

L'INDICE PENALE

Rivista fondata da
PIETRO NUVOLONE

Diretta da
ALESSIO LANZI

Tra l'altro in questo numero:

- ◇ **Il "fatto" e la doppia punizione**
- ◇ **In tema di autoriciclaggio**
- ◇ **Riserva di legge e tassatività**
- ◇ **La riforma sulla responsabilità sanitaria**
- ◇ **In tema di controlimiti**



Giuridica Editrice

LA QUESTIONE “TARICCO” RITORNA ALLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL’UNIONE EUROPEA

INTRODUZIONE: Gaetano Insolera

RELAZIONE: Chiara Amalfitano

Bologna, 23 febbraio 2017

Con l’ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale¹, l’ormai celebre “saga” *Taricco* si arricchisce di un ulteriore, avvincente, capitolo.

I giudici costituzionali – condividendo buona parte dei dubbi sollevati dai giudici remittenti² e tenendo nella giusta considerazione il prevalente orientamento

¹ CORTE COST., Ord. 26 gennaio 2017 (ud. 23 novembre 2016), n. 24, *Presidente* GROSSI – *Redattore* LATTANZI, in *www.penalecontemporaneo.it*, con nota di C. CUPELLI, *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di Giustizia*, 30 gennaio 2017; fra i primi commenti v. anche V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a “Taricco” (note minime all’ordinanza della Corte costituzionale n. 24 del 2017)*, in *www.penalecontemporaneo.it*, in corso di pubblicazione, 1 ss.; C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di Giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, in *www.eurojus.it*, 29 gennaio 2017; A. LAURITO, *Brevi considerazioni a “prima lettura” dei tre quesiti oggetto del rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale (ord. n. 24/2017) nel caso Taricco.*, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 27 gennaio 2017; in lingua inglese, e concentrandosi più sugli interessanti profili di c.d. *cooperative constitutionalism* che non su quelli penalistici in senso stretto, v. M. BASSINI-O. POLLICINO, *The Taricco Decision: a Last Attempt to Avoid a Clash between EU Law and the Italian Constitution*, in *VerfBlog*, 2017/1/28, <http://verfassungsblog.de/the-taricco-decision-a-last-attempt-to-avoid-a-clash-between-eu-law-and-the-italian-constitution/>; M. FERRANTE, *L’ordinanza della Corte costituzionale sull’affaire Taricco: una decisione “diplomatica” ma ferma*, in *Dirittifondamentali.it*, 2017, 1, 1 ss.

² Le questioni di legittimità costituzionale – trattate unitariamente dalla Corte costituzionale – sono state dapprima sollevate con Ordinanza della Corte d’appello di Milano, sez. II, 18 settembre 2015, Pres. Maiga, Est. Locutro, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, con nota di F. VIGANÒ, *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell’UE: la Corte d’appello di Milano sollecita la Corte costituzionale ad azionare i “controlimiti”*, 21 settembre 2015. Successivamente è stata sollevata questione di legittimità costituzionale anche dalla Corte di Cassazione, sez. III, Ord. 30 marzo 2016 (dep. 8 luglio 2016), Pres. Grillo, Est. Riccardi, Ric. Cestari, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 15 luglio 2016. Entrambi gli atti di promovimento hanno investito la Corte costituzionale della questione di legittimità dell’art. 2, l. n. 130/2008 (Ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona che

della letteratura sviluppatosi all'indomani della sentenza *Taricco*³ – hanno ritenuto che la “regola”, il “contenuto precettivo” della pronuncia, ovvero sia il *significato* attribuito all'art. 325, §§ 1 e 2, TFUE dalla Corte di Giustizia⁴, debba essere meglio precisato, per potere essere ritenuto conforme al principio di legalità penale interno di cui all'art. 25, c. 2, Cost., nei suoi tre corollari di riserva di legge, divieto di retroattività e determinatezza.

A tal fine la Corte costituzionale ha operato un rinvio pregiudiziale alla CGUE⁵, formulando tre quesiti interpretativi relativi alla norma di cui all'art. 325, §§ 1 e 2, TFUE, optando così per una soluzione che, se da un lato può apparire “di compromesso”, dall'altro non ci sembra riconducibile all'ideologia di un virtuoso, pacifico, dialogo tra le Corti: continuiamo a pensare che i conflitti possano essere salutari. Quando essi garantiscono maggiori *standard* di garanzia per i diritti fondamentali colpiti dallo strumento penale⁶.

D'altra parte, la Corte di Lussemburgo ci sembra che non avesse proprio seguito una logica di “fraterno dialogo”: più o meno velatamente aveva ignorato, nella

modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea e alcuni atti connessi, con atto finale, protocolli e dichiarazioni, fatto a Lisbona il 13 dicembre 2007), nella parte in cui autorizza alla ratifica e rende esecutivo l'art. 325, §§ 1 e 2, TFUE, come interpretato dalla sentenza della Grande Sezione della CGUE dell'8 settembre 2015 in causa C-105/14, *Taricco*. Mentre l'ordinanza della Corte d'appello di Milano limitava i dubbi di incostituzionalità al solo contrasto con il principio di legalità penale di cui all'art. 25, c. 2, Cost. (*sub specie* divieto di retroattività e riserva di legge), la Cassazione lamentava anche la violazione dei parametri di cui agli artt. 3, 11, 24, 27, c. 3 e 101, c. 2, Cost.

³ Senza alcuna pretesa di esaustività, v. D. PULITANÒ, *La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco*, in www.penalecontemporaneo.it, 5 ottobre 2016, 1 ss.; M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2016, 2, 15 aprile 2016, 1 ss.; R. BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, in www.penalecontemporaneo.it, 4 luglio 2016; L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte europea può erigere il giudice a legislatore*, in *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie*, a cura di Paonessa-Zilletti, Pisa, 2016, 93 ss.; A. CAMON, *La torsione d'un sistema. Riflessioni intorno alla sentenza Taricco*, in www.latribuna.it, 1 ss.; V. MANES, *La “svolta” Taricco e la potenziale “sovrersione di sistema”: le ragioni dei controlimiti*, www.penalecontemporaneo.it, 6 maggio 2016; V. MAIELLO, *Prove di resilienza del nullum crimen: Taricco versus controlimiti*, in *Cass. pen.*, 2016, 3, 1250 ss.; C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il controlimite della riserva di legge in materia penale*, in *Dal giudice garante*, cit., 151 ss.; C. SOTIS, *Il limite come controlimite. Riflessioni sulla vicenda Taricco*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 14 ottobre 2016,

⁴ Com'è noto, nella sentenza *Taricco* la CGUE ha affermato che l'art. 325, §§ 1 e 2, TFUE impone al giudice nazionale di non applicare il combinato disposto degli artt. 160, u.c. e 161, c. 2, c.p. quando ciò gli impedirebbe di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, ovvero quando frodi che offendono gli interessi dello Stato membro sono soggette a termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per le frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione.

⁵ La Corte costituzionale, alla luce del grave stato di incertezza sul significato da attribuire all'art. 325, TFUE, riguardante processi penali pendenti, e dell'importanza delle questioni di diritto sollevate, ha richiesto che il rinvio sia deciso con “procedimento accelerato” ai sensi dell'art. 105 del regolamento di procedura della CGUE. Sulle peculiarità di tale procedimento, v. TESAURO G., *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2012, 358 ss.

⁶ G. INSOLERA, *Cassandra e il grande potere giudiziario*, in *Dal giudice garante*, cit., 139 ss.

sentenza, di considerare l'identità costituzionale italiana⁷ (ex art. 4.2 TFUE). Si era scelto di garantire “costi quel che costi” la protezione degli interessi finanziari europei.

Nonostante la natura *prima facie* interlocutoria del provvedimento, dunque, vale la pena approfondire le interessanti “*rivendicazioni di principio*” effettuate dalla Corte nel denso apparato motivazionale, per poi valutare quale potrà essere l'esito della domanda pregiudiziale, non potendosi comunque escludere che – qualora la CGUE non intenda “adeguarsi” ai rilievi del Giudice delle leggi – sorga la necessità di opporre effettivamente i “principi supremi dell'ordine costituzionale e i diritti inalienabili della persona umana”, *sub specie* principio di legalità, all'ingresso della “*regola Taricco*” nel nostro ordinamento.

Scheda di GAETANO INSOLERA e PIETRO INSOLERA

Gaetano Insolera: gaetano.insolera@unibo.it

Chiara Amalfitano: chiara.amalfitano@unimi.it

⁷ Sulla natura apertamente *anti-dialogica* del *reasoning* nella sentenza *Taricco* v. M. LUCIANI, *Il brusco risveglio*, 15; V. MAIELLO, *Prove di resilienza del nullum crimen*, cit., 1257.

QUESTIONI DI ANTIMAFIA

COORDINATORE: Gaetano Insolera

RELATORI: Pierpaolo Astorina Marino e Alain Maria Dell’Osso

DISCUSSANT: Carlo Guarnieri Calbo Crotta

20 aprile 2017

Tra i vari – e noti – limiti delle legislazioni cd. d’emergenza sembra primeggiare, per frequenza, la scarsa versatilità delle disposizioni: è assai raro, infatti, che previsioni normative tarate su esigenze politico-criminali specifiche e fortemente legate a precisi contesti socio-economici risultino, alla prova del tempo, in grado di vivere di vita propria e di adattarsi al mutare delle situazioni. In tali casi, può accadere che i precetti, divenuti desueti, siano archiviati nel compendio delle anticaglie del diritto oppure, ed è l’epilogo meno auspicabile, che siano tenuti artificialmente in vita mediante interpretazioni ortopediche che – con una singolare quanto censurabile inversione logica – ritagliano i fatti sulle norme.

Il reato di associazione di tipo mafioso, pur innegabilmente riconducibile alla categoria della legislazione d’emergenza, non può certo essere tacciato di scarsa vitalità e non pare affatto che ciò derivi da prassi applicative disinvolute. Il dato appare ancor più inusuale se si considera la forte impronta sociologica (evidentemente figlia del sentire del tempo) che permea la fattispecie. Non c’è tuttavia di che rallegrarsi: il legislatore del 1982 deve condividere il merito del duraturo “successo” con il perdurare (se non addirittura dilagare) delle associazioni mafiose. Pare, cioè, che sia il fenomeno ad aver dismesso i panni dell’emergenzialità, per assicurare a costante della criminalità italiana, e non solo la legge ad essere riuscita a sopravvivere al proprio tempo.

Certo, rispetto ai primi anni ottanta, i caratteri della mafia sono mutati: è scemata la violenta conflittualità con lo Stato, è sfumata la connotazione “territoriale” a vantaggio di una maggiore diffusività, si sono modificati i rapporti con le attività d’impresa, sono emerse le cd. nuove mafie, anche di origine straniera, e così via. Sono, tuttavia, cambiamenti che non hanno inciso sulla sostanza dell’agire mafioso, che non hanno, cioè, modificato il bersaglio della traiettoria disegnata dalla Legge Rognoni-La Torre.

Appare opportuno impostare invece una riflessione su alcune questioni “attuali” sollevate dalla fattispecie, appuntando l’attenzione proprio sulle sue capacità di adattarsi *anche* a tali mutamenti: si tratta, cioè, di verificare, alla luce della casistica giurisprudenziale più recente, se la disposizione sia tuttora efficace *anche* nei confronti dei nuovi orizzonti dell’agire mafioso.

Pur in questa già circoscritta ottica, si schiudono numerose prospettive d’indagine, tra queste nel corso del seminario se ne indagheranno due: le manifestazioni mafiose emerse in contesti non tradizionali e l’estensione soggettiva della fattispecie, secondo la progressione tra partecipi e concorrenti esterni.

Come è stato efficacemente detto, l’art. 416-*bis* è una norma aperta a due possibilità ermeneutiche: l’interpretazione “originalista”, siciliana e “letteraria”, e quella evolutiva, per certi versi più letterale, aperta alle nuove frontiere dell’intimidazione e dell’omertà della modernità metropolitana, della «linea della palma» che si sposta sempre più a nord.

Il tema delle mafie in trasferte, al quale si lega quello delle neoformazioni autoctone, come la tanto discussa mafia capitolina, verte essenzialmente sulla possibilità di riscontrare anche in tali casi (per fenomeni o ambienti sociali diversi rispetto a quelli considerati dal legislatore del 1982) i caratteri tipici del metodo mafioso. Si badi: la questione non sembra da porre in astratto. È evidente che non vi sono ostacoli, per così dire, *a priori* alla rintracciabilità dei connotati mafiosi anche “in trasferta”, lontano dai luoghi di origine del fenomeno: il tema è, piuttosto, se, alla luce della casistica, sia plausibile accertarne in concreto la sussistenza, senza dover ricorrere a semplificazioni probatorie oppure a forzature del dato normativo. Senza voler anticipare anche le conclusioni del seminario, si può fin d’ora rilevare come in un non trascurabile numero di casi si è assistito a curvature di tal genere, operate, per lo più, attraverso una rilettura al ribasso del metodo mafioso.

Quanto osservato circa le possibili interpretazioni “dinamiche” del fenomeno mafioso, vale non soltanto per il concetto di metodo mafioso, bensì anche per l’individuazione dei soggetti che possono essere coinvolti ai sensi dell’art. 416-*bis*, come intranei o estranei all’associazione. La disposizione si caratterizza, infatti, per quella che potremmo definire una peculiare “diffusività” rispetto alle responsabilità che possono esserne attinte.

La definizione di associazione di tipo mafioso di cui al terzo comma dell’art. 416-*bis* apre la fattispecie alle soggettività più varie perché tocca i settori nevralgici della società al fine di presidiarne l’integrità.

Basta scorrere i referenti funzionali dell’attività mafiosa menzionati dalla norma: attività economiche, concessioni, appalti, servizi pubblici, consultazioni elettorali. I protagonisti – per così dire – “di contorno” sono imprenditori, funzionari pubblici, manager, politici, amministratori locali, magistrati. Se intendiamo la “contiguità” alla mafia come fenomeno meramente descrittivo, privo di connotazioni qualitative, ci accorgiamo che essa è strutturale: per il *farsi* del fenomeno mafioso tutti questi soggetti sono necessari – senza un funzionario non ci sarebbe un appal-

to, senza un imprenditore non ci sarebbe un'attività economica, etc. – benché, in ipotesi, estranei all'organizzazione.

Il fenomeno del concorso esterno, dunque, prima che una costruzione giurisprudenziale, rappresenta l'idealtipo criminologico entro cui prende vita l'associazione mafiosa e pone l'esigenza di contrastare questo peculiare tipo «di "criminalità del potere" (o dei potenti)», spesso «lasciata più o meno intenzionalmente indenne da conseguenze punitive» [Visconti, 2003, 272].

Il problema della rilevanza penale di questa tipologia di condotte, come noto, ha occupato la giurisprudenza italiana per molti anni: le sentenze delle Sezioni Unite – Demitry, Carnevale, Mannino – che hanno scolpito i confini tra partecipe e concorrente esterno, da un lato, e tra concorrente esterno e condotte lecite, dall'altro, non hanno tuttavia esaurito il dibattito e le asperità della questione. Un dibattito ulteriormente riproposto dalla recente sentenza *Contrada* della Corte Edu, che, ponendo la questione della legalità del concorso esterno (sotto lo specifico profilo delle prevedibilità della sua punibilità prima della configurazione giurisprudenziale), ha costretto gli interpreti a fare nuovamente i conti con la natura liquida e anfibia del concorso esterno e, prima ancora, del 416-*bis*.

Ciò sotto diversi aspetti.

Innanzitutto, l'aver ancorato saldamente – come ha fatto la sentenza Mannino – la rilevanza penale del concorso esterno al criterio di imputazione casuale, come presupposto indispensabile di tipicità del concorso di persone nel reato, non elimina le incertezze e i rischi di arbitrarietà nell'applicazione della *condicio sine qua non*. È il tema dell'utilizzo delle massime di esperienza, che dovrebbero essere saldamente ancorate a dati "sociologici" consolidati e che invece spesso sono il frutto di creazioni giurisprudenziali, magari stratificate nel tempo in sentenze che le adottano e le trattano come principi di diritto, oppure addirittura di vere e proprie intuizioni del giudice prive di validazione scientifica.

L'aver adottato il modello causale, inoltre, pone la questione della esatta individuazione dei termini del rapporto eziologico, sia sotto il profilo della condotta, sia sotto il profilo dell'evento.

Quanto alla condotta, il problema nasce dal fatto che – come si accennava – i contributi all'associazione si situano strutturalmente in ogni frangente della sua vita e coinvolgono l'attività sociale in quanto tale: tra contributi del tutto "neutrali", ma necessari, e contributi che rappresentano di per sé attività illecite, vi è tutto uno spazio di ambiguità comportamentale che attende una qualificazione giuridica.

È qui che si situa principalmente il problema di tipicità che caratterizza la combinazione tra 110 e 416-*bis*: come ha affermato il Procuratore generale della Corte di Cassazione nel processo Dell'Utri, «il deficit di tipicità è massimo [...] dove la condotta del concorrente esterno consiste in un'attività lecita. Infatti, l'illecito penale è tipizzato. Il lecito no». Vi è dunque la necessità per l'interprete e soprattutto per la magistratura, anzitutto in fase di costruzione dell'imputazione, di una individuazione accurata, alla luce di criteri affidabili, delle condotte rilevanti.

Il rischio è, insomma, che la ridotta tipicità che di per sé caratterizza il 110 combinandosi con la natura “diffusiva” dell’art. 416-*bis* trasformi il concorso esterno in un vero e proprio illecito atipico.

Non meno problematico il profilo della individuazione dell’evento rispetto al quale la condotta del concorrente esterno deve essere causale.

La giurisprudenza, sul punto, pur passando attraverso diverse fasi, è alla fine arrivata alla conclusione che il secondo termine del rapporto causale debba essere rappresentato dalle “capacità operative” dell’associazione o di alcuni suoi aspetti organizzativi rilevanti (sentenza Mannino). Questa conclusione, tuttavia, è stata recentemente posta in discussione da chi ha sottolineato, a nostro avviso a ragione, come in questo modo si sia creata una nuova fattispecie non prevista dal nostro ordinamento. Se, infatti, nel concorso di persone il secondo termine del rapporto causale è il fatto di reato descritto dalla fattispecie incriminatrice di parte speciale, allora non può che prendersi atto che nell’art. 416-*bis* il fatto non è l’associazione in sé, bensì quello del singolo che, di volta in volta, fa parte, promuove, dirige o organizza l’associazione [Donini, 2017]. Appare dunque necessaria una lettura del concorso esterno nell’alveo generale del concorso di persone nel reato, l’unica, del resto, in grado di restituire le note di una tipicità legale a una costruzione giurisprudenziale che appare sempre più estenuata.

Infine, il tema del concorso esterno va situato all’interno del più generale problema del contrasto – attraverso il diritto penale – a quelle condotte che rappresentano l’humus in cui proliferano i sistemi mafiosi. Qui il diritto penale fa i conti con l’ambiguità dei comportamenti e dei mondi che stanno attorno alle mafie. Si tratta di fattispecie, come ad esempio quella descritta dal 416-*ter*, che rappresentano altrettanti presidi posti a tutela della integrità dello svolgersi della vita associata, ma che, al contempo, impongono di distinguere, come accade con altre norme “avamposto” come il traffico di influenze illecite *ex* art. 346-*bis*, tra le patologie dei sistemi democratici suscettibili di essere affrontate con lo strumento del diritto penale e quelle fenomenologie (le amicizie, le pressioni, le striscianti allusioni, i gruppi di potere etc.), che, benché caratterizzate da un alto tasso di “liquidità”, richiedono, invece, strumenti diversi e, sia detto per inciso, ben più complessi e sistemici.

Scheda di PIERPAOLO ASTORINA e ALAIN MARIA DELL’OSSO

Gaetano Insolera: gaetano.insolera@unibo.it

Pierpaolo Astorina Marino: pierpaolo.astorina@unicatt.it

Alain Maria Dell’Osso: alain.dellosso@unicatt.it

Carlo Guarnieri Calbo Crotta: carlo.guarniericalbo@unibo.it

CORTE PENALE INTERNAZIONALE

Un nuovo processo di fronte alla Corte penale internazionale: il caso *Ongwen* e la situazione ugandese

1. *L'imputato: Dominic Ongwen*

Il 6 dicembre 2016 è iniziato dinanzi alla Corte penale internazionale (ICC) il processo a *Dominic Ongwen*. Dopo attente valutazioni circa il tempo necessario ad esaminare le prove della controparte e a preparare la strategia difensiva, la Camera di primo grado, composta dai giudici Bertram Schmitt (Presidente del collegio), Peter Kovacs e Raul C. Pangalangan, avevano stabilito la data di inizio del processo con decisione del 30 maggio 2016.¹

Nato nel 1975 nel distretto di Amuru nel nord dell'Uganda, Ongwen è stato comandante della brigata *Sinia*, una delle tante fazioni armate che compongono l'Esercito di Resistenza del Signore (*Lord's Resistance Army – LRA*), un gruppo di ribelli operante in Uganda a partire dalla fine degli anni '80 con lo scopo di rovesciare il governo di Yoweri Museveni, attuale Presidente dello Stato.²

In giovane età Ongwen fu rapito dai ribelli del LRA e, abbandonata la famiglia, fu costretto a inserirsi all'interno del gruppo armato, diventando un bambino-soldato. Ongwen riuscì in seguito a fare carriera all'interno del gruppo armato e a partecipare al c.d. "*Control Altar*", organo composto dai massimi leader del movimento e responsabile dell'ideazione e dell'implementazione della strategia militare del LRA.³

¹ ICC, *Prosecutor v. Dominic Ongwen*, Decision Setting the Commencement Date of the Trial, PT-C IX, ICC-02/04-01/15, 30 maggio 2016, par. 12.

² Per un approfondimento sulla storia ugandese e sul ruolo svolto dal LRA si rinvia a T. ALLEN, K. VLASSENROOT, *The Lord's Resistance Army. Myth and Reality*, Zed Books, London, 2010; S. FINNSTRÖM, *Living with Bad Surroundings: War, History, and Every Moments in Northern Uganda*, Duke University Press, Durham, 2008. Per un quadro storico più generale sulla regione dei grandi laghi e sull'interazione del conflitto ugandese con la situazione di instabilità politica locale cfr. M. MEREDITH, *The State of Africa. A History of the Continent Since Independence*, Simon&Schuster, London, 2013; D. VAN REYBROUCK, *Congo*, Feltrinelli, Milano, 2014.

³ Per ulteriori informazioni sul LRA e su *Dominic Ongwen* si rinvia al sito <https://www.ijmonitor.org>.

Arrestato dalle milizie *Seleka* che operavano nel territorio della Repubblica Centrafricana, *Ongwen* fu infine consegnato alla Corte e trasferito al centro di detenzione dell'Aia il 21 gennaio 2015.

L'imputato è accusato di aver commesso, ordinato, partecipato alla commissione o non aver impedito – in qualità di superiore gerarchico – la realizzazione di crimini di guerra e crimini contro l'umanità. In particolare, l'atto di accusa compie un riferimento a precise aree geografiche oggetto di attacco armato da parte della brigata *Sinia* guidata da *Ongwen*. Tra i crimini di guerra contestati: l'attacco deliberato nei confronti della popolazione civile, l'omicidio, lo stupro, la schiavitù sessuale, la tortura, il saccheggio, la distruzione della proprietà, l'arruolamento e l'utilizzo di bambini soldato nella conduzione delle ostilità. Tra i crimini contro l'umanità si ritrovano: l'omicidio, lo stupro, la schiavitù sessuale, la riduzione in schiavitù, il matrimonio forzato e la persecuzione.

Il caso *Ongwen* costituisce il primo processo riguardante la situazione ugandese.⁴ Il 16 dicembre 2003, attraverso la procedura del c.d. *self-referral*, l'Uganda aveva attivato la Corte per i crimini commessi dal LRA.⁵ A seguito dell'indagine preliminare, la Procura aveva affermato che si sarebbe occupata di qualsiasi crimine commesso indipendentemente dalla qualificazione politica del soggetto attivo.⁶ Nel 2005 sono stati emanati diversi mandati di arresto nei confronti dei principali leader del LRA: non solo il comandante Joseph Kony, ma anche i suoi più alti e fidati collaboratori, tra cui Okot Odhiambo, Dominic Ongwen, Vincent Otti e Raska Lukwiya, quest'ultimi due oggi deceduti.⁷ Ad oggi, tuttavia, soltanto Dominic Ongwen si trova sotto la custodia della Corte, mentre il comandante Joseph Kony risulta ancora latitante.

org/lra-trials-whos-who/ e alla pagina della ICC dedicata al caso di specie, <https://www.icc-cpi.int/uganda/ongwen/Documents/OngwenEng.pdf>.

⁴ Per un approfondimento cfr. K.A. RODMAN, P. BOOTH, *Manipulated Commitments: The International Criminal Court in Uganda*, in *Human Rights Quarterly*, 35, 2013, 271; K.P. APUULI, *The ICC's Possible Deferral of the LRA Case to Uganda*, in *Journal of International Criminal Justice*, 6, 2008, 801; M. SSENIONJO, *The International Criminal Court and the Lord's Resistance Army Leaders*, in *Netherlands International Law Review*, 54, 2007, 51.

⁵ L'Uganda ha ratificato lo Statuto di Roma il 14 giugno 2002. Sulla procedura di attivazione della Corte da parte di uno Stato membro cfr. E. FRONZA, *Complementarità, esercizio della giurisdizione e adeguamento a livello interno*, in E. AMATI ET AL., *Introduzione al diritto penale internazionale*, Giappichelli, Torino, 2016, 32-35; K. AMBOS, *Treatise on International Criminal Law. Volume III: International Criminal Procedure*, Oxford University Press, Oxford, 2016, parte 3; A. MARCHESI, E. CHAITIDOU, *Article 14*, in O. TRIFFTERER, K. AMBOS (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, C.H.Beck-Hart-Nomos, Baden Baden, 2016, 703-724.

⁶ ICC, *Situation in Uganda*, Decision Assigning the Situation in Uganda to Pre-Trial Chamber II, Presidency, ICC-02/04, 5 luglio 2004 e la lettera ad essa allegata.

⁷ ICC, *Warrant of Arrest for Joseph Kony issued on 8 July 2005 as Amended on 27 September*, PT-C II, ICC-02/04-01/05, 27 settembre 2005; ICC, *Decision on the Prosecutor's Application for Unsealing of the Warrants of Arrest*, PT-C II, ICC-02/04-01/05, 13 ottobre 2005. Cfr. K.P. APUULI, *The ICC Arrest Warrants for the Lord's Resistance Army Leaders and Peace Prospects for Northern Uganda*, in *Journal of International Criminal Justice*, 4, 2006, 179.

2. *La Decision on the confirmation of charges e le c.d. imputazioni multiple*

Con decisione del 23 marzo 2016 la Camera preliminare, composta dai giudici Cuno Tarfusser (Presidente del collegio), Marc Perrin de Brichambaut e Chang-ho Chung, ha confermato le accuse mosse nei confronti di Dominic Ongwen.⁸ Ai sensi dell'art. 61(7) dello Statuto di Roma (d'ora in avanti: StICC), il controllo della Camera preliminare verifica il corretto esercizio dell'azione penale da parte del Procuratore, determinando se il caso sia sufficiente supportato da elementi probatori.⁹ Ciononostante, in questa prima fase lo standard applicabile per la valutazione del materiale probatorio risulta essere inferiore rispetto a quello che viene utilizzato in sede di giudizio dalla Camera di prima istanza.¹⁰

L'udienza di conferma delle accuse costituisce un momento di confronto tra l'accusa e la difesa. Quest'ultima non ha infatti mancato di presentare diverse richieste, come l'esclusione di 17 testimonianze non tradotte nella lingua Acholi parlata dall'imputato.¹¹ Tra esse, particolare importanza riveste la messa in discussione della c.d. pratica del *cumulative charging* (imputazioni multiple) che contraddistingue, fin dagli albori, il modello di imputazione scelto dall'accusa.

Con l'espressione *cumulative charging* ci si riferisce alla prassi del Procuratore di imputare, nell'atto d'accusa, più reati in modo cumulativo con riferimento alla stessa condotta.¹² Tale fenomeno si contrappone, da un lato, al modello delle cd. imputazioni alternative (*alternative charging*), in cui più reati o più forme di responsabilità penale vengono contestati in modo, appunto, alternativo, e, dall'altro, al modello delle imputazioni singole, in cui l'imputato è chiamato a difendersi da un solo capo d'accusa per ogni sua azione od omissione. La diretta conseguenza delle imputazioni multiple risiede nella possibilità, in sede di giudizio, di condannare l'imputato per più reati con riferimento alla medesima condotta: in altre parole, il *cumulative charging* costituisce la premessa necessaria – dal punto di vista procedurale – al concorso formale di reati.

Nel caso *Ongwen*, l'imputato è stato accusato di più crimini con riferimento alla medesima condotta. Nel contestare la prassi della Procura, la difesa ha fatto riferimento, da un lato, ad alcune pronunce e opinioni dissenzienti dei Tribunali *ad hoc* per la ex-Jugoslavia e il Ruanda e, dall'altro, al potere dei giudici di primo grado di riquilibrare, in sede di giudizio, un fatto ai sensi della *Regulation 55*.¹³

⁸ ICC, *Prosecutor v. Dominic Ongwen*, Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen, P-TC II, ICC-02/04-01/15, 23 marzo 2016.

⁹ ICC, *Prosecutor v. Dominic Ongwen*, Decision on the confirmation of charges, cit., par. 14 e 16.

¹⁰ Sulla procedura di conferma delle accuse cfr. W.A. SCHABAS, E. CHAITIDOU, M.M. EL ZEIDY, *Article 61*, in O. TRIFFTERER, K. AMBOS (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, cit., 1484 ss.

¹¹ ICC, *Prosecutor v. Dominic Ongwen*, Decision on the confirmation of charges, cit., par. 20.

¹² D.N. NSEREKO, *Commentary on Prosecutor v. Naletilić and Martinović*, in A. KLIP, G. SLUITER (a cura di), *Annotated Leading Cases. Volume IV*, Antwerp, 2002, p. 66.

¹³ Le 126 *Regulations of the Court* sono state adottate dai giudici il 26 maggio 2004, sono subordinate allo Statuto e alle Regole di Procedura e Prova e hanno la funzione di assistere la Corte nell'e-

Tuttavia, la Camera preliminare non ha accolto le obiezioni avanzate dalla difesa. Per un verso, la giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc* ha sempre affermato la legittimità della prassi del *cumulative charging*, giustificandola in ragione del fatto che nella fase anteriore al giudizio il Procuratore non dispone ancora degli elementi sufficienti per determinare con precisione quali crimini riuscirà a provare nel corso del processo.¹⁴ Per altro verso, i giudici ritengono che la materia del concorso di norme debba essere più propriamente discussa in fase di giudizio dalla Camera di prima istanza.¹⁵

Non potendo svolgere una trattazione esaustiva, ci si limiterà in questa sede a segnalare due profili specifici.

In primo luogo, non si registra un orientamento uniforme della ICC in materia di *cumulative charging*. Nel caso *Bemba*, la Camera preliminare ha ritenuto illegittima l'imputazione multipla dei reati di stupro e tortura (qualificati come crimini contro l'umanità) individuando un rapporto di specialità del primo rispetto al secondo.¹⁶ Il test applicato dai giudici è chiaro: è legittimo ricorrere al *cumulative charging* soltanto qualora i crimini presentino ciascuno almeno un elemento materiale addizionale. Nonostante la decisione del caso *Ongwen* compia un riferimento alla necessità di limitare il cumulo di imputazioni ai soli casi in cui le qualificazioni giuridiche presentino elementi distinti,¹⁷ la Corte non sviluppa il punto in esame e finisce per adottare un approccio estensivo.

In secondo luogo, appare chiaro che la materia del *cumulative charging* non è destinata a produrre effetti soltanto in ambito processuale, ma è strettamente connessa all'istituto del concorso di norme e di reati.

Un ulteriore profilo, che merita di essere segnalato, riguarda la contestazione, da parte della difesa, dell'utilizzo della c.d. *indirect co-perpretation* come modello di imputazione della responsabilità individuale. L'espressione contestata non figura, infatti, all'interno dello Statuto di Roma, sollevando una questione di violazione

spletamento delle funzioni quotidiane. Sulla portata della *Regulation 55* cfr. C. STAHN, *Modifications of the Legal Characterization of Facts in the ICC System: A Portrayal of Regulation 55*, in *Criminal Law Forum*, 16, 2005; K.J. HELLER, 'A Stick to Hit the Accused With'. *The Legal Recharacterization of Facts under Regulation 55*, in C. STAHN (a cura di), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford, 2015; S. MEROPE, *Recharacterizing the Lubanga Case: Regulation 55 and the Consequences for Gender Justice at the ICC*, in *Criminal Law Forum*, 22, 2011.

¹⁴ ICTY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, Decision on the Defence Motion on the Form of the Indictment, TC-II, IT-94-1-T, 14 novembre 1995, par. 10; ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.* (elebići), Judgment, AC, IT-96-21-A, 20 febbraio 2001, par. 400. Si veda inoltre la giurisprudenza citata in H. FRIMAN, H. BRADY, M. COSTI, F. GUARIGLIA, C.F. STUCKENBERG, *Charges*, in G. SLUITER, H. FRIMAN, S. LINTON, S. VASILIEV, S. ZAPPALÀ (a cura di), *International Criminal Procedure. Principles and Rules*, Oxford, 2013, pp. 388-389.

¹⁵ ICC, *Prosecutor v. Dominic Ongwen*, Decision on the confirmation of charges, cit., par. 30.

¹⁶ ICC, *Prosecutor v. Bemba Gombo*, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (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, par. 202-205.

¹⁷ ICC, *Prosecutor v. Dominic Ongwen*, Decision on the confirmation of charges, cit., par. 32.

del principio di legalità codificato all'art. 22 StICC.¹⁸ Tuttavia i giudici sottolineano che l'art. 25 StICC, che disciplina le forme di commissione e partecipazione al crimine,¹⁹ preveda espressamente la responsabilità per aver commesso il crimine insieme a un'altra persona (*co-perpetration*) e per averlo commesso "attraverso" l'utilizzo di un'altra persona (*indirect perpetration*).²⁰ Di conseguenza, non vi è alcuna violazione del principio del *nullum crimen sine lege*, in quanto il modello di responsabilità imputato a Ongwen risulta essere la sintesi di queste due previsioni.²¹

3. Tre possibili spunti di riflessione a partire dal caso Ongwen

Il caso *Ongwen* merita di essere seguito attentamente non soltanto perché rappresenta il primo processo nei confronti di un leader del LRA, ma anche perché fonte di alcuni rilevanti spunti di riflessione. Il primo di essi è correlato alla vicenda personale dell'imputato. Come detto, all'età di soli 12 anni Ongwen è stato rapito dalle forze ribelli e costretto a divenire un bambino soldato. La difesa ha già sollevato la questione in sede di conferma delle accuse, affermando che l'imputato dovrebbe beneficiare della protezione internazionale garantita ai bambini soldato e che la sua condizione di vittima costituirebbe motivo di esclusione della responsabilità (*ground for excluding criminal responsibility*). Perentoria la risposta dei giudici: gli argomenti adottati dalla difesa non hanno alcuna base giuridica, dunque non trovano ulteriore spazio di discussione.²²

Si auspica, invece, la trattazione di questo motivo – tutt'altro che pretestuoso – sollevato dalla difesa in sede di conferma delle accuse. Da un punto di vista generale, si pone il problema delle responsabilità di un soggetto che è stato, prima di tutto, vittima degli stessi carnefici che lo hanno, successivamente, trasformato in criminale. L'impatto traumatico dell'arruolamento forzato, dell'allontanamento dalla propria famiglia e abitazione, l'indottrinamento e, con ogni probabilità, l'abuso di alcol e droghe, sono fattori che influenzano la crescita e lo sviluppo psico-fisico di un soggetto, compromettendo o mutando la capacità di discernere e selezionare il bene dal male.²³

Da un punto di vista giuridico, la questione potrebbe essere affrontata ai sensi dell'art. 31 StICC, il quale disciplina i motivi di esclusione della responsabilità, senza distinguere tra scriminanti e scusanti.²⁴ La particolare situazione di Ongwen

¹⁸ ICC, *Prosecutor v. Dominic Ongwen*, Decision on the confirmation of charges, cit., par. 37.

¹⁹ Cfr. G. WERLE, *Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute*, in *Journal of International Criminal Justice*, 5, 2007, 953.

²⁰ Sul tale concetto si rinvia al simposio dedicato alla teoria di Claus Roxin e ai crimini commessi da un apparato organizzato di potere nel *Journal of International Criminal Justice*, 9, 2011, 191.

²¹ ICC, *Prosecutor v. Dominic Ongwen*, Decision on the confirmation of charges, cit., par. 39 e 41.

²² ICC, *Prosecutor v. Dominic Ongwen*, Decision on the confirmation of charges, cit., par. 150.

²³ Cfr. I. BEAH, *Memorie di un bambino soldato*, Beat, 2010 e G. ALBANESE, *Soldatini di piombo. La questione dei bambini soldato*, Feltrinelli, Milano, 2007.

²⁴ Sull'art. 31 StICC si rinvia a E. AMATI, *Cause di esclusione della responsabilità penale*, in E.

sarebbe difficilmente riconducibile all'art. 31(1)(a) StICC, il quale fa riferimento a una malattia o vizio mentale che annienta la capacità di comprendere la natura criminosa della propria condotta. Tuttavia, l'art. 31(3) StICC permette alla Corte di considerare altri motivi di esclusione della responsabilità se dedotti in conformità al sistema delle fonti delineato dall'art. 21 StICC: il diritto consuetudinario e, ancor più, il metodo comparato potrebbero fornire una *chance* alla difesa per sostenere che la condizione di vittima costituisce un motivo di esclusione della responsabilità ovvero una circostanza capace di attenuare la pena.

Il secondo profilo che si vuole evidenziare concerne il crimine di matrimonio forzato. Tale fattispecie criminosa ha trovato una prima applicazione nella giurisprudenza della Corte Speciale per la Sierra Leone (SCSL) e rappresenta una delle possibili concretizzazioni di quella clausola residuale e aperta prevista all'art. 7(1)(k) StICC che punisce i c.d. "altri atti inumani" di carattere analogo che causano grandi sofferenze o gravi lesioni dell'integrità fisica o mentale.

Già in sede di prima applicazione è emerso un dibattito tra la Camera di primo e secondo grado della SCSL. Il Procuratore aveva qualificato alcune condotte come matrimonio forzato per la sentita necessità di tenerle distinte – sul piano della tipicità – dagli atti di violenza sessuale e di riduzione in schiavitù. Mentre in alcune sentenze la SCSL, ritenendo non necessaria la creazione di una nuova fattispecie in ossequio a esigenze di economia giuridica, aveva concluso per l'assenza di una lacuna nello Statuto, sussumendo il matrimonio forzato sotto la categoria della riduzione in schiavitù sessuale,²⁵ la Camera d'appello ha riconosciuto il bisogno di tipizzare un nuovo crimine, sostenendo che il peculiare disvalore della condotta si traduce nell'imposizione dello *status* di "moglie".²⁶ Tale elemento permette, dunque, di tenere ben distinte le ipotesi di matrimonio forzato e di riduzione in schiavitù sessuale: il primo crimine si realizza a prescindere dal secondo, pur potendo concorrere con altre fattispecie. L'approccio estensivo adottato dalla Camera d'appello della SCSL è stato adottato anche dalle Camere Straordinarie nelle Corti in Cambogia.²⁷

Lo Statuto di Roma non prevede espressamente tale fattispecie, ma attraverso la "valvola di sfogo"²⁸ costituita dall'art. 7(1)(k) StICC, ricordata poco sopra, la condotta potrebbe comunque essere perseguita quale crimine contro l'umanità (una volta che si ritenga integrato il parametro della gravità). Nella decisione sul

AMATI ET AL., *Introduzione*, cit., 215-249 e A. ESER, *Article 31*, in O. TRIFFTERER, K. AMBOS (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, cit., 1125 ss.

