



Rivista Trimestrale - 3-4/2014

DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

Economia e diritto penale in Europa
AAVV

Principio di colpevolezza e principio di proporzionalità
Wolfgang Frisch

**El proyecto de reforma del código penal de 2013
como programa inocuizador de delincuentes peligroso**
Nicolás García Rivas

EDITORE

Luca Santa Maria

DIRETTORE RESPONSABILE

Francesco Viganò

VICE DIRETTORI

Gian Luigi Gatta

Guglielmo Leo

Luca Luparia

REDATTORI

Angela Della Bella

Stefano Zirulia

Alberto Aimi

Tommaso Trinchera

SEGRETERIA DI REDAZIONE

Anna Liscidini (coordinatore)

Marco Montanari

Susanna Arcieri, Alessandra Galluccio, Irene Gittardi,

Maria Chiara Ubiali, Alessandra Verri

COMITATO SCIENTIFICO

Emilio Dolcini

(coordinatore diritto penale)

Novella Galantini

(coordinatore diritto processuale penale)

Roberto Bartoli, Fabio Basile, Silvia Buzzelli, Elena Maria

Catalano, Massimo Ceresa Gastaldo, Fabrizio D'Arcangelo,

Gian Paolo Demuro, Antonio Gullo, Stefano Manacorda,

Vittorio Manes, Luca Maserà, Anna Maria Maugeri,

Oliviero Mazza, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni,

Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Paolo Renon,

Gioacchino Romeo, Markus Rübenstahl, Francesca Ruggieri,

Domenico Pulitanò, Marco Scoletta, Rosaria Sicurella,

Carlo Sotis, Giulio Uberti, Antonio Vallini, Alfio Valsecchi,

Costantino Visconti, Matteo Vizzardi



Diritto Penale Contemporaneo - Rivista trimestrale è un periodico on line, ad accesso libero e senza fine di profitto, espressione di una partnership tra lo Studio legale dell'avvocato Luca Santa Maria di Milano, che ha ideato l'iniziativa, ne ha finanziato la realizzazione tecnica e ne è l'editore, e la Sezione di Scienze penalistiche del Dipartimento "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, cui afferiscono i componenti del Comitato scientifico che supervisiona i contenuti della Rivista. La Rivista è diretta da un Comitato di direzione composto da un gruppo di magistrati, di avvocati e di giovani docenti di diritto e procedura penale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito.

Peer review

La qualità scientifica dei lavori di più ampio respiro pubblicati sulla Rivista è assicurata da una procedura di *peer review*, attuata secondo principi di trasparenza, autonomia e indiscusso prestigio scientifico dei revisori, professori ordinari italiani e stranieri di diritto e procedura penale, che la Rivista vivamente ringrazia per avere accettato questo compito.

Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da due revisori, i quali esprimono il loro parere in forma parimenti anonima sulla conformità del lavoro agli standard qualitativi delle migliori Riviste di settore. La pubblicazione del lavoro presuppone il parere favorevole di entrambi i revisori. La designazione dei revisori per ciascun lavoro di diritto o di procedura penale è effettuata automaticamente seguendo l'ordine alfabetico dei revisori di ciascuna disciplina pubblicato in calce, in ragione della data e dell'ora in cui ciascun lavoro è pervenuto all'indirizzo e-mail della redazione. Nel caso di impedimento da parte del revisore designato subentra il revisore successivo nell'elenco alfabetico. Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Elenco dei revisori

Prof. Alberto Alessandri, Prof. Ennio Amodio, Prof. Francesco Angioni, Prof. Alessandro Bernardi, Prof. David Brunelli, Prof. Alberto Cadoppi, Prof. Stefano Canestrari, Prof. Francesco Caprioli, Prof. Mauro Catenacci, Prof. Mario Chiavario, Prof.ssa Ombretta Di Giovine, Prof. Massimo Donini, Prof. Giovanni Fiandaca, Prof. Luigi Foffani, Prof. Gabriele Fornasari, Prof. Glauco Giostra, Prof. Giovanni Grasso, Prof. Giulio Illuminati, Prof. Sergio Lorusso, Prof. Luca Marafioti, Prof. Enrico Marzaduri, Prof. Jean Pierre Matus, Prof. Adan Nieto Martin, Prof. Renzo Orlandi, Prof. Francesco Palazzo, Prof. Lorenzo Picotti, Prof. Paolo Pisa, Prof. Mario Romano, Prof. Sergio Seminara, Prof. Placido Siracusano, Prof. Paolo Veneziani

ANNO 2014, CODICE ISSN 2240-7618

Registrazione presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011. Sede legale Via Serbelloni, 1, 20122 Milano

Impaginazione a cura di Chiara Pavesi - www.chiarapavesi.it

EDITORIALE	In questo numero	1
	Francesco Viganò	
ECONOMIA E DIRITTO PENALE IN EUROPA	I delitti di corruzione nell'ordinamento italiano: qualche considerazione sulle riforme già fatte, e su quel che resta da fare	4
	Francesco Viganò	
	La lucha contra la corrupcion en el ámbito supranacional y su incidencia en el código penal español	25
	María Acale Sánchez	
	El fenómeno de la corrupción en España: respuesta penal y propuestas de reforma	50
	Javier Gustavo Fernández Teruelo	
	Politica criminale europea e sistema finanziario: l'esempio degli abusi di mercato	65
	Luigi Foffani	
	Riserve extrabilancio e gestione d'impresa: profili penali	73
	Sergio Seminara	
	Tutela penal del inversor / consumidor e ilícitos penales en la empresa	82
	Luz María Puente Aba	
	<i>Compliance programs</i> e dominabilità "aggregata" del fatto. Verso una responsabilità da reato dell'ente compiutamente personale	105
	Antonio Fiorella e Nicola Selvaggi	
	Sull'idoneità della sanzione pecuniaria per le persone giuridiche. Una riflessione dal diritto spagnolo con spunti di diritto italiano	120
	Patricia Faraldo Cabana	
	Los protocolos de prevención de delitos en el ámbito empresarial: el referente de los modelos de organización y gestión de la regulación italiana	131
	Norberto J. de la Mata	

I GRANDI TEMI
DEL DIRITTO
E DEL PROCESSO PENALE

Il principio di proporzionalità nel procedimento penale 143

Michele Caianiello

Principio di colpevolezza e principio di proporzionalità 164

Wolfgang Frisch

El proyecto de reforma del código penal de 2013 como programa inocuizador de delincuentes peligrosos (prisión permanente revisable y medidas de seguridad indeterminadas) 178

Nicolás García Rivas

DIRITTI UMANI E
GIUSTIZIA PENALE

***Ne bis in idem* e “doppio binario” sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza “Grande Stevens” nell’ordinamento italiano** 201

Gaetano De Amicis

Doppio binario sanzionatorio e *ne bis in idem*: verso una diretta applicazione dell’art. 50 della Carta? 219

Francesco Viganò

La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della CEDU 239

Salvatore Tesoriero

Confisca urbanistica e prescrizione: a Strasburgo il re è nudo 277

Francesco Viganò

L'OBIETTIVO SU...	Il consenso dell'avente diritto nei percorsi del diritto penale "umano"	289
	Daniela Falcinelli	
	Congelamento di beni senza frontiere. Il caso Ucraina	314
	Désirée Fondaroli e Filippo Sgubbi	
	I delicati problemi applicativi di una norma che non c'è (a proposito di presunte ipotesi ostative alla liberazione anticipata speciale)	322
	Glauco Giostra	
	Le c.d. perquisizioni <i>online</i> tra nuovi diritti fondamentali ed esigenze di accertamento penale	329
	Federica Iovene	
	Evidenza epidemiologica di un aumento di mortalità e responsabilità penale	343
	Luca Masera	
	Vecchie soluzioni per nuovi problemi nella falsa attestazione del professionista	366
	Daniele Piva	
	Dal 2004 al 2014: lo sgretolamento necessario della legge sulla procreazione medicalmente assistita	376
	Paola Sanfilippo	
GIURISPRUDENZA IN PRIMO PIANO	La recente evoluzione giurisprudenziale sul nesso causale nelle malattie professionali da amianto	396
	Roberto Bartoli	
	Il concorso c.d. anomalo di persone: una nuova apertura giurisprudenziale al criterio della prevedibilità in concreto	409
	Fabio Basile	
	Risponde di estorsione la prostituta che minaccia il cliente costringendolo a pagare la prestazione? A proposito del concetto di ingiustizia del profitto	417
	Gian Luigi Gatta	
	Disfunzione applicativa dell'art. 2635 c.c. tra vecchia e nuova formulazione della «corruzione tra privati»	421
	Lucia Zoli	

EDITORIALE

1

In questo numero
Francesco Viganò

IN QUESTO NUMERO

Francesco Viganò

1.

Questo numero doppio, che conclude l'annata 2014 della nostra *Rivista trimestrale*, si apre con una serie di contributi ancora inediti, non preceduti – come avviene di consueto – dalla pubblicazione in anteprima sulla nostra *Rivista quotidiana*. Si tratta degli atti di un [convegno italo-spagnolo su *Economia e diritto penale in Europa*](#), svoltosi presso l'Università degli Studi di Milano nel maggio scorso e co-organizzato dal Dipartimento di Studi giuridici C. Beccaria, dall'Università di A Coruña e da *Diritto penale contemporaneo*. Le relazioni – pubblicate qui ciascuna nella lingua in cui sono state presentate al convegno – esplorano varie tematiche di grande attualità in entrambi gli ordinamenti giuridici: dal nodo dei delitti di corruzione, oggetto a quanto pare di perenne riforma nel nostro paese ma recentemente ridisciplinati in profondità anche in Spagna, alle tematiche del diritto penale societario e della tutela penale del risparmio, sino a giungere alla sempre attuale tematica della responsabilità penale degli enti, recentemente introdotta anche nel codice penale spagnolo e oggetto anch'essa di proposte di riforma, alcune delle quali chiaramente ispirate al modello italiano.

La nostra *Rivista trimestrale* prosegue, così, il proprio cammino verso una sempre maggiore internazionalizzazione; con un occhio privilegiato proprio al mondo ispanico e latinoamericano, cui ci lega una tradizione culturale e giuridica comune, e rispetto al quale le barriere linguistiche appaiono agevolmente superabili anche da chi – come il sottoscritto – non abbia mai preso un'ora di lezione di lingua spagnola, dopo aver scoperto sin dal primo soggiorno in terra tedesca che era molto più facile intendersi con i colleghi spagnoli e latini parlando ciascuno nella propria lingua, piuttosto che sforzandosi di balbettare qualche frase contorta in quella di Goethe – idioma bellissimo, ma tremendamente difficile per chi sia nato al di qua delle Alpi o dei Pirenei.

2.

Siamo poi particolarmente lieti di ospitare in questo numero due contributi a nostro giudizio di particolare importanza sul fondamentale principio di proporzionalità: esaminato sotto angolature diverse da Wolfgang Frisch – prestigioso penalista dell'Università di Friburgo –, che lo ha esplorato, in correlazione con il principio di colpevolezza, quale criterio retto della misura della pena dal punto di vista del legislatore e del giudice, e da Michele Caianiello nella prospettiva del processo penale. Così come siamo assai felici di ospitare il contributo dell'amico Nicolás García Rivas, professore ordinario presso l'Università di Castilla-La Mancha con il quale da anni collaboriamo in varie iniziative scientifiche, sulle linee fondamentali della riforma in cantiere del codice penale spagnolo, ispirata scopertamente sulla riscoperta dell'idea centrale della neutralizzazione del delinquente pericoloso, di positivistica memoria ma di sempre maggiore attualità nelle politiche criminali di molti paesi del mondo.

3.

Un'intera sezione è poi dedicata all'influenza della recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul nostro sistema penale, sostanziale e processuale, a conferma

dell'imprescindibilità dello studio di questa tematica da parte degli studiosi e dei pratici italiani.

Al centro dell'attenzione è qui, anzitutto, il diritto al *ne bis in idem*, dopo che la sentenza *Grande Stevens* ha sollevato inquietanti interrogativi – già approdati, del resto, alla Corte costituzionale – sulla compatibilità con il sistema convenzionale, e dunque con la nostra stessa legge suprema, del sistema di tutela 'a doppio binario' (penale e amministrativo) vigente in numerosi settori del nostro ordinamento, ben oltre la materia degli abusi di mercato cui si riferiva quella sentenza.

Di cruciale importanza è poi la questione se sia legittima l'applicazione della confisca mediante una sentenza dichiarativa della prescrizione: questione anch'essa già posta all'attenzione della Corte costituzionale, di particolare rilievo pratico anche in relazione all'elevata quantità di processi che muoiono anticipatamente, soprattutto in secondo grado (spesso dopo una sentenza di condanna da parte del giudice di prime cure), per effetto della vigente perversa disciplina della prescrizione – una disciplina peraltro che, a dispetto dei continui proclami da parte dei vertici dell'attuale governo, nessuno riesce seriamente a riformare, nonostante l'incredibile spreco di risorse, economiche e umane, prodotte da una macchina giudiziaria che gira a vuoto, sfornando processi inutili e sentenze destinati a essere, di lì a poco, gettate ingloriosamente nel cestino.

Ed infine, sul versante del processo, un approfondito saggio di un giovane studioso, Salvatore Tesoriero, esplora acutamente il grande tema della compatibilità del processo di appello, così come oggi strutturato, con il giusto processo convenzionale, con particolare riguardo alla possibilità per il giudice del gravame di rovesciare la sentenza assolutoria pronunciata in primo grado sulla base di una valutazione puramente cartacea delle testimonianze assunte in quella sede.

4.

Molto altro ancora troverà il lettore in questo numero: da contributi su temi tipici della modernità – legati come sono a doppio filo allo sviluppo tecnologico – come la fecondazione assistita e le perquisizioni on line, a varie note su pronunzie giurisprudenziali di particolare interesse.

