puniti dalla *section 18* dell'*Offences against the Person Act* del 1861, rispetto ai quali, a seguito di dichiarazione di colpevolezza (*guilty plea*), viene condannato il 13 novembre del medesimo anno, mentre la *sentencing* (ossia il "giudizio sulla pena", riservato al giudice, successivo al "giudizio di colpevolezza", di competenza – a seconda dei casi – della *Court* o della giuria) interviene il successivo 20 dicembre. Il ricorrente, in particolare, viene sottoposto, in ragione della pericolosità sociale accertata in corso di giudizio, alla misura dell'*indefinite imprisonment for public protection* ("IPP") prevista dal *Criminal Justice Act* del 2003 come opzione sanzionatoria a disposizione del giudice per i "*dangerous offenders*" (più in dettaglio, nel *sentencing* il giudice stabilisce un periodo di tempo, pari a 5 anni e 4 mesi, prima del quale un'apposita commissione, il *Parole Board*, possa rivedere la prognosi di pericolosità al fine di concedere, appunto, il *parole*, ossia la libertà condizionata).

Senonché, tale regime di *preventive sentencing* viene nel frattempo modificato dal *Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act* del 2012 ("LASPO"), che riceve il *Royal Assent* nel maggio del 2012: la novella introduce una nuova forma di *extended determinate sentence* ("EDS") che, secondo la tesi difensiva, sarebbe meno afflittiva della precedente. Tuttavia, in virtù di quanto stabilito nel *Commencement Order*, l'entrata in vigore dell'EDS è fissata al 3 dicembre del 2012, mentre le norme transitorie prevedono l'applicabilità del vecchio IPP ai soggetti giudicati colpevoli ("*convicted*") ma non ancora condannati alla pena stabilita dal giudice ("*sentenced*") alla data del 3 dicembre: proprio il caso del signor Docherty. Il ricorrente, quindi, adisce la Suprema Corte lamentando, tra l'altro, l'illegittimità del *Commencement Order* per violazione al principio di retroattività della *lex mitior* riconducibile all'art. 7 della CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo nel caso *Scoppola c. Italia* del 2010.

Nella sentenza, pubblicata il 14 dicembre 2016, la Suprema Corte, all'esito di un'articolata motivazione dedicata anche all'approfondimento dell'origine e dell'evoluzione (non solo convenzionale, ma anche internazionale) del principio di irretroattività della *lex mitior*, rigetta il ricorso con una decisione presa all'unanimità. In estrema sintesi, il *reasoning* può essere riassunto nei seguenti passaggi: il LASPO, pur avendo introdotto modifiche nella fase del *sentencing* (sulla cui portata meno afflittiva, peraltro, si dubita), non ha comunque mutato la cornice



editale prevista dalla legge, ossia il limite massimo – per il caso di specie – del *life imprisonment* (a questo proposito, si consideri che l’IPP non può, in generale, superare il massimo della pena prevista dalla legge); il principio di retroattività della legge più favorevole al reo, come del resto le altre prerogative sancite dall’art. 7 CEDU, si applica alle disposizioni che definiscono unicamente i reati e le pene che li reprimono, intendendo per queste ultime la comminatoria del massimo editale (l’unico, in genere, previsto nella *statutory law*; si cita il precedente della Corte europea *Coeme v Belgium* del 2000); le diverse opzioni sanzionatorie (“*sentencing options*” e, nel caso di specie, le condizioni di rimessione in libertà, cc.dd. “*release conditions*”), riservate alla discrezionalità del giudice al di sotto di tale limite, esulano dal principio convenzionale, per cui il Parlamento ben può, modificandole, disciplinarne i profili di diritto intertemporale, purché la disciplina transitoria risulti ragionevole e non discriminatoria. La Corte, rilevando la differenza tra il principio di irretroattività della *lex gravior* e quello di retroattività della *lex mitior* nonché le problematiche applicative poste dalla sentenza *Scoppola c. Italia*, conclude affermando: «[v]i sono reali difficoltà di interpretazione della decisione *sul caso Scoppola*, *relative sia all’inserimento di un periodo del tutto nuovo all’interno dell’articolo 7, volutamente tralasciato al momento della stesura della disposizione, sia alla sua operatività, sempreché tale estensione possa considerarsi ammessa. Per quanto attiene al primo aspetto, esso riguarda l’interpretazione offerta dalla Grande Camera. Non è necessario ripercorrere le controversie in proposito in quanto la prassi in Inghilterra riconosce la *lex mitior* nella sua forma ordinaria, vale a dire il principio secondo il quale il reo deve essere condannato secondo la legge e la prassi in vigore al momento della sentence, senza che possano essere superati i limiti (vale a dire, in Inghilterra, normalmente il massimo editale) previsti al momento della commissione del fatto. Per quanto attiene, invece, al secondo aspetto, ossia al diritto dell’imputato ad essere sottoposto alla pena in base a una legge o alla prassi più favorevole entrata in vigore in qualsiasi momento tra la commissione del fatto e il sentencing, ebbene tale diritto non è espressamente riconosciuto dalla Grande Camera e non sembra poter rientrare nella ratio del principio della *lex mitior*, e comporterebbe conseguenze ingiustificate. Tale ultima estensione del principio dovrebbe, con tutto il rispetto, non trovare applicazione» (§ 55 della sentenza).*

\* \* \*

**UK Supreme Court, Hesham Ali (Iraq) (Appellant) v Secretary of State for the Home Department (Respondent) [2016] UKSC 60 on appeal from [2014] EWCA Civ 1304**

<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2015-0126-judgment.pdf>

La sentenza in commento, del 16 novembre 2016, rappresenta – come segnalato da Lord Wilson, uno dei componenti della Corte – la prima pronuncia nella quale si affrontano i rapporti tra, da un lato, il potere del *Secretary of State* di disporre l’espulsione di un “criminale straniero” e, dall’altro, il potere di quest’ultimo di



far valere le proprie prerogative fondamentali, con particolare riferimento all'art. 8 CEDU il quale, come noto, sancisce il diritto di ogni persona al rispetto della propria vita privata e familiare.

Il ricorrente, un cittadino iracheno illegalmente stabilitosi nel Regno Unito nel 2000, Paese nel quale sono nati e cresciuti i suoi due figli (con i quali non ha rapporti) e dove ha incontrato la sua compagna, viene condannato, in più occasioni, per reati in materia di stupefacenti alla pena complessiva di quattro anni di reclusione; in seguito, il signor Hesham Ali viene attinto da un provvedimento di espulsione. Nel ricorso alla Suprema Corte, si contesta l'illegittimità del provvedimento di espulsione per violazione dell'art. 8 CEDU.

La questione coinvolge non solo e non tanto la disciplina legislativa in materia di immigrazione, contenuta in diversi atti legislativi (l'*Immigration Act* del 1971; il *Nationality, Immigration and Asylum Act* del 2002; l'*UK Borders Act* del 2007), quanto soprattutto le *policy* amministrative in materia (le cc.dd. "*Immigration Rules*"). Tali linee guida, pur non avendo natura di fonte primaria, hanno comunque una "base legislativa" ("*statutory basis*"), essendo state emanate in base ad un'apposita disposizione normativa e sottoposte al vaglio del Parlamento: esse costituiscono, pertanto, non solo criteri vincolanti della discrezionalità dei pubblici poteri, ma anche parametri di giudizio da tenere in conto (seppur nell'ambito del libero convincimento riservato al giudice) anche in sede giurisdizionale, in caso di impugnazione del provvedimento amministrativo.

Più in dettaglio, la *section 32* dell'*UK Border Act* stabilisce una presunzione di rispondenza all'ordine pubblico del decreto di espulsione di un "criminale straniero" ("*foreign criminal*", secondo la definizione legislativa). Per l'applicazione di tale principio generale al caso concreto, le linee guida (così come risultanti dal testo modificato nel 2012 e approvato dal Parlamento) indicano una serie di condizioni da rispettare e di fattori da considerare al fine di contemperare, da un lato, l'interesse all'ordine pubblico e alla sicurezza nazionale e, dall'altro, il rispetto dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Convenzione. Rispetto alla vicenda considerata, la *Rule 398* prevede che, in caso di condanna ad una pena non inferiore a 4 anni di reclusione (l'ipotesi più grave), solo in "circostanze eccezionali" l'interesse pubblico può risultare recessivo rispetto alle prerogative di cui all'art. 8 CEDU; circostanze, appunto, non riscontrate dal giudice del merito.

Dopo aver ripercorso i precedenti interni in materia e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia (*Boultif v Svizzera*, 2001 e *Jeunesse v Paesi Bassi*, 2014: rispettivamente, i "*Boultif criteria*" e i "*Jeunesse criteria*"), la *Supreme Court* conclude rigettando il ricorso (con la maggioranza di sei voti favorevoli e uno contrario). Nella motivazione si rileva, infatti, come la summenzionata disciplina interna relativa ai casi di espulsione non violi la Convenzione, anzi recepisca, nella maggior parte dei casi, la giurisprudenza di Strasburgo. Quanto alle *Rules*, esse costituiscono, in ogni caso, un legittimo esercizio, da parte dei pubblici poteri, dei limiti di cui al § 2 dell'art. 8 CEDU e, nel caso di specie, si pongono senz'altro in linea con il generale principio di proporzionalità.