²⁵ SCSL, *Prosecutor v. Brima, Kamara and Kanu (AFRC case)*, Judgment, TC II, SCSL-04-16-T, 20 giugno 2007, par. 713 e SCSL, *Prosecutor v. Charles Taylor*, Judgment, TC II, SCSL-03-01-T, 18 maggio 2012, par. 430.

²⁶ SCSL, *Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao (RUF case)*, Judgment, AC, SCSL-04-15-A, 26 ottobre 2009, par. 736 e SCSL, *Prosecutor v. Brima, Kamara and Kanu (AFRC case)*, Judgment, AC, SCSL-04-16-A, 22 febbraio 2008, par. 196.

²⁷ ECCC, *Case 002*, Closing order, 15 settembre 2010, par. 1443.

²⁸ E. AMATI, E. MACULAN, *I crimini contro l'umanità*, in E. AMATI ET AL., *Introduzione*, cit., 383.

caso *Ongwen* i giudici abbiano affermato che il matrimonio forzato costituisce un crimine di carattere analogo a quelli previsti dall'art. 7 StICC e si presenta come astrattamente idoneo ad essere qualificato come un "altro atto inumano" punibile.²⁹

Facendo esplicito riferimento alla giurisprudenza della Camera d'appello della SCSL, la Corte sottolinea che il disvalore unico della condotta risiede nell'imposizione del matrimonio e che lo *status* che ne deriva ha conseguenze giuridiche di notevole importanza. L'importanza di questo passaggio ci pare triplice: per la prima volta nel sistema della ICC si riempie di contenuto la clausola residuale (e indeterminata) degli "altri atti inumani"; si rileva l'insufficienza dello Statuto nella tipizzazione normativa della realtà; si conferma un indirizzo giurisprudenziale già esistente, contribuendo allo sviluppo (consuetudinario?) degli elementi oggettivi e soggettivi di una nuova fattispecie.

Infine, un ultimo aspetto merita di essere trattato. Nei casi già decisi dalla Corte gli imputati sono stati condannati per un numero relativamente ristretto di fattispecie criminose: arruolamento e utilizzo di bambini soldato nel caso *Lubanga*,³⁰ omicidio, attacco contro i civili, distruzione della proprietà e saccheggio nel caso *Katanga*;³¹ omicidio, stupro e saccheggio nel caso *Bemba*;³² distruzione del patrimonio storico e religioso nel caso *Al Mahdi*.³³

Per la prima volta nel caso *Ongwen* la Corte si troverà di fronte a una macroimputazione che conta, in totale, 70 crimini. Oltre alle difficoltà sul piano probatorio, va sottolineato come un giudizio di colpevolezza su tutti i capi di imputazione (o su gran parte di essi) potrebbe mettere in discussione l'orientamento adottato dalla Corte in tema di commisurazione della pena nel caso di concorso (formale e reale) di reati.

Ad oggi, pur mancando un riferimento espresso al principio, la Corte ha fatto ricorso all'assorbimento. Ai sensi dell'art. 78 StICC i giudici sono chiamati a determinare una singola pena per ciascuna condotta criminosa e, in un secondo momento, a commisurare una pena complessiva. Finora la Corte ha sempre applicato la sanzione più grave inflitta per il singolo crimine e non ha mai usufruito della possibilità di aggravare la pena detentiva così come prevista dall'art. 78(3) StICC.

L'elevato numero di crimini imputati a *Ongwen* potrebbe presentare, a nostro avviso, una sfida alla prassi dell'assorbimento della Corte: se la pena complessiva

²⁹ ICC, *Prosecutor v. Dominic Ongwen*, Decision on the confirmation of charges, cit., par. 91.

³⁰ ICC, *Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, TC, ICC-01/04-01/06, 4 aprile 2012.

³¹ ICC, *Prosecutor v. Germain Katanga*, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, TC II, ICC-01/04-01/07, 7 marzo 2014.

³² ICC, *Prosecutor v. Bemba Gombo*, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, TC III, ICC-01/05-01/08, 21 marzo 2016.

³³ ICC, *Prosecutor v. Al Mahdi*, Judgment and Sentence, TC VIII, ICC-01/12-01/15, 27 settembre 2016.

inflitta coincidesse con la pena più grave commisurata per un singolo reato, le esigenze di proporzione e di prevenzione generale potrebbero essere messe a dura prova.

Il principio dell'assorbimento rischia, di fronte a 70 violazioni, di risultare inadeguato. Anche con riferimento al concorso di reati, il caso *Ongwen* potrà costituire una prima occasione per adottare un approccio tendente all'aumento di pena o, quantomeno, come sottolineato da alcuni autori, «ad un'accurata riflessione circa l'opportunità di aggravarla».³⁴

MARCO BORTOLUZZI

* * *

Sulle immunità e gli obblighi di cooperazione con la Corte Penale Internazionale: la vicenda del Sudafrica e Al Bashir

1. *Il conflitto in Darfur: brevi cenni*

Il 31 marzo 2005, il Consiglio di Sicurezza dell'ONU, facendo uso dei poteri attribuitigli dal Capitolo VII della Carta, approvava la Risoluzione 1593, riferendo così la situazione di crisi in Darfur (Sudan) alla Corte Penale Internazionale (ICC).³⁵

Il conflitto in Darfur, una regione situata al sud del Sudan, vede opporsi il governo centrale di Khartoum a fazioni ribelli che rivendicano militarmente, dal 2002, maggiore eguaglianza e coinvolgimento politico. Il governo del Presidente Al Bashir ha risposto agli attacchi ribelli facendo uso dell'esercito centrale e, soprattutto, armando alcune comunità locali che hanno assunto il nome tradizionale di *Janjaweed*. Il conflitto si è venuto caratterizzando per intensi attacchi contro la popolazione civile, la distruzione di interi villaggi e l'altissimo numero di sfollati. Una Commissione d'Inchiesta dell'ONU ha concluso, nel 2005, che crimini di guerra e contro l'umanità sono stati commessi sia dalle forze governative che dalle milizie *Janjaweed*.³⁶

Dall'inizio delle indagini nel 2005, la Camera Preliminare della ICC ha spiccato due mandati di arresto nei confronti dell'attuale Presidente in carica del Sudan, Omar Hassan Ahmad Al Bashir, prima il 4 marzo 2009³⁷ e, successivamente, il 12

³⁴ E. FRONZA, *Il caso Bemba. La responsabilità del superiore gerarchico davanti alla Corte penale internazionale*, in *questa rivista*, 1, 2017, 493.

³⁵ UN SC Res. 1593 (2005), 31 marzo 2005, S/RES/1593 (2005).

³⁶ *Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the Secretary-General*, 1 febbraio 2005, S/2005/60.

³⁷ *Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Situation in Darfur, Sudan, in the case of *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir* ("Omar Al Bashir"), 4 marzo 2009, PTC I No. ICC-02/05-01/09.

luglio 2010.³⁸ Al Bashir è indagato per aver commesso crimini contro l'umanità, crimini di guerra e genocidio nella regione sudanese del Darfur. A tutt'oggi, non è ancora stata data esecuzione ai due mandati di arresto.

2. L'antefatto

Avendo appreso che Al Bashir avrebbe partecipato ad un *summit* dell'Unione Africana (UA) tra il 7 e il 15 giugno 2015, il 28 maggio, la Cancelleria della ICC notificava alla Repubblica Sudafricana una richiesta di cooperazione, richiedendo alle autorità competenti di arrestare e consegnare alla Corte Al Bashir, qualora questi avesse messo piede in territorio sudafricano, adempiendo così agli obblighi previsti dagli articoli 86 e 89 dello Statuto della Corte (StICC). Nell'eventualità in cui il Sudafrica non fosse stato in grado di dare esecuzione ai mandati di arresto, la Corte richiedeva di essere consultata tempestivamente.

Nonostante la suddetta richiesta di cooperazione, le autorità sudafricane non arrestavano Al Bashir nelle date in cui questi si era trovato nel territorio della Repubblica, dal 13 al 15 giugno. Il 4 settembre 2015, la Camera Preliminare della ICC determinava che tali eventi meritavano l'avvio del procedimento di cui all'articolo 87(7) StICC.

L'8 dicembre 2016, la Seconda Camera Preliminare della ICC fissava, per il giorno 7 aprile 2017, un'udienza pubblica, ai sensi dell'articolo 87(7) StICC, al fine di determinare se la Repubblica Sudafricana avesse violato gli obblighi di cooperazione con la Corte derivanti dallo Statuto non avendo arrestato Al Bashir e se, avuto riguardo alle circostanze del caso, sia necessario riferire il Sudafrica all'Assemblea degli Stati Parte (ASP) e/o al Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite.

3. Obblighi confliggenti

L'aspetto rilevante della vicenda processuale in oggetto riguarda il conflitto tra obblighi internazionali pattizi e consuetudinari. Per un verso, gli obblighi di cooperazione derivanti dallo Statuto della ICC, in particolare agli articoli 86 e 89. Per altro verso, quelli derivanti dal diritto internazionale consuetudinario, dall'*Agreement between the Republic of South Africa and the Commission of the African Union on the Material and Technical Organization of the Meetings of the 30th Ordinary Session of the Permanent Representatives Committee from 7 to 9 June 2015; the 27th Ordinary Session of the Executive Council from 10 to 12 June 2015 and the 25th Ordinary Session of the Assembly on 14 to 15 June 2015 in Pretoria (7 and 8 June 2015) and Johannesburg (10 to 15 June 2015), Republic of South Africa* e dalla *General Convention on the Privileges and Immunities of the Organization of African Unity*.

³⁸ *Second Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest, Situation in Darfur, Sudan, in the case of The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir ("Omar Al Bashir")*, 12 luglio 2010, PTC I No. ICC-02/05-01/09.

Tuttavia, dietro il conflitto tra obblighi internazionali si cela un profilo molto più complesso della giustizia penale internazionale: l'assenza di un vero e proprio apparato coercitivo idoneo a garantire l'effettività del sistema penale internazionale. Un problema che è stato più volte evocato dalla dottrina utilizzando l'espressione "diritto penale non statale"³⁹. Sicché tale caso solleva non solo la posizione della Repubblica Sudafricana rispetto ai propri obblighi statutari, ma anche la credibilità stessa della ICC, come sistema penale, la cui effettività dipende in larghissima parte dalla cooperazione degli Stati parte.

Di seguito verranno ripercorsi in forma riassuntiva i principali argomenti delle parti, tralasciando, per ovvie ragioni di spazio, quelli ritenuti solamente incidentali rispetto alla questione principale che qui si vuole evidenziare: la cooperazione tra la ICC e gli Stati parte dello Statuto di Roma.

4. La posizione della Repubblica Sudafricana

L'argomento principale della Repubblica Sudafricana concerne la supposta inesistenza di un dovere di arrestare e consegnare alla Corte un indagato, nell'ambito di un caso aperto dinnanzi alla stessa.⁴⁰ In particolare, l'art. 27(2) StICC⁴¹ non costituisce un'eccezione al principio generale di diritto internazionale consuetudinario secondo cui i capi di stato beneficiano di immunità assoluta e inviolabilità dalla giurisdizione penale delle corti nazionali di altri stati. Ritiene il Sudafrica che mentre la regola di diritto internazionale consuetudinario trova applicazione tra Stati, l'art. 27(2) StICC disciplina la relazione tra la Corte e gli individui dinnanzi ad essa giudicati. Tale dicotomia troverebbe conferma nella disciplina contenuta all'art. 98(1) StICC che prescrive che "The court may not proceed with a request for surrender or assistance which would require the requested State to act inconsistently with its obligations under international law with respect to the State or diplomatic immunity of a person (...), unless the Court can first obtain cooperation of that third State for the waiver of the immunity".

Il Sudafrica sostiene, inoltre, che la decisione della Corte Internazionale di Giustizia nel caso *Arrest Warrant*⁴² confermi l'assenza, nel diritto internazionale consuetudinario, di eccezioni al principio generale dell'immunità dalla giurisdizione penale di stati stranieri in favore dei capi di stato. Secondo la Repubblica

³⁹ Si veda, ad esempio, D. Pulitanò, *Problemi di una giustizia penale non statale*, in R. Wenin, G. Fornasari, E. Fronza (a cura di), *La persecuzione dei crimini internazionali. Una riflessione sui diversi meccanismi di risposta*, Editoriale Scientifica, Trento, 2015.

⁴⁰ *Submission from the Government of the Republic of South Africa for the purposes of proceedings under Article 87(7) of the Rome Statute*, Situation in Darfur, Sudan, *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, 17 marzo 2017, ICC-02/05-01/09, §§ 54-58.

⁴¹ Ai sensi dell'art. 27(2) StICC, "Immunities or special procedural rules which may attach to the official capacity of a person, whether under national or international law, shall not bar the Court from exercising its jurisdiction over such a person".

⁴² *Case Concerning the Arrest Warrant 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v Belgium)*, sentenza del 14 febbraio 2000, I.C.J. Reports 2002, p. 3.

Sudafricana la precedente decisione della Prima Camera Preliminare della ICC, nel caso *Malawi*⁴³, sia errata, avendo la Corte ritenuto che il principio consuetudinario summenzionato trovi applicazione dinnanzi alle sole corti nazionali, e non invece di fronte alla ICC, in quanto giurisdizione internazionale, e che, pertanto, il mancato arresto di un indagato, da parte delle autorità nazionali al fine di essere traslato alla Corte, rappresenti una violazione degli obblighi di cooperazione di cui agli articoli 86 e 89 StICC, non trovando applicazione l'articolo 98(1) StICC. La Repubblica Sudafricana rileva che è proprio dinnanzi alle autorità nazionali, gravate dalla norma consuetudinaria, che viene normalmente data esecuzione al mandato di arresto.⁴⁴ Nota, inoltre, che il fondamento giuridico della irrilevanza della qualifica ufficiale dinnanzi alla ICC va ricercato nell'articolo 27 StICC, e non invece nell'articolo 98 StICC, che concerne invece la cooperazione tra gli stati e la Corte, e riconosce pertanto la dicotomia tra giurisdizione internazionale e nazionale.⁴⁵

A conferma di tale posizione, il Sudafrica cita la decisione nel caso *DRC*⁴⁶, in cui la Corte riconosce il principio dell'immunità dalla giurisdizione di fronte alle corti nazionali e afferma che l'art. 27(2) StICC vale per i soli stati membri, e non obbliga, invece, stati terzi. Ne deduce, la Repubblica Sudafricana, la possibilità per uno stato membro di non ottemperare ad una richiesta di esecuzione del mandato di arresto nei confronti di un capo di uno stato terzo.⁴⁷ Il Sudafrica non sembra nemmeno accettare l'argomento, utilizzato dalla Corte nel caso *DRC*, per cui la risoluzione del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite numero 1593, imponendo al Sudan di cooperare con la Corte, abbia in tal modo implicitamente rigettato l'immunità di Al Bashir. Asserisce la Repubblica Sudafricana che una rinuncia all'immunità possa essere decisa solamente dallo stato di cui il soggetto che ne beneficia ha la nazionalità. Nell'evento eccezionale in cui una risoluzione del Consiglio di Sicurezza possa valere ad escludere l'immunità di un capo di stato, ciò dovrebbe risultare evidente dall'intenzione dello stato in questione. E, poiché vari altri stati continuano ad onorare l'immunità di Al Bashir, conclude il Sudafrica, non può ritenersi che nel caso in esame tale intenzioni risulti manifesta.⁴⁸

⁴³ *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, 12 dicembre 2011, PTC I No. ICC-02/05-01/09.

⁴⁴ *Submission from the Government...*, ICC-02/05-01/09, §§ 59-65.

⁴⁵ *Ibidem*, in particolare, al § 65.

⁴⁶ *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Decision on the Cooperation of the Democratic Republic of the Congo Regarding Omar Al Bashir's Arrest and Surrender to the Court*, 9 aprile 2014, PTC II No. ICC-02/05-01/09.

⁴⁷ *Submission from the Government...*, ICC-02/05-01/09, § 69.

⁴⁸ *Submission from the Government...*, ICC-02/05-01/09, §§ 81-94.

5. La posizione del Procuratore della ICC

Il Procuratore pone alla base del suo ragionamento la natura dell'art. 98 StICC che, contrariamente a quanto affermato dal Sudafrica, è norma la cui applicabilità al caso di specie può essere determinata dalla sola Corte, ai sensi della regola 195 del Regolamento di Procedura e Prova. La Procura, facendo riferimento all'articolo 119(1) StICC, sostiene che la Corte sia l'unico soggetto autorizzato a deliberare sull'applicabilità o meno delle immunità, in quanto espressamente autorizzata a decidere circa qualsiasi disputa inerente l'esercizio della sua giurisdizione.⁴⁹

Inoltre, la Procura fa riferimento alla sentenza della Corte di Appello Sudafricana⁵⁰ che, nel decidere sull'impugnazione di una precedente decisione di una *high court*, statuisce che con l'entrata in vigore dell'*Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court Act 2002*, atto legislativo che implementa lo Statuto di Roma a livello domestico, il Sudafrica abbia espressamente escluso l'immunità di capi di stato anche stranieri e, pertanto, sia onerata dall'obbligo di arrestare i soggetti ricercati per crimini di competenza della ICC. Non avendo arrestato Al Bashir, la Repubblica Sudafricana avrebbe, pertanto, violato gli obblighi derivanti dalla legislazione interna e, di conseguenza, quelli previsti dallo Statuto di Roma.⁵¹

La Procura pone in evidenza, inoltre, la gravità della violazione dell'obbligo di cooperazione da parte del Sudafrica, in quanto la mancata esecuzione del mandato di arresto sia dipesa non tanto da incapacità ma piuttosto da una chiara, volontaria e preordinata decisione di riconoscere l'immunità ad Al Bashir. E ciò, nonostante il procedimento interno dinnanzi alla *high court* che, pure, aveva ordinato provvisoriamente al governo di impedire che Al Bashir lasciasse il Sudafrica in pendenza di un verdetto circa gli obblighi gravanti sullo stato sudafricano in relazione all'arresto del presidente sudanese.⁵²

Conclude la Procura che la Repubblica Sudafricana dovrebbe essere oggetto di un *referral* all'ASP e al Consiglio di Sicurezza dell'ONU, essendo questo l'unico rimedio previsto nell'eventualità in cui uno stato membro decida di non cooperare con la Corte. Facendo riferimento alla ampia discrezionalità lasciata alla Corte, così come sottolineato nel caso *Kenya*⁵³ di fronte alla Camera d'Appello, la Procura sottolinea che i giudici dovranno valutare le circostanze del caso ed, in particolare,

⁴⁹ *Prosecution's Submissions in advance of the public hearing for the purposes of a determination under article 87(7) of the Statute with respect to the Republic of South Africa in the case of The Prosecutor v Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Situation in Darfur, Sudan, *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, 17 marzo 2017, PTC II No. ICC-02/05-01/09, §§ 59-65.

⁵⁰ *The Minister of Justice and Constitutional Development v The Southern African Litigation Centre* (867/15) [2016] ZASCA 17 (15 marzo 2016).

⁵¹ *Prosecution's Submissions...*, ICC-02/05-01/09, § 65.

⁵² *Ibidem*, §§ 69-76.

⁵³ *The Prosecutor v. Uburu Muigai Kenyatta, Judgment on the Prosecutor's appeal against Trial Chamber V(B)'s "Decision on Prosecution's application for a finding of non-compliance under Article 87(7) of the Statute"*, 19 agosto 2015, AC No. ICC-01/09-02/11 OA 5.

se un *referral* possa fungere da incentivo per future istanze di cooperazione dirette allo stato membro in questione. La Procura sottolinea che il mancato arresto di Al Bashir da parte del Sudafrica ha impedito alla Corte di esercitare le funzioni attribuitele dallo Statuto di Roma, reggendosi tale sistema sulla cooperazione degli stati parte.⁵⁴

6. Osservazioni conclusive

Lo scontro in udienza tra il Governo Sudafricano e la Procura della ICC si situa, verosimilmente, al termine di un anno problematico per la Corte. Un anno durante il quale diversi Stati africani, tra cui lo stesso Sudafrica, hanno minacciato di abbandonare il sistema istituito con lo Statuto di Roma.⁵⁵ Come noto, l'accusa in radice a tali minacce è quella di neo-colonialismo.⁵⁶

Tuttavia, in Sudafrica, l'intenzione di abbandonare il sistema della Corte ha subito una battuta d'arresto dopo la sentenza di una *high court* che ha dichiarato la mossa del governo prematura e incostituzionale, in quanto finalizzata ad evitare di ricorrere alla ratifica parlamentare.⁵⁷

Per tale ragione, il verdetto della PTC II dovrà riuscire a trovare il giusto punto di equilibrio tra le istanze centrifughe, ancora provenienti da alcuni stati africani, e la necessità di garantire la maggiore effettività possibile per la Corte. Una giurisdizione penale priva di effettività sarebbe, infatti, un'istituzione menomata. Ma una Corte con sempre meno Stati sarebbe un'istituzione in chiara crisi di credibilità.

PIERGIUSEPPE PARISI

⁵⁴ *Prosecution's Submissions...*, ICC-02/05-01/09, §§ 97-106.

⁵⁵ Si vedano, per esempio: *South Africa to quit international criminal court*, 21 ottobre 2016, The Guardian (disponibile a <https://www.theguardian.com/world/2016/oct/21/south-africa-to-quit-international-criminal-court-document-shows>); *African Union members back Kenyan plan to leave ICC*, 1 febbraio 2016, The Guardian (disponibile a <https://www.theguardian.com/world/2016/feb/01/african-union-kenyan-plan-leave-international-criminal-court>); *Gambia is latest African nation to quit international criminal court*, 26 ottobre 2016, The Guardian (disponibile a <https://www.theguardian.com/world/2016/oct/26/gambia-becomes-latest-african-nation-to-quit-international-criminal-court>).

⁵⁶ Per un approfondimento sulla relazione tra i paesi africani e la Corte, si veda G. WERLE, L. FERNANDEZ, M. VORMBAUM (a cura di), *Africa and the International Criminal Court*, Springer, 2014.

⁵⁷ N. ONISHI, *South Africa Reverses Withdrawal From International Criminal Court*, 8 marzo 2017, The New York Times (disponibile a <https://www.nytimes.com/2017/03/08/world/africa/south-africa-icc-withdrawal.html>).

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

Art. 2, Cedu

Corte europea dei diritti dell'uomo, Prima Sezione, 13 aprile 2017, Tagayeva e altri c. Russia (ricorso n. 26562/07 e altri)

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-172660>

Il caso in esame trae origine dall'attacco terroristico che, nel settembre 2004, ha colpito la scuola di Beslan, nell'Ossezia del Nord (Russia), coinvolgendo più di 1.000 persone, la maggior parte dei quali bambini, tenute prigioniere per oltre 50 ore dai terroristi armati; di queste più di 330 hanno perso la vita (tra cui oltre 180 bambini) e oltre 750 persone sono rimaste ferite.

Il caso è stato portato davanti alla Corte da 409 cittadini russi presi in ostaggio e/o feriti o appartenenti alla famiglia di persone prese in ostaggio, uccise o ferite nell'attacco terroristico in questione, i quali hanno accusato lo Stato di aver commesso una serie di errori nel gestire la risposta a quest'ultimo.

La Corte, in proposito, ha dichiarato all'unanimità che vi è stata una violazione dell'articolo 2 Cedu dovuta alla *mancata adozione di misure preventive*. Più nello specifico, partendo dal presupposto che le autorità nazionali, in epoca anteriore ai tragici eventi summenzionati, erano in possesso di informazioni sufficientemente precise in merito alla pianificazione di un attacco terroristico avente come obiettivo un istituto scolastico nella zona, la Corte ritiene che tali autorità non abbiano adottato sufficienti misure preventive. Si rimprovera in particolare a queste ultime di non essersi adoperate a sufficienza per impedire l'incontro dei terroristi e la preparazione dell'attacco, di non aver preso misure sufficienti per evitare che i terroristi viaggiassero il giorno degli eventi, di non aver incrementato le misure di sicurezza della scuola e di non aver avvisato né la scuola né la collettività della minaccia.

All'unanimità, la Corte ha constatato inoltre che vi è stata anche una violazione dell'obbligo procedurale ex art. 2: l'indagine interna non è stata infatti in grado di determinare se la forza utilizzata dalle forze di sicurezza nazionali era o non era giustificata in relazione alle circostanze.

Con cinque voti contro due, la Corte ha dichiarato che vi è stata un'ulteriore violazione dell'articolo 2 dovuta alle gravi carenze nella pianificazione e controllo dell'operazione intrapresa dalle stesse forze di sicurezza. Più nello specifico la Corte ritiene che la struttura di comando abbia sofferto della mancanza di una leadership formale e che questo abbia determinato gravi difetti nel processo decisionale e di coordinamento con le altre autorità competenti.

Con cinque voti contro due, la Corte ha poi rilevato una violazione dell'articolo 2 derivante dall'uso della forza letale da parte delle forze di sicurezza. Più specificamente l'impiego di armi come il carro armato, il lanciagranate e il lanciafiamme in assenza di una disciplina adeguata ha contribuito alla perdita di ostaggi; tale impiego non è risultato inoltre compatibile con il requisito di cui all'articolo 2 Cedu, secondo il quale la forza letale deve essere utilizzata "non più di quanto sia assolutamente necessario."

La Corte ha escluso invece la violazione dell'art. 13 e, ai sensi dell'articolo 46, ha indicato la necessità di adottare una serie di misure volte a trarre insegnamenti dal passato, aumentare la consapevolezza in ordine agli standard legali e operativi applicabili e scoraggiare violazioni simili in futuro, dichiarando che le condizioni dell'indagine in corso sull'incidente debbano essere determinate con riferimento alle conclusioni della Corte sugli errori riscontrati sino ad ora.

FRANCESCA CONSORTE

* * *

Artt. 2 e 3, Cedu

Corte europea dei diritti dell'uomo, Prima Sezione, 2 marzo 2017, Talpis c. Italia (ricorso n. 41237/14)

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-171508>

Nel caso 'Talpis' – avente ad oggetto fatti di violenza domestica commessi da un uomo nei confronti della moglie, sfociati nell'omicidio del figlio e nel tentato omicidio della donna – la Corte ha condannato l'Italia per una serie di violazioni della Cedu. Più specificamente, i giudici hanno ritenuto a maggioranza che lo Stato ha violato l'art. 2 per quanto concerne l'omicidio del figlio della sig.ra Talpis ed il tentato omicidio di quest'ultima. La Corte ha inoltre stabilito all'unanimità che vi è stata una violazione dell'articolo 3, dato che le autorità nazionali non hanno adempiuto al loro obbligo di proteggere la ricorrente dagli atti di violenza del marito; infine, a maggioranza, ha ritenuto violato l'art. 14, in connessione con gli articoli 2 e 3 della Convenzione.

Nel pronunciarsi sulla violazione degli artt. 2-3 Cedu, la Corte rammenta, come di consueto, i principi consolidati in materia, soffermandosi in particolare su quelli

concernenti la violenza domestica (si veda in particolare la causa Opuz c. Turchia, n. 33401/02, §§ 72-82). Con riferimento all'art. 2 Cedu, la Corte ricorda in particolare che i bambini e le altre persone vulnerabili (tra cui sono annoverate le vittime di violenze domestiche) hanno diritto alla protezione statale, la quale deve tradursi anche in un'attività di prevenzione efficace rispetto a offese gravi all'integrità fisica. Tale obbligo di prevenzione si traduce – in alcune circostanze ben definite – nel dovere di adottare in via preliminare misure di ordine pratico al fine di proteggere l'individuo dagli atti criminali altrui. In aggiunta, l'obbligo positivo di proteggere l'integrità fisica richiede l'istituzione di un sistema giudiziario efficace ed indipendente, idoneo ad accertare la causa dell'omicidio, punire i colpevoli e caratterizzato da un livello di celerità ragionevole.

Con riferimento all'art. 3 Cedu, sempre la Corte ribadisce che tale norma, combinata con l'art. 1, pone a carico degli Stati l'obbligo di garantire ad ogni persona i diritti e le libertà sanciti dalla CEDU, adottando misure idonee a impedire che tali persone siano sottoposte a torture, a trattamenti o punizioni inumani o degradanti, anche inflitti da privati. Anche in questo caso gli Stati sono tenuti a garantire indagini penali effettive.

Da ultimo, nella sentenza in esame si ribadisce che gli obblighi positivi di cui agli artt. 2-3 Cedu possono comportare un dovere di istituire e applicare un quadro normativo adeguato ad offrire una protezione contro gli atti di violenza, sia se questi sono commessi dai pubblici agenti sia se sono commessi da soggetti privati.

Applicando i suddetti principi al caso concreto, con riferimento alla violazione dell'art. 2, la Corte ritiene che le autorità nazionali non abbiano adottato e messo in atto, in via preventiva, le misure concrete idonee a proteggere la vita della donna.

Da un lato, nei sette mesi successivi alla denuncia sporta dalla ricorrente contro il marito in epoca di molto antecedente rispetto al tragico epilogo accennato, la Corte rileva che le autorità nazionali avrebbero dovuto tenere conto “*della situazione di precarietà e di particolare vulnerabilità morale, fisica e materiale, nella quale si trovava la ricorrente e valutare la situazione di conseguenza, offrendole un'assistenza appropriata*”, cosa che non si è verificata. In aggiunta, non agendo tempestivamente a seguito al deposito della denuncia della ricorrente (la denuncia era datata 5.9.12 mentre la ricorrente è stata sentita solo nell'aprile 2013) hanno “*privato la stessa denuncia di ogni efficacia, creando un contesto di impunità tale da permettere ad A.T. di reiterare le violenze nei confronti della moglie e dei familiari*”. Sotto questo profilo la Corte ritiene dunque che le autorità non abbiano valutato il rischio a cui il marito, con le sue azioni, esponeva la donna.

Per di più la Corte evidenzia come, con riferimento alla notte in cui si sono verificati omicidio e tentato omicidio, pur essendo le forze dell'ordine intervenute per bene due volte, in nessuna delle due occasioni esse hanno adottato provvedimenti atti a garantire alla ricorrente una protezione adeguata; questo nonostante le violenze esercitate dal marito fossero note alle stesse forze dell'ordine, stante la

precedente denuncia e la pendenza del procedimento penale per lesioni personali aggravate ai danni della donna. Sotto questo profilo, la Corte afferma in particolare che, pur non potendo “*sapere come sarebbero andati i fatti se le autorità avessero adottato un comportamento diverso*”, “*la mancata attuazione di misure ragionevoli che avrebbero avuto una possibilità reale di cambiare il corso degli eventi o di attenuare il danno provocato è sufficiente per chiamare in causa la responsabilità dello Stato*” (§121). La Corte ribadisce in proposito il principio secondo cui, nei casi di violenza domestica, i diritti dell’aggressore non possono prevalere su quelli della vittima. Su queste basi l’Italia viene condannata per la violazione dell’art. 2 Cedu.

Venendo alla violazione dell’art. 3, la Corte, dopo aver rilevato l’appartenenza della ricorrente alla categoria delle persone vulnerabili e dopo aver qualificato le violenze inflitte alla stessa di una gravità tale da integrare i maltrattamenti di cui all’art. 3, rammenta che il semplice trascorrere del tempo può compromettere un’indagine. Più nello specifico, sempre la Corte evidenzia che i fatti di violenza domestica richiedono una diligenza particolare, ed afferma che “*...nel trattamento giudiziario del contenzioso delle violenze contro le donne, spetta ai giudici nazionali tenere conto della situazione di precarietà e di particolare vulnerabilità morale, fisica e/o materiale della vittima, e di valutare la situazione di conseguenza, nel più breve tempo possibile. Nella fattispecie, nulla può spiegare la passività delle autorità per un periodo così lungo – sette mesi – prima che fosse avviata l’azione penale. Parimenti, nulla può spiegare perché il procedimento penale per lesioni personali aggravate avviato in seguito alla denuncia depositata dalla ricorrente sia durato tre anni, per concludersi il 1o ottobre 2015. Considerate le constatazioni operate nel caso di specie, la Corte ritiene che anche il modo in cui le autorità interne hanno condotto il procedimento penale nella presente causa contribuisca a questa passività giudiziaria e che non si possa considerare che esso soddisfi le esigenze dell’articolo 3 della Convenzione*” (§ 130-131).

Da ultimo, sotto il profilo del divieto di discriminazione, la Corte, rileva che le violenze inflitte all’interessata, in quanto fondate sul sesso, debbano essere considerate espressione di una forma di discriminazione nei confronti delle donne e che le autorità italiane, con la loro inerzia, hanno “*sostanzialmente causato*” la gravità della violenza sfociata nel tentato omicidio della ricorrente.

Su queste basi, dunque, i giudici europei hanno condannato l’Italia anche per la violazione dell’art. 14, in combinato disposto con gli articoli 2 e 3 della Convenzione. Conclusione, quest’ultima, supportata anche da una considerazione generale sul paese, che si caratterizza – secondo gli studi e i reports a disposizione della Corte – per un problema di violenza domestica e discriminazione subita dalle donne. Più specificamente la Corte ritiene che “*la ricorrente abbia fornito un inizio di prova, suffragato da dati statistici non contestati, che dimostrano, da una parte, che la violenza domestica colpisce soprattutto le donne e che, nonostante le riforme intraprese, un considerevole numero di donne muoiono uccise dai loro compagni o ex compagni (femminicidi) e, dall’altro, che gli atteggiamenti socioculturali di tolleranza nei confronti della violenza domestica persistono*” (§145).

* * *

Art. 3, Cedu**Corte europea dei diritti dell'uomo, Terza Sezione, 7 marzo 2017, V.K. c. Russia (ricorso n. 68059/13)**

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-171778>

Il caso di V.K. c. Russia (ricorso n. 68059/13) ha ad oggetto dei maltrattamenti che un bambino, al tempo dei fatti dell'età di quattro anni, ha subito ad opera degli insegnanti della sua scuola materna pubblica a cui era affidato, maltrattamenti dai quali è derivato un disturbo di tipo neurologico.

Si sostiene in particolare che gli insegnanti abbiano somministrato al bambino, con la forza, del collirio con antibiotico senza una prescrizione medica o senza il consenso dei suoi genitori; lo abbiano chiuso al buio nei bagni, dicendogli che sarebbe stato mangiato dai topi; lo abbiano costretto a stare nella hall in mutande con le braccia alzate per periodi prolungati e, in un'occasione, gli abbiano chiuso la bocca col nastro adesivo.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto, all'unanimità, che vi è stata violazione dell'articolo 3 sotto due profili; non solo i maltrattamenti si sono tradotti, nelle circostanze concrete, in trattamenti inumani o degradanti, ma in aggiunta è mancata un'indagine efficace per accertare quanto denunciato dal minore stesso.

Per quanto concerne i maltrattamenti subiti da V.K., la Corte rileva, innanzitutto, che essi sono stati provati, secondo la standard richiesto dalla Convenzione. Più nello specifico, la Corte evidenzia infatti che la descrizione dell'abuso subito da V.K. è stata dettagliata, coerente e corroborata da un assistente, da alcuni genitori di altri alunni della scuola e da una relazione di un gruppo di esperti.

In secondo luogo, i giudici ritengono che l'abuso subito dal minore sia stato sufficientemente grave per essere considerato disumano e degradante; dirimenti in questo senso sono, secondo i giudici, le circostanze concrete della vicenda, ossia la giovanissima età, al tempo dei fatti, di V.K.; l'uso della forza per somministrare il collirio senza prescrizione o consenso dei genitori; il tipo di punizioni a cui il bambino fu sottoposto, per un periodo di almeno diverse settimane; il fatto che queste punizioni, inferte da insegnanti in posizione di autorità e di controllo su di lui, erano finalizzate ad educarlo per mezzo dell'umiliazione e di pratiche degradanti; le conseguenze di lunga durata di tali atti, sfociati in un disturbo neurologico post-traumatico.

Infine, la Corte considera lo Stato responsabile di tali fatti. Rileva in particolare il fatto che, in Russia, gli asili pubblici-municipali forniscono un servizio pubblico ed hanno un forte legame, istituzionale ed economico, con lo Stato. Ancora più significativa è poi la circostanza secondo cui i direttori di tali asili, nominati dallo Stato o da autorità comunali, sono responsabili per la salute ed

il benessere dei bambini. Per di più, per la legge nazionale, cosa una maestra fa o non fa mentre esercita la sua funzione implica anche la responsabilità dell'asilo e dunque dello Stato. Il punto evidenziato dalla Corte è che V.K. era stato maltrattato proprio mentre era in custodia esclusiva di una scuola materna pubblica che, sotto la supervisione statale, svolgeva il servizio pubblico di interesse generale della cura e dell'educazione dei bambini: gli abusi erano stati infatti esercitati durante l'orario scolastico, da insegnanti che ritenevano di eseguire così il loro dovere di prendersi cura del bambino. Di conseguenza, lo Stato viene considerato direttamente responsabile per i maltrattamenti e, dunque, responsabile per la violazione dell'articolo 3 Cedu.

Venendo alla violazione dell'art. 3 sotto il profilo della mancanza di un'indagine effettiva, la Corte ritiene che un ritardo di tre anni nell'avvio dell'indagine penale avente ad oggetto l'accertamento dei fatti denunciati da V.K. ha determinato un impatto negativo notevole sull'efficacia dell'indagine, la cui conseguenza più grave è stata l'intervenuta prescrizione dei reati contestati agli insegnanti.

FRANCESCA CONSORTE

* * *

Art. 7, Cedu

Corte europea dei diritti dell'uomo, Quarta Sezione, 24 gennaio 2017, Koprivnicar c. Slovenia (ric. n. 67503/13)

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-170456>

Tra settembre 2004 e giugno 2009 il ricorrente subiva tre differenti condanne, per crimini di diversa gravità, rispettivamente a quattro anni, trent'anni e 5 mesi di pena detentiva. Nel 2011 egli si rivolgeva al giudice per ottenere una pena cumulativa. La disciplina applicabile, entrata in vigore nel 2008, pur fissando – salvo casi eccezionali – a trent'anni il massimo di pena detentiva irrogabile per un singolo crimine e prevedendo che la pena cumulativa dovesse superare quella irrogata da ciascuna delle condanne subite, nondimeno limitava il cumulo a vent'anni. Il giudice, riferendosi a tale disciplina, determinava la pena cumulativa in trent'anni, motivando sulla base del chiaro errore nel quale era incorso il legislatore del 2008, la cui vera intenzione non poteva essere quella di accordare, in caso di cumulo, uno sconto di dieci anni a chi fosse stato condannato a trent'anni di pena detentiva, come del resto era dimostrato dalla disciplina previgente nonché da quella successiva entrata in vigore nel 2011. Tale soluzione veniva avallata dalla Corte suprema slovena, a parere della quale alla considerazione della lettera della legge doveva affiancarsi quella dell'intenzione del legislatore storico nonché l'utilizzo di criteri logici, che nello specifico caso avrebbero reso inaccettabile la soluzione alternativa

del cumulo limitato a vent'anni, posto che la stessa legge penale consentiva condanne fino a trent'anni di pena detentiva.