Ma conviene fermarsi qui, e non rubare altro tempo con i preamboli: augurando soltanto a tutti, come sempre, buona lettura, e – questa volta – un sereno e proficuo 2015.

ECONOMIA E DIRITTO PENALE IN EUROPA

4	I delitti di corruzione nell'ordinamento italiano: qualche considerazione sulle riforme già fatte, e su quel che resta da fare Francesco Viganò
25	La lucha contra la corrupcion en el ámbito supranacional y su incidencia en el código penal español María Acale Sánchez
50	El fenómeno de la corrupción en España: respuesta penal y propuestas de reforma Javier Gustavo Fernández Teruelo
65	Politica criminale europea e sistema finanziario: l'esempio degli abusi di mercato Luigi Foffani
73	Riserve extrabilancio e gestione d'impresa: profili penali Sergio Seminara
82	Tutela penal del inversor / consumidor e ilícitos penales en la empresa Luz María Puente Aba
105	<i>Compliance programs</i> e dominabilità "aggregata" del fatto. Verso una responsabilità da reato dell'ente compiutamente personale Antonio Fiorella e Nicola Selvaggi
120	Sull'idoneità della sanzione pecuniaria per le persone giuridiche. Una riflessione dal diritto spagnolo con spunti di diritto italiano Patricia Faraldo Cabana
131	Los protocolos de prevención de delitos en el ámbito empresarial: el referente de los modelos de organización y gestión de la regulación italiana Norberto J. de la Mata

I DELITTI DI CORRUZIONE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO: QUALCHE CONSIDERAZIONE SULLE RIFORME GIÀ FATTE, E SU QUEL CHE RESTA DA FARE

Relazione al Congresso italo-spagnolo
svoltosi presso l'Università degli Studi di Milano il 29 e 30 maggio 2014

Francesco Viganò

SOMMARIO

1. Premessa. – 2. Le linee essenziali, e i limiti, della legislazione penale italiana in materia di corruzione prima della riforma del 2012. – 2.1. Le figure di corruzione. – 2.2. Il delitto di concussione, e i suoi tormentati rapporti con le fattispecie di corruzione. – 3. La riforma del 2012, e i suoi limiti. – 3.1. I nuovi delitti di corruzione. – 3.2. Lo 'spacchettamento' della concussione. – 4. Le prospettive di ulteriore riforma. – 4.1. Sulle proposte di legge attualmente all'esame del Senato. – 4.2. Qualche spunto per il futuro legislatore: a) comprendere le cause dell'insostenibilità della situazione attuale (ovvero: sull'impossibilità di tracciare plausibili linee di demarcazione tra concussione, induzione indebita e corruzione). – 4.3. (Segue): b) l'obiettivo fondamentale da perseguire (ovvero: chi paga il pubblico agente per ottenere un indebito vantaggio deve essere punito quale corruttore). – 4.4. (Segue): c) l'esigenza di individuare con precisione i casi in cui il privato che paga il pubblico agente non debba essere punito. – 4.5. (Segue): d) l'opportunità di prevedere una clausola di non punibilità per la corruzione per l'esercizio delle funzioni in favore del privato che paga al solo scopo di evitare un danno ingiusto. – 4.6. (Segue): e) la necessità di una drastica limitazione dell'ambito applicativo del delitto di concussione e di un'abolizione del nuovo delitto di induzione indebita. – 4.7. (Segue): f) ulteriori possibili interventi. – 4.8. (Segue): g) considerazioni sul diritto intertemporale. – 4.9. Conclusioni.

1.

Premessa

Toccandomi l'onore e l'onere di inaugurare la sessione di questo convegno italo-spagnolo dedicata al contrasto alla corruzione pubblica, ho pensato alla prima parte della mia relazione (*infra*, § 2 e 3) come a una sintetica introduzione alla tematica, con lo scopo – anzitutto – di illustrare ai nostri interlocutori spagnoli le linee di fondo della normativa penale in materia di contrasto alla corruzione, alla luce delle incisive modifiche apportate dalla legge n. 190/2012 e delle loro prime interpretazioni da parte della giurisprudenza. Senza potere né volere in questa sede soffermarmi sui dettagli, la mia intenzione è quella di individuare alcuni cruciali nodi problematici della disciplina italiana, sollevati in particolare sulla presenza ingombrante della *concussione* e, oggi, della sua sorellina minore, rappresentata dall'*induzione indebita*: reati quasi senza corrispondenze nella legislazione spagnola, così come nella generalità delle altre legislazioni europee, e i cui contorni sono sempre di difficile comprensione per gli interlocutori stranieri, che inquadrano pacificamente i fatti da noi considerati come concussivi (e/o, oggi, come induttivi) come altrettanti fatti di *corruzione*.

Spiegare il proprio sistema a studiosi stranieri è, d'altra parte, un esercizio prezioso, perché costringe a esplicitare passaggi che per i colleghi nazionali appaiono ovvi, e che spesso invece ovvi non sono affatto: come spesso si evince dallo sguardo perplesso degli interlocutori ai quali ci si affanna a spiegare – ad esempio – perché l'ordinamento italiano proprio non sarebbe in condizione di rinunciare al reato di concussione, con tutta la sua lunga (e nobile?) tradizione.

La seconda parte di questa relazione (*infra*, § 4) rivolgerà invece lo sguardo sul futuro, e in particolare sulla (ulteriore) riforma dei delitti di corruzione che pare in cantiere. Prendendo spunto dal testo unificato di numerosi disegni di legge all'esame della Commissione giustizia del Senato nel momento in cui licenzio questo testo, cercherò qui di tracciare – questa volta rivolgendomi soprattutto agli interlocutori italiani, e magari allo stesso legislatore – le linee essenziali della riforma che personalmente riterrei auspicabile.

2.

Le linee essenziali, e i limiti, della legislazione penale italiana in materia di corruzione prima della riforma del 2012.

Uno sguardo preliminare, per cominciare, alla situazione ante-riforma: ben conosciuta dagli studiosi italiani, ma forse non scontata per i nostri colleghi spagnoli.

2.1.

Le figure di corruzione.

Il codice penale prevedeva anzitutto, sin dalla sua versione originaria del 1930, due distinte figure di *corruzione passiva*, secondo una distinzione conosciuta ora anche all'ordinamento spagnolo dopo la riforma realizzata con la legge organica 5/2010: la *corruzione per un atto conforme ai doveri d'ufficio*, prevista dall'art. 318 c.p. e corrispondente alla figura di *cohecho* disciplinata dall'art. 420 del codice penale spagnolo; e la più grave figura di *corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio*, disciplinata dall'art. 319 c.p. e corrispondente al *cohecho* di cui all'art. 419 del codice penale spagnolo¹. L'una e l'altra figura delittuosa comprendevano tanto l'ipotesi in cui la promessa o dazione di denaro o altra utilità fosse effettuata al pubblico ufficiale in vista del *futuro* compimento dell'atto, quanto quella in cui tale promessa o dazione avvenissero per *ricompensarlo* dell'avvenuto compimento dell'atto medesimo: esattamente, dunque, come avviene oggi nell'ordinamento spagnolo, in forza del nuovo art. 421 del codice penale iberico.

La pena prevista per le due ipotesi delittuose era quella della *reclusione da sei mesi a tre anni* per la corruzione per atto conforme ai doveri d'ufficio (o corruzione 'impropria'), e della *reclusione da due a cinque anni* per la corruzione per atto contrario a tali doveri (o corruzione 'propria'). In forza dell'art. 321 c.p., le medesime pene erano estese alle corrispondenti ipotesi

¹ Sulla disciplina penale spagnola in materia di corruzione, si veda l'ampio studio di DE MAGISTRIS, *I delitti di corruzione in un confronto fra l'ordinamento italiano e spagnolo*, in *Dir. pen. cont.*, 6 maggio 2014.

di *corruzione attiva* compiuta dal privato, anche qui secondo la medesima tecnica normativa adottata in Spagna in forza – oggi – dell'art. 424 del codice penale.

Almeno tre i problemi fondamentali che questa regolamentazione aveva fatto emergere nella prassi.

Anzitutto, l'autentica falcidia dei processi per corruzione determinata dalla *prescrizione*, che si consumava in tutti questi reati – nonostante la presenza di atti interruttivi – una volta che fossero decorsi sette anni e mezzo dal fatto. Anche qui, non è inutile sottolineare, a beneficio dei nostri interlocutori spagnoli, che l'Italia è probabilmente l'unico paese al mondo in cui la prescrizione decorre implacabile dal momento della commissione del reato *sino alla sentenza definitiva*, che quando va bene in questi casi arriva alla fine del terzo grado in giudizio in Cassazione (dopo le indagini, l'udienza preliminare e i processi in primo grado e in appello). Di talché era assolutamente frequente nella prassi lo spettacolo di imputati, già ritenuti responsabili in primo e magari anche in secondo grado, prosciolti infine per intervenuta prescrizione: con tante scuse per il disagio sofferto, e con annessa restituzione delle somme corrispondenti al prezzo o al profitto del reato già sequestrate nel corso del procedimento.

In secondo luogo, la normativa rifletteva una concezione per così dire *mercantile* della corruzione, intesa come pattuizione avente ad oggetto la *compravendita* di uno specifico atto, conforme o contrario che fosse ai doveri d'ufficio. Una simile concezione lasciava però scoperta una tipologia di condotte assai frequente nella realtà italiana, che è quella del *pubblico ufficiale a libro paga del privato*: ossia la situazione in cui il pubblico ufficiale è più o meno stabilmente retribuito dal privato (normalmente, un imprenditore), mediante dazioni di denaro o regalie e *benefits* di varia natura (cene e serate in costosi ristoranti e *night clubs*, vacanze in località esotiche esclusive, messa a disposizione di prestigiosi attici con vista su monumenti cittadini, etc.) in vista del *futuro* – e ancora *indeterminato* – esercizio dei suoi poteri in favore del privato medesimo. La prassi giudiziaria aveva, invero, finito per ricomprendere tali situazioni nell'alveo applicativo delle fattispecie vigenti di corruzione; ma ciò era avvenuto a prezzo di una evidente violazione del principio di legalità, puntualmente denunciata dalla dottrina, e ottenuta mediante la pura e semplice cancellazione in via ermeneutica del requisito (presente in entrambe le fattispecie di cui agli artt. 318 e 319 c.p.) dell'*atto* oggetto della compravendita illecita.

La situazione normativa ante riforma era, infine, lacunosa anche sotto un terzo profilo. Essa lasciava scoperta la situazione, pure frequente nella realtà italiana, in cui il denaro viene corrisposto non direttamente al pubblico ufficiale, ma a soggetti – spesso qualificati nel gergo giornalistico, e talvolta giudiziario, come 'faccendieri' – sprovvisti di qualifiche pubblicistiche, affinché essi svolgano un'opera di *mediazione* con i pubblici ufficiali, convincendoli a esercitare i loro poteri in maniera conforme ai *desiderata* del privato. Anche qui, la prassi giudiziaria – nei casi in cui non fosse raggiungibile la prova dell'effettiva corruzione del pubblico ufficiale per effetto della mediazione del 'faccendiere' – aveva talvolta ritenuto di poter abbracciare il fenomeno attraverso la fattispecie di *millantato credito*, prevista dall'art. 346 c.p., con una soluzione – peraltro – essa pure problematica sotto il profilo del *nullum crimen*, posto che l'espressione "millantare credito" pare riferirsi, dal punto di vista del suo significato comune, esclusivamente all'ipotesi in cui l'agente *vanti rapporti* in effetti *inesistenti* con il pubblico ufficiale, *ingannando* così il privato che effettua il pagamento o la premessa: il quale, del tutto conseguentemente nella logica del legislatore, non deve essere punito, proprio in quanto *vittima* di un inganno in definitiva assai simile ad una truffa. Mentre, come si diceva, la realtà italiana pullula di 'faccendieri' che svolgono una *reale* funzione di intermediazione tra privati corruttori e pubblici ufficiali corrotti, o comunque agevolmente corrutibili.

2.2.

Il delitto di concussione, e i suoi tormentati rapporti con le fattispecie di corruzione.

Accanto ai reati di corruzione, il sistema italiano conosceva da sempre – come anticipato – una autonoma figura di *concussione*, descritta dall'art. 317 c.p. come il fatto del pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, *costringe o induce* taluno a dare o promettere indebitamente a sé o ad altri denaro o altra utilità.

La norma, dicevamo, costituisce una peculiarità italiana, con pochissime e imprecise cor-

rispondenze presso le altre legislazioni europee². Vero è che nel *code Napoléon* esisteva un reato di *concussion*, oggi ereditato dal codice francese vigente all'art. 432-10; ma la sua struttura era ed è affatto diversa, quella norma descrivendo il fatto del pubblico agente che riceve, esige o ordina di percepire, a titolo di diritti, contributi, imposte o tasse, una somma che sa non essere dovuta, o una somma superiore a quanto dovuto – il medesimo reato, insomma, che nell'art. 437 del codice penale spagnolo riceve il *nomen iuris* di *exacciones ilegales*³. Niente a che vedere con la concussione italiana: che non richiedeva affatto che il pubblico agente pretendesse la somma *a titolo* di tributo, tassa, etc., ben potendo la richiesta essere esplicitamente formulata al privato in termini di puro e semplice sopruso; che si accontentava della mera *promessa* di denaro, o anche di qualsiasi altra *utilità*; e che, d'altra parte, era imperniata sulle specifiche modalità commissive della *costrizione* o *induzione* del privato.

