

L'INDICE PENALE

Rivista fondata da
PIETRO NUVOLONE

Diretta da
ALESSIO LANZI

Tra l'altro in questo numero:

- ◇ **In tema di legalità**
- ◇ **Sul traffico di influenze illecite**
- ◇ **In tema di *sexting***
- ◇ **Religione ed esimenti**
- ◇ **Sulla discrezionalità del Giudice**
- ◇ **Atti del Convegno di presentazione degli "Scritti in onore di Luigi Stortoni"**



Giuridica Editrice

LA L. 24/2017 (C.D. “GELLI-BIANCO”)
E LA RIFORMA DELLA RESPONSABILITÀ PENALE
DEL SANITARIO

COORDINATORE: Gaetano Insolera

RELATORI: Gian Marco Caletti e Matteo Leonida Mattheudakis

7 giugno 2017

A distanza di poco più di quattro anni, il legislatore ha “rimesso mano” alla normativa sulla responsabilità penale colposa del sanitario con l’art. 6 della legge n. 24/2017, recante «Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie», che ha introdotto all’interno del codice penale l’art. 590-*sexies*, rubricato «Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario: (1) Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell’esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma. (2) Qualora l’evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto».

Sin dalle sue “prime letture”, la nuova disposizione codicistica ha alimentato numerose perplessità, specie in relazione alla “rottura” del binomio “colpa grave-linee guida”, che aveva invece contraddistinto la disciplina penale della precedente riforma “Balduzzi” (oggi espressamente abrogata) e sembrava aver segnato un punto di non ritorno in favore di una (a lungo) auspicata contrazione della colpa penale in ambito sanitario. Non a caso, la Corte di Cassazione, seppur, per il momento, solo attraverso una nota informativa, si è già espressa sui profili intertemporali della “Gelli-Bianco”, precisando come in relazione ai fatti commessi prima dell’entrata in vigore dell’art. 590-*sexies* c.p. debba trovare applicazione la normativa precedente, da ritenersi “più favorevole” rispetto al recente intervento legislativo.

Del resto, questo – ormai conclamato, ma davvero consapevole? – passo indietro del legislatore nel processo di restrizione della punibilità della colpa va ricondotto all’infelice formulazione della nuova esenzione da responsabilità, il cui perimetro applicativo risulta delimitato da troppe “cautele”, come il discutibile riferimento all’imperizia, che rischiano di renderla ineffettiva.

Più in generale, è la scelta legislativa di fondare – ancor più che in passato – la valutazione della responsabilità penale sul controverso strumento delle linee guida, la cui osservanza è oggi un obbligo “tendenziale” che grava su ogni sanitario, a costituire il profilo di maggiore criticità. Già la disciplina “Balduzzi” aveva dimostrato come l’accertamento della colpa guadagni ben poco in termini di tassatività e determinatezza quando viene basato sulle linee guida, come noto raccomandazioni non vincolanti, sospese tra colpa generica e colpa specifica. L’insistenza legislativa sulle *Guidelines*, allora, sembra comprensibile solo in quanto *trait d’union* tra le due “anime” della legge, la sicurezza delle cure e la riforma della responsabilità professionale. Quest’ultima, in altre parole, è stata modellata sulla prima, incentivando i sanitari all’osservanza delle linee guida, tipico strumento del c.d. “Risk Management”.

Gli aspetti di incidenza della riforma sullo statuto penale della colpa medica, tuttavia, non si limitano alla introduzione dell’art. 590-*sexies* c.p., ma questa va raccordata con altre disposizioni dell’articolato, come l’art. 5, che istituisce un sistema di accreditamento nazionale delle linee guida; l’art. 3, sull’osservatorio delle buone pratiche; l’art. 15, che regola con equilibrio la nomina di consulenti tecnici e periti nei giudizi di responsabilità sanitaria; l’art. 16, che limita la possibilità di acquisire nel processo penale atti di indagine interna alla struttura ove si è verificato l’incidente. Si tratta di novità la cui efficacia andrà valutata col trascorrere del tempo, ma rispetto alle quali, in sede di primi commenti della legge, può esprimersi un giudizio senz’altro più favorevole di quello relativo alla norma introdotta nel codice.

Scheda di GIAN MARCO CALETTI e MATTEO LEONIDA MATTHEUDAKIS

Gaetano Insolera: gaetano.insolera@unibo.it

Gian Marco Caletti: gianmarco.caletti2@unibo.it

Matteo Leonida Mattheudakis: matteo.mattheudakis@unibo.it

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

Art. 3, Cedu

Corte europea dei diritti dell'uomo, Prima Sezione, 22 giugno 2017, Bartesaghi Gallo e altri c. Italia (ric. nn. 12131/13 e 43390/13)

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-174443>

Nel caso in esame la Corte ha ravvisato all'unanimità una violazione dell'art. 3 Cedu, sia sotto il profilo sostanziale sia sotto quello procedurale, e ha dunque condannato l'Italia al risarcimento dei danni nei confronti dei ricorrenti.

Il caso riguarda i maltrattamenti subiti da 42 dimostranti di varie nazionalità che parteciparono al summit contro la globalizzazione organizzato durante il G8 di Genova (19-21 luglio 2001).

Più nello specifico, il 21 luglio 2001, verso mezzanotte, gli agenti di polizia del VII Nucleo Antisommossa facevano irruzione nella scuola Diaz-Pertini, che ospitava, i ricorrenti, per eseguire una perquisizione volta alla ricerca di armi, dai racconti di questi ultimi e dalla ricostruzione dei giudici nazionali è emerso che, durante tale operazione, gli agenti prendevano a pugni, calci e bastonate gli occupanti, urlando, minacciandoli e in alcuni casi lanciandogli contro persino dei mobili; chi cercò di scappare e nascondersi fu catturato, picchiato e in alcuni casi tirato per i capelli fuori dal nascondiglio.

A seguito di tale operazione di polizia, 93 persone venivano arrestate per associazione per delinquere finalizzata al saccheggio e alla devastazione, resistenza aggravata alle forze dell'ordine e porto abusivo di armi; di queste 78 venivano ricoverate in ospedale. Il procedimento penale a carico degli occupanti si concludeva con la loro assoluzione.

La stessa notte del 21 luglio 2001, un'unità di agenti entrava alla Scuola Pascoli, dove dei giornalisti stavano filmando gli eventi in corso nella vicina Scuola Diaz-Pertini e dove una stazione radio stava trasmettendo in diretta; la polizia obbligava i giornalisti a fermare le registrazioni e la trasmissione radio e sequestrava le videocassette delle riprese dei tre giorni del summit.

Per i fatti sopradescritti, venivano indagati e processati alcuni funzionari, dirigenti e agenti delle forze dell'ordine. Con riferimento agli eventi presso la Scuo-

la Diaz-Pertini, la Cassazione riteneva che la violenza in questione poteva essere considerata “tortura”; in assenza di una fattispecie penale *ad hoc*, tuttavia, tali fatti venivano perseguiti come lesioni semplici o aggravate, reati che si prescrivevano nel corso del procedimento. Per quanto riguarda gli eventi nella Scuola Pascoli, la Corte d’Appello riteneva che l’incursione della polizia era stata finalizzata a distruggere ogni prova filmata del raid presso la Scuola Diaz-Pertini. La Corte d’Appello dichiarava tuttavia non doversi procedere per intervenuta prescrizione, decisione confermata successivamente dalla Corte di Cassazione.

Per quanto avvenuto nella Scuola Diaz-Pertini, come anticipato, la Corte Edu ha accolto le richieste dei ricorrenti, ritenendo che le condotte tenute dagli agenti di polizia integrino una violazione dell’art. 3 Cedu.

Sotto il primo sostanziale, la Corte, basandosi sulla dettagliata ricostruzione dei fatti operata dai giudici nazionali, ha rilevato che le violenze molteplici e reiterate commesse dagli agenti hanno raggiunto un livello di gravità assoluta in quanto poste in essere in tutti i locali della scuola e nei confronti di persone evidentemente disarmate, addormentate o sedute con le mani in alto. Si è dunque trattato di violenze ingiustificate, esercitate a scopo punitivo e di ritorsione, al fine di provocare l’umiliazione e la sofferenza fisica e morale delle vittime.

In questo contesto si evidenzia come sia mancata una pianificazione dell’operazione che precisasse nel dettaglio le modalità dell’eventuale uso della forza da parte della polizia. Gli agenti sono infatti arrivati sulla scena correndo e in tenuta antisommossa, indossando il casco e portando scudi e manganelli e sono entrati nella scuola sfondando il cancello di ingresso con un mezzo blindato. Una volta dentro, hanno fatto un uso indiscriminato, sistematico, e sproporzionato della forza. Tutto questo in assenza della necessità di affrontare una situazione urgente o una minaccia imminente tali da impedire la programmazione di un intervento appropriato, adeguato al contesto e proporzionato alle potenziali minacce. Gli alti funzionari, infatti, avevano avuto la possibilità di pianificare l’intervento, analizzare tutte le informazioni e considerare la situazione di tensione e stress a cui gli agenti di polizia erano sottoposti da quarantotto ore. La Corte evidenzia in particolare che, nonostante la presenza a Genova di agenti esperti dell’alta gerarchia militare, non erano state formulate direttive specifiche concernenti l’uso della forza, né gli ufficiali avevano ricevuto alcuna istruzione su questo aspetto cruciale.

Quanto alla violenza a cui i ricorrenti furono sottoposti, la Corte ha rilevato che gli attacchi individuali erano stati perpetrati in un generale contestato di eccessivo, indiscriminato e manifestamente sproporzionato uso della forza. I ricorrenti erano state vittime e testimoni dell’uso di violenze incontrollate e questo nonostante gli occupanti non avessero commesso alcun atto di violenza o resistenza contro la polizia.

Per quanto riguarda i racconti individuali, la Corte ha rilevato la gravità degli atti descritti dai ricorrenti e confermati dai giudici nazionali. Ognuno dei ricorrenti è stato colpito in modo violento, riportando lividi e lesioni e, in alcuni casi, fratture gravi che hanno portato a danni fisici permanenti. Di conseguenza, la Corte ha rite-

nuto che la violenza perpetrata contro i ricorrenti abbia causato “grave” sofferenza fisica e psicologica tale da costituire tortura ed integrare una violazione sostanziale dell’articolo 3 Cedu.

Sotto il profilo procedurale, la Corte ha osservato che la procedura interna nel caso di specie era la stessa procedura che aveva già portato alla constatazione di una violazione dell’art. 3 nel caso Cestaro contro Italia (Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, 7 aprile 2015, Ricorso n. 6884/11, Cestaro c. Italia). Nella decisione appena citata, la Corte, dopo aver ricordato i principi generali ed in particolare che l’art. 3 Cedu implica che venga condotta un’inchiesta ufficiale effettiva che porti all’identificazione e alla punizione dei responsabili, aveva individuato una serie di aspetti problematici concernenti i fatti sottoposti al suo esame. Tra questi rilevava in particolare l’inadeguatezza della legislazione penale italiana applicata al caso di specie rispetto all’esigenza sia di prevenire sia di sanzionare gli atti di tortura. Tornando al caso Bartesaghi Gallo e altri c. Italia, la Corte ritiene di non discostarsi da tali conclusioni, ribadendo espressamente l’esistenza di carenze nel sistema giuridico italiano in materia di repressione della tortura e condannando ancora l’Italia per la violazione procedurale dell’art. 3 Cedu.

La sentenza Bartesaghi Gallo risulta particolarmente attuale ed interessante se si considera che a nemmeno un mese di distanza dalla stessa è entrata in vigore nel nostro ordinamento proprio la fattispecie di tortura, la cui mancanza era stata censurata dalla Corte Edu. L’art. 1 della legge del 14 luglio 2017 n. 110 ha infatti introdotto, all’interno del nostro Codice penale, i nuovi articoli 613-*bis* e 613-*ter*, i quali rispettivamente puniscono la tortura e l’istigazione del pubblico ufficiale alla tortura. In aggiunta, la medesima legge ha istituito una sorta di ‘regime speciale’ per il reato in questione, sancendo l’inutilizzabilità delle dichiarazioni o informazioni ottenute mediante il delitto di tortura, salvo che contro le persone accusate di tale delitto e al solo fine di provarne la responsabilità penale (v. art. 191 c.p.p., nuovo comma 2-*bis*), imponendo il divieto di *respingimento, espulsione o estradizione* che esponga il soggetto al rischio di essere sottoposto a tali pratiche (art. 19 d.lgs. n. 286/1998, nuovo comma 1.1.) e vietando di concedere immunità a soggetti indagati o condannati per queste ultime.

Soffermandoci sul reato di tortura, l’art. 613-*bis* c.p. punisce “*Chiunque, con violenze o minacce gravi, ovvero agendo con crudeltà, cagiona acute sofferenze fisiche o un verificabile trauma psichico a una persona privata della libertà personale o affidata alla sua custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza, ovvero che si trovi in condizioni di minorata difesa, è punito con la pena della reclusione da quattro a dieci anni se il fatto è commesso mediante più condotte ovvero se comporta un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona. Se i fatti di cui al primo comma sono commessi da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio, con abuso dei poteri o in violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio, la pena è della reclusione da cinque a dodici anni. Il comma precedente non si applica nel caso di sofferenze risultanti unicamente dall’esecuzione di legittime misure privative o limitative di diritti. Se dai fatti di cui al primo comma deriva una*

lesione personale le pene di cui ai commi precedenti sono aumentate; se ne deriva una lesione personale grave sono aumentate di un terzo e se ne deriva una lesione personale gravissima sono aumentate della metà. Se dai fatti di cui al primo comma deriva la morte quale conseguenza non voluta, la pena è della reclusione di anni trenta. Se il colpevole cagiona volontariamente la morte, la pena è dell'ergastolo.”

Tale norma, seppur attesa da parecchi anni, è stata oggetto di diversi rilievi critici (si veda ad es. I. Marchi, *Il delitto di tortura: prime riflessioni a margine del nuovo art. 613-bis c.p.*, www.penalecontemporaneo.it, 31/7/2017) già prima della sua entrata in vigore (v. ad es. la lettera del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa del 16/6/2017, <https://rm.coe.int/letter-from-nils-muiznieks-council-of-europe-commissioner-for-human-ri/1680727baf>); tra i tanti, a spiccare è l'ambigua natura della previsione di cui al secondo comma della fattispecie, il quale punisce la tortura commessa dal pubblico agente con una sanzione più severa rispetto a quella prevista per la “tortura comune”. Il punto è che qualora tale previsione venga considerata dalla giurisprudenza quale circostanza aggravante del primo comma, essa non potrà sottrarsi al giudizio di bilanciamento ex art. 69 c.p. Il rischio immanente la nuova norma è dunque quello di non colmare quelle lacune in punto di repressione e prevenzione di atti di “tortura istituzionale” che hanno portato alla condanna dell'Italia nei casi summenzionati (I. Marchi, *Il delitto di tortura*, cit., 4 ss.).

FRANCESCA CONSORTE

* * *

Art. 8, Cedu

1) Corte europea dei diritti dell'uomo, Quinta Sezione, 27 aprile 2017, Sommer c. Germania (ric. n. 73607/13)

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-173091>

La sentenza in esame si pronuncia circa la legittimità di una richiesta avanzata da parte delle autorità nazionali ad un istituto bancario al fine di ottenere informazioni relativamente a movimentazioni bancarie riconducibili al ricorrente. Detta richiesta era stata nella specie giustificata in forza dell'esistenza di sospetti in ordine alla provenienza illecita di alcune somme corrisposte allo stesso, avvocato penalista, da parte di un suo assistito. Le autorità specificavano alla banca la necessità di non comunicare alcunché al cliente in ordine all'attività istruttoria disposta. Da ultimo è bene precisare che la richiesta, sebbene non avanzata in termini formalmente imperativi, richiamava la normativa in materia di rifiuto di testimonianza come potenziale conseguenza di un mancato riscontro.

Il ricorrente aveva contezza dell'avvenuto controllo solo in sede di esame della documentazione processuale raccolta a carico del proprio assistito. Una lista di

transazioni asseritamente rilevanti era stata infatti inserita nel fascicolo di indagine relativo al procedimento a carico del predetto, senza che fosse celata l'identità dei soggetti coinvolti nelle operazioni bancarie *de quibus*.

Tutte le iniziative a livello interno intraprese dal ricorrente dirette ad ottenere la distruzione dei documenti raccolti dal pubblico ministero in forza dell'assenza di una previsione che legittimasse il controllo o comunque in ragione della sussistenza di un privilegio di riservatezza relativo all'attività difensiva rimanevano senza esito. Egli otteneva soltanto la formazione di un separato fascicolo contenente la documentazione relativa ai propri rapporti bancari, così da renderla accessibile solo a coloro che fossero stati in grado di provare l'esistenza di un concreto e specifico interesse alla conoscenza.

I giudici di Strasburgo ravvisavano in forza di tutto ciò l'esistenza di una violazione del diritto sancito all'art. 8 della Convenzione. Più nel dettaglio la Corte stigmatizzava innanzitutto la formulazione vaga del §161 e 160a del codice di rito tedesco, adottati dalle autorità nazionali come base legale per l'effettuazione del controllo, richiamando la generale necessità di un alto tasso di analiticità della disciplina in materia di misure di controllo occulto (cfr. il par. 53 della decisione in commento). Ad ogni modo non si arrivava a riscontrare espressamente già solo in base a tale aspetto la violazione della norma convenzionale, in quanto la questione risultava connessa al decisivo esame del parametro della "necessità della misura in una società democratica".