Viceversa, secondo la *dissenting opinion* resa da Lord Kerr, un provvedimento interno che consideri unicamente le *Rules*, a prescindere dai numerosi e specifici criteri (“*factual scenarios*”) stabiliti dal giudice europeo in materia di limiti al diritto alla vita privata e familiare (“*article 8 factors*”), rappresenta una violazione della Convenzione.

\* \* \*

**UK Supreme Court, Makhlouf (Appellant) v Secretary of State for the Home Department (Respondent) (Northern Ireland) [2016] UKSC 59 on appeal from [2014] NICA 86**

<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2015-0092-judgment.pdf>

La pronuncia, pubblicata il 16 novembre 2016, trae origine da un decreto di espulsione (*deportation order*) emesso nel 2012 dal *Secretary of State for the Home Department* nei confronti di un soggetto, “straniero criminale” (“*foreign criminal*”, secondo la definizione legislativa), a seguito delle plurime condanne, dallo stesso riportate, per gravi reati contro la persona commessi con violenza.

Il ricorrente, nato in Tunisia e legalmente residente nel Regno Unito, ha più figli, alcuni nati dal matrimonio con una cittadina britannica, altri da relazioni sentimentali successive alla separazione con la moglie; egli lamenta l’illegittimità del provvedimento per violazione dell’art. 8 della CEDU in quanto l’espulsione pregiudicherebbe il suo diritto fondamentale dell’interessato a “riallacciare”, in futuro, i rapporti con i figli.

La Suprema Corte pone una premessa fondamentale: l’interesse dei figli acquisisce un rilievo assolutamente preminente in tali circostanze (“*paramount interest*”). Ebbene, proprio muovendo da tale premessa, nella motivazione si rileva – tra l’altro – come sia decreto di espulsione che le precedenti sentenze abbiano adeguatamente preso in considerazione la condizione personale e familiare del signor Makhlouf. In realtà, infatti, i rapporti tra il ricorrente e i propri figli risultano da tempo recisi e, perciò, ogni eventuale coinvolgimento di questi ultimi finirebbe per pregiudicare il loro diritto a vivere in una situazione tranquilla e stabile. Le doglianze espresse dalla difesa, quindi, risultano pretestuose in quanto, come espressamente afferma *Lady Hale* (nel suo *concurring judgment*), «[...] il ricorrente sta trattando i propri figli come “passaporto” per i suoi diritti, invece di considerarli quali soggetti titolari di diritti loro propri». Dunque, risultando il provvedimento impugnato pienamente conforme alla disciplina legislativa (*l’UK Borders Act* del 2007) alle linee guida in materia (le *Immigration Rules*) e attesa la prognosi di pericolosità sociale del destinatario dello stesso, il ricorso è rigettato.

## CORTE COSTITUZIONALE SPAGNOLA

**Tribunal Constitucional, Segunda Sala, n. 105/2016, 6 giugno 2016 (BOE n. 170, 15 luglio 2016)**

*<http://bj.tribunalconstitucional.es/HJ/it/Resolucion/Show/24990>*

*Il Tribunale Costituzionale spagnolo, rigettando il ricorso in esame, con il quale si manifestava la violazione del principio del giudice naturale precostituito per legge, del principio del giusto processo e della presunzione di innocenza, ha inteso effettuare un'utile e puntuale ricognizione di quelli che sono i crismi che un processo deve avere per essere ritenuto "giusto". Nel farlo si richiama a sue precedenti decisioni ed alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.*

Il *Tribunal Constitucional*, con la sentenza che ci occupa, si è pronunciato su un *recurso de amparo* promosso avverso la sentenza della *Audiencia Provincial de Lleida*, con la quale i ricorrenti sono stati condannati in appello, dopo un'assoluzione in primo grado, per il reato di cui all'art. 257 del *Còdigo Penal*. Il ricorso si incardinava su sei motivi, che il *Tribunal* riunisce in tre, e prospettava la violazione del principio del giudice naturale precostituito per legge, la violazione dei principi afferenti il giusto processo e della presunzione di innocenza; tutti contenuti all'art. 24.2 della *Constitución Española* (CE).

Più nel dettaglio, i ricorrenti lamentavano la lesione del principio del giudice naturale precostituito per legge, in virtù dell'omessa notificazione alle parti del cambio di alcuni dei membri del Collegio giudicante (*la Sala*), ciò avrebbe impedito l'effettivo e corretto esercizio del diritto di difesa. In effetti, prima che si celebrasse il giudizio d'appello, vi fu un doppio mutamento della composizione della *Sala*; ciononostante il Tribunale Costituzionale non ritiene violato il principio.

Nella sua argomentazione il Tribunale precisa che una simile omissione non potrebbe giustificare, di per sé, le pretese di parte, se non suffragata da un'effettiva incidenza materiale e concreta. In pratica, secondo la Corte, bisognerebbe dar prova dell'impossibilità, ad esempio, di accedere all'istituto della ricusazione del giudice, o, in termini più ampi, bisognerebbe dar prova dell'impossibilità di garantire la terzietà ed imparzialità del giudicante. Il ricorrente doveva provare, almeno per via indiziaria, che il nuovo magistrato posto a completamen-

to del collegio incorreva in una causa di riconsuazione, e che non gli fosse stato consentito di trattare realmente la questione per cause riconducibili all'organo giudicante. In conclusione, siffatto sconosciuto cambio del collegio, sarà, al più, da ricondursi ad altre irregolarità di ordine processuale, ma non certo di ordine costituzionale.

Con il secondo motivo del *recurso*, si ritenevano violati i principi del giusto processo. I ricorrenti individuavano la violazione nel momento in cui l'*Audiencia Provincial de Lleida* era giunta ad una sentenza di condanna, per il tramite di una rivalutazione del compendio probatorio, senza procedere ad una pubblica udienza nella quale, dando sfogo al principio del contraddittorio, fosse consentito alle parti e, in particolare, alla difesa, di poter sostenere le proprie ragioni. La Corte, sul punto, richiama la sua giurisprudenza e quella della Corte EDU. Più nello specifico, si riporta ad un suo precedente (La *STC de Pleno* 88/2013, de 11 de abril, FFJJ 7 a 9), nel quale, dandosi anche un ampio apprezzamento dei risultati cui era giunta la *doctrina*, si finivano per affermare quali fossero i crismi per ritenere un processo conforme alla legge. Così, per aversi una giusta condanna, occorsa per la prima volta in secondo grado, si necessita il rigoroso rispetto di alcuni canoni. Nel caso in cui l'organo giudicante adito intenda condannare per il tramite di una nuova valutazione delle risultanze processuali e, segnatamente, in merito agli elementi costitutivi del reato, potrà farlo solo dopo aver celebrato una pubblica udienza in cui sia dato spazio alle difese per avanzare le proprie tesi e, cosa certo non meno importante, solo dopo aver dato all'imputato la possibilità di essere ascoltato. Con la sentenza richiamata, che scelse di incardinare l'audizione dell'imputato fra le garanzie del giusto processo e non più, o non solo, come estrinsecazione del diritto di difesa, si è notevolmente ridotta la probabilità di giungere ad una condanna in spregio alle garanzie difensive. Tutto ciò in conformità agli insegnamenti della Corte di Strasburgo, la quale afferma che la rivalutazione degli elementi soggettivi del reato (che è ciò che si è verificato nel caso di specie) è a tutti gli effetti una questione di fatto, e non solo una questione di corretta qualificazione giuridica, pertanto pretende il rispetto delle regole che si sono già richiamate (*ex plurimis*, caso *Valbuena Redondo c. España*, 20 marzo 2012, caso *Porcel Terribas y otro c. España*, 29 marzo 2016). Nel caso oggetto del ricorso non vi è stata lesione alcuna, all'udienza pubblica venne data la parola alla difesa e all'imputato la possibilità di rendere dichiarazioni.

Infine, in merito all'ultimo motivo di ricorso, si prospettava la violazione del principio di presunzione di innocenza, sulla scorta di una motivazione, ad avviso dei ricorrenti, inesistente. Ora, al di là del fatto che venendo meno il motivo afferente il giusto processo, dice la Corte, è quasi conseguenza logica affermare che non vi è stata violazione alcuna del principio di non colpevolezza; oltre a ciò il Tribunale intende comunque effettuare una ricognizione in merito alle regole da rispettare per essere ossequiosi del principio. Così, si afferma che è orientamento oramai ben consolidato del Tribunale Costituzionale, quello secondo cui per aversi il rispetto del principio non deve esservi condanna senza valide prove a carico

dell'imputato. Bisogna, dunque, effettuare una concreta attività istruttoria, realizzata con tutte le garanzie processuali, che tenga conto di tutti gli elementi essenziali del reato. La prova, come nel caso in esame, per ritenersi validamente raggiunta, può essere soddisfatta anche per il tramite di elementi indiziari, purché questi, afferma il *Tribunal*, siano frutto di un iter logico razionale.

In conclusione, la *especial transcendencia constitucional* risiede nell'aver permesso alla Corte un approfondito ed utile vaglio in merito ai principi che debbono rispettarsi per definire un processo, segnatamente di secondo grado, equo.