La Corte europea, dopo aver considerato – con un fugace richiamo ai propri precedenti – l'art. 7 CEDU applicabile al caso di specie e circoscritto l'oggetto del proprio sindacato alla questione se la disciplina slovena del 2008 potesse o meno essere interpretata nel senso di consentire una pena cumulativa di trent'anni nonostante l'espreso limite di venti, ritiene tale disciplina sfornita di sufficiente base legale, in violazione del principio di legalità che impone la chiara determinazione della pena. La Corte continua osservando che, nello specifico caso, l'unico mezzo a disposizione dei giudici nazionali per assicurare il rispetto di tale principio nonché attutire gli effetti della nebulosità della legge interna sarebbe stato quello di interpretarne le disposizioni restrittivamente, cioè a vantaggio dell'imputato e dunque disattendendo la prescrizione che imponeva una pena cumulativa quantitativamente maggiore rispetto alla pena inflitta dalla singola condanna. La Corte, ancora, nota che i giudici nazionali hanno fissato a trent'anni la pena cumulativa da scontare ricorrendo a vari canoni interpretativi, nonostante la pena così raggiunta fosse più grave di quella massima esplicitamente prevista e ciò – considerata la formulazione letterale della disciplina applicata – a chiaro detrimento del ricorrente. La Corte europea, in conclusione, ritiene violato l'art. 7 CEDU tanto sotto il profilo della legalità della pena, quanto sotto il profilo della retroattività della legge più favorevole.

GIORGIO ABBADESSA

* * *

Art. 8, Cedu

1) Corte europea dei diritti dell'uomo, Terza Sezione, 21 febbraio 2017, Rubio Dosamantes c. Spagna (ric. n. 20996/10)

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-171528>

Nella pronuncia in esame la Corte si occupava di tracciare i limiti del diritto alla libertà di espressione, ed in particolare del diritto di cronaca, in rapporto alle prerogative sancite dall'art. 8 della Convenzione.

Nella specie la ricorrente – una nota cantante – si doleva del contegno delle autorità giudiziarie spagnole, le quali avevano rigettato tutte le domande di risarcimento dalla stessa avanzate a seguito della lamentata lesione del proprio diritto all'onore ed alla *privacy* in ragione della diffusione, nel corso di alcuni programmi televisivi, di notizie inerenti la propria vita privata, anche relative alle sue preferenze sessuali.

I giudici di Strasburgo affermavano che il diritto all'informazione del pubblico deve necessariamente essere assistito dalla sussistenza di un interesse generale alla

conoscenza di determinate notizie, ben potendo la notorietà di una persona influire (in chiave limitativa) sull'intensità della tutela da riconoscere alla sua vita privata.

Nel caso in questione, tuttavia, la ricorrente non era investita di alcun ruolo ufficiale di rilievo pubblico, di tal che il suo diritto alla riservatezza doveva comunque essere preservato in maniera sufficientemente ampia. Le autorità nazionali si erano al contrario limitate a fondare il rigetto delle pretese risarcitorie in ragione della notorietà della ricorrente, senza considerare che ciò non poteva comunque giustificare la diffusione di qualsiasi notizia attinente alla sua vita privata. Pur essendo dunque senz'altro sussistente nel caso di specie un interesse del pubblico alla conoscenza di determinate notizie, così come un interesse commerciale delle emittenti televisive alla loro pubblicizzazione, entrambi dovevano ritenersi soccombenti rispetto alla legittima aspettativa di riservatezza vantata dalla ricorrente in relazione a condotte peraltro del tutto estranee rispetto alla sua attività di cantante.

Non poteva infine far giungere a diverse conclusioni il fatto che la stessa avesse in passato diffuso pubblicamente notizie di carattere riservato relative alla propria vita sessuale. A fronte di ciò sarebbe infatti comunque stato compito delle autorità nazionali quello di operare un'accurata verifica in ordine alla condotta delle emittenti televisive, verifica che risultava invece nella specie sostanzialmente assente.

2) Corte europea dei diritti dell'uomo, Terza Sezione, 7 marzo 2017, Polyakova e altri c. Russia (ric. n. 35090/09 e altri)

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-171774>

La vicenda all'attenzione dei giudici alsaziani concerneva la situazione di alcuni condannati detenuti presso strutture penitenziarie situate a distanze comprese tra i 2.000 e gli 8.000 km dai luoghi di residenza dei rispettivi nuclei familiari.

I ricorrenti, gli stessi condannati ovvero i loro prossimi congiunti, evidenziano come simile distanza finisse inevitabilmente per interferire con il diritto al rispetto della loro vita familiare, impedendo o rendendo oltremodo difficoltoso il contatto con i propri cari, tanto che uno degli interessati non era stato posto in condizione di fare visita alla madre prima della sua morte, mentre un altro ricorrente (nella specie il figlio di un condannato) non aveva mai conosciuto il padre.

La circostanza relativa alla sussistenza di un'interferenza rispetto al diritto alla vita familiare risultava incontestata tra le parti, la Corte procedeva pertanto a verificare il rispetto dei requisiti di cui al par. 2 dell'art. 8 della Convenzione, necessari per stabilire l'effettività legittimità di una simile eccezione.

Tale verifica forniva esiti negativi già con riguardo al requisito della riserva di legge, in quanto la disciplina interna non si premurava di dettare disposizioni dirette a limitare la discrezionalità delle autorità nella scelta del luogo di detenzione al fine di evitare abusi di potere, né imponeva alcun esame delle caratteristiche di ciascun caso concreto così da preservare le prerogative dettate dall'art. 8 della

Convenzione, neppure in sede di eventuali e successive richieste di trasferimento motivate in forza di simile necessità.

Da ultimo i giudici censuravano altresì l'assenza di un sistema di rimedi avverso le decisioni relative al luogo di espiazione della pena, anche se fondati sull'opportunità di assicurare l'osservanza delle previsioni dettate dalla fonte convenzionale.

3) Corte europea dei diritti dell'uomo, Prima Sezione, 16 marzo 2017, Modestou c. Grecia (ric. n. 51693/13)

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-171973>

La Corte era chiamata a pronunciarsi circa la legittimità di una perquisizione presso l'abitazione del ricorrente effettuata in assenza di quest'ultimo, forzando la porta d'ingresso con l'assistenza di un fabbro, ed in presenza di solo un vicino di casa in qualità di "testimone" dell'atto.

A dire delle autorità nazionali, per quanto il diritto greco prevedesse espressamente la facoltà dell'interessato a presenziare all'esecuzione della perquisizione, ciò non fondava l'obbligo di assicurare in ogni caso la sua partecipazione, risultando assorbente la necessità di garantire all'autorità procedente la possibilità di acquisire tutti gli elementi ritenuti utili alla prosecuzione delle indagini.

I giudici di Strasburgo censuravano però la condotta dello Stato, evidenziando in primo luogo come l'atto in questione fosse stato posto in essere in una fase embrionale dell'accertamento, addirittura antecedente all'inizio delle indagini preliminari, sostanziandosi in definitiva in un'attività di polizia precedente alla formale attribuzione al ricorrente della qualifica di "sospettato" in relazione ad una determinata violazione di rilevanza penale.

La Corte stigmatizzava altresì la vaghezza contenutistica del provvedimento che autorizzava l'atto, il quale non conteneva alcuna informazione relativa all'oggetto delle indagini né definiva con sufficiente rigore i poteri attribuiti agli operanti.

A fronte di ciò, e dell'assenza di un preventivo vaglio giurisdizionale circa la legittimità della misura in questione – autorizzata solo dal pubblico ministero – sarebbe dunque stato compito del diritto nazionale prevedere adeguate garanzie quantomeno nella fase di esecuzione dell'atto.

Neppure tali tutele potevano però dirsi assicurate in quanto, sebbene la perquisizione fosse stata materialmente condotta dalla polizia con l'assistenza di un rappresentante dell'ufficio del pubblico ministero, non fu mai garantita la presenza dell'interessato pur a fronte della considerevole durata dell'incombente, protrattosi per ben dodici ore e mezza, né risultava chiaro se egli fosse stato effettivamente avvertito del suo compimento.

Non era poi stato assicurato il diritto ad un rimedio effettivo diretto a verificare la legittimità della misura in quanto la relativa decisione interveniva solo a distanza di più di due anni dagli eventi in discussione, senza affrontare in maniera sufficientemente dettagliata le censure sollevate in ordine alla pertinenza della documentazione sequestrata durante la perquisizione rispetto all'oggetto delle indagini.

I giudici rilevavano pertanto l'assenza di ragioni sufficienti a giustificare l'attività derogatoria rispetto ai diritti sanciti dall'art. 8, evidenziando la natura sproporzionata della misura rispetto ai fini perseguiti attraverso la sua esecuzione.

In argomento si veda anche *Kalmèniéné c. Belgio*, Seconda Sezione, 31 gennaio 2017, in cui la Corte ha riconosciuto l'illegittimità di una perquisizione domiciliare effettuata in violazione delle norme interne in assenza di una preventiva autorizzazione giurisdizionale, riscontrando tuttavia il rispetto della prerogativa sancita dall'art. 6, par. 1, della Convenzione pur in presenza di un utilizzo processuale degli elementi raccolti in violazione dell'art. 8.

4) Corte europea dei diritti dell'uomo, Prima Sezione, D'Alconzo c. Italia, 23 febbraio 2017 (ric. n. 64297/12)

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-171499>

Nella pronuncia in esame la Corte europea dei diritti dell'uomo condannava lo Stato italiano per l'inadempimento dell'obbligazione positiva di tutela del diritto al rispetto della vita familiare del ricorrente.

Più nel dettaglio le censure dei giudici si appuntavano sull'eccessiva durata del procedimento penale interno celebrato a carico del medesimo, accusato e successivamente assolto dall'accusa di violenza sessuale nei confronti dei figli.

Durante la celebrazione del suddetto procedimento veniva consentito all'imputato di incontrare i figli solo sporadicamente ed in contesti protetti alla presenza di assistenti sociali, derivando da ciò una compromissione del legame affettivo con la prole.

I giudici, pur non riscontrando alcuna violazione in ragione della semplice adozione delle misure poste in essere a protezione dei minori – cui peraltro seguivano concrete iniziative dei servizi sociali volte al recupero del rapporto tra padre e figli a seguito dell'assoluzione del primo – ravvisavano però la violazione delle prerogative sancite dalla Convenzione in forza dell'eccessiva durata dell'accertamento penale. Essa finiva infatti inevitabilmente per ripercuotersi negativamente sul diritto al rispetto della vita familiare del ricorrente. La Corte evidenziava in particolare la sussistenza di uno speciale obbligo di speditezza a carico delle autorità nazionali nell'ambito di procedure quali quella in questione, capaci di incidere in maniera significativa sui diritti di cui all'art. 8.

* * *

Art. 11, Cedu**1) Corte europea dei diritti dell'uomo, Terza Sezione, 2 febbraio 2017, Navalny C. Russia (ric. n. 29580/12 e altri)**

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-170655>

La Terza Sezione torna ad occuparsi delle restrizioni imposte dalle autorità russe alla libertà di espressione, segnatamente là dove questa sia esercitata attraverso la libertà di riunione garantita ai singoli dall'art. 11 Cedu.

Il caso origina da plurime sanzioni – talune anche di natura detentiva – irrogate nei confronti del sig. Navalny, un attivista russo accusato di aver trasgredito le procedure interne stabilite per la disciplina delle manifestazioni in luoghi pubblici nonché di inottemperanza ad un ordine legittimo di polizia, infrazioni qualificate come formalmente amministrative dal diritto interno.

La Corte, accogliendo le doglianze del ricorrente – arrestato in sette occasioni nel corso di altrettante manifestazioni politiche, in due delle quali veniva trattato in stato di custodia cautelare e successivamente sottoposto ad un periodo di detenzione amministrativa, rispettivamente di 15 e 17 giorni – si pronuncia riconoscendo una violazione dell'art. 11 Cedu, a tal fine valorizzando la natura pacifica delle adunanze alle quali il ricorrente aveva preso parte e respingendo le argomentazioni del Governo resistente, incentrate sulla legittimità delle misure adottate a fronte dell'inosservanza, da parte dei promotori, delle disposizioni domestiche in termini di preavviso.

La decisione, pur ribadendo principi consolidati in materia di libertà di riunione, si segnala per offrire all'interprete un decalogo dei canoni ermeneutici impiegati dalla Corte per saggiare il rispetto delle prerogative connesse alla libertà anzidetta, in particolare allorquando – come nel caso concreto – tale libertà venga indebitamente compressa attraverso l'adozione di misure che, per la loro intrinseca idoneità ad incidere in via diretta sulla libertà personale, costituiscano il presupposto per l'accertamento di ulteriori e più gravi violazioni, *sub specie* di artt. 5 e 6 Cedu.

Muovendo dalla disamina della disciplina statuale, il collegio riafferma – in linea con il proprio costante indirizzo sul punto – la tendenziale irrilevanza del mancato preavviso quale legittimo motivo per lo scioglimento di una riunione pacifica, dovendosi all'uopo dare prova, per converso, di un concreto pericolo per l'ordine pubblico, del tutto insussistente nel caso di specie (in senso adesivo cfr., recentemente, *Kasparov e altri c. Russia*, 13 dicembre 2016).

D'altra parte, nella vicenda in esame la Corte ha riscontrato l'esistenza di una prassi diffusa da parte degli organi di polizia russi, che avevano interrotto *sul nascere* le predette manifestazioni e proceduto all'arresto sistematico di tutti i partecipanti, tra cui il ricorrente, senza esperire alcuna valutazione in ordine all'effettiva

sussistenza di un pericolo per i beni collettivi menzionati all'art. 11 par. 2, alla ricorrenza dei quali soltanto è consentito l'intervento dispersivo delle autorità. La Corte, in particolare, ha rimproverato lo Stato per la mancata tenuta, da parte dei competenti organi interni, di quel "certo grado di tolleranza" ripetutamente richiesto dalla giurisprudenza convenzionale a fronte di manifestazioni pacifiche ed in mancanza del quale la libertà di riunione risulterebbe svuotata nel suo contenuto minimo (cfr., tra le tante, *Gulizar Tuncer c. Turchia* (n. 2), 8 febbraio 2011).

Priva di pregio si è altresì rivelata la tesi dello Stato resistente volta a rimarcare l'esistenza di una base legale domestica che avrebbe pienamente autorizzato l'adozione delle misure contestate.

In tale ottica, la Terza Sezione – ben consapevole di non poter denunciare *direttamente* l'incompatibilità delle previsioni normative interne con le garanzie apprestate dallo statuto convenzionale – ha superato l'argomento formale, incentrato per l'appunto sulla puntuale osservanza della riserva di legge, censurando le misure apprestate sul differente piano del *deficit* di proporzionalità in concreto e, per l'effetto, riconoscendo la violazione dell'art. 11 Cedu, oltre alla sussistenza di una privazione della libertà personale rilevante nei termini dell'art. 5 nonché l'interferenza con i principi del *fair trial* sanciti dall'art. 6.

Ancora una volta, dunque, l'arresto disposto nel corso di una manifestazione politica per interdirne la prosecuzione, senza che vi fosse la reale necessità di procedervi in una società democratica *ex art.* 11 Cedu, ha posto le premesse per l'adozione di provvedimenti ulteriori, riconosciuti come lesivi della libertà personale.

Su un terreno potenzialmente scivoloso nella prospettiva del dialogo tra gli ordinamenti, i giudici di Strasburgo dimostrano di sapersi muovere con cautela: attraverso lo scrutinio di proporzionalità in concreto, il sindacato della Corte penetra fin dentro la base legale interna, al contempo preservandone il nucleo essenziale e disvelandone la natura sostanzialmente penale – pur senza espressamente dichiararla – ogniqualvolta la disposizione stessa venga invocata dallo Stato a fondamento di misure privative della libertà personale, applicate senza le garanzie di un equo processo.

2) Corte europea dei diritti dell'uomo, Terza Sezione, 7 febbraio 2017, Lashmankin e altri c. Russia (ric. n. 57818/09 e altri)

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-170857>

Nel caso *Lashmankin e altri c. Russia* del 7 febbraio 2017, la cognizione della Corte si amplia ulteriormente fino ad investire la formulazione stessa del precetto normativo interno.

Una ventina di ricorrenti, provenienti da diverse parti della Russia, lamentavano la contrarietà agli artt. 11, 13, 5 e 6 Cedu di una serie di restrizioni imposte dalle autorità locali all'esercizio della libertà di riunione.

In particolare, le misure applicate dagli organi amministrativi e di polizia nel caso concreto, pur senza vietare o comunque interdire l'attuazione degli eventi *tout court*, avevano direttamente inciso sulle relative modalità di svolgimento. Le prescrizioni impartite ai promotori erano state infatti a tal punto invasive da essersi risolte in una meticolosa regolamentazione del concreto decorso delle manifestazioni, attraverso l'imposizione di requisiti di collocazione e la fissazione di tempistiche di per sé incompatibili con il perseguimento degli obiettivi per cui le manifestazioni stesse erano state indette. A titolo esemplificativo, in un caso le autorità avevano opposto il rifiuto di autorizzare l'adunanza nel sito individuato dagli organizzatori, proponendo in alternativa un luogo di periferia lontano da qualsiasi ufficio di Governo – sebbene la manifestazione fosse stata proclamata al precipuo scopo di protestare contro l'indirizzo politico dell'esecutivo – e da un apprezzabile flusso di persone tale da poterne percepire la risonanza mediatica; un'altra prescrizione formava oggetto di specifica doglianza per essersi risolta nel generale e preventivo divieto di tenere pubbliche manifestazioni nei pressi del Palazzo di Giustizia; in un altro caso, ancora, le autorità avevano prescritto a pena di inammissibilità il rispetto di tempi di preavviso inconciliabili con la natura intrinseca di alcuni eventi.

Sulle base delle anzidette premesse fattuali, la Corte ha stabilito che la violazione del diritto alla libertà di riunione e associazione non presuppone necessariamente il divieto assoluto dell'evento, ben potendo essa realizzarsi anche attraverso un ventaglio di restrizioni attinenti al *quommodo*, dal momento che la garanzia *sub* art. 11 Cedu copre anche il diritto di scegliere le tempistiche, il luogo dell'assembramento e le modalità di svolgimento, sempreché non vengano in rilievo concrete e specifiche esigenze di tutela dei beni collettivi indicati al par. 2 della summenzionata disposizione.

Nel caso di specie, viceversa, le prescrizioni impartite dalle autorità, in quanto sprovviste di ragionevoli e comprovate giustificazioni, si sono risolte in altrettante indebite restrizioni della libertà di riunione, avendo posto i ricorrenti nell'alternativa se rinunciare agli eventi ovvero articularli secondo le modalità inizialmente prestabilite e tuttavia disapprovate dalle autorità, con il rischio – in tal caso – di incorrere in ordini di dispersione, arresti e sanzioni (anche) detentive, come quelle poi effettivamente disposte.

Particolarmente significativo è il passaggio della decisione in cui la Corte evidenzia l'irrazionalità della contestazione di mancato preavviso – elevata a carico di alcuni attivisti nell'ambito dei successivi procedimenti per illeciti amministrativi instaurati nei loro confronti – in relazione a taluni eventi che, per la loro intrinseca natura, non potevano che prescindere, se non a costo di rendere evanescente il significato delle proteste.

Ma il vero *quindi novi* – quanto meno rispetto ai tradizionali profili di violazione individuati dalla giurisprudenza Cedu in tema di art. 11 – è costituito dal segmento motivazionale in cui collegio, quasi con tenore assorbente rispetto ad ogni altra questione che le era stata devoluta, prima ancora che dichiarare la natura sproporzionata delle misure interdittive e detentive applicate ai ricorrenti che

avevano trasgredito alle prescrizioni loro imposte, rileva la mancata rispondenza della base legale interna ai canoni di *qualità della legge* richiesti dalla Convenzione.

Ed invero, la Corte ha riconosciuto che le restrizioni si sono fondate su previsioni legali inidonee a presidiare i singoli da un uso arbitrario e discriminatorio del potere autoritativo.

I giudici di Strasburgo si sono serviti, in questa prospettiva, di una chiave interpretativa non dissimile da quella utilizzata per accertare il disallineamento delle normative domestiche in materia penale rispetto al principio di legalità nel significato accolto dalla Convenzione. Come per l'art. 7 Cedu, infatti, anche là dove il parametro di riferimento sia costituito dall'art. 11 Cedu, è necessario che la base legale interna su cui poggino le restrizioni alla libertà di riunione si contraddistingua per sufficiente conoscibilità e chiarezza, sia nel senso di capacità di orientare i comportamenti dei singoli in base alle conseguenze legali dei propri comportamenti, sia nel senso di capacità di circoscrivere adeguatamente la discrezionalità della pubblica amministrazione.

Sotto altro aspetto, le argomentazioni suesposte sono state funzionali a riscontrare la violazione del diritto ad un ricorso effettivo *ex art. 13 Cedu*, in correlazione con l'art. 11 Cedu, dal momento che il sistema delle impugnazioni previsto dall'ordinamento interno limitava la cognizione dei giudici dei gravami all'esame della legittimità dei provvedimenti amministrativi contestati, escludendo un sindacato di merito sulla proporzionalità in concreto delle misure, che dunque è toccato alla Corte in via suppletiva espletare, con esito parimenti biasimevole per lo Stato resistente.

LORENZO CARSETTI

CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA

**Corte Costituzionale, Ordinanza, 26 gennaio 2017, n. 24 (ud. 23 novembre 2016)
– P. Grossi (Presidente) – G. Lattanzi (Redattore)**

Si segnala all'attenzione dei lettori l'ordinanza in epigrafe, che ha già suscitato vivace dibattito in dottrina per le implicazioni sul rapporto tra fonti interne e fonti comunitarie in materia penale, con la quale la Corte costituzionale ha disposto di sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea, in via pregiudiziale ai sensi e per gli effetti dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, le seguenti questioni di interpretazione dell'art. 325, paragrafi 1 e 2, del medesimo Trattato: se l'art. 325, paragrafi 1 e 2, TFUE debba essere interpretato nel senso di imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione che osta in un numero considerevole di casi alla repressione di gravi frodi in danno degli interessi finanziari dell'Unione, ovvero che prevede termini di prescrizione più brevi per frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione di quelli previsti per le frodi lesive degli interessi finanziari dello Stato, anche quando tale omessa applicazione sia priva di una base legale sufficientemente determinata e/o anche quando nell'ordinamento dello Stato membro la prescrizione è parte del diritto penale sostanziale e soggetta al principio di legalità; nonché, ancora, se la sentenza della Grande Sezione della CGUE dell'8 settembre 2015 in causa C-105/14, Taricco, debba essere interpretata nel senso di imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione (come quella testé descritta), anche quando tale omessa applicazione sia in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro.

Data la perdurante incertezza sul corretto significato da attribuire al diritto dell'Unione, la Corte costituzionale ha chiesto che le questioni pregiudiziali siano decise con procedimento accelerato, ai sensi e per gli effetti dell'art. 105 del regolamento di procedura della Corte di giustizia del 25 settembre 2012.

Stante la complessità del caso in esame, si riporta integralmente il punto 1 della motivazione, che ne ricostruisce l'*iter*, per poi ripercorre i singoli passaggi della motivazione.

“La Corte di cassazione, terza sezione penale, e la Corte d’appello di Milano hanno investito la Corte della questione di legittimità costituzionale dell’art. 2 della legge 2 agosto 2008, n. 130 (Ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull’Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea e alcuni atti connessi, con atto finale, protocolli e dichiarazioni, fatto a Lisbona il 13 dicembre 2007), nella parte in cui autorizza alla ratifica e rende esecutivo l’art. 325, paragrafi 1 e 2, del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE), sottoscritto a Roma il 25 marzo 1957 (Testo consolidato con le modifiche apportate dal Trattato di Lisbona 13 dicembre 2007), come interpretato dalla sentenza della Grande Sezione della Corte di giustizia dell’Unione europea 8 settembre 2015 in causa C-105/14, Taricco. Con questa decisione la Corte di giustizia ha affermato che l’art. 325 del TFUE impone al giudice nazionale di non applicare il combinato disposto degli artt. 160, ultimo comma, e 161, secondo comma, del codice penale quando ciò gli impedirebbe di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell’Unione, ovvero quando frodi che offendono gli interessi finanziari dello Stato membro sono soggette a termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per le frodi che ledono gli interessi finanziari dell’Unione.

Per effetto degli artt. 160, ultimo comma, e 161, secondo comma, cod. pen., gli atti interruttivi della prescrizione, per i reati fiscali puniti dal decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74 (Nuova disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto, a norma dell’articolo 9 della legge 25 giugno 1999, n. 205) e aventi a oggetto l’IVA, comportano, di regola e salvo casi particolari, l’aumento di un quarto del tempo necessario a prescrivere. Ove questo aumento si riveli in un numero considerevole di casi insufficiente per reprimere le frodi gravi in danno degli interessi finanziari dell’Unione, che dipendono dalla mancata riscossione dell’IVA sul territorio nazionale, il giudice penale dovrebbe procedere nel giudizio, omettendo di applicare la prescrizione, e nello stesso modo il giudice dovrebbe comportarsi se la legge nazionale prevede per corrispondenti figure di reato in danno dello Stato termini di prescrizione più lunghi di quelli stabiliti per le frodi in danno degli interessi finanziari dell’Unione.

I giudici rimettenti procedono per frodi fiscali punite dal d.lgs. n. 74 del 2000 e attinenti alla riscossione dell’IVA, che reputano gravi e che sarebbero prescritte ove si dovessero applicare gli artt. 160, ultimo comma, e 161, secondo comma, cod. pen., mentre nel caso contrario i giudizi si potrebbero concludere con una pronuncia di condanna. I rimettenti aggiungono che l’impunità conseguente all’applicazione degli artt. 160, ultimo comma, e 161, secondo comma, cod. pen. ricorre in un numero considerevole di casi.

La Corte d’appello di Milano prende in esame anche un’ipotesi normativa che ritiene lesiva del principio di assimilazione, perché il delitto di associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri, previsto dall’art. 291-quater del d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43 (Approvazione del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale), assimilabile all’associazione per delinque-

re allo scopo di commettere delitti in materia di IVA, lesivi degli interessi finanziari dell'Unione, non è soggetto al limite dell'aumento di un quarto stabilito nei casi di interruzione della prescrizione.

In entrambi i giudizi sussisterebbero perciò le condizioni enucleate dall'art. 325, paragrafi 1 e 2, del TFUE, in presenza delle quali il giudice, escludendo la prescrizione, dovrebbe decidere nel merito.

I rimettenti tuttavia dubitano che questa soluzione sia compatibile con i principi supremi dell'ordine costituzionale italiano e con il rispetto dei diritti inalienabili della persona, espressi dagli artt. 3, 11, 24, 25, secondo comma, 27, terzo comma, e 101, secondo comma, della Costituzione, con particolare riguardo al principio di legalità in materia penale.

Questo principio comporta che le scelte relative al regime della punibilità siano assunte esclusivamente dal legislatore mediante norme sufficientemente determinate e applicabili solo a fatti commessi quando esse erano già in vigore. Secondo i giudici rimettenti, invece, la disapplicazione degli artt. 160, ultimo comma, e 161, secondo comma, cod. pen., che concerne anche le condotte anteriori alla data di pubblicazione della sentenza resa in causa Taricco, determina un aggravamento del regime della punibilità di natura retroattiva. Mancherebbe, inoltre, una normativa adeguatamente determinata, perché non è chiarito, né quando le frodi devono ritenersi gravi, né quando ricorre un numero così considerevole di casi di impunità da imporre la disapplicazione degli artt. 160, ultimo comma, e 161, secondo comma, cod. pen., cosicché la relativa determinazione viene rimessa al giudice”.

Nell'avviare il suo percorso ermeneutico, la Corte afferma che il riconoscimento del primato del diritto dell'Unione è un dato ormai acquisito nella sua giurisprudenza, nell'ambito della quale si è costantemente affermato che l'osservanza dei principi supremi dell'ordine costituzionale italiano e dei diritti inalienabili della persona è condizione perché il diritto dell'Unione possa essere applicato in Italia. Pertanto, nel caso, definito “*sommamente improbabile*”, del venir meno di tale osservanza, sarebbe necessario dichiarare l'illegittimità costituzionale della legge nazionale che ha autorizzato la ratifica e resi esecutivi i Trattati, per la sola parte in cui essa consente che quell'ipotesi normativa si realizzi (sentenze n. 232 del 1989, n. 170 del 1984 e n. 183 del 1973).

Rileva inoltre che: “*il principio di legalità in materia penale esprima un principio supremo dell'ordinamento, posto a presidio dei diritti inviolabili dell'individuo, per la parte in cui esige che le norme penali siano determinate e non abbiano in nessun caso portata retroattiva*”.

Qualora l'art. 325 del TFUE comportasse l'ingresso nell'ordinamento giuridico di una regola contraria al principio di legalità in materia penale, come ipotizzano i rimettenti, la Corte avrebbe il dovere di impedirlo.

In via preliminare, la Corte si è interrogata sulla possibilità di interpretare l'art. 325 del TFUE in modo differente da quello prospettato dai remittenti, tale da escludere ogni conflitto con il principio di legalità in materia penale.

La regola tratta dall'art. 325 del TFUE con la sentenza Taricco interferisce con

il regime legale della prescrizione dei reati, che nel nostro ordinamento ha natura sostanziale e pertanto è soggetta al principio di legalità in materia penale, espresso dall'art. 25, secondo comma, Cost., a differenza di altri ordinamenti europei, nell'ambito dei quali essa ha natura processuale.

Rileva quindi la Corte che *“non sussiste alcuna esigenza di uniformità nell'ambito giuridico europeo. Ciascuno Stato membro è perciò libero di attribuire alla prescrizione dei reati natura di istituto sostanziale o processuale, in conformità alla sua tradizione costituzionale”*.

Ciò posto, ritengono i giudici costituzionali che sia necessario valutare se la sentenza Taricco soddisfi il requisito della determinatezza delle norme penali, che devono essere *“formulate in termini chiari, precisi e stringenti, sia allo scopo di consentire alle persone di comprendere quali possono essere le conseguenze della propria condotta sul piano penale, sia allo scopo di impedire l'arbitrio applicativo del giudice”*.

La verifica si svolge quindi su due piani: in primo luogo occorre stabilire se la persona potesse ragionevolmente prevedere, in base al quadro normativo vigente al tempo del fatto, che il diritto dell'Unione, e in particolare l'art. 325 del TFUE, avrebbe imposto al giudice di non applicare gli artt. 160, ultimo comma, e 161, secondo comma, cod. pen. in presenza delle condizioni enunciate dalla Corte di giustizia nella causa Taricco.

Si tratta di un principio irrinunciabile, tanto alla luce della disciplina costituzionale interna, quanto sulla base della giurisprudenza della Corte EDU, in quanto è necessario valutare, alla luce dell'art. 7 della CEDU, se tale regola fosse prevedibile, e avesse perciò base legale (tra le diverse sentenze che hanno stabilito questo principio, la Corte richiama la Grande Camera, sentenza 21 ottobre 2013, Del Rio Prada contro Spagna, paragrafo 93).

In merito a questa prima valutazione, afferma la Corte che prima della sentenza Taricco non fosse ragionevole ritenere che l'art. 325 del TFUE prescrivesse al giudice di non applicare gli artt. 160, ultimo comma, e 161, secondo comma, cod. pen. ove ne fosse derivata l'impunità di gravi frodi fiscali in danno dell'Unione in un numero considerevole di casi, ovvero la violazione del principio di assimilazione.

Occorre poi valutare se la disposizione che la Corte di Giustizia ha enunciato nella sentenza Taricco rispetti il principio della riserva di legge e il principio di determinatezza; *“in tale prospettiva si tratta di verificare se la regola enunciata dalla sentenza resa in causa Taricco sia idonea a delimitare la discrezionalità giudiziaria e anche su questo terreno occorre osservare che non vi è modo di definire in via interpretativa con la necessaria determinatezza il requisito del numero considerevole dei casi, cui è subordinato l'effetto indicato dalla Corte di giustizia”*.

La Corte affronta poi uno dei punti nodali dell'intera questione, ovvero: *“se la Corte di giustizia abbia ritenuto che il giudice nazionale debba dare applicazione alla regola anche quando essa confligge con un principio cardine dell'ordinamento italiano. Questa Corte pensa il contrario, ma reputa in ogni caso conveniente porre il dubbio all'attenzione della Corte di giustizia”*.

Del resto, *“in linea di principio, che il diritto dell’Unione, e le sentenze della Corte di giustizia che ne specificano il significato ai fini di un’uniforme applicazione, non possono interpretarsi nel senso di imporre allo Stato membro la rinuncia ai principi supremi del suo ordine costituzionale. È perciò ragionevole attendersi che, nei casi in cui tale valutazione sia di non immediata evidenza, il giudice europeo provveda a stabilire il significato della normativa dell’Unione, rimettendo alle autorità nazionali la verifica ultima circa l’osservanza dei principi supremi dell’ordinamento nazionale. Compete poi a ciascuno di questi ordinamenti stabilire a chi spetti tale verifica. La Costituzione della Repubblica italiana, a tale proposito, la rimette in via esclusiva a questa Corte, e bene hanno perciò fatto i rimettenti a investirla del problema, sollevando una questione di legittimità costituzionale”*.

Applicando questi principi al caso di specie, osserva la Corte che è la stessa sentenza europea a richiedere un contemperamento degli interessi dell’Unione con la tradizione costituzionale dei singoli Stati membri, in particolare nella parte in cui al paragrafo 53 afferma che, *“se il giudice nazionale dovesse decidere di disapplicare le disposizioni nazionali di cui trattasi, egli dovrà allo stesso tempo assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati”*.

In conclusione: *“Il convincimento di questa Corte, del quale si chiede conferma alla Corte di giustizia, è che con tali asserzioni si sia inteso affermare che la regola tratta dall’art. 325 del TFUE è applicabile solo se è compatibile con l’identità costituzionale dello Stato membro, e che spetta alle competenti autorità di quello Stato farsi carico di una siffatta valutazione. Nell’ordinamento italiano ciò può avvenire attraverso l’iniziativa del giudice che, chiamato ad applicare la regola, chiede a questa Corte di saggiarne la compatibilità con i principi supremi dell’ordine costituzionale. È poi dovere di questa Corte accertare, se del caso, l’incompatibilità, e conseguentemente escludere che la regola possa avere applicazione in Italia. Se questa interpretazione dell’art. 325 del TFUE e della sentenza resa in causa Taricco fosse corretta, cesserebbe ogni ragione di contrasto e la questione di legittimità costituzionale non sarebbe accolta”*.

Al punto 9 dell’ordinanza, la Corte osserva inoltre che la sentenza Taricco si è limitata ad affrontare il profilo della riserva di legge, ma non ha esaminato l’altro profilo proprio del principio di legalità, ovvero la necessità che la norma relativa al regime di punibilità sia sufficientemente determinata, che pure è comune alle tradizioni costituzionali degli Stati membri, presente anche nel sistema di tutela della CEDU, e come tale incarna un principio generale del diritto dell’Unione.

In quest’ottica, si osserva che l’art. 325 del TFUE, *“pur formulando un obbligo di risultato chiaro e incondizionato, secondo quanto precisato dalla Corte di giustizia, omette di indicare con sufficiente analiticità il percorso che il giudice penale è tenuto a seguire per conseguire lo scopo. In questo modo però si potrebbe permettere al potere giudiziario di disfarsi, in linea potenziale, di qualsivoglia elemento normativo che attinge alla punibilità o al processo, purché esso sia ritenuto di ostacolo alla repressione del reato”*.

Una conclusione che eccede il limite proprio della funzione giurisdizionale nello Stato di diritto quanto meno nella tradizione continentale, e non pare conforme al principio di legalità enunciato dall'art. 49 della Carta di Nizza.

* * *

Corte Costituzionale, Sentenza, 7 aprile 2017, n. 68 (ud. 7 febbraio 2017) – P. Grossi (Presidente) – G. Lattanzi (Redattore)

Con la sentenza che si segnala, la Corte costituzionale ha nuovamente affrontato la questione dell'applicabilità del principio di legalità della pena nel caso di sanzioni amministrative aventi natura sostanzialmente penale alla luce dei criteri *Engel*.

Lo ha fatto dichiarando inammissibili le questioni di legittimità costituzionale relative alla possibilità di applicare retroattivamente un'ipotesi di confisca per equivalente prevista per l'illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate.

La Corte di cassazione, Seconda sezione civile, con sei ordinanze di analogo tenore (r.o. nn. 303, 304, 305, 306, 307 e 308 del 2015), ha sollevato questioni di legittimità costituzionale degli artt. 187-*sexies* del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52), e 9, comma 6, della legge 18 aprile 2005, n. 62 (Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004), in riferimento agli artt. 3, 25, secondo comma, e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU.

L'art. 187-*sexies* del d.lgs. n. 58 del 1998 e l'art. 9, comma 6, della legge n. 62 del 2005 sono impugnati nella parte in cui prevedono che la confisca per equivalente si applica anche alle violazioni commesse anteriormente alla data di entrata in vigore della legge n. 62 del 2005, che le ha depenalizzate.

L'art. 187-*sexies* impugnato ha inoltre stabilito che sia sempre disposta la confisca del prodotto o del profitto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo, e che, qualora ciò non sia possibile, la confisca abbia ad oggetto somme di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente.

Con quest'ultima previsione il legislatore ha introdotto una nuova ipotesi di confisca per equivalente, posto che in precedenza l'art. 180 del d.lgs. n. 58 del 1998 prevedeva la sola confisca diretta.

L'art. 9, comma 6, impugnato ha aggiunto che, limitatamente agli illeciti depenalizzati, la confisca per equivalente si applica anche alle violazioni commesse anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 62 del 2005, purché il procedimento penale non sia stato definito. Un'analogha retroattività non è stata invece introdotta per i fatti di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato che continuano a costituire reato e per i quali la confisca per equivalente, prevista

dall'art. 187 del d.lgs. n. 58 del 1998, come modificato dall'art. 9, comma 2, lettera a), della legge n. 62 del 2005, trova applicazione solo rispetto alle condotte realizzate nella vigenza della normativa sopravvenuta.

In virtù dell'innovazione normativa i ricorrenti nel giudizio principale sono stati sanzionati dalla Consob in via amministrativa, e, in applicazione delle disposizioni impugnate, alla sanzione pecuniaria è stata aggiunta la confisca per equivalente di ingenti somme di denaro.