In ordine a tale aspetto i giudici ravvisavano infatti la natura sproporzionata dell'iniziativa, osservando in prima battuta come le informazioni ottenute dalla banca fossero in grado di fornire una rappresentazione completa dell'attività professionale del ricorrente, rendendo note anche le generalità di soggetti "estranei" che avevano intrattenuto rapporti con lo stesso. Pertanto l'interferenza realizzata si caratterizzava per essere particolarmente invasiva. La Corte chiariva poi come il pregiudizio ai diritti sanciti all'art. 8 par. 1 non potesse certo dirsi insussistente solo in forza della pretesa volontarietà della collaborazione assicurata dalla banca.

Pur ravvisando l'esistenza di una normativa nazionale che rendeva in via di principio possibile prescindere dal rispetto del rapporto di riservatezza tra assistito e legale nell'ipotesi in cui vi fosse il fondato sospetto che quest'ultimo si fosse reso autore di condotte di reato, la Corte ravvisava comunque nel caso di specie l'esistenza di meri sospetti vaghi ed aspecifici, insufficienti a giustificare la predetta deroga.

Da ultimo veniva evidenziata l'assenza di adeguate garanzie in favore del soggetto sottoposto a controllo. Per quanto fosse infatti in via di principio consentito il ricorso all'autorità giurisdizionale al fine di contestare la legittimità della misura disposta in autonomia dal pubblico ministero, quest'ultima facoltà si atteggiava ad eventualità meramente teorica a fronte dell'inesistenza di obblighi di notifica all'interessato in merito alle attività di controllo esperite nei suoi confronti.

2) Corte europea dei diritti dell'uomo, Quinta Sezione, 22 giugno 2017, Aycaguer c. Francia (ric. n. 8806/12)

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-174441>

La pronuncia sancisce il contrasto con l'art. 8 della Convenzione delle previsioni nazionali francesi che impongono ai soggetti condannati per determinati reati di sottoporsi al test del DNA per poi procedere all'inserimento dei loro profili genetici nella relativa banca dati nazionale (per un precedente sostanzialmente analogo conclusosi però con la declaratoria di inammissibilità del ricorso per il mancato previo esaurimento dei rimedi interni cfr. Corte e.d.u., Quinta Sezione, 30 maggio 2017, Dagregorio e Mosconi c. Francia). Le disposizioni in oggetto erano peraltro state già censurate anche innanzi alla Corte costituzionale francese, la quale ne aveva però confermato la legittimità, pur ammonendo il legislatore per l'eccessiva genericità delle stesse, soprattutto in quanto omettevano di prevedere un termine differenziato di conservazione dei dati rapportato alla gravità dell'infrazione commessa.

Nel caso di specie il ricorrente veniva in prima battuta condannato per violenza e minacce ad un pubblico ufficiale perpetrate nel corso di una manifestazione sindacale. Conseguentemente gli era stato ordinato di sottoporsi al test del DNA. Egli veniva successivamente ancora condannato in forza del rifiuto opposto al riguardo. Si censurava dunque innanzi alla Corte e.d.u. la legittimità della seconda condanna da parte delle autorità francesi, lamentando la lesione del diritto al rispetto della vita privata. I giudici europei riconoscevano l'esistenza di una interferenza ai sensi dell'art. 8 par. 2, della Convenzione ravvisando al contempo la sussistenza di una base legale e di uno scopo legittimo perseguito dalla misura in questione.

Tuttavia la Corte di Strasburgo riscontrava la natura sproporzionata delle previsioni nazionali appunto in quanto fissavano indiscriminatamente un termine massimo di conservazione dei dati nella misura unica di quarant'anni, a prescindere dalla natura dei reati che avevano determinato la condanna che giustificava a sua volta l'inserimento nella banca dati nazionale del DNA. Tale previsione risultava dunque sproporzionata in ragione della tenuità dei fatti addebitati al ricorrente, sensibilmente meno gravi rispetto alle altre gravi ipotesi criminose che giustificavano la profilazione genetica.

Veniva altresì stigmatizzata l'assenza di una procedura diretta ad ottenere la cancellazione dei dati genetici raccolti e pertanto si ravvisava un insoddisfacente bilanciamento tra le esigenze di difesa sociale e le prerogative del singolo.

FABIO NICOLICCHIA

Art. 10, Cedu

Corte EDU, Sent. 20 giugno 2017, Ali Çetin c. Turchia (ric. n. 30905/09)

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-174421>

Il ricorrente, impiegato come contabile alla Fondazione turca per la protezione dell'ambiente, si vedeva licenziato a seguito di un controllo dell'amministrazione fiscale dal quale erano risultate varie irregolarità nei conti della fondazione. In una lettera dapprima indirizzata alla fondazione e successivamente allegata a un'ulteriore corrispondenza inviata alla Direzione generale per le fondazioni, il ricorrente criticava l'operato dell'ispettore che aveva effettuato il controllo fiscale, affermando che questi si era comportato come "Bekçi Murtaza" – personaggio immaginario della letteratura turca solito a imporre le proprie idee agli altri – pronunciando una *fatwa* per la quale non aveva alcuna autorità. Su denuncia dell'ispettore, il ricorrente veniva condannato per ingiuria a pubblico funzionario a sette giorni di pena detentiva congiunta a una pena pecuniaria, alla quale ultima infine si sommava la stessa pena detentiva successivamente convertita, per un totale di Euro 194.

La Corte osserva che, tenuto conto della natura delle espressioni adoperate dal ricorrente e del contesto di tali espressioni, non connotato da pubblicità, la condanna subita da quest'ultimo ha costituito un'interferenza con la libertà di espressione non necessaria in una società democratica. La Corte, ancora, richiamando la propria giurisprudenza, ritiene che la natura relativamente modesta della pena inflitta non possa condurre a conclusioni diverse, trattandosi comunque di una sanzione penale che può avere l'effetto di ostacolare l'effettivo esercizio della libertà di espressione. Vi è stata pertanto una violazione dell'art. 10 della Convenzione.

GIORGIO ABBADESSA

* * *

Art. 11, Cedu

1) Corte europea dei diritti dell'uomo, Quinta Sezione, 8 giugno 2017, National Turkish Union c. Bulgaria (ric. n. 4776/08)

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-174110>

Nel caso di specie la Corte di Strasburgo è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità del rifiuto opposto dalle autorità bulgare alla richiesta di registrare un'associazione costituita al fine di promuovere i diritti di una minoranza musulmana in Bulgaria.

In particolare, gli organi giurisdizionali interni previamente aditi respingevano le doglianze formulate dai ricorrenti, adducendo tutti a sostegno delle rispettive

decisioni, sostanzialmente, un duplice ordine di motivazioni, benché diversamente argomentate a seconda dei vari livelli di intervento. Da una parte, scopo effettivo dell'associazione sarebbe stato – secondo i giudici nazionali – quello di perseguire mediante il formale riconoscimento intenti politici, in contrasto con l'art. 44 della Costituzione bulgara che precludeva (e tutt'oggi preclude) l'esercizio di attività politiche a gruppi di individui costituiti in forme diverse dai partiti politici; dall'altra – sempre a parere dei medesimi giudici – la denominazione “Unione Nazionale Turca” dell'associazione di cui veniva richiesto il riconoscimento era parsa fuorviante nell'ottica dell'individuazione dei reali scopi associativi dell'ente, al punto da giustificare il sospetto di obiettivi separatisti.

La Corte di cassazione interna aveva quindi ulteriormente corroborato la legittimità del dissenso manifestato dalle autorità amministrative a fronte dell'istanza proposta dai ricorrenti, sul presupposto che la natura politica dell'associazione non fosse in discussione e la denominazione dell'ente ne disvelasse i reali propositi eversivi, tanto da ritenere che l'ente stesso potesse rappresentare un pericolo per la sicurezza nazionale.

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo accoglie il ricorso e riconosce la violazione dell'art. 11 Cedu *sub specie* di indebita interferenza con libertà di associazione.

La Quinta Sezione supera l'argomento – sostenuto da tutti gli organi giurisdizionali interni – della ritenuta natura politica degli scopi associativi, evidenziando, in senso opposto, come lo scopo dichiarato dall'ente di “contribuire allo sviluppo del pluralismo politico nel Paese” non implicasse affatto che il riconoscimento della personalità giuridica fosse preordinato al conseguimento, da parte dei relativi membri, della possibilità di partecipare alle elezioni politiche o, comunque, di concorrere per cariche pubbliche. Solo in tal caso, invero, l'apposizione del diniego avrebbe trovato conforto nella necessità di imporre ai richiedenti le più restrittive forme del partito politico, in conformità con l'art. 44 della Costituzione bulgara.

D'altra parte, il Collegio esclude la sussistenza di qualsivoglia elemento dal quale desumere che la costituzione – e la conseguente registrazione – dell'ente in questione potesse rappresentare una fonte di pericolo per la sicurezza nazionale, posto che neppure le sentenze emesse dagli organi giurisdizionali interni chiamati a sindacare la legittimità del censurato provvedimento di diniego avevano mai dato atto di una simile ragione preclusiva.

Significativamente demolitoria risulta, al riguardo, la trama motivazionale della decisione della Corte, nella parte in cui estende – pur senza farne espresso richiamo – alla libertà di associazione quella stessa giurisprudenza convenzionale invalsa in materia di libertà di riunione e tesa radicalmente ad escludere che l'invocazione del separatismo – qui peraltro neppure in gioco – possa rappresentare una causa legittima del divieto di riunirsi, se tale libertà è esercitata con metodo democratico e senza utilizzo della violenza (cfr. sul punto il *leading case Stankov e Ilinden c. Bulgaria*, 2 ottobre 2001).

La Corte conclude dunque per la sussistenza della violazione dell'art. 11, ritenendo la misura non necessaria in una società democratica e, dunque, illegittima l'interferenza con la libertà di associazione garantita dalla disposizione citata.

2) Corte europea dei diritti dell'uomo, Seconda Sezione, 19 luglio 2017, Mesut Yildiz e altri c. Turchia (ric. n. 8157/10)

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-175467>

Il caso si segnala per la peculiarità della vicenda processuale che ha costituito il presupposto dell'intervento della Corte e per la particolare applicazione in concreto dei tradizionali principi in materia di art. 11 enunciati dalla giurisprudenza convenzionale.

Tre cittadini turchi, promotori ed organizzatori di un festival partecipato, tra gli altri, da iraniani, afgani, pakistani e curdi, venivano condannati alla pena detentiva di un anno e sei mesi perché alcuni dei manifestanti avevano gridato slogan dissidenti nel corso dell'evento. La pena rimaneva tuttavia ineseguita dal momento che i ricorrenti ottenevano dal Tribunale di ultima istanza un annullamento con rinvio motivato dalla necessità di tener conto di alcune pertinenti novità normative che avevano nel frattempo interessato il codice penale turco.

A tale decisione il giudice del rinvio si adeguava confermando la pena detentiva precedentemente irrogata, sospendendone tuttavia al contempo l'esecuzione per un periodo di 5 anni durante i quali i prevenuti sarebbero stati sottoposti ad una forma di sorveglianza speciale volta ad evitare l'eventuale reiterazione di reati della stessa indole.

L'organo di ultima istanza, nuovamente adito, stavolta confermava, ma ciò non impediva ai ricorrenti di investire ugualmente la Corte di Strasburgo che, con la pronuncia che si segnala, riscontra una violazione della libertà di riunione presidiata dall'art. 11 della Convenzione.

Preliminarmente, la Seconda Sezione evidenzia che la manifestazione – debitamente autorizzata – si è sempre mantenuta all'interno di un contesto pacifico e che tale carattere non è venuto meno per il solo fatto che taluni dei soggetti che vi hanno preso parte sono trascesi in slogan eversivi. Tali condotte, peraltro, non avrebbero dovuto essere ascritte alla responsabilità dei promotori, non potendo costoro rispondere penalmente di un fatto altrui ma solo, se del caso, delle conseguenze derivanti dallo svolgimento dell'evento nel suo complesso, rimasto invece – per l'appunto – ampiamente confinato nei canoni della tollerabilità quanto ad ordine e sicurezza pubblica nonché in punto di contenenza espressiva. Nella medesima prospettiva, i giudici non mancano di valorizzare come gli organizzatori si siano apertamente dissociati dai contenuti della protesta, che dunque non ha assunto un carattere tale da giustificare l'inflizione nei loro confronti della sanzione detentiva, per quanto *condizionalmente sospesa*.

Sotto altro e preminente aspetto, la Corte rimarca che la natura e l'entità della sanzione costituiscono criteri privilegiati alla luce dei quali vagliare la proporziona-

lità in concreto della misura rispetto all'esercizio della libertà scrutinata, nella specie ritenuta indebitamente compromessa nonostante la mancata esecuzione della pena. La sorveglianza *condizionata* ha costituito infatti un limite al riesercizio della libertà di riunione, avendo in radice dissuasivo i ricorrenti dal promuovere in futuro – e comunque per l'intero arco temporale di efficacia della misura – eventi dello stesso tipo, per il timore di incorrere in analoghe ed ulteriori sanzioni.

Sulla base dei suesposti rilievi, la Corte condanna lo Stato turco per aver violato l'art. 11 della Convenzione, rilevando un'interferenza non “necessaria in una società democratica” non già con riguardo ad un evento esaurito – il raduno è stato infatti condotto regolarmente a termine – bensì, in chiave prognostica, alla luce della concreta impossibilità per i ricorrenti di prendere parte in futuro a manifestazioni dello stesso genere.

LORENZO CARSETTI

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

Le conclusioni dell'Avvocato Generale Bot nella causa C/42/17: un'altra (assai infelice) tappa della tormentata vicenda *Taricco*

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=192922&pageIndex=0&doclang=IT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=358905>

Se il *dictum* della sentenza *Taricco* aveva “scatenato” una quantità di reazioni critiche da parte della dottrina e della giurisprudenza italiana senza precedenti, le conclusioni dell'AG Bot, rassegnate all'udienza del 18 luglio 2017, paiono spingersi addirittura oltre, nel calpestare con incredibile leggerezza i “sacri principi” che ogni diritto penale di uno Stato costituzionale di diritto dovrebbe strettamente osservare¹.

Nello spazio giuridico europeo – ad avviso dell'AG – il principio di legalità penale, in tutti i suoi corollari, e l'idea-guida di sussidiarietà e proporzionalità, sembrano cedere completamente il passo di fronte al fine supremo dell'efficace tutela degli interessi finanziari dell'Unione, a discapito dei diritti fondamentali dell'individuo.

Andiamo dunque a vedere più da vicino, in sintesi, quali sono gli snodi principali, tanto perentori quanto assai discutibili e in frontale contrasto con le nette affermazioni di cui all'ordinanza di rinvio n. 24/2017 della Corte costituzionale, del ragionamento svolto nelle conclusioni.

Dopo avere osservato in via preliminare (§§ 52-64) che il problema dell'inadeguatezza sistemica della disciplina italiana sull'interruzione del termine di prescri-

¹ I primi commentatori, seppur da prospettive differenti e in base a diversi motivi, esprimono tutti una valutazione estremamente critica nei confronti delle Conclusioni dell'AG Bot: v. ad es. M. BASSINI-O. POLLICINO, *The Opinion of Advocate General Bot in Taricco II: Seven “Deadly” Sins and a Modest Proposal*, in *VerfBlog*, 2 agosto 2017, <http://verfassungsblog.de/the-opinion-of-advocate-general-bot-in-taricco-ii-seven-deadly-sins-and-a-modest-proposal/>; F. CAPOTORTI, *Le conclusioni dell'Avvocato Generale Bot nella causa c.d. Taricco Bis stentano a trovare una soluzione di compromesso: verso un conflitto tra le Corti ?*, 8 agosto 2017, in www.eurojus.it; R. LUCEV, *Le conclusioni dell'Avvocato Generale Bot nella causa sul rinvio pregiudiziale Taricco: verso uno scontro frontale*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 7-8, 21 luglio 2017; F. MAZZACUVA, *Taricco: le sorprendenti conclusioni dell'Avvocato Generale*, in *Parola alla Difesa*, in corso di pubblicazione.

zione² a perseguire con efficacia gli autori di frodi gravi in danno dell'Unione non è certo nuovo, come viene attestato sia da vari precedenti della Corte Edu (*Alikaj e a. c. Italia* e *Cestaro c. Italia*) che dalle raccomandazioni di diverse istituzioni sovranazionali, ci si sofferma sulle caratteristiche delle disposizioni normative controverse, gli artt. 160, u.c. e 161, c. 2, c.p.

L'inadeguatezza repressiva della disciplina domestica troverebbe la sua origine nel "numero chiuso" dei casi di interruzione della prescrizione (definiti come "poco numerosi e talora tardivi" e produttivi di "limitati effetti", § 78) e nel carattere non sufficientemente flessibile del prolungamento del termine normativamente previsto.

Esso, dopo che viene avviato il procedimento, è infatti previsto per una sola volta e nella durata di non oltre un quarto rispetto a quello originario.

Tale situazione costituirebbe un "délai préfix", ossia un "termine di decadenza fisso", in grado di garantire di fatto un'impunità sistemica. Nell'ecentrica opinione dell'AG, il regime positivo italiano, alla luce della sua natura "fissa", è "incompatibile con la nozione stessa di prescrizione".