ANTONIO PUGLIESE

\* \* \*

**Tribunal Constitucional, Sala Primera, n. 112/2016, 20 giugno 2016 (BOE n. 181, 28 luglio 2016)**

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/25026>

*Il Tribunale costituzionale spagnolo afferma, alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che la condanna per il reato di apologia del terrorismo inflitta al ricorrente per aver partecipato, come oratore principale, alla commemorazione in occasione dell'anniversario dell'assassinio di uno dei membri dell'organizzazione terroristica ETA, non viola il suo diritto alla libertà di espressione.*

In questa pronuncia – accompagnata da un *voto particular* (i.e. *dissenting opinion*) del quale si darà conto del prosieguo – il *Tribunal Constitucional* esamina il potenziale conflitto che può sorgere tra il delitto di apologia del terrorismo e la libertà di espressione. Essa origina dal *recurso de amparo* promosso avverso la sentenza del *Tribunal Supremo* che ha dichiarato il ‘*no haber lugar*’ del ricorso presentato contro la sentenza della *Audiencia Nacional*; questo Tribunale – al quale sono attribuiti alcuni dei più allarmanti delitti contro lo Stato – ha condannato il ricorrente per il reato di apologia del terrorismo di cui all’art. 578 del *Código Penal* (CP), affermando che il suo intervento alla commemorazione per il trentesimo anniversario dell’assassinio di uno dei membri dell’organizzazione terroristica ETA, il suo atteggiamento, le sue parole e i suoi gesti ‘esaltavano’ la figura del noto terrorista.

Nel *recurso de amparo*, il ricorrente lamenta che le sentenze impugnate violano i diritti costituzionalmente garantiti alla libertà ideologica [art. 16.1 *Constitución Española* (CE)] e alla libertà di espressione [art. 20.1 a) CE].

La *especial transcendencia constitucional* di questo ricorso risiede nella possibilità offerta alla Corte, quale supremo interprete dei diritti fondamentali, di pronunciarsi su una questione prima d’ora mai sollevata innanzi ai giudici costituzionali: l’eventuale conflitto che può sorgere tra l’applicazione (e l’interpretazione) della norma che incrimina l’apologia del terrorismo (art. 578 CP) e il diritto alla libertà di espressione [art. 20. 1 a) CE].

Nel suo *iter* motivazionale, il *Tribunal Constitucional* richiama le proprie pronunce sui limiti che può incontrare la libertà di espressione, nonché la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: la giurisprudenza costituzionale ha evidenziato tanto il carattere preminente del diritto alla libertà di espressione nei moderni ordinamenti liberaldemocratici, quanto il suo carattere limitato in caso di conflitto con altri diritti o interessi di rilevanza costituzionale; ciò accade, ad esempio, in presenza di espressioni che manifestano un '*discurso del odio*' (incitazione all'odio) tale da giustificare il ricorso alla violenza. In particolare, la Corte ricorda – per la similitudine 'strutturale' fra le fattispecie incriminatrici e per l'incidenza sul medesimo diritto fondamentale invocato – una sua pronuncia del novembre 2007 (STC 235/2007): la norma che incrimina la negazione del genocidio (così come quella che incrimina la diffusione di idee che giustificano il genocidio) è incostituzionale in assenza di uno degli elementi essenziali di tale delitto ossia l'istigazione indiretta alla sua commissione.

Questa interferenza nel godimento di uno dei diritti fondamentali risulta necessaria in una società democratica, come emerge anche dal contesto normativo internazionale ed europeo.

La Convenzione del Consiglio d'Europa per la prevenzione del terrorismo, firmata a Varsavia il 16 maggio 2005, all'art. 5.2 impone agli Stati membri – tra i quali la Spagna – l'adozione di '*misure necessarie per tipizzare come delitti, in conformità con il proprio diritto interno, la provocazione pubblica a commettere delitti di terrorismo [...]*'. La relazione esplicativa a questa Convenzione ha sottolineato che la Corte di Strasburgo (CEDU, 20 gennaio 2000, caso *Hogefeld c. Alemania*) aveva già stabilito che non può essere ricompreso nel legittimo esercizio del diritto alla libertà personale l'incitamento a commettere attacchi terroristici.

In ambito europeo, la Decisione quadro 2008/919/GAI del Consiglio – che modifica la decisione quadro 2002/475/GAI sulla lotta contro il terrorismo – stabilisce che per '*provocazione alla commissione di reati di terrorismo si deve intendere la distribuzione o la diffusione pubblica, con qualsiasi mezzo, di messaggi volti ad incitare la commissione di uno dei reati di cui all'articolo 1, comma 1 (a) attentati alla vita di una persona che possono causarne il decesso; b) attentati gravi all'integrità fisica di una persona etc.*], quando tale condotta, anche se non promuove direttamente la commissione di reati di terrorismo, aumenti il rischio di commissione di uno o di alcuni di questi reati?.

Inoltre, il *Tribunal Constitucional* richiama gli approdi cui è giunta la Corte di Strasburgo. Per quanto riguarda le norme incriminatrici di condotte di istigazione o apologia del terrorismo, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo afferma che può risultare giustificata una limitazione della libertà di espressione quando le condotte tipizzate mettono a rischio la sicurezza nazionale, l'integrità territoriale, la sicurezza pubblica o la prevenzione dei reati. In linea con questo orientamento, diverse pronunce della Corte EDU hanno rigettato i ricorsi che lamentavano una violazione del diritto alla libertà di espressione, sul presupposto che le condotte incriminate erano autentiche manifestazioni di incitazioni all'odio e alla violenza



(*ex plurimis*, CEDU, 10 ottobre 2006, caso *Halis Dogan c. Turquía* – n. 3; CEDU, 2 ottobre 2008, caso *Leroy v. France*).

Nel caso in esame, il *Tribunal constitucional* rileva che le sentenze impugnate, condannando il ricorrente come l'autore del delitto di apologia del terrorismo per la sua partecipazione, come oratore principale, alla commemorazione in ricordo del terrorista assassinato, non hanno violato il suo diritto alla libertà di espressione.

La sua condotta non può essere considerata come legittimo esercizio di questo diritto, essendo presenti tutti gli elementi che riconducono il suo intervento ad un '*discurso del odio*': era una incitazione all'odio basata sull'intolleranza, manifestata attraverso un nazionalismo aggressivo con evidente ostilità verso altri individui [la commemorazione era stata pubblicizzata con l'affissione di manifesti per le strade della località di Arrigorriaga (Vizcaya) sui quali era riportato un testo attribuito al terrorista assassinato in cui si inneggiava alla lotta armata, definita '*essenziale per avanzare*'; era stato allestito un palco sul quale era stato posizionato un cavalletto con una gigantografia del terrorista e sullo sfondo erano proiettate fotografie di membri incappucciati dell'organizzazione terroristica; infine, il ricorrente aveva chiesto ai presenti con 'calcolata ambiguità' di scegliere '*la strada che rechi più danno allo Stato, che conduca questo popolo ad un nuovo scenario democratico*' e, sul finale, gridava '*Gora Argala*' ('Viva Argala', alias del terrorista)]. Anche se la Raccomandazione n. R (97) 20 del Consiglio d'Europa – in linea con una parte della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo – richiede che la diffusione di tali espressioni avvenga attraverso i media, il *Tribunal* non ha potuto ignorare la grande risonanza mediatica della commemorazione, essendo apparsa la notizia sui giornali e sui notiziari del Paese. Infine, la Corte ritiene che la condotta del ricorrente sia stata un'istigazione alla violenza, idonea a creare un ambiente incline ad azioni terroristiche.

Come sopra anticipato, la sentenza è accompagnata da un *voto particular*. Il Giudice Juan Antonio Xiol Ríos, ricordando altre *dissentig opinions* (una su tutte, quella che accompagna la STC 177/2015), rileva che, nel caso in esame, non concorrono gli elementi che rendono la sanzione inflitta al ricorrente necessaria e proporzionata in relazione al suo diritto alla libertà di espressione.

In entrambe le sentenze impugnate, afferma il *Magistrado*, i Giudici si sono limitati ad applicare 'letteralmente' il precetto di cui all'art. 578 CP, senza prima verificare se la condotta del ricorrente poteva essere considerata legittimo esercizio del suo diritto alla libertà di espressione. Inoltre, nel caso in esame, non è neppure integrata la condotta tipizzata nella figura criminosa di apologia del terrorismo. Il Giudice 'dissenziante' afferma che la preventiva sanzione penale del ricorrente per il suo intervento alla commemorazione per l'assassinio del noto terrorista, dalla prospettiva del diritto alla libertà di espressione, non può essere considerata un'incitazione, neppure indiretta, alla violenza terroristica, per le seguenti ragioni: l'evento si è celebrato in uno spazio pubblico (e quindi non clandestinamente); il suo intervento deve essere considerato manifestazione di un



‘*discurso político*’; in ultimo, il suo discorso è indubbiamente un omaggio a questo personaggio, ma non può essere inteso come un incitamento alla commissione di atti terroristici. Secondo l’opinione del Giudice – e per le ragioni appena esposte – la sanzione inflitta al ricorrente non risulta necessaria e proporzionata in una società democratica che riconosce il diritto di esprimere liberamente le proprie idee e le proprie opinioni.

SILVIA CASALI

\* \* \*

**Tribunal Constitucional, Sala Primera, n. 130/2016, 18 luglio 2016 (BOE n. 196, 15 agosto 2016)**

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/it/Resolucion/Show/25060>

*Il Tribunale Costituzionale spagnolo, alla luce di una corposa giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, si pronuncia a favore della violazione del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva in seguito all’archiviazione e sospensione di procedimenti penali promossi a fronte di denuncia per il reato di tortura.*

Con la decisione in esame, il *Tribunal Constitucional* si pronuncia in ordine a un *recurso de amparo* promosso contro una sentenza emanata in grado di appello dalla *Sección Vigésimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid*, che ha rigettato il ricorso presentato contro l’ordinanza del *Juzgado de Instrucción* di Madrid; tale ultima ordinanza aveva rigettato la richiesta di riforma dell’ordinanza di sospensione e archiviazione di un precedente procedimento promosso a seguito di denuncia per il reato di tortura.