Il delitto di concussione, già presente nel codice toscano⁴ e in vari codici preunitari⁵, era stato d'altra parte oggetto di un'interpretazione molto lata da parte della giurisprudenza recente. La norma trovava, ad es., regolare applicazione anche nei casi in cui il privato pagasse il pubblico agente per ottenere da questi uno specifico atto contrario ai suoi doveri d'ufficio, ovvero l'omissione di un atto dovuto: come nei casi, frequentissimi nella prassi, in cui il pagamento avesse la funzione di *evitare una sanzione* legittimamente, e doverosamente, irrogabile dal pubblico ufficiale per un illecito commesso dal privato⁶ (si pensi al caso dell'ufficiale della Guardia di finanza che durante una ispezione negli uffici di un'impresa prospetta al titolare severe sanzioni per illeciti da questi realmente commessi, a meno che egli non gli versi una 'mazzetta' per evitare ogni problema); ovvero nei casi in cui il privato imprenditore versasse denaro al pubblico agente in cambio dell'assegnazione di un appalto pubblico, sapendo che in caso contrario non avrebbe avuto alcuna *chance* nella procedura a evidenza pubblica.

Naturale, a fronte di simili approdi, che il problema cruciale – per la prassi e per la stessa riflessione teorica – fosse quello della individuazione del *criterio di demarcazione tra concussione e i delitti di corruzione*. E ciò, si noti, in presenza del medesimo dato oggettivo rappresentato dall'illecita dazione o promessa di denaro o altra utilità dal privato al pubblico agente, spesso motivato – come si è appena rilevato – dalla speranza del privato di ottenere in cambio un qualche beneficio derivante dall'uso distorto dei poteri del pubblico ufficiale.

Il quesito aveva, come è agevole intendere, un enorme rilievo pratico. Non solo perché il pubblico agente era punito, nelle ipotesi di concussione, assai più gravemente (e precisamente con la reclusione da quattro a dodici anni) che non nelle ipotesi di corruzione; ma anche perché il privato considerato vittima di una concussione restava in radice *non punito*. D'altra parte, dall'elevato massimo di pena previsto per la concussione (dodici anni di reclusione, come si diceva) dipendeva un termine di prescrizione per questo reato assai più lungo che nelle ipotesi di corruzione, più precisamente pari a quindici anni in presenza di atti interruttivi; con conseguente maggiore facilità, per la pubblica accusa, di pervenire alla condanna definitiva dell'imputato.

Non vi è qui spazio per ripercorrere, nemmeno sommariamente, le teorie che la dottrina aveva nel tempo elaborato per rispondere a tale difficile quesito⁷, bastando ai nostri fini sotto-

² Per una perspicua analisi comparata, cfr. ora MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Napoli, 2012, p. 75 ss.

³ Una figura di reato affine a quella presente nel codice francese e in quello spagnolo è quella prevista dal § 353 del codice penale tedesco (esazione indebita di imposte), parimenti di scarsissima o nulla applicazione pratica. Anche il delitto di *concussão* previsto dall'art. 379 del codice penale portoghese (nella sua forma base o nella forma aggravata dall'uso di violenza o minaccia di un "*mal importante*") richiede la ricezione da parte del pubblico funzionario di un vantaggio patrimoniale indebito, o superiore a quanto dovuto, in particolare a titolo di contribuzione, tassa, emolumento, multa, etc.

⁴ Che distingueva – così come farà, più tardi, il codice Zanardelli – tra una concussione 'costrittiva' (art. 181), realizzata dal pubblico ufficiale "che, abusando della sua autorità, *costringe* taluno a somministrare indebitamente a lui, o a un terzo, denari od altra utilità", ed una concussione 'induttiva' (art. 182), realizzata dal pubblico ufficiale "che, abusando della sua qualità, ha indotto taluno a somministrare indebitamente a lui, o ad un terzo, denari od altra utilità o ha profittato dell'errore altrui, per esigere ciò che non era dovuto, o più di ciò che era dovuto".

⁵ Nei quali peraltro è spesso evidente l'influsso del codice napoleonico, la concussione essendo per lo più configurata – nella sua forma non aggravata – come il fatto di indebita riscossione da parte del pubblico ufficiale, prevedendosi poi una specifica aggravante nel caso di uso di violenza o di minaccia: cfr., per un'analisi più dettagliata, ancora MONGILLO, *La corruzione*, cit., p. 60 ss.

⁶ Contro la riconduzione (pacificamente nella prassi) di una simile condotta al paradigma della concussione, cfr. peraltro, in dottrina, FIANDACA, Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, V ed., Bologna, 2012, p. 214. Già sotto il vigore della vecchia normativa, inoltre, vi era chi sosteneva che – ferma restando la punibilità del pubblico agente, in ipotesi siffatte, a titolo di concussione – il privato dovesse rispondere invece per *corruzione attiva*, in ragione della sua finalità di conseguire una posizione di profitto da un esercizio illecito di un pubblico potere: cfr. sul punto – anche per i richiami ai suoi precedenti e più ampi lavori sul punto – SPENA, *Per una critica all'art. 319-quater c.p.*, in *questa Rivista*, 3, 2013, p. 228.

⁷ Per una recente rassegna, e per tutti i necessari rif. bibl. e giurispr., cfr. MONGILLO, *La corruzione*, cit., p. 71 ss.

lineare che la giurisprudenza italiana si era da tempo assestata su un criterio di natura puramente *psicologica*: la corruzione presupporrebbe un *pactum* concluso dal privato e dal pubblico agente su un piano di *parità negoziale*, mentre nella concussione a quel medesimo *pactum* si giungerebbe attraverso una negoziazione condizionata da una situazione di *soggezione psicologica* (a volte definito nei termini di vero e proprio *metus publicae potestatis*) del privato rispetto al pubblico agente.

Sulla base di un tale criterio, non c'è da stupirsi dell'elevatissimo tasso di *imprevedibilità* dell'esito di singole vicende processuali, pure ruotanti attorno alla prova acquisita di un pagamento indebito del privato ad un pubblico agente⁸. Il più lungo termine di prescrizione del reato e, soprattutto, la possibilità di assicurarsi la collaborazione del privato mediante la prospettiva della sua impunità, costituivano comprensibili incentivi, per le procure, a qualificare simili fatti in termini di *concussione*, nonostante il vantaggio ottenuto in ipotesi dal privato (assegnazione di lucrosi appalti, sottrazione a severe sanzioni per illeciti tributari realmente commessi, etc.) in cambio dell'indebito pagamento⁹; ma l'esito finale di questi processi era tutt'altro che scontato, non essendo improbabile che i pubblici agenti imputati, anche grazie all'elevata qualità delle difese tecniche di cui essi possono in genere disporre, riuscissero ad ottenere in uno o l'altro dei gradi di giudizio la riqualificazione del fatto in termini di corruzione, assicurandosi così un consistente sconto di pena o, più spesso, l'impunità *tout court* grazie al generoso meccanismo della prescrizione. Meccanismo, quest'ultimo, che finiva per coprire con il velo dell'oblio anche il fatto del privato, a questo punto scopertosi improvvisamente 'corrotto', dopo essere stato essere stato inizialmente qualificato dalla pubblica accusa come *vittima* della concussione.

Proprio l'effetto di non punibilità del privato autore della dazione o della promessa indebita al pubblico agente – prodotto dalla norma sulla concussione e dalla sua dilatazione nella prassi applicativa – era, d'altra parte, da tempo nel mirino di numerose organizzazioni internazionali – l'OCSE *in primis* – a vario titolo interessate a una più efficace repressione dei fenomeni di corruzione nell'ordinamento italiano, da tali organizzazioni segnalandosi costantemente il rischio che gli imprenditori che ottenessero appalti remunerando i pubblici ufficiali preposti alle relative procedure andassero esenti da pena nell'ordinamento italiano, nonostante il pesante effetto distorsivo della concorrenza così creato, proprio grazie alla scelta delle procure di contestare al pubblico ufficiale in tali ipotesi il delitto di concussione e non, invece, le meno gravi figure di corruzione¹⁰.

Di qui il reiterato, e sempre più pressante, invito rivolto da tali organizzazioni al legislatore italiano di eliminare dall'ordinamento il delitto di concussione, o comunque di riformarlo in maniera tale da assicurare la punibilità anche del privato in simili ipotesi.

3.

La riforma del 2012, e i suoi limiti.

Sul quadro così schizzato interviene dunque la riforma di cui alla legge n. 190/2012, di cui conviene qui rammentare soltanto i connotati salienti, e – assieme – i limiti più macroscopici.

3.1.

I nuovi delitti di corruzione.

Anzitutto, la riforma modifica incisivamente il sistema dei delitti di corruzione, conservando pressoché inalterata la figura della corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio di cui all'art. 319 c.p. (sia pure, come vedremo, inasprendone il trattamento sanzionatorio), ma sostituendo alla vecchia figura della corruzione c.d. 'impropria' una inedita fattispecie di *corruzione*

⁸ Per questa conclusione, cfr. ancora MONGILLO, *La corruzione*, cit., p. 75.

⁹ Sulle strategie processuali delle procure, consentite dall'assetto della normativa pre-riforma consentiva, cfr. per tutti PADOVANI, *Metamorfosi e trasfigurazione. La disciplina nuova dei delitti di concussione e di corruzione*, in *Arch. pen.*, 2012, p. 788.

¹⁰ Su queste sollecitazioni internazionali, cfr. anche PALAZZO, *Gli effetti "preterintenzionali" delle nuove norme penali contro la corruzione*, in Mattarella, Pelissero (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, p. 16; DI MARTINO, *Le sollecitazioni extranazionali alla riforma dei delitti di corruzione*, *ibidem*, p. 373; MONGILLO, *La corruzione*, cit., p. 89 ss.; MONTANARI, *La normativa italiana in materia di corruzione al vaglio delle istituzioni internazionali*, in *Dir. pen. cont.*, 1 luglio 2012; Id., *Dove eravamo rimasti? La riforma dei delitti di corruzione al vaglio delle organizzazioni internazionali*, *ibidem*, 9 ottobre 2014.

per l'esercizio della funzione, disciplinata dal nuovo art. 318 c.p., meno gravemente sanzionata e consistente nel fatto del pubblico ufficiale che riceve per sé o per altri la promessa o la dazione di denaro o altra utilità "per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri".

L'osservatore spagnolo coglierà immediatamente la strettissima parentela, o forse addirittura l'identità, di questa nuova figura criminosa con quella di cui all'art. 422 del proprio codice, così come riformulato – anche in questo caso – dalla legge organica n. 5/2010, che incrimina il pubblico agente che, a profitto proprio o di un terzo, accetta per sé o per un terzo una somma di denaro o un dono che gli siano stati offerti "in considerazione del suo incarico o della sua funzione". La nuova norma viene così, nelle intenzioni del legislatore, a sanare la frattura che, in termini di legalità, era stata creata dalla lettura, francamente analogica, operata dalla giurisprudenza in relazione alla normativa precedente allo scopo di abbracciare, in particolare, le situazioni del pubblico ufficiale 'a libro paga' dell'imprenditore di cui si è detto poc'anzi: situazioni che appaiono, ora, perfettamente coperte dal nuovo art. 318 c.p.¹¹

Il legislatore interviene poi a colmare l'altra lacuna di punibilità in precedenza segnalata, relativa alle ipotesi di dazioni o promesse di denaro o altre utilità a soggetti sprovvisti di qualifiche pubblicistiche, che agiscano tuttavia (o comunque promettano di agire) quale *mediatori* tra il privato e il pubblico ufficiale i cui favori si intendano comprare. Accanto al vecchio delitto di millantato credito di cui all'art. 346 c.p., che viene mantenuto inalterato, la riforma introduce infatti un nuovo art. 346-bis, rubricato *traffico di influenze illecite*, e riferito alla condotta di chiunque, fuori dai casi di concorso nella corruzione, indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altro vantaggio patrimoniale, come *prezzo della propria* mediazione *illecita* verso il pubblico agente ovvero *per remunerarlo*, in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio.

Nonostante l'identità del *nomen iuris*, il nuovo delitto italiano è in realtà assai diverso dalle figure di *tráfico de influencias* previste dagli artt. 428 e 429 del codice penale spagnolo, che si consumano nel momento dell'*effettivo esercizio di un'influenza* sul pubblico agente affinché costui ponga in essere un atto dal quale possa derivare un beneficio economico per l'agente o per un terzo: in base alla norma italiana, la punibilità è infatti ancorata (e anticipata) al momento della retribuzione (o addirittura della promessa di retribuzione) al mediatore, perché eserciti la sua influenza in un momento successivo sul pubblico ufficiale, senza che, in concreto, l'effettivo esercizio dell'influenza rilevi ai fini della consumazione del delitto.

La riforma del 2012 ha così costruito un sistema di contrasto alla corruzione per così dire 'a gradini', con un *range* di pene modulato a seconda dell'intensità offensiva della condotta rispetto al bene, o ai beni giuridici tutelati. Al *gradino più basso* sta proprio la nuova fattispecie di *traffico di influenze*, punita con la reclusione da uno a tre anni, destinata a colpire condotte di soggetti privati (o comunque condotte non caratterizzate dalla strumentalizzazione dei poteri connessi alla funzione), che creano il *pericolo* che dei pubblici agenti siano effettivamente corrotti, e conseguentemente il pericolo di effettivo asservimento dell'attività amministrativa ad interessi privati. Su un *gradino intermedio* si colloca la fattispecie di *corruzione per l'esercizio delle funzioni* di cui al nuovo art. 318 c.p., sanzionata con la reclusione da uno a cinque anni, e caratterizzata dalla *lesione* attuale del dovere di probità del pubblico agente, ma dal mero *pericolo* di una effettiva distorsione dell'attività amministrativa, che verrà ad esistenza soltanto se e quando il pubblico agente, riconoscendo per i benefici ricevuti dal privato, gli restituisca il favore, ponendo in essere un atto contrario ai doveri del proprio ufficio a beneficio, appunto, del privato. Al *vertice* della scala di gravità si colloca invece il delitto di *corruzione propria*, punito con la reclusione da quattro a otto anni, caratterizzato direttamente dalla compravendita dell'atto contrario ai doveri d'ufficio, e dunque – oltre che dalla lesione del dovere di probità del pubblico agente – dalla *effettiva distorsione* dell'attività amministrativa a beneficio del privato.