Interessante notare come si faccia riferimento, in chiave critica, ai termini di prescrizione comuni contemplati, all'art. 12, nella proposta di direttiva PIF (§§ 94-96), i quali, benché siano di durata più lunga rispetto a quelli italiani, presentano lo stesso vizio di questi ultimi: stabilire "un termine massimo e assoluto del procedimento", intangibile e fisso, tale da compromettere l'effettività delle sanzioni per le frodi gravi e assicurare l'impunità sistemica ai rei.

La soluzione avanzata dall'AG e suggerita ai giudici europei ad esito del ragionamento volto a censurare la disciplina italiana, per introdurre un regime effettivo e dissuasivo che garantisca adeguatamente la protezione delle "casce" dell'UE, presenta tratti davvero singolari: si afferma che la CGUE dovrebbe "considerare la nozione di interruzione della prescrizione una nozione autonoma del diritto dell'Unione e debba definirla nel senso che ogni atto diretto al perseguimento del reato nonché ogni atto che ne costituisce la necessaria prosecuzione interrompe il termine di prescrizione; tale atto fa quindi decorrere un nuovo termine, identico al termine iniziale, mentre il termine di prescrizione già decorso viene cancellato" (§§ 101, 109)³.

Scontato rilevare che l'affermazione si mostra apodittica e erronea sollo molteplici profili.

² Singolare che nelle conclusioni non vi sia alcun riferimento alle profonde modifiche apportate alla disciplina interna dei termini di prescrizione dal Legislatore nazionale dapprima con il d.l. n. 138/2011, conv. mod. in l. n. 148/2011, e, da ultimo, con la c.d. Riforma Orlando, l. n. 103/2017, e su come esse possano incidere diminuendo le problematiche di inadeguatezza repressiva della disciplina.

³ Il carattere del tutto inconciliabile con il principio di tassatività-determinatezza delle norme penali di locuzioni quali "ogni atto diretto al perseguimento del reato" e "ogni atto che ne costituisce la necessaria prosecuzione", tale da conferire un potere normativo ai giudici, inevitabilmente foriero di esiti arbitrari, viene messo in luce da F. MAZZACUVA, *Taricco: le sorprendenti conclusioni*, cit., 1.

Si vorrebbe ottenere – e qui, forse, l’AG tocca la vetta nel *climax* che costituisce il *fil rouge* dell’intera vicenda ed è stato giustamente oggetto delle più serrate critiche in dottrina, ossia l’idea del “giudice di scopo”⁴ – tramite una *manipolazione giudiziale*, cioè *che il legislatore europeo si è dimostrato non in grado di raggiungere*, travalicando le forme e i limiti previsti dai Trattati e sovvertendo le scelte di politica criminale riservate in via esclusiva al Legislatore nazionale⁵.

Una volta appurato il difetto strutturale delle disposizioni italiane e delineata, in modo per vero discutibile, la configurazione della nozione di interruzione della prescrizione, si passa a valutare quanto statuito nella pronuncia *Taricco*, ossia l’obbligo di disapplicazione ex art. 325, §§ 1 e 2, TFUE.

Dapprima l’attenzione si concentra sui criteri fissati dal giudice di Lussemburgo ad uso delle corti nazionali.

Nel condividere – quantomeno apparentemente – alcuni dei dubbi sollevati dal Giudice delle Leggi, riguardanti l’assoluta vaghezza e ambiguità, l’AG ritiene di suggerire una modifica/integrazione ai criteri della “gravità” delle frodi e del “numero considerevole di casi”.

Più nello specifico, il secondo di questi rischia di “introdurre un elemento di soggettività nella valutazione richiesta” (§ 112), tale da sfociare nell’arbitrio applicativo.

Sarebbe più opportuno fondare l’obbligo di disapplicazione unicamente sulla natura del reato, così come valutata dal legislatore dell’UE⁶ (§116), senza dovere fare ricorso a complesse valutazioni sul numero considerevole di casi.

Il riferimento, necessario a guidare l’apprezzamento del giudice nazionale, deve essere alla definizione di reati gravi lesivi degli interessi finanziari dell’UE, contemplata dalla proposta di direttiva PIF, giusto la quale possono considerarsi gravi “*tutti i reati aventi un collegamento con il territorio di due o più Stati membri e che comportano un danno di importo totale superiore alla soglia di euro 10 milioni*” (§ 117).

⁴ Si vedano, per tutti, con efficacia: C. SOTIS, *Il limite come controlimite. Riflessioni sulla vicenda Taricco*, in www.penalecontemporaneo.it, 14 ottobre 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-Zillettì, Pisa, 2016, 93 ss.

⁵ Sottolinea in chiave critica tali profili, in cui emerge tutta l’incompatibilità del ragionamento dell’AG con i principi di divisione dei poteri e di legalità delle pene, R. LUCEV, *Le conclusioni dell’Avvocato Generale Bot nella causa sul rinvio*, cit., 3. L’A. evidenzia anche il passaggio ulteriore effettuato da Bot rispetto alla sentenza *Taricco*, nel senso della necessità di instaurare un sistema diffuso e completamente privo di tassatività, in cui ogni atto processuale spieghi effetto interruttivo e faccia decorrere integralmente un nuovo termine della stessa durata di quello iniziale, allo scopo di assicurare l’effettività della punizione.

⁶ Come notano perspicuamente M. BASSINI-O. POLLICINO, *The Opinion of Advocate General Bot*, cit., 3, si tratta di un passaggio argomentativo forzato, “*un salto dall’ambito dell’interpretazione a quello della legislazione*”, che non risolve la questione problematica sottoposta alla CGUE, ma anzi va ad esacerbare lo scontro tra le parti.

L'AG procede così ad eliminare il criterio che si era subito rivelato più problematico nella prassi applicativa, nonché oggetto di fondate critiche da parte della dottrina pressoché unanime, che ne ha ampiamente segnalato l'inconciliabilità con gli stessi limiti della funzione giurisdizionale, fissati ex art. 101, c. 2, Cost. nella soggezione del giudice "soltanto alla legge".

Una soluzione – tesa a non compromettere il principio di certezza del diritto – che però rischia di ampliare l'ambito operativo dell'obbligo di disapplicazione, anche se nella prassi la soglia assai elevata dei 10 milioni di euro, di ben venti volte superiore rispetto a quella fissata dalla Convenzione PIF, potrebbe risultare difficile da raggiungere, neutralizzando gli effetti della decisione.

Inoltre – come è stato rilevato⁷ – tale rimodulazione non è idonea a superare l'obiezione di fondo mossa alla pronuncia *Taricco*, che determina un c.d. effetto verticale inverso o rovesciato, contravvenendo al principio secondo cui la disapplicazione del diritto interno per contrasto con il diritto dell'UE non può pregiudicare la posizione giuridica del singolo, specie in ambito penale.

Come si vede, dunque, l'AG non pone minimamente in discussione l'obbligo sancito dalla CGUE, e anzi ne ribadisce *in toto* la conformità al diritto eurounitario, sviluppando argomenti affini a quelli della prima sentenza *Taricco*.

Esso non contrasta con il principio di legalità penale europeo, come delineato dagli art. 49 CDFUE e 7 CEDU, che è meno esteso di quello di cui all'art. 25, c. 2, Cost.

Per quanto concerne il profilo della violazione del principio di irretroattività delle norme penali sfavorevoli, l'AG giunge ad escluderla, sulla base della asserita *natura processuale* delle disposizioni in materia di prescrizione.

Rilevanti i profili di contraddittorietà nel ragionamento: da un lato, si constata (cfr. nt. 13 alle conclusioni) come tra i vari Stati membri coesistano diversi modelli di disciplina, alcuni di natura sostanziale, altri di natura processuale, altri ancora "misti"; e però, con l'inconferente riferimento al precedente della Corte Edu *Coe-me c. Belgio* del 22 giugno 2000, vuole imporsi la sottrazione di tutte le disposizioni in materia di prescrizione dall'alveo delle garanzie del *nullum crimen*.

Nell'ordinamento belga, tuttavia, differentemente da quanto avviene in Italia – dove la giurisprudenza costituzionale (v. da ultimo ord. n. 24/2017, e decisioni ivi richiamate), la giurisprudenza di legittimità (v. da ultimo ord. n. 28346/2016 e decisioni ivi citate) e la dottrina prevalente convergono nell'attribuire natura eminentemente sostanziale alle previsioni sulla prescrizione – queste ultime sono ritenute norme processuali, da applicare in base al principio *tempus regit actum*.

⁷ Cfr. F. MAZZACUVA, *Taricco: le sorprendenti conclusioni*, cit., 2. Secondo il noto principio stabilito nell'importante precedente CGUE, sentenza 2 maggio 2005, *Berlusconi e a.*, C-387/02, C-391/02 e C-403/02, laddove la Grande Sezione, nella causa pregiudiziale relativa alla "vecchia" disciplina delle false comunicazioni sociali ex artt. 2621 e 2622 c.c., risultante dalla riforma intervenuta con d.lgs. n. 61/2002, ha espressamente statuito che attribuire effetto diretto ad una direttiva comunitaria, con conseguente disapplicazione delle disposizioni nazionali contrastanti, "non può avere come effetto, di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale" degli imputati.

Altrettanto criticabile è il riferimento alla sentenza *Previti c. Italia* della Corte Edu, caso in cui si giudicava la norma transitoria di cui all'art. 10, c. 3, l. n. 251/2005 (c.d. legge *ex-Cirielli*), di natura pacificamente processuale. Nella medesima vicenda, infatti, pur dichiarando la parziale illegittimità della suddetta disposizione per violazione del principio di ragionevolezza, la Corte costituzionale, nel valutare dunque il diverso problema afferente alle possibili deroghe alla retroattività *in mitius*, distinto dalla irretroattività di una norma penale sfavorevole, ribadiva la natura sostanziale del regime italiano sulla prescrizione (C. cost., sent. n. 393/2006).

Si propugna nuovamente una nozione “ristretta” di legalità penale, limitata al precetto ed al trattamento sanzionatorio *stricto sensu*, distante da quella, più protettiva, propria della nostra tradizione costituzionale, comprensiva di “*ogni profilo sostanziale concernente la punibilità*” (C. cost., ord. n. 24/2017, § 8).

Ciò che più salta all'occhio è la ferma volontà espressa nelle conclusioni di non cogliere alcuno dei significativi “inviti al dialogo” contenuti nella pronuncia della Consulta, di ignorare lo sforzo cooperativo e la *fairness* istituzionale che anima quella decisione.

L'AG, in altre parole, assume una posizione oltranzista, ignorando le pur importanti “opzioni di compromesso” che erano state prospettate dalla Corte italiana e non condividendo il fondamentale *distinguishing* tracciato con il noto caso *Melloni*⁸.

Ciò non deve sorprendere.

Nel caso *Melloni*, infatti, lo stesso Bot, pur ammettendo astrattamente che la disposizione di cui all'art. 53 CDFUE (la clausola di non regressione del livello di tutela dei diritti fondamentali) potesse avere uno spazio applicativo più ampio, in quei settori non oggetto di armonizzazione a livello eurounitario⁹ – diversi dal caso di specie – si preoccupava ad ogni modo di preservare la primazia, l'unità e l'effettività del diritto dell'UE.

⁸ CGUE, sentenza 26 febbraio 2012, *Melloni*, Causa C-399/11.

⁹ Diversi dall'ambito oggetto di giudizio in quell'occasione. Infatti, il principio del carattere “recessivo” del criterio del c.d. *Best Standard*, ossia il livello di protezione più elevato dei diritti fondamentali, offerto dall'art. 24 della Costituzione spagnola, come interpretato dal *Tribunal Constitucional* (in materia di diritti processuali dei soggetti condannati *in absentia*), e della conseguente prevalenza del minore livello di garanzia previsto a livello eurounitario, era necessario per preservare l'unità e l'effettività del diritto dell'UE in una disciplina fortemente armonizzata, come quella del Mandato d'arresto europeo, di cui alla Decisione Quadro 26 febbraio 2009, n. 2009/299/GAI, che, come spiegano i giudici europei “*riflette il consenso raggiunto dagli Stati membri nel loro insieme a proposito della portata da attribuire, secondo il diritto dell'Unione, ai diritti processuali di cui godono le persone condannate in absentia raggiunte da un mandato di arresto europeo*” (§ 62). Diversa la situazione in materia di disciplina sulla prescrizione, dove manca una armonizzazione a livello eurounitario e ogni Stato membro può legiferare coformemente alle proprie tradizioni costituzionali e gode di un “margine nazionale d'apprezzamento” più ampio. Molto chiara sul punto la Corte costituzionale nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale, § 4, dove si afferma “*su questo aspetto, che non riguarda direttamente né le competenze dell'Unione, né norme dell'Unione, 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*”.

In linea di continuità, nel caso che ci occupa, egli rifiuta seccamente l'interpretazione dell'art. 53 prospettata dai giudici costituzionali, giacché essa violerebbe *“una caratteristica essenziale dell'ordinamento giuridico dell'Unione, ossia il principio del primato del diritto dell'Unione”* (§ 156).

Secondo quanto viene sostenuto dall'AG, anche negli ambiti normativi non armonizzati¹⁰, quale quello della prescrizione – ove, come aveva giustamente osservato la Consulta, non può esservi alcuna pretesa di omogeneità eurounitaria e le discipline positive si informano alle diverse tradizioni costituzionali di ogni Stato membro – il margine di discrezionalità concesso allo Stato nello stabilire il livello di protezione dei diritti fondamentali non può spingersi a compromettere la corretta attuazione del diritto dell'UE e a vulnerare altri diritti fondamentali preservati in forza dello stesso (§ 162).

In altri termini, deve essere garantita sempre e comunque la prevalenza delle istanze di tutela effettiva e dissuasiva ex art. 325 TFUE, che sarebbe preclusa se l'Italia fosse legittimata ad opporre il maggiore livello di garanzia ex art. 25, c. 2, Cost., visto il contrasto con il primato e l'effettività del diritto dell'UE, *“in quanto i reati di cui trattasi, che ledono gli interessi finanziari di quest'ultima, non potranno essere oggetto di una condanna definitiva tenuto conto del termine di prescrizione assoluto, e resteranno quindi impuniti”* (§ 167).

Una volta scartata l'opzione dell'art. 53 CDFUE, attraverso un'interpretazione “sterilizzante” di tale norma, l'AG passa ad esaminare la eventuale applicabilità della clausola di cui all'art. 4, § 2, TUE.

Questa disposizione, che impone all'Unione, nella sua azione, di rispettare l'identità nazionale insita nella struttura politica e costituzionale degli Stati membri, non potrebbe entrare in gioco – si argomenta – poiché il principio di legalità dei reati e delle pene non sarebbe riconducibile al novero dei principi “supremi” o “fondamentali” che costituiscono l'identità politica e costituzionale dell'ordinamento italiano.

Una presa di posizione sorprendente e antitetica rispetto a quella, del tutto condivisibile, della Corte costituzionale¹¹, che nell'ordinanza di remissione aveva ribadito a chiare lettere che il principio di legalità, nei suoi tre corollari, appartiene al “nucleo duro” dei principi supremi e diritti inalienabili della persona, attivabili quali “controlimiti”.

¹⁰ Si noti che l'AG, con un'operazione ermeneutica alquanto ardita, vorrebbe supplire all'assenza di una definizione comune armonizzata delle norme in materia di prescrizione facendo riferimento al principio di ragionevole durata del processo previsto dall'art. 47, § 2, CDFUE, che costituisce *“al pari dell'atto giuridico che lo sancisce, l'archetipo della norma armonizzata, che può essere fatta valere direttamente”*. Siffatta torsione implicherebbe un'inaccettabile trasformazione di un principio fondamentale posto a garanzia dell'individuo, alla cui realizzazione, peraltro, l'istituto della prescrizione contribuisce, in fonte di diritto derivato che imporrebbe misure nazionali di attuazione contrastanti con il principio stesso.

¹¹ Cfr. ord. n. 24/2017, § 2, *“non vi è dubbio [...] che il principio di legalità in materia penale esprima un principio supremo dell'ordinamento, posto a presidio dei diritti inviolabili dell'individuo”*.

Ma ciò che non convince è l'argomentazione dell'AG.

Tramite un'interpretazione esasperatamente formalistica e letterale – a “compartimenti stagni” – della Carta fondamentale italiana, e dimenticandosi che soltanto alla Corte costituzionale spetta, in via autonoma ed esclusiva (v. ord. n. 24/2017, § 6), definire e delimitare l'ambito di operatività dei controlimiti, Bot sostiene che soltanto i principi qualificati espressamente come “fondamentali” (artt. 1-12, Cost.) possano essere opposti alla primazia del diritto eurounitario.

Oltre a porsi in contrasto con le statuizioni della Corte costituzionale, le conclusioni sembrano contraddire anche lo stesso *dictum* del settembre 2015, nel quale i giudici del Kirchberg avevano posto una “riserva” di verifica, demandando al giudice domestico, prima di procedere alla disapplicazione, di “assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati” (§ 53). Punto – si badi – individuato e sfruttato molto abilmente dalla Corte costituzionale per tessere la trama argomentativa a supporto dei “nuovi” quesiti pregiudiziali.