Il giudice *a quo* premette che la confisca per equivalente regolata dall'art. 187-*sexies*, comma 2, impugnato ha natura di sanzione penale ai sensi dell'art. 7 della CEDU, al pari delle altre ipotesi di confisca di valore già conosciute dal nostro ordinamento e sulle quali la Corte di cassazione, e in talune occasioni, anche questa Corte, si sono già pronunciate in tal senso. Detta misura infatti non raggiunge beni pertinenti al reato e tali da poter giustificare la presunzione che, posti nella disponibilità del reo, possano indurlo a delinquere nuovamente. Essa colpisce invece beni di altra natura e del tutto svincolati dall'illecito, così da rivestire una funzione punitiva, anziché preventiva. Ne dovrebbe seguire l'applicazione dello statuto costituzionale della pena, tracciato dagli artt. 25, secondo comma, e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7 della CEDU, con conseguente divieto assoluto di retroattività.

La Corte ritiene inammissibili le questioni che hanno ad oggetto l'art. 187-*sexies* del d.lgs. n. 58 del 1998, perché tale disposizione non ha la portata lesiva che il rimettente le attribuisce. La norma in questione si limita a disciplinare la confisca per equivalente, mentre è soltanto all'art. 9, comma 6, della legge n. 62 del 2005 che va attribuita la scelta del legislatore di rendere questo istituto di applicazione retroattiva, dando così luogo al dubbio di costituzionalità che ha animato il giudice *a quo*.

Tuttavia, la Corte, pur condividendo la premessa argomentativa da cui muove il remittente, circa la natura penale, ai sensi dell'art. 7 della CEDU, della confisca per equivalente prevista dall'art. 187-*sexies*, ritiene che anche le questioni che riguardano l'art. 9 sono da ritenersi inammissibili in quanto basate su un erroneo presupposto interpretativo.

Il giudice *a quo* ha valutato che nel caso di specie il legislatore abbia introdotto nell'ordinamento una nuova pena retroattiva, senza considerare che la vicenda normativa di cui si tratta ha dato luogo a un fenomeno giuridico di più ampia portata, che muta i termini della questione.

Infatti, *“il fatto addebitato ai ricorrenti nel processo principale quando fu commesso costituiva reato, ai sensi dell'art. 180 del d.lgs. n. 58 del 1998, nel testo originario. A seguito della depenalizzazione disposta dall'art. 9, comma 2, lettera a), della legge n. 62 del 2005, esso è stato espunto dall'area di ciò che rileva penalmente ma ha conservato la sua antigiuridicità, perché la condotta già prevista come reato integra oggi gli estremi dell'illecito amministrativo disciplinato dall'art. 187-bis, comma 4, del d.lgs. n. 58 del 1998”*.

Osserva la Corte che il passaggio dal reato all'illecito amministrativo non è infrequente nel nostro ordinamento e che talora il legislatore governa la transizione

con una norma costruita sul modello dell'art. 40 della legge 24 novembre 1981, n. 689.

Con riguardo alla confisca per equivalente originata dall'art. 187-*sexies* del d.lgs. n. 58 del 1998 una norma transitoria di questo tenore è stata adottata appunto con l'art. 9, comma 6, impugnato.

Di grande interesse le considerazioni che seguono e che fondano la decisione della Corte: *“il giudice a quo ha formulato le questioni di legittimità costituzionale sulla base di una considerazione parziale della complessa vicenda normativa verificatasi nel caso di specie. Ha così ommesso di tenere conto del fatto che la natura penale, ai sensi dell'art. 7 della CEDU, del nuovo regime punitivo previsto per l'illecito amministrativo comporta un inquadramento della fattispecie nell'ambito della successione delle leggi nel tempo e demanda al rimettente il compito di verificare in concreto se il sopraggiunto trattamento sanzionatorio, assunto nel suo complesso e dunque comprensivo della confisca per equivalente, si renda, in quanto di maggior favore, applicabile al fatto pregresso, ovvero se esso in concreto denunci un carattere maggiormente afflittivo. Soltanto in quest'ultimo caso, la cui verifica spetta al giudice a quo accertare e adeguatamente motivare, potrebbe venire in considerazione un dubbio sulla legittimità costituzionale dell'art. 9, comma 6, della legge n. 62 del 2005, nella parte in cui tale disposizione prescrive l'applicazione della confisca di valore e assoggetta pertanto il reo a una sanzione penale, ai sensi dell'art. 7 della CEDU, in concreto più gravosa di quella che sarebbe applicabile in base alla legge vigente all'epoca della commissione del fatto”*.

Poiché il giudice *a quo* non ha sciolto tale nodo interpretativo, la Corte ritiene la questione inammissibile.

TOMMASO GUERINI

CONSIGLIO COSTITUZIONALE FRANCESE

Décision n° 2016-608 QPC du 24 janvier 2017

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2016608QPC2016608qpc.pdf>

Con questa interessante pronuncia, che investe il tema del rispetto del principio di legalità in un caso di *legge penale in bianco*, il *Conseil constitutionnel* ha risolto una questione prioritaria di costituzionalità in merito al rispetto dei diritti e delle libertà garantite dalla Costituzione del primo paragrafo dell'articolo 434-35 del codice penale, come modificato dalla legge n. 2003-239 del 18 marzo 2003.

Il delitto in parola, prima dell'intervento della Corte, prevedeva che fosse punibile con un anno di detenzione e 15.000 euro di multa il fatto di consegnare o far pervenire ad un detenuto, o di ricevere da lui, denaro, corrispondenza, oggetti o qualsiasi sostanza “*così come di comunicare con qualsiasi mezzo con una persona detenuta al di fuori dei casi autorizzati dai regolamenti*”.

In particolare, quest'ultima disposizione vietava qualsiasi comunicazione con una persona in stato di detenzione ad eccezione di quanto previsto nei regolamenti, prevedendo in via di eccezione che la comunicazione può essere ammessa, nel rispetto delle disposizioni avente natura regolamentare, senza tuttavia indicare le ragioni che possono fondare tale deroga e senza prevedere una cornice normativa adeguata a supporto dell'intervento dell'autorità penitenziaria.

In questo modo, i poteri che vengono ad essere concessi al potere amministrativo sono estremamente ampi e suscettibili di essere esercitati indipendentemente dalle disposizioni legislative che autorizzano e disciplinano la comunicazione con una persona in stato di detenzione.

Nella sua decisione, il *Conseil* ha ricordato che è possibile per il legislatore di stabilire delle regole che disciplinino le comunicazioni con chi si trova in stato di reclusione, che tengano dei limiti insiti nel loro stato di soggetti privi della libertà personale.

Tuttavia, ha ritenuto che affidare integralmente al potere regolamentare la determinazione della portata del reato di comunicazione irregolare con un detenuto,

il legislatore ha omesso di definire con precisione il campo di applicazione di una fattispecie penale, così violando il principio di legalità.

Il *Conseil* ha quindi dichiarato incostituzionale le parole “*e di comunicare con qualsiasi mezzo con un detenuto*” contenute nel primo paragrafo dell’articolo 434-35 del codice penale. I detenuti, invece, restano soggetti alle norme che disciplinano le condizioni della loro comunicazione con l’esterno, in particolare nella sezione 4 del capo III del titolo I della legge penitenziaria del 24 novembre 2009.

* * *

Décision n° 2016-611 QPC du 10 février 2017

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2016611QPC2016611qpc.pdf>

Si segnala all’attenzione dei lettori questa decisione, con la quale il *Conseil constitutionnel* ha dichiarato l’incostituzionalità dell’art. 21-2-5-2 del codice penale, introdotto dalla legge n. 2016-731 del 3 giugno 2016, in materia di lotta alla criminalità organizzata, al terrorismo e al loro finanziamento.

La norma oggetto del giudizio dei giudici francesi prevedeva: “*il fatto di consultare abitualmente un sito internet che metta a disposizione messaggi, immagini o rappresentazioni direttamente connessi alla commissione di atti di terrorismo, che facciano l’apologia di tali atti quando, a tal fine, tale sito rechi immagini o rappresentazioni che mostrino la commissioni di tali atti, consistenti in attentati volontari alla vita, è punito con due anni di reclusione e con 30.000 € di ammenda*”.

Il secondo comma della norma prevedeva una clausola di riserva, così formulata: “*il presente articolo non si applica qualora la consultazione sia effettuata in buona fede, avvena nell’esercizio normale di una professione che abbia quale obiettivo di informare il pubblico, ovvero intervenga nell’ambito di attività di ricerca scientifica o sia realizzata al fine di raccogliere prove da utilizzare in un giudizio*”.

La questione è stata sollevata dalla Corte di Cassazione, che sosteneva come le disposizioni contestate violassero la libertà di comunicazione e il diritto di opinione, incriminando la mera consultazione di un sito *internet* senza che vi fosse alcuna prova che colui vi fossero intenzioni illegali da parte dell’autore.

La norma incriminatrice avrebbe violato anche il principio di determinatezza in materia penale, in quanto i termini adoperati dal legislatore erano estremamente imprecisi e privi di effettiva efficacia euristica.

Veniva poi rilevato che il principio di legalità sarebbe stato leso anche sotto altri profili, in quanto il secondo comma autorizzava solo alcune persone a consultare tali siti, in ragione della loro professione; inoltre, la disposizione censurata si riferiva esclusivamente ad *internet*, con esclusione di tutti gli altri sistemi di comunicazione.

Infine, il reato avrebbe violato anche il principio di presunzione di innocenza di quelle persone che si fossero dedicate alla consultazione di tali siti, in quanto ritenuti possibili autori di atti terroristici.

Come evidente, la vicenda che ci impegna tocca il delicato rapporto tra lotta al terrorismo internazionale – particolarmente sentita in Francia in questo particolare momento storico – e libertà di manifestazione del pensiero, riconosciuta in quell'ordinamento a partire dalla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, che all'art. 11 stabiliva: “*La libera manifestazione dei pensieri e delle opinioni è uno dei diritti più preziosi dell'uomo; ogni cittadino può dunque parlare, scrivere, stampare liberamente, salvo a rispondere dell'abuso di questa libertà nei casi determinati dalla Legge*”.

La Corte ha innanzitutto affermato che, alla luce dello sviluppo attuale dei mezzi di comunicazione, e in particolare della preminenza che tra questi ha assunto *internet*, anche con riferimento alla partecipazione alla vita democratica e all'espressione delle idee e delle opinioni, il diritto di libera manifestazione del pensiero comprende senz'altro anche il diritto di accedere ai servizi *on line*.

Secondo quanto previsto dall'art. 34 della Costituzione, “*la legge stabilisce le norme concernenti le i diritti civili e le garanzie fondamentali riconosciute ai cittadini per l'esercizio delle libertà pubbliche*”.

Sulla base di questo principio, è costituzionalmente legittimo per il legislatore introdurre delle norme volte a conciliare l'obiettivo di reprimere l'incitazione al terrorismo tramite *internet*, che come tali sono finalizzate al mantenimento della salvaguardia dell'ordine pubblico, che trova a sua volta fondamento nella Costituzione, con il diritto alla libertà di comunicazione.

Tuttavia, la libertà di espressione del pensiero è una delle più preziose ed il suo esercizio è una condizione di democrazia, nonché una delle principali garanzie del rispetto di tutti gli altri diritti e libertà del cittadino.

Dunque, tutte le limitazioni apportate all'esercizio di questa libertà devono essere necessarie, adeguate e proporzionate all'obiettivo che si intende perseguire.

Fissati questi principi, i giudici osservano che la disposizione che li impegna si iscrive nel novero di un ampio insieme di norme, sostanziali e processuali, volte a prevenire la commissione di atti di terrorismo.

Il *Conseil* ricorda l'art. 421-2-1 del codice penale, che punisce la partecipazione ad una associazione finalizzata a compiere atti di terrorismo; l'art. 421-2-4, che sanziona il reclutamento di potenziali terroristi; l'art. 421-2-5, che punisce l'apologia del terrorismo, nonché l'art. 421-2-6, che punisce la preparazione di un atto terroristico.

Nell'ambito delle indagini per l'accertamento di tali reati, magistrati e investigatori hanno facoltà di disporre intercettazioni telefoniche, informatiche e raccogliere dati relativi all'utilizzo dei sistemi informatici, nonché sequestrare i dati in essi rinvenuti.

Inoltre, fatta eccezione per i fatti punibili ai sensi dell'articolo 421-2-5 del codice penale, sono applicabili misure cautelari personali, tra le quali la *garde a vue*.

Osservano quindi i giudici che le autorità amministrativa e giudiziaria hanno notevoli poteri di indagine, che interferiscono direttamente con la libertà di comunicazione, che consentono loro di controllare i servizi di comunicazione *on line*, monitorando una persona che manifesti un comportamento che riveli una finalità di terrorismo e di intervenire anche prima che un eventuale proposito criminoso entri in fase attuativa.

Quanto ai richiamati requisiti di adeguatezza e proporzionalità, le disposizioni impugnate non richiedono che l'autore della mera consultazione di un sito *internet* che presenti le caratteristiche richiamate dalla norma abbia effettivamente l'intenzione di commettere atti terroristici, né la prova che la consultazione sia accompagnata da una effettiva adesione all'ideologia esposta in quei siti.

Ne deriva che viene punita con una pena di due anni di reclusione la mera condotta di consultare più volte un sito *internet*, a prescindere dalle intenzioni dell'autore di tali consultazioni, che ben può avvenire al di fuori di quanto previsto dalla causa di esclusione del comma II.

Infine, pur essendo vero che il legislatore ha escluso la criminalizzazione della consultazione effettuata in "buona fede", i lavori parlamentari non consentono di determinare l'effettiva portata di tale esenzione; pertanto, le disposizioni impugnate incidono sulla libertà di consultazione di *internet* per la ricerca di informazioni.

Per questi motivi, le disposizioni impugnate integrano una violazione all'esercizio della libertà di comunicazione che non è necessaria, adeguata e proporzionata, e l'articolo 421-2-5-2 del codice penale deve essere dichiarato incostituzionale.

* * *

Décision n° 2017-624 QPC du 16 mars 2017

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2017624QPC2017624qpc.pdf>

Il *Conseil constitutionnel* torna ad occuparsi della legge sullo stato di emergenza, dopo aver ricevuto dal Consiglio di Stato una questione prioritaria di costituzionalità relativa in particolare alla legge del 19 dicembre 2016, che da ultima ne ha prorogato l'applicazione.

La questione dedotta al giudice delle leggi francese riguarda la misura dell'obbligo di residenza, una misura di prevenzione di natura formalmente amministrativa, dall'evidente carattere affittivo, che consente di ordinare ad un soggetto sospetto di dimorare in un determinato luogo, nonché di imporgli ulteriori obblighi, come il dovere periodico di recarsi dall'autorità di pubblica sicurezza al fine di consentire la verifica del rispetto delle prescrizioni.

Il paragrafo II dell'articolo 2 di tale legge determina le condizioni in forza delle quali l'obbligo di residenza (*assignments à résidence*) disposto nell'ambito dello

stato di emergenza può essere rinnovato fino ad una durata massima di dodici mesi.

La questione della quale si è specificamente occupato il *Conseil* prevedeva la possibilità di ottenere una proroga della misura dell'*assignation à résidence* oltre i dodici mesi, nel caso in cui vi fosse una autorizzazione preliminare del *Juge des référés* del Consiglio di Stato, ossia di quel magistrato chiamato a pronunciarsi sui ricorsi amministrativi in via d'urgenza.

Il *Conseil* ha ritenuto che attraverso tale previsione veniva attribuita al Consiglio di Stato la competenza di autorizzare, emettendo peraltro una decisione definitiva e pronunciandosi sul merito della richiesta, una misura sulla legittimità della quale avrebbe potuto essere chiamato a pronunciarsi in un secondo momento come giudice di ultima istanza.

Sulla base di queste considerazioni, la Corte ha ritenuto che le disposizioni impugnate violassero il principio di imparzialità ed il diritto ad esercitare un ricorso giurisdizionale effettivo, procedendo ad una declaratoria di parziale incostituzionalità delle disposizioni contestate.

Il *Conseil* si è poi pronunciato sul resto delle disposizioni impugnate secondo le quali la durata di un provvedimento di obbligo di residenza non può normalmente superare dodici mesi e, al di là di questo termine, può essere rinnovato solo di tre mesi.

Sul punto, è stata formulata una tripla riserva di interpretazione, volta ad ammettere che la misura possa essere prorogata di tre mesi oltre i dodici originariamente previsti, senza ledere il diritto dei cittadini alla libertà di movimento all'interno dello Stato.

Per ottenere tale proroga, occorrerà che il comportamento del destinatario della previsione costituisca una minaccia di particolare gravità per la sicurezza e l'ordine pubblica, inoltre occorrerà la produzione di elementi nuovi o ulteriori rispetto a quelli originariamente dedotti per la prima applicazione della misura, infine dovrà essere tenuto conto della durata complessiva dell'obbligo di residenza nonché delle ulteriori limitazioni alla libertà personale e degli obblighi ulteriori ai quali questi sia sottoposto.

La dichiarazione di incostituzionalità ha avuto effetto a decorrere dallo scorso 16 marzo: a partire da quella data, la competenza a pronunciarsi sull'eventuale proroga della misura spetta al Ministro dell'Interno, la cui decisione, che dovrà necessariamente tener conto delle riserve di interpretazione formulate dal *Conseil*, potrà essere sottoposta al controllo del giudice amministrativo, in applicazione dell'art. 14-1 della legge del 3 aprile 1955 relativa allo stato d'emergenza.

CORTE SUPREMA INGLESE

UK Supreme Court, Abd Ali Hameed Al-Waheed (Appellant) v Ministry of Defence (Respondent) [2017] UKSC 2 on appeal from [2014] EWHC 2714 (QB)
UK Supreme Court, Serdar Mohammed (Respondent) v Ministry of Defence (Appellant) [2017] UKSC 2 on appeal from [2015] EWCA Civ 843
<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2014-0219-judgment.pdf>

I casi di *Al-Waheed* e *Serdar Mohammed*, decisi congiuntamente dalla *Supreme Court*, fanno parte di un gruppo di tre giudizi resi simultaneamente all'udienza del 17 gennaio 2017 (gli altri due *judgments* sono: *Belhaj and another v Straw and others* [2017] UKSC 3 on appeal from [2014] EWCA Civ 1394, deciso insieme a *Rahmatullah (No 1) v Ministry of Defence and another* [2017] UKSC 3 on appeal from [2014] EWHC 3846 (QB); *Rahmatullah (No 2) v Ministry of Defence and another* e *Mohammed and others v Ministry of Defence and another* [2017] UKSC 1 on appeals from [2014] EWHC 3846 (QB) and [2015] EWCA Civ 843).

Si tratta di tre decisioni relative alla responsabilità del Governo del Regno Unito per illeciti («*tortious acts*») **commessi da ufficiali delle forze armate britanniche** (“*HM Forces*”), o per complicità degli stessi in illeciti perpetrati da militari di altri paesi, nel corso di operazioni di “*peacekeeping*” svolte “*overseas*” sotto il mandato del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite.

In particolare, la questione sollevata dai due casi in esame riguarda la pretesa violazione dell’art. 5, § 1 e 4, CEDU, nelle ipotesi in cui le forze militari britanniche abbiano direttamente tenuto prigionieri sospetti combattenti “nemici” per più di 96 ore senza consegnarli alle autorità locali (nella specie, Afghane ed Irachene).

Attese le differenze tra i casi sottoposti all’attenzione della Corte, poi rispecchiate nella diversa decisione, occorre, prima dell’analisi delle questioni giuridiche, delinearne brevemente i fatti.

Serdar Mohammed veniva fatto prigioniero dalle forze britanniche distaccate in Afghanistan nell’aprile 2010. La cattura avveniva all’esito di una lunga operazione, culminata in uno scontro a fuoco di dieci ore, dal quale il *Respondent* aveva provato a fuggire imbracciando un lanciagranate. L’*Intelligence* di Sua Maestà aveva identificato Serdar Mohammed come un «*senior Taliban commander*», cosicché

egli rimaneva detenuto per essere interrogato fino alla fine di luglio, quando veniva consegnato alle autorità Afghane.

Abd Ali Hameed Al-Waheed, invece, veniva catturato a Bashra (Iraq), nel febbraio 2007, nella casa della moglie, dove, stando alla difesa del Governo, erano state poi rinvenute armi e materiale esplosivo. Al-Waheed veniva rilasciato solo dopo sei settimane, durante le quali era rimasto prigioniero in un centro di detenzione britannico, perché non vi era la certezza di poterlo perseguire con successo.

Nel primo caso, quello di Serdar Mohammed, la *High Court* aveva ritenuto lesiva dell'art. 5, § 1 e 4 della Convenzione la detenzione dell'uomo per molto più di 96 ore senza il trasferimento alle autorità Afghane. Anche la *Court of Appeal*, seppure con qualche diversa precisazione, aveva raggiunto le medesime conclusioni. Nel secondo, invece, la *High Court* si era ritenuta costretta a rigettare il *claim* di Al-Waheed sulla base del precedente della *House of Lords Al Jedda (Al-Jedda v Secretary of State for Defence [2008] AC 332)*, ma aveva garantito la possibilità di impugnare "per saltum" (c.d. "leapfrog appeal") avanti la *Supreme Court*.

Con una larga maggioranza, la Corte ha rigettato l'appello presentato da Al-Waheed, mentre ha accolto solo in parte quello del Governo britannico contro Serdar Mohammed, stabilendo che le *HM Forces* hanno il potere di detenere prigionieri per oltre 96 ore quando vi siano cogenti («imperative») ragioni di sicurezza. **Nel caso Afghano, tuttavia, le procedure adottate non avevano rispettato l'art. 5, §4, in quanto non avevano concesso al "convenuto" il diritto di contestare giudizialmente la propria detenzione.**

Calandosi nel merito delle questioni giuridiche affrontate dalla Corte, il primo principio affermato attiene alla fonte del potere riconosciuto in capo alle forze britanniche di catturare combattenti per ragioni imperative di sicurezza e detenerli oltre le 96 ore in caso di "NIAC" ("non-international armed conflict"). Ebbene, tale fonte è stata individuata dalla maggioranza dei membri della Corte nelle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite per l'Afghanistan (UNSCR 1386 – 2001) e per l'Iraq (UNSCR 1546 – 2004).

La questione centrale della vicenda, tuttavia, consiste nel conciliare queste conclusioni con l'art. 5 della Convenzione. A tal fine, la *Supreme Court* ha richiamato quanto stabilito dalla Corte Edu nel caso *Hassan v Uk* (settembre 2014), pronuncia che, oltre a ribadire l'applicazione extraterritoriale della Convenzione, aveva coordinato (letteralmente nel testo «accomodate») le condizioni per la detenzione di cui all'art. 5 con lo stato di "International armed conflict" (IAC), regolato dall'"IHL" ("International humanitarian law"). La *Supreme Court* ha ritenuto che lo stesso approccio seguito dalla Corte europea in *Hassan* – connotato dalla sostanziale prevalenza del diritto internazionale – potesse essere esteso anche ai "NIAC", nei quali la fonte del potere in questione è, come detto, da rintracciare nelle risoluzioni ONU (sul punto, va segnalata l'opinione dissenziente di Lord Reed). In quei casi, atteso che i "permitted grounds of detention" di cui all'art. 5 sono formulati per i periodi di pace e per difendere gli individui dall'arbitrarietà, è sufficiente, per

raggiungere tale obiettivo e, così facendo, rispettare la Convenzione, che il potere di detenzione non venga esercitato in modo «indebitamente ampio, opaco e discrezionale» («*unduly broad, opaque or discretionary*»).

Riportando queste indicazioni generali nei casi di specie, la procedura di arresto in Afghanistan ed Iraq era risultata conforme a questi principi. Tuttavia, nel caso di Serdar Mohammed, – di qui l'accoglimento solo parziale dell'appello del Governo – la detenzione si era protratta troppo a lungo senza che venisse disposto il tempestivo trasferimento alla polizia Afgghana non per una cogente necessità, ma solo per esaurire operazioni di *intelligence*. Pertanto, la maggioranza dei giudici ha stabilito di rimettere ad un ulteriore giudizio di merito la decisione se il lungo tempo di reclusione (quasi quattro mesi) dell'uomo fosse stato strettamente necessario per ragioni di sicurezza o se, al contrario, esso fosse stato dettato da esigenze investigative.

L'accoglimento del ricorso è parziale anche perché, riguardo all'art. 5, §4, la maggior parte dei componenti della Corte si è espressa – in accordo con quanto già rilevato dalla *Court of Appeal* – nel senso di una violazione della norma, dal momento che Serdar Mohammed non aveva goduto di sufficienti garanzie che lo potessero proteggere da una eventuale – comunque, non dimostrata nel caso in esame – arbitrarietà del suo arresto.

GIAN MARCO CALETTI

* * *

UK Supreme Court, R (on the application of Hicks and others) (Appellants) v Commissioner of Police for the Metropolis (Respondent) [2017] UKSC 9 on appeal from [2014] EWCA Civ 3

<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2015-0017-judgment.pdf>

Nella sentenza in commento, che costituisce un vero e proprio “*test case*”, la Suprema Corte torna ad occuparsi delle condizioni di legittimità dell'arresto preventivo disposto da funzionari di polizia (o dal privato) per motivi di ordine pubblico (*custody for preventive purposes*).

Il caso dal quale prende spunto la pronuncia è presto detto: il giorno delle nozze reali tra il Duca e la Duchessa di Cambridge, celebrate a Londra il 29 aprile 2011, la *Metropolitan Police*, in esecuzione delle rigide *policy* di sicurezza emanate per l'occasione, arrestò un gruppo di quattro contestatori per poi rilasciarli nel giro di poche ore (il periodo più lungo di *detention* non superò le sei ore).

Gli *appellants*, dopo che nei precedenti gradi di giudizio (dapprima davanti all'*Administrative Court* e, in seguito, alla *Court of Appeal*) si sono visti respingere le proprie doglianze, adiscono la *Supreme Court* lamentando la violazione del diritto fondamentale sancito dall'art. 5 della C.E.D.U..

La Corte, dopo aver ripercorso i precedenti interni (in particolare, le decisioni della *House of Lords* nei casi *Albert v Lavin*, del 1982; *R [Laporte] v Chief Constable of Gloucestershire Constabulary*, del 2007 e *Austin v Commissioner of Police of the Metropolis*, del 2009) e quelli del Giudice europeo (*Lawless v Irlanda*, 1961; *Brogan v Regno Unito*, 1988; *Jecius v Lituania*, 2000; *Nicol e Selvanayagam v Regno Unito*, 2001 e, più di recente, *Ostendorf v Germania*, 2013), giunge a ritenere legittimo l'arresto disposto dalla polizia metropolitana perché ritenuto conforme ai principi, da tempo sanciti in *common law*, di buona fede, proporzionalità e di necessità rispetto al fine di prevenire un imminente pericolo per la sicurezza pubblica («*imminent breach of the peace*»).

Quanto alla prospettata violazione dei principi convenzionali, nella motivazione del Giudice londinese si registrano incertezze interpretative suscitate, appunto, dall'ultima pronuncia sul caso *Ostendorf*. In tale sentenza, infatti, la Corte di Strasburgo riconobbe – a maggioranza – che la misura dell'arresto disposto dall'autorità di pubblica sicurezza, prevista dal diritto tedesco, fosse conforme all'art. 5, § 1 (b) della CEDU secondo il quale, appunto, la misura coercitiva è legittima nei confronti di chi si trovi «[...] *in regolare stato di arresto o detenzione per violazione di un provvedimento emesso, conformemente alla legge, da un tribunale o allo scopo di garantire l'esecuzione di un obbligo prescritto dalla legge*». Tuttavia, i giudici Lemmens e Jäderblom ritennero, nella loro *concurring opinion*, che la base legale per i provvedimenti coercitivi emessi dagli organi di polizia dovesse essere individuata, più correttamente, nel successivo § 1 (c) della medesima norma, in virtù del quale è consentita la limitazione della libertà personale del soggetto «[...] *arrestato o detenuto per essere tradotto dinanzi all'autorità giudiziaria competente, quando vi sono motivi plausibili di sospettare che egli abbia commesso un reato o vi sono motivi fondati di ritenere che sia necessario impedirgli di commettere un reato o di darsi alla fuga dopo averlo commesso*».

Ebbene, la Suprema Corte – nell'opinione offerta da *Lord Toulson* e sulla quale convengono anche gli altri giudici – opta per l'interpretazione minoritaria espressa nella sentenza *Ostendorf* osservando, per un verso, che «*il principio fondamentale insito nell'articolo 5 è l'esigenza di salvaguardare il singolo da ogni detenzione arbitraria e parte essenziale di tale diritto è la garanzia di un tempestivo controllo giurisdizionale, ma allo stesso tempo l'articolo 5 non può essere interpretato nel senso di impedire alla polizia di compiere il proprio dovere di mantenere l'ordine pubblico*» (§ 29 della sentenza); e, per altro verso, che la detenzione preventiva, disposta come misura di polizia, sia “più propriamente riconducibile” («*fits more naturally*») alla disposizione di cui all'ultima parte dell'art. 5, § 1 lett. “c” della Convenzione (successivo § 34).

TRIBUNALE COSTITUZIONALE SPAGNOLO

Tribunal Constitucional, Pleno, sentencia 8/2017, de 19 de enero de 2017 (BOE núm. 46, de 23 de febrero de 2017)

<http://bj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-A-2017-1891.pdf>

Per meglio comprendere le ragioni di cui al presente *recurso*, è necessario ricostruire, seppur brevemente, gli antefatti giuridici che si pongono alla base della pronuncia del *Tribunal Constitucional*. Nel 2007 la Terza sezione dell'*Audencia Provincial de Almería* assolse l'allora imputato dal reato a lui ascritto, nell'ambito di quel procedimento, però, subì la custodia cautelare in carcere (*prisión preventiva*) dal 4 di giugno del 2003 al 24 agosto 2004. In forza del provvedimento assolutorio, *don Marcus August Baier*, ai sensi dell'art. 294 della *Ley Orgánica del Poder Judicial* presentava al Ministero della Giustizia un'istanza per la riparazione da ingiusta detenzione (*reclamación indemnizatoria*).

Nel 2009 il Ministero della Giustizia rigettò l'istanza di parte sulla scorta di una motivazione che faceva leva sul tipo di proscioglimento di cui aveva goduto l'imputato nel processo penale: per insufficienza probatoria. Neppure con la successiva impugnazione l'istante riuscì ad avere ristoro. La questione giungeva, così, sino al *Tribunal Supremo*, ove, preme dirlo sin d'ora, solo parte delle doglianze successivamente oggetto del *recurso de amparo*, furono poste all'attenzione dei giudici.

Il Tribunale Costituzionale, perciò, prima di analizzare nel dettaglio i motivi del *recurso*, anzitutto effettua una rapida ed utile ricognizione in merito ad una delle condizioni di ammissibilità dei ricorsi.

In merito a ciò, i giudici ricordano che affinché sia loro consentito l'esame circa i motivi posti a fondamento del ricorso, si necessita che quest'ultimo rispetti un requisito essenziale: che siano stati esauriti tutti i gradi ordinari di giurisdizione; cosicché sia concesso già agli altri giudici la facoltà di esprimersi sulle asserite, denunziate violazioni dei diritti. Solo in questo modo, difatti, si preserva il carattere sussidiario della giurisdizione del *Tribunal Constitucional*, così "evitando l'accesso a questa giurisdizione per saltum", vale a dire facendo salvo il diritto degli altri organi giurisdizionali di potersi pronunciare e, già nella propria sede, se del caso, rimediare alle lesioni denunziate (in questo senso, fra le altre, STC 42/2010, 26 luglio

2010). Sotto questo punto di vista, un solo motivo di ricorso risponde al summenzionato requisito: violazione del principio della presunzione di innocenza (art. 24.2 CE), che ha un corrispettivo nell'art. 6.2 della C.e.d.u.. e che già fu oggetto di un ricorso innanzi al *Tribunal Supremo*. A questo punto, il *Tribunal*, si addentra nel motivo di ricorso.

Come anticipato, nel caso *de quo*, il fraintendimento nasce dalla applicazione, nel giudizio penale, del principio del c.d. *in dubio pro reo*. Non si era giunti, in pratica, ad una affermazione pienamente assolutoria che “testimoniasse” l'inesistenza del fatto o che l'imputato non l'avesse commesso. Questo *dubbio*, salvifico in sede penale, sembrava non sufficiente in sede amministrativa per farsi riconoscere il detto indennizzo. Proprio in ciò, a ben vedere, risiede la violazione del principio di presunzione d'innocenza.

Il Tribunale Costituzionale, dunque, ritiene violato il suddetto principio in quanto (ed anche alla luce dell'orientamento della Corte di Strasburgo) il ragionamento della pronuncia oggetto del *recurso*, pone in dubbio l'innocenza del ricorrente e ciò solo in forza della formula assolutoria con la quale venne a suo tempo prosciolto. Neppure può ritenersi anche solo plausibile, agli occhi dei giudici, che un innocente sia costretto a portare, nel procedimento *indemnizatorio*, una più stringente prova della sua innocenza da un'accusa che, par bene evidenziarlo, non ha retto al procedimento penale. In quella sede l'imputato è stato prosciolto. È innocente per lo Stato (in questo senso, anche *Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Capeau c. Bélgica*, 42914/98).

La conseguenza dell'accoglimento del ricorso ha imposto una regressione del processo al momento in cui è stata pronunciata la sentenza del *Tribunal Supremo*, affinché questo si pronunci nuovamente sulla questione, senza introdurre dubbi circa la colpevolezza del ricorrente e del suo diritto ad essere presunto innocente. Così è stata data piena attuazione del più volte menzionato principio anche in sede extra penale. Il tutto, secondo la maggioranza dei giudici, nel pieno rispetto della giurisprudenza di Strasburgo (*Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni c. España*). Si condivide, in definitiva, l'orientamento della Corte Europea secondo il quale è da considerarsi lesiva del diritto alla presunzione d'innocenza un provvedimento amministrativo che, in tema di responsabilità patrimoniale dello Stato, esprime una distinzione tra un'assoluzione c.d. “piena” ed una per mancanza o insufficienza della prova.

Separata trattazione merita il *voto particular* formulato dal Giudice *don Juan José González Rivas*. Il magistrato ritiene che una più puntuale lettura degli insegnamenti europei avrebbe dovuto condurre ad una decisione di segno opposto rispetto a quella cui in definitiva è giunto il *Tribunal*. A suo dire, difatti, non è così scontata l'applicazione *tout court* del principio di presunzione d'innocenza al di fuori del procedimento penale. Porta ad esempio, a sostegno delle sue tesi, alcuni procedimenti amministrativi e disciplinari nei quali il principio non trovò piena attuazione e avallati dalla Corte EDU (*Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 13 de novembre de 2003, Lundkvist c. Suecia*). Il giudice dissenziente fa notare come

nel procedimento volto all'accertamento dell'*an* e del *quantum* dell'indennizzo, non si parla neppure di presunzione d'innocenza, a suo dire una simile discussione è eccentrica rispetto all'oggetto del procedimento. Si osservano, in quella sede, specifiche e puntuali regole che, nel caso di specie, sono state perfettamente rispettate. Si deve provare, in definitiva, il rispetto di tutti i requisiti per accedere all'indennizzo.

In conclusione, il Tribunale, propendendo per la soluzione più garantista, ha operato un'utile puntualizzazione in merito all'estensione del principio di presunzione di innocenza. I giudici, così, statuiscano che il principio non può rimanere confinato entro l'ambito del solo procedimento penale; il rispetto dello stesso è attuale anche in sede amministrativa.

La *especial trascendencia constitucional* del ricorso, consiste nell'aver consentito al Tribunale un rinnovato vaglio circa il rispetto del principio della presunzione di innocenza in relazione agli atti amministrativi; campo, questo, quasi inesplorato.

ANTONIO PUGLIESE

* * *

Tribunal Constitucional, Sala Segunda, sentencia 13/2017, de 30 de enero de 2017 (BOE núm. 59, de 10 de marzo de 2017)

<http://bj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/25234>

La pronuncia indicata in epigrafe si impone all'attenzione con specifico riguardo agli effetti delle direttive non trasposte nei termini, posta la mancata tempestiva attuazione, da parte dell'ordinamento spagnolo, della direttiva 2012/13/UE sul diritto all'informazione nei procedimenti penali. Sulla base di una copiosa giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in tema di "effetti diretti verticali", infatti, il *Tribunal Constitucional* riconosce la lamentata lesione del diritto dei ricorrenti all'assistenza tecnica [art. 17.3 *Constitución Española* (CE)], dovuta dal denegato accesso alla documentazione relativa all'indagine.

Con la decisione in esame, il *Tribunal Constitucional* si pronuncia in ordine a un *recurso de amparo* promosso contro l'ordinanza del *Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Illescas* (Toledo) del 13 luglio 2014, che respingeva la *solicitud de habeas corpus* formulata dall'avvocato d'ufficio dei due ricorrenti, arrestati nell'ambito di un'operazione della polizia giudiziaria nei confronti di un gruppo di persone segnalate come responsabili della commissione dei delitti di furto con scasso, danneggiamento ed appartenenza ad associazione a delinquere.

Nello specifico, il ricorso si incardina su tre motivi, i primi due dei quali esigono – come si dirà – una trattazione unitaria. Il primo si sostanzia nella lamentata violazione del diritto alla libertà personale [art. 17, commi 1, 3 e 4 *Constitución Española* (CE)]; il secondo nella violazione del diritto di difesa (art. 24.2 CE) e del

diritto alla tutela giurisdizionale effettiva (art. 24.1 CE); il terzo motivo si sostanzia, ad ultimo, nella violazione dei termini massimi di detenzione (art. 17.2 CE), in quanto le indagini sono state concluse senza che gli indagati abbiano avuto modo di interloquire con il giudice. Come anticipato, nel presentare *recurso de amparo*, i ricorrenti allegano formalmente tre motivi, i primi due dei quali, tuttavia, si riferiscono a un medesimo fatto: il denegato accesso alla documentazione relativa all'indagine.

Siffatto diritto di accesso, non (ancora) contemplato, alla data dei fatti (dall'11 al 13 luglio 2014), dal diritto interno spagnolo, viene invocato sulla base dell'art. 7 della Direttiva 2012/13/UE sul diritto all'informazione nei procedimenti penali.

Ciò posto, ai fini della valutazione circa la sussistenza o meno della violazione del diritto all'assistenza tecnica, si impone un chiarimento circa gli effetti delle direttive dell'Unione europea nel caso di una loro mancata ricezione o di ricezione inadeguata o insufficiente. Tale ultimo profilo viene in rilievo nel caso di specie in quanto l'art. 11 della direttiva di cui trattasi (direttiva 2012/13/UE) individua il 2 giugno 2014 quale termine per l'attuazione dell'obbligo comunitario ivi sancito; di qui, l'inadempimento da parte dell'ordinamento spagnolo, quanto meno fino all'approvazione della *Ley Orgánica 5/2015*, con la quale si è provveduto a disciplinare il diritto di accesso agli atti di indagine che siano essenziali per impugnare il provvedimento privativo della libertà personale.

L'art. 288 TFUE (ex art. 189 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea) stabilisce che “la direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi”. Nel silenzio circa l'effetto vincolante delle direttive inattuate, il *Tribunal Constitucional* fa ampio rimando alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) a partire dalla nota sentenza *Van Duyn* del 1974. Nella pronuncia da ultimo citata, la Corte di giustizia, estendendo agli atti normativi di diritto derivato i principi interpretativi enunciati a proposito delle disposizioni dei Trattati, ha rilevato come l'effetto vincolante di una direttiva, sarebbe vanificato – e il suo “effetto utile” compromesso – se gli interessati non potessero farla valere dinanzi ai giudici nazionali contro lo Stato che abbia omesso di adottare le idonee misure di attuazione.