Nel ricorso di *amparo*, la ricorrente adduce la violazione dei suoi diritti fondamentali alla integrità fisica e morale [art. 15 *Constitución Española* (CE)], ad una tutela giurisdizionale effettiva (art. 24.1 CE), nonché al diritto ad un giusto processo (art. 24.2 CE), per avere i provvedimenti dei giudici di merito disposto la sospensione e archiviazione del procedimento penale per il reato di tortura, senza che fossero state svolte indagini esaustive.

La prima censura si basa sulle aggressioni fisiche e verbali subite dalla ricorrente durante il periodo della sua detenzione in isolamento da parte degli agenti di polizia che l’avevano in custodia, mentre le restanti due trovano fondamento nel mancato svolgimento di un’adeguata attività giudiziaria e nella deficitaria attività di indagine, del tutto insufficiente ad accertare i fatti addotti.

Nella sentenza riportata in epigrafe, il *Tribunal Constitucional* richiama la propria precedente giurisprudenza in materia di provvedimenti di sospensione e archiviazione dei procedimenti promossi a seguito di denunce di tortura e trattamenti inumani o degradanti, oltretutto una corposa giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo con riferimento all’art. 3 della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo (CEDU).

In particolare, è orientamento consolidato del Tribunale Costituzionale che il corretto inquadramento delle questioni riguardanti i suindicati provvedimenti afferisce al diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, e che, tuttavia, il suo rapporto con il diritto di non essere sottoposto a tortura o trattamenti inumani o degradanti (art. 15 CE) implica un particolare rigore dell'inchiesta giudiziaria; quest'ultimo requisito richiede che tali decisioni di sospensione e archiviazione dei procedimenti penali non siano solo motivate e giuridicamente fondate, ma che siano, altresì, coerenti con il divieto assoluto di tortura.

Sul punto, richiamando alcune sue precedenti decisioni (*ex plurimis*, SSTC 12/2013 e 153/2013), la Corte sottolinea che l'art. 12 della Convenzione contro la tortura ed altre pene crudeli, inumane o degradanti firmata a New York il 10 dicembre 1984, ed entrata in vigore in Spagna il 20 novembre 1987, afferma che “*ogni Stato Parte vigila affinché le autorità competenti procedano immediatamente ad un'inchiesta imparziale, ogni volta che vi siano motivi ragionevoli di ritenere che un atto di tortura sia stato commesso su qualsiasi territorio sottoposto alla sua giurisdizione*”.

La situazione di particolare vulnerabilità in cui versano le persone detenute, infatti, richiede maggiori garanzie a presidio del superiore valore della dignità umana.

Tale orientamento del Tribunale Costituzionale spagnolo trova conforto nella giurisprudenza di Strasburgo; secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, in caso di violazioni dei diritti di cui all'art. 3 CEDU, sussistono precisi obblighi positivi di investigazione e di inchiesta, il cui rispetto implica l'osservanza di determinate condizioni procedurali, quali l'indipendenza e l'imparzialità dell'indagine (così, *ex plurimis*, C.Edu, *Martínez Sala y otro c. España*, 2.11.2004; C.Edu, *San Argimiro Isasa c. España*, 28.09.2010; C.Edu, *Beristain Ukar c. España*, 08.08.2011 e C.Edu, *Otamendi Eiguren c. España*, 16.10.2012).

Prendendo in esame alcune delle più significative sentenze su indicate si può ricostruire il quadro giurisprudenziale in materia; le pronunce del Tribunale Costituzionale nn. 12/2013 e 153/2013 affermano che bisogna prendere in considerazione le circostanze specifiche di ciascun caso concreto, tenendo sempre in debito conto la scarsità di prove esistenti normalmente in questo tipo di reati, soprattutto ove si tratti di maltrattamenti psicologici che non implicano danni evidenti e i cui effetti sono più difficili da stimare, così da rendere necessaria un'attenta valutazione del quadro indiziario.

Secondo questa *doctrina*, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha affermato che quando le accuse di tortura si verificano in situazioni di detenzione in isolamento la legge processuale penale spagnola esige un maggior rigore delle indagini giudiziali, occorrendo dare esatto adempimento all'obbligo positivo posto dall'art. 3 CEDU (si vedano, *ex plurimis*, C.Edu, *Ataun Rosso c. España*, 07.09.2014; C.Edu, *Etxebarria Caballero c. España*, 07.10.2014; C.Edu, *Beoirtegui Martínez c. España*, 31.05.2016). Infatti, nella decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Etxebarria Caballero c. España* del 07.10.2014, si afferma che “*un'indagine efficace*

*si impone con maggior rigore quando, come nel presente caso, la ricorrente si trovi in una situazione di isolamento e di totale assenza di comunicazione con l'esterno (...)"* (§ 47).

In conclusione, la Prima Sezione del Tribunale Costituzionale ha deciso di ammettere il *recurso de amparo*, rilevando che nel caso di specie sussiste una *especial trascendencia constitucional* [art. 50.1 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC)].

Il *Tribunal Constitucional* ha rilevato che, innanzi a una denuncia di tortura, non sono state prodotte investigazioni esaustive ed efficaci e che sono state chiuse le indagini nonostante esistessero altri mezzi di ricerca della prova per proseguire le indagini stesse.

Pertanto, la Corte accoglie il ricorso di *amparo* e dichiara violato il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva in relazione al diritto di non essere sottoposti a trattamenti inumani o degradanti; ordina, altresì, la riparazione del diritto leso e dispone l'annullamento dei provvedimenti impugnati, nonché la riapertura delle indagini.

ANNA CAMILLA VISCONTI

## CORTE SUPREMA STATUNITENSE

In tema di pena di morte, si segnala la recente pubblicazione del *report* di fine anno 2016 del *Death Penalty Information Center*, intitolato “*Death Sentences, Executions Drop to Historic Low in 2016*” (<http://deathpenaltyinfo.org/documents/2016YrEnd.pdf>).

Si tratta della più completa, documentata ed attendibile valutazione del fenomeno negli Stati Uniti, che viene svolta annualmente.

Di seguito se ne offre una sintesi.

Le sentenze di condanna a morte, le esecuzioni ed il supporto pubblico per la pena capitale hanno continuato a diminuire nel corso del 2016.

Le giurie statunitensi hanno inflitto il numero più basso di condanne all'estrema sanzione nella storia moderna della pena di morte statunitense, dal 1976, quando fu reintrodotta dopo una moratoria di quattro anni, successiva alla declaratoria di incostituzionalità dei *death penalty statutes* nel 1972. Le 30 sentenze di condanna a morte del 2016 segnalano una diminuzione del 39% rispetto alle 49 del 2015, che già costituiva la cifra più bassa negli ultimi 40 anni. Il numero di 20 esecuzioni dell'anno 2016 rappresenta quello più basso negli ultimi 25 anni. I sondaggi sull'opinione pubblica hanno mostrato un consenso al punto più basso negli ultimi 40 anni.

Robert Dunham, Direttore Esecutivo del *Death Penalty Information Center*, ha affermato che “L'America si trova nel bel mezzo di un grande cambiamento per quanto concerne la pena capitale. Anche se ci possono essere singhiozzi e occasionali passi indietro, la tendenza sul lungo termine rimane chiara ... che siano le preoccupazioni relative all'esecuzione di innocenti, ai costi eccessivi, all'applicazione discriminatoria, alla disponibilità dell'ergastolo senza possibilità di libertà condizionale, al metodo discutibile con il quale gli Stati stanno cercando di eseguire le condanne a morte, l'opinione pubblica di anno in anno è sempre più a disagio quando si parla di pena capitale”.

Per la prima volta in più di 40 anni, nessuno Stato ha inflitto 10 o più sentenze di condanna a morte. Soltanto cinque Stati hanno inflitto più di una condanna. La California ne ha irrogate il maggior numero (9), seguita dall'Ohio (4), dal Texas (4), dall'Alabama (3) e dalla Florida (2). Le condanne continuano ad essere raggruppate in una percentuale del 2% di Contee su scala nazionale, con la Contea di Los Angeles che ne ha irrogate 4, un numero maggiore di ogni altra Contea.

Ma le condanne a morte sono diminuite del 39%, anche se si guarda a quel 2% di Contee.

Le 20 esecuzioni capitali di quest'anno marcano una diminuzione di più del 25% rispetto all'anno scorso, quando ci sono state 28 esecuzioni. Solamente 5 Stati hanno eseguito sentenze di condanna nel 2016, il numero più basso dal 1983. Due Stati – la Georgia, che ha dato esecuzione al numero più elevato di condanne (9), e il Texas, a seguire con 7 esecuzioni – hanno contribuito all'80% delle esecuzioni negli Stati Uniti. Benché la Georgia abbia dato esecuzione al maggior numero di sentenze a partire dagli anni cinquanta, le giurie dello Stato non hanno irrogato alcuna nuova sentenza di condanna negli ultimi due anni.

Le Corti statali e federali hanno continuato ad invalidare pratiche anomale che contribuivano ad aumentare le probabilità di condanna a morte. La Corte Suprema degli U.S.A. ha annullato diverse *capital sentencing practices* in Florida, Oklahoma e Arizona, che avevano sproporzionatamente contribuito al numero di condanne inflitte in tali Stati. Le Corti Supreme statali della Florida e del Delaware hanno dichiarato incostituzionali alcune sezioni dei loro *death penalty statutes*, che consentivano la condanna a morte in base ad un voto non unanime della giuria.