L'AG ha dunque “scartato” entrambe le opzioni offerte dall'ordinamento eurounitario (e caldegiate dalla Corte costituzionale) per provare a “ricomporre” la frattura, scongiurando l'azionamento dei controlimiti.

Egli, inoltre, tramite l'accostamento esplicito del rinvio pregiudiziale al noto rinvio effettuato dal Tribunale costituzionale federale tedesco nel caso *Gauweiler* (§ 10), dimostra di non avere colto il reale significato dell'ord. n. 24/2017.

Quest'ultima – come si rileva condivisibilmente¹² – non si esprime infatti con il linguaggio divisivo e “muscolare” dell'identità costituzionale, ma cerca anzitutto di sollecitare un'espansione del contenuto di garanzia dell'art. 49 CDFUE all'insegna del pluralismo, del motto “uniti nella diversità”, attraverso il riferimento alle tradizioni costituzionali comuni ex art. 6, § 3, TUE (soprattutto in punto di principio di determinatezza e divisione dei poteri come corollario imprescindibile della legalità penale), in modo da creare un principio generale dell'Unione, tale da garantire un innalzamento complessivo dello *standard* di tutela dei diritti fondamentali.

Riflessioni conclusive

Come emerge dalla sintetica disamina delle conclusioni, esse si mostrano criticabili sotto molteplici profili e non sembrano lasciare spazio ad alcuna possibilità,

¹² M. BASSINI-O. POLLICINO, *The Opinion of Advocate General Bot*, 5-6, segnalano opportunamente tale aspetto: “L'opzione di fare affidamento sull'art. 6, par. 3, per una parziale rievocazione da parte della CGUE tramite un arricchimento del contenuto del principio di legalità sarebbe coerente con l'approccio della Corte costituzionale che ha sottolineato l'importanza di una visione pluralistica delle tradizioni costituzionali invece di cercare una esplicita ed accesa difesa dell'identità costituzionale. È vero che l'art. 6, par. 3, si riferisce alle tradizioni costituzionali che sono comuni (enfasi aggiunta) agli Stati Membri; tuttavia, il riferimento a tale caratteristica non dovrebbe impedire di iniettare una certa misura di pluralismo nelle tradizioni costituzionali, come la Corte costituzionale ha indicato, che renda possibile conciliare uno standard di protezione più elevato contemplato nella Costituzione nazionale con la primazia del diritto dell'UE”.

da parte della CGUE, di rivisitare, anche parzialmente, il *dictum Taricco*, venendo incontro alle sollecitazioni della Corte costituzionale.

L'AG conferma totalmente l'obbligo di disapplicazione, salvo la parziale precisazione sulle condizioni, e il suo ragionamento pare essere del tutto impermeabile alle istanze di garanzia veicolate dai giudici costituzionali italiani e da gran parte della comunità degli interpreti.

Ciò che colpisce è in particolare la posizione radicale dell'AG, che non solo fonda – come si è illustrato – le sue osservazioni su argomenti assai discutibili (i più eccentrici: l'elaborazione di una “nozione europea” autonoma di interruzione della prescrizione, da far prevalere su quella nazionale, frutto delle scelte politiche del Legislatore italiano; la natura processuale della prescrizione) ma, soprattutto, non effettua il benché minimo sforzo per provare a trovare un'opzione di compromesso con la Corte costituzionale¹³.

Di certo non si può dire che nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale mancassero spunti per cercare di effettuare un bilanciamento più ragionevole degli interessi in gioco.

Peraltro – occorre osservare¹⁴ – le conclusioni dell'AG dimostrano una certa miopia anche se ci si pone nella prospettiva dell'ordinamento eurounitario, ragionando in ottica di idoneità dello strumento rispetto allo scopo.

Infatti, la disapplicazione del regime prescrizione interno sarebbe in grado di portare tutt'al più all'applicazione di sanzioni detentive, ben difficilmente potendo contribuire all'effettiva riscossione dei tributi evasi.

Vista la natura economico-finanziaria del problema, allora, invece che concentrarsi sulle pene criminali in senso stretto, occorrerebbe individuare e neutralizzare gli ostacoli che rendono inefficienti i meccanismi interni di riscossione dei tributi, in piena conformità con il disposto letterale dell'art. 325, § 1, TFUE, che non pone un obbligo di tutela *necessariamente* penale.

Tale dubbio, espresso nella sentenza *Taricco* (§ 24), non emerge affatto negli argomenti dell'AG.

Per sdrammatizzare una vicenda che rischia definitivamente di portare al conflitto inter-ordinamentale, si può affermare che l'AG, cercando lo scontro frontale, ha forse dimostrato di essere il primo sostenitore della necessità di azionare l'*ultima ratio* dei controlimiti, persino più entusiasta dei tanti, che, in Italia, a buona ragione, ne avevano fin da subito auspicato un'attivazione all'indomani della sentenza *Taricco*, per preservare non negoziabili principi di civiltà giuridica.

PIETRO INSOLERA

¹³ Da questo punto di vista, si può considerare che le conclusioni dell'AG riescono a portare l'iter logico giuridico della sentenza *Taricco*, già di per sé *anti-dialogico*, come rilevato da attenta dottrina (M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2016, 2, 15 aprile 2016, 1 ss., 15; V. MAIELLO, *Prove di resilienza del nullum crimen: Taricco versus controlimiti*, in *Cass. pen.*, 2016, 3, 1250 ss., 1257), ad un livello ulteriore ed inedito.

¹⁴ Su questo profilo si vedano le osservazioni di R. LUCEV, *Le conclusioni dell'Avvocato Generale Bot nella causa sul rinvio*, cit., 5.

CONSIGLIO COSTITUZIONALE FRANCESE

Conseil constitutionnel, Décision n° 2017-645 QPC du 21 juillet 2017

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2017645QPC2017645qpc.pdf>

Nella decisione che si segnala ai lettori, il *Conseil constitutionnel* si è pronunciato su una questione prioritaria di costituzionalità relativa alla conformità a costituzione dell'articolo 306, terzo comma, del codice di procedura penale, nella sua formulazione risultante dalla legge n. 2016-444 del 13 aprile 2016, che consente alla vittima costituita parte civile di ottenere una pronuncia a porte chiuse innanzi alla Corte d'Assise per i giudizi riguardanti taluni delitti di violenza sessuale particolarmente efferati.

In particolare, la norma esaminata dal *Conseil* recita: “*Lorsque les poursuites sont exercées du chef de viol ou de tortures et actes de barbarie accompagnés d'agressions sexuelles, de traite des êtres humains ou de proxénétisme aggravé, réprime*” par les articles 225-7 à 225-9 du code pénal, le huis clos est de droit si la victime partie civile ou l'une des victimes parties civiles le demande; dans les autres cas, le huis clos ne peut être ordonné que si la victime partie civile ou l'une des victimes parties civiles ne s'y oppose pas”.

A parere del ricorrente, tale norma violerebbero il diritto ad un processo equo. Infatti, consentendo alla parte civile di ottenere, in qualsiasi circostanza, il diritto alla celebrazione di un processo a porte chiuse, il legislatore avrebbe violato il principio della pubblicità del dibattimento.

Inoltre, tale disposizione sarebbe in contrasto con il principio di eguaglianza innanzi alla legge, superando l'equiparazione tra parte civile, accusato e Pubblico Ministero.

Infine – argomento non privo di interesse anche nella prospettiva italiana – la qualificazione della parte civile quale “*victime*”, prima della pronuncia di una sentenza di condanna sarebbe contraria al principio di presunzione di non colpevolezza.

Di qui la questione prioritaria di costituzionalità sulle parole: “*le huis clos est de droit si la victime partie civile ou l'une des victimes parties civiles le demande;*

dans les autres cas”, di cui al terzo comma dell’art. 306 del codice di procedura penale.

Secondo il *Conseil*, il combinato disposto degli artt. 6, 8, 9 e 16 della Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino del 1789 prevede il diritto alla celebrazione in pubblico dei processi penali, salvo casi eccezionali che ne legittimano la trattazione a porte chiuse.

A parere del relatore, le disposizioni impugnate consentono ad una “vittima parte civile” di ottenere il diritto pronunciamento a porte chiuse davanti alla Corte d’Assise nel caso di processi per crimini quali la violenza sessuale, tratta di esseri umani o favoreggiamento della prostituzione aggravato.

Riservando tale diritto alla sola parte civile, il legislatore ha inteso rafforzare la tutela della *privacy* delle vittime di atti criminali particolarmente efferati ed evitare che, in assenza di tale protezione, queste rinuncino a presentare denuncia per gli abusi subiti.

In questa prospettiva, la norma persegue un obiettivo di carattere generale, riservando solo ad atti di particolare gravità la deroga al generale principio della pubblicità dei giudizi.

Dunque, il legislatore non è venuto meno al dovere di circoscrivere le particolari circostanze che legittimano tale deroga, dal che deriva la decisione di respingere la censura relativa alla violazione del principio di pubblicità del giudizio penale.

Quanto alla seconda censura, secondo l’articolo 6 della Dichiarazione del 1789, la legge è “*la même pour tous, soit qu’elle protège, soit qu’elle punisse*”, mentre l’articolo 16 sancisce che: “*Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution*”.

Pertanto, il legislatore ha il potere di stabilire norme processuali penali che si differenzino a seconda della diversità dei fatti, delle condizioni e delle persone a cui si applicano, purché tali differenze non siano dovute a distinzioni ingiustificate e che a tutti siano garantiti i medesimi diritti e, in particolare, il pieno esercizio del diritto di difesa.

Calando questi principi nel caso in concreto, e ribadendo le ragioni già poste a fondamento del rigetto della precedente censura, il *Conseil* osserva che le norme sottoposte al suo vaglio non violano il diritto alla pubblicità e non incidono sul principio di parità delle parti nel processo penale e non incidono sull’esercizio del diritto di difesa.

Dunque, anche la censura che concerne il principio di eguaglianza davanti alla giustizia, deve essere rigettata.

Restava da valutare l’ultimo motivo di doglianza, di particolare interesse in un’epoca di progressiva *vittimizzazione* del processo penale.

Osserva il *Conseil* che il principio di presunzione di innocenza è sancito dall’art. 9 della Dichiarazione del 1789, secondo il quale ogni uomo deve essere considerato innocente fino al momento in cui venga dichiarato colpevole.

Invece, la disposizione censurata, nella parte in cui si riferisce alla “*vittima parte civile*”, designa quella parte processuale che ha dichiarato di avere subito i fatti

oggetto di accertamento da parte del giudice penale e, di conseguenza, da essa non può essere ricavata alcuna presunzione di colpevolezza dell'accusato.

Anche quest'ultima censura viene dunque respinta.

TOMMASO GUERINI

TRIBUNALE COSTITUZIONALE SPAGNOLO

Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección Primera, Resolución 354/2017, 17 de mayo de 2017, Roj: STS 1883/2017

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=atcb=TS&reference=8026310&links=&optimize=20170522&publicinterface=true>

La *Sala de lo Penal del Tribunal Supremo* ha annullato la condanna inflitta al ricorrente dall'*Audencia Nacional* per il delitto di *autoadoctrinamiento con finalidad terrorista*, per aver ricercato su internet documenti (video e immagini) di matrice jihadista, di seguito pubblicati anche sulla sua bacheca *facebook*.

La fattispecie in esame, introdotta dalla riforma del *Código Penal* proprio per contrastare il terrorismo jihadista, permette di perseguire non solo chi 'indottrina' o addestra futuri militanti, ma anche chi accetta di essere 'indottrinato' o chi si 'auto-indottrina'.

Nel caso di specie, la Suprema Corte ha ritenuto che la condotta posta in essere dal ricorrente non possa integrare il delitto di 'auto-indottrinamento' in quanto non è stato provato a quali delitti di terrorismo era diretto l'auto-apprendimento dell'imputato, così come richiesto dalla nuova fattispecie; la Corte precisa che risulta '*una asunción de ideales*' con l'ISIS che non può essere posta a fondamento di una condanna.

Come sottolineato dai Supremi giudici, però, la novella legislativa è carente dal punto di vista della descrizione delle condotte integratrici del delitto in esame, quasi pare mancare, per certi aspetti, di tassatività. Ebbene, in questo contesto, non può percorrersi altra via se non quella dettata da un'interpretazione restrittiva, interpretazione che deve comunque fare i conti con il diritto a manifestare liberamente il proprio pensiero, anche per il tramite di una libertà ideologica e d'informazione. Per queste ragioni, la *Sala* ritiene non vi siano gli estremi giustificativi di una condanna per il delitto di *autoadoctrinamiento*, ma, come anticipato, ritiene che il possesso di certi documenti informatici e la navigazione su alcune pagine web dai contenuti propagandistici, possano, invece, integrare il diverso delitto di apologia di terrorismo. Sul punto sono necessarie alcune precisazioni, figlie anche della lettura costituzionalmente orientata fatta di queste nuove fattispecie delittuo-

se ad opera del *Tribunal Constitucional* (sentenza n. 112/2016, con nota, in questa rivista *on-line*, gennaio-aprile 2017, a cura di S. Casali).

Ai fini dell'integrazione del delitto in esame, non è sufficiente la mera condivisione ideologica derivata da una volontaria e frequente navigazione in determinate pagine web, deve, di più, potersi individuare la tendenziale idoneità della condotta ad incitare le adesioni ai detti gruppi terroristici.

Nel caso in esame, conclude il Tribunale, i video e le foto sulla bacheca *facebook* del ricorrente sono sempre ambigue e alcune chiaramente incitano al terrorismo di matrice islamica. Dunque, non si tratta di mera attività d'informazione ma la trascende, finendo con il relazionarsi e condividere quel linguaggio iconografico e filmico tipico dello stato islamico, finendo così per approvare e giustificare le guerre contro tutti gli "infedeli". Per queste ragioni, la condotta descritta è riconducibile alla fattispecie di cui all'articolo 578 del codice penale spagnolo (apologia di terrorismo, appunto), che punisce non solo l'incitazione indiretta alle "gesta" di queste organizzazioni, ma anche il concreto pericolo che da questi atti di incitamento possano prodursi nuovi attacchi terroristici, timore tanto più sentito se si considera (come dimostra una oramai generale regola d'esperienza) l'efficacia di questo metodo di reclutamento degli jihadisti e la presa sui singoli individui, i c.d. "lupi solitari".

Per ultimo, la *Sala* non ritiene violato il diritto alla libertà di manifestare il proprio pensiero. I giudici affermano che non possono assolutamente rientrare nell'alveo del diritto costituzionalmente garantito comportamenti che tendano a giustificare la guerra dell'ISIS, l'espansione di quest'ultimo o il compimento di attentati mortali nei più diversi luoghi del pianeta contro i c.d. infedeli.

Non si tratta di proibire l'elogio di un'idea o di una dottrina, neppure di proibire l'espressione di un pensiero, al contrario, si tratta di perseguire l'esaltazione di metodi terroristici e dei suoi autori, i quali pongono in essere condotte del tutto illegittime da qualsiasi prospettiva costituzionale le si guardi.

ANTONIO PUGLIESE

* * *

Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección Primera, Resolución 367/2017, 19 de mayo de 2017, Roj: STS 2021/2017

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Noticias-Judiciales/Absuelto-por-falta-de-pruebas-un-padre-condenado-a-11-anos-de-carcel-por-abusar-de-su-hija-menor-de-edad>

La *Sala de lo Penal* del *Tribunal Supremo* ha accolto il ricorso presentato da un padre avverso la sentenza di condanna ad undici anni di reclusione, pronunciata della *Sección Primera* della *Audiencia Provincial* di Palma di Maiorca, per aver abu-

sato sessualmente della figlia minore di anni tredici (la *Ley Orgánica* n. 1/2015 ha poi modificato l'art. 183 *Código Penal*, elevando l'età del consenso sessuale a sedici anni).

I giudici territoriali hanno ritenuto provato che il padre avesse avuto rapporti sessuali con la figlia in diverse occasioni dall'anno 2007 al 2009 e che con l'ultimo rapporto nel 2011 – quando si era ormai separato dalla madre della bambina e non viveva più nella casa familiare – le aveva trasmesso una malattia da contatto sessuale (più precisamente, i condilomi acuminati).

La Suprema Corte, in accoglimento del ricorso, si è pronunciata sulla utilizzabilità delle prove poste a fondamento della condanna del ricorrente.

I giudici hanno rilevato che le dichiarazioni accusatorie rese dalla minore prima del giudizio sono state assunte omettendo di informarla sulla facoltà di astenersi dal rendere dichiarazioni contro suo padre (art. 146, 1 *Ley de Enjuiciamiento Criminal*) e, in conformità con diverse pronunce della Corte (SSTS nn. 1421/2005, 385/2007, 209/2017 e, in particolare, la pronuncia n. 1010/2012), tali dichiarazioni sono affette da nullità e non possono essere utilizzate come prove.

Inoltre, il *Tribunal Supremo* evidenzia come il ricorrente non abbia neppure avuto la possibilità di esaminare direttamente o indirettamente la figlia in quanto la stessa, nel corso del giudizio, si è poi avvalsa della facoltà di astenersi dal deporre contro il padre. Ne discende un'evidente restrizione del diritto di difesa che la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU, 27 febbraio 2001, caso *Lucà c. Italia*) ha ritenuto incompatibile con i requisiti per un equo processo stabiliti dall'art. 6, commi 1 e 3, lettera d) della Convenzione.