Più nel dettaglio, il *Tribunal Constitucional* richiama il paragrafo 12 della sentenza *Van Duyn*, ove la Corte di giustizia espressamente afferma che “[s]arebbe in contrasto con la forza obbligatoria attribuita dall'art. 189 alla direttiva l'escludere, in generale, la possibilità che l'obbligo da essa imposto sia fatto valere dagli eventuali interessati. In particolare, nei casi in cui le autorità comunitarie abbiano, mediante direttiva, obbligato gli Stati membri ad adottare un determinato comportamento, la portata dell'atto sarebbe ristretta se i singoli non potessero far valere in giudizio la sua efficacia e se i giudici nazionali non potessero prenderlo in considerazione come norma di diritto comunitario. (...). È quindi opportuno esaminare, caso per caso, se la natura, lo spirito e la lettera della disposizione di cui trattasi consentano di riconoscerle efficacia immediata nei rapporti fra gli Stati membri ed i singoli” (CGUE,

sentenza 4 dicembre 1974 caso *Van Duyn*, C-41/1974, § 12 e, in senso conforme, sentenza 5 aprile 1979, caso *Rutili*, C-148/1978, §§ 20-22).

Successivamente, il Tribunale Costituzionale richiama la sentenza *Becker* del 1982, ai suoi paragrafi 22 – 25, ove la CGUE, delimitando sotto il profilo oggettivo la portata dell'effetto utile delle direttive, afferma che "(...) *in tutti i casi in cui le disposizioni di una direttiva appaiano, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise, tali disposizioni possono essere richiamate, in mancanza di provvedimenti d'attuazione adottati entro i termini, per opporsi a qualsiasi disposizione di diritto interno non conforme alla direttiva, ovvero in quanto sono atte a definire diritti che i singoli possono far valere nei confronti dello Stato*" (CGUE, sentenza 19 gennaio 1982, caso *Becker*, C-8/1981, §§ 22-25).

Sulla base della giurisprudenza della Corte di giustizia, emerge, pertanto, che – al sussistere di determinate condizioni – le disposizioni di una direttiva inattuata possono essere fatte valere dai privati nei confronti dello Stato inadempiente (c.d. effetti diretti verticali), il quale non può opporre l'inadempimento, da parte sua, degli obblighi derivanti dalla direttiva stessa per negare diritti (anche di natura processuale) discendenti dal diritto derivato dell'Unione europea.

Alla luce della consolidata giurisprudenza della CGUE in tema di "effetti diretti verticali" (sentenze 26 febbraio 1986, caso *Marshall*, C-152/84, §§ 46-49; 22 giugno 1989, caso *Fratelli Costanzo SpA*, C-103/88, §§ 29-31; 1 giugno 1999, caso *Kortas*, C-319/97, §§ 21-23; e, più recentemente, sentenze 8 maggio 2013, caso *Marinov*, C-142/12, § 37, e 7 luglio 2016, caso *Ambisig*, C-46/15, § 16), il Tribunale Costituzionale sposa l'orientamento secondo cui quando lo Stato abbia omesso di trasporre tempestivamente una direttiva nell'ordinamento interno o quando l'abbia trasposta in modo non corretto, i singoli sono legittimati a far valere nei suoi confronti, dinanzi ai giudici nazionali, le disposizioni di tale direttiva che appaiono, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise. Pertanto, il *Tribunal Constitucional* riconosce la vincolatività della direttiva 2012/13/UE dalla data in cui è spirato il termine per la sua attuazione (il 2 giugno 2014) fino all'entrata in vigore della *Ley Orgánica 5/2015*, il 28 ottobre 2015. Logico corollario della riconosciuta vincolatività della direttiva è l'affermazione in virtù della quale il denegato accesso alla documentazione relativa all'indagine determina la violazione del diritto all'assistenza tecnica riconosciuto dall'art. 17.3 CE, il quale include, nell'ambito del proprio perimetro di tutela, il diritto della persona arrestata e del suo avvocato di accedere agli atti di indagine al fine di impugnare il provvedimento privativo della libertà personale (art. 7.1, Dir. 2012/13/UE).

Il *Tribunal Constitucional* accoglie il *recurso de amparo* e riconosce, pertanto, la violazione del diritto all'assistenza tecnica (art. 17.3 CE) e alla libertà personale (art. 17.1 CE) dei ricorrenti; dispone, altresì, l'annullamento dell'ordinanza con la quale il *Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Illescas* aveva rigettato la *solicitud de habeas corpus*.

CORTE SUPREMA STATUNITENSE

Discriminazione razziale nell'applicazione del diritto penale: due pronunce della Corte Suprema statunitense fanno segnare piccoli passi in avanti

Riflessioni a margine di *Buck v. Davis*, no. 15/8049 (https://www.supremecourt.gov/opinions/16pdf/15-8049_f2ab.pdf) e *Peña-Rodriguez v. Colorado*, no. 15/606 (https://www.supremecourt.gov/opinions/16pdf/15-606_886b.pdf)

1. Considerazioni introduttive

Il tema, qui soltanto accennato, è centrale e problematico, in una società, come quella statunitense, che deve fare i conti con profonde ferite, nient'affatto rimarginate, derivanti da un passato di discriminazione razziale diffusa, fortemente radicata, istituzionalizzata e legalizzata.

Tanto che si è persuasivamente sostenuto che il *Criminal Justice System*, nel suo complesso e con tutte le sue attuali, molteplici, “distorsioni” e patologie, a livello statale ed a livello federale, non sia altro che il “nuovo” strumento attraverso cui il gruppo egemone continua a far valere la sua supremazia, in maniera non diversa (ma soltanto riadattatasi) da quanto avvenisse ai tempi dello schiavismo, dei *Black Codes* o delle *Jim Crow Laws*¹.

Le due pronunce in epigrafe rappresentano piccoli, ma positivi, segnali di una Corte Suprema più decisa nel sindacare e censurare casi di discriminazione razziale, a condizione che essi assumano connotati di una tale evidenza da impedire che si manifesti il consolidato atteggiamento di *deference*, finanche rinunciatario, che ha caratterizzato la storia degli *equal protection claims* in materia penale e processuale penale².

¹ Per tutti v. la tesi sostenuta ampiamente da M. ALEXANDER, *The New Jim Crow. Mass Incarceration in the Age of Colorblindness*, New York, 2012, *passim*.

² Un caso assai noto per tutti: la sentenza *McCleskey v. Kemp* del 1987, nella quale la Corte Suprema negò che attendibili elementi di prova a livello statistico-empirico sull'applicazione discriminatoria della pena di morte potessero integrare una violazione dell'*equal protection clause* dell'XIV Em. Si trattava in particolare dell'autorevole indagine del prof. David Baldus, che, in base a numerosi

Ciò, si badi, conformemente al dato secondo cui incombe a colui che lamenta la violazione del disposto costituzionale di cui al XIV Em., § 1, il pesante onere di dimostrare una *discriminatory purpose* a fondamento dell'azione statale (o federale) *nello specifico caso*, da un lato, e alla circostanza che le Corti federali hanno un ruolo, strumenti e capacità intrinsecamente *limitate* nel sindacare le scelte di politica criminale, riservate al dominio pressoché esclusivo degli stati sovrani³.

Non è un caso che, pur versandosi in casi di flagrante discriminazione razziale nell'amministrazione della giustizia penale, nelle decisioni in commento il parametro costituzionale vulnerato non venga identificato nell'*Equal Protection Clause* del XIV Em., ma nel VI Em.⁴, segnatamente, sotto il duplice profilo del *diritto ad una difesa effettiva* e del *diritto ad essere processato da una giuria imparziale*.

2. *Buck v. Davis*

Duane Buck, afroamericano, nel 1995 uccise a colpi di arma da fuoco la sua ex fidanzata e un altro uomo in Texas.

Dopo l'accertamento sulla responsabilità, in base alla normativa vigente (cod. proc. pen. del Texas, art. 37.071, § 2(b)(1)), la decisione se irrogare l'estrema san-

parametri e variabili, aveva concluso che in Georgia gli imputati accusati di avere ucciso vittime bianche avevano una probabilità oltre quattro volte superiore di essere condannati a morte rispetto a quelli accusati di avere ucciso persone di colore. La Corte, in una decisione per 5 voti a 4, sostenne che l'imputato, per dimostrare una lesione dell'*equal protection clause*, avrebbe dovuto provare che la specifica istituzione coinvolta (legislatore, *prosecutor*, giuria, giudice etc.) aveva agito mossa da uno scopo discriminatorio nei suoi confronti. Rispetto al legislatore, in particolare, si argomentò che per riuscire nel *constitutional challenge* si sarebbe dovuto dimostrare che il legislatore della Georgia avesse introdotto o mantenuto la normativa che prevedeva la pena capitale avendo anticipatamente in mente, quale obiettivo, un effetto discriminatorio. Un onere impossibile da soddisfare, che richiede una "*proof of individual impact*" e ha di fatto "chiuso la porta" a ogni questione costituzionale sui gravi pregiudizi razziali che caratterizzano le prassi applicative della pena capitale. Sul caso v. ampiamente E. CHEMERINSKY, *The Case Against the Supreme Court*, New York, 2015, 43-46; D. GARLAND, *La pena di morte in America. Un'anomalia nell'era dell'abolizionismo*, Milano, 2013, 315-318; sulla condivisibile opinione dissenziente del giudice Brennan, v. M.I. UROFSKY, *Dissent and the Supreme Court*, New York, 2015, 416-418.

³ Per questo tipo di considerazioni – riguardo al distinto ambito della c.d. *proportionality doctrine* – sull'inidoneità delle dottrine/rimedi giudiziari rispetto a dinamiche frutto di scelte complesse e dell'interazione di molteplici attori istituzionali (legislatori, *prosecutors*, *parole boards*, giudici, giurie, opinione pubblica), si rinvia al fondamentale e recente contributo di C.S. STEIKER-J.M. STEIKER, *Courting Death. The Supreme Court and Capital Punishment*, Cambridge-London, 315 ss.

⁴ Che dispone "*In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the state and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the assistance of counsel for his defense*".

zione o l'ergastolo senza possibilità di libertà condizionale spettava alla giuria, la quale, in fase di *sentencing*, doveva accertare, all'unanimità ed oltre ogni ragionevole dubbio, “*la probabilità che il condannato commetta reati violenti e che continui a rappresentare una minaccia per la società*”.

Un vaglio, dunque, sulla c.d. *future dangerousness* del soggetto.

Come troppo spesso avviene nello Stato del Texas, Buck ebbe la sfortuna di vedersi nominato dalla Corte un avvocato sostanzialmente incapace.

Il difensore nominò quale esperto di parte lo psicologo accreditato Walter Quijano per offrire il suo contributo conoscitivo tecnico in punto di pericolosità.

Pur escludendo la futura pericolosità del soggetto in questione, nella relazione di Quijano, acquisita dalla giuria, si indicava, tra i vari fattori statistici da tenere in considerazione, *la razza* quale “*risk factor*”: “*Black: increased probability. There is an over-representation of Blacks among the violent offender*”.

Nella *sentencing hearing*, la pubblica accusa, durante l'esame incrociato, pose il seguente quesito allo psicologo: “*You have determined that ... the race factor, black, increases the future dangerousness for various complicated reasons; is that correct?*”, il quale rispose affermativamente.

Buck fu condannato a morte, da una giuria evidentemente influenzata da un'opinione qualificata, per di più “di parte”, priva di qualsivoglia fondamento scientifico, che aveva segnalato la razza quale fattore di maggiore pericolosità.

Seguirono una molteplicità di ricorsi, tanto a livello statale quanto a livello federale (*Habeas Corpus Petitions*)⁵. Nel primo di essi, rigettato dalla *Texas Court of Criminal Appeals*, un nuovo legale, incredibilmente, non sollevò la questione dell'introduzione, da parte del *trial counsel*, della relazione e della testimonianza dello psicologo.

Nel frattempo, altri condannati nel braccio della morte texano, meglio assistiti di Buck, ottennero giustizia, rispetto a situazioni analoghe a quella in esame, in cui lo stesso esperto aveva addotto la razza quale fattore statistico di aumentata pericolosità, compromettendo, su questo aspetto, l'imparzialità della giuria. Il caso non fu deciso dalla Corte Suprema⁶, ma lo Stato del Texas, per bocca dell'allora *Attorney General*, riconobbe l'errore, affermando che “*L'utilizzo della razza nella fase di commisurazione della pena da irrogare al condannato aveva gravemente compromesso la giustizia, l'integrità, o la pubblica reputazione del processo giudiziale*”, e concesse il *resentencing* in altri sei casi dove Quijano aveva testimoniato⁷.

Ma la situazione di Buck era differente, eccezionale: il contributo dell'esperto era stato introdotto dall'avvocato difensore, e non dalla pubblica accusa; pertanto

⁵ Una descrizione dettagliata dei vari gradi di giudizio e delle complesse questioni procedurali che caratterizzano il caso in MAHER R.M., *Buck v. Davis: Fulfilling the Promise of Justice*, in GEO. WASH. L. REV. ON THE DOCKET, disponibile all'URL <http://www.gwlr.org/buckvdavis/>, 26 febbraio 2017.

⁶ *Saldano v. Texas*, 530 U.S. 1212 (2000).

⁷ Alla vicenda seguì la riforma delle disposizioni del codice di procedura penale del Texas, che oggi recita, all'art. 37.072, “*evidence may not be offered by the state to establish that the race or ethnicity of the defendant makes it likely that the defendant will engage in future criminal conduct*”.

egli non poteva lamentare alcuna lesione, né beneficiare del *resentencing* accordato agli altri condannati.

Buck esperò un ricorso federale nel 2004, lamentando una violazione del “diritto ad una difesa effettiva”. La Corte distrettuale federale rigettò⁸, facendo leva sul fatto che la doglianza circa l’ineffettività dell’assistenza legale avrebbe dovuto essere addotta nel primo ricorso a livello statale.

Dopo ulteriori appelli, fu fissata una data di esecuzione e il caso giunse una prima volta alla Corte Suprema, che però non ritenne di considerarlo nel merito⁹.

Senonché, dopo avere miracolosamente evitato l’esecuzione, nel 2014, Buck, indirizzò un’istanza alla Corte distrettuale federale, evidenziando numerose “circostanze eccezionali” che imponevano di revocare la prima sentenza definitiva e di valutare nel merito la questione sull’ineffettività dell’assistenza legale, in base alla Rule 60(b)(6) delle Federal Rules of Civil Procedure.

Respinta tale istanza – non ritenendo eccezionali le circostanze e sulla base dell’inaccettabile argomento secondo cui l’errore del *trial counsel* nell’introdurre la testimonianza discriminatoria avrebbe determinato un pregiudizio soltanto “minimo” a Buck – il condannato si rivolse alla *Court of Appeals for the Fifth Circuit*, la quale, a sua volta, negò l’eccezionalità delle circostanze e affermò che l’effetto pregiudizievole era stato irrilevante, non integrandosi pertanto la violazione del diritto costituzionalmente garantito ad una difesa effettiva¹⁰.

In questa complessa cornice procedurale il caso giunge una seconda volta dinanzi alla *Supreme Court*.

Dopo un *oral argument* piuttosto acceso¹¹, la decisione¹², emessa il 22 febbraio 2017 e redatta dal giudice capo Roberts (condivisa dai giudici Ginsburg, Breyer, Kennedy, Kagan e Sotomayor, dissenzienti Alito e Thomas), ha statuito che Buck ha diritto ad un nuovo processo.

⁸ *Buck v. Dretke*, No. H-04-3965, 2006 WL 8411481 (S.D. Tex. July 24, 2006).

⁹ Con il fermo *Dissent from the denial of Certiorari* espresso dal giudice Sotomayor, al quale si unì il giudice Kagan: “*Today the Court denies review of a death sentence marred by racial overtones and a record compromised by misleading remarks and omissions made by the State of Texas in the federal habeas proceedings below. Because our criminal justice system should not tolerate either circumstance – especially in a capital case – I dissent and vote to grant the petition*”. Cfr. *Buck v. Thaler*, 565 U.S. 1022 (2011) (Sotomayor, J., dissenting from denial of cert.).

¹⁰ *Buck v. Stephens*, 623 F. App’x 668 (5th Cir. 2015).

¹¹ Per un resoconto dettagliato: MAHER R.M., *Buck v. Davis*, cit.

¹² A margine della sentenza v. *Supreme Court*, voting 6-2, reverses *Texas death sentence reached after defense attorney introduced expert who linked race and violence*, disponibile all’URL http://sentencing.typepad.com/sentencing_law_and_policy/2017/02/supreme-court-voting-6-2-reverses-texas-death-sentence-reached-after-defense-attorney-introduced-exp.html, 22 febbraio 2017; *Supreme Court Grants Relief to Duane Buck in Texas Racial Bias Death Penalty Case*, disponibile all’URL <https://deathpenaltyinfo.org/node/6688>, 22 febbraio 2017; A. LIPTAK, *Citing Racist Testimony, Justices Call for New Sentencing in Texas Death Penalty Case*, disponibile all’URL https://www.nytimes.com/2017/02/22/us/politics/duane-buck-texas-death-penalty-case-supreme-court.html?_r=0, 22 febbraio 2017.

Si riscontra in prima battuta una violazione del diritto ad una difesa effettiva, tutelato dal VI Em. Nel caso di Buck ricorrono infatti entrambi i presupposti richiesti dalla giurisprudenza costituzionale federale¹³: un errore tecnico particolarmente grave da parte del difensore e un'efficienza causale di tale errore rispetto all'esito pregiudizievole in capo all'assistito.

Si afferma in particolare sul punto: *“Buck sostiene che l'introduzione da parte del suo avvocato di questa prova abbia violato il suo diritto ad una difesa effettiva, protetto dal VI emendamento. Tale doglianza non è stata valutata da nessuna corte nel merito, poiché il legale che ha rappresentato Buck nel primo procedimento successivo alla condanna non è stato in grado di dedurla ... dato che la giuria doveva fare una verifica sulla futura pericolosità prima di potere irrogare una sentenza di condanna a morte, la relazione del Dr. Quijano affermava, in effetti, che il colore della pelle di Buck lo rendeva più meritevole di un'esecuzione. Sarebbe evidentemente incostituzionale per uno stato sostenere che un imputato è incline ad essere un pericolo in futuro in ragione della sua razza ... nessun avvocato difensore competente avrebbe introdotto una prova di questo tipo ... riguardo al proprio assistito”* (pp. 15-17).

La Corte si sofferma poi nell'evidenziare la gravità dell'effetto pregiudizievole della prova introdotta: *“La testimonianza del Dott. Quijano ha fatto appello ad un forte stereotipo razziale – quello dell'uomo di colore come “incline alla violenza”. In combinazione con la sostanza della verifica spettante alla giuria, questo ha determinato qualcosa di simile a una tempesta perfetta. L'opinione espressa dal Dott. Quijano ha coinciso precisamente con una forma particolarmente nociva di pregiudizio razziale, che di per sé stessa ha coinciso precisamente con la questione fondamentale nella fase di sentencing. L'effetto di questa insolita confluenza di fattori è stato il prestare supporto per prendere una decisione sulla vita o la morte sulla base della razza”* (p. 19).

Ad avviso dei giudici supremi non è assolutamente condivisibile l'argomentazione della Corte distrettuale, che aveva ritenuto minimo l'impatto negativo della testimonianza di Quijano, giacché il fattore razziale era stato menzionato soltanto in due occasioni nella relazione e nella deposizione orale: *“Non possiamo accettare la conclusione della Corte distrettuale secondo cui ‘l'introduzione di qualsivoglia riferimento alla razza’ durante la fase processuale di commisurazione della pena sia stata de minimis. C'erano stati soltanto ‘due riferimenti alla razza nella testimonianza del Dr Quijano’, uno durante l'esame diretto, l'altro nel controesame. Ma quando una giuria ascolta la testimonianza di un esperto che rende espressamente, in via diretta, la razza dell'imputato rilevante sul dubbio tra la vita o la morte, l'impatto di tale prova non può misurarsi semplicemente da quanto sia stata discussa oralmente nel processo o quante pagine essa abbia occupato negli atti scritti. Certe tossine possono essere mortali anche in piccole dosi”*.

Il ragionamento della *majority opinion* giunge in conclusione a stigmatizzare opportunamente, con toni “alti”, tutti i gravi elementi che rendono la sentenza di

¹³ *Strickland v. Washington*, 466 U.S. 668 (1984).

condanna a morte inflitta a Buck contraria ai principi costituzionali, imponendo la celebrazione di un nuovo *sentencing*, immune da *racial bias*: “Il rigetto della mozione di Buck da parte della Corte distrettuale si basa in gran parte sulla determinazione che il fattore razza abbia rivestito un ruolo soltanto minimo nella fase di *sentencing*. Ma c'è una ragionevole probabilità che Buck sia stato condannato a morte in parte per la sua razza. Questa è un'allarmante deviazione dalla premessa fondamentale secondo cui il nostro diritto penale punisce le persone per quello che fanno, non per quello che sono. Che essa abbia riguardato la razza, amplifica il problema. Basarsi sul fattore razziale per infliggere una sanzione penale 'avvelena la pubblica fiducia' nel processo giudiziale” (pp. 20-24).

Il richiamo alla fedeltà ai principi ed al modello oggettivistico del diritto penale¹⁴ – come si è lucidamente osservato¹⁵ – deve essere salutato con grande favore, in una fase storica come quella attuale, in cui le pulsioni irrazionali e populistiche infettano il clima socio-politico e il dialogo tra le istituzioni negli Stati Uniti, con gravi conseguenze in ambito penale.

3. *Peña-Rodriguez v. Colorado*

Diverso il contesto fattuale e normativo, ma non meno apprezzabile l'approdo, nella decisione *Peña-Rodriguez v. Colorado* del 6 marzo 2017¹⁶.

¹⁴ Che era stato già affermato con forza nell'importante sentenza *Robinson v. California* del 1962, con la quale la Corte Suprema, presieduta dal giudice Warren, dichiarò costituzionalmente illegittima per violazione dell'VIII Em. (c.d. *cruel and unusual punishment clause*) e del XIV Em. una disposizione legislativa californiana che criminalizzava la tossicodipendenza (“to be addicted to the use of narcotics”), punendola con la sanzione di novanta giorni di reclusione. La pronuncia, che sancì la contrarietà a Costituzione delle c.d. *status offenses* (fattispecie di reato fondate interamente su caratteristiche soggettive e non su una condotta oggettiva), pareva promettere un significativo ampliamento delle prospettive di scrutinio da parte della Corte Suprema sul versante contenutistico/sostanziale delle norme penali federali e statali. Tuttavia, la portata dell'*holding* di *Robinson* è stata fortemente ridimensionata nella successiva pronuncia *Powell v. Texas* del 1968. Più approfonditamente v. E.T. SULLIVAN-R.S. FRASE, *Proportionality principles in American Law. Controlling Excessive Government Actions*, New York, 2009, 115-119. Tale decisione riveste particolare importanza anche per avere sancito per la prima volta l'applicabilità dell'VIII Em. agli Stati attraverso la *due process clause* del XIV Em. (c.d. *incorporation doctrine*).

¹⁵ G.L. GATTA, *Omicida condannato a morte anziché all'ergastolo, perché nero e quindi 'pericoloso'*. La Corte Suprema U.S.A. mette un freno all'ingresso di stereotipi razziali nel *sentencing*, in www.pena-letemporaneo.it, 28 febbraio 2017, § 4.

¹⁶ Sulla decisione, maturata per 5 voti a 3, con *Justice* Kennedy estensore, e in questo caso, come sovente avviene in materia penale, anche c.d. *swing vote* (ago della bilancia) fra *conservatives* e *liberals*, v. *Racial Bias Serious Enough to 'Crack' Jury Room Door*, disponibile all'URL <http://www.njlawjournal.com/id=1202781611986/Racial-Bias-Serious-Enough-to-Crack-Jury-Room-Door?slreturn=20170308082447>, 20 marzo 2017; R. WEISBERG, *On Juries and Racism and the Peña-Rodriguez v. Colorado Decision*, disponibile all'URL <https://law.stanford.edu/2017/03/08/on-juries-and-racism-and-the-pena-rodriguez-v-colorado-decision/>.

Peña-Rodriguez, imputato (quindi in fase di accertamento della responsabilità, non di *sentencing*) dinnanzi ad una giuria nello Stato del Colorado, per c.d. *sex offenses* commesse in danno di due sorelle, veniva ritenuto responsabile rispetto ad alcune imputazioni ed assolto per altre.

Dopo che la giuria rese il verdetto, il difensore fu avvicinato da due giurati, i quali gli dissero in privato che un componente della giuria aveva fatto le seguenti esternazioni in fase deliberativa: riteneva che l'imputato avesse commesso il crimine "*perché è messicano e gli uomini messicani ottengono qualunque cosa vogliano*", che nella sua esperienza "*nove volte su dieci gli uomini messicani erano responsabili di condotte aggressive nei confronti di donne e ragazze giovani*". Inoltre, il testimone portato ad alibi di Peña-Rodriguez non poteva ritenersi attendibile in quanto soggetto "*illegale*", privo di regolare documentazione per soggiornare lecitamente negli Stati Uniti.

Ottenuti due *affidavit* (dichiarazioni scritte sotto giuramento) da parte dei giurati, il legale inoltrava mozione per la rinnovazione del processo in primo grado. Il giudice, pur riconoscendo che fosse stato provato un effettivo pregiudizio razziale, rigettava, sostenendo di non potere valutare le dichiarazioni, sulla base della c.d. *no-impeachment rule*¹⁷.

Questa fondamentale regola, assicurando la segretezza, impone che ciò che accade nella *Jury Room* rimanga dentro la *Jury Room*.

La *Colorado Court of Appeals* e la *Colorado Supreme Court* confermavano la decisione, ritenendo prevalenti le istanze sottese alla c.d. *no-impeachment rule* rispetto alla violazione del diritto ad essere processato da una giuria imparziale, scevra da pregiudizi razziali.

La Corte Suprema – censurando i bilanciamenti effettuati dalle Corti statali – ha affermato per la prima volta che il *pregiudizio razziale è diverso, così diverso* che quando esso si manifesta in maniera evidente, la c.d. *no-impeachment rule* deve ritenersi recessiva, per assicurare il rispetto del sovraordinato diritto di cui al VI Em.

Si è in particolare affermato che "*laddove un giurato renda una chiara dichiarazione che indichi come lui o lei abbia fatto affidamento su stereotipi razziali o su un'ostilità per condannare l'imputato, il Sesto Emendamento impone che la c.d. no impeachment rule ceda il passo*", concedendo al giudice la possibilità di considerare le dichiarazioni degli altri componenti della giuria. Sempre a condizione che – precisa la Corte – tale affermazione mostri "*manifesto pregiudizio razziale*" e si configuri quale "*significativo fattore motivante nel voto del giurato per ritenere accertata la responsabilità penale*".

Una decisione particolarmente interessante e complessa, che mette bene in luce la difficoltà di contemperare contrapposti interessi.

¹⁷ Rule 606(b) nella legislazione del Colorado, modellata sulla struttura della Federal Rule of Evidence 606(b), sulla quale vedi la spiegazione, disponibile all'URL https://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_606.

La c.d. *no-impeachment rule*, prevista, pur con alcune variazioni, in tutti i sistemi statali e nel sistema federale, è infatti funzionale a preservare istanze fondamentali, quali: 1) promuovere una piena e vigorosa discussione, assicurando ai giurati, una volta adempiuto il loro compito, che le parti in causa, eventualmente intenzionate ad impugnare il verdetto, non li facciano bersaglio di attacchi; 2) la necessità di assicurare definitività agli accertamenti¹⁸.

Inoltre, come osservano i dissenzienti, vi sarebbero altri strumenti processuali per garantire l'imparzialità della giuria agli imputati, prima fra tutti la possibilità per i difensori di interrogarli approfonditamente durante il c.d. *voir dire*¹⁹.

Nonostante l'importanza dei valori protetti dalla c.d. *no-impeachment rule* e la sussistenza di altri meccanismi processuali per assicurare l'imparzialità dei giurati, la Corte sostiene che “*il pregiudizio razziale implica preoccupazioni uniche di natura storica, costituzionale e istituzionale*”. Considerando pertanto il ruolo della giuria quale “*necessario controllo sul potere governativo*”, nonché “*base fondamentale del nostro sistema di giustizia*”, la *majority opinion* corrobora l'esigenza di eliminare del tutto il pregiudizio razziale dal sistema processuale penale con ampi rilievi di carattere storico. Più specificamente, si rammentano gli effetti devastanti che le giurie composte esclusivamente da cittadini bianchi hanno avuto sugli imputati di colore nel periodo successivo alla *Civil War*: tra il 1865 e il 1866, giurie formate da soli cittadini bianchi nello Stato del Texas hanno emesso verdetti assolutori in tutti i cinquecento casi studiati, riguardanti soggetti di razza caucasica imputati per omicidi di afroamericani, mentre, nella stessa fase storica, le medesime giurie hanno accertato la penale responsabilità e punito gli imputati di colore “*in modo particolarmente severo*”.

La “unicità” del fattore razziale, dunque, induce ragionevolmente la *Supreme Court* a formulare una circoscritta deroga, sul piano costituzionale federale, alle pur forti ragioni sottese alla c.d. *no-impeachment rule*, per tutelare appieno il diritto ad essere processato da una giuria imparziale, previsto dal VI Em.

¹⁸ Come spiega chiaramente R. WEISBERG, *On Juries and Racism*, cit., “... la nostra dottrina generale è che ciò che avviene nella stanza della giuria rimane nella stanza della giuria. Quindi la parte soccombente non può mettere in discussione (impeach) il verdetto sulla base di informazioni fornite dai giurati su quanto è stato detto o fatto in quella stanza, anche se tali informazioni potrebbero gettare un velo di dubbio sulla giustizia del verdetto. Sebbene la forma specifica di questa regola sia varia, la formulazione dominante è che il verdetto può essere impeached soltanto se ci sia stata una ‘influenza esterna’, qualcosa dall'esterno della stanza che sia ingiustamente entrato, come ad esempio un'offerta corruttiva o qualche altra minaccia ovvero qualunque altra forma di influenza inammissibile. La regola ha vari scopi: l'imputato, o qualunque parte processuale, ha una adeguata opportunità di individuare pregiudizio nei giurati durante il c.d. *voir dire*. E se dovessero essere consentiti ampi impeachment dei verdetti, i giurati potrebbero essere indebitamente inibiti nelle loro deliberazioni (il legal cliché obbligatorio qui è quello del ‘chilling effect’) o potrebbero dover affrontare seccature da parte degli avvocati, e la definitività dei verdetti sarebbe minacciata da complicate dispute su chi abbia detto cosa nella stanza della giuria”.

¹⁹ Procedimento attraverso cui i potenziali giurati vengono interrogati per valutare la loro idoneità, per una definizione consultare l'URL https://www.law.cornell.edu/wex/voir_dire.

Una decisione che appare condivisibile e “*will make moral sense to many*”²⁰; essa elabora uno standard costituzionale, applicabile a tutte le normative statali che prevedono in varie forme “*no impeachment rules*”, introducendo un’eccezione al divieto generale, allo scopo di consentire alle corti di valutare “*clear, unambiguous racially biased juror statements that clearly affects jury deliberations*”.

Nondimeno, le statuizioni dei giudici supremi prestano il fianco ad alcune critiche, ben compendiate nella *dissenting opinion* del giudice Alito²¹. Qui basti menzionare le principali.

Anzitutto, l’opinione della Corte non preserva la esigenza di *confidentiality* della deliberazione all’interno della *Jury Room*, finendo per non proteggere i valori che fondano i divieti legislativi di considerare dichiarazioni scritte dei giurati dopo l’emissione del verdetto.

Il punto cruciale del dissenso è però un altro: Alito non è convinto della netta distinzione tracciata tra ostilità per motivi razziali, unica e pertanto meritevole di “*heightened scrutiny*”, e altre tipologie di “*anomalous biases*”²², che invece non giustificano deroghe in forza del disposto costituzionale. Si sviluppa dunque il classico argomento della c.d. *slippery slope* (la “china scivolosa”) e dell’assenza di precisi limiti all’*holding* della Corte (“*no clear boundaries*”), che in un futuro potrebbe essere applicato in ambiti ben diversi dalla chiara manifestazione di ostilità razziale.

Il dato testuale del VI Em., infatti, non prende alcuna posizione espressa sui *motivi del pregiudizio* tale da intaccare l’imparzialità della giuria²³; pertanto le affermazioni della Corte un domani potrebbero espandersi e coprire i fattori di discriminazione più vari, mettendo in crisi il fondamento ed il funzionamento stesso del sistema della giuria, istituto plurisecolare nel *common law*, che gioca un ruolo fondamentale nella democrazia statunitense.

²⁰ R. WEISBERG, *On Juries and Racism*, cit.

²¹ Condivisa dal *Chief Justice* Roberts. Il giudice Thomas ha invece scritto separatamente, criticando l’interpretazione del VI Em. da parte della *majority opinion* in base ad argomentazioni di tipo storico e letterale, coerentemente alla sua *Judicial Philosophy* c.d. *originalista*.

²² Si vedano ad esempio i noti precedenti *Warger v. Shauers*, 574 U.S. ____ (2014) e *Tanner v. United States*, 483 U.S. 107 (1987), nei quali la Corte Suprema, affrontando casi di pregiudizio e/o faziosità dei giurati per motivi diversi, ha ritenuto opportuno accordare prevalenza alle istanze sottese alla c.d. “*no impeachment rule*”, non riscontrando alcuna violazione del VI Em.

²³ Il giudice illustra le sue ragioni con un c.d. *hypothetical*: due detenuti potrebbero essere stati accusati e condannati per lo stesso reato, ma, in fase di accertamento della responsabilità, la giuria, in un caso, potrebbe essere stata indebitamente influenzata dalla razza dell’imputato, nell’altro, potrebbe essere stata resa ostile dalla maglietta sportiva di una squadra non amata indossata dall’imputato. In entrambi i casi vi è il medesimo esito: un pregiudizio irrazionale ha intaccato il processo deliberativo della giuria. È dunque ingiusto ed irragionevole che soltanto il primo degli imputati abbia possibilità di ricorrere e diritto a ricevere protezione costituzionale. Cfr. le acute riflessioni di R. WEISBERG, *On Juries and Racism*, cit., il quale si domanda “*Il giudice Kennedy potrebbe essere accusato di aver fatto entrare di nascosto una decisione sulla violazione del principio di eguaglianza sotto le mentite spoglie di una asserita violazione del diritto ad una giuria imparziale del VI Em.? Se fosse così, perché limitare il principio affermato al fattore razza?*”.

4. Riflessioni conclusive

Le due pronunce sono assai significative e basate su argomenti condivisibili.

In *Buck v. Davis*, la Corte – tramite le chiare parole del *Chief Justice* Roberts – ha censurato molte delle intollerabili storture che caratterizzano la prassi applicativa della pena capitale: discriminazione razziale; assistenza e rappresentazione da parte di *Court-appointed counsels* non adeguatamente formati rispetto alle peculiarità dei *capital trials* e del *capital sentencing*, che finiscono per danneggiare in modo irreparabile i diritti degli imputati²⁴, proprio là dove è la loro vita ad essere in gioco; condotte scorrette o abusive da parte degli uffici della pubblica accusa (c.d. *prosecutorial misconduct*); l'esaltazione della procedura sulla *fairness* sostanziale, con il conseguente prevalere delle istanze di “definitività” dell'accertamento su quelle di giustizia.

Il tono “solenne” nel ripudio degli stereotipi razziali, ed in particolare del “*Black is dangerous*”, si manifesta tanto più opportuno, se si considera quanto esso sia profondamente radicato nella società statunitense, ripresentandosi, di generazione in generazione, nel discorso politico, nella speculazione scientifica e nell'industria dell'intrattenimento.

Sebbene, come osservato dai giudici dissenzienti – stante la natura “eccezionale” del caso – l'*holding* di *Buck v. Davis* pare essere limitato ai fatti di causa e difficilmente applicabile in futuro su larga scala, esso, nondimeno, conserva grande rilevanza per le importanti affermazioni di principio, che vanno ben oltre i confini del caso concreto.

Discorso in parte diverso per quanto concerne *Peña-Rodriguez v. Colorado*: qui il *fondamentale principio statuito ha una portata potenzialmente ben più dirompente ed espansiva*²⁵.

Infatti, non essendo stato posto espressamente alcun *limiting principle* al solo “*fattore razza*” (che pure presenta caratteristiche uniche e richiede un grado di protezione più elevato nell'ordinamento statunitense²⁶), un domani la c.d. *no-impachment rule* della giuria potrebbe ritenersi recessiva anche nel caso di palesi dichiarazioni/azioni/comportamenti discriminatori dei giurati, lesivi di *altri parametri costituzionali*. Si pensi, ad esempio, a esplicite discriminazioni nei confronti dell'imputato in ragione del sesso, dell'orientamento sessuale, della fede religiosa ovvero dell'opinione politica.

²⁴ Un quadro approfondito, rispetto alle diverse esperienze statali, in C.S. STEIKER-J.M. STEIKER, *Courting Death*, cit., 116-153.

²⁵ R. WEISBERG, *On Juries and Racism*, cit.

²⁶ V. ancora le riflessioni di R. WEISBERG, *On Juries and Racism*, cit., secondo cui la Corte Suprema ha evitato di pronunciarsi su ogni possibile estensione dell'*holding* oltre la manifesta discriminazione razziale, sottolineando la necessità di tracciare una netta linea di demarcazione tra razza ed altri parametri “*poiché il pregiudizio razziale è la tragedia che definisce la storia degli U.S.A. esso richiede un riconoscimento speciale, e se questo riconoscimento speciale richiede una qualche, dovremmo dire, flessibilità nel constitutional reasoning, così sia*”.

L'impenetrabilità della *Jury Room* potrebbe dunque subire ulteriori deroghe in forza del “*right to trial by an impartial jury*” sancito dal VI Em. alla Costituzione federale.

PIETRO INSOLERA

CORTI ITALIANE

Il processo italiano al *Plan Condor*: la sentenza della Corte di Assise di Roma del 17 gennaio 2017

Il 17 gennaio 2017, la Corte di Assise di Roma ha pronunciato la sentenza nel processo italiano ad alcuni membri del cd. *Plan Condor*. Dei trentatré imputati, otto venivano condannati all'ergastolo, sei risultavano deceduti alla data della sentenza e i rimanenti diciannove venivano assolti perché il fatto non sussiste.¹

Va ricordato, sinteticamente, che il *Plan Condor* è stato descritto come un piano repressivo, coordinato a livello internazionale, volto a sopprimere gli oppositori politici delle dittature che si erano venute installando in Argentina, Cile, Uruguay, Paraguay e Bolivia tra gli anni '70 e '80.² L'ideologia che pervade tale piano repressivo va ricercata nell'equiparazione retorica, ma con ricadute pratiche gravissime, tra "oppositore politico", "marxista" ed, infine, "terrorista".³ Un'equazione che ha permesso ai regimi dittatoriali latinoamericani di avviare una campagna di repressione nei confronti di sindacalisti, studenti universitari, accademici e, più in generale, membri dei partiti socialisti e affini, dando origine a quel fenomeno che viene oggi denominato "terrorismo di stato".⁴

A partire dalla restaurazione delle democrazie latinoamericane negli anni '80, si sono succeduti provvedimenti di amnistia e indulto (come la *Ley de Punto Final* o la *Ley de Obediencia Debida* in Argentina) volti ad evitare la ricaduta in regimi dittatoriali, con, più tardi, l'apertura di processi ad ex militari ed, in particolare,

¹ Sentenza, Corte di Assise di Roma, 17 gennaio 2017, n. 31079/05 R.G. N.R.