Le profonde divisioni sul tema della pena di morte negli U.S.A. sono rispecchiate dai risultati elettorali di quest'anno. Gli elettori in California e in Nebraska hanno votato per mantenere la pena di morte in vigore e i cittadini dell'Oklahoma hanno approvato un emendamento costituzionale che impedisce alla Corti statali di giudicare l'estrema sanzione “pena crudele ed inusuale”. Allo stesso tempo, i *prosecutors* di 4 delle 16 Contee che impongono il maggiore numero di condanne a morte negli U.S.A. sono stati sconfitti da candidati che avevano espresso la propria opposizione alla pena di morte o si erano impegnati a riformare le *capital sentencing practices* nelle loro Contee. In Kansas, gruppi a favore della pena capitale hanno speso oltre 1 milione di \$ per la campagna elettorale contro quattro giudici della Corte Suprema statale che avevano riformato varie sentenze di condanna a morte, ma gli elettori hanno scelto di mantenere in carica tutti e quattro i magistrati.

L'esame del *Death Penalty Information Center* delle venti persone le cui condanne sono state eseguite nel 2016 ha indicato che almeno il 60% di queste ha mostrato significative prove di malattia mentale, disabilità mentale, e/o una capacità intellettuale inferiore alla media. Ciò evidenzia che, nonostante il requisito costituzionale che la pena di morte sia riservata ai rei più riprovevoli (“*the worst of the worst offenders*”), gli Stati continuano a eseguire condanne nei confronti di soggetti le cui malattie o disabilità mentali sono simili a quelle che la Corte Suprema ha già affermato che dovrebbero rendere una persona non punibile con l'estrema sanzione (*Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002)).

### *Osservazioni*

Il contenuto del *report* sopra sintetizzato mette bene in mostra il momento paradossale che sta vivendo la pena capitale nel sistema statunitense. Numerosi giudici

supremi – molti dei quali in un primo momento ne avevano affermato la conformità a Costituzione – hanno cambiato la loro opinione dopo anni di servizio all’Alta Corte. Da ultimo, i giudici Breyer e Ginsburg, nell’opinione dissenziente a firma del primo nel caso *Glossip v. Gross*, 576 U.S. \_\_ (2015), in cui una maggioranza di cinque giudici ha riaffermato la costituzionalità dell’iniezione letale come metodo di esecuzione, hanno sostenuto che la pena di morte, *per come viene correntemente applicata dagli Stati*, viola l’VIII emendamento alla Costituzione federale, che vieta le “pene crudeli ed inusuali”. I due giudici si sono così aggiunti alla folta schiera di colleghi che precedentemente avevano espresso dubbi sulla conformità a Costituzione della pena capitale.

Alcuni ritenendola lesiva della dignità umana in assoluto e in tutte le circostanze, censurandola dunque “*on moral grounds*” (Marshall e Brennan), altri perché si sono arresi, dopo molti anni e innumerevoli ricorsi valutati, all’evidenza che l’estrema sanzione non può essere applicata in maniera equa e non discriminatoria, che essa non viene riservata soltanto ai crimini più riprovevoli, e finisce dunque per colpire in maniera arbitraria (i giudici Powell, Blackmun e Stevens hanno mutato la loro opinione, giungendo a considerare la pratica sanzionatoria incostituzionale durante il loro servizio o dopo il *retirement*).

Diversi i vizi – individuati nel *dissent* del giudice Breyer – che inficiano irrimediabilmente la prassi applicativa della pena capitale.

Anzitutto l’inaffidabilità delle procedure (*unreliability*), che emerge nitidamente se si guarda all’elevato numero di condanne erronee e di conseguenti *exonerations*, e, nel peggiore dei casi, di esecuzioni di persone innocenti. In secondo luogo, l’arbitrarietà dell’inflizione (*arbitrariness*): la gravità del reato non è il fattore principale che la determina, ma ve ne sono numerosi altri che giocano un ruolo di primo piano (per esempio: razza e sesso di vittime e rei; collocazione geografica, anche a livello locale; distribuzioni delle risorse). Come affermò il giudice Stewart in *Furman v. Georgia* “Queste condanne a morte sono crudeli e inusuali nello stesso modo in cui essere colpito da un fulmine è crudele e inusuale”.

Ulteriore profilo di crudeltà è quello determinato dai sempre più lunghi periodi che trascorrono tra la pronuncia della sentenza di condanna e l’esecuzione (*excessive delays*), durante i quali i detenuti nel braccio della morte sono ristretti spesso in isolamento (c.d. *solitary confinement*) ed in condizioni inumane. Ritardi che costituiscono il prodotto dell’immane sforzo regolatore della Corte Suprema per garantire sempre maggiori garanzie procedurali e affidabilità dei giudizi, ma che aggiungono crudeltà intrinseca alla sanzione – che finisce per tramutarsi in una sorta di assurda “*pena dell’ergastolo senza possibilità di libertà condizionale con la remota possibilità di morte*” – oltre a indebolire il già di per sé dubbio (perché mai provato) perseguimento di finalità preventive e retributive.

Infine, la concentrazione delle condanne e soprattutto delle esecuzioni in pochi Stati (c.d. “*executing States*”, rispetto ai c.d. “*symbolic States*”) ed in poche Contee, rende manifesto il declino su scala nazionale nell’utilizzo della sanzione capitale: essa ben potrebbe essere ritenuta *inusuale*, nel senso costituzionale del termine.

Il giudice Breyer ha recentemente reiterato la sua posizione – enfatizzando specialmente l’aspetto dei ritardi tra condanna ed esecuzione – nel *Dissent from Denial of Certiorari* nel caso *Sireci v. Florida*, 580 U.S. \_\_ (2016).

Tuttavia, benché il trend giudiziale sia quello di mettere sempre più in dubbio la legittimità costituzionale della pena capitale, soprattutto su basi “pragmatiche”, i recenti risultati elettorali – anche in Stati tradizionalmente *liberal*, come la California, che conta il numero più elevato di persone nel braccio della morte, ma non esegue condanne dal 2006 – evidenziano un persistente e solido supporto popolare nei confronti dell’estrema sanzione.

Anche l’esito delle elezioni presidenziali del novembre 2016 ha consacrato il successo di un “*vocal supporter*” della pena di morte, come Donald J. Trump (v. ad es. M. FORD, *Donald Trump’s Racially Charged Advocacy of the Death Penalty*, disponibile all’URL <http://www.theatlantic.com/politics/archive/2015/12/donald-trump-death-penalty/420069/>, 18 dicembre 2015).

E proprio il nuovo Presidente ha di fatto il potere di impedire che i consistenti e irreparabili vizi denunciati dal giudice Breyer determinino una “abolizione” dichiarata in via giudiziale dalla Corte Suprema nel breve periodo.

La possibilità di nominare nuovi giudici supremi negli anni a venire (quattro, o otto in caso di rielezione), prevedibilmente conservatori e c.d. *strict constructionists* (testualisti), al posto di membri di orientamento più liberale e “attivista” attualmente in carica – come gli ormai anziani Ginsburg, Breyer e Kennedy – rende altamente improbabile che la *dissenting opinion* del giudice Breyer possa divenire in breve tempo “*Supreme Law of the Land*”, ossia un’opinione di maggioranza che invalidi la pena capitale su scala nazionale (sui potenziali scenari determinati dalle future nomine, v. C. MCDANIEL, *How Donald Trump Could Revitalize the Death Penalty*, disponibile all’URL [https://www.buzzfeed.com/chrisgcdaniel/how-donald-trump-could-revitalize-the-death-penalty?utm\\_term=.qbkaK0j45#.uuYqGPLEd](https://www.buzzfeed.com/chrisgcdaniel/how-donald-trump-could-revitalize-the-death-penalty?utm_term=.qbkaK0j45#.uuYqGPLEd), 10 novembre 2016).

Si dovrà dunque verosimilmente attendere ancora a lungo in un limbo paradossale, che oscilla tra la crescente consapevolezza dell’irreconciliabilità della pena di morte con il dettato costituzionale (e dunque la certezza che l’esperimento di *Judicial Top-Down Regulation* costituzionale iniziato più di quarant’anni fa dalla Corte Suprema ha fallito) e un consenso popolare che sembra intenzionato a mantenerla ancora nello strumentario punitivo a disposizione degli Stati e del Governo federale (su questi profili v. da ultimo J. TOOBIN, *The Strange Case of the American Death Penalty*, disponibile all’URL <http://www.newyorker.com/news/daily-comment/the-strange-case-of-the-american-death-penalty>, 21 dicembre 2016).



## CORTE SUPREMA CANADESE

**R. v. Nur [2015] 1 S.C.R. 773**

<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/15272/index.do>

**R. v. Lloyd [2016] S.C.C. 13**

<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/15859/index.do>

Con le due pronunce in epigrafe la Corte Suprema del Canada ha dichiarato l'incostituzionalità, ai sensi e per gli effetti della sezione 52 del *Constitution Act*, 1982, di alcune disposizioni sanzionatorie del codice penale canadese e della legislazione in materia di stupefacenti – rientranti nella nota categoria delle c.d. pene minime obbligatorie (*mandatory minimum sentences*) – per violazione del principio di proporzionalità, corollario implicito desumibile dalla *Section 12* della *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (*Everyone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment*).