I giudici ricordano che la Grande Camera (CEDU, 15 dicembre 2011, casi *Al Khawaja c. Regno Unito* e *Tabery c. Irlanda del Nord*) ha affermato che le dichiarazioni di un testimone 'assente' che l'accusato non ha avuto la possibilità di esaminare, possono essere ammesse solo nel caso in cui alla difesa siano stati offerti strumenti adeguati per poter 'mettere in discussione' la credibilità delle dichiarazioni rese prima del giudizio. Nel caso di specie, si dovrebbe quindi verificare la veridicità delle dichiarazioni della figlia, ma ciò è impossibile in quanto – ribadisce la Suprema Corte – le stesse sono affette da nullità.

Vieppiù, sono 'assolutamente inutilizzabili' anche le testimonianze dei medici che esaminarono la bambina, escussi in qualità di '*testigos de cargo de referencia*'; la Corte, richiamando due precedenti pronunce (SSTS nn. 735/2015 e 470/2016), ricorda che le dichiarazioni accusatorie rese dalla presunta vittima di abusi sessuali a psicologi e psichiatri, se assunte senza le necessarie garanzie, non possono convertirsi in una '*confesión informal*' di chi in quel momento '*è un paziente non indagato*'.

Per quanto esposto, le dichiarazioni rese dalla minore prima del giudizio non possono essere utilizzate come prova a carico del padre.

In ultimo, la *Audiencia Provincial* aveva ritenuto provato che, con l'ultimo rapporto sessuale, il padre aveva trasmesso alla figlia una malattia da contatto sessuale

(i condilomi). Il *Tribunal Supremo* afferma che non vi è alcuna prova di questo rapporto, né che il ricorrente fosse portatore di questa malattia; il *Juez instructor*, infatti, non dispose il prelievo di materiale biologico, nonostante l'imputato avesse manifestato la disponibilità a sottoporsi a qualsiasi esame medico.

Per tali motivi, la Suprema Corte ritiene che siano stati violati sia il diritto alla presunzione di innocenza, sia quello ad una tutela giurisdizionale effettiva e assolve così l'imputato dal reato a lui ascritto per mancanza di prove.

SILVIA CASALI

CORTE SUPREMA INGLESE

UK Supreme Court, R v. Golds (Appellant) [2016] UKSC 61 on appeal from [2014] EWCA Crim 748

<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2015-0053-judgment.pdf>

La sentenza annotata costituisce l'epilogo di un caso a lungo protagonista delle cronache nere d'Oltremania e relativo all'omicidio della fidanzata da parte di Mark Golds, geloso "buttafuori" di un *nightclub* di Harlow, Essex. Oltre che per l'efferatezza del delitto, la vicenda ha attirato l'attenzione dei media in forza di un insolito (e macabro) particolare: l'imputato, sorpreso dalla polizia nella parte conclusiva dell'omicidio, svoltosi durante un *barbecue* in famiglia, aveva chiesto di poter "finire" con un'ultima coltellata la compagna agonizzante, Claire Parish.

Il caso, tuttavia, va segnalato anche – e soprattutto – per la questione giuridica sottesa, che gli ha permesso di essere riportato, oltre che sulle prime pagine dei *tabloid*, anche nei più recenti manuali inglesi, peraltro con i crismi di un "*leading case*".

La pronuncia ha infatti ad oggetto il controverso istituto della *diminished responsibility*, *defence* invocabile dal *defendant* (solo) in relazione all'accusa di *murder*, con l'effetto di renderlo colpevole della forma di omicidio meno grave, il *manslaughter*, quando vi è una condizione di *mental abnormality*, ma non così pronunciata da raggiungere la vera e propria *insanity* (per una prima "infarinatura" sul tema, J. Herring, *Criminal law. Text, cases and materials*, Oxford, 2016, 253 ss.). Pertanto, non escludendo in radice la responsabilità penale, la *diminished responsibility* è considerata una *partial defence*: anche quando viene accertata, l'imputato non può essere ritenuto *blameless*, ma il suo livello di rimproverabilità non è sufficiente per l'addebito di *murder*. La necessità di individuare con precisione un confine non è affatto un esercizio di stile dalla scarsa rilevanza pratica: la *conviction* per *murder* impone di comminare il carcere a vita. Cosicché, molto spesso, nei casi come quello qui segnalato in cui vi è stata la confessione dell'imputato, la *diminished responsibility* risulta l'unica carta difensiva per evitare la "*life sentence*".

Per questa sua natura "ibrida", l'istituto è stata oggetto di severe critiche nella dottrina inglese, al punto che ne è stato posto in discussione lo stesso fondamento.

In particolare – secondo quanto è stato sostenuto – sarebbe insensato individuare una fascia intermedia tra la *defence* e l'imputabilità: se risulta che il *defendant*, in assenza dello stato di *abnormality* avrebbe comunque commesso il crimine, allora va condannato; se, al contrario, risulta che l'omicidio è stato commesso in forza di tale alterazione mentale, allora è giusto che il *defendant* possa beneficiare di una piena *defence* (v. R. Sparks, *Diminished Responsibility in Theory and Practice*, in *Modern Law Review*, 27:9, 1964).

Ad ogni modo, a seguito del *Coroners and Justice Act 2009*, per l'applicazione della *diminished responsibility* è richiesto: (a) che il *defendant* soffra di un'*abnormality of mental functioning*; (b) che tale anomalia derivi da una *recognised medical condition*; (c) che la capacità dell'omicida (in alternativa) di comprendere la natura della sua condotta, o di formare un giudizio razionale su di essa, o di esercitare l'autocontrollo, sia sostanzialmente alterata (*substantially impaired*) dalla condizione di cui al punto (a).

Proprio su quest'ultimo specifico profilo (c) – l'interpretazione della parola "*substantial*" – si appunta la questione affrontata dalla *Supreme Court* nel caso in esame. *Golds*, infatti, vistasi negata l'applicazione della *diminished responsibility* in primo grado, ha proposto appello contro la condanna per *murder*, lamentando il fatto che il primo giudice non avesse adeguatamente istruito la giuria sul significato da attribuire, appunto, alla parola "*substantial*". La medesima questione, visto il mancato accoglimento da parte della *Court of Appeal*, è stata riproposta avanti alla *Supreme Court*.

In particolare, la doglianza dell'appellante si incentra sull'incertezza, a livello dottrinale e giurisprudenziale, dell'esatta definizione del livello di alterazione (*impairment*) sufficiente per il riconoscimento della (*partial*) *defence*, che oscilla tra "*something more than merely trivial*" ("qualcosa in più di una mera banalità") e "*something whilst short of total impairment that is nevertheless significant and appreciable*" ("qualcosa di meno della totale alterazione che sia comunque significativo e apprezzabile"). Nell'ultimo caso prima di *Golds, Osborne* ([2010], EWCA Crim 547), è prevalso questo secondo orientamento, essendo stato affermato che non è sufficiente che l'imputato soffra di un *deficit* di attenzione dovuto all'iperattività per poter dire che l'alterazione di una delle tre capacità elencate dalla norma sia "sostanziale".

Nel caso in esame, la Corte ha rigettato all'unanimità l'appello di Mr *Golds*, seguendo il giudizio reso da Lord Hughes. Al giudice, secondo il *judgment* prevalente, non è richiesto di indirizzare la giuria sul significato dell'avverbio "*substantially*", a meno che non vi sia il concreto rischio che tale significato venga frainteso dai giurati. In questi casi, il giudice deve spiegare alla *jury* che non basta ogni grado di alterazione per riconoscere la (*partial*) *defence*, ma essa deve essere più che meramente banale («*more than merely trivial*»).

Lord Hughes ha poi ripercorso le interpretazioni succedutesi negli anni, rilevando come non vi siano mai state indicazioni da parte del Parlamento circa l'uso di quell'espressione, nemmeno al momento della recente riforma della *diminished*

responsibility. All'esito dell'indagine, viene affermato che non c'è bisogno di "ri-definire" esattamente l'espressione utilizzata dalla legge. È evidente, però, come il "*substantial impairment*" ricomprenda – in una prospettiva di graduazione – ciò che si trova tra due estremità: la banale alterazione (*trivial*) e quella totale (*total*).

La sentenza, in definitiva, sembra orientata a prevenire il rischio che l'interpretazione meno rigorosa – quella che si accontenta, di fatto, di qualsiasi forma di alterazione – possa incoraggiare una prassi di concessione fin troppo frequente della *diminished responsibility*. Dai dati statistici raccolti in dottrina, infatti, si apprende che sino alla riforma del 2009, che ha ancorato il riconoscimento della *defence* ad un riscontro medico, nell'80 per cento dei casi la *prosecution* non metteva in discussione la richiesta della difesa, che nel 64 per cento delle volte veniva, poi, accolta dalla giuria (R. Mackay, *Diminished Responsibility and Mentally Disordered Killers*, in A. Ashworth, B. Mitchell, *Rethinking English Homicide Law*, Oxford, 2000).

Il giudizio reso da Lord Hughes si conclude con una considerazione di ordine generale: solitamente, non c'è bisogno che la giuria sia guidata nell'interpretazione delle parole di uso quotidiano. Ogni tentativo di segno contrario non può che complicare la funzione della giuria e cagionare dibattiti ed oscillazioni interpretative.

GIAN MARCO CALETTI

* * *

UK Supreme Court, AB (Appellant) v Her Majesty's Advocate (Respondent) (Scotland) [2017] UKSC 25 on appeal from [2016] HCJAC

<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2016-0083-judgment.pdf>

Trattasi di un giudizio di legittimità "convenzionale" («*challenge to the legality of legislation*»), promosso – ai sensi della *section 29* dello *Scotland Act* del 1998 e della *section 288ZA(2)(b)* del *Criminal Procedure (Scotland) Act* del 1995 – con riferimento agli artt. 6, 8 e 14 CEDU (diritti fondamentali richiamati anche dalla *section 1, § 1* dell'*Human Rights Act* del 1998) e relativa alla *section 39 (2)(a)(i)* del *Sexual Offences (Scotland) Act* del 2009 la quale, tra le condizioni di inammissibilità della *defence* relativa all'*error aetatis* (la «*reasonable belief defence*», contemplata dal § 1 della medesima sezione), ricomprende l'ipotesi in cui l'imputato del crimine di atti sessuali con minore abbia precedenti di polizia in materia di "reati sessuali rilevanti".

La Corte, anzitutto, sgombra il campo dai dubbi di compatibilità sollevati con riferimento all'art. 6 CEDU. La norma impugnata, infatti, non prevede una "presunzione di colpevolezza" («*presumption of guilt*»), bensì un reato rispetto al quale non è richiesta la dimostrazione di alcun coefficiente di *mens rea* (c.d. *strict liability offence*). Sotto questo profilo, Lord Hodge osserva come il principio convenzionale

invocato attenga più propriamente alle garanzie del “giusto processo” e non agli elementi sostanziali dell’illecito (sul punto, si richiama – tra le altre – la decisione della Corte di Strasburgo nel caso *G v Regno Unito*, 2011; v. § 21 della motivazione).

Per quanto riguarda il secondo parametro di legittimità invocato, ossia l’art. 8 CEDU, la sentenza, dopo un breve *excursus* storico sull’evoluzione della disciplina dei reati sessuali del Regno Unito, si sofferma sugli elementi peculiari della *section 39 (2)(a)(i)* del *Sexual Offences (Scotland) Act* del 2009. In particolare, la “*impugned provision*” consente a chi è accusato del crimine di atti sessuali con minore di fornire la prova del ragionevole dubbio sull’età della persona offesa, ad eccezione del caso in cui lo stesso abbia “precedenti di polizia” («*police charge*») in materia di “reati sessuali rilevanti” («*relevant sexual offence*», così come definiti dal § 1, *Schedule 1* dello statuto). Pertanto, per far scattare la preclusione non solo è sufficiente che l’imputato sia stato previamente “indagato” dall’Autorità di Pubblica Sicurezza, anche se poi l’addebito non ha dato luogo ad alcun procedimento (non si richiede, infatti, alcun provvedimento giurisdizionale di «*charge at trial*»), ma anche – e in ciò si contraddistingue lo *Scots Law* – che la precedente indagine abbia riguardato non illeciti penali della stessa specie («*like offence*», come invece si prevede nell’*English Law* e al *Wales Law*), bensì uno qualsiasi dell’ampia e variegata gamma di reati sessuali considerati “rilevanti” dalla legge, tra i quali anche quelli non implicanti atti sessuali con soggetti infrasedicenni. Aspetto, quest’ultimo, che tra l’altro risulta contraddittorio – come si osserva nella motivazione – rispetto alla stessa *voluntas legis* manifestata dal Governo scozzese nel *Policy Memorandum* relativo al disegno di legge (poi confluito nella riforma del 2009), nel quale si giustifica la preclusione *de qua* in ragione, appunto, della pericolosità sociale del soggetto recidivo che abbia commesso più reati della “stessa specie” (atti sessuali con minore) nel corso del tempo.

Proprio sulla base di tali considerazioni, la Corte – con decisione presa all’unanimità – giunge a ritenere che il “precedente di polizia” non possa essere considerato un “ammonimento rilevante” («*relevant warning*») tale da giustificare la preclusione della *defence* relativa all’*error ætatis*, proprio in quanto «*potranno verificarsi molti casi nei quali manca una connessione logica tra il preteso “ammonimento” e l’effetto di deterrenza nei confronti del soggetto imputato*» (§ 35 della motivazione). Nel caso di specie, il ricorrente era stato indagato dall’Autorità di Pubblica Sicurezza per comportamenti osceni e libidinosi, addebito rispetto al quale – tra l’altro – non era stata successivamente promossa l’azione penale.

In conclusione, la norma impugnata costituisce un’ingerenza non giustificata e, quindi, sproporzionata dell’Autorità pubblica nella vita privata dell’imputato (così è, appunto, qualificato l’utilizzo nel processo, da parte del *prosecutor*, di dati personali sensibili dell’imputato, consentito in virtù della norma impugnata), come tale incompatibile con l’art. 8, § 2 CEDU (sul punto, si richiama – tra le altre – le decisioni della Corte di Strasburgo nei casi *S v Regno Unito* 2008 e *MM v Regno Unito*,

2012; v. § 23 della motivazione). La «*compatibility issue*» sollevata dal ricorrente è, pertanto, accolta.

Le ulteriori doglianze mosse con riferimento all'art. 14 CEDU sono ritenute assorbite nei motivi della decisione sopra illustrati.

FEDERICO MAZZACUVA

CORTE SUPREMA STATUNITENSE

La Corte Suprema censura una presunzione di pericolosità indeterminata e irragionevole posta a fondamento del divieto di accesso ai *social network* per i c.d. *registered sex offenders*

Riflessioni sulla sentenza *Packingham v. North Carolina*, 581 U.S. (2017) (https://www.supremecourt.gov/opinions/16pdf/15-1194_08l1.pdf)

1. Osservazioni introduttive

La pronuncia annotata si segnala per la sua grande rilevanza¹, in quanto, attraverso la forte valorizzazione della libertà di parola e manifestazione del pensiero, propria della tradizione costituzionale statunitense, invalida una disposizione incriminatrice che comportava una restrizione eccessiva e ingiustificata al diritto di accesso e utilizzo dei *social media*, nei confronti di soggetti precedentemente condannati in via definitiva per c.d. *sex offenses*.

I giudici supremi pongono così un opportuno freno alla tendenza politico-criminale, manifestatasi diffusamente in un numero significativo di giurisdizioni statali², a comprimere in maniera troppo ampia e “*sovrainclusiva*” (c.d. *overbroad*), con misure normative non sufficientemente mirate e circoscritte (c.d. *narrow tai-*

¹ Attestata dall'immediata attenzione da parte della comunità degli interpreti nordamericani: per i primi commenti v. A. HOWE, *Opinion analysis: Court invalidates ban on social media for sex offenders*, disponibile all'URL <http://www.scotusblog.com/2017/06/opinion-analysis-court-invalidates-ban-social-media-sex-offenders/>, 19 giugno 2017; D. POST, *Supreme Court unanimously overturns North Carolina's ban on social-media use by sex offenders*, disponibile all'URL https://www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp/2017/07/03/supreme-court-unanimously-overturns-north-carolina-ban-on-social-media-use-by-sex-offenders/?utm_term=.9eb5080b3172, 3 luglio 2017; W. LOGAN, *SCOTUS invalidates law criminalizing sex offenders access to social media*, consultabile all'URL <http://ccresourcecenter.org/2017/06/20/scotus-invalidates-law-criminalizing-sex-offender-access-to-social-media/>, 20 giugno 2017.

² Per un approfondito quadro di insieme si rinvia a E. TOLON, *Updating the Social Network: How Outdated and Unclear State Legislation Violates Sex Offenders' First Amendment Rights*, in *Fordham L. Rev.*, 2017, 1827 ss.

loring), le libertà di tali soggetti, al fine di proteggere adeguatamente i minori dal rischio di adescamento nello spazio virtuale del *Web*.

Di estremo interesse – come si vedrà – le diverse argomentazioni svolte dai giudici supremi, nonostante la apparente condivisione unanime dell'*holding*.