² Si veda, per esempio, l'ottimo contributo di A. LEOGRANDE, *Cos'è il Plan Condor e perché è finito sotto processo in Italia*, Internazionale, 17 gennaio 2017, disponibile al seguente indirizzo: <http://www.internazionale.it/opinione/alessandro-leo grande-2/2017/01/19/sentenza-processo-plan-condor>.

³ Sui meccanismi di trasformazione dell'oppositore politico in nemico, si veda il contributo di A. SMEULERS e F. GRÜNFELD, *International Crimes and Other Gross Human Rights Violations*, Martinus Nijhoff Publishers 2011, pp. 243 e ss.

⁴ Per alcune definizioni di "terrorismo di stato" o, nella sua versione anglosassone, *state terrorism*, si veda N. CHOMSKY, *What Anthropologists Should Know about the Concept of Terrorism* (2002) in *Anthropology Today* 18(2); M. STOHL e G.A. LOPEZ, *Terrible Beyond Endurance?: The Foreign Policy of State Terrorism*, Greenwood Press 1988.

agli alti comandi che negli anni delle dittature avevano condotto il paese al costo di gravi crimini ai danni degli oppositori politici. Così è avvenuto, abbastanza di recente, in Argentina, per esempio, dove, dichiarate incostituzionali le leggi di *Punto Final* e *Obediencia Debida*, sono stati avviati vari procedimenti penali nei confronti di ex militari che avevano preso parte alla repressione sotto la *Junta*.⁵

Parallelamente, in Europa, le autorità giudiziarie di alcuni paesi come la Spagna, prendevano talvolta cognizione di crimini perpetrati durante le dittature latinoamericane, sulla scorta, talvolta, del principio di giurisdizione universale o, più spesso, di personalità passiva. Così, per esempio, nel 1998, il magistrato spagnolo Baltasar Garçon spiccava un mandato di arresto nei confronti di Augusto Pinochet, ex dittatore cileno, il quale si trovava in quel momento nel Regno Unito. Pinochet era accusato di crimini contro l'umanità commessi ai danni di molti cittadini spagnoli.⁶

La giurisdizione dell'autorità italiana, nel processo al *Plan Condor*, trova fondamento nella nazionalità delle vittime, quasi tutte italo-cilene, italo-uruguaiane e italo-argentine. Fanno eccezione venti uruguaiani che compaiono come vittime nel processo in quanto uno degli imputati, Jorge Nestor Troccoli, anch'egli uruguaiano, si trova ormai da tempo in Italia. L'impossibilità di celebrare un processo in contumacia in Uruguay ha consentito alla magistratura italiana di conoscere anche dei crimini commessi da Troccoli ai danni delle venti vittime di nazionalità esclusivamente uruguaiana.⁷

La sentenza riconosce colpevoli e condanna Hernán Jerónimo Ramírez Ramírez, Rafael Ahumada Valderrama, Juan Carlos Blanco, Luis García Meza Tejada, Luis Arce Gómez, Francisco Morales-Bermúdez Cerruti, Pedro Richter Prada e Germán Ruiz Figueroa. Tutti i condannati hanno ricoperto posizioni apicali nella catena di comando che ha caratterizzato la commissione dei crimini negli stati coinvolti. Blanco, per esempio, era ministro per le relazioni estere in Uruguay all'epoca dei fatti; Tejada è stato presidente della Bolivia e comandante in capo dell'esercito; ecc.

Tutti gli imputati condannati sono stati ritenuti responsabili di delitti gravissimi quali omicidio o sequestro di persona a scopo di estorsione aggravato dalla morte del sequestrato. In tutti i casi, inoltre, la Corte ha riconosciuto il vincolo della continuazione, a testimonianza del fatto che tutti i reati accertati sono stati commessi

⁵ Si veda, per esempio, il processo alla *Junta Militar Argentina*. In proposito, si consulti la sezione dedicata al processo nel sito internet di *Memoria Abierta*, disponibile al seguente indirizzo: <http://www.memoriaabierta.org.ar/juicioalasjuntas/>.

⁶ Si veda *Pinochet, detenido!*, El País, 18 ottobre 1998, disponibile al seguente indirizzo http://elpais.com/diario/1998/10/18/opinion/908661604_850215.html.

⁷ Specificamente, sulla vicenda di Troccoli, si veda A. FULLONI, *Piano Condor, la Corte d'Assise assolve Troccoli, accusato di torture ai desaparecidos*, Corriere della Sera, 18 gennaio 2017, disponibile al seguente indirizzo: http://www.corriere.it/cronache/16_ottobre_15/piano-condor-procura-roma-chiede-ergastolo-il-presunto-torturatore-desaparecidos-97d6d416-92ae-11e6-aedf-4afd1bcd31b.shtml.

come parte di un piano criminoso volto all'eliminazione fisica degli oppositori politici, appunto il *Plan Condor*.

Pur non potendo in questa breve scheda svolgere un'analisi della pronuncia, va osservato che il dato che le condanne riguardino esclusivamente i vertici dell'organizzazione criminale testimonia la difficoltà di ricostruire, dal punto di vista probatorio, il nesso tra autori mediati e immediati dei crimini, laddove, invece, la responsabilità degli alti comandi è emersa con maggiore chiarezza. Così, per esempio, la Corte sottolinea che per ciò che riguarda le accuse contro Tejada e Gomez, "Gli imputati boliviani (...) per la loro posizione di vertice nella catena di comando si trovano nel ruolo di mandanti (...): responsabili per le direttive impartite e conseguentemente per tutto quanto succedeva in attuazione del plan Condor, accordo al quale loro stessi avevano partecipato e che loro avevano incentivato nelle forme criminali programmate ed effettivamente realizzate. Dovunque i fatti reato siano stati commessi, purché, ovviamente, nella sfera di influenza territoriale del plan Condor e temporalmente nel periodo di interesse, sussiste in capo a questi imputati la volontà omicida nelle forme del dolo diretto con la condivisione di tutte le aggravanti contestate".⁸

La sentenza, oltre a riconoscere la responsabilità penale di alcuni imputati per reati gravissimi, rappresenta un archivio storico di inestimabile valore per la storia dell'America Latina e che, tuttavia, al tempo stesso, non manca di porre in luce le insidie che il processo penale presenta nella ricostruzione della verità. Queste possono essere costituite da ostacoli di carattere meramente procedurale, quali per esempio il passaggio in prescrizione di moltissimi dei reati ascritti agli imputati, o di carattere probatorio, come si è notato per quanto riguarda le difficoltà di ricostruzione della responsabilità della gran parte degli autori materiali dei reati contestati.

PIERGIUSEPPE PARISI

⁸ Sentenza... (n. 1), p. 113.

TRIBUNALI SPAGNOLI

Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección Primera. Resolución 980/2016, 11 de enero de 2017, Roj: STS 16/2017

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7912486&links=%221498%2F2016%22&optimize=20170118&publicinterface=true>

I giudici sono chiamati ad esprimersi su un ricorso presentato dal pubblico ministero avverso la sentenza della *Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona* che dichiarava inutilizzabili come prova gli atti prodotti dall'accusa nell'ambito delle attività d'indagine e assolveva l'allora imputato dal reato (di falso in atto pubblico) a lui ascritto.

Il *Tribunal Supremo* affronta, in particolare, il tema del difficile rapporto tra le indagini del Pubblico Ministero (*diligencias de investigación de Fiscal*) e i diritti difensivi che debbono essere riconosciuti agli indagati. Il tema, particolarmente delicato, rende attuale il bisogno di avviare un dibattito di ampio respiro, un dibattito che, al di là del singolo caso posto all'attenzione dei giudici, impone una matura riflessione circa il quesito se lo standard di garanzie offerto da questi atti d'indagine – con particolare attenzione alle modalità d'espletamento delle stesse – sia rispondente al modello costituzionale.

Ovviamente le attività d'indagine non possono essere utilizzate per limitare – e sul punto la voce del Tribunale si impone con vigore – o anche solo giustificare una compressione dei principi del contraddittorio e del diritto ad una assistenza “tecnica”.

Per quanto la natura di questi atti sia puramente strumentale e la loro funzione essenzialmente preparatoria, le indagini su di un cittadino sospettato di aver commesso un reato sono pur sempre manifestazione di un potere statale e, come tale, debbono potersi ricondurre ai principi e ai limiti del sistema costituzionale spagnolo.

La *Sala* non può, dunque, concordare con le ragioni prospettate dal ricorrente, secondo le quali le garanzie costituzionali “sbiadiscono” o, comunque, debbono potersi intendere rinunciabili nel solco di queste attività d'indagine.

Il Tribunale precisa, così, che *las diligencias de investigaciòn* non possono ambire a sortire valore di prova nel giudizio penale. Lo impedisce il concetto stesso di atto processuale, intimamente connesso ai principi costituzionali che informano l'esercizio (corretto) della funzione giurisdizionale. Né risulta assolutamente sostenibile una soluzione che, argomentando o poggiandosi sulle limitazioni funzionali di questi atti, pretenda di utilizzare i medesimi per diluire i principi costituzionali *de contradicciòn y proporcionalidad*.

Per le ragioni esposte, il Tribunale non poteva che rigettare il ricorso del *Ministerio Fiscal* avverso la sentenza della *Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcellona* – che assolse l'imputato e dichiarava inutilizzabile il materiale asseritamente probatorio proveniente dalla fase d'indagine ove, tra l'altro, non si rispettarono i diritti e le prerogative dell'imputato – secondo il quale vi sarebbe stata violazione del principio della tutela giurisdizionale effettiva, per averlo privato di un mezzo di prova legittimo – oltreché determinante –, dichiarando indebitamente la inutilizzabilità dell'atto formatosi nel corso *de las diligencias*.

Non ha errato, dunque, l'*Audiencia Provincial de Barcellona* nel dichiararne l'inidoneità come prova preconstituata. Gli atti di prova, infatti, ai sensi dell'art. 751 *Ley de Enjuiciamiento Criminal* sono quelli prodottisi innanzi ad un organo giurisdizionale.

Questa idea forma parte dei pilastri di una lettura costituzionalmente orientata del processo penale, così come molteplici volte ha affermato lo stesso *Tribunal*. Difatti, le indagini condotte dalla Procura, che da sempre generano una certa preoccupazione legislativa, ricevono appositamente un trattamento differenziato e sono inidonei ad integrare gli estremi di atti dal valore probatorio, debbono “solo” essere in grado orientare l'inquirente verso i binari del processo penale (sì esercitando l'azione penale), o verso l'archiviazione.

Attribuire efficacia probatoria agli atti formati nel solco delle indagini d'Accusa, infatti, vorrebbe dire sovvertire l'ordine: solo gli atti formati innanzi ad un organo giurisdizionale possono ambire a sortire valore probatorio.

In definitiva, conclusivamente, *las diligencias de investigaciòn*, chiara espressione del potere dello Stato, non possono concepirsi come scusante per spogliare il cittadino delle garanzie e dei limiti che il sistema costituzionale impone ai poteri pubblici.

LEGISLAZIONE ITALIANA

PRIME OSSERVAZIONI SULLA RIFORMATA DISCIPLINA DELLA CORRUZIONE FRA PRIVATI

SOMMARIO: 1. Introduzione. Il contesto normativo previgente. – 2. Il nuovo decreto legislativo n. 38 del 2017. – 3. Le modifiche alla corruzione fra privati. Dalle società agli «enti privati». – 3.1. I soggetti attivi. – 3.2. Il fatto tipico. – 4. Il nuovo art. 2635-*bis* c.c. – 5. Profili sanzionatori.

1. Introduzione. Il contesto normativo previgente

Si arricchisce di un nuovo capitolo il tormentato percorso di adeguamento della disciplina domestica in materia di corruzione tra privati rispetto alle indicazioni internazionali e sovranazionali. Con il decreto legislativo 17 marzo 2017, n. 38 – entrato in vigore lo scorso 14 aprile – il legislatore italiano ritorna infatti a occuparsi della corruzione tra privati, mediante un intervento normativo che, per un verso, si segnala per la maggiore ampiezza e incisività delle modifiche apportate alla disciplina esistente, rispetto a quanto realizzato dal precedente d.lgs. 190/2012; ma, per altro verso, neppure in questo caso sembra capace di realizzare l'obiettivo prefissato: quello di rendere la normativa interna pienamente conforme alle previsioni della decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio dell'Unione europea.

Per quanto siano infatti numerose le innovazioni introdotte dalla novella legislativa – alcune di indubbio rilievo “sostanziale”, altre di carattere per lo più “estetico” – la disciplina italiana in materia di corruzione tra privati, così come riplasmata dal recente decreto, continua a presentare talune differenze strutturali – *in primis*, la procedibilità a querela della persona offesa per l'ipotesi base di corruzione *ex* art. 2635 c.c. – rispetto ai parametri normativi imposti dalla decisione quadro e dalle Convenzioni¹: differenze che sembrano destinate a incidere negativamente

¹ Il riferimento concerne la Convenzione penale sulla corruzione, fatta a Strasburgo il 27 gennaio 1999 e ratificata dall'Italia con legge 28 giugno 2012, n. 110; nonché la Convenzione delle Nazioni

sulla concreta efficacia applicativa della disciplina interna, in tal modo lasciando presagire la formulazione di nuove censure da parte degli organismi internazionali, e ciò in continuità con i giudizi critici che nel recente passato avevano già colpito la fattispecie di cui all'art. 2635 c.c.².

Del resto tali divergenze strutturali – che ancora impediscono alla normativa italiana di allinearsi agli standard sovranazionali e convenzionali – a ben vedere altro non sono che la manifestazione positiva della differente proiezione di tutela che continua a orientare le scelte del legislatore nazionale rispetto a quella che ispira invece le indicazioni delle Carte internazionali. Mentre infatti l'esame della decisione quadro, così come quello della Convenzione di Strasburgo e di Merida, consente di individuare agevolmente il bene giuridico tutelato nell'interesse pubblicistico alla integrità dei mercati e della libera concorrenza, la disciplina italiana in materia di corruzione tra privati si connota per un'impostazione tendenzialmente privatistica: ciò che s'intende tutelare mediante la criminalizzazione dei mercimoni illeciti in ambito privato pare essere non tanto il bene *superindividuale* della concorrenza leale, quanto piuttosto l'interesse *privato* dell'ente coinvolto, declinato ora nella dimensione di tutela del *patrimonio* dell'ente nel cui contesto opera il corrotto, ora in un'accezione *lealistica*, tesa cioè a sanzionare le condotte corruttive in quanto idonee a vulnerare il *rapporto fiduciario* intercorrente tra agente e *dominus*.

Ciò era particolarmente evidente nella *Infedeltà a seguito di dazione o altra utilità*, disposizione che, introdotta in occasione della riforma dei reati societari operata nel 2002, ha rappresentato la prima configurazione normativa assunta dalla corruzione tra privati nell'ordinamento italiano. Una fattispecie “nata male”³, il cui *nome iuris* già di per sé non solo evocava il rilievo del tutto secondario accordato al profilo corruttivo del fatto, ma altresì rivelava il reale contenuto della fattispecie:

Unite sulla corruzione internazionale, redatta a Merida il 31 ottobre 2003 e ratificata dall'Italia con legge 3 agosto 2009, n. 116.

² Si allude qui ai Rapporti periodicamente elaborati dal Group of States against Corruption (c.d. Greco), istituito dal Consiglio d'Europa in concomitanza con l'approvazione della Convenzione del 1999. Per ciò che concerne la valutazione della repressione della corruzione in ambito privato all'interno dell'ordinamento italiano, assume particolare importanza il *Third evaluation round*, approvato a Strasburgo nel marzo 2012, nel quale vengono puntualmente evidenziate le plurime criticità che affliggevano l'originaria *Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*. I Rapporti del GRECO sono reperibili all'indirizzo <http://www.coe.int/en/web/greco/evaluations>. Più di recente, anche la Commissione dell'Unione europea ha avuto modo di formulare un giudizio critico nei confronti dell'Italia, nelle misura in cui nemmeno la riformata fattispecie dell'art. 2635 c.c., rubricata dal d.lgs. 190/2012 in *Corruzione tra privati*, era in grado di allinearsi agli standard fissati dagli strumenti internazionali: si veda la Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sulla lotta alla corruzione nell'Unione europea, in particolare l'Annesso 12, contenente l'allegato dedicato all'Italia, del 3 febbraio 2014 – COM(2014) 38 final –, reperibile sul sito https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/e-library/documents/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/docs/acr_2014_it.pdf.

³ Così efficacemente Bricchetti R., *La corruzione tra privati*, in Canzio G.-Cerqua L.D.-Luparia L. (a cura di), *Diritto penale delle società – Tomo primo*, 2014, p. 507.

ciò che veniva sanzionata era infatti l'*infedeltà* insista nella condotta degli apicali che «*a seguito della dazione o della promessa di utilità, compiono od omettono atti, in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio, cagionando nocumento alla società*», più che la corruzione in sé e per sé. La portata della disposizione, circoscritta alle sole *società commerciali*, la limitata platea dei potenziali soggetti attivi, il regime di procedibilità a querela della persona offesa, la strutturazione dell'illecito secondo le cadenze di un reato d'evento e la mancata introduzione dell'illecito nel novero dei reati presupposto per la responsabilità amministrativa degli enti costituivano i nodi strutturali più critici della norma, sui quali si era focalizzata l'attenzione della maggior parte dei commentatori, portandoli, per un verso, a preconizzare la sostanziale ineffettività applicativa della norma e, per altro verso, a presagire quelle censure che, con puntualità, sarebbero state successivamente formulate a livello convenzionale⁴.

Sulla scorta delle valutazioni negative espresse dal piano internazionale⁵ il legislatore italiano era intervenuto in materia e, con il d.lgs. 190/2012, aveva provveduto a rimaneggiare l'originaria fattispecie dell'*Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*, prendendo le mosse proprio dalla rubrica dell'illecito. L'art. 2635 c.c., rinominato "*Corruzione tra privati*", abbandonava infatti la nomenclatura iniziale a favore di un nuovo *nomen iuris* che, nelle presumibili intenzioni del legislatore, avrebbe dovuto evocare sul piano definitorio il mutamento di paradigma intercorso a livello contenutistico⁶: non più un delitto orbitante attorno all'elemento dell'*infedeltà patrimoniale*, bensì un illecito pienamente riconducibile allo schema tipico del fenomeno corruttivo e, come tale, in linea con il modello tradizionale della corruzione di pubblici funzionari⁷, di cui avrebbe dovuto costituirne

⁴ Per una puntuale indicazione delle criticità della fattispecie, cfr. in particolare il contributo di Seminara S., in Acquaroli R.-Foffani L. (a cura di) *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, 2003, p. 271 s. Sulle inevitabili difficoltà applicative delle disposizione di nuovo conio si veda altresì Napoleoni V., in Acquaroli R.-Foffani L. (a cura di), *La corruzione tra privati*, cit., p. 281 e s.

⁵ Il *Third Evaluation Round* del GRECO evidenzia in particolare che: «*In the view of the GET, Article 2635 of the Civil Code has several flaws in relation to requirements of the Convention. Firstly, as regards the range of possible perpetrators, the article merely covers managers, director generals, directors in charge of the drafting of balance sheets, mayors and liquidators. The Convention, however, addresses bribery in the private sector committed by any person who directs or works for, in any capacity, a private sector entity, as emphasised in the Explanatory Report (paragraph 54). Articles 7 and 9 of the Convention also cover other types of relationships such as partners, lawyers and clients and others in which there is no contract of employment. Secondly, as regards the beneficiaries of the bribe, nothing is said in Article 2635 of the Civil Code as to third parties. Thirdly, with particular reference to the material acts of which bribery consists, the offering of a bribe and the request of a bribe are not explicitly covered. Fourthly, there is no explicit reference as to the indirect commission of the offence, e.g. through intermediaries. Fifthly, under Italian law damage to the legal person needs to concur, which is not required by the Convention. Finally, the offence is not punishable ex officio, but requires a complaint from the victim. In light of the foregoing, the GET recommends to 30 criminalise bribery in the private sector in accordance with Articles 7 and 8 of the Criminal Law Convention on Corruption*» (par. 110, p. 29).

⁶ Cfr. Seminara S., *Il reato di corruzione tra privati*, in *Le società*, 2013, 1, p. 62.

⁷ Obiettivo non centrato: rilevanza della corruzione solo 'indiretta', cfr. Spina 2014.

la declinazione in ambito privato. Mutamento che, in realtà, finirà per restare una mera aspirazione⁸.

Fermo restando che la nuova fattispecie, in continuità con la precedente, era destinata a trovare applicazione solo con riferimento ai fenomeni corruttivi che si verificassero nel settore delle *società commerciali*, con la riforma del 2012 il legislatore nazionale ha dunque tentato di riconfigurare la disposizione originaria seguendo le linee di intervento suggerite dal Rapporto GRECO, e ha in particolare provveduto a rimodulare sia l'ampiezza della sfera dei soggetti attivi, sia la struttura della condotta tipizzata.

Sotto il primo profilo, la novella del 2012 – confermata l'esclusione dei “responsabili della revisione”⁹ – aveva infatti disposto un allargamento della platea dei potenziali soggetti corruttibili, mediante l'introduzione di un nuovo capoverso nella norma: *a latere accipiens* l'accordo corruttivo poteva coinvolgere non più solo coloro che rivestissero funzioni ‘apicali’ all'interno della società – amministratori, direttore generali, dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, sindaci e liquidatori (comma 1) –, bensì anche chiunque fosse «*sottoposto alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti indicati al primo comma*». L'ampliamento della sfera soggettiva rappresentava una scelta apprezzabile, dall'angolo visuale dei documenti convenzionali e comunitari, e tuttavia non garantiva ancora un perfetto adeguamento rispetto agli standard fissati, posto che tali dichiarazioni richiedono la sottoposizione a sanzione di chiunque svolga una qualunque attività in favore o nell'interesse dell'ente, anche in assenza di legami contrattuali con quest'ultimo¹⁰: l'allineamento della disciplina interna alle indicazioni internazionali era dunque solamente *parziale*, nella misura in cui la valenza normativa del concetto di “sot-

⁸ Osserva, Bricchetti R., *La corruzione*, in Canzio G.-Cerqua L.D.-Luparia L. (a cura di), *Diritto penale delle società*, cit., p. 511-512 che la configurazione strutturale della nuova disposizione è tale che l'art. 2635 c.c. «[...] finisce per punire no la corruzione, bensì il comportamento infedele tenuto verso la persona giuridica nel quale si materializza quel conflitto di interessi di cui la corruzione + mero sintomo e che costituisce una sorta di requisito “ombra” della fattispecie di nuovo conio [...]», dovendosi quindi ritenere che «*al mutamento del nomen iuris del reato configurato nell'art. 2635 c.c. non è corrisposta una consistente ed effettiva trasformazione del suo contenuto*». Nello stesso senso Melchionda A., *Art. 2635 c.c. («Corruzione fra privati»)*, in *Giur. it.*, 2012, 12, p. 2699.

⁹ I «responsabili della revisione» erano stati eliminati dalla cerchia dei soggetti attivi del reato mediante l'art. 37, comma 36, del d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39.

¹⁰ L'art. 2 della decisione quadro 2003/568/GAI definisce la corruzione attiva e passiva nel settore privato ricomprendendo nella cerchia dei corruttibili qualunque persona che «*svolge funzioni direttive o lavorative di qualsiasi tipo per conto di un'entità del settore privato*». Si tratta di una formulazione che riecheggia quella degli artt. 7 e 8 della Convenzione di Strasburgo, rispettivamente dedicati alla corruzione attiva e passiva nel settore privato, ove *a latere accipiens* potenziale soggetto attivo è «*qualsiasi persona che dirige un ente privato o che vi lavora*». Tale ultima locuzione è intesa in senso ampio, come precisato dalla Relazione esplicativa della Convenzione, ove si legge che la medesima «*covers the employer-employee relationship but also other types of relationships such as partners, lawyer and client and others in which there is no contract of employment*» (p. 11). Analogo tenore, infine, presenta l'art. 21 della Convenzione di Merida, a mente del quale potenziale corrotto può essere colui che «*diriga un'entità del settore privato o lavori per tale entità, a qualunque titolo*».

toposizione a direzione o vigilanza” – qualificante i “dipendenti” – impediva di estendere la fattispecie sino a ricomprendere nella platea dei soggetti attivi anche tutte quelle figure che, per quanto *esterne* alla società, ciò nondimeno operassero nell’ambito di questa¹¹.

Per quanto concerne invece le modalità della condotta, la novella prevedeva innanzitutto che il compenso potesse essere accettato «*per sé o per altri*». Il legislatore del 2012 si era inoltre premurato non solo di precisare – in modo del tutto pleonastico, in realtà – che la dazione o la promessa potesse avere ad oggetto anche «*denaro*», e non solo «*utilità*», ma altresì di chiarire che la condotta, attiva o omisiva, dell’*intraeus* corrotto – eziologicamente connessa alla precedente dazione o promessa a opera dell’*extraneus* – avrebbe potuto estrinsecarsi nei termini di una violazione degli «*obblighi di fedeltà*», oltre che attraverso la già prevista «*violazione degli obblighi d’ufficio*».

Doverosa, infine, l’implementazione dell’illecito tra i reati presupposto della responsabilità da reato degli enti.

Restava invece fermo il requisito della causazione di un «*nocumento alla società*», quale evento successivo e causalmente ricollegato all’accordo corruttivo intercorso¹².

Risultava altresì confermato il regime base della procedibilità a querela della persona offesa, ora però destinato a mutare in procedibilità d’ufficio nell’ipotesi in cui «*dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o di servizi*»¹³.

¹¹ Sul punto Seminara S., *Il reato*, cit., p. 63.

¹² In relazione al requisito del nocumento alla società erano andate sviluppandosi delle interpretazioni volte a estenderne il contenuto, sino a ricomprendervi pregiudizi di carattere anche non patrimoniale: cfr. Melchionda A., *Art. 2635 c.c.*, cit., p. 2700; Seminara S., *ibidem*; Bricchetti R., *La corruzione*, cit., p. 516; Bartoli R., *Corruzione tra privati*, in Mattarella B.G.-Pelissero M. (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, p. 445. La tesi estensiva ha trovato l’avvallo anche della Suprema Corte: si veda Cass., sez. V, 7 luglio 2014, n. 29605.

¹³ In dottrina è stato alquanto discusso il tema del rapporto intercorrente tra il nocumento alla società e la distorsione della concorrenza. Se in un primo momento era andata profilandosi un’interpretazione volta a riconoscere nella distorsione della concorrenza un *evento ulteriore* rispetto a quello del nocumento, posto in rapporto di derivazione causale non con la condotta tipizzata, bensì con il «fatto» descritto nella norma (Bricchetti R., *Corruzione tra privati: la mutazione dell’etichetta*, in *Guida dir.*, 2012, 48, ins. 13, p. XXXIV; Pulitanò D., *La novella in materia di corruzione*, in *Cass. pen.*, 2012, suppl. al n. 12, p. 15), è andata poi affermandosi una differente lettura secondo la quale, premesso che «*la concorrenza non rappresenta uno stato di fatto o un fenomeno di riscontro empirico, ponendosi piuttosto come una qualità del mercato [...] sicché la sua “distorsione” va concepita come pericolo astratto, connesso alla corruzione in atti aventi a oggetto l’acquisizione di beni o servizi*», sarebbe «*infondata l’idea che l’offesa alla concorrenza debba intendersi come ulteriore evento del reato, contestuale o successivo al danno per la società [...]*»: il concetto di distorsione «si risolve in quello di alterazione delle regole di funzionamento del mercato, condividendone così la proiezione sulla dimensione del pericolo astratto e legando la propria sussistenza all’oggetto della corruzione, costituito dall’acquisizione di beni o servizi» (così Seminara S., *Il reato*, cit., p. 67; Bricchetti R., *La corruzione*, cit., p. 518-519).

I due principali elementi di criticità, che avevano condannato all'ineffettività operativa la fattispecie dell'*Infedeltà*, venivano dunque a ripresentarsi nella nuova *Corruzione*, determinando per tale via il perpetuarsi della sostanziale estraneità dell'illecito dalle aule di giustizia.

La dottrina ha peraltro osservato che, dall'angolo visuale dell'interesse tutelato, la novella del 2012 ha segnato una parziale modifica di prospettiva rispetto a quella caratterizzante l'*Infedeltà patrimoniale*. Se infatti la previsione di un «*nocumento alla società*» e della procedibilità a querela evidenziavano una proiezione eminentemente *privatistica e patrimonialistica* della fattispecie originaria, in cui l'oggetto della tutela rimaneva all'*interno* della società, l'introduzione di un regime di punibilità d'ufficio per l'ipotesi in cui dal fatto derivi una distorsione per la concorrenza ha invece determinato un lieve spostamento dell'*asset* di protezione da una dimensione puramente privata e *intra*-societaria, verso una più sfumata linea di tutela nella quale convergono l'interesse patrimoniale della società e l'interesse *pubblico, extra*-societario alla concorrenzialità del mercato. L'individuazione della reale dimensione offensiva dell'illecito era resa ancor più incerta, secondo taluni, dal nuovo elemento della «*violazione degli obblighi di fedeltà*», il quale pareva introdurre un elemento di tutela inquadabile all'interno del modello *lealístico* di tutela¹⁴, in ossequio al quale l'interesse protetto dalla fattispecie si compendierebbe nella fedeltà dell'agente nei confronti del datore di lavoro.

Un mix di prospettive, dunque, che avrebbero consentito di individuare nella nuova corruzione tra privati un illecito a dimensione offensiva *sincretistica*¹⁵, comprensivo cioè di tutti i modelli di tutela potenzialmente rilevanti.

In definitiva, incidendo sulla fisionomia dell'illecito di cui all'art. 2635 c.c. e innestando delle venature pubblicistiche¹⁶ nell'oggettività giuridica tutelata dal medesimo, la riforma del 2012 ha determinato un effettivo avvicinamento della normativa interna rispetto ai canoni internazionali e comunitari, senza tuttavia riuscire a eliminare quelle mancanze strutturali che – in modo più o meno evidente – continuavano a rendere la disciplina della *Corruzione tra privati* non in linea con la Decisione quadro e con le Convenzioni di Strasburgo e Merida¹⁷.

¹⁴ Scrive Faiella S., *La corruzione fra privati*, in Cadoppi A.-Canestrari S.-Manna A.-Papa M. (diretto da), *Diritto penale dell'economia – Tomo primo*, Vicenza, 2016, p. 268 che «*la fattispecie ondeggia dunque, quanto alla messa a fuoco del proprio spettro di applicazione e tutela, tra la protezione del patrimonio sociale e la protezione dei doveri di fedeltà; tra la chiave strettamente privatistica e la dimensione lealística del rapporto fiduciario tra l'amministratore e la società*».

¹⁵ Così Spena A., *La corruzione tra privati e la riforma dell'art. 2635 c.c.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 2, p. 690 e s.

¹⁶ Cfr. Bricchetti R., *La corruzione*, cit. p. 512.

¹⁷ Netta è sul punto la valutazione espressa dall'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione: «*l'attitudine del novum legislativo a soddisfare pienamente i vincoli internazionali gravanti sul legislatore è quantomeno dubbia. Al mutamento del nomen iuris del reato configurato nell'art. 2635 non è corrisposta una effettiva trasformazione del suo contenuto*» se non per i aspetti illustrati poc'anzi (cfr. Rel. n. III/11/2012, concernente Novità legislative: L. 6 novembre 2012, n. 190 recante «Disposizioni

Un quadro normativo, quello emergente dalla novella del 2012, ancora insufficiente a garantire un'efficace repressione del fenomeno corruttivo in ambito privato: tale è il giudizio che esprime la Commissione europea nel febbraio del 2014, all'interno dell'annesso 12 – dedicato all'ordinamento italiano – della propria relazione al Consiglio e al Parlamento europeo sulla lotta alla corruzione nell'Unione. Nel citato documento la Commissione evidenzia infatti che l'Italia «*non ha ancora recepito pienamente la decisione quadro 2003/568/GAI*» e che, in particolare, nonostante la legge anticorruzione del 2012 abbia apportato delle modifiche alla disciplina previgente, essa tuttavia «*non affronta tutte le carenze connesse alla portata del reato di corruzione nel settore privato e al regime sanzionatorio*».

La Commissione si inserisce quindi nel solco delle valutazioni critiche che già il *Third Evaluation Round* del Greco aveva espresso, pur con riferimento alla precedente fattispecie della *Infedeltà patrimoniale*, e ribadisce talune mancanze strutturali che inficiano le potenzialità applicative della riformata disposizione di cui all'art. 2635 c.c., soffermando l'attenzione su alcuni punti specifici.

Per quanto concerne la sfera dei soggetti attivi, osserva la Commissione che la nuova *Corruzione tra privati* non definisce «*in modo abbastanza ampio le cariche dirigenziali che possono mettere in gioco la responsabilità dell'impresa per i reati di corruzione commessi dai relativi titolari, né prevedono la responsabilità nei casi di carenza di sorveglianza*». Volgendo quindi lo sguardo alla dimensione oggettiva dell'illecito, la Commissione sottolinea la riproposizione della procedibilità a querela «*e non ex officio, salvo se deriva una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o di servizi*», evidenziando altresì che il regime sanzionatorio applicabile alle persone giuridiche «*non sembra essere sufficientemente dissuasivo*».

La Relazione si conclude quindi con un generico invito a «*garantire il pieno recepimento ed attuazione della decisione quadro 2003/568/GAI*».

2. Il nuovo decreto legislativo n. 38 del 2017

A valle del percorso normativo qui sinteticamente richiamato si colloca il d.lgs. 38/2017, attuativo della legge di delegazione europea del 2015¹⁸. Il legislatore italiano prende le mosse proprio dall'invito ad adeguarsi agli standard comunitari formulato dalla Commissione nel 2014 – invito peraltro rafforzato nel 2015 dalla prospettazione dell'avvio di una procedura di infrazione contro l'Italia – e all'art. 19 della legge di delegazione europea incarica il Governo affinché provveda ad attuare la decisione quadro 2003/568/GAI. Passaggio normativo – questo – che pare strumentale a garantire l'allineamento dell'ordinamento interno non solo alle indicazioni dell'Unione, ma più in generale all'«*acquis*» di principi in tema di corruzio-

per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione», par. 3.6, p. 19).

¹⁸ Legge 12 agosto 2016, n. 170, recante delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea – Legge di delegazione europea 2015.

ne tra privati che è andato consolidandosi a livello internazionale: nella Relazione illustrativa al decreto delegato si legge infatti che, per quanto l'obiettivo immediato della novella sia quello di «rendere la normativa interna pienamente conforme alle previsioni della decisione-quadro», ciò consentirebbe anche di soddisfare l'esigenza, «più volte evidenziata dalla Commissione europea, di conformarsi ai principi stabiliti dagli articoli 7 e 8 della Convenzione penale sulla corruzione fatta a Strasburgo il 27 gennaio 1999 [...]».

Le linee di riforma tracciate nell'art. 19 della legge di delegazione si articolano in molteplici direzioni, guidando il legislatore delegato in un'opera di ampia rivisitazione della disciplina previgente in materia di corruzione tra privati. Lo sforzo legislativo si è tradotto in una novella a carattere ambivalente, nel senso che, se per un verso essa ha senza dubbio apportato all'assetto esistente delle modifiche di primaria importanza, ampliando la cerchia dei soggetti attivi, rimodulando la condotta tipizzata e perfino anticipando la soglia di rilevanza penale; per altro verso ha riplasmato la configurazione originaria innestando degli elementi dal contenuto ambiguo e, in certi casi, dalla dubbia capacità innovativa.

In generale merita peraltro di essere osservato che il nuovo intervento riformatore si segnala, distinguendosi in ciò dal d.lgs. 190/2012, per aver non solo incisivamente modificato la *Corruzione fra privati* disciplinata dall'art. 2635 c.c., ma per aver altresì provveduto a introdurre due nuovi articoli, il 2635-*bis* c.c. e il 2635-*ter* c.c., rispettivamente dedicati alla *Istigazione alla corruzione tra privati* e alle *Pene accessorie*: in tal senso, il decreto n. 38/2017 ha finito per creare all'interno del titolo XI del libro V del codice civile un microcosmo normativo specificamente dedicato alla materia *de qua*.

3. Le modifiche alla corruzione fra privati. Dalle società agli «enti privati»

Innanzitutto, il decreto in esame dispone un ampliamento generale dell'area di applicazione della corruzione tra privati. La riformata fattispecie di cui all'art. 2635 c.c. opera infatti non più e non solo con riferimento a condotte corruttive coinvolgenti – dal lato passivo – gli amministratori, i direttori generali, ecc. *di società*, bensì in relazione a tutti coloro che rivestano le suddette qualifiche in seno a «enti privati».

L'introduzione dell'inciso in parola – che concorre altresì a modificare la stessa rubrica del titolo XI del libro V del codice civile, ora riferita a società, consorzi e altri enti privati – rappresenta la prima manifestazione concreta della *voluntas legis* che ispira la riforma della corruzione tra privati, ossia quella di «rendere la normativa interna pienamente conforme alle previsioni della decisione quadro». L'atto normativo del Consiglio dell'Unione europea è infatti dedicato alla lotta contro la corruzione «nel settore privato», espressione ripetuta più volte nei diversi *consideranda* che precedendo l'articolato comunitario e che, evidentemente, ha una portata semantica che si estende, ma non si esaurisce, ai fenomeni corruttivi

che si manifestino nelle *società commerciali*, coprendo piuttosto tutte quelle pratiche di mercimonio illecito che, pur trovando cittadinanza nel «settore privato», si verificano in contesti *diversi* da quello societario.

Per quanto doveroso nell'ottica di un effettivo adeguamento al *dictum* sovranazionale, l'inciso di nuovo conio parrebbe rivelare tuttavia un inguaribile deficit di tassatività, nella misura in cui il legislatore nazionale non si premura di precisare quale sia il contenuto normativo concreto sotteso alla locuzione «enti privati», scaricando sull'interprete l'onere di lumeggiarne il significato e la portata applicativa.

In tale prospettiva, è possibile rinvenire alcuni appigli interpretativi nell'articolo della decisione quadro e nella Relazione di accompagnamento della Convenzione di Strasburgo.