Si tratta di due arresti particolarmente significativi, in quanto manifestano una rinnovata volontà della Alta Corte canadese di esercitare uno stringente controllo di costituzionalità sulle scelte legislative penali-sanzionatorie “*tough on crime*” adottate dal Parlamento, specialmente nel corso delle ultime due decadi, con le quali è stato progressivamente limitato il *potere discrezionale* dei *sentencing judges* nell'opera di individualizzazione della pena. Ciò in nome dei classici argomenti adottati a favore dell'utilizzo delle *mandatory minimum sentences*: efficacia deterrente e prevenzione del crimine attraverso la neutralizzazione dei rei; chiara comunicazione della disapprovazione da parte della società (c.d. funzione denunciatoria della pena); riduzione della c.d. *sentencing disparity* grazie alla guida “rigida” che viene fornita tramite la legge alle corti; istanze di effettività del sistema di giustizia penale, soprattutto con riferimento a fenomeni delittuosi particolarmente diffusi e percepiti nella comunità.

**R. v. Nur [2015] 1 S.C.R. 773**

Nel caso in esame la Corte Suprema ha giudicato “manifestamente sproporzionate”, e dunque incostituzionali per violazione della sezione 12 della *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, le pene minime obbligatorie (*mandatory minimum sentences*) di tre anni per un reo primario e di cinque anni per un recidivo, previste

dalla sezione 95(2)(a) del Codice Penale, per il reato di “*possession in mancanza di autorizzazione di una arma da fuoco proibita o soggetta al rilascio di una particolare autorizzazione e di munizioni facilmente accessibili*”, contemplato dalla precedente sezione 95(1) del Codice Penale.

L'imputato Nur – giovane rifugiato incensurato, sorpreso e arrestato mentre fuggiva in possesso di una pistola semiautomatica con numerosi proiettili nel caricatore – era stato condannato alla pena della reclusione di 40 mesi e sosteneva dinnanzi all'Alta Corte che una sanzione di tale entità violasse il divieto di pene manifestamente sproporzionate.

La Corte Suprema ha invalidato una pena minima obbligatoria per la prima volta dopo il *seminal case R. v. Smith* [1987] 1 S.C.R.1045 (disponibile all'URL: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/227/index.do>). Allora venne censurata una pena minima obbligatoria di sette anni prevista per l'importazione di sostanze stupefacenti di qualunque tipologia.

La Corte suprema stabilì uno standard elevato per determinare ciò che costituisce una “pena crudele e inusuale”: la soglia non è semplicemente se una pena sia sproporzionata o eccessiva, ma piuttosto che essa sia evidentemente sproporzionata e, perciò, “così eccessiva da offendere gli standard di decenza” e che essa sia “ripugnante e intollerabile” per la società (*Smith*, 1072 e *R v Morrissey*, [2000] 2 SCR 90).

In quell'occasione la Corte elaborò una metodologia bifasica per verificare la manifesta sproporzione incostituzionale, la cui validità è stata riaffermata in *Nur* (par. 77): “*Quando si valuta la costituzionalità di una disposizione normativa che prevede pene minime obbligatorie, emergono due domande. La prima è se la previsione normativa determina l'irrogazione di una pena manifestamente sproporzionata nei confronti dell'imputato dinnanzi alla corte. Se la risposta è negativa, la seconda domanda è se le applicazioni ragionevolmente prevedibili della disposizione sanzionatoria saranno tali da imporre pene evidentemente eccessive su altri soggetti*”.

Considerando i c.d. *reasonable hypotheticals* – ovverosia situazioni concrete ragionevolmente prevedibili in grado di essere ricomprese (sussunte) nella cornice della fattispecie astratta – la Corte valuta la legittimità della pena minima obbligatoria di tre anni nel caso di Nur. Benché la disposizione non imponesse una sanzione sproporzionata nel caso concreto di Nur, la Corte ha ipotizzato condotte ragionevolmente realizzabili e inquadrabili nella fattispecie della sezione 95(1) per le quali una pena minima di tre anni sarebbe stata in tutte le circostanze “manifestamente sproporzionata”. Ad esempio, “il guardiano autorizzato e responsabile che sistema in sicurezza la sua arma da fuoco scarica con le munizioni vicino, ma commette un errore su dove è lecito collocare l'arma da fuoco”. Per questo tipo di reo e di reato, una condanna a tre anni di reclusione sarebbe evidentemente sproporzionata, e completamente in contrasto con le norme ordinarie sul *sentencing* stabilite dalla sezione 718 del Codice Penale canadese (che prevede le finalità legittime delle sanzioni penali) e con le aspettative legittime in una società libera e democratica.

### *R. v. Lloyd* [2016] S.C.C. 13

Nel caso *R. v. Lloyd* [2016] S.C.C. 13, il reo era un tossicodipendente ed anche uno spacciatore. Era stato ritenuto responsabile per la condotta criminosa di possesso con lo scopo di narcotraffico, e condannato ad un periodo di reclusione. Un mese dopo il suo rilascio, veniva arrestato di nuovo, per un reato simile. Essendo un recidivo in possesso di stupefacenti con lo scopo di narcotraffico, Lloyd fu assoggettato ad una pena minima obbligatoria inflitta dalla sezione 5 del *Controlled Drugs and Substance Act*<sup>1</sup> del 1996. Nuovamente, in questo caso, la Corte ha ritenuto che la previsione normativa, per come strutturata in astratto (*on its face*), aveva una portata troppo ampia (*overbroad*), essendo applicabile indiscriminatamente a spacciatori professionisti, che commerciano droghe con fini di profitto, ed a tossicodipendenti, che possiedono quantità esigue di stupefacenti che intendono consumare insieme ad amici, compagni o altri tossicodipendenti. La Corte ha invalidato una pena minima di dodici mesi.

Si è applicata la c.d. *reasonable hypothetical analysis*, elaborata per la prima volta in *Smith* e impiegata nuovamente in *Nur*.

La maggioranza ha sostenuto che la disposizione in questione aveva una portata troppo ampia, tale da ricomprendere non soltanto i rei che commettono reati gravi correlati al commercio di stupefacenti, ma anche condotte che sono meno colpevoli. La maggioranza ha enunciato tre caratteristiche che contribuiscono ad allargare troppo lo spettro di applicabilità della previsione:

- si applica a tutti i quantitativi delle sostanze elencate alla Tabella I (ad es. oppiacei, metanfetamine, cocaina), in tal modo ricomprendendo egualmente spacciatori professionisti in possesso di ingenti quantitativi di stupefacente e tossicodipendenti in possesso di quantità esigue;
- la definizione legislativa tipica (*statutory definition*) della condotta di narcotraffico comprende un'ampia ed eterogenea gamma di condotte;
- la gamma di reati che costituiscono il presupposto delle condanne precedenti è analogamente ampia.

L'ampia portata della previsione sanzionatoria è stata evidenziata con due “ipotesi ragionevoli” (c.d. *reasonable hypotheticals*) che la maggioranza ha sostenuto potessero soddisfare l'elevato standard della “manifesta sproporzione”:

- il tossicodipendente incriminato per avere condiviso con un amico un esiguo quantitativo di sostanza classificata alla tabella I al quale viene inflitta la pena

---

<sup>1</sup> La sezione 5(3)(a)(i)(D) del *Controlled Drugs and Substances Act* prevede un anno di reclusione minima obbligatoria per ogni persona ritenuta responsabile di commercio o di possesso finalizzato al commercio di determinate quantità di sostanze stupefacenti di cui alle Tabelle I, II, III, IV. Per innescare l'applicazione della pena minima obbligatoria, il reo deve essere stato “condannato per un determinato reato in materia di stupefacenti o avere scontato un termine di reclusione per un determinato reato in materia di stupefacenti nei precedenti dieci anni”. Un “determinato reato in materia di stupefacenti” viene definito dalla sezione 2.1 del *Controlled Drugs and Substances Act*, come ogni reato previsto dalla Parte 1 del *CDSA* fatta salva la condotta di mero possesso.

- minima obbligatoria in ragione di una precedente condanna subita per avere utilizzato marijuana in un contesto di condivisione sociale nove anni prima;
- un tossicodipendente con una condanna precedente per narcotraffico viene condannato per un secondo reato commesso per alimentare la sua dipendenza al quale la pena minima viene irrogata anche se ha intrapreso un percorso trattamentale riabilitativo tra l'accertamento di colpevolezza e la fase processuale di commisurazione della pena.

I giudici dissenzienti, non condividendo la metodologia d'analisi (c.d. *reasonable hypothetical*) della maggioranza, hanno sostenuto che la previsione sanzionatoria minima sindacata, per come strutturata in astratto, fosse adeguatamente "circoscritta" nel suo ambito d'applicabilità (*narrow*) [par. 79] e che fosse "adeguatamente modulata per ricomprendere solamente condotte dannose e gravemente colpevoli" (par. 85), giacché, nell'attività politica e discrezionale di comminazione legislativa di pene minime obbligatorie, "Il Parlamento non è obbligato a dare spazio in maniera perfetta 'alle sfumature morali di ogni reato e di ogni autore'" (par. 87). Il disaccordo tra *majority opinion* e giudici dissenzienti manifesta una volta di più la complessità di redigere in sede legislativa *mandatory minimum sentences* in accordo con l'esigenza di proporzione e individualizzazione della pena.