La fattispecie di corruzione per l'esercizio delle funzioni si presta, d'altra parte, a funzionare nella pratica come figura di reato residuale per la pubblica accusa, nell'ipotesi in cui quest'ultima riesca a provare la dazione o la promessa di denaro o altra utilità al pubblico agente, ma non lo specifico atto dell'ufficio compravenduto; nulla ostando, altresì, alla possibilità di una riquificazione, ad opera del giudice, di un fatto originariamente contestato come corruzione 'propria' in corruzione per l'esercizio delle funzioni, allorché – appunto – fallisca in giudizio la

¹¹ PULITANÒ, *La novella in materia di corruzione*, in *Cass. pen.*, suppl. n. 11, 2012, p. 7.

prova di tale specifico atto. E analogamente potrà accadere per il traffico di influenze, allorché l'accusa riesca a dimostrare la dazione o promessa di denaro o altra utilità al mediatore, ma non la corruzione 'finale' del pubblico agente, che condurrebbe alla qualificazione delle condotte di tutti e tre i soggetti intervenuti come concorso nella corruzione medesima.

Le pene previste per le tre figure delittuose in parola si applicano anche al *privato* che abbia effettuato il pagamento o la promessa: in forza dell'art. 321 c.p. per quanto concerne le due figure di corruzione, e in base al secondo comma dello stesso art. 346-*bis* per quanto concerne il traffico di influenze.

Per effetto della riforma, i quadri sanzionatori si innalzano, dunque, in maniera significativa rispetto al passato, con alcune importanti ricadute pratiche ulteriori rispetto all'ovvio *surplus* di deterrenza che in tal modo si mira ad ottenere. Anzitutto, per entrambe le forme di corruzione (purché però compiute da o verso un *pubblico ufficiale*, e non un semplice incaricato di pubblico servizio) è oggi possibile autorizzare *intercettazioni* di comunicazioni in fase di indagine, e disporre la misura della *custodia cautelare in carcere*; inoltre, i termini di prescrizione si allungano sino a *dieci anni*, in ragione del nuovo più elevato massimo edittale, per l'ipotesi di corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio.

Restano però escluse – e con ciò passiamo a quelli che potrebbero essere identificati come i principali *limiti* della riforma dei reati di corruzione – la possibilità di intercettazioni e di custodia cautelare per il traffico di influenze (oltre, che come si è detto, per la vasta area delle corruzioni per l'esercizio delle funzioni concernenti gli incaricati di pubblico servizio); e resta fermo il termine prescrizionale di sette anni e mezzo, di solito insufficiente a consentire la formazione di un giudicato di condanna, non solo per il traffico di influenze ma anche per la corruzione per l'esercizio delle funzioni.

Più in generale, il nuovo delitto di traffico di influenze illecite – modellato su una realtà criminologica imponente in Italia, come anche recenti fatti di cronaca attestano – finirà, anche nelle rarissime ipotesi in cui si arrivi a una sentenza di condanna prima dello spirare del termine di prescrizione, per essere sanzionato in maniera quasi irrisoria, se solo si considera che le pene fino a tre anni sono destinate, specie per i 'colletti bianchi', a essere eseguite con modalità alternative alla detenzione, dal bassissimo contenuto affittivo (e anche qui la cronaca fornisce illuminanti esempi di illustri condannati impegnati, per una mezza giornata alla settimana, in attività di conforto morale ad anziani e a persone con disabilità).

Senza contare che, in virtù di un emendamento approvato all'ultimo istante in sede parlamentare, il delitto in parola è stato alla fine limitato alle sole dazioni o promesse finalizzate a ottenere dal pubblico agente un atto contrario ai suoi doveri, ovvero per remunerarlo per il compimento di un tale atto, imponendosi così alla pubblica accusa il non facile onere di dimostrare la specifica finalizzazione del pagamento a ottenere un *determinato* atto contrario ai doveri d'ufficio in favore di chi effettua o promette il pagamento medesimo¹².

3.2.

Lo 'spacchettamento' della concussione.

I problemi più gravi della riforma riguardano però il versante del delitto tutto italiano di concussione, sul quale converrà focalizzare ora l'attenzione.

Si è detto poc'anzi delle sollecitazioni internazionali ad *eliminare* del tutto questa anomalia italiana, che in buona sostanza rendeva non punibile il privato che paga il pubblico ufficiale per ottenere da lui un vantaggio, purché apparisse che il primo fosse stato "costretto" o "indotto" a tale pagamento versando in una situazione di soggezione psicologica rispetto al pubblico

¹² Il dato testuale non è, invero, adamantino: l'inciso "in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio" potrebbe infatti essere inteso come riferimento alla sola ipotesi della "remunerazione" del pubblico ufficiale, e non già al quella in cui il denaro o l'utilità corrisposta al mediatore costituisca il "prezzo" della mediazione stessa (ipotesi, quest'ultima, rispetto alla quale la norma incriminatrice potrebbe – non irragionevolmente – operare a prescindere dalla prova che la mediazione sia destinata ad ottenere uno specifico atto contrario ai doveri d'ufficio da parte del pubblico ufficiale). Contro tale interpretazione militano peraltro almeno due argomenti: da un lato, la presenza di un virgola tra l'inciso "per remunerarlo" e quello seguente "in relazione al compimento...", virgola che rende più plausibile – dal punto di vista sintattico – la soluzione che riferisce il secondo inciso a *entrambe* le condotte alternative descritte dalla norma; e dall'altro la menzione, nella clausola di sussidiarietà espressa con cui la norma si apre ("Chiunque, *fuori dai casi di concorso nei reati di cui agli articoli 319 e 319-ter*"), delle sole norme incriminatrici in tema di corruzione propria, essendo invece scomparso il riferimento – presente nella versione originaria del testo – all'art. 318 c.p. in tema di corruzione per l'esercizio delle funzioni.

ufficiale.

La scelta del legislatore del 2012 è stata però diversa, e in certo modo compromissoria rispetto alla tradizione penalistica italiana: mantenimento del delitto di concussione, ridotto però alla sola modalità commissiva della “costrizione” e ristretto, dal punto di vista del soggetto attivo, al solo pubblico ufficiale (con esclusione, dunque, dell’incaricato di pubblico servizio); e previsione nell’art. 319-*quater* c.p. di un autonomo e inedito delitto di *induzione indebita a dare o promettere utilità*, caratterizzato dalla modalità commissiva – appunto – dell’*induzione*, e con previsione della punibilità *anche del privato indotto*, sia pure con un quadro edittale assai più favorevole rispetto a quello previsto per il pubblico agente. Uno ‘spacchettamento’ dunque – come subito si è felicemente rilevato in dottrina¹³ – della preminente figura della concussione in due distinte, e confinanti figure: la prima nella quale si conferma la punibilità del pubblico ufficiale, con la reclusione da sei (dai quattro che erano sotto la vecchia disciplina) a dodici anni, e la non punibilità del privato *vittima* della costrizione; la seconda con la reclusione da tre a otto anni per il pubblico agente, e da quindici giorni a tre anni per il privato semplicemente *indotto*.

La scelta del legislatore viene così incontro, almeno parzialmente, alle richieste di punibilità del privato provenienti dalle organizzazioni internazionali; e nello stesso tempo mira evidentemente ad evitare di travolgere le indagini e i processi già in corso per fatti qualificabili come concussione ai sensi della vecchia disciplina – tra cui, inutile nascondere, uno dei processi a carico dell’ex Presidente del Consiglio dei ministri Berlusconi, che ha pesato come un macigno in tutta la fase di gestazione della riforma –, che si sarebbero dovuti concludere con la declaratoria di *abolitio criminis* qualora il delitto di concussione fosse stato semplicemente espunto dall’ordinamento italiano. La soluzione dello ‘spacchettamento’ doveva invece consentire, almeno nelle intenzioni del legislatore, di salvare tutti questi processi: i giudici, rilevata la perfetta continuità normativa tra le due nuove fattispecie e la precedente, che le conteneva entrambe, si sarebbero dovuti limitare – in applicazione degli ordinari principi in materia di successione di leggi penali modificative, di cui all’art. 2, comma quarto, c.p. – a riqualificare il fatto quale concussione *ex art.* 317 c.p. ovvero quale induzione indebita *ex art.* 319-*quater* c.p., e a punirlo di conseguenza¹⁴.

Non era però difficile pronosticare che la presenza ormai di *quattro* figure criminose (la concussione, l’induzione indebita e le due forme di corruzione già esaminate), tutte convergenti attorno al medesimo sostrato fattuale rappresentato da un indebito pagamento (o dalla promessa di indebito pagamento) a un pubblico agente, avrebbe addirittura *moltiplicato i problemi di qualificazione giuridica del fatto*, derivanti dall’accresciuta difficoltà di fissare una precisa linea demarcazione tra le quattro fattispecie criminose astratte.

L’attenzione della dottrina e della giurisprudenza, pressata quest’ultima dall’esigenza di fornire risposte spendibili nei processi in corso, si è sin da subito polarizzata in particolare sul *confine tra concussione e induzione indebita*, oggetto nei primi mesi di vigore della legge di un’intensa discussione¹⁵ sfociata nella rimessione della questione alle Sezioni Unite, che hanno

¹³ Così PALAZZO, *Concussione, corruzione e dintorni: una strana vicenda*, in questa Rivista, 1, 2012, p. 5.

¹⁴ Questa, in effetti, la soluzione immediatamente impostasi in giurisprudenza, in conformità all’opinione maggioritaria in dottrina (cfr. tutti DOLCINI-VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere dei delitti in materia di corruzione*, in questa Rivista, 1, 2012, p. 244 s.; PADOVANI, *Metamorfosi e trasfigurazione*, cit., p. 789; PULITANÒ, *La novella*, cit., p. 17. *Contra*, sul punto, DONINI, *Il corr(eo)indotto tra passato e futuro. Note critiche a SS.UU. 24 ottobre 2013–14 marzo 2014*, n. 2180, Cifarelli, Maldera e a., e alla l. n. 190 del 2012, in *Cass. pen.*, 2014, p. 1482 ss.; VALENTINI, *Dentro lo scrigno del legislatore penale*, in questa Rivista, 2, 2013, p. 137 ss.).

¹⁵ Basti qui rinviare, per una meticolosa ricostruzione dello stato dell’arte prima dell’intervento delle Sezioni Unite, all’imponente lavoro di MONGILLO, *L’incerta frontiera: il discrimine tra concussione e induzione indebita nel nuovo statuto penale della pubblica amministrazione*, in questa Rivista, 3, 2013, p. 166 ss. Per analisi più sintetiche dei criteri che si contendevano il campo prima dell’intervento delle Sezioni Unite, cfr. anche GAROFOLI, *Concussione e indebita induzione: il criterio discrezionale e i profili successivi*, in *Dir. pen. cont.*, 3 maggio 2013; SEMINARA, *I delitti di concussione e induzione indebita*, in Mattarella, Pelissero (a cura di), *La legge anticorruzione*, cit., p. 397 ss.

alla fine risolto la questione con la nota sentenza *Maldera*¹⁶.

Nell'intento, appunto, di definire una volta per tutti la linea di demarcazione tra le due nuove fattispecie 'figlie' della vecchia concussione, i magistrati supremi affermano in questa sentenza, depositata lo scorso marzo, che il concetto di "costrizione" presente nell'art. 317 c.p. presuppone alternativamente una *violenza* (ipotesi, peraltro, in gran parte scolastica, dal momento che un "abuso" della qualità o dei poteri, essenziale per la sussistenza della concussione, comporta pur sempre la riconducibilità astratta della condotta all'alveo dei poteri del pubblico ufficiale, seppur scorrettamente esercitati: poteri che, salve poche eccezioni, non comprendono l'uso di violenza), o quanto meno una *minaccia*¹⁷: condotta, quest'ultima, caratterizzata dalla prospettazione da parte del pubblico ufficiale di un *danno ingiusto* al privato, il quale viene così costretto a dare o promettere denaro o altra utilità per evitare, appunto, tale danno ingiusto¹⁸. Proprio la condizione di *vittima* del privato spiegherebbe d'altronde la sua radicale non punibilità¹⁹.

Viceversa, nell'induzione indebita il privato, ancorché *indotto* a pagare dal pubblico agente – che si avvale della situazione di soggezione psicologica del privato nei suoi confronti –, perseguirebbe pur sempre un *vantaggio illecito*: ciò che spiega, secondo le Sezioni Unite, perché egli meriti comunque una pena, ancorché assai più lieve di quella riservata al pubblico ufficiale²⁰.