Da una parte, l'ala più progressista della Corte, guidata nell'occasione dal giudice estensore Kennedy, che procede ad applicare, in maniera "creativa" ed espansiva, i principi elaborati in materia di *Free Speech Clause* alla nuova e incerta realtà virtuale, oggetto di esame nel caso di specie; dall'altra, il blocco conservatore, ridotto a tre unità dalla scomparsa di Scalia (il giudice associato neominato Gorsuch non ha partecipato), che, nell'opinione concorrente del giudice Alito, pur concordando sulla manifesta irrazionalità rispetto allo scopo di tutela della disposizione incriminatrice oggetto di controllo, stante la sua portata troppo ampia, rimprovera al *reasoning* della maggioranza un'eccessiva spregiudicatezza argomentativa.

2. I fatti di causa

Lester Packingham fu condannato per avere avuto un rapporto sessuale consensuale nel 2002, quando aveva ventuno anni, con una adolescente all'epoca tredicenne ("*taking indecent liberties with a child*", secondo la definizione normativa). L'età per prestare validamente il consenso, in base alla normativa del North Carolina, è di sedici anni.

Nel corso dell'anno 2010, per esprimere la sua gioia in seguito al favorevole esito di una causa che lo vedeva coinvolto per una violazione stradale, condivideva su *Facebook* un messaggio con cui ringraziava Dio.

Successivamente, Packingham veniva tratto in arresto e poi condannato per avere violato la fattispecie statale che qualifica come *felony* la condotta, posta in essere da un autore di reati a sfondo sessuale registrato, di "*accedere a un sito Web commerciale dedicato alle relazioni sociali dove l'autore di reati a sfondo sessuale è consapevole che il sito consente ai bambini minorenni di diventare membri o di creare o mantenere pagine Web personali*"³.

La decisione di prima istanza, dapprima riformata dalla *North Carolina Court of Appeals* – per violazione della *freedom of speech* di cui al I Emendamento⁴ – venne

³ N.C. Gen. Stat. Ann. §§14-202.5(a), (e). Si noti che la definizione legislativa sopra tradotta di "*Commercial Social Networking Web Site*" include una vastissima gamma di siti, tutti quelli in grado di "*facilitare l'introduzione sociale tra due o più persone per gli scopi di fare amicizia, incontrare altre persone, o scambiarsi informazioni*", consentendo ai fruitori di creare "*profili personali*" e fornendo loro "*meccanismi per comunicare con altri utenti, come finestre messaggio, chat room, posta elettronica, messaggistica istantanea*".

⁴ Che dispone: "*Il Congresso non potrà porre in essere leggi per il riconoscimento ufficiale di una religione o per proibirne il libero culto, o per limitare la libertà di parola o di stampa o il diritto dei cittadini di riunirsi in forma pacifica e d'inoltrare petizioni al governo per la riparazione di ingiustizie*".

in seguito confermata dalla Corte Suprema statale. Avverso tale ultima pronuncia Packingham propose ricorso alla Corte Suprema federale, sostenendo che il suo diritto costituzionale alla libertà di manifestazione del pensiero e di parola fosse stato illegittimamente vulnerato dalla condanna patita⁵.

3. La pronuncia unanime della Corte Suprema

La Corte Suprema si trova dunque a dover fronteggiare – in assenza di consolidati precedenti in materia – il complesso tema dei limiti applicativi delle garanzie del I Emendamento allo spazio virtuale, in presenza di un valido interesse statale alla prevenzione di crimini particolarmente odiosi, come quelli a sfondo sessuale nei confronti di minorenni, la cui commissione può essere agevolata *“dalla raccolta di informazione su internet”*.

Il giudice Kennedy, prima di procedere ad esaminare il fondamento giustificativo della normativa oggetto di controllo, confrontandolo con la portata assai ampia del divieto, si preoccupa di precisare alcuni punti fermi, che devono guidare l'analisi della Corte.

Da sottolineare, in particolare, le altisonanti affermazioni di principio relative all'esercizio dei diritti nello spazio virtuale, che dimostrano, ancora una volta, la filosofia fortemente *libertaria* del giudice di nomina reaganiana.

Un presupposto essenziale per rendere effettivo il nucleo di libertà protetto dal I Emendamento è che *“tutte le persone abbiano accesso a luoghi dove esse possano parlare e ascoltare, e poi, dopo una riflessione, parlare e ascoltare una volta di più. La Corte ha cercato di proteggere il diritto di parlare in questo contesto spaziale. Una regola fondamentale, ad esempio, è che una strada o un parco è un foro tipico per l'esercizio di diritti protetti dal Primo Emendamento ... anche nell'epoca moderna, questi luoghi sono ancora sedi essenziali per le riunioni pubbliche per celebrare alcune opinioni, per protestare contro altre, o semplicemente per imparare e informarsi”* (pp. 4-6).

Nonostante vi sia stata, in passato, un'oggettiva difficoltà a stabilire quali siano i luoghi *“più importanti per lo scambio di opinioni”*, oggi è invece chiaro che Internet, e più nello specifico i *social network*, forniscono tale opportunità, come è dimostrato dal fatto che *“un numero di persone tre volte superiore alla popolazione del Nord America”* utilizza attualmente Facebook.

In uno dei primi casi in cui si valutano le relazioni tra la disposizione costituzionale che tutela la libertà di parola e la realtà virtuale di Internet, è necessario che il Collegio *“sia estremamente cauto prima di indicare che il Primo Emendamento fornisce una protezione esigua al diritto di accedere”* a *social network*, sempre più presenti e centrali nella vita quotidiana delle persone.

⁵ Una più dettagliata ricostruzione dell'iter processuale può trovarsi all'URL <https://www.law.cornell.edu/supct/cert/15-1194>.

La Corte sottopone dunque la norma incriminatrice al c.d. *intermediate scrutiny* – livello, appunto, intermedio del *judicial review of legislation*⁶ – tale da imporre, pena la declaratoria di incostituzionalità, che essa sia “*adeguatamente calibrata per perseguire un significativo interesse governativo*”, non dovendo “*limitare sostanzialmente più discorso lecito di quanto sia strettamente necessario per perseguire i legittimi interessi del governo*” (pp. 6-8).

Le nuove tecnologie, internet compreso – osserva Kennedy – sono state, nel corso della storia, sempre prontamente sfruttate per commettere gravi delitti, tra i quali certamente rientrano gli abusi in danno di giovani; pertanto, non vi è dubbio che sussista un valido interesse pubblico alla protezione dei minori in tale specifico contesto. Il perseguimento di tale interesse, però, deve essere attentamente bilanciato con il grado di compressione dei diritti fondamentali protetti dalla Costituzione.

Un duplice ordine di considerazioni porta a ritenere la disciplina vagliata contrastante con la *Free Speech Clause*.

In primo luogo, il “*broad wording*”, la formulazione letterale troppo ampia, sovrainclusiva, della previsione⁷, che la rende applicabile a siti numerosi, e assai diversi tra loro (*Amazon.com, Washingtonpost.com, Webmedm.com*, oltre ai “classici” *social network* come *Facebook, Twitter, e LinkedIn*), all’interno dei quali risulta quantomeno improbabile che soggetti ritenuti di particolare pericolosità – perché già condannati per *sex offenses* – possano mettersi in contatto con minorenni.

Secondariamente, si tiene a precisare che l’incostituzionalità accertata non impedisce agli Stati di emanare “*normative più specifiche e adeguate rispetto allo scopo, che proibiscano ad un soggetto già condannato per reati sessuali di commettere*

⁶ Sui diversi *tiers of review/levels of scrutiny* nel *judicial review*, in generale, v. E. CHEMERINSKY, *Constitutional Law. Principles and Policies*, New York, 2011. La scelta di sottoporre la disposizione al livello intermedio di scrutinio deriva dal fatto che essa non va a limitare il *contenuto* del discorso regolato, ovvero sia ciò che viene detto (c.d. *content neutral*), ma piuttosto le modalità, il luogo o il tempo, il “Quando, dove, come” (c.d. *Time, Place and Manners Regulations*). Mentre le disposizioni normative che vanno a limitare la libertà di parola in base al contenuto debbono superare uno *scrutinio stretto*, imponendo allo Stato o al Congresso di soddisfare un onere giustificativo più impegnativo, quelle che pongono restrizione alle modalità, ai luoghi o ai tempi dello *speech* vengono sottoposte ad un vaglio meno penetrante ed esigente, che comunque pretende qualcosa di più di una *base non manifestamente irrazionale* rispetto allo scopo per affermarne la legittimità, cfr. più nel dettaglio E. CHEMERINSKY, *Constitutional Law*, cit., 960-966.

⁷ In base alla normativa, N.C. Gen. Stat. Ann. § 14-202.5(b), rientra nella *statutory definition* di “*sito Web commerciale dedicato alle relazioni sociali*” la piattaforma che soddisfa i seguenti requisiti: 1) “*è gestita da una persona che ricava delle entrate dalle quote di iscrizione, dalle pubblicità, o da altre fonti connesse all’operatività del sito Web*”; 2) “*facilita l’introduzione sociale tra due o più persone allo scopo di fare amicizia, incontrare altre persone, o scambiarsi informazioni*”; 3) “*consente agli utenti di creare pagine Web o profili personali che contengono informazioni come il nome o il soprannome dell’utente, fotografie postate sulla pagina personale Web dall’utente, altre informazioni personali sull’utente, e collegamenti ad altre pagine Web personali su siti social network commerciali di amici o associati dell’utente nei quali potrebbero effettuare l’accesso altri utenti o visitatori del sito Web*”; 4) “*fornisce agli utenti o ai visitatori ... meccanismi per comunicare con altri utenti, come una finestra messaggi, una chat room, la posta elettronica, o la messaggistica istantanea*”.

condotte che spesso presagiscono un crimine a sfondo sessuale, come contattare un minore o utilizzare un sito web per raccogliere informazioni su un minore” (pp. 6-8).

La norma oggetto di controllo si presenta senza precedenti nella portata delle tipologie di attività protette dal I Emendamento che essa proibisce: “*Gli utenti dei social media impiegano questi siti per impegnarsi in un vasta gamma di attività protette dal Primo Emendamento ‘così diverse come diverso è il pensiero umano’ ... il social media consente agli utenti di avere accesso ad informazioni e di comunicare tra di loro sulle stesse su ogni tema che possa venire in mente. Proibendo agli autori di reati a sfondo sessuale l’utilizzo questi siti web, lo Stato del North Carolina con un colpo ampio impedisce l’accesso a ciò che per molti costituisce la principale fonte per conoscere gli eventi attuali, controllare gli annunci di lavoro, parlare ed ascoltare nella piazza pubblica moderna, e altrimenti esplorare i vasti regni del pensiero e della conoscenza umana. Questi siti possono fornire forse il meccanismo più efficace disponibile al singolo cittadino per far sentire la propria voce. Essi permettono ad una persona con una connessione internet di ‘diventare un banditore con una voce che risuona più lontano di quanto potrebbe da ogni pulpito’ ... Proibire l’accesso a tutti i social media equivale ad impedire all’utente di impegnarsi nel legittimo esercizio di diritti protetti dal Primo Emendamento”*.

Non può essere dunque consentito limitare in misura così pervasiva il godimento di diritti a soggetti che – peraltro – hanno già integralmente scontato la loro pena e non sono più sottoposti a nessuna forma di controllo da parte del sistema di giustizia penale.

Pur non essendo una questione devoluta alla verifica della Corte, la precisazione è davvero significativa.

Infatti – si rileva acutamente – sono soprattutto le persone già condannate in sede penale, in alcuni casi, a potere trarre il maggiore beneficio dalla possibilità di accedere liberamente al mondo delle idee, “*in particolare se cercano di ravvedersi e di condurre vite oneste e gratificanti”* (pp. 6-8).

Si nota, in questo bel passaggio, la particolare importanza che Kennedy riconosce all’istanza rieducativa e umanitaria⁸; tema oggetto di riflessioni ricorrenti nella sua *Jurisprudence* in materia penale sanzionatoria e che sembra essere il frutto di un lungo percorso personale, segnato dalla constatazione del fallimento totale del modello *carcerocentrico* del sistema di giustizia penale statunitense, espresso per la prima volta in un noto *speech* dinnanzi alla *American Bar Association* nel 2003⁹.

⁸ Questo aspetto viene opportunamente sottolineato da W. LOGAN, *SCOTUS invalidates law criminalizing sex offenders*, cit., 4.

⁹ Associate Justice Anthony M. Kennedy, *Speech at the American Bar Association Annual Meeting* (August 9 2003), disponibile all’URL https://www.supremecourt.gov/publicinfo/speeches/view-speech/sp_08-09-03. Nel famoso discorso il giudice denunciò la tragedia dell’incarcerazione di massa, i vizi strutturali del *mandatory sentencing* e l’estrema disumanità e le ingiustizie sociali e razziali prodotte dal sistema di giustizia penale statunitense.

Di tale interessante evoluzione, causata anche da un complesso sviluppo umano e professionale, coinciso in parte con l'apertura all'utilizzo delle fonti sovranazionali e dell'argomento comparatistico nell'interpretazione costituzionale statunitense¹⁰, si rinvengono chiare tracce nella sua elaborazione giurisprudenziale in materia di pena capitale e di pene detentive manifestamente eccessive¹¹, che si è progressivamente distaccata dalle posizioni ideologiche di *law and order* più tradizionali del partito repubblicano¹² – alle quali aveva aderito nel primo periodo “*on the bench*”¹³ – scatenando anche numerose critiche nell'arena politica. Ciò,

¹⁰ L'influenza del diritto sovranazionale e straniero sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale di Kennedy, ed il suo progressivo allontanarsi dalle posizioni “classiche” del partito di provenienza, viene trattata in J. TOOBIN, *The Nine. Inside the Secret World of the Supreme Court*, New York, 2008, 226-232.

¹¹ Kennedy è stato l'estensore di due fondamentali pronunce che, con l'appoggio dei quattro giudici supremi di nomina democratica, hanno invalidato – facendo leva anche sull'isolamento degli U.S.A. nella comunità internazionale – per violazione del divieto di pene crudeli ed inusuali dell'VIII Emendamento, la pena di morte nei confronti di soggetti minorenni al momento della commissione del reato di omicidio volontario pluriaggravato (*Ropers v. Simmons*, 543 U.S. 551, 2005) e per il reato di violenza sessuale nei confronti di bambini minori di dodici anni (*Kennedy v. Louisiana*, 554 U.S. 407, 2008), in quanto sanzione manifestamente sproporzionata rispetto alla gravità oggettiva e soggettiva dei reati in questione e non in grado di perseguire efficacemente alcuna finalità retributiva e preventiva, e pertanto contraria ai c.d. *standard di decenza che segnano il progresso di una società in via di maturazione*. Kennedy ha inoltre redatto l'importante decisione *Graham v. Florida*, 560 U.S. 48, 2010, con la quale venne censurata per manifesta sproporzione contrastante con l'VIII Emendamento la pena dell'ergastolo senza possibilità di libertà condizionale (*life without the possibility of parole sentence – LWOP*), comminata ai minorenni (*juvenile offenders*) per reati diversi dall'omicidio, notandosi, tra l'altro, che gli Stati Uniti aderivano ad una pratica sanzionatoria rigettata in tutte le altre democrazie occidentali, ignorando le oggettive differenze biologiche tra lo sviluppo psicologico e la maturità dei minorenni rispetto agli adulti, tali da risultare in una colpevolezza di minor grado e nella più probabile adesione all'offerta rieducativa, del tutto preclusa dall'impossibilità di accedere alla libertà condizionale.

¹² Che sembrano però caratterizzare le posizioni di alcuni giudici di nomina repubblicana. Il giudice Alito, nella decisione che si commenta, ad esempio, più che sulla possibilità di rieducazione che i condannati per reati sessuali potrebbero trarre dal libero accesso al *Web*, pare concentrarsi sul rischio elevato di recidiva che li contraddistingue e sulla necessità di neutralizzarlo attraverso l'utilizzo dello strumento penale, affermando, tramite la citazione di precedenti decisioni della Corte Suprema, che “*gli autori recidivi di reati a sfondo sessuale pongono un rischio particolarmente grave per i bambini. Quando i rei condannati per reati a sfondo sessuale si reinseriscono nella società, è molto più probabile che essi, rispetto ad altri tipi di autore, siano nuovamente arrestati per un nuovo stupro o una nuova aggressione di carattere sessuale*”. Sul punto v. ancora W. LOGAN, *SCOTUS invalidates law criminalizing sex offenders*, cit., 5, che afferma come l'opinione concorrente contenga “*hyperbolic recidivism-related rhetoric*”; cfr. anche B. SARMA, *The Supreme Court's Mixed Signals in Packingham*, consultabile all'URL <https://www.acslaw.org/acsblog/the-supreme-court%E2%80%99s-mixed-signals-in-packingham>, 10 luglio 2017.

¹³ Si veda al proposito la pronuncia *Harmelin v. Michigan*, 501 U.S. 957 (1991) – in piena fase politica di *War on Drugs* – dove nella opinione concorrente da lui estesa, Kennedy confermò la costituzionalità della pena fissa dell'ergastolo senza possibilità di libertà condizionale per il reato di possesso di 650 grammi di cocaina, sostanzialmente stroncando ogni prospettiva di sindacato di costituzionalità sulle draconiane pene detentive che andavano diffondendosi a macchia d'olio nel paese in quel periodo storico.

ovviamente, perché il giudice cattolico è quasi sempre il c.d. *swing vote*, l'ago della bilancia tra conservatori e progressisti – più spesso schierato con quest'ultimi – sui temi socialmente controversi, della c.d. *Culture War* (pena di morte, aborto, omosessualità etc.)