Come evidenziato opportunamente dal giudice capo McLachlin (parr. 3 e 35 *majority opinion*): "*Le pene minime obbligatorie ... che si applicano a reati che possono essere commessi con varie modalità esecutive, con un'ampia varietà di circostanze e da una vasta gamma di soggetti, sono esposti a profili d'incostituzionalità. Questo perché tali disposizioni ricomprenderanno sempre inevitabilmente una 'ipotesi ragionevole accettabile' per la quale la pena minima obbligatoria sarà ritenuta manifestamente eccessiva ed incostituzionale*".

L'evoluzione manifestata nelle due pronunce sintetizzate è apprezzabile e costituisce significativa espressione della rinnovata volontà dell'Alta Corte canadese di limitare – attraverso il sindacato di proporzionalità ai sensi della *Section 12* della Carta fondamentale – gli eccessi e gli abusi del Legislatore canadese, che nel corso degli ultimi due decenni ha utilizzato in maniera sempre più massiccia e incontrollata lo strumento delle *mandatory minimum sentences*. Da un lato, ottenendo ottime prestazioni sul piano espressivo-simbolico, di rassicurazione della comunità rispetto a fenomeni criminosi percepiti come particolarmente allarmanti e diffusi (specialmente reati in materia di stupefacenti; reati in tema di armi da fuoco; recidiva; *sex offenses*); dall'altro, entrando in forte frizione con le esigenze di proporzione e individualizzazione della sanzione penale, principi fondamentali di rango costituzionale, inevitabilmente vulnerati dal restringimento eccessivo della discrezionalità giudiziale in sede commisurativa determinato dalle *mandatory minimum sentences*. Il *trend* giurisprudenziale potrebbe preludere ad una più incisiva abrogazione in sede legislativa (*legislative repeal*) di alcune delle *mandatory minimum sentences* attualmente in vigore nel sistema canadese.

I recenti sviluppi – infine – meritano attenta considerazione anche in prospet-

tiva comparatistica. Due in particolare i profili che preme mettere in evidenza in questa sede.

Anzitutto, un fenomeno già ampiamente osservato e studiato (v. ad es. R.B. BAKER, *Proportionality in the Criminal Law: The Differing American versus Canadian Approaches to Punishment*, in *Inter. Am. L. Rev.*, 2008, 483 ss.; J. CAMERON, *The Death Penalty, Mandatory Prison Sentences, and the Eighth Amendment's Rule against Cruel and Unusual Punishments*, in *Osgoode Hall L. J.*, 2001, 428 ss.), ma che merita ulteriore approfondimento: la differente attitudine mostrata dalle Corti canadesi rispetto a quelle statunitensi nel controllo di costituzionalità sull'ammontare delle sanzioni detentive. Relativamente "attivista" da una parte, "iper-deferenziale" dall'altra. Nonostante si muova da un dato letterale pressoché analogo delle clausole costituzionali, lo sviluppo delle istanze di proporzione, le metodologie d'analisi giudiziale elaborate e gli approdi giurisprudenziali raggiunti si discostano profondamente, con una discrezionalità legislativa molto più *incontrollata* negli U.S.A. Questo per molteplici ragioni. Solo per citarne alcune: il federalismo "forte" del modello statunitense, dove il diritto penale rimane prerogativa esclusiva della sovranità statale e le corti federali sono scarsamente legittimate ad intervenire; il peso delle teorie di interpretazione costituzionale "originaliste" statunitensi, che negano la sussistenza di alcun requisito di proporzione nell'Ottavo Emendamento e riconoscono (a malincuore) la c.d. *individualized sentencing doctrine* costituzionale soltanto nel settore della pena capitale, ma non riguardo alle pene detentive – anche di durata estrema, ergastoli senza possibilità di liberazione condizionale (c.d. *life without the possibility of parole sentences*) – che dunque possono legittimamente essere previste come fisse e obbligatorie (*mandatory*) in sede legislativa, senza incorrere in alcun vizio d'incostituzionalità (cfr. ad es. le sentenze della *Supreme Court* statunitense *Harmelin v. Michigan*, 501 U.S. 957 (1991) e *Ewing v. California*, 538 U.S. 11 (2003)). Da ultimo ma non per ultimo, l'inadeguatezza intrinseca degli strumenti rimediali offerti da qualunque dottrina giudiziale-costituzionale (e dunque anche dalla c.d. *proportionality doctrine*) per lenire un fenomeno patologico, come quello della *Mass Incarceration* e della severità media elevatissima delle sanzioni penali, che è per sua stessa natura complesso e multifattoriale – ossia frutto di dinamiche sfaccettate, dovute all'interazione di numerosi attori istituzionali (legislatori, *prosecutors*, giudici, giurie, pubblica opinione) – e ormai così radicato da richiedere ben altre cure per essere efficacemente ridotto o debellato.

Per quanto attiene alla comparazione con la nostra esperienza di controlli di ragionevolezza e proporzione sui quadri edittali, basti osservare che la metodologia d'analisi costituzionale canadese del c.d. *reasonable hypothetical*, dal momento che guarda al "dato normativo astratto" ed alla eventualità che, stante le sue caratteristiche strutturali di rigidità e non adattabilità alla varia gamma di condotte sussumibili nella fattispecie, dia luogo all'applicazione di pene sproporzionate in relazione al disvalore dei fatti concreti, è accostabile al modo di operare che ha caratterizzato controlli di costituzionalità effettuati di recente dalla Corte costitu-

zionale. Nelle sentenze nn. 68/2012 (sul trattamento sanzionatorio del reato di cui all'art. 630 c.p.) e 236/2016 (sul trattamento sanzionatorio del reato di cui all'art. 567, c. 2, c.p.) ad esempio, la Corte ha individuato "classi di sottofattispecie", contraddistinte da minore disvalore sul piano oggettivo o soggettivo, in riferimento alle quali la *conformazione normativa* delle cornici edittali, ed in particolare l'eccessività e la rigidità dei minimi edittali, impedivano al giudice un'adeguata individuazione teleologicamente orientata della sanzione, in violazione del principio di proporzione e del finalismo rieducativo di cui all'art. 27, c. 3, Cost.

Un ragionamento, dunque, che presenta passaggi logici non dissimili da quelli che vengono comunemente svolti dalla Corte Suprema Canadese nel sindacato di proporzionalità per c.d. *reasonable hypotheticals* ai sensi della sezione 12 della *Canadian Charter of Rights and Freedoms* sulle *mandatory minimum sentences*.

PIETRO INSOLERA

## ORDINAMENTI PENALI STRANIERI

### **La recente riforma del delitto di tortura in Cile**

Il 22 novembre 2016 la legge numero 20.968 ha apportato sostanziali modifiche al delitto di tortura, così come previsto dal codice penale cileno. Questo costituisce il secondo intervento modificativo che questa materia ha conosciuto a partire dall'entrata in vigore del codice penale nel 1875, una delle codificazioni più antiche del mondo occidentale. Questa ulteriore riforma appare più ambiziosa della precedente, poiché ridisegna la nozione storica di tortura.

Contrariamente a quanto è stato sostenuto durante l'*iter* legislativo da alcuni deputati che hanno promosso la riforma, la repressione delle lesioni inflitte a persone detenute dalla pubblica autorità è stata prevista come delitto sin dal XIX secolo. In effetti, una delle forme aggravate di violazioni alle disposizioni relative alla detenzione o all'imprigionamento consisteva nell'inflizione di sofferenze al reo o il trattamento di quest'ultimo con una severità eccessiva e non necessaria. La pena della privazione della libertà personale, che potrebbe variare tra i 61 giorni e i 5 anni di reclusione, era stata sostituita con il massimo edittale di pena previsto per l'omicidio o le lesioni personali nel caso in cui la tortura o il trattamento severo avessero causato la morte o il ferimento del detenuto (art. 150).

Nonostante fossero già ben noti numerosi casi di tortura durante i secoli XIX e XX, essi non raggiunsero mai quella crudeltà e quella sistematicità che caratterizzarono quegli atti negli anni della dittatura militare che sconvolse il paese tra il 1973 e il 1990.<sup>1</sup>

La spaventosa esperienza sarebbe decisiva tanto per una delle ultime azioni della dittatura di Augusto Pinochet Ugarte, come per il da farsi legislativo dei governi democratici successivi. Il 26 novembre 1988 la dittatura militare promulga la Convenzione contro la tortura e altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1984, e la Convenzione

---

<sup>1</sup> Atti ampiamente documentati nel rapporto *Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura* (Commissione nazionale sulla prigionia politica e la tortura), Santiago del Cile, 2005. Si calcola che durante la dittatura 27.255 persone furono detenute sulla base di motivi politici, anche se poterono sopravvivere all'inflizione di diverse forme di tortura (cfr. p. 471 e ss. del rapporto citato). Alle pagine 177 e 205 si precisa che più del 94% di coloro che subirono la prigionia per motivi politici hanno sostenuto di essere stati vittima di tortura da parte di agenti dell'apparato statale.



interamericana per la prevenzione e la repressione della tortura, approvata dall'Organizzazione degli Stati Americani nel 1985. Tuttavia, questi documenti internazionali furono adottati con numerose riserve, in particolare al fine sia di preservare l'esimente dell'obbedienza all'ordine del superiore gerarchico, prevista dal diritto penale militare, sia per ignorare la competenza del Comitato contro la tortura e di altri organismi internazionali.