Enunciato tale lineare criterio, che per il suo carattere *oggettivo* avrebbe potuto tracciare una chiara linea di demarcazione tra le due ipotesi delittuose, la Cassazione si affretta tuttavia ad aggiungere che esso può subire *deroghe* in una "zona grigia", o "*border line*"²¹, in cui il privato persegue comunque un vantaggio che non gli spetta, versando tuttavia in una situazione di vera e propria "coazione morale", che giustifica per un verso l'inquadramento come *concussione* – e non mera induzione – della condotta del pubblico agente, e per altro verso la soluzione della radicale non punibilità del privato. Una tale situazione sussisterebbe, ad es., nell'ipotesi di una prostituta straniera priva di permesso di soggiorno, costretta a prestazioni sessuali da parte di un pubblico ufficiale per evitare di essere denunciata in quanto 'clandestina' ed essere conseguentemente espulsa²²; ovvero nell'ipotesi di un paziente al quale il chirurgo di un ospedale pubblico rappresenti la grave malattia di cui egli soffre, prospettandogli la possibilità di scavalcare la lista di attesa ed essere immediatamente operato, in cambio del pagamento di un lauto (e ovviamente indebito) compenso²³. Né alla prostituta né al paziente sono qui prospettati, a rigore, danni 'ingiusti': la prima era già esposta alla possibilità di essere legittimamente espulsa, in quanto priva di documenti; e il secondo non aveva alcun diritto, né alcuna legittima aspettativa ad essere immediatamente operato, con pregiudizio degli altri pazienti in attesa, verosimilmente anch'essi affetti da gravi patologie. Entrambi i soggetti perseguono, anzi, un *vantaggio illecito* (rimanere senza documenti in Italia, scavalcare la lista d'attesa); ma la conclusione di una loro punibilità ai sensi dell'art. 319-*quater* c.p. come indebiti induttori appare evidentemente eccessiva alla Suprema Corte, che mira a considerarli *vittime* del sopruso del pubblico funzionario piuttosto che *complici* della distorsione della legittima attività amministrativa compiuta dal pubblico funzionario medesimo, proprio in ragione della particolare *intensità del condizionamento psicologico* subito dal pubblico ufficiale, costitutivo di una vera e

¹⁶ Cass., sez. un. pen., 24.10.2013 (dep. 14.3.2014), n. 12228, Pres. Santacroce, Rel. Milo, ric. Maldera, in *Dir. pen. cont.*, con nota di GATTA, *Dalle Sezioni Unite il criterio per distinguere concussione e 'induzione indebita': minaccia di un danno ingiusto vs. prospettazione di un vantaggio indebito*. A commento della sentenza cfr. anche – senza pretesa di completezza – BALBI, *Sulle differenze tra i delitti di concussione e di induzione indebita a dare o promettere utilità*, in *Dir. pen. cont.*, n. 16 settembre 2014; BARTOLI, *Le Sezioni unite tracciano i confini tra concussione, induzione e corruzione*, in *Giur. it.*, 2014, p. 1208 ss.; DONINI, *Il corr(eo)indotto*, p. 1482 ss.; GATTA, *La concussione riformata, tra diritto penale e processo Note a margine di un'importante sentenza delle Sezioni Unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1566 ss.; PISA, *Una sentenza equilibrata per un problema complesso*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 568 ss.; PIVA, *Alla ricerca dell'induzione perduta: le Sezioni Unite tentano una soluzione*, in questa Rivista, 2, 2014, p. SEMINARA, *Concussione e induzione indebita al vaglio delle Sezioni Unite*, *ibidem*, p. 563 ss.; SESSA, *Concussione e induzione indebita: il formante giurisprudenziale tra legalità in the books e critica dottrinale*, in *Dir. pen. cont.*, 28 novembre 2014; VALENTINI, *Le Sezioni Unite e la politica giudiziaria delle dimensioni parallele*, in *Arch. pen.*, 2014, n. 2, p. 1 s.

¹⁷ Cass., sez. un. pen., Maldera, cit., p. 29 s.

¹⁸ Cass., sez. un. pen., Maldera, cit., p. 31 ss.

¹⁹ Cass., sez. un. pen., Maldera, cit., p. 37.

²⁰ Cass., sez. un. pen., Maldera, cit., p. 37 s.

²¹ Cass., sez. un. pen., Maldera, cit., p. 40 ss.

²² L'esempio era stato evocato, prima delle Sezioni Unite, da VALENTINI, *Ancora sulla frattura della disposizione ex art. 317 c.p. Qualche rapido spunto in attesa delle Sezioni Unite*, in *Arch. pen.*, 2013, p. 564 proprio a dimostrazione dell'insostenibilità del criterio di demarcazione tra concussione e induzione indebita fondato sulla dicotomia danno ingiusto/vantaggio indebito,

²³ Cass., sez. un. pen., Maldera, cit., p. 43 s.

propria *costrizione* (ancorché non connotata dalla minaccia di un danno ingiusto, poche pagine prima individuata quale requisito essenziale della stessa costrizione).

Con il risultato di affidare anche la linea di demarcazione tra concussione e induzione indebita ad un criterio di natura schiettamente *psicologica* (almeno con riferimento alla “zona grigia” di cui parla la Corte²⁴), che spalanca nuovamente amplissimi margini alla discrezionalità valutativa dei giudici di merito²⁵ (e, prima ancora, alle scelte processuali delle procure).

Solo pochi cenni dedicano invece le Sezioni Unite alla diversa, e non meno problematica, questione della *linea di demarcazione per così dire ‘esterna’, tra induzione indebita e le fattispecie di corruzione*²⁶. La scelta è qui quella di confermare *in toto* la precedente giurisprudenza in materia di distinzione tra concussione e corruzione, facente leva sulla situazione di *soggezione psicologica* del privato rispetto al pubblico agente, che manterrebbe ora la sua rilevanza quale criterio di distinzione tra induzione e corruzione²⁷. Sulla base di tale tradizionale criterio, le Sezioni Unite non hanno dubbi nel ricondurre all’alveo dell’induzione indebita, ad es., la condotta del pubblico agente che riceva un pagamento per garantire l’assegnazione indebita di un appalto a un imprenditore, allorché quest’ultimo sia consapevole che in caso contrario gli sarà impossibile ottenere l’appalto medesimo²⁸; ovvero la condotta degli imputati nello stesso caso di specie sottoposto all’esame delle Sezioni Unite, i quali – abusando della propria qualità di ispettori del lavoro – si erano fatti corrispondere dagli imprenditori sottoposti ad ispezione compensi in cambio dell’impegno a evitar loro sanzioni per illeciti da questi realmente commessi²⁹.

Lesito finale, sulla base di questi criteri, è che fatti che in qualsiasi altro ordinamento contemporaneo sarebbero considerati inequivocabilmente come altrettante ipotesi di *corruzione*, saranno ora qualificati in Italia nei termini di *induzione indebita*, attraverso la valorizzazione del criterio della soggezione psicologica del privato rispetto al pubblico agente; con conseguente assoggettamento del privato a una sanzione assai lieve (il minimo edittale, si rammenti, è pari a soli quindici giorni di reclusione), destinata in più ad essere con ogni probabilità travolta da una prescrizione che, per il privato, decorrerà nel termine di sette anni e mezzo dalla data di commissione del fatto. Il che continuerà fatalmente a favorire l’uso strumentale dell’imputazione per induzione (anziché, come in passato, di concussione) da parte delle procure, per assicurarsi la collaborazione processuale del privato contro il pubblico ufficiale.

E resteranno, d’altra parte, più che mai attuali i profili di *imprevedibilità* della decisione giudiziaria³⁰; con tutti i rischi connessi di inutili dispendi di energie processuali e finanziarie

²⁴ Cass., sez. un. pen., Maldera, cit., p. 44.

²⁵ Così, giustamente, BARTOLI, *Le Sezioni Unite tracciano i confini*, cit., p. 1215 s.

²⁶ Cass., sez. un. pen., Maldera, cit., p. 48 ss. Il problema – ereditato dal regime previgente, dove la concussione per induzione era una delle due possibili sottofattispecie della vecchia concussione – è qui vieppiù complicato dal fatto che la corruzione propria di cui all’art. 319 c.p. è *più grave* dell’induzione indebita, essendo punita con una pena minima (quattro anni di reclusione) più alta di quella prevista per l’induzione (tre anni), ed è quindi destinata a *prevalere* rispetto all’induzione, in forza della clausola di riserva “salvo che il fatto costituisca più grave reato” con cui si apre l’art. 319-*quater*. Il che comporta che, quando il pubblico agente induca il privato a dare o promettere a sé o ad altri denaro o altra utilità per compiere un atto contrario ai doveri del proprio ufficio, ovvero per omettere o ritardare un atto del proprio ufficio (come nel caso di specie deciso dalle Sezioni Unite, di cui subito nel testo), dovrebbe configurarsi a rigore – almeno dalla parte del pubblico agente – il delitto di corruzione propria (passiva), e non quello di induzione; mentre, forse, il privato dovrebbe rimanere punibile *ex art. 319-*quater** secondo comma, in considerazione della situazione di soggezione psicologica nella quale stesso versa, profilandosi così una sinora inedita scissione tra l’imputazione elevabile a carico del pubblico agente (corruzione passiva propria) e quella formulabile a carico del privato (induzione indebita). In questo stesso senso, cfr. anche PADOVANI, *Metamorfosi e trasfigurazione*, cit., p. 787 s. Sulla questione dell’individuazione di praticabili criteri distintivi tra induzione indebita e fattispecie corruttive, cfr. anche la sconsigliata conclusione di SEMINARA, *I delitti di concussione e induzione indebita*, cit., p. 403: “se fino a ieri la distinzione tra concussione e corruzione era operata attraverso vaghi criteri, oggi la distinzione tra concussione, induzione indebita e corruzione è in grado di ispirarsi a parametri ancora più confusi”; con il connesso interrogativo circa “l’utilizzo che di questo nuovo apparato punitivo faranno i pubblici ministeri e i giudici, i quali già prima disponevano di un’elevata discrezionalità dinanzi all’alternativa tra concussione e corruzione, che la riforma appena varata mantiene e, come visto, esaspera” (p. 404).

²⁷ Sulla difficoltà logica di conciliare il criterio della “prevalenza del vantaggio” cui mira il privato – che caratterizzerebbe l’ipotesi dell’induzione indebita rispetto a quella della concussione – con quello della “soggezione psicologica” in cui egli dovrebbe comunque versare rispetto al pubblico agente, perché sussista induzione indebita e non invece corruzione, si vedano peraltro le perspicue osservazioni di BARTOLI, *Le Sezioni Unite tracciano i confini*, cit., p. 1217.

²⁸ Cass., sez. un. pen., Maldera, cit., p. 41 s.

²⁹ Cass., sez. un. pen., Maldera, cit., p. 51 ss.

³⁰ Così SEMINARA, *Concussione e induzione indebita*, cit., p. 565 e 568; PADOVANI, *Metamorfosi e trasfigurazione*, cit., p. 792. Cfr. anche ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali. Commentario sistematico*, III ed., Milano, 2013, p. 238: “le tre figure delittuose [concussione, induzione indebita, corruzione], molto prossime tra loro, si affollano in un’area molto ridotta”, di talché, “sebbene le linee di demarcazione siano in teoria sufficientemente chiare, l’accertamento pratico può rendere particolarmente arduo il compito del magistrato”.

da parte delle procure e del sistema di giustizia penale nel suo complesso, legati anche alla possibilità di continui mutamenti nella qualificazione giuridica del fatto nel corso della vicenda processuale.

4.

Le prospettive di ulteriore riforma.

Che fare, allora?

Un dato sembra imporsi con una certa evidenza: la legge n. 190/2012 – che pure ha avuto, a mio giudizio, il non trascurabile merito ‘culturale’ di segnare una prima inversione di tendenza nella politica criminale italiana, dopo un decennio di interventi volti sistematicamente ad *affievolire* la capacità di risposta del sistema penale alla criminalità dei colletti bianchi – sconta, e non poteva essere altrimenti, l'estrema eterogeneità e precarietà della maggioranza politica che l'ha alla fine approvata: una maggioranza nella quale le stesse forze che erano state protagoniste di quell'infausto decennio di politica criminale avevano, ancora, un peso decisivo. Il risultato è stato quello di una *riforma a metà*: con alcuni lati positivi, che sarebbe ingiusto e ingeneroso sottomettere; ma con molto che resta ancora da fare.

Il problema è però *come* portare a termine il lavoro: e qui le idee, comprensibilmente, divergono. Presso le forze politiche in parlamento, così come in dottrina.

4.1.

Sulle proposte di legge attualmente all'esame del Senato.

Sin dall'inizio della XVII legislatura, nella primavera del 2013, numerosi parlamentari hanno presentato disegni di legge aventi come obiettivo l'introduzione di un'ulteriore riforma dei reati di corruzione, a completamento o – in taluni casi – in esplicita controtendenza rispetto alla legge n. 190/2012.

Il 14 maggio 2014 ben sette disegni di legge³¹ presentati in Senato dalle più diverse forze politiche sono stati unificati in [un unico testo](#)³², attualmente all'esame della Commissione giustizia del Senato³³. Tale testo unificato non tocca in verità l'impianto generale delle riforme del 2012 sotto il profilo della descrizione delle fattispecie criminose, limitandosi ad estendere la soggettività attiva del reato di concussione di cui all'art. 317 c.p. all'incaricato di pubblico servizio. La progettata riforma interviene invece innalzando in maniera generalizzata le pene previste per tali reati³⁴, verosimilmente con il principale obiettivo di allungare *per questa via* i termini di prescrizione (la cui estensione dipende, in Italia, dalla pena massima prevista per ciascun reato). Prevede, inoltre, un intervento diretto sulla disciplina della prescrizione³⁵, con l'effetto pratico di innalzare quanto meno a nove anni il termine prescrizione per i reati di corruzione meno gravemente puniti; una inedita forma di “riparazione pecuniaria” in favore della pubblica amministrazione cui appartiene il pubblico agente, pari alla somma illecitamente corrisposta (riparazione che, dunque, si dovrebbe sommare alla confisca della stessa somma, già oggetto di confisca obbligatoria ai sensi dell'art. 322-ter c.p.); e prevede, altresì, una diminuzione della pena da un terzo fino a due terzi per chi collabori con le indagini e/o all'individuazione delle somme da sottoporre a sequestro e a confisca.

Tutto ciò si dovrebbe affiancare, nelle intenzioni dei proponenti, ad altri interventi in vario modo finalizzati a rinforzare la capacità del sistema penale di contrastare i fenomeni corruttivi,

³¹ Si tratta dei disegni di legge nn. 19, 657, 711, 846, 847, 851 e 868.