Lo Stato – prosegue Kennedy (pp. 9-10) – non è stato in grado di apportare elementi in grado di dimostrare che “*questa indiscriminata disposizione normativa sia necessaria o legittima*” a perseguire lo scopo di prevenire il contatto tra soggetti con precedenti per *sex offenses* e minorenni.

Il precedente invocato dal North Carolina a supporto della legittimità della normativa in questione – la decisione della *Supreme Court Burson v. Freeman*¹⁴ – dove venne confermata la costituzionalità di un'ordinanza che vietava di effettuare attività di campagna elettorale, se non ad una distanza superiore a cento piedi dai seggi elettorali, si rivela di scarso aiuto o comunque inconferente.

Infatti, le restrizioni imposte da quel provvedimento erano di gran lunga minori e meglio adeguate allo scopo di quelle oggetto di giudizio. L'ordinanza intendeva soltanto garantire che i votanti, nei pochi secondi che li separavano dal seggio, fossero “*da soli, quanto più liberi da interferenze esterne possibile*”; se la norma avesse previsto un limite spaziale superiore ai cento piedi, avrebbe ben potuto essere ritenuta costituzionalmente invalida.

Il caso di specie può invece trovare maggiore affinità con una diversa decisione della Corte Suprema – *Board of Airport Comm'rs of Los Angeles v. Jews for Jesus, Inc.*¹⁵ – nella quale fu giudicata contrastante con la *Free Speech Clause* un'ordinanza che proibiva indistintamente tutte le modalità di comportamento protette dal I Emendamento, comprese “*parlare e leggere, o indossare spille per campagna elettorale o vestiti simbolici*”, all'interno dell'aeroporto di Los Angeles.

Se un provvedimento che proibisce tutta la libertà di espressione costituzionalmente protetta in un singolo aeroporto è incostituzionale, ne segue necessariamente che “*Lo Stato non può attuare questo completo divieto all'esercizio di diritti tutelati dal Primo Emendamento su siti internet essenziali per la nostra società e cultura moderna. È un dato consolidato, come regola generale, che il Governo 'non può reprimere un discorso lecito come mezzo per reprimere un discorso illecito' ... questo è ciò che la North Carolina ha fatto nel caso di specie. La legge deve essere giudicata invalida*” (pp. 9-10).

La *majority opinion* censura così l'ipotesi criminosa, poiché essa ha una portata troppo ampia e comprime in maniera eccessiva, non necessaria, i diritti fondamentali dell'individuo. L'interesse di proteggere i minori dai tentativi di adescamento sul *Web* da parte di persone con precedenti specifici, infatti, potrebbe essere perseguito con la stessa efficacia attraverso misure normative meno invasive, maggiormente rispettose della libertà d'espressione e di parola.

¹⁴ *Burson v. Freeman*, 504 U.S. 191 (1992).

¹⁵ *Board of Airport Comm'rs of Los Angeles v. Jews for Jesus, Inc.*, 482 U.S. 569 (1987).

4. *La concurring opinion del giudice Alito*

Come si accennava in apertura, il giudice Alito, insieme al *Chief Justice* Roberts e a Thomas, condivide l'esito decisorio della *majority opinion*, ma ritiene opportuno svolgere alcune precisazioni sul *reasoning*.

Pur a fronte della piena legittimità dell'interesse statale a proteggere preventivamente i minori dagli abusi nella realtà virtuale, giacché "è legittimo e interamente ragionevole per gli Stati provare a fare in modo che gli abusi non si verifichino prima che essi accadano", la disciplina scrutinata non riesce a superare il vaglio di costituzionalità, in quanto essa proibisce ai c.d. *sex offenders* l'accesso ad un "grande numero di siti web, che comprendono, ma non si limitano a, Amazon, il Washington Post, e WebMD – che è assai improbabile che agevolino la commissione di un reato a sfondo sessuale in danno di un bambino".

In ragione delle loro caratteristiche strutturali – dettagliatamente esplorate nell'opinione – tali piattaforme rendono improbabile che potenziali molestatori possano adescare giovani utenti.

Il punto di disaccordo tra i giudici conservatori e la maggioranza risiede invece nell'idea, espressa con "toni alti" da Kennedy, che il cyberspazio rappresenti "l'equivalente delle strade e dei parchi nel ventunesimo secolo", ai fini dell'esercizio della libertà di parola e manifestazione del pensiero.

Una prospettiva siffatta – argomenta Alito – lascerebbe gli Stati con "poca capacità di restringere l'accesso ai siti che possono essere visitati anche dai più pericolosi autori di reati a sfondo sessuale"; sussistono notevoli differenze tra il mondo virtuale e quello fisico, che non possono essere trascurate e rilevano nell'ottica della repressione penale di determinati comportamenti delittuosi, tali da assumere connotati particolarmente insidiosi ed essere facilitati nel Web¹⁶.

In definitiva, ciò che non si condivide sono la "loose rethoric" ("retorica approssimativa") e gli "undisciplined dicta", ovvero sia le ampie ed altisonanti dichiarazioni non vincolanti di Kennedy¹⁷, che potrebbero costituire un fattore di incertezza nei futuri casi affrontati dalla Corte, la quale – ad avviso dei giudici concorrenti – avrebbe dovuto essere più prudente e attenta nel cogliere le importanti differenze tra realtà fisica e realtà virtuale¹⁸.

¹⁶ Alito fornisce alcuni esempi: è più facile per i parenti controllare gli spostamenti dei figli nello spazio fisico di quanto non sia nello spazio virtuale; gli eventuali approcci e adescamenti da parte di pedofili nello spazio fisico sono più facilmente percepibili che non su internet; i molestatori possono facilmente acquisire una falsa identità su internet, garantendosi l'anonimato.

¹⁷ Un altro tratto caratteristico della giurisprudenza di Kennedy: il gusto per le argomentazioni altisonanti e talvolta eccessivamente pompose, ed i toni quasi "poetici" in alcune delle sue opinioni più note, soprattutto in materia di diritti fondamentali (c.d. *substantive due process*), che hanno suscitato in molte occasioni le severe critiche di giudici supremi, soprattutto di Scalia, che propugnava un'opposta metodologia di interpretazione costituzionale rigidamente formalistica, storicistica e testualista, il c.d. originalismo: v. ad. es. *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992); *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003); *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ____ (2015).

¹⁸ Critico verso l'approccio dei concorrenti, rilevando che se davvero Internet è diventato oggi

5. Considerazioni conclusive

Nel complesso la decisione può essere salutata con favore.

Anche se sotto il profilo della *free speech constitutional doctrine* non si registrano significative evoluzioni, dato che si mantiene ben ferma la distinzione tra c.d. *content-based regulation of speech*, da sottoporre ad uno scrutinio più penetrante, e c.d. *content-neutral regulation of speech*, da vagliare con uno scrutinio intermedio, la Corte ha opportunamente censurato una disposizione troppo ampia nel suo ambito applicativo, fondata su una presunzione di dubbia verificabilità empirica ed irrazionale/arbitraria rispetto allo scopo.

Come si è correttamente rilevato¹⁹ “*poiché il legislatore del North Carolina ha ritenuto che alcuni soggetti precedentemente condannati in via definitiva per reati a sfondo sessuale utilizzeranno informazioni ottenute sui social network per scopi illeciti, esso ha vietato a tutti i sex offenders l'utilizzo dei social network per ogni scopo, compresa l'attività comunicativa lecita e protetta dal Primo Emendamento (discorso politico, discorso religioso, discorso commerciale etc.), gran parte della quale, a dir poco, ha luogo sui social network al giorno d'oggi. Questo è un principio veramente odioso sul quale basare una legge. Più precisamente, non si può 'reprimere un discorso lecito come mezzo per reprimere un discorso illecito'*”.

Oltre a tali aspetti, di notevole interesse in prospettiva costituzionale-comparatistica, ciò che preme sottolineare in conclusione riguarda il significato *stricto sensu* penalistico della pronuncia.

Essa sembrerebbe far registrare un mutamento nell'approccio della Corte al controllo di costituzionalità delle c.d. *collateral consequences*, ovvero sia tutte le conseguenze afflittive che non sono formalmente “pena” – essendo etichettate come “*civil*” – ma conseguono in automatico ad una condanna penale²⁰.

un foro essenziale per l'interazione e il libero scambio di idee, assimilabile alle piazze e ai parchi del passato, è assolutamente coerente che gli Stati abbiano una minima possibilità di restringere l'accesso a tali siti D. POST, *Supreme Court unanimously overturns North Carolina's ban*, cit., 5, il quale osserva che la contrapposizione in seno al collegio ricalca quella sviluppatasi nel dibattito sulla c.d. *Cyberlaw*: da un lato gli *Unexceptionalists*, che assimilano lo spazio virtuale a quello fisico (in questo caso, la maggioranza); dall'altro, gli *Exceptionalists*, i quali sostengono vi siano fondamentali differenze tra realtà fisica e cyberspazio ai fini dell'esercizio della libertà di parola e di manifestazione del pensiero.

¹⁹ D. POST, *Supreme Court unanimously overturns North Carolina's ban*, cit., 2-3, il quale critica severamente la decisione di conferma della condanna a Packingham da parte della Corte Suprema statale, ritenendo una “*ridiculous theory*” quella propugnata dai giudici statali, secondo cui la disposizione che vietava l'accesso ai *social network* non regolava una manifestazione del pensiero o un'espressione, ma una *condotta*, e dunque non rientrava nello spettro applicativo del I Emendamento.

²⁰ Oltre agli obblighi permanenti di registrazione per i c.d. *sex offender* (previsti dalle c.d. *community notification laws* o *Megan's Law*), si pensi al c.d. *involuntary civil commitment*, ovvero sia a misure di sicurezza di natura non penale, che implicano la detenzione per un tempo indefinito di soggetti ritenuti socialmente pericolosi in seguito all'accertata commissione di un reato a sfondo sessuale o per problemi mentali o di tossicodipendenza; oppure al noto *felony disenfranchisement* (perdita del

Tali “conseguenze collaterali” – assai diffuse in molti stati e spesso di lunga durata (a volte per tutta la vita)²¹ – sono oggetto di critica, in quanto, tramite una patente di inferiorità e di stigma attaccata ai rei, contribuiscono a perpetuare le diseguaglianze razziali e l’esclusione sociale prodotte dallo strumento penale negli U.S.A.²², in antitesi con qualunque ipotesi di rieducazione e prospettiva di reinserimento nella comunità da parte del condannato.

La Corte, in passato – anche per bocca dello stesso giudice Kennedy – nello specifico settore delle *collateral consequences* inflitte ai *sex offenders*, aveva mostrato un’attitudine piuttosto cauta, se non rinunciataria, nel controllo di costituzionalità rispetto alla lamentata violazione di diverse clausole (ad es. il divieto di retroattività c.d. *ex post facto laws* o il divieto di *bis in idem* di cui alla *double jeopardy clause* del V Emendamento).

Se si guarda ad alcune decisioni, dove fu confermata la legittimità degli obblighi di registrazione/*community notification*²³ e *involuntary civil commitment*²⁴, il *reasoning* della Corte è sempre stato basato su un dato di fondo: l’accertamento, sul piano empirico-fattuale, che gli autori di reati a sfondo sessuale – anche se hanno già saldato integralmente il loro debito con la giustizia, scontando la pena – continuano a porre un rischio *più elevato* di recidiva e debbono dunque essere considerati una minaccia particolarmente seria, da affrontare e neutralizzare con ogni mezzo disponibile, attraverso quella che si può definire una “*war on sex offenders*”²⁵.

Tale assunto, in un primo momento supportato da alcune ricerche empiriche e statistiche, citate adesivamente nelle pronunce dell’Alta Corte, è stato progressivamente posto in discussione, e ad oggi pare aver perso ogni riconoscimento nella comunità scientifica, dove si evidenzia che l’ambito dei reati a sfondo sessuale presenta tassi di recidivismo di gran lunga inferiori rispetto a tutte le altre tipologie di delitti, ad eccezione dell’omicidio²⁶.

diritto di voto), ovvero ad altre limitazioni dei diritti, a mero titolo d’esempio: l’esclusione permanente da programmi di assistenza sociale pubblica; l’impossibilità di essere assunti in determinati settori del mercato lavorativo; l’impossibilità di ottenere una patente di guida; l’impossibilità di ricoprire pubblici uffici elettivi; la perdita della potestà genitoriale; ed altre ancora.

²¹ Per maggiori informazioni possono consultarsi i siti: <http://www.sentencingproject.org/issues/collateral-consequences/> e <http://ccresourcecenter.org/>.

²² Sono tematiche ben affrontate e sviluppate di recente, tra gli altri, nel libro di E. GRANDE, *Guai ai poveri. La faccia triste dell’America*, Torino, 2017, 95 ss.

²³ *Smith v. Doe*, 538 U.S. 84 (2003) e *Connecticut Department of Public Safety v. Doe*, 538 U.S. 1 (2003).

²⁴ *Kansas v. Hendricks*, 521 U.S. 346 (1997).

²⁵ B. SARMA, *The Supreme Court’s Mixed Signals*, cit., 1.

²⁶ Su tali profili è inevitabile, per ragioni di sintesi, rinviare a EDITORIAL STAFF OF THE COLLATERAL CONSEQUENCES RESOURCE CENTER, *Justice Alito’s misleading claim about sex offenders rearrests*, disponibile all’URL <http://ccresourcecenter.org/2017/06/22/justice-alitos-misleading-claim-about-sex-offender-rearrests/>, 22 giugno 2017; EDITORIAL STAFF OF THE COLLATERAL CONSEQUENCES RESOURCE CENTER, *Sex offender consequences in the Supreme Court – what’s ahead*, all’URL <http://ccresourcecenter.org/2017/07/18/the-supreme-courts-mixed-signals-in-packingham/>, 18 luglio 2017, e B. SARMA, *The Supreme Court’s Mixed Signals*, cit., 1 ss., dove viene criticato in maniera più articolata

Di conseguenza, gli stessi giudici supremi paiono avere acquisito consapevolezza sul punto, e – salvo alcuni passaggi dell’opinione concorrente – scelgono di non esprimersi più attraverso la classica retorica del “*moral panic*”, della necessità di neutralizzare ad ogni costo *tutti* i soggetti condannati per molestie o violenze sessuali, poiché si deve presumere in modo assoluto un pericolo di ricaduta nel reato “*terribile ed elevato*”²⁷.

Diversamente, traspare un’attenzione alle più recenti acquisizioni scientifiche, le quali mettono in luce la grande difficoltà nel ritenere attendibili ed interpretare correttamente gli esiti delle indagini statistiche sul recidivismo e chiariscono come le “*valutazioni empiriche del rischio esagerate*” vengano invocate ripetutamente dalle corti e dai legislatori per giustificare politiche criminali draconiane nei confronti dei *sex offenders*.

Insomma, benché si tratti soltanto di una pronuncia circoscritta alla violazione del I Emendamento e non sia possibile desumere in automatico che la Corte sarà in futuro disposta ad invalidare altre *collateral consequences* comminate a *sex offenders* nei diversi stati, tali da violare ulteriori disposizioni costituzionali, è comunque ragionevole credere che *Packingham* suggerisca una “*rinnovata volontà di impegnarsi in un più penetrante scrutinio*”²⁸.

Uno sviluppo da accogliere positivamente, rafforzato dall’inciso nella opinione di maggioranza, che, pur senza sottovalutare la necessità di prevenire il rischio di recidiva specifica, preferisce accordare preminente importanza alla necessità di non moltiplicare all’infinito, in modo non necessario, il carico *sostanzialmente* sanzionatorio (a prescindere dalle “*etichette*”) su soggetti che hanno già scontato la loro pena, concedendo loro la possibilità di godere dell’accesso alle idee e alle informazioni diffuse sul *Web*, per agevolarne il reinserimento sociale.

Tali statuizioni meritano viepiù apprezzamento, poiché dimostrano indipendenza del potere giudiziario, in un momento nel quale a dominare la scena della politica (non solo) penale è proprio quella retorica della neutralizzazione e dell’esclusione sociale, che ha fatto da sfondo all’adozione e al consolidamento, nei vari

l’assunto, risultato di alcune risalenti ricerche statistiche – in passato molto accreditate e riconosciute dalla Corte Suprema – secondo cui i soggetti condannati per reati a sfondo sessuale costituirebbero una minaccia unica per la società stante la maggiore probabilità di recidiva. In particolare, si fa riferimento a numerosi e autorevoli lavori scientifici più recenti che smentiscono tali conclusioni, fra i quali si veda ad esempio lo Special Report del Bureau of Justice Statistics dell’U.S. Department of Justice, *Recidivism of Prisoners Released in 30 States in 2005: Patterns from 2005 to 2010*, aprile 2014, disponibile all’URL <https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/rprts05p0510.pdf>.

²⁷ Il problema di queste normative, che peraltro variano significativamente da stato a stato nelle prescrizioni e divieti specifici – come si è detto – è determinato dalla “*sovrainclusività*” della presunzione di pericolosità che le fonda. I 747.000 *registered sex offenders* attualmente presenti negli U.S.A. presentano condanne per reati, nonché storie criminali assai diverse gli uni dagli altri: insieme a pedofili plurirecidivi vi sono soggetti condannati per reati quali avere urinato in pubblico, atti osceni in luogo pubblico o, in misura ancora maggiore – si veda il caso di *Packingham* – rapporti sessuali consensuali, ma illegali, con minorenni.