La legge numero 19.567 del 1 luglio 1998 ha riformulato la vetusta fattispecie di tortura, prevista dal codice penale. Il testo definitivo dei nuovi articoli 150 A e 150 B non riprende alla lettera la definizione di tortura espressa nei documenti internazionali sopra citati, preferendo una formulazione più coerente con l'economia interna del codice. La tortura rimane un reato proprio commesso dai pubblici ufficiali e la persona offesa è individuata pur sempre in un soggetto che viene privato della libertà personale. La stessa pena, da 541 giorni a 5 anni, è stata prevista per il funzionario che commette (responsabilità diretta), ordina (istigazione) o consente (responsabilità omissiva) l'inflizione di sofferenze fisiche o psicologiche al detenuto, diminuita per il funzionario che non abbia impedito o non abbia fatto cessare il delitto, avendo l'autorità o la facoltà necessarie (complicità).

Tali sanzioni vengono aggravate fino a 15 anni di reclusione se per *negligenza o imprudenza* si causa la morte del torturato o una lesione grave all'integrità fisica<sup>2</sup>. Infine, essendo la tortura un reato proprio commesso dai funzionari, e non essendo disciplinato nel codice il concorso del soggetto nel reato proprio, il nuovo articolo 150 A ha stabilito una pena ridotta per il soggetto non qualificato che partecipa nel reato di tortura.

Non criticabili dal punto di vista della tecnica legislativa, coerenti inoltre con gli obblighi internazionali dello Stato, tali disposizioni sono rimaste in vigore per 18 anni. Tuttavia, da più parti emergeva una insofferenza rispetto a tale legislazione con riguardo sia al trattamento sanzionatorio, che agli elementi costitutivi della fattispecie. Si criticava, ad esempio, nella rubrica l'uso del termine "sofferenze" e la non qualificazione del reato come "tortura". Tale critica non è condivisibile, poiché entrambe le parole hanno lo stesso significato nella lingua spagnola: infliggere ad un altro soggetto un dolore fisico o psichico al fine di ottenere una confessione o di punirlo. Tuttavia, il ricordo di quanto accaduto durante la dittatura militare, così come la notizia dell'utilizzo della tortura sui soggetti arrestati durante le manifestazioni pubbliche di protesta e le sofferenze inflitte ai bambini negli asili e ai detenuti nelle carceri di tutto il paese, sono elementi che hanno condotto alla elaborazione del progetto presentato nel settembre 2014 da alcuni deputati. Il disegno di legge, sostenuto dal governo, ha trovato scarsa opposizione in Parlamento e si è tradotto nella legge 20.968.

In particolare, la nuova disposizione non si limita ad una diversa tipizzazione del reato di tortura, ma configura un trattamento *ad hoc* per le ipotesi di maltratta-

---

<sup>2</sup> Con questa previsione è stata finalmente superata la costruzione di reato d'evento che caratterizzava il vecchio art. 150 del codice.

menti e altri atti o pene crudeli, disumani o degradanti, “*che non risultano costituire un’ipotesi di tortura*” (art. 150 D). Come la disposizione previgente, la tortura è qualificata come reato proprio, commesso da pubblici ufficiali (art. 150 A).<sup>3</sup> Per tale ragione si prevede espressamente il caso del soggetto che, nell’esercizio delle proprie funzioni pubbliche, su sua istigazione o con l’acquiescenza di un impiegato pubblico, pone in essere (o partecipa ad) atti di tortura. In entrambi i casi la sanzione prevista è da 5 anni e un giorno a 10 anni di reclusione. Questa mancata differenziazione sul piano sanzionatorio porta ad uno squilibrio, il quale risulta accentuato se si pensa che il fatto della privazione della libertà personale della vittima di tortura non è un requisito indispensabile ai fini della configurazione del reato; nel caso di arresto o detenzione, tuttavia, è prevista una circostanza aggravante specifica (art. 150 C).<sup>4</sup>

Si ha un’interpretazione autentica del reato di tortura, che va oltre alla Convenzione delle Nazioni Unite: “*qualsiasi atto con il quale si infligge intenzionalmente a una persona dolore o sofferenze gravi, siano esse di natura fisica, sessuale o psichica, al fine di ottenere da questa o da un terzo informazioni, dichiarazioni o una confessione, di punirla per un atto che ha commesso, o che si sospetta di aver commesso, o di intimidirla o di costringerla, o in ragione di un motivo discriminatorio...*” (art. 150 A). Le sofferenze di natura sessuale non costituiscono un diverso tipo di violenze fisiche o psicologiche; tuttavia la loro previsione espressa può giustificarsi con il ricordo di tutte quelle donne brutalmente torturate dall’apparato repressivo della dittatura militare.<sup>5</sup> Inoltre, dalla Convenzione interamericana è stata ripresa la qualificazione come tortura dell’applicazione intenzionale di metodi destinati ad annullare la personalità o diminuire la volontà o capacità di discernimento o decisione della vittima.

Infine, se con la tortura viene commesso un omicidio, uno stupro, un abuso sessuale attraverso la penetrazione con oggetti o l’utilizzo di animali, una castrazione, una mutilazione o una lesione grave, le pene previste per questi reati vengono aumentate in modo considerevole, ma assorbono quella prevista per la tortura. Se la morte o la lesione del paziente è colposa, la pena è unica, ma più grave di quella prevista per l’ipotesi qualificata come sofferenza nella versione precedente.

<sup>3</sup> Con la previsione, tuttavia, di un requisito alquanto stravagante: il pubblico ufficiale deve agire “*abusando della sua posizione o delle proprie funzioni*”. Nel codice cileno è unanime l’opinione secondo cui può abusare della propria funzione chi la ricopre e dunque chi è, in teoria, competente ad intervenire in quella posizione. Non vi è nessuna disposizione che autorizzi il dipendente pubblico di tormentare i cittadini, siano questi detenuti o no.

<sup>4</sup> I rappresentanti della destra in Parlamento hanno criticato in diverse occasioni, senza alcun esito, l’eliminazione di tale elemento dalla struttura tipica del reato, il quale non è contemplato nelle Convenzioni internazionali. La prima versione del progetto risultava essere ancor più generica: non si richiedeva neanche la qualifica di pubblico ufficiale per quanto riguarda l’autore del reato.

<sup>5</sup> A tal riguardo, con specifico riferimento all’America Latina, alla Germania, all’Italia e alla Spagna, sia consentito rinviare a J.L. GUZMÁN DALBORA, *La justicia de transición en Chile*, in K. AMBOS, E. MALARINO, G. ELSNER (a cura di), *Justicia de transición*, Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2009, 201-237, in particolare le note da 36 a 38.

A parte l'inasprimento delle sanzioni e la dilatazione concettuale del male in cui la tortura consiste, la novità principale della riforma risiede nella qualifica del soggetto passivo, che non deve più essere una persona arrestata o detenuta dalle autorità o per un ordine emanato dall'autorità pubblica. La fattispecie in oggetto è stata inoltre arricchita con nuove forme di sofferenza nate da quella mancanza di immaginazione, incapacità di provare empatia, ovvero di partecipare al dolore del prossimo, di cui parlò Gustav Radbruch, ma anche dalla presenza di nuovi capi espiatori, se la compariamo ai concetti e descrizioni classiche che ci sono stati forniti dai suoi critici del XVIII secolo: Cesare Beccaria, Pietro Verri, Joseph von Sonnenfels.

Il diritto penale cileno ha cercato di recuperare il ritardo accumulato e di fare fronte alla realtà odierna, mischiandola, tuttavia, in modo disordinato con l'esperienza vissuta 40 anni prima, e servendosi di una tecnica poco raccomandabile e inasprendo sensibilmente le pene di un atto disumano in nome... dell'umanità!

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA



*Hanno collaborato alla sezione online di questo fascicolo:*

GIORGIO ABBADESSA, *Dottore di ricerca in diritto penale – Università di Bologna*

MARCO BORTOLUZZI, *Dottorando di ricerca in diritto e procedura penale e filosofia del diritto nell'Università di Trento*

LORENZO CARSETTI, *Avvocato in Bologna*

PAOLO CAROLI, *Dottorando di ricerca in diritto penale internazionale nell'Università di Trento*

SILVIA CASALI, *Avvocata in Bologna*

FRANCESCA CONSORTE, *Professoressa a contratto di diritto penale nell'Università di Bologna*

EMANUELA FRONZA, *Ricercatrice confermata di diritto penale nell'Università di Bologna*

TOMMASO GUERINI, *Professore a contratto di diritto penale nell'Università di Bologna*

ARIANNA GUIDI, *Dottoranda di ricerca in diritto penale nell'Università di Macerata*

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA, *Professore ordinario di diritto penale e di introduzione alla filosofia morale e giuridica nell'Università di Valparaíso – Cile*

GAETANO INSOLERA, *Professore ordinario di diritto penale nell'Università di Bologna*

PIETRO INSOLERA, *Dottore di ricerca in Diritto penale nell'Università di Trento*

FEDERICO MAZZACUVA, *Assegnista di ricerca in diritto penale nell'Università di Milano-Bicocca*

FABIO NICOLICCHIA, *Assegnista di ricerca in procedura penale nell'Università di Ferrara*

ANTONIO PUGLIESE, *Dottore in giurisprudenza nell'Università di Bologna*

NICOLA RECCHIA, *Dottorando di ricerca in Diritto penale nell'Università di Ferrara*

ANDREA FRANCESCO TRIPODI, *Ricercatore a tempo determinato di diritto penale nell'Università di Macerata*

ANNA CAMILLA VISCONTI, *Dottoranda di ricerca in diritto costituzionale nell'Università di Chieti-Pescara*



€ 40,00

ISBN 978-8858207178



9

788858 207178