³² Pubblicato anche con testo vigente a fronte delle norme che si intendono modificare a cura del Servizio studi del Senato (cfr. il [dossier del Servizio Studi del Senato n. 142](#)).

³³ Alla data del 4 dicembre 2014, quando il presente contributo è stato definitivamente licenziato, l'esame risultava sospeso in attesa dell'annunciata presentazione da parte del Governo di una propria proposta in materia di riforma dei reati di corruzione.

³⁴ Più in particolare, il testo unificato prevede la pena della reclusione da quattro a *dieci* anni sia per la corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio, sia per l'induzione indebita commessa dal pubblico agente (mentre non dovrebbe essere modificato il secondo comma, che prevede come si è visto la debolissima pena della reclusione da quindici giorni a tre anni a carico del privato indotto). La pena massima dovrebbe poi essere aumentata a *cinque anni* (con conseguente possibilità di intercettazioni delle comunicazioni e di custodia cautelare in carcere) tanto per l'abuso d'ufficio, quanto per il traffico di influenze illecite.

³⁵ In particolare attraverso una modifica all'art. 161 c.p., nella quale si stabilisce che l'interruzione dei termini di prescrizione per i delitti di corruzione non può comportare l'aumento di più della *metà* del tempo necessario a prescrivere (e non di un solo quarto, come oggi avviene per tutti i reati non commessi da recidivi).

consentendogli di colpire ‘a monte’ condotte *prodromiche* alla corruzione (come, in particolare, le condotte di *false comunicazioni sociali*, necessarie a costituire i ‘fondi neri’ con cui pagare i pubblici agenti corrotti, che il testo unificato vorrebbe riformare incisivamente rispetto alla formulazione attuale, risalente al 2002, che ne ha depotenziato pressoché totalmente l’efficacia), nonché, ‘a valle’, le condotte finalizzate all’occultamento e reinvestimento dei capitali illeciti creati mediante le attività corruttive (e ciò attraverso l’introduzione, tanto reclamata dalle procure italiane, del delitto di *autoriciclaggio*).

Ne risulterebbe, a conti fatti, una ‘riforma della riforma’ in definitiva assai meno radicale di quanto desiderato da taluni (anche tra i proponenti dei disegni di legge poi confluiti nel testo unificato). Una riforma che – pur venendo incontro oggettivamente alla esigenza, tante volte ribadita in sede internazionale, di evitare l’assurdità della morte anticipata per prescrizione di processi già conclusi con una sentenza di condanna per corruzione – non toccherebbe, però, quello che a mio avviso è il *nodo di fondo* del sistema italiano di contrasto alla corruzione, legato all’esistenza di un intrico di norme (ora ancor più complicato che in passato, in seguito alla riforma del 2012) che si intersecano e si sovrappongono sugli stessi fatti concreti, rendendo largamente imprevedibile la decisione giudiziale.

4.2.

Qualche spunto per il futuro legislatore: a) comprendere le cause dell’insostenibilità della situazione attuale (ovvero: sull’impossibilità di tracciare plausibili linee di demarcazione tra concussione, induzione indebita e corruzione).

Proviamo, allora, a immaginare qualche percorso alternativo, e un po’ più deciso di quello ora prospettato.

A ben guardare, la dote principale di un buon legislatore è il coraggio. Che è anche coraggio di rompere con il passato – con la ‘tradizione’, che tanto influenza il modo di pensare dei giuristi –, affrontando tutte le prevedibili resistenze di coloro che, per i motivi più diversi (per convenienza, o anche solo per conservatorismo culturale), alla tradizione non vogliono rinunciare: anche quando è evidente, come nel nostro caso, che il modello tradizionale *non funziona*.

La ragione fondamentale – ce lo ripetono in tutte le salse in sede internazionale – sta nella presenza nel sistema italiano, unico sotto questo profilo nel panorama europeo, dell’ingombrante delitto di *concussione*, e – ancora più – della sua incontrollata dilatazione ad opera della giurisprudenza; una presenza ora divenuta ancora più ingombrante, dopo la nascita dal suo seno – come Eva dalla costola di Adamo – del nuovo delitto di *induzione illecita*, destinato a contenere proprio le ipotesi che erano state oggetto delle dilatazioni interpretative operate da una giurisprudenza che – dimentica delle origini storiche della concussione per induzione – aveva a poco a poco espunto l’inganno dalle sue modalità commissive, per comprendervi qualsiasi forma di indebita pressione psicologica (anche blanda, indiretta, ‘suggestiva’) del pubblico agente sul privato.

Certo, la concussione è un delitto di antica tradizione in Italia: ne discute già a lungo Carrara. Ma, come si è di recente rammentato, proprio il grande Carrara riconosce, già a metà dell’Ottocento, che gli sforzi della scienza per tracciare in modo netto la demarcazione tra concussione e corruzione sono destinati all’insuccesso³⁶.

E dove non arriva la scienza, difficilmente riuscirà ad arrivare la giurisprudenza, per una precisa ragione: gli sforzi falliscono, perché una distinzione plausibile tra le due categorie di delitti *non può proprio essere tracciata*. Tutto resta affidato, ieri come oggi, al *prudente apprezzamento del giudice* nella valutazione del caso: come scrivono oggi le Sezioni Unite a proposito della distinzione ‘interna’ tra concussione e induzione, ricostruita anch’essa secondo le cadenze psicologizzanti di cui si è visto (e che fanno leva in ultima istanza sul nebuloso criterio dell’intensità della coazione), qualsiasi criterio di distinzione che possa essere elaborato in astratto “deve essere opportunamente calibrato, all’esito di una puntuale ed approfondita valutazione in fatto, sulla specificità della vicenda concreta, tenendo conto di tutti i dati circostanziali, del

³⁶ Cfr. in proposito le citazioni del grande criminalista toscano selezionate da GATTA, *La concussione riformata*, cit., p. 1569 e 1584.

complesso dei beni giuridici in gioco dei principi e dei valori che governano lo specifico settore di disciplina³⁷. Un fiume di parole eleganti, dietro il quale si cela un messaggio semplice quanto sconsolante: *se la veda il giudice di merito*, secondo il suo personale senso di giustizia³⁸.

E ciò vale, si noti, tanto rispetto alla distinzione ‘interna’ tra concussione e induzione, quanto rispetto alla demarcazione ‘esterna’ tra induzione e corruzione, affidata quest’ultima – oggi come ieri – all’altrettanto evanescente criterio della soggezione psicologica: fenomeno psichico che dovrà essere anch’esso apprezzato dal giudice sulla base di un’attenta valutazione di tutte le circostanze della situazione concreta, tenendo conto eccetera eccetera. Breve: secondo il suo personale e intuitivo apprezzamento, che se congruamente motivato sfuggirà poi a ogni possibile controllo in sede di legittimità.

4.3.

(Segue): b) l'obiettivo fondamentale da perseguire (ovvero: chi paga il pubblico agente per ottenere un indebito vantaggio deve essere punito quale corruttore).

Far piazza pulita della concussione – e, oggi, dell’induzione indebita – non è, tuttavia, impresa facile. Lo aveva già proposto il progetto di Cernobbio negli anni novanta, elaborato da un piccolo manipolo di prestigiosi professori di diritto penale e da alcuni noti magistrati milanesi³⁹; ma molti avvocati e pubblici ministeri sono ancor oggi, per ragioni diverse, tenacemente affezionati alla concussione, rimpiangendone anzi la più comprensiva versione pre-riforma e invocandone spesso il ripristino. I primi perché quanto più è confuso il quadro normativo, tanto più si ampliano gli spazi di manovra della difesa nel demolire l’impianto accusatorio; e i secondi perché, nonostante il rischio che l’accusa di concussione possa essere alla fine smontata nel corso del processo, un’indagine per concussione consente di assicurarsi la collaborazione del privato che ha pagato, e di raccogliere con più facilità le prove contro il pubblico ufficiale⁴⁰. Da ciò l’ostilità di molti pubblici ministeri anche rispetto alle bassissime pene minacciate dopo il 2012 contro il privato indotto, che si teme possano comunque distoglierlo dalla prospettiva di una collaborazione processuale⁴¹.

Ma proviamo a chiederci se il gioco valga la candela, e, soprattutto, se l’ordinamento nel suo complesso possa permettersi di assecondare simili interessi che, per quanto rispettabili, restano pur sempre interessi *di parte*. Il dato macroscopico con cui occorre fare i conti è, infatti, che in Italia l’imprenditore che paga il pubblico ufficiale per ottenere affari, prevalendo così con mezzi illeciti sui suoi meno disinvolti concorrenti, avrà sempre la possibilità – una volta colto con le mani nel sacco – di sostenere di essere stato *costretto*, o quanto meno *indotto*, da quel pubblico ufficiale che gli aveva fatto capire che, senza quel pagamento, avrebbe potuto scordarsi di lavorare con la pubblica amministrazione; e avrà così la possibilità di sottrarsi ad ogni sanzione, o al più – oggi – di patteggiare una sanzione sostanzialmente cartacea con il pubblico ministero per il nuovo delitto di induzione indebita. Con buona pace dell’intento,

³⁷ Cass., sez. un. pen., Maldera, cit., p. 44.

³⁸ Proprio l’elasticità dei criteri enunciati dalle Sezioni Unite, che rifletterebbe il “carattere in gran parte probatorio/processuale del problema, che il diritto penale sostanziale non è in grado, da solo, di risolvere” costituirebbe invece secondo GATTA, *La concussione riformata*, cit., p. 1584 il merito fondamentale della sentenza Maldera, la quale non avrebbe potuto che prendere atto della necessità – imposta dalla fisionomia delle norme incriminatrici di cui si tratta (*ibidem*, p. 1583) – di temperare il criterio oggettivo imperniato sulla dicotomia danno ingiusto/vantaggio indebito con il criterio soggettivo della maggiore o minore intensità della pressione motivazionale esercitata dal pubblico ufficiale sul privato. Per una valutazione in larga misura analoga, cfr. anche PISA, *Una sentenza equilibrata*, cit., p. 571. Simili prospettive, come il lettore avrà ormai ben inteso, non mi persuadono affatto: affidare una linea discrezionale così delicata al saggio apprezzamento del giudice nel caso concreto, rinunciando a indicargli criteri univoci per la valutazione del fatto, significa rendere imprevedibile l’applicazione della norma nel caso concreto: con conseguente possibilità per le procure di manipolare il dato normativo secondo la convenienza processuale, e con altrettanto conseguente rischio di decisioni diverse per casi simili, in violazione delle più elementari esigenze di parità di trattamento tra i destinatari delle norme penali.

³⁹ *Proposte in materia di prevenzione della corruzione e dell’illecito finanziamento dei partiti*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1994, p. 1025 ss.

⁴⁰ Sottolinea condivisibilmente PALAZZO, *Gli effetti “preterintenzionali”*, cit., 16 s. come la riforma “non assicur[i] assolutamente l’obiettivo della riduzione della eccessiva discrezionalità conferita al pubblico ministero e al giudice nella qualificazione giuridica del fatto. Il difficile discrimine tra concussione costrittiva e corruzione induttiva [...] rimane tale”.

⁴¹ In questo senso si veda, ad es., il disegno di legge n. 19 a firma Grasso e a., presentato alla Presidenza del Senato il 15 marzo 2013 (e ora confluito nel già citato testo unificato all’esame della Commissione giustizia del Senato), che prevedeva l’abrogazione del secondo comma dell’art. 319-*quater* c.p. e – conseguentemente – il ritorno alla totale impunità del privato, tanto nella concussione ‘costrittiva’ quanto in quella ‘induttiva’.

tante volte sbandierato dai politici, di lanciare un serio messaggio deterrente contro le pratiche corruttive, che violentano le regole della concorrenza leale nel nostro paese, con danni che ciascuno di noi è costretto a sopportare.

Raccogliendo le sollecitazioni internazionali, e seguendo il modello di tutte le altre legislazioni europee, il legislatore italiano dovrebbe invece dare il proprio contributo – anche a livello simbolico-espressivo – per spezzare questo circolo vizioso, qualificando finalmente, e senza ambiguità, *tutti* gli illeciti pagamenti dei privati ai pubblici ufficiali *per ottenere vantaggi indebiti* di qualunque genere – compreso quello di non vedersi infliggere sanzioni per illeciti realmente commessi – come altrettanti fatti di *corruzione*: e più precisamente come fatti di corruzione *propria*, avendo necessariamente ad oggetto il compimento (o l'omesso compimento) di un atto d'ufficio, indipendentemente dal fatto che il *pactum* sia scaturito da una libera contrattazione – su un piano di 'parità' tra privato e pubblico ufficiale – ovvero in una situazione di (vera o asserita) 'soggezione psicologica' del primo rispetto al secondo. Senza più scuse, dunque, e improprie vittimizzazioni per il privato che paga: che dovrà essere punito con le (giustamente severe) pene previste dall'art. 319 c.p. per la *corruzione attiva*, e non già con la blanda sanzione oggi prevista dall'art. 319-*quater* c.p.⁴²

4.4.

(Segue): c) l'esigenza di individuare con precisione i casi in cui il privato che paga il pubblico agente non debba essere punito.

Qualora però si convenga sull'obiettivo fondamentale appena enunciato – il privato che paga il pubblico agente per ottenere un vantaggio deve essere punito a titolo di corruzione attiva –, il problema successivo per il futuro legislatore diverrà quello di stabilire, con la massima precisione possibile, in quali casi il *privato* che paga o prometta denaro al pubblico ufficiale *non* debba, all'opposto, essere punito.