²⁸ W. LOGAN, *SCOTUS invalidates law criminalizing sex offenders*, cit., 5.

sistemi statali ed a livello federale, delle draconiane discipline sulle c.d. *collateral consequences*.

Non occorrerà aspettare a lungo per verificare se la Corte Suprema darà seguito alla rinnovata volontà di sindacare in modo penetrante le scelte legislative in questo ambito.

Come si segnala²⁹, l'opportunità potrebbe presentarsi presto, qualora i giudici supremi dovessero concedere *certiorari* su richiesta della *Court of Appeals* del Sesto Circuito, e valutare la questione giuridica sulla natura "sostanzialmente punitiva", e sull'eventuale violazione del principio d'irretroattività, di una normativa del Michigan³⁰.

Un ulteriore caso che potrebbe essere valutato nel merito dalla Corte Suprema riguarda una normativa del Minnesota (c.d. *Minnesota Sex Offender Program*), di estrema severità, la quale prevede l'imposizione di *involuntary civil commitment*, una detenzione per durata indefinita nei confronti dei soggetti ritenuti "sessualmente pericolosi", senza prevedere alcuna effettiva garanzia di periodica rivalutazione del rischio ai fini della rimessione in libertà di persone – si badi – che hanno già espiato integralmente le pene irrogate in sede giurisdizionale. Tanto che, in circa vent'anni di applicazione, su una cifra di oltre settecento individui, soltanto uno è stato rilasciato dall'*involuntary civil commitment*, perché ritenuto non più "sexually dangerous"³¹.

Non resta dunque che attendere la Corte Suprema, ma, alla luce di *Packingham v. North Carolina* si può forse essere fiduciosi.

PIETRO INSOLERA

²⁹ B. SARMA, *The Supreme Court's Mixed Signals*, cit., 3; W. LOGAN, *SCOTUS invalidates law criminalizing sex offenders*, cit., 5.

³⁰ Questa la questione giuridica: "Se l'applicazione retroattiva di una legge sul registro di autori di reati a sfondo sessuale che classifica gli autori in livelli basati sul crimine per cui sono stati condannati, che impone ad alcuni autori di registrarsi per tutta la vita, che richiede agli autori di dichiarare di persona periodicamente e entro un certo numero di giorni alcuni cambi alle informazioni nel registro, e che restringe le attività degli autori all'interno delle zone adiacenti alle scuole impone una "pena" in violazione dell'ex post facto clause".

³¹ I. SHAPIRO-D.McDONALD, *Even Sex Offenders Have Constitutional Rights*, in <https://www.cato.org/blog/even-sex-offenders-have-constitutional-rights>, 22 giugno 2017.

LEGISLAZIONE ITALIANA

Il nuovo delitto di tortura

Con l'art. 613 bis c.p. la punizione della tortura entra finalmente nel nostro ordinamento penale (dalla porta di servizio)¹. È difficile non salutare positivamente questo dato, pure in presenza di una normativa che rispecchia infelicitamente le sofferte mediazioni politiche che ne hanno consentito l'approvazione.

Occorre immediatamente segnalare come la rubrica della nuova fattispecie non sia coerente ad un testo che ignora la definizione di tortura che, fin dal 10 dicembre 1984, la Convenzione ONU (CAT)² sulla materia ci ha trasmesso. La fattispecie descritta infatti punisce forme di maltrattamenti, svincolandosi dalla qualifica pubblicistica dei protagonisti e così riconducendo il delitto a tutti coloro che esercitano una forme di “*custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza*” o pongano in essere le condotte descritte su persone “*privato della libertà personale*” o comunque in stato di “*minorata difesa*”. Non è un'innocua distonia³ perché la scelta rende opaco il significato del bene giuridico aggredito da quelle condotte. La tortura deriva la sua assoluta gravità dall'essere operata da chi, incarnando l'autorità pubblica, avrebbe il compito di essere il primo garante della dignità e dell'incolumità di chi si trova a lui affidato in custodia. Non stupisce allora che la struttura della nuova fattispecie si presenti come un reato abituale caratterizzato dal ripetersi delle condotte. Non tanto perché la norma descriva la condotta come “*violenze o minacce gravi*” (plurimi atti, posti peraltro in alternativa al fatto che l'autore “*agisca con crudeltà*”), ma perché ne subordina comunque la punizione al “*fatto che siano commesse mediante più condotte*”: un richiamo univoco alla necessità che per

¹ Questo il titolo che avevo dato alle prime riflessioni sul tema pubblicate on line da il Quotidiano Giuridico in data 19 luglio 2017.

² La tortura è così definita “*Qualsiasi atto mediante il quale sono intenzionalmente inflitti a una persona dolore o sofferenze forti, fisiche o mentali, ai fini di ottenere informazioni o confessioni o, di punirla per un atto che esso o una terza persona ha commesso o è sospettata di aver commesso, di intimidirla o far pressioni su di lei o su una terza persona o per qualsiasi altro motivo fondato su qualsiasi forma di discriminazione qualora tale dolore o sofferenza siano inflitti da un agente della funzione pubblica o da ogni altra persona che agisca o su sua indicazione o col suo consenso espresso o tacito*”.

³ T. PADOVANI “*Progetto di legge sulla tortura*”, in *Guida al diritto* 2007, 6-7.

integrare il delitto il comportamento debba ripetersi, visto il significato dogmatico della categoria richiamata.

Se gli elementi costitutivi del delitto si esaurissero in quest'ultima locuzione gli effetti irragionevoli della soluzione adottata sarebbero assolutamente visibili, lasciando impunte gravissime condotte di tortura: sarebbero necessari non solo più atti, ma un comportamento ripetuto a distanza apprezzabile di tempo, per dare autonomia alle singole condotte e rispettare così la loro necessaria forma plurale.

È previsto invece – e il richiamo è operato con la disgiuntiva “*ovvero*” rispetto al requisito testé richiamato – che vengano punite anche le minacce e le violenze che concretizzino “*un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona*”, riproducendo così le categorie indicate dall'art. 3 CEDU.

Per questa via dunque la tortura ritrova la sua ragionevole punibilità a prescindere dalla abitualità del comportamento: non v'è dubbio infatti che ogni tortura – mi riferisco alla tipizzazione operata dalla citata CAT – non può che tradursi in un trattamento disumano, alla luce di una giurisprudenza della Corte EDU che ha dato significato alla categoria. Rimane peraltro singolare che il richiamo alle categorie dell'art. 3 CEDU costringa l'interprete a utilizzare una subordinata per punire quello che è inteso, in ambito convenzionale, al vertice della gravità (“*nessuno può essere sottoposto a torture né a pene o trattamenti inumani o degradanti*”).

La descrizione dell'evento del delitto (“*acute sofferenze fisiche o un verificabile trauma psichico*”) non mi pare crei i problemi che la polemica politica che ha preceduto l'introduzione della normativa ha posto l'attenzione.

L'espressione “*verificabile*” riferito al trauma psichico – senza ulteriori indicazioni che vincolino l'interprete a un metodo volto a dare conto del venire ad esistenza dell'evento lesivo – non può che fare confluire negli ordinari canoni di accertamento la prova dell'accaduto. Così come avviene per il terzo comma dell'art. 613 bis c.p., di cui dirò, siamo di fronte a una tecnica di formulazione della norma nella quale il legislatore sembra singolarmente farsi carico di una *moral suasion* nei confronti del giudice al rispetto delle regole, ammonendo che la maggior complessità dell'accertamento del trauma psichico non debba condurre a scorciatoie probatorie, che non tengano conto dei canoni di certezza sui quali si svolge la funzione giurisdizionale nell'accertamento degli elementi costitutivi del reato.

Il diavolo fa le pentole ma non i coperchi

Al secondo comma dell'art. 613 bis c.p. si prevede una mutata e più grave cornice edittale della pena (da 5 a 12 anni di reclusione) se i fatti sono commessi da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio con abuso dei poteri funzionali.

Dovendo comprendere se si tratti di una semplice aggravante, bilanciabile sul piano degli effetti sanzionatori, o, piuttosto, di una fattispecie autonoma, occorre far riferimento ad alcuni argomenti che fanno propendere univocamente per quest'ultima opzione.

Da un lato esiste un dato letterale derivante da una formulazione del testo nel quale al comma 4, disciplinando altre aggravanti, il legislatore richiama “*le pene previste dai precedenti commi*” e dunque sembra riferirsi al comma 2 come norma autonoma⁴.

Decisive in tal senso mi appaiono due ulteriori osservazioni.

Il comma 3 esclude “*l’applicazione del comma precedente nel caso di sofferenze risultanti unicamente dall’esecuzione di legittime misure privative o limitative dei diritti*” e fa dunque riferimento alla fattispecie del comma 2 come norma autonoma⁵. La norma, in sé priva di significato, vista l’esistenza nell’ordinamento delle scriminanti degli artt. 51 e 53 c.p., sarebbe diversamente palesemente irragionevole se riferita a un’aggravante. Anche in questo caso il pleonasma ha l’effetto suadente di ricordare al giudice le cause di giustificazione citate, peraltro con un evidente disarmonia nel richiamo alle “*sofferenze*” e non alle “*acute sofferenze*” evento del delitto⁶, senza le quali il reato non sussiste, indipendentemente dal richiamare una giustificante.

L’opzione interpretativa volta a ritenere che quella prevista dall’art. 613 bis 2 comma sia norma autonoma è ancora consolidata dall’introduzione dell’art. 613 ter c.p.

La norma infatti sanziona l’istigazione a commettere il reato di tortura solo per i soggetti pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio, anche se l’istigazione non sia accolta o se accolta il delitto non venga commesso. Una deroga opportuna all’art. 115 c.p., omogenea a quanto avviene rispetto ai più gravi delitti previsti dal titolo I del codice, ma si tratta di un’anticipazione della punibilità coerente solo con l’esistenza di una fattispecie autonoma che stigmatizzi quelle condotte.

Si aggiunga, in chiusura, che il risultato ermeneutico al quale si perviene è coerente a un’interpretazione convenzionalmente orientata che mette in conto la necessità di sanzione penali effettive e dissuasive nei confronti delle forme di tortura descritte dalla fattispecie quando vengano commesse da soggetti investiti di uno status pubblicistico, evitando al nostro Stato di continuare a essere esposto alle condanne della Corte Edu⁷.

⁴ Valgano le osservazioni espresse sul punto da VIGANÒ F., *Sui progetti di introduzione del delitto di tortura in discussione presso la Camera dei deputati (parere espresso nel corso dell’audizione svoltasi presso la commissione Giustizia il 24 settembre 2014)*, in *Dir. Pen. Cont.* 2014, pag. 5.

⁵ Vedi CANCELLARO F., *Nuova condanna per l’Italia a Strasburgo, mentre prosegue l’iter parlamentare per l’introduzione del reato*, in *Dir.Pen.Cont.* 2017.

⁶ Sul punto si vedano le osservazioni di MARCHI I., *Il delitto di tortura: prime riflessioni a margine del nuovo art. 613 bis c.p.*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2017, pag. 5.

⁷ Ci riferiamo Corte Edu, Cestaro v. Italia del 7 aprile 2015 e a Corte EDU, Bartesaghi, Gallo e altri v. Italia del 22 giugno 2017. Occorre segnalare la lettera inviata il 16 giugno 2017 ai nostri rappresentanti parlamentari con la quale il Commissario per i diritti umani del Consiglio di Europa aveva sottolineato la necessità che le sanzioni nella materia fossero dissuasive ed efficaci. Ciò vale in particolare per i termini di prescrizione facilmente superabili in una materia che impone complessi sistemi di accertamento. Ovviamente la severa cornice editale prevista dal comma due dell’art. 613 bis consente di prospettare un più ragionevole (se la fattispecie è intesa come autonoma).

A ben guardare dunque la forte pressione che alcuni sindacati di polizia hanno fatto, volendo evitare l'introduzione di un reato proprio⁸, qualificato dal soggetto agente, ha prodotto un testo pasticciato, ma il cui esito è quello testé descritto: è venuta ugualmente ad esistenza una fattispecie autonoma, gravemente e adeguatamente sanzionata quando protagonisti della minaccia o della violenza siano pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio, iscritta in una normativa che ha margini di indeterminazione che certamente non giovano al diritto di difesa degli accusati delle condotte delittuose.

Volendo fare una considerazione storica può ritenersi che la fattispecie sarebbe stata certamente applicabile alle gravissime violenze alle quali furono esposte le persone a Genova alla scuola Diaz e nel carcere di Bolzaneto nel luglio del 2001 e sulle quali è intervenuta la condanna della Corte EDU.

Nel caso della scuola Diaz l'ampiezza applicativa dell'art. 613 bis c.p. allargata alla tutela di chi si trovi in condizione di "*minorata difesa*" non lascia dubbi sul fatto che quei fatti avrebbero potuto trovare un inquadramento nella nuova fattispecie: la nozione è espressamente iscritta nella disciplina dell'aggravante di cui all'art. 61 n. 5 c.p. (ma durante una perquisizione certamente le persone presenti sono comunque sottoposte alla "*potestà*" dei pubblici ufficiali che intervengono all'atto). D'altro canto le violenze perpetrate dagli agenti di polizia intervenuti hanno comportato acute sofferenze fisiche e psichiche risolvendosi in un trattamento disumano per coloro che le hanno subite. Ciò vale anche per i fatti accaduti nel carcere di Bolzaneto dove le condotte di alcuni agenti di polizia – crudeli, reiterate, violente e intimidatorie – hanno integrato certamente un comportamento disumano oltreché degradante⁹.

Una difficile coerenza sistemica

Tra le novità rilevanti introdotte dalla L. 14 luglio 2017 n. 110 vale segnalare la modifica dell'art. 19 del Testo Unico sull'immigrazione perché rende esplicito "*il divieto di respingimento verso uno Stato qualora esistano fondati motivi per ritenere che sia sottoposto a tortura*" e al contempo la disciplina introdotta dall'art. 4 che stabilisce che "*non possa essere concessa alcuna forma di immunità a coloro che sono sottoposti a un procedimento penale o condannati per il delitto di tortura*".

Ritorna in tali casi, viste le finalità degli istituti richiamati, una nozione di tortura di provenienza sovranazionale, così come descritta nella citata Cat e peraltro ricavabile anche dalla giurisprudenza della Corte EDU.

⁸ Mi riferisco alle dichiarazioni rese dalle organizzazioni sindacali della Polizia di Stato davanti alla Commissione Giustizia della Camera dei deputati il 18 giugno 2014 e a quelle della Polizia penitenziaria il 26 giugno 2014.

⁹ L'attuale testo mi sembra possa superare le perplessità sul punto espresse da F. VIGANÒ, *La difficile battaglia contro l'impunità dei responsabili dei fatti di tortura. La sentenza della Corte di Strasburgo e i tormenti del legislatore italiano*, in *Dir. Pen. Cont.* 2015.

Sono evidenti le distonie interpretative che si aprono perché, come visto, l'art. 613 bis propone sotto un'unica rubrica fenomeni differenziati: alcuni riconducibili alla tortura, come categoria internazionalmente riconosciuta, il cui divieto è legato alla tutela del corpo e della dignità della persona privata della libertà personale dall'Autorità, altri invece ai gravi maltrattamenti praticati in altri ambiti con un diverso significato di tutela.

Una forbice interpretativa è necessaria per dare un senso compiuto alla legislazione nella materia, vuoi rispetto all'indagine sui Paesi che praticano la tortura, vuoi rispetto al divieto di garantire in tali casi forme di immunità.

Esula da tali indagini, per così dire, il controllo delle condizioni degli istituti di ricovero degli anziani nei Paesi verso i quali si estrada la persona, così come non sarebbe contraddittorio con la disposizione richiamata un provvedimento di grazia¹⁰ rispetto a un condannato per tali forme di gravi maltrattamenti. Lo sarebbero certamente invece l'immunità garantita anche attraverso provvedimento di clemenza sovrana a soggetti che si siano resi responsabili di torture nell'ambito della funzione pubblica o ne siano stati complici, così come la consegna di una persona a Paesi nei quali possano venire sottoposti a tortura da parte dell'Autorità.

ALESSANDRO GAMBERINI

¹⁰ Si veda in proposito la condanna subita dall'Italia da parte della Corte Edu (IV sez. Nasr e Ghali c. Italia 23 febbraio 2016) per l'extraordinary rendition di Abu Omar dall'Italia all'Egitto per essere sottoposto a tortura, organizzata da agenti della CIA con l'appoggio dei Servizi segreti italiani, vuoi per l'immunità concessa agli agenti italiani attraverso vuoi il mantenimento del segreto di Stato invocato dagli imputati, vuoi per la concessione della grazia gli agenti della CIA condannati.

Hanno collaborato alla sezione online di questo fascicolo:

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

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

LORENZO CARSETTI, *Avvocato in Bologna*

SILVIA CASALI, *Avvocata in Bologna*

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

ALESSANDRO GAMBERINI, *Avvocato in 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*

MATTEO LEONIDA MATTHEUDAKIS, *Dottore di ricerca in diritto penale nell'Università di Parma*

FEDERICO MAZZACUVA, *Assegnista di ricerca in diritto penale nell'Università di Milano-Bicocca*

FABIO NICOLICCHIA, *Assegnista di ricerca in procedura penale nell'Università di Ferrara*

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