L'art. 2 della decisione quadro, dopo aver delineato nel paragrafo 1 i tratti normativi che dovrebbero caratterizzare la corruzione attiva e passiva nel settore privato, precisa nel successivo paragrafo 2 che tale definizione «*si applica alle attività professionali svolte nell'ambito di entità a scopo di lucro e senza scopo di lucro*». L'inciso può essere letto in modo coordinato con la Relazione esplicativa della Convenzione di Strasburgo, la quale chiarisce che l'art. 7 della Convenzione – disposizione che definisce la corruzione attiva nel settore privato come il fatto «[...] *commesso intenzionalmente, nell'ambito di un'attività commerciale [...] di promettere, offrire o dare, direttamente o indirettamente, qualsiasi vantaggio indebito ad una persona che dirige o lavora in un ente del settore privato, per sé stesso o per un terzo, affinché realizzi o si astenga dal realizzare un atto che violi i suoi doveri*» (enfasi aggiunte) – circoscrive l'ambito applicativo dell'incriminazione ai soli fatti commessi nel corso di una *attività commerciale*, con ciò intendendosi ogni attività – *in primis* quella di scambio di beni o di servizi – di tipo mercantile o a vocazione lucrativa, per converso dovendosi escludere dall'alveo operativo dell'art. 7 ogni altra attività, posta in essere da persone fisiche o da organizzazioni, che sia *priva di finalità lucrativa*¹⁹: resta in ogni caso ferma la facoltà degli Stati di adottare una nozione più lata di corruzione privata, ricomprendente anche quelle condotte corruttive che si verifichino al di fuori dello svolgimento di attività commerciale. La medesima Relazione precisa inoltre che la locuzione «ente del settore privato» – di cui all'art. 7 – si riferisce a un ampio catalogo di *entities*, ricomprendente non solo le società, ma anche altri enti *privi di personalità giuridica*.

Dal combinato delle due disposizioni – l'art. 2, par. 2, della decisione quadro; l'art. 7 della Convenzione di Strasburgo, così come esplicito dalla Relazione di

¹⁹ «First of all, Article 7 restricts the scope of private bribery to the domain of “business activity”, thus deliberately excluding any non-profit oriented activities carried out by persons or organisations, e.g. by associations or other NGO's. This choice was made to focus on the most vulnerable sector, i.e. the business sector. Of course, this may leave some gaps, which Governments may wish to fill: nothing would prevent a signatory State from implementing this provision without the restriction to “in the course of business activities”. “Business activity” is to be interpreted in a broad sense: it means any kind of commercial activity, in particular trading in goods and delivering services, including services to the public (transport, telecommunication etc)».

accompagnamento – deriva che il nuovo inciso «enti privati» potrebbe pertanto essere interpretato nel senso che la platea tipologica di applicazione del 2635 c.c. comprenderebbe non solo le società e, più in generale, gli enti dotati di personalità giuridica, ma altresì gli enti che ne sono privi, come associazioni non riconosciute e fondazioni²⁰. Tale esito ermeneutico, per un verso, non troverebbe ostacoli di natura lessicale, dal momento che il legislatore della novella non ha indicato alcun elemento che potesse rivelare la volontà di circoscrivere la generica nozione di “enti privati”, escludendo da quel novero gli enti privi di soggettività giuridica; e, per altro verso, si porrebbe in linea con la disciplina dettata dal d.lgs. 231/2001 in tema di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, nella misura in cui il comma primo dell’art. 1 individua il proprio alveo soggettivo di applicazione negli «enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica», ossia negli enti “privati”, categoria ricavata in negativo da quella degli enti “pubblici”, non soggetti al regime normativo del decreto e contemplati al successivo comma terzo.

Sia consentita un’ultima osservazione. L’introduzione dell’inciso “enti privati” nell’art. 2635 c.c. ha recato con sé la necessità di modificare anche la rubrica del titolo XI del libro V, il quale pertanto risulta ora dedicato a «*Disposizioni penali in materia di società, di consorzi e di altri enti privati*»: aggiustamento letterale, questo, all’apparenza di minimo rilievo ed essenzialmente volto a garantire un «*allineamento con la nuova formulazione dell’art. 2635 c.c.*»²¹. A ben vedere tale allineamento è solo parziale, in quanto il legislatore delegato ha ommesso di modificare correlativamente la disciplina degli altri reati societari collocati nel titolo XII del codice civile, nella cui struttura continua a mancare qualsivoglia riferimento a “enti privati”: ecco che allora la modificazione lessicale del titolo XI, se pure garantisce la coerenza semantica tra la rubrica del titolo e la nuova formulazione della corruzione tra privati, rischia tuttavia di pregiudicare la coerenza intra-sistemica del titolo XI, in quanto il tenore attuale della rubrica finisce per contenere un sintagma che dovrebbe qualificare il campo applicativo di tutte le fattispecie incriminatrici lì presenti, ma che in realtà trova riscontro nella sola disposizione dedicata alla corruzione tra privati²².

3.1. I soggetti attivi

Per quanto concerne la sfera dei potenziali autori dell’illecito mercimonio, i documenti internazionali presentano il dato comune della notevole estensione *soggettiva* dell’area di applicazione delle fattispecie corruttive tra privati, ben più

²⁰ In tal senso anche Di Vizio F., *La riforma della corruzione tra privati*, in *Il Quotidiano Giuridico*, 3 aprile 2017, p. 5.

²¹ Cfr. Relazione illustrativa allo schema di decreto, reperibile sul sito http://www.governo.it/sites/governo.it/files/relazione_illustrativa_86.pdf.

²² Sul punto anche La Rosa E., *Verso una nuova riforma della “corruzione tra privati”: dal modello “patrimonialistico” a quello “lealistico”*, in *Dir.pen.cont.*, 23 dicembre 2016.

ampia di quella che connota la disposizione interna, così come risultante all'esito della riforma del 2012.

Se infatti con la riforma Severino la disposizione dell'art. 2635 c.c. aveva visto allargarsi la platea dei soggetti corruttibili sino a ricomprendere non solo i c.d. 'apicali', ma anche i 'dipendenti' della società, tuttavia la rinnovata *Corruzione tra privati* segnalava ancora delle lacune rispetto allo schema delineato nella Decisione quadro, nella Convenzione di Strasburgo e in quella di Merida.

In particolare, la fattispecie italiana non contemplava ancora l'ipotesi in cui l'accordo corruttivo fosse stipulato per il tramite di un *intermediario*, del corrotto o del corruttore: lacuna, questa, che pure il *Third Evaluation Round* aveva già evidenziato²³. Dall'angolo visuale dell'*accipiens*, non rientravano nella categoria dei potenziali corruttibili tutti coloro che, per quanto operanti nel contesto della società, fossero tuttavia estranei all'organizzazione societaria: *in primis*, i professionisti 'esterni' alla società. Il Rapporto della Commissione del 2014 – come già riportato *supra* – lamentava infine che «*le nuove disposizioni non definiscono in modo abbastanza ampio le cariche dirigenziali che possono mettere in gioco la responsabilità dell'impresa per i reati di corruzione commessi dai relativi titolari, né prevedono la responsabilità nei casi di carenza di sorveglianza*».

Il decreto delegato n. 38/2017 tenta di porre rimedio alle segnalate criticità e dispone un allargamento della sfera di applicazione soggettiva della corruzione tra privati, operando in particolare lungo due direttrici di intervento.

Viene innanzitutto inserita tra le modalità della condotta corruttiva, attiva e passiva, la possibilità che l'accordo illecito venga perfezionato «*per interposta persona*»: evenienza che conduce, «*ai sensi dell'art. 110 del codice penale, anche alla responsabilità dell'intermediario medesimo*»²⁴.

Della reale innovatività dell'interpolazione *de qua* è lecito dubitare, in quanto al medesimo esito applicativo già era possibile pervenire facendo applicazione delle generali regole sul concorso di persone nel reato: tant'è che la stessa Relazione di accompagnamento, come segnalato, precisa che la posizione dell'intermediario verrà definita mediante il combinato normativo dell'art. 110 c.p. e dell'art. 2635 c.c.

Secondariamente viene inserito un nuovo periodo in chiusura del comma I dell'art. 2635 c.c., a mente del quale le medesime pene previste per i corrotti 'apicali' si applicano anche a colui che «*nell'ambito organizzativo della società o dell'ente privato esercita funzioni direttive diverse da quelle proprie dei soggetti di cui al precedente periodo*» (enfasi aggiunte), ossia funzioni che, per quanto di livello "direttivo", non sono tuttavia riconducibili a quelle esercitate da amministratori, direttori generali, dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, sindaci e liquidatori.

²³ Precisa infatti il *Third Evaluation Round*, cit., p. 29 che «[...] *there is no explicit reference as to the indirect commission of the offence, e.g. through intermediaries*».

²⁴ Cfr. Relazione illustrative allo schema di decreto, cit., pag. 2.

All'esito di tale innesto normativo – verosimilmente sollecitato dalla critica mossa dal Commissione europea nel 2014 – l'alveo dei potenziali corruttibili *ex art. 2635 c.c.* si articola ora in tre categorie di soggetti: i titolari di funzioni direttive e di controllo (comma primo, primo periodo); coloro che svolgono funzioni direttive *diverse* da quelle esercitate dai soggetti del primo gruppo (comma primo, secondo periodo); i dipendenti dell'ente privato, con ciò intendendosi tutti coloro che siano sottoposti alla direzione e alla vigilanza dei soggetti indicati nel comma primo (comma secondo). Alla tripartizione tipologica corrisponde peraltro una bipartizione sanzionatoria, in quanto alla pena della reclusione da uno a tre anni riservata ai soggetti delle prime due categorie (comma primo) fa da contraltare il più mite trattamento repressivo disposto nei confronti dei sottoposti all'altrui direzione e vigilanza, i quali vengono colpiti con la pena della reclusione da sei mesi a due anni (comma secondo).

Occorre chiarire *chi* rientri nella nuova categoria dei corrotti e, sul punto, la Relazione di accompagnamento al decreto giustifica l'estensione soggettiva in esame argomentando in base a esigenze di «*coerenza con il principio generale in materia di reati societari, di cui all'art. 2639 del codice civile, relativo all'estensione delle qualifiche soggettive al soggetto qualificato dalla giurisprudenza come "amministratore di fatto"*»²⁵. In altri termini, il nuovo periodo dell'art. 2635, comma I, c.c. altro non sarebbe che una mera esplicitazione normativa specifica del più generale principio già fissato dall'art. 2639 c.c.: conclusione, questa, che finirebbe peraltro per escludere qualsivoglia portata innovativa alla modifica introdotta, posto che a tale esito ampliativo già si poteva giungere, appunto, mediante il combinato disposto dell'art. 2639 c.c. e dell'art. 2635 c.c.

L'impressione è che l'estensione della sfera soggettiva *a latere accipiens*, operata con il decreto 38/2017, lungi dall'esaurirsi in una plana riproposizione del principio fissato dall'art. 2639 c.c., contenga in realtà un'apparente carica innovativa che – per quanto probabilmente non voluta o non prevista dal legislatore – determinerebbe, almeno in teoria, l'applicabilità della corruzione tra privati anche a soggetti diversi da quelli già recuperabili a pena per il tramite dell'art. 2639 c.c.

L'impressione scaturisce dal confronto tra la formulazione letterale del primo comma dell'art. 2639 c.c. e quella del secondo periodo, primo comma, dell'art. 2635 c.c.

L'equiparazione delle qualifiche soggettive disposta dal primo comma dell'art. 2639 c.c. concerne due categorie di soggetti: 1) coloro che siano tenuti a svolgere «*la stessa funzione, diversamente qualificata*»; 2) quanti esercitino «*in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione*».

La prima categoria citata ricomprende tutti quei soggetti che, pur regolarmente investiti di una determinata funzione all'interno dell'organigramma societario, non sono tuttavia titolari di una qualifica *formalmente* riconducibile a quelle tipicamente richiamate dalle ipotesi delittuose previste nel titolo XI del libro V

²⁵ Relazione, pag. 2.

(amministratori, direttori, sindaci, liquidatori, responsabili della revisione)²⁶. La seconda perifrasi consente invece di ricomprendere tra i soggetti attivi dei reati societari²⁷ i c.d. *soggetti di fatto*, ossia coloro che, per quanto *privi di formale investitura*, esercitano (di fatto) in modo continuativo e significativo i poteri inerenti a una determinata qualifica.

Ciò premesso, la lettura dell'art. 2639 c.c. e dell'art. 2635 c.c. novellato evidenzia una somiglianza di formulazioni che tuttavia, a un più attento vaglio delle due norme, si rivela essere solo apparente: mentre l'art. 2639, co. 1, c.c. estende la soggettività attiva sino a colpire anche chi, formalmente investito della qualifica o della funzione, «è tenuto a svolgere *la stessa funzione, diversamente qualificata*», il secondo periodo dell'art. 2635 c.c. si riferisce invece a colui che, nell'ambito organizzativo della società o dell'ente privato, «esercita *funzioni direttive diverse*» da quelle proprie di amministratori, direttori generali, dirigenti preposti alla redazione di documenti contabili societari, sindaci e liquidatori.

Tenuto conto che coloro che rivestono la qualifica di amministratori, direttori ecc., nonché quanti siano a essi equiparati *ex art.* 2639 c.c., sono soggetti titolari di funzioni direttive implicanti attività di gestione o di controllo, il nuovo secondo periodo dell'art. 2635 c.c., nella misura in cui estende la platea dei potenziali corruttibili sino a ricomprendere soggetti che siano titolari di funzioni direttive *diverse* da quelle esercitate da amministratori ecc., non può che riferirsi a quelle figure che, pur rivestendo funzioni direttive, tuttavia non siano titolari di poteri di gestione o di controllo.

La nuova 'classe' di corruttibili si distingue peraltro anche da quella dei sottoposti a direzione o vigilanza: in tal senso depono inequivocabilmente non solo la differente collocazione topografica delle due categorie di soggetti all'interno della struttura della norma – l'una al primo comma, l'altra al terzo –, ma anche la circostanza che i soggetti dipendenti sono, per definizione normativa, sottoposti all'altrui vigilanza e quindi privi di poteri *latu sensu* "direttivi".

La riforma consegna dunque all'interprete una fattispecie di corruzione tra privati che, dall'angolo visuale dei potenziali corruttibili, contempla non più solo gli apicali e i dipendenti, ma anche una non meglio precisata categoria "intermedia" di figure che, per quanto vicina a quella degli apicali, non sarebbe tuttavia a questa riconducibile.

²⁶ In ossequio all'orientamento interpretativo dominante, la citata equiparazione legislativa – tra qualifiche tipiche e qualifiche formalmente diverse, ma sostanzialmente identiche sotto il profilo funzionale – troverebbe la propria *ratio* nella riconosciuta prevalenza della sostanza sulla forma, dei poteri e funzioni effettivamente esercitati rispetto alla qualifica formalmente accordata, e sarebbe finalizzata (in ciò compendiandosi il *telos* della disposizione) a evitare i potenziali vuoti di tutela che si verificherebbero laddove l'assetto societario adottato non contemplasse investiture nominalmente identiche a quelle proprie di un sistema tradizionale.

²⁷ Ma non solo, tenuto conto che la norma troverebbe applicazione anche con riferimento ad altri settori del diritto penale dell'economia: sul punto, in generale, cfr. La Spina L., *Art. 2639 c.c. Estensione delle qualifiche soggettive*, in Cadoppi A.-Canestrari S.-Manna A.-Papa M. (diretto da), *Diritto penale dell'economia – Tomo primo*, Vicenza, 2016, p. 363 e s.

Tutto ciò premesso, occorre considerare che, anche laddove si individuassero – impresa non così semplice – delle soggettività riconducibili alla nuova classe di corruttibili, resterebbe il dubbio della reale necessità di prevedere l'estensione di cui al secondo periodo del primo comma dell'art. 2635 c.c. Proprio in quanto si tratta di soggetti che – per espressa indicazione legislativa – non svolgono funzioni di direzione e di controllo, ciò significa che alla direzione e al controllo altrui debbono evidentemente essere sottoposti: pertanto, l'eventuale accordo corruttivo nel quale fossero coinvolte queste figure avrebbe già avuto rilievo penale ai sensi del terzo comma dell'art. 2635 c.c., disposizione per l'appunto dedicata al corrotto che sia sottoposto alla direzione e vigilanza altrui. Non vi era quindi un vuoto di tutela, una breccia di impunità *a latere accipiens* tale da imporre la specifica disposizione introdotta con il decreto 38/2017²⁸.

Le suesposte considerazioni inducono pertanto a ritenere che l'interpolazione legislativa del primo comma dell'art. 2635 c.c. si risolve in un'innovazione solamente apparente, la quale si inserisce in un sostrato normativo che – così come modificato nel 2012 – fissava una cerchia soggettiva che, dal lato dei corrotti, già appariva idoneo a coprire tutte le figure e tutti i ruoli tipicamente previsti all'interno delle società commerciali.

La novella del 2017 non si è invece occupata della posizione dei soggetti “esterni” all'ente, ma tuttavia variamente legati a quest'ultimo. A tutt'oggi il delitto di corruzione tra privati non ricomprende ancora, tra i soggetti corruttibili, i professionisti esterni all'ente privato: la disciplina italiana sulla materia *de qua* continua pertanto a non essere perfettamente aderente al dettato delle Convenzioni e della decisione quadro le quali, come detto, richiedono invece un'estensione dell'incriminazione nei confronti di tutti coloro che, a qualsiasi titolo, dirigono o lavorano per un ente privato, ivi comprese le professionalità ‘esterne’.

Per quanto concerne specificamente il versante attivo della corruzione, il decreto n. 38/2017 ha provveduto a sostituire il precedente terzo comma dell'art. 2635 c.c. – dedicato al corruttore –, in modo tale da renderlo specularmente omogeneo con l'intervenuta modifica del primo comma. Viene quindi sanzionato con le medesime pene previste per i soggetti di cui al primo comma «*chi, anche per interposta persona, offre, promette o dà denaro o altra utilità non dovuti alle persone indicate nel primo e nel secondo comma*».

²⁸ In tal senso non pare dunque che, sul punto, la fattispecie di *Corruzione fra privati*, così come formulata a seguito della riforma del 2012, segnasse una lacuna soggettiva di operatività, a differenza di quanto segnalato nell'Annesso 12 alla Relazione della Commissione sulla lotta alla corruzione nell'Unione, ove appunto si evidenziava che il nuovo illecito non definisce «*in modo abbastanza ampio le cariche dirigenziali che possono mettere in gioco la responsabilità dell'impresa per i reati di corruzione commessi dai relativi titolari, né prevedono la responsabilità nei casi di carenza di sorveglianza*» (p. 14). La medesima considerazione è espressa da La Rosa E., *Verso una nuova riforma*, cit.

3.2. Il fatto tipico

Le novità più significative della riforma del 2017 incidono sulla dimensione oggettiva della corruzione tra privati e si condensano nella rivisitazione della struttura del fatto tipico.

Oltre a precisare (nel primo e nel terzo comma) che il denaro o le altre utilità, intese come controprestazione incombente sul corruttore per la violazione degli obblighi di ufficio o di fedeltà da parte del corrotto, devono essere «*non dovuti*», ossia indebiti, e che i medesimi possono anche essere destinati a vantaggio di soggetti *terzi*, la novella legislativa dispone altresì un ampliamento delle modalità mediante le quali le parti possono addivenire all'accordo illecito. Nella prospettiva di allineare la struttura della fattispecie a quanto prescritto dall'art. 2 della decisione quadro, e in adeguamento a quanto evidenziato dal Rapporto Greco, la Relazione illustrativa spiega che il legislatore ha specificamente inserito la *sollicitazione – a latere accipiens* – e l'*offerta* – dal lato del corruttore – di denaro o di altre utilità indebite quali tipologie penalmente rilevanti di condotte prodromiche alla stipulazione dell'accordo – che pure deve avvenire –, le quali vanno dunque a completare il quadro comportamentale già includente l'accettazione di dazioni o di promesse.

La Relazione illustrativa resta curiosamente silente in ordine alla più rilevante modificazione operata dal decreto legislativo, la quale non solo determina una fondamentale riconfigurazione della struttura della corruzione tra privati, ma altresì sembra rivelare un netto mutamento della proiezione offensiva dell'illecito: viene eliminato il «*nocumento alla società*», evento alla cui verifica doveva essere causalmente indirizzata la condotta di violazione degli obblighi di ufficio o di fedeltà, e «*il compimento o l'omissione dell'atto*» viene disancorato dalla dimensione oggettiva per essere ricollocato sul piano dell'elemento psicologico del reato, divenendo oggetto del dolo specifico.

L'eliminazione del «*nocumento alla società*» segna un momento di netta cesura rispetto all'opzione normativa operata nel 2002 e confermata nel 2012. Sia l'*Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*, sia la *Corruzione tra privati* – a prescindere dal fuorviante *nomen iuris* che la connotava – non disponevano una *diretta* incriminazione della corruzione in quanto tale: a differenza di quanto previsto con riferimento alla corruzione pubblica, il disvalore della condotta tipizzata nell'art. 2635 c.c. non si esauriva infatti nella stipulazione dell'accordo, ma richiedeva un *quid pluris* rappresentato dal compimento della condotta oggetto di mercimonio e dal successivo evento del danno (nel senso ampio inteso dalla giurisprudenza) per la società di appartenenza del corrotto. Una duplice causalità quindi, occasionata dall'accordo “a monte” perfezionato, sulla quale finiva per incentrarsi il nucleo offensivo della condotta descritta e che mal si conciliava con lo schema tipico della corruzione tradizionalmente intesa, finendo invece per rendere la fattispecie *de qua* simile a una infedeltà patrimoniale, ancorché qualificata dal precedente accordo intercorso.

L'attuale configurazione oggettiva della corruzione tra privati, recuperata la dimensione offensiva sul piano dell'accordo, sembra finalmente abbandonare l'alveo dei delitti di infedeltà per rientrare tra i ranghi dei reati di corruzione in senso stretto, tanto che appare evidente la somiglianza della struttura del nuovo illecito con quella che caratterizza la corruzione impropria antecedente di cui all'art. 319 c.p.

L'eccentrica presenza di un evento, descritto nei termini di un documento alla società, è elemento che non esaurisce la propria rilevanza ai soli fini di chiarire quale sia la reale struttura della fattispecie, ma rappresenta altresì un indicatore di fondamentale importanza – assieme a quello della procedibilità – allorché ci si interroghi su quale sia il bene giuridico tutelato dalla norma.

Dall'analisi delle precedenti configurazioni normative che la corruzione tra privati aveva assunto nell'ordinamento italiano, ancorate alla previsione del documento per la società e alla punibilità a querela, traspariva con chiarezza l'impostazione *privatistica* che ne aveva ispirato la formulazione: un'impostazione, come più sopra precisato, a sua volta declinata ora in chiave nettamente *patrimoniale* – emergente dalla fattispecie del 2002 –, ora in una più sfumata compresenza di innesti *patrimonialistici* e *lealistici*, sui quali era possibile rinvenire delle venature *pubblicistiche* – caratterizzante la figura del 2012 –. In definitiva, ciò che il legislatore italiano mirava a tutelare mediante la corruzione tra privati erano interessi del tutto *intra-societari*, ai quali poteva eventualmente affiancarsi la protezione del bene-concorrenza laddove ricorresse l'ipotesi del quarto comma.

Il venire meno del documento alla società, che assurgeva a fulcro di disvalore dell'illecito e sul quale si condensava l'interesse patrimonialistico protetto dalla norma, sembra aver determinato un evidente spostamento del baricentro di tutela, focalizzato ora sulla relazione fiduciaria che intercorre tra il soggetto corrotto e la società o l'ente privato per il quale il primo opera.

La 'nuova' corruzione tra privati sembra mutare quindi il paradigma offensivo, passando dal modello *patrimonialistico* al modello *lealistico*: in ogni caso, resta ferma l'impostazione privatistica di fondo, dal momento che la fattispecie continua a orientare la propria dimensione d'intervento a tutela di interessi meramente *interni* alla società o all'ente privato. Tale osservazione risulta corroborata dalla problematica scelta di non rinunciare al regime della procedibilità a querela della persona offesa, per tutte le ipotesi 'base' di corruzione tra privati.

Il decreto n. 38/2017, nonostante la dichiarata intenzione di rendere la normativa interna pienamente conforme alla decisione quadro 2003/568/GAI, finisce quindi per confermare la diversa teleologia offensiva che già connotava le precedenti formulazioni della corruzione tra privati rendendo la fattispecie italiana, anche da questo punto di vista, distonica rispetto alle indicazioni internazionali e comunitarie, per converso pacificamente orientate a reprimere la corruzione in ambito privato quale passaggio essenziale per la tutela dei mercati e della concorrenza. Un limitato riconoscimento alle istanze pubblicistiche che animano la

decisione quadro e le Convenzioni si rinviene nel quinto comma dell'art. 2635 c.c., rimasto immutato, a mente del quale il regime di procedibilità varia – divenendo d'ufficio – laddove «*dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nell'acquisizione di beni o servizi*».

La previsione del comma da ultimo citato solleva peraltro un problema ulteriore, puntualmente evidenziato dai primi commenti alla novella²⁹.

Il riferimento concerne le difficoltà di individuare un nesso capace di mettere in relazione causale diretta la stipula dell'accordo corruttivo – fulcro attorno al quale ruota il disvalore della nuova corruzione tra privati – con il verificarsi di una distorsione per la concorrenza: se infatti già nella pregressa impostazione patrimonialistica appariva complicato individuare un legame eziologico intercorrente tra l'ulteriore evento della distorsione della concorrenza e il precedente (logico) del nocumento alla società – tanto da aver stimolato letture differenti, per le quali la distorsione della concorrenza poteva essere intesa come evento connesso sì alla condotta tipica ma non al nocumento, e quindi come evento alternativo a quest'ultimo (cfr. *supra*, nota 13) –, tale ricerca appare ancor più difficile allorché si muova dal diverso modello lealístico ora adottato dal legislatore. Non sembra infatti praticabile la linea interpretativa che, riqualificando l'evento della distorsione della concorrenza in termini di pericolo astratto, individuerrebbe il pericolo della distorsione medesima come elemento sempre insito nell'accordo corruttivo: l'esito sarebbe quello di rendere la corruzione tra privati *sempre* procedibile d'ufficio, di fatto abrogando la previsione della punibilità a querela del primo comma, con evidente violazione del principio di stretta legalità³⁰.

Merita peraltro di essere segnalato che il mutamento del paradigma offensivo, incentrato ora sulla violazione del vincolo di fedeltà che intercorre tra il corrotto e la società o l'ente privato per il quale questo opera, non è stato realizzato in modo “completo” dal legislatore italiano. Se infatti il nucleo di disvalore della corruzione si esprime nei termini di una rottura del vincolo fiduciario, tale violazione avrebbe dovuto assumere rilievo penale non solo laddove si concretizzi nel compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio o di fedeltà, ma altresì nel caso in cui il mercimonio avesse ad oggetto la realizzazione o l'omissione di un atto *conforme* ai doveri d'ufficio: anche in questo caso, infatti, l'*intraneus* sarebbe mosso da un interesse diverso da quello proprio del datore, che dovrebbe invece guidare le scelte dell'agente, a nulla rilevando che il diverso interesse che lo spinge ad attivarsi o ad astenersi vada nella medesima direzione di quello del datore.

²⁹ Cfr. La Rosa E., *Verso una nuova riforma*, cit.; nonché Di Vizio F., *La riforma della corruzione*, cit., p. 11.

³⁰ Nella prospettiva di garantire un recupero di funzionalità e di effettività applicativa alla nuova fattispecie, potenzialmente pregiudicata dalle limitazioni derivanti dalla procedibilità a querela, nei primi commenti alla riforma è stata avanzata la possibilità di fornire una lettura estensiva dei soggetti legittimati a proporre querela, tra i quali ricomprendere, oltre all'ente privato, ai singoli soci, associati e componenti dell'ente privato o all'organo assembleare, anche i creditori dell'ente e i concorrenti diretti dell'ente (cfr. Di Vizio F., *La riforma della corruzione*, cit., p. 12).

Il legislatore ha invece limitato la rilevanza penale della corruzione tra privati alla sola configurazione di corruzione propria antecedente, non contemplando la diversa conformazione in chiave di corruzione impropria antecedente: tale scelta sembra forse giustificata dal rilievo meramente privatistico dei beni oggetto di tutela, il quale avrebbe difficilmente legittimato, sul piano della gerarchia dei valori, una estensione del penalmente rilevante sino a colpire gli accordi corruttivi aventi a oggetto il compimento (o il mancato compimento) di atti conformi ai doveri d'ufficio o di fedeltà.

4. *Il nuovo art. 2635-bis c.c.*

L'art. 4 del decreto n. 38/2017 inserisce un nuovo art. 2635-*bis*, specificamente dedicato alla *Istigazione alla corruzione tra privati*.

La fattispecie di nuovo conio determina un'anticipazione della soglia di rilevanza penale della corruzione in ambito privato, sia sul versante della corruzione attiva che su quello della corruzione passiva. Il primo comma dell'art. 2635-*bis* c.c. sanziona con la pena di cui al primo comma dell'art. 2635 c.c., ridotta di un terzo, chiunque offre o promette denaro o altra utilità non dovuti ai soggetti ivi individuati, affinché compia od ometta un atto in violazione degli obblighi inerenti al proprio ufficio o degli obblighi di fedeltà, qualora l'offerta o la promessa non siano accolte. In modo del tutto speculare, il comma secondo della norma sanziona gli 'apicali', o i soggetti esercitanti funzioni direttive diverse da quelle di questi ultimi, laddove sollecitino per sé o per altri, anche per interposta persona, una promessa o dazione di denaro o di altra utilità, per compiere o per omettere un atto in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà, qualora la sollecitazione non sia accettata.

Non vi è alcun riferimento all'istigazione alla corruzione, attiva o passiva, nell'ipotesi in cui questa provenga da, o sia rivolta a, soggetti sottoposti alla direzione o vigilanza di cui al comma secondo dell'art. 2635 c.c.

Anche l'istigazione alla corruzione – in linea con la previsione 'base' dell'art. 2635 c.c. – è punibile a querela della persona offesa.

5. *Profili sanzionatori*

La novella legislativa in esame completa la rimodulazione del trattamento sanzionatorio della corruzione tra privati già in parte anticipata, sul versante dell'ablazione patrimoniale, dal precedente d.lgs. 29 ottobre 2016, n. 202. Tale ultimo intervento normativo – recante attuazione della direttiva 2014/42/UE relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea – ha aggiunto un nuovo sesto comma all'art. 2635 c.c., in virtù del quale «fermo quanto previsto dall'art. 2641, la misura della confisca per valore equivalente non può essere inferiore al valore delle utilità date o promesse». Il legislatore fissa dunque una soglia minima dell'ablazione per equivalente, non parametrata rispetto

al valore del prodotto o del profitto del reato, o degli *instrumenta sceleris*, bensì determinata dall'entità «*delle utilità date o promesse*»: con evidenti incertezze sul piano probatorio, posto che nella maggior parte dei casi potrebbe essere difficile individuare il *quantum* dato o promesso, dal corruttore al corrotto, nell'ambito di un *pactum sceleris* che, per definizione, non si presta a pubblicizzazioni di sorta.

Il d.lgs. 38/2017 apporta una variazione minimale alla formulazione del sesto comma dell'art. 2635 c.c., così come introdotto mediante il d.lgs. 202/2016, sostituendo l'inciso «*utilità date o promesse*» con «*utilità date, promesse o offerte*», allo scopo di rendere tale comma coerente con la nuova fisionomia del comma primo e del comma terzo.

Si noti peraltro che il d.lgs. 202/2016 ha arricchito ulteriormente il corredo sanzionatorio-patrimoniale orbitante attorno alla corruzione tra privati, prevedendo l'applicabilità della c.d. *confisca estesa* – di cui all'art. 12-*sexies*, d.l. 306/1992 – anche in caso di condanna (o di applicazione della pena su richiesta delle parti) per il delitto *de quo*. La condanna definitiva per il reato di corruzione tra privati è dunque condizione sufficiente per fondare la presunzione della illecita provenienza di tutti i beni o utilità di cui il condannato sia titolare o abbia la disponibilità, anche per interposta persona, quando il valore di tali beni o utilità sia *sproporzionato* rispetto al proprio reddito o alle proprie attività economiche, gravando sul condannato medesimo l'onere di dimostrarne la provenienza lecita.

La novella del 2017 non modifica il quadro editale previsto per le ipotesi di *Corruzione tra privati*, ma introduce un nuovo art. 2635-*ter* c.c.: quest'ultima disposizione prevede che la condanna per i delitti di cui agli artt. 2635 e 2635-*bis* comporta in ogni caso l'applicazione della pena accessoria dell'interdizione temporanea dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese di cui all'art. 32-*bis* del codice penale.

Da ultimo – verosimilmente allo scopo di porre rimedio alla scarsa dissuasività delle sanzioni irrogate alle persone giuridiche, come evidenziata dalla Commissione Europea – mediante l'art. 6 del decreto n. 38/2017 il legislatore dispone una rivisitazione in senso peggiorativo delle sanzioni pecuniarie irrogate nei confronti delle persone giuridiche in caso di commissione dei reati di corruzione tra privati e di istigazione alla corruzione tra privati. Per quanto concerne il delitto di cui all'art. 2635 c.c., la nuova lett. *s-bis*) dell'art. 25-*ter*, co. 1, del d.lgs. 231/2001, prevede un innalzamento della forbice sanzionatoria, non più compresa nel *range* «*da 200 a 400*» quote, ma attestata ora tra un minimo di 400 quote a un massimo di 600 quote. Nella medesima disposizione viene inoltre inserito un riferimento alla neo-introdotta istigazione alla corruzione tra privati: tale delitto, laddove dovesse condurre a responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, comporta l'irrogazione di una sanzione pecuniaria compresa tra 200 e 400 quote.

In entrambi i casi – corruzione tra privati e istigazione alla corruzione tra privati – trovano applicazione altresì «*le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2*» del decreto 231.

* * *

I REATI DI FALSO GIUDIZIARIO DOPO L'INTRODUZIONE DEL DELITTO DI "DEPISTAGGIO"³¹

1. Le modifiche introdotte nel corpo dei delitti contro l'amministrazione della giustizia nel testo approvato definitivamente dalla Camera dei deputati il 5 luglio 2016, costituiscono un'ulteriore conferma delle caratteristiche ormai assunte dalla "produzione del penale" nell'attuale temperie politica.

Prima di analizzare sinteticamente la novella provo a dar conto di questa affermazione.

1.1. Rispetto alla proposta di legge n. 559-B, approvata dalla Camera il 14 settembre 2014, quanto licenziato in via definitiva recepisce le modifiche apportate dal Senato il 27 maggio 2016: tra queste spiccano scelte punitive improntate ad un estremo, generalizzato, rigore sanzionatorio: in un contesto irto di circostanze aggravanti ad effetto speciale, ad esempio, la *vedette* prevede una pena da 3 a 8 anni e, per condanne superiori al minimo, l'interdizione perpetua dai pubblici uffici. Solo premiali le attenuanti.

1.2. Ancora, come funziona la produzione del penale in un contesto politico sinteticamente definibile come *democrazia del leader*³². Alla marginalizzazione o, addirittura, sempre incombente criminalizzazione di membri del governo, del Parlamento e della rappresentanza politica, si accompagna lo strapotere del fattore "M" [Media e Magistratura]. Il *Leader*, per stare in sella deve continuamente fare i conti con le istanze di quella che, con tutte le ambiguità del concetto, chiamiamo "antipolitica": il tratto comune, trasversale, sta nel dare voce assordante a quella che è stata definita una "società giudiziaria"³³, animata da una inesauribile istanza

³¹ Relazione al "Seminario internazionale di diritto penale", organizzato dall'Università degli studi di Cagliari-Dipartimento di giurisprudenza (1-3 marzo 2017).

Gaetano Insolera è autore dei paragrafi 1, 1.1, 1.2, 1.3, 1.4, 1.5, 1.6, 2 e 3: il testo riprende alcune osservazioni sulla legge nell'immediatezza dell'entrata in vigore in *Punire il depistaggio: prime, incomplete riflessioni: la situazione è disperata e seria*, in *Parola alla difesa*, n.1/2016; Francesca Consorte è autore dei paragrafi 3.1, 3.2, 4 e 5.

³² M. Calise, *La democrazia del leader*, Bari 2016; G. Insolera, *Qualche riflessione sul diritto penale nella "democrazia del leader"*, in *Indice penale*, 2016, 379 ss.

³³ Efficace l'analisi di M. Anselmi, *Populismi e populismi*, in *Populismo penale: una prospettiva italiana*, Padova, 2015, 1 ss.; L. Violante, *Populismo e plebeismo nelle politiche criminali*, in *Criminalia*, 2015, 197 ss.; *Idem*, *La crisi del giudice 'bocca della legge' e l'emergere di nuove concezioni del ruolo giudiziario* in AA.VV. *Anatomia del potere giudiziario* (a cura di Guarnieri, Insolera, Zilletti), Roma, 2016, 32 ss: «... comincia a trovare un proprio spazio tra la società civile e la società politica una società di mezzo, che possiamo chiamare società giudiziaria. Questa società si avvale di criteri di valutazione e di metodi di confronto basati essenzialmente sulla centralità del diritto penale nella vita economica, sociale

punitiva e vendicativa. Una società intronata da un flusso continuo di notizie, di complotti³⁴, di caste, di privilegi, di malaffare, che volge lo sguardo al *leader* e alla sua “recitazione”, cercando conferme su repliche pronte e dure.

Il rapporto con un “società punitiva” rancorosa, vendicativa anima in modo unanime quel che resta della rappresentanza politica: efficacemente si è parlato di olocrazia, di governo della folla oggi sempre più impaurita e smarrita³⁵. E ciò potrebbe spiegare i numeri “bulgari” dell’approvazione della legge [325 sì, 1 no, 14 astenuti]. Ma anche i *tweet* delle cariche politiche più importanti: Renzi “*approvata oggi la legge su #depistaggio. Una scelta giusta, un atto dovuto, Un pensiero alle famiglie delle vittime delle stragi*”. Boldrini, “*#Depistaggio è finalmente legge: sarà possibile punire ancora meglio (enfasi mia) chi ostacola la ricerca della verità*”; Grasso, “*Un contributo alla richiesta di verità dei familiari delle vittime delle stragi*”.

1.3. Il nuovo reato di depistaggio reca, netto, il marchio del pensiero “complot-tista”.

Ciò non solo per il primo firmatario della proposta di legge³⁶: nel passaggio, tra Camera e Senato, nella scelta di andare da un reato comune ad uno proprio, del pubblico agente, si riflette l’ininterrotta ricerca di trame di Stato, di terzi livelli, di grandi vecchi. Dalle vicende della stagione terroristica a quelle di mafia, alla “trattativa”, agli *affaire* politico-amministrativi. Un compasso applicativo confermato dall’aggravante del 3° comma dell’art. 375 [reclusione da sei a dodici anni] con la previsione del fatto commesso “in relazione” all’art. 2 L. n. 17/82 (cd. legge Spadolini sulle associazioni segrete).

Il tipo d’autore è quello del poliziotto, del funzionario o del politico infedele, traditore, asservito o manutengolo, protagonista o complice, di tutti i “misteri” della Repubblica.