La risposta parrebbe scontata, alla luce di quanto si è detto: il privato merita di essere punito quando paga *per ottenere un vantaggio indebito* (ottenere un appalto, sottrarsi alle sanzioni per illeciti realmente commessi, etc.); non, invece, quando paga *per evitare un danno ingiusto* minacciato dal pubblico agente (ad es., essere sanzionato ingiustamente per un fatto non commesso; vedersi rifiutato, o dilazionato all'infinito, un provvedimento al quale ha diritto, indipendentemente da qualsiasi valutazione discrezionale del pubblico agente; etc.). In questo secondo caso il privato è *vittima*; ed è vittima di un fatto che ben potrebbe essere qualificato in termini di *estorsione*, senza bisogno – parrebbe – di essere inquadrato entro il paradigma di un delitto *ad hoc* come la concussione.

In altre parole. Il privato *certat de lucro captando*? Sia condannato per corruzione, unitamente al pubblico agente corrotto. Il privato *certat de damno vitando*? Resti allora esente da qualsiasi pena, in quanto *vittima* del delitto di estorsione realizzato dal pubblico agente. Questa, in estrema sintesi, la logica di tutti i progetti che – da Cernobbio in poi – hanno propugnato l'abolizione *tout court* del delitto di concussione.

Tutti questi progetti sembrano, tuttavia, sottovalutare la latitudine del concetto di “costrizione mediante minaccia” nella prassi applicativa del delitto di estorsione, che potrebbe far rientrare dalla finestra ciò che si è voluto cacciare dalla porta⁴³.

E invero: si riconosce comunemente che, nello schema dell'estorsione, il *male* minacciato *non deve essere necessariamente ingiusto*, dal momento che a essere ingiusto deve essere piuttosto il *profitto* perseguito (e ottenuto) dall'agente; e che, a connotare in termini di ingiustizia il profitto, è sufficiente la circostanza che esso sia ottenuto mediante la prospettazione di un male *in sé lecito* (che, dunque, l'agente, aveva il *potere giuridico* di infliggere), allorché l'agente abbia

⁴² La tesi qui espressa, e le riflessioni che seguono, costituiscono il frutto di una personale rimediazione rispetto alle posizioni – cautamente adesive rispetto all'introduzione della nuova fattispecie di induzione indebita – espresse 'a caldo' in un articolo scritto a quattro mani con Emilio Dolcini nell'aprile 2012, in concomitanza con la presentazione dell'emendamento governativo poi sfociato nella riforma del novembre del medesimo anno (DOLCINI, VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere*, cit., p. 244). Sull'esito di questa rimediazione ha pesato anche la constatazione – *ex post* – del carattere a mio avviso del tutto insoddisfacente della soluzione offerta dalle Sezioni Unite, nella sentenza *Maldera* più innanzi esaminata, alla duplice questione della demarcazione tra concussione e induzione indebita, e tra induzione indebita e fattispecie corruttive: una soluzione ispirata a una logica *floa* che, rimettendo in definitiva le relative valutazioni al prudente apprezzamento dei giudici di merito, esaspera ulteriormente – come da più parti sottolineato – il tasso di imprevedibilità della decisione giudiziale rispetto al passato.

⁴³ Su questo rischio, cfr. giustamente SPENA, *Per una critica*, p. 219.

prospettato di far uso di questo potere per uno *scopo diverso* da quello per il quale il potere gli era dall'ordinamento attribuito⁴⁴.

Sulla base di questo ragionamento, non sarebbe affatto implausibile – a concussione defunta – applicare il delitto di estorsione, ad es., nell'ipotesi del pubblico ufficiale che prospetti di *applicare al privato le sanzioni per illeciti da lui realmente commessi* (e dunque di far uso *legittimo* di un potere che l'ordinamento gli ha conferito), *a meno che* il privato non gli versi una cospicua somma in cambio della rinuncia ad esercitare tale potere; ovvero nell'ipotesi del funzionario preposto a una gara di appalto che prospetti la *mancata assegnazione di un contratto*, nell'ambito dei poteri discrezionali che la legge gli riconosce, *a meno che* il privato non si decida a 'oliare' il meccanismo con il pagamento di un'adeguata tangente. Con il risultato di punire gravemente, in queste ipotesi, il solo pubblico agente a titolo di estorsione, e di *assicurare ancora una volta l'impunità al privato*, in quanto *vittima* dell'estorsione medesima. Un risultato, questo, che si porrebbe però in diametrico contrasto con l'obiettivo di fondo poc'anzi enucleato, sul quale insistono tutte le organizzazioni internazionali: quello, cioè, di punire come *corruptore* il privato in queste ipotesi, nelle quali egli persegue pur sempre – e di fatto ottiene, mediante l'illecito pagamento – un *vantaggio indebito* (sottrarsi alle sanzioni legittimamente irrogabili nei suoi confronti; ottenere con sicurezza l'appalto, a scapito degli altri concorrenti).

Occorre, dunque, riflettere più a fondo, rispetto a quanto non abbiano fatto sinora i vari progetti di abolizione del delitto di concussione, sull'opportunità che sia lo stesso legislatore a tracciare una chiara linea di demarcazione tra le ipotesi in cui il privato debba essere punito (a titolo di corruzione attiva) e quelle in cui, all'opposto, meriti di andare esenti da pena.

Un recente e acuto lavoro monografico⁴⁵ di Vincenzo Mongillo ha esattamente focalizzato, anche sulla scorta di abbondante materiale comparatistico, i termini della questione⁴⁶. Da quell'analisi conviene qui attingere a piene mani, distinguendo almeno tre classi fondamentali di ipotesi⁴⁷.

i) Nessun dubbio, anzitutto, che il privato debba andare esente da pena allorché versi denaro al pubblico agente perché costretto dalla *minaccia*, da parte di costui, dell'infrazione di un *male del tutto avulso dai poteri a lui attribuiti*: come nel caso, tratto dalla riflessione anglosassone, del pubblico agente che minaccia di far incendiare (evidentemente grazie ai buoni uffici di una organizzazione criminale 'amica') la piattaforma petrolifera di una società, a meno che essa non acconsenta a pagare una tangente⁴⁸. Siamo qui all'interno del più classico paradigma dell'*estorsione*: la società è, semplicemente, *vittima* della condotta di un soggetto che si comporta, di fatto, come un comune criminale, senza nemmeno aver bisogno di strumentalizzare i propri poteri pubblicistici.

ii) Qualche dubbio potrebbe invece affacciarsi – e si affaccia, in effetti, nella riflessione internazionale – nell'ipotesi in cui il privato paghi sotto l'effetto della *minaccia*, da parte del pubblico agente, di *procurargli un danno ingiusto attraverso un uso illecito dei propri poteri* (e dunque *abusando* degli stessi): ad es., privandone indebitamente la libertà, ma anche negandogli o dilazionandone *ad infinitum* un beneficio cui corrisponde – al ricorrere di determinate fissate dalla legge – un preciso *diritto* del privato, che non dipende da alcuna valutazione discrezionale della pubblica amministrazione (ad es., ottenere un documento, una licenza o un'autorizzazione che deve essere rilasciata al ricorrere di determinate condizioni fissate direttamente dalla legge).

Il messaggio convogliato da varie organizzazioni internazionali è che – salve le sole ipotesi in cui possa assumersi la sussistenza di un vero e proprio *stato di necessità*, in cui il pubblico

⁴⁴ Ampiamente sul punto GATTA, *La minaccia. Contributo allo studio delle modalità della condotta penalmente rilevante*, Roma, 2013, 187 ss., cui si rinvia anche per tutti gli indis. rif. bibl. e giurispr.

⁴⁵ Inespugnabilmente maltrattato dalla Commissione giudicatrice nell'ambito della recente procedura di abilitazione scientifica nazionale, la quale ha sorprendentemente ritenuto di formulare un giudizio negativo su questo ponderoso lavoro, che a mio avviso costituirà invece un punto fermo per ogni futuro studio in materia di corruzione: non solo in ragione della quantità di informazioni convogliate al lettore, già in sé rimarchevole, ma anche per la profondità ed originalità dell'analisi svolta dall'autore.

⁴⁶ MONGILLO, *La corruzione*, cit., p. 75 ss.

⁴⁷ Mi limito qui a classificare le ipotesi fondamentali, cui tutte le altre dovrebbero essere ricondotte; ben consapevole, peraltro, che la realtà fornisce una quantità infinita di sottoipotesi intermedie (peraltro dettagliatamente individuate e discusse in altro lavoro dell'autore: cfr. MONGILLO, *L'incerta frontiera*, cit., p. 174 ss.), che rendono sempre difficile l'inquadramento del caso nell'una o nell'altra ipotesi fondamentali. Sul trattamento penalistico, *de iure condendo*, dei casi 'a cavallo' tra le ipotesi *sub (ii) e (iii)* cfr. comunque *infra*, § 4.5.

⁴⁸ L'esempio è tratto dai lavori preparatori del *Foreign Corrupt Practices Act* del 1977, puntualmente citato da MONGILLO, *La corruzione*, cit., p. 83 s.

agente minacci addirittura la vita, l'integrità fisica o la libertà personale del privato – quest'ultimo sarebbe tenuto a *resistere* alla richiesta, e a rifiutarsi conseguentemente di corrispondere il denaro preteso dal pubblico agente, *denunciandolo* immediatamente alle competenti autorità. Altrimenti, il privato dovrebbe essere sempre chiamato a rispondere per *corruzione attiva*, la sua condotta risolvendosi dopo tutto in una dazione di denaro a un pubblico agente in relazione al compimento, o al mancato compimento, di un atto del suo ufficio⁴⁹. La punizione del privato sarebbe qui giustificata dall'esigenza di una *lotta senza quartiere contro ogni pratica corruttiva*, che comporta un coinvolgimento attivo e una corresponsabilizzazione del privato: il quale dovrebbe collaborare con le autorità nel denunciare ogni indebita richiesta da parte dei pubblici agenti, stroncando così sul nascere ogni tentativo di indebita locupletazione da parte di costoro.

Ma, come Mongillo giustamente rileva⁵⁰, una simile soluzione conculcherebbe – in nome del contrasto alla corruzione – principi fondamentali che governano la responsabilità penale: a tacer d'altro, sacrificherebbe lo stesso principio di eguaglianza, ponendo sullo stesso piano condotte assai diseguali per carica offensiva (il privato non collabora qui al compimento di una condotta ai doveri d'ufficio, e dunque ad una effettiva distorsione dell'attività della pubblica amministrazione, né crea il pericolo di una *futura* distorsione dell'attività amministrativa, come accade nel paradigma della corruzione per l'esercizio della funzione; ma si limita a cooperare – *oborto collo* – ad un'ingiusta locupletazione altrui a proprio danno, secondo il classico paradigma dell'estorsione).

D'altra parte, punire il privato rischierebbe di suonare qui eccessivamente rigoroso e, dunque, *ingiusto*: sia in considerazione del timore ingenerato, con tutta probabilità, nel privato medesimo dalla richiesta del pubblico agente, timore che lo indurrà comprensibilmente a dubitare di poter trovare sostegno presso le altre istanze pubbliche alle quali dovrebbe rivolgersi per denunciare il fatto; sia, soprattutto, a fronte della considerazione che punire il privato equivarrebbe a infliggergli un *secondo male*, dopo quello già subito in conseguenza del pagamento estortogli da pubblico agente.

Cornuto e mazzato, si è detto⁵¹ (in termini non proprio consoni a una trattazione giuridica, ma certamente efficaci): dapprima lo Stato, tramite un proprio agente, estorce indebitamente denaro dal privato; e poi il medesimo Stato, assunte le vesti del giudice penale, si affretta a punirlo per non aver resistito a quella pretesa. Un po' troppo, anche a fronte della necessità di una lotta senza quartiere a un fenomeno odioso come la corruzione.

iii) La soluzione della responsabilità del privato a titolo di corruzione appare invece senz'altro opportuna in una *terza* tipologia di situazioni, alla quale ci siamo più volte riferiti: quella, cioè, in cui il privato miri, attraverso l'illecito pagamento, non già a sottrarsi a un danno ingiusto, ma ad ottenere dal pubblico agente un *indebito vantaggio*, nei termini di esercizio in un suo favore di un potere discrezionale attribuito al pubblico agente (e necessariamente *viziato* dalla presenza dell'indebito compenso), o addirittura un vantaggio che al pubblico agente sarebbe stato vietato attribuire al privato. Il che vale, come si è visto, tanto nell'ipotesi in cui il privato aspiri ad ottenere un determinato provvedimento ampliativo della sua sfera giuridica (subordinato a una valutazione discrezionale da parte del pubblico ufficiale), quanto in quella in cui il privato miri ad evitare una sanzione che gli dovrebbe essere inflitta.

4.5.

(Segue): d) l'opportunità di prevedere una clausola di non punibilità per la corruzione per l'esercizio delle funzioni in favore del privato che paga al solo scopo di evitare un danno ingiusto.

Ora, per assicurare il risultato della *non punibilità* del privato nella seconda ipotesi (ii), e la sua *punibilità* nella terza (iii), conviene anzitutto considerare che il pagamento, o la promessa di pagamento, al pubblico agente da parte del privato integra di per sé gli estremi dei delitti di

⁴⁹ MONGILLO, *La corruzione*, cit., p. 89 ss.

⁵⁰ MONGILLO, *La corruzione*, cit., p. 103.

⁵¹ SPENA, *Per una critica*, cit., p. 215.

corruzione attiva, così come descritti dal codice penale negli artt. 318 e 319⁵²; e più precisamente gli estremi di una corruzione attiva *propria* nell'ipotesi *sub (iii)*, in cui il pagamento avviene in vista dell'attribuzione al privato di un vantaggio illecito, che passa necessariamente per il compimento, da parte del pubblico agente, di un atto contrario ai doveri del proprio ufficio (o comunque al mancato compimento, o al ritardo nel compimento, di un atto dell'ufficio); e di una corruzione attiva *per l'esercizio delle funzioni* nell'ipotesi *sub (ii)*, in cui il pagamento avviene affinché il pubblico ufficiale *non abusi delle proprie funzioni*, e dunque si astenga dall'esercitarle illegittimamente per recare un danno ingiusto al privato.