1.4. Probabilmente frutto di una sorta di automatismo giustificativo il ritornello che evoca una inadeguatezza del nostro ordinamento per la mancata previsione di

e politica della nazione; conseguentemente ha come decisivo punto di riferimento la magistratura ordinaria, in particolare quella parte rappresentata dalle Procure della Repubblica. Della società giudiziaria fanno parte cittadini comuni, mezzi di comunicazione, forze sociali, parlamentari e interi partiti. Essa attinge tanto dalla società civile quanto dalla società politica, ma si presenta solo come rappresentante della società civile, disdegnando qualunque relazione con la società politica, anche se alcune sue componenti ne fanno parte a pieno titolo. La società giudiziaria non chiede il processo, chiede la punizione di chi considera colpevole perché imputato, non condannato, per qualsiasi tipo di reato, oppure perché appartenente a quelle classi dirigenti ritenute responsabili del malaffare o titolari di privilegi ingiustificabili. Ciò che punisce risana, sembra ritenere la società giudiziaria».

³⁴ Vedi AA.VV. *Congiure e complotti. Da Machiavelli a Beppe Grillo* (a cura di Campi-Varasano), Rubattino, 2016; per una rivisitazione degli “anni di piombo”, con l’intento di rivedere le ipotesi complottiste, V. Satta, *I nemici della Repubblica*, Milano 2016, 11.

³⁵ Interessanti le osservazioni di N. Mastrolia, *Il governo della folla*, in *Il Foglio*, 15 luglio 2016, 1.

³⁶ Ispirazione rintracciabile diffusamente nei *dossier* del partito di maggioranza, reperibili in rete, che hanno accompagnato i lavori parlamentari.

un reato specifico di depistaggio: la questione è posta in modo monco perché in questo caso non si può ricorrere al consueto “lo vuole l’Europa”. Come vedremo, il ritornello del “vuoto normativo” vuole piuttosto affiancare ad una già esistente, robusta e articolata strumentazione di tutela del processo, una incriminazione indeterminata plasmabile a piacere: ciò che spiace è, in definitiva, la fondamentale natura puntiforme del diritto penale liberale.

1.5. Lo spirito dei tempi affida alle Procure della Repubblica e alle indagini preliminari un ruolo determinante sia nell’irrogazione anticipata della penalità effettiva, sia nel predeterminare gli scenari processuali e di formazione della prova. Non è tanto l’epoca dei giudici, ma quella dei PM: e allora all’art. 2 si prevede il nuovo art. 384^{ter} c.p. Se le fattispecie di falso giudiziario (371^{bis}, 371^{ter}, 372, 374) e di favoreggiamento sono riferibili a quasi tutte le ipotesi citate al 3° comma dell’art. 375, a un’aggravane ad effetto speciale si affianca la deroga alla sospensione del procedimento prevista in via generale dagli art. 371^{bis} e 371^{ter}. È storia nota quella della sospensione introdotta dalla L. n. 332/95. Evoca una reazione alla stagione di Tangentopoli e alla reintroduzione surrettizia dell’arresto monitorio. Ora si torna indietro, sulla base di mere ipotesi dell’accusa.

1.6. La prescrizione, la malabestia. Ossessiva la campagna che, da ogni parte e questa volta con la benedizione dell’Europa, getta l’istituto tra le fauci della folla, come causa di tutti i mali della giustizia. Come è noto, quasi nessuno si sofferma ad analizzare le cause del prolungarsi dei procedimenti. È più semplice parlare sempre dell’abuso avvocatesco dei diritti di difesa. Messianica l’attesa di una riforma che dovrebbe consentire di tenere senza limiti temporali i cittadini sotto scacco, secondo il piacere degli inquirenti. Nell’attesa è ormai clausola di stile intervenire con regimi differenziati, per tipologia di reato: ed ecco raddoppiato il termine prescrizione del nuovo reato di depistaggio.

Concludo: una novella figlia di questi tempi calamitosi per un diritto penale liberale. E non ci si venga a raccontare che tutto ciò è frutto del degrado della *ars legiferandi* della attuale classe politica: essa è di fatto ostaggio della “società giudiziaria” e dei vettori [media e procure] delle sue istanze, con la pretesa di avere risposte immediate, esemplari e feroci. In quei vettori si possono cogliere quei “cristalli di massa” che durevolmente e adeguandosi ai mutamenti, contribuiscono alla formazione delle masse, con ciò riproducendo la più ancestrale delle unità: la muta di caccia e quella di guerra³⁷.

³⁷ Oggi l’“antipolitica” esprimerebbe un ulteriore passaggio della transizione, apertasi con Tangentopoli, con una delegittimazione delle istituzioni politiche di democrazia rappresentativa. Piena di spunti di riflessione l’analisi di G. Orsina che sceglie come guida l’affascinante “storia naturale della società” di E. Canetti, in *Massa e potere* (Milano, 1981). G. Orsina, *Come nasce l’antipolitica*, in *Il Foglio*, 14 novembre 2016. Il lungo articolo è un ampio stralcio di un saggio in *Ventesimo secolo. Rivista di studi sulle transizioni*, n. 39/2016. L’autore muove dal concetto di “cristalli di massa” che durevolmente e adeguandosi ai mutamenti, contribuiscono alla formazione delle masse, con ciò

Per fare qualche esempio: l'exasperarsi della risposta punitiva travolge le distinzioni tra illecito colposo e doloso, qualsiasi istanza di razionalità e coerenza di sistema, di proporzionalità della macchina punitiva. L'obiettivo è punire e punire rapidamente in modo esemplare. E i tempi della cronaca segnano il grande *revival* della carcerazione preventiva.

2. Quella dei falsi giudiziari è materia veramente scottante, che occupò la prima linea al momento del passaggio ad una procedura che si voleva accusatoria.

Si pensò di racciare le nuove regole con il diritto sostanziale con la previsione dell'art. 371*bis*, posto che la falsa testimonianza non poteva trovare più applicazione a dichiarazioni che tali non potevano più definirsi. Contemporaneamente si vollero raddoppiate le pene dell'art. 372, considerata la sacrale centralità che la prova assunta in contraddittorio avrebbe assunto con il nuovo rito (D.L. n. 306/92, convertito dalla L. n. 356/92). Su quanto la realtà abbia corrisposto alle aspettative – *quanto a centralità e sacralità del dibattimento* – non spendo parole³⁸.

Già ho fatto cenno all'ispirazione complottista alla base della creazione del reato proprio.

Forse qualcuno avrebbe dovuto ricordare ai parlamentari, che unanimi e entusiasti, hanno votato la legge, come le qualifiche in questione non si adattino solo a servitori dello Stato annidati nei corpi separati (lessico *d'antan*), ma abbiano una connotazione oggettivo-funzionale che si irradia nelle più disparate attività. Grava-re questa molteplicità di posizioni di un obbligo di fedeltà speciale, pesantemente sanzionato rispetto a quello che incombe su autori comuni, privi di qualifica, caratterizza semplicemente come insensato questo nuovo pezzo di legislazione. La via dovrebbe essere quella del sindacato di ragionevolezza, con particolare riferimento alla previsione della lettera b) 1° comma dell'art. 375. Forse senza pensare troppo alle vittime delle stragi, sarebbe stato utile leggere la graduazione delle responsabilità e la formulazione delle norme con le distinzioni in tema di obbligo di denuncia (art. 361 ss. cp.).

Si badi, buoni esempi non solo e non tanto di tecnica normativa, quanto di legislazione ragionevole e ponderata: non piegata agli irrazionali impulsi della folla.

La mia relazione intitolata all'impatto della recente interpolazione del codice penale si soffermerà principalmente sulla lettera b) del nuovo art. 375, sul suo

riproducendo la più ancestrale delle unità: la muta di caccia e quella di guerra: “*Nella crisi italiana del 1992-93 [ne] hanno agito svariati, che possiamo suddividere in tre categorie. Nella prima e più importante troviamo i cristalli di natura giudiziaria. Nella seconda quelli di natura mediatica. Nella terza quelli di natura politica... Per quello che riguarda il pool di Milano, non mi pare affatto impossibile pensarlo non soltanto come un cristallo di massa, ma più precisamente come una muta da caccia... La risposta che nel pieno della crisi il Procuratore capo Borrelli diede ad un intervistatore – ‘quando la gente ci applaude applaude sé stessa’ – lascia ritenere se non altro che la muta di caccia avesse chiara la consapevolezza del proprio ruolo quale cristallo di massa*”.

³⁸ Fu possibile cogliere subito quali sarebbero stati gli scenari futuri. G. Insolera, *Reati contro la giustizia e processo penale*, in *Crit. Dir.*, 1995, 99 ss.

impatto sulla contemporanea vigenza delle altre fattispecie di falso giudiziario dichiarativo.

Solo un cenno all'art. 375 lett. a): norma che ha la funzione di colmare tutti i possibili interstizi quanto a condotte non dichiarative: come detto la logica è quella del *continuum* di tutela dell'interesse protetto – antipodea rispetto al principio di determinatezza/tassatività e alla sua *ratio* di libertà. All'interprete l'arbitrio di colpire qualsiasi condotta metta in pericolo l'interesse tutelato.

3. La tesi che intendo prospettare – frutto di un primo dibattito seminariale in corso nell'ambito del mio corso a cui hanno partecipato l'Avv. Giorgio Abbadesse e l'Avv. Francesca Consorte che al tema dei falsi giudiziari sta dedicando una ricerca monografica, è la seguente: la nuova normativa provoca effetti sconvolgenti sul vigente sistema dei “falsi giudiziari”. Ciò comporterà un'ulteriore vulnus alla legalità penale, rimettendo al momento della interpretazione giudiziale la soluzione dei molteplici problemi interpretativi che l'innesto implica. A questo proposito è interessante notare un limitato interesse della letteratura penalistica.

Scarto subito un ritornello che sovente accompagna la legislazione “a furor di popolo”: la nuova legge sarebbe destinata ad esaurire i propri effetti sul piano simbolico/pedagogico e mediatico

Essa, collocata come è in un clinamen rigoristico e “di scopo”, difficilmente sarà trascurata, quanto meno a livello di indagini preliminari, con tutte le conseguenze processuali. Ben si congegnano con un *mainstream* giurisprudenziale³⁹ intriso di teorie del complotto, di caste, di poteri forti. Infine il “creazionismo” giurisprudenziale ormai dominante non si lascerà sfuggire gli ampi spazi offerti da un insieme di regole incerte nei confini.

3.1. La clausola di riserva. La fattispecie di depistaggio si apre infatti con l'inciso “salvo *“il fatto costituisca più grave reato”*”, attribuendo così alla nuova fattispecie una natura “cedevole” rispetto a reati più gravemente sanzionati.

Ci avventuriamo nella tematica sempre complessa del concorso di norme e di reati⁴⁰.

Con riferimento al depistaggio, tuttavia, almeno in prima approssimazione, la soluzione pare lineare: si può ritenere infatti che ogni qual volta ci si trovi di fronte a fatti che integrino sia la nuova fattispecie di depistaggio sia un'altra fattispecie più grave, si attiverà la clausola di riserva paralizzando l'art. 375 c.p. con la sola applicazione dell'altro reato. Mi pare possa addirittura ritenersi che il depistaggio sia destinato a soccombere anche nel caso in cui il reato più grave sia posto a tutela

³⁹ Rinvio a G. Insolera, *Il limite della legge*, di imminente pubblicazione in *Parola alla difesa*, n. 2, 2017.

⁴⁰ Per un inquadramento sul tema e sui profili di complessità che lo connotano cfr. G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2014, 685 ss.; S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Bologna, 2007, 763 ss.; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2015, 459 ss.

di beni diversi rispetto all'amministrazione della giustizia. Questo data la natura generica della clausola di riserva citata.⁴¹

In realtà, tuttavia, a ben guardare, la nostra norma non sembra nei fatti davvero condannata ad una scarsa applicazione. La pena prevista per il depistaggio (che nell'ipotesi base va da 3 a 8 anni) è infatti così elevata da rendere quasi meramente ipotetici i casi di reati più gravi capaci di 'mettere fuori gioco' il nuovo reato. Ciò con particolare riferimento alla lettera b) della quale abbiamo deciso di occuparci. Se volgiamo infatti lo sguardo ai reati contro l'amministrazione della giustizia l'applicabilità dell'art. 375 pare addirittura la regola. La quasi totalità di quei reati non è infatti punita più severamente della nuova fattispecie. Se alcune volte pare verosimile ipotizzare un concorso di reati, stante la non coincidenza dei beni giuridici tutelati⁴² (è il caso della calunnia, che tutela anche l'eterogeneo bene della libertà e onore altrui⁴³), nella maggioranza dei casi l'art. 375 potrebbe⁴⁴ o certamente finirà per prevalere⁴⁵. I casi in cui a mio avviso dovrebbe certamente finire col prevalere sono quelli in cui l'articolo 375 si pone in rapporto di specialità unilaterale-astratta con altre fattispecie poste a tutela del medesimo bene giuridico⁴⁶ o quelle in cui tale prevalenza deriva dal mero rispetto del principio di legalità. Più nello specifico, rileva innanzitutto che la lettera b) dell'art. 375, nel punire i falsi dichiarativi al PM e al Giudice⁴⁷, ingloba fattispecie già esistenti, ancorché non espressamente richiamate; si tratta delle false informazioni al PM (art. 371bis; pare rientrarvi anche l'ipotesi in cui questi disponga l'audizione su richiesta del difensore ai sensi del comma 10 art.

⁴¹ V. con riferimento all'abuso di ufficio la CP, II, 11/10/2012, n. 1417: "*La condotta del pubblico ufficiale che si esaurisca in un fatto qualificabile come falso in atto pubblico integra il solo reato di falso e non anche quello di abuso di ufficio, da considerare assorbito nel primo per il suo carattere sussidiario e residuale, desumibile anche dalla riserva "salvo che il fatto non costituisca più grave reato", formulata nell'art. 323 c.p., a nulla rilevando, in contrario, la diversità dei beni giuridici tutelati dalle due norme incriminatrici"*.

⁴² Si esclude infatti in questi casi l'operare del criterio della sussidiarietà tacita e della consunzione; su tali criteri v. riferimenti nota 12.

⁴³ Pare pacifico che "*La collocazione del reato di calunnia nel novero dei reati contro l'amministrazione della giustizia non impedisce di considerare estesa la qualifica di persona offesa al calunniato, in considerazione dei beni primari della libertà e dell'onore che ad esso appartengono, che sono costituzionalmente tutelati e che vengono posti in pericolo dalla azione del reo"* (CP, I, 19/9/1988); sul punto per tutti si veda F. Tagliarini, in AA.VV., *Diritto penale, lineamenti di parte speciale*, Bologna, 2016, 241 ss.

⁴⁴ Nel caso di favoreggiamento personale e di simulazione di reato, le fattispecie paiono in rapporto di specialità reciproca con il depistaggio. Applicando dunque il criterio della sussidiarietà tacita la norma da applicare dovrebbe essere la più grave e dunque il depistaggio. Per le teorie moniste, invece, vi sarà concorso di reati. Vi è tuttavia chi risolve il concorso tra art. 378 e art. 375 applicando il principio di specialità (V. Santoro, *Alcune considerazioni sul nuovo reato di "frode in processo e depistaggio"* (art. 375 c.p., l. 11 luglio 2016, n. 133), in *Arch. Pen.*, 2016, n. 3, 31).

⁴⁵ Si tratta dei "tradizionali" falsi dichiarativi, come si vede più avanti nel testo.

⁴⁶ Per approfondire tale criterio si rimanda ai riferimenti di cui alla nota 12.

⁴⁷ Per dirla tutta, la proposta di legge originaria (la n. 559) contemplava esclusivamente il reato di depistaggio dichiarativo.

391 bis c.p.); la falsa testimonianza (art. 372), la falsa perizia (art. 373)⁴⁸. Per quanto riguarda le false o omesse informazioni alla Polizia giudiziaria (fatto ricondotto dalla giurisprudenza al reato di favoreggiamento personale ex art. 378 c.p.⁴⁹), a mio avviso è il principio di legalità, attraverso l'argomento *a contrario*, ad implicare l'applicazione del depistaggio dichiarativo, qualora ne sussistano tutti gli elementi. L'art. 375 lett. b), a differenza dell'art. 378 c.p., punisce infatti *espressamente* tale condotta. Da quanto appena detto, si evince che il depistaggio ingloba/prevale di norma su fattispecie già esistenti (salvo forse la calunnia).

3.2. L'art. 375 co. 1 prevede però due elementi di specialità che ne circoscrivono l'ambito applicativo. Il depistaggio può infatti essere commesso solo dal Pubblico Ufficiale o dall'Incaricato di un pubblico. Tali soggetti devono agire allo scopo di impedire, ostacolare o sviare un'indagine o un processo penale.

Gli elementi di specialità che contraddistinguono il depistaggio rispetto a fattispecie minori e gli garantiscono la prevalenza sulle stesse sono dunque due elementi di natura soggettiva: la qualifica di pubblico agente dell'autore del reato e il dolo specifico.

Iniziando dalla natura di reato proprio della nuova fattispecie, rileva innanzitutto che tale natura è centrale nella sua introduzione: l'originaria proposta di depistaggio prevedeva sin dall'inizio il PU come soggetto attivo; trasformato in reato comune alla Camera, il Senato, nell'approvarlo definitivamente, ha reintrodotta la necessità che ad agire siano il PU insieme all'IPS.

Dai lavori preparatori emerge inoltre la finalità politica sottesa alla novella: consegnare agli organi inquirenti e all'autorità giudiziaria uno strumento *ad hoc* – diverso e più severo rispetto alle fattispecie minori già esistenti – in grado di assicurare una maggior lealtà ed una maggior collaborazione da parte dei pubblici agenti.

Quali le problematiche che sorgono nell'interpretazione dei concetti di PU o IPS a cui si è fatto ricorso?

L'autoria propria pone due questioni principali a livello interpretativo. Anzitutto [come evidenziato in letteratura⁵⁰], vi è il problema di coordinamento tra la qualifica di pubblico agente richiesta dall'art. 375 e la soggettività ristretta che, di per sé, connota i reati di falsa testimonianza (art. 372 c.p.) e di falsa perizia (art. 373 c.p.). Come noto, infatti, tali reati puniscono chiunque, ma, in realtà, richiedono che il soggetto attivo sia chiamato a svolgere un dato ruolo in una data fase del

⁴⁸ Così anche V. Santoro, *Alcune considerazioni*, cit., 32.

⁴⁹ Si veda, solo per fare un esempio, CP, VI, 13/6/2013, n. 28426, secondo cui “*Commette il delitto di favoreggiamento personale il soggetto escusso dalla polizia giudiziaria che neghi la conoscenza di fatti a lui noti, anche se si tratta di circostanze che la medesima polizia aveva già accertato grazie ad altre fonti di prova. (Fattispecie relativa ad acquirente di sostanza stupefacente che non aveva voluto fornire indicazione sul soggetto che gli aveva venduto la droga, comunque identificato dalla p.g. che aveva assistito allo spaccio)*”.

⁵⁰ V. Santoro, *Alcune considerazioni*, cit., 8 ss.

processo penale, assumendo, solo nello svolgimento di tale ruolo, la qualifica di PU (si tratta del soggetto citato come teste⁵¹ o nominato come perito⁵²).

La questione è capire se la qualifica di PU assunta, ad es., dal cittadino comune chiamato a testimoniare soddisfi la soggettività qualificata richiesta dal nuovo reato di depistaggio. In altri termini, ci si domanda: basta essere testimone per poter essere autore di depistaggio o ci vuole qualcosa di più?

Il problema è rilevante considerato che la mancanza della qualifica richiesta dall'art. 375 c.p. implica la riespansione delle fattispecie meno gravi come – nel nostro esempio – la falsa testimonianza. Vi sono alcuni argomenti che conducono ad una risposta negativa.

Rileva innanzitutto la già accennata riconducibilità della previsione della qualifica (come requisito imprescindibile per la sussistenza del depistaggio dichiarativo anche quando consistente nella falsa testimonianza/perizia) ad una ben precisa e radicata scelta del legislatore. Si consideri addirittura che la proposta originaria puniva i soli falsi dichiarativi del solo PU.

Ancor più significativo è il raffronto tra due aggravanti introdotte dalla riforma. Si tratta di quella di cui all'art. 375 co. 3, che si applica al depistaggio, e di quella di cui all'art. 384-ter, che si applica ad altri reati tra cui falsa testimonianza. Le due norme sono in buona parte coincidenti. Esse infatti richiedono lo stesso fine, ossia impedire, ostacolare o sviare il procedimento penale; si applicano con riferimento a procedimenti concernenti i medesimi gravi delitti (strage, traffico illegale di armi, associazione di tipo mafioso ecc.) L'unica differenza strutturale tra le due fattispecie è che la prima richiede espressamente la qualifica di pubblico agente mentre la seconda pare concernere chiunque. L'art. 384-ter pare in sostanza delineare un depistaggio "comune"⁵³. Per dare un senso e conservare entrambe le norme, dobbiamo allora concludere che la qualifica di testimone non può esaurire quella di PU o IPS, prevista dal depistaggio ex art. 375 c.p., e che il depistaggio dunque richiede, sotto il profilo soggettivo, qualcosa in più. Conclusione coerente con il maggior inasprimento sanzionatorio che caratterizza l'art. 375 co. 3 (da 6 a 12 anni) rispetto

⁵¹ Si veda ad esempio CP, sez. VI, 12/05/1993 secondo cui "Il testimone è pubblico ufficiale e conserva tale qualità finché il processo non si esaurisce per effetto del passaggio in giudicato della sentenza e, d'altro canto, l'eventuale perdita di tale qualità non osta alla configurabilità come delitti contro la pubblica amministrazione dei reati che siano compiuti in suo danno a causa della funzione pubblica esercitata, così come stabilisce l'art. 360 c.p.". La CP, n. 15542/2001 ha poi specificato che "La qualifica di testimone (e dunque di pubblico ufficiale) si acquisisce al momento in cui il giudice, dopo aver valutato la richiesta della parte, abbia ritenuto l'ammissibilità della prova e, comunque, disposto la citazione; ne consegue che, a prescindere dalla materiale ricezione di tale citazione (essendo la notifica solo un mezzo – successivo al provvedimento giudiziale – necessario per assicurare la presenza davanti alla autorità giudiziaria), la esigenza di tutelare il prestigio, di garantire la libertà di deporre e di assicurare la sincerità delle dichiarazioni è perseguita – anche tramite sanzione penale – sin dal momento in cui viene emesso il suddetto provvedimento, che esplica immediatamente i suoi effetti".

⁵² Si veda ad es. CP, VI, 07/05/2015, n. 20316.

⁵³ Afferma che nel caso di cui all'art. 384-ter c.p. ci si trovi di fronte a reati comuni P. Pisa, *Il "nuovo" reato di depistaggio*, in *Dir. Pen. proc.*, 1280.

alla falsa testimonianza nei casi di cui all'art. 384-ter (si può arrivare ad un massimo di 10). La qualifica di soggetto pubblico non può dunque che essere preesistente ed autonoma rispetto a quella assunta come teste, stante il più intenso dovere di lealtà e collaborazione che l'ordinamento pretende dal PU come inteso dall'art. 375⁵⁴. Il PU o IPS di cui al nuovo art. 375 deve, in altri termini, essere pubblico agente a prescindere dal procedimento in corso e dal ruolo circoscritto ivi temporaneamente assunto (ossia teste/perito).

Stabilito quello che il pubblico agente che può commettere depistaggio non è, si tratta di capire chi è.

Alcune ragioni rendono niente affatto semplice la risposta: l'art. 375 non puntualizza la necessità che ci sia un nesso tra depistaggio, esercizio della funzione o abuso dei poteri o violazione dei doveri alla stessa inerenti; l'art. 375 c.p. non contiene infatti i classici incisi che, di norma, contraddistinguono i reati propri (si veda ad es. l'art. 316 c.p., l'art. 323 c.p. l'art. 317 c.p., l'aggravante ex art. 61 n 9, l'art. 314, ecc.). In base alla lettera b), tra l'altro, pretendere che il soggetto commetta il depistaggio dichiarativo nell'esercizio della funzione concreta significherebbe condannare tale fattispecie ad un'applicazione estremamente circoscritta, ossia solo a quei casi in cui il deponere o rendere dichiarazioni davanti alla PG, al PM e al Giudice rientri tra gli specifici doveri funzionali del soggetto agente.

Ancora: l'art. 375 co. 7 prevede che la pena per il reato di depistaggio si configuri anche quando il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio siano cessati dal loro ufficio o servizio. Allineando tale previsione con l'art. 360 c.p.⁵⁵, essa pare implicare la configurabilità del reato di cui all'art. 375 c.p. anche se – al momento in cui il soggetto ha agito – non rivestiva più la qualifica, come ad esempio in caso di pensionamento, licenziamento, dimissioni ecc. La previsione di tale “ultrattività” della qualifica con specifico riferimento al depistaggio implica, dunque, che quest'ultimo reato (come quelli a cui si applica il corrispondente art. 360 c.p.) non esiga, per la sua configurazione, l'attualità dell'esercizio della pubblica funzione o del pubblico servizio. Ma le considerazioni che possono trarsi dal co. 7 possono andare ancora oltre: questo infatti, a differenza dell'art. 360 c.p., non richiede alcun collegamento tra reato di depistaggio e l'ufficio o servizio effettivamente e concretamente svolto in precedenza⁵⁶.

La norma in esame rischia dunque di avvalorare l'idea *estrema* secondo cui a contare, per il legislatore, è il solo fatto che il soggetto sia – o sia stato – titolare di una qualche pubblica funzione/servizio, a prescindere dalla tipologia oltre che dal concreto ed attuale esercizio della stessa. Tanto che vi è chi ha affermato che ai fini dell'art. 375 c.p. “*Ad assumere esclusiva rilevanza ... è il dato puro e semplice del*

⁵⁴ V. Santoro, *Alcune considerazioni*, cit., 10.

⁵⁵ Il reato di depistaggio prevede in realtà, letteralmente, che “La pena di cui ai commi precedenti si applica anche quando il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio siano cessati dal loro ufficio o servizio”.

⁵⁶ V. Santoro, *Alcune considerazioni*, cit., p. 12.

*possesso di una delle due menzionate qualifiche, con assoluta indifferenza normativa rispetto alle funzioni e ai poteri di cui le medesime siano espressione*⁵⁷.

Scorrendo i lavori preparatori si percepisce, per giunta, l'eco di una concezione soggettiva di PU o IPS, incentrata sul rapporto di impiego tra soggetto e pubblica amministrazione piuttosto che sulla funzione esercitata. I destinatari della riforma sono infatti identificati – a più riprese – nei componenti dell'“anti-Stato”, negli “ufficiali piduisti”, negli “infedeli” appartenenti alle strutture pubbliche ecc. Quanto realizzato dal legislatore sembra però essere andato oltre le sue stesse intenzioni. Analizzando la norma emerge infatti una nozione di soggetto pubblico svincolata anche dall'esistenza – presente o passata – di un rapporto organico con la PA. La qualifica pare infatti assumere la natura di “attributo qualificante la persona” a prescindere dalla fonte da cui essa derivi (pubblico impiego, titolarità di dati poteri, esercizio di date attività), coinvolgendo allo stesso modo l'agente di PG, la maestra di scuola pubblica, il notaio e così via.

Così interpretato, l'art. 375 pare connotarsi per una dimensione fortemente eticizzante, pretendendo dalla – a questo punto – quasi onnicomprensiva ed imperitura categoria dei PU/IPS, un “modo di essere”, un costante contegno improntato ad un'a generica fedeltà⁵⁸ o, meglio, alla massima lealtà (art. 375 lett. a) e collaborazione (art. 375 lett. b) nei confronti delle Istituzioni. Tutto in questo in spregio alla più moderna lettura delle definizioni di cui agli artt. 357-358 c.p., intesi dalla letteratura come consacranti l'accezione oggettivo-funzionale della qualifica di pubblico agente, la quale dovrebbe rilevare solo in costanza del concreto esercizio della funzione pubblicistica⁵⁹.

Tale eccezionale debito di lealtà e collaborazione, tuttavia, viene riconosciuto dall'art. 375 c.p. solo a date istituzioni ed in dati contesti.

A questo proposito assume rilievo l'elemento per il quale il pubblico agente deve agire con il fine specifico di impedire, ostacolare o sviare le indagini o il processo penale, dolo specifico⁶⁰ che costituisce il secondo elemento di specialità del reato di depistaggio.

⁵⁷ V. Santoro, *Alcune considerazioni*, cit., 10.

⁵⁸ Si riferiscono ad uno speciale obbligo di fedeltà: G. Insolera, *Punire il depistaggio. Prime incomplete riflessioni: la situazione è disperata e seria*, www.parolaalladifesa.it, e V. Santoro, *Alcune considerazioni*, cit., 10.

⁵⁹ La norma non specifica se il reato deve essere commesso in costanza di esercizio della funzione-servizio. Secondo alcune impostazioni saranno le singole fattispecie a specificare il rapporto tra fatto criminoso e attività svolta (F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, parte speciale II*, Milano, 1997, XII ed. integrata ed aggiornata da L. Conti, 281). Secondo altri autori è invece necessaria l'attualità dell'esercizio della funzione o del servizio (per tutti si veda L. Stortoni, in AA.VV., *Lineamenti*, cit., 113). Sul tema della complessità del problema delle qualifiche soggettive “agli effetti della legge penale” si veda V. Manes, *Servizi pubblici e diritto penale. L'impatto delle liberalizzazioni sullo statuto penale della pubblica amministrazione*, Torino, 2010.

⁶⁰ Sul dolo specifico previsto dalla fattispecie, sul rischio che configuri una forma di dolo *in re ipsa* e sulla possibilità di interpretarlo come “oggettiva idoneità degli atti compiuti dall'agente” v. P. Pisa, *Il “nuovo”*, cit., 1277.

Dalla previsione del dolo specifico discende la considerazione secondo cui l'obbligo di lealtà e collaborazione richiesto dal legislatore ai sensi dell'art. 375 co. 1 concerne specificamente il rapporto con le istituzioni deputate a governare il procedimento penale, ossia con quelle istituzioni che amministrano la giustizia penale.

Sotto questo profilo rilevano due problematiche ulteriori meritevoli di approfondimento, che tuttavia non possono essere affrontate in questa sede. La prima concerne l'esatta identificazione di quali siano tali istituzioni (v. soprattutto lett. a dell'art. 375 c.p.); la seconda riguarda il conflitto tra i doveri di lealtà e collaborazione imposti dall'art. 375 c.p ed il dovere di fedeltà eventualmente dovuto ad altre istituzioni o ad altri soggetti (v. ad es. artt. 261 ss. c.p. e 202 cpp; art. 203 c.p.p.).

4. Come anticipato al pubblico agente che si macchia di slealtà nei confronti delle istituzioni che amministrano la giustizia penale, il legislatore dedica uno statuto punitivo ad hoc, eccezionalmente severo.

Complessivamente molto più severo di quello applicabile al comune cittadino che commetta le medesime condotte di false dichiarazioni e per il quale trovano applicazioni le fattispecie minori già menzionate come la falsa testimonianza e così via.

Per il pubblico agente "traditore" nei casi più gravi, di cui all'art. 375 co. 3, vengono innanzitutto raddoppiati i termini di prescrizione (art. 157, co. 6), in modo da assicurarsi più tempo per accertarne la responsabilità e punirlo.

Sotto il profilo del trattamento sanzionatorio, più che sulle pene principali, all'evidenza severe e passibili di vari e notevoli aumenti⁶¹, pare opportuno soffermare l'attenzione sull'emblematica sanzione accessoria. Per il pubblico agente che tradisce è infatti previsto il bando definitivo⁶² dato che la condanna per depistaggio superiore al minimo (ossia a tre anni) implica l'interdizione perpetua dai pubblici uffici (art. 375 co. 6). Questo in deroga alla disciplina di cui all'art. 30 c.p. che, in tema di interdizione, prevede almeno 5 anni di reclusione (art. 29 c.p.).

Un altro aspetto che ci pare degno di particolare rilievo attiene alla non applicabilità dell'art. 384 c.p. Il depistaggio infatti non è stato incluso tra i reati per i quali operano i casi di non punibilità⁶³ previsti dall'articolo appena citato. Scelta che desta notevoli perplessità, soprattutto se si considera che l'art. 375 c.p. si applica anche al "depistatore" autore del, o concorrente nel, reato presupposto.

Sotto questo profilo, emergono dubbi sulla legittimità costituzionale della riforma, soprattutto con riferimento agli artt. 24 e 3 Cost.⁶⁴.

⁶¹ Per un commento sulle circostanze speciali introdotte dal nuovo art. 375 c.p. si veda P. Pisa, *Il "nuovo"*, cit., 1277 ss.; V. Santoro, *Alcune considerazioni*, cit., 20 ss.

⁶² Utilizza il termine "epurazione" N. Mani, *L'introduzione del reato di frode in processo e depistaggio*, in *Arch. Pen.*, 2016, n. 3, 7.

⁶³ Su tale causa di non punibilità v. F. Tagliarini, in AA.VV., *Lineamenti*, cit., 276 ss.

⁶⁴ Sui profili di irragionevolezza della norma che grava di un rigoroso obbligo di fedeltà una molteplicità di posizioni soggettive che vanno ben oltre "i servitori dello Stato annidati nei corpi

Si consideri ad esempio il depistaggio dichiarativo: la sua mancata inclusione nell'elenco dell'art. 384 c.p. implica un obbligo 'positivo' di confessione a carico del PU/IPS autore o concorrente nel reato presupposto, qualora egli sia richiesto dall'autorità giudiziaria o dalla polizia giudiziaria di fornire informazioni in un procedimento penale concernente proprio tale reato presupposto per il quale non è indagato/imputato⁶⁵. In merito alla violazione dell'art. 3 Cost., rileva il diverso trattamento riservato al cittadino comune (pur se teste o perito): gli artt. 371-bis, 372, 373 e 374, 378 sono infatti richiamati dall'art. 384 c.p.⁶⁶

Anche in questo caso la scelta non è casuale: il Senato ha infatti appositamente soppresso il riferimento all'art. 375, che la Camera aveva invece inserito nell'art. 384, comma 1. Si tratta dunque di una volontaria, quanto censurabile, presa di posizione del legislatore, secondo il quale l'obbligo di lealtà e collaborazione del pubblico agente verso le istituzioni deputate a governare il procedimento penale non può soccombere nemmeno quando in gioco ci sia la sua libertà e il suo onore. Al PU/IPS che ha "tradito" commettendo il reato presupposto viene dunque richiesta un'assunzione di responsabilità inesigibile nei confronti di tutti gli altri cittadini che si trovino nella medesima situazione.

5. Traendo qualche conclusione dalle osservazioni esposte sino ad ora, pare evidente che il riservare uno statuto punitivo molto severo al pubblico agente, a prescindere dal tipo di funzione/servizio svolto e dall'attualità del relativo esercizio, desta non poche perplessità. Vengono infatti equiparate posizioni soggettive assai differenti⁶⁷. Pensiamo ad esempio all'agente di polizia giudiziaria, al pubblico ministero o al ministro dell'interno ecc a cui sono parificati, ai sensi dell'art. 375 c.p., la maestra⁶⁸, il bidello e persino l'autista di un veicolo in servizio di autolinea pubblica.

separati" v. G. Insolera, *Punire*, cit., 6. Più in generale su "Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali" si veda G. Insolera, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, (a cura di G. Insolera, N. Mazzacuva, M. Pavarini, M. Zanotti), Torino, 2012, 313 ss.

⁶⁵ Analogamente il soggetto pubblico – autore del reato presupposto – che ripulisce la scena del crimine per eliminare le tracce della sua presenza diviene responsabile anche di depistaggio materiale, rischiando sostanzialmente di rispondere due volte per il medesimo fatto.

⁶⁶ Si veda ad es. CP, III, n. 8699/1996: "*In caso di frode processuale l'esimente di cui all'art. 384 c.p. è invocabile dal soggetto che abbia commesso l'immutazione allo scopo di eludere le investigazioni e di evitare un procedimento penale, in virtù del principio non esplicito, ma immanente al sistema, nemo tenetur se detegere. Tale causa di non punibilità è applicabile anche quando lo stato di pericolo – per la libertà o per l'onore – sia stato cagionato volontariamente dall'agente*".

⁶⁷ Si veda sempre G. Insolera, *Punire*, cit., 6.

⁶⁸ Si veda ad es. CP, V, 12/02/2014, n. 15367, secondo cui "*L'insegnante di scuola media riveste la qualifica di p.u. in quanto l'esercizio delle sue funzioni non è circoscritto alla tenuta delle lezioni, ma si estende alle connesse attività preparatorie, contestuali e successive, ivi compresi gli incontri con i genitori degli allievi. (Fattispecie in cui la Corte ha qualificato come oltraggio a p.u. e non come ingiurie le offese pronunciate all'interno dell'edificio scolastico dal genitore di un alunno nei confronti di un docente di scuola media)*".

Tale equiparazione porta con sé diversi effetti, tra cui quello di non differenziare il maggior pericolo a cui alcune funzioni, rispetto ad altre, possono esporre il buon andamento della giustizia.

Tale “sterilizzazione” è forse voluta, e legata al fatto che il depistaggio, pur tutelando l’amministrazione della giustizia, promuove altresì, come già detto, anche un valore etico ossia la permanente ed incondizionata lealtà e collaborazione del pubblico agente.

Resta tuttavia opportuno tentare una lettura della norma che, probabilmente contro la volontà del legislatore storico, assegni comunque un rilievo decisivo all’interpretazione orientata dal bene giuridico tutelato, riportando la fattispecie ad una –seppur minima – ragionevolezza. Si tratta di un’interpretazione che tenga conto e valorizzi il tipo di funzione svolta dal soggetto e dunque le conoscenze, le informazioni e l’esperienza grazie a questa accumulate, la rete di contatti e le abilità grazie a questa acquisite. In altre parole si auspica un’applicazione della fattispecie che, prendendo spunto dall’art. 360 c.p., rilegga l’art. 375 valorizzando il legame tra la funzione/servizio pubblico svolto e la condotta di depistaggio concretamente posta in essere; ciò richiedendo quantomeno che l’ufficio/servizio ricoperto abbiano costituito l’occasione per la commissione del reato (in termini ad es. di apprendimento delle notizie o accesso alla scena del crimine), pur non arrivando ad esigere la competenza e l’attualità dell’esercizio.

GAETANO INSOLERA E FRANCESCA CONSORTE

Hanno collaborato alla sezione online di questo fascicolo:

GIORGIO ABBADESSA, *Dottore di ricerca in diritto penale – Università di Bologna*

LUCA BARON, *Dottorando di ricerca in diritto pubblico e sistema penale nell'Università di Udine*

MARCO BORTOLUZZI, *Dottorando di ricerca in diritto e procedura penale e filosofia del diritto nell'Università di Trento*

GIAN MARCO CALETTI, *Dottorando di ricerca in diritto penale nell'Università di Bologna*

LORENZO CARSETTI, *Avvocato in Bologna*

FRANCESCA CONSORTE, *Professoressa a contratto di diritto penale nell'Università di Bologna*

TOMMASO GUERINI, *Professore a contratto di diritto penale nell'Università di Bologna*

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*

PIERGIUSEPPE PARISI, *Dottorando di ricerca in studi internazionali nell'Università di Trento*

ANTONIO PUGLIESE, *Dottore in giurisprudenza nell'Università di Bologna*

ANNA CAMILLA VISCONTI, *Dottoranda di ricerca in diritto costituzionale nell'Università di Chieti-Pescara*

€ 40,00