Ciò posto – e seguo qui da vicino la proposta di Mongillo⁵³, ispirata ad analoghi modelli presenti in varie legislazioni di *common law* –, il legislatore dovrebbe semplicemente limitarsi a chiarire, con una disposizione espressa contenuta nella stessa norma che sanziona la corruzione attiva per l'esercizio delle funzioni, che la norma *non si applica* nell'ipotesi *sub (ii)*: ossia nei confronti di chi si sia determinato al pagamento, o alla promessa di pagamento, *al solo scopo di evitare che il pubblico agente gli arrecasse un danno ingiusto*⁵⁴.

Una simile clausola chiarirebbe anzitutto senza equivoci la non punibilità del privato in queste ipotesi; e ciò anche laddove non sussistano le condizioni dello stato di necessità di cui all'art. 54 c.p., in ragione della natura meramente *patrimoniale* del pregiudizio prospettato dal pubblico agente.

D'altra parte, la subordinazione espressa della non punibilità alla condizione che il privato paghi *al solo scopo* di evitare un danno ingiusto evidenzia, *a contrario*, che il privato resterà punibile nell'ipotesi in cui il pagamento sia *altresì* finalizzato ad assicurarsi un vantaggio indebito: come nelle ipotesi, statisticamente assai frequenti, in cui il pubblico ufficiale *da un lato* minacci un danno ingiusto (ad es., l'illegittima esclusione da una gara di appalto), ma al tempo stesso prospetti – in cambio del pagamento di una tangente – un indebito beneficio al privato (ad es., la sicura aggiudicazione dell'appalto, in pregiudizio degli altri concorrenti)⁵⁵. Qui, per quanto dura possa apparire la soluzione, occorre a mio avviso *punire* il privato, che finisce comunque per avvantaggiarsi indebitamente della situazione; e punirlo *a titolo di corruzione attiva* (in questo caso *propria*, perché avente ad oggetto la compravendita di un atto contrario ai doveri d'ufficio, quale l'aggiudicazione di un appalto nell'ambito di una procedura in cui l'esercizio della discrezionalità da parte del pubblico agente ad essa preposto è in radice viziata dal pagamento della tangente, che ne condiziona *a priori* il risultato). Ancora una volta, *senza indebite vittimizzazioni o scuse parziali* (come quella garantita, oggi, dalla fattispecie di induzione indebita *ex art. 319-quater*, secondo comma, c.p.).

4.6. (Segue): e) la necessità di una drastica limitazione dell'ambito applicativo del delitto di concussione e di un'abolizione del nuovo delitto di induzione indebita.

Per ciò che concerne invece la posizione del *pubblico agente*, il legislatore dovrebbe specularmente *restringere* l'alveo applicativo del delitto di concussione a quelle sole ipotesi in cui il pubblico ufficiale *costringa* il privato al pagamento (o alla promessa di pagamento) di denaro

⁵² Cfr. ancora sul punto SPENA, *Per una critica*, cit., p. 220: “non ci è dubbio che la condotta del privato, benché concusso, possieda nondimeno la struttura tipica di un fatto di corruzione attiva: il privato dà o promette al p.a. affinché questi compia, o non compia, un atto (conforme o contrario ai doveri) del suo ufficio”.

⁵³ Formulata nel suo volume del 2012, qui più volte citato, nel paragrafo che precede quello dedicato all'esame del progetto governativo poi sfociato nella legge n. 190/2012 (p. 126 ss.).

⁵⁴ MONGILLO, *La corruzione*, cit., p. 130.

⁵⁵ *De iure condito*, l'opinione dominante – ratificata dalle stesse Sezioni Unite nella sentenza *Maldera* (p. 41 s.) – è che simili costellazioni casistiche vadano addirittura inquadrare nel paradigma della concussione ‘costrittiva’ di cui all'art. 317 c.p. novellato, anziché in quello dell'induzione indebita di cui all'art. 319-quater c.p.; con conseguente radicale *impunità* del privato che paga, evitando sì un danno ingiusto ma conseguendo altresì, allo stesso tempo, un indebito vantaggio. E ciò, quanto meno, qualora la prospettiva *de damno vitando* risulti, nella psiche dell'agente, “prevalente” rispetto a quella *de lucro captando* (così, ad es., GATTA, *La concussione riformata*, cit., p. 1581, in chiave adesiva rispetto alla prospettiva sviluppata dalle Sezioni Unite). Per una riconduzione di queste ipotesi – sempre in prospettiva *de lege lata* – al paradigma della nuova figura dell'induzione indebita, con conseguente (blanda) punibilità del privato, cfr. invece MONGILLO, *La corruzione*, cit., p. 146.

o altra utilità, attraverso la *minaccia di arrecare un danno ingiusto* al privato medesimo⁵⁶, ovvero a un prossimo congiunto o comunque a una persona a questi legata da reazione affettiva⁵⁷, mediante abuso dei propri poteri⁵⁸; mentre potrà senz'altro essere *eliminata*, senza rimpianti, la nuova fattispecie di *induzione indebita*.

In tal modo, la concussione si configurerebbe – ancora più chiaramente di quanto avviene oggi – quale *ipotesi speciale di estorsione*, a consumazione anticipata (risultando qui sufficiente la mera *promessa* denaro o altra utilità), e caratterizzata dai *due elementi specializzanti* della *qualifica del soggetto attivo* e della *particolare modalità commissiva*, circoscritta alla *minaccia* (con esclusione dunque della violenza, incompatibile con l'idea dell'*abuso* dei poteri propri della qualifica pubblicistica rivestita); e, più in particolare, alla sola *minaccia di un danno qualificabile esso stesso in termini di ingiustizia* (con esclusione dunque di quella tipologia di situazioni, pure ricondotte dalla giurisprudenza allo schema dell'estorsione mediante minaccia, in cui l'agente prospetta l'infrazione di un danno che gli sarebbe lecito causare, ma per scopi diversi da quelli in vista dei quali il potere gli è stato conferito).

In queste ristrette ipotesi, e solo in esse, il *pubblico agente* dovrebbe dunque continuare ad essere *punito per concussione*; mentre il *privato* andrebbe *esente da pena* non solo (come oggi avviene) in forza di una non irresistibile interpretazione teleologica della fattispecie di concussione⁵⁹ (secondo cui chi è vittima di un reato non può essere considerato come concorrente nel reato medesimo), ma anche e soprattutto perché la sua non punibilità sarebbe espressamente sancita dalla corrispondente clausola di non punibilità contenuta nella norma sulla corruzione per l'esercizio delle funzioni, di cui abbiamo detto poc'anzi.

Al contrario, laddove il pubblico agente prospetti al privato un indebito vantaggio in cambio della dazione o promessa di denaro o altra utilità, *entrambi dovrebbero essere puniti a titolo di corruzione propria*: rispettivamente, dal lato passivo o attivo. Senza che possa più rilevare, a questo punto, la situazione di soggezione psicologica, o addirittura di *metus*, che il privato assuma di avere vissuto nel suo rapporto con il pubblico agente⁶⁰.

Resterebbe, a questo punto, soltanto qualche dubbio sui casi limite – su cui si soffermano da ultimo le Sezioni Unite nella sentenza sull'induzione indebita – del paziente gravemente malato che paga il medico per 'scavalcare' la lista d'attesa, o della prostituta che si concede al poliziotto per evitare di essere espulsa in quanto priva di documenti di soggiorno: casi nei quali la soluzione qui proposta condurrebbe a ravvisare una corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio, punibile tanto dal lato del pubblico agente quanto dal lato del privato. Ma proprio in casi come questi il giudice non dovrebbe mai scordarsi della presenza, nel sistema, della scriminante dello *stato di necessità*, che può operare (*ex art. 59, comma quarto, c.p.*) anche nella forma putativa: ferma restando la punizione del medico e del poliziotto (a titolo di corruzione propria passiva, che peraltro ben potrebbe concorrere con l'estorsione nel primo caso e con la violenza sessuale nel secondo), il paziente e la prostituta potrebbero egualmente andare esenti da pena – nonostante l'oggettiva *ingiustizia* del vantaggio da essi ottenuto – in

⁵⁶ In questo senso, sostanzialmente, MONGILLO, *La corruzione*, cit., p. 130. La proposta di eliminare, *de iure condendo*, la modalità *induttiva* dal paradigma della concussione, con contestuale sua confluenza nel paradigma della corruzione (cui corrisponde, oggi, l'abolizione *tout court* del nuovo reato di induzione indebita) non è, in verità, nuova (cfr. ad es. in questo senso già FIANDACA, *Esigenze e prospettive di riforma dei reati di corruzione e concussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 897); nuova è però, a quanto mi consta, l'idea di limitare espressamente la concussione 'costrittiva' alla specifica modalità della *minaccia di un danno ingiusto*, su cui si impernia la proposta qui formulata. Naturalmente, nulla vieterà che la minaccia di un tale danno ingiusto – in conformità ai principi generali – possa anche essere *implicita*, purché inequivocabilmente percepita come tale (sulla cruciale distinzione tra minaccia implicita e timore reverenziale/*metus ab intrinseco*, cfr. ora la fondamentale analisi di GATTA, *La minaccia*, cit., p. 238 ss.).

⁵⁷ Formulazione, questa, ripresa da quella che compare nell'art. 612-bis c.p.

⁵⁸ Con correlativa espunzione, dunque, dal paradigma della concussione del mero abuso della qualità, che mal si concilia con il requisito della prospettiva di uno specifico danno ingiusto al privato.

⁵⁹ Giustamente criticata da SPENA, *Per una critica*, cit., p. 219.

⁶⁰ La formulazione particolarmente restrittiva della clausola di non punibilità che qui si immagina per la norma in materia di corruzione attiva per l'esercizio delle funzioni ("non è punibile chi abbia commesso il fatto *al solo scopo* di evitare un danno ingiusto...") spalanca d'altronde la possibilità – già messa in conto da MONGILLO, *La corruzione*, cit., p. 130 – di ipotizzare un differente titolo di responsabilità per il pubblico agente e il privato, nelle ipotesi in cui il primo prospetti al secondo *sia* un danno ingiusto (ad es.: esclusione illegittima da una gara d'appalto in caso di mancato pagamento della tangente) *sia* un vantaggio indebito (ad es.: assegnazione dell'appalto in caso di pagamento della tangente). Il pubblico agente risponderebbe, in una tale ipotesi, per concussione, mentre il secondo (perseguito *anche* un vantaggio indebito, derivante da un uso illegittimo dei poteri del pubblico agente) dovrebbe rispondere per corruzione attiva per atto contrario ai doveri d'ufficio: ciò che implicherebbe il definitivo superamento di quello che è stato felicemente definito in dottrina (SPENA, *Per una critica*, cit., p. 215 ss. e, *amplius*, Id., *Il "turpe mercato". Teoria e riforma dei delitti di corruzione pubblica*, Milano, 2003, p. 538 ss.) come il "dogma della mutua esclusività" della concussione e della corruzione attiva.

ragione della situazione di *pericolo* (reale o percepito come tale, poco importa) per la propria *vita*, nel caso del paziente, e comunque per il complesso della propria *esistenza*, nel caso della prostituta straniera.

4.7. (Segue): f) ulteriori possibili interventi.

Una volta che ci si sia liberati del fardello dell'induzione indebita, e si sia drasticamente limitato il raggio d'azione di una fattispecie di concussione concepita quale forma speciale di estorsione, realizzata dal pubblico agente mediante la prospettazione al privato di un danno ingiusto conseguente ad un esercizio abusivo dei propri poteri, il quadro delle altre fattispecie incriminatrici vigenti potrà restare sostanzialmente inalterato, sulla base della logica 'a gradini' introdotta dalla riforma (traffico di influenze, corruzione per l'esercizio delle funzioni, corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio). Decisamente opportuno parrebbero soltanto un *superamento dell'attuale irragionevole distinzione fra millantato credito e traffico di influenze*, che dovrebbero fondersi – secondo quanto inutilmente invocato durante i lavori preparatori della riforma del 2012⁶¹ – in un'unica fattispecie che non distingua più tra i casi di influenza reale e soltanto vantata del mediatore sui pubblici agenti; e un *ritocco dei quadri sanzionatori* delle norme incriminatrici esistenti, che muova dall'esigenza di una pena più elevata per il traffico di influenze, la cui gravità è stata probabilmente sottostimata dal legislatore del 2012.

Con l'avvertenza, però, che aumentare le sanzioni non deve servire, puramente e semplicemente, per aumentare i termini di prescrizione: giacché la strada maestra per evitare l'assurda dispersione di energie processuali determinata oggi dalla prescrizione è – suona persino banale sottolinearlo – quella di una *riforma organica della prescrizione*, che valga per i delitti di corruzione così come per ogni altro reato.

Ancora, nulla vieterà *a priori* di pensare – per stimolare la collaborazione con le autorità inquirenti dei partecipi del patto corruttivo – a *sconti di pena* o addirittura a *cause di non punibilità* in favore di chi denunci il fatto entro un dato termine (secondo il modello dall'art. 426 del codice penale spagnolo), o di chi comunque collabori efficacemente con le indagini, così come proposto ancora una volta dal progetto di Cernobbio. Bisognerà, beninteso, bilanciare attentamente *pro* e *contra* di simili prospettive: ma, certo, si tratterebbe di soluzioni in ogni caso preferibili, se non altro perché più trasparenti e controllabili, rispetto all'attuale situazione di sostanziale arbitrio delle procure nella scelta se contestare al pubblico agente una concussione (con conseguente impunità del privato) o, all'opposto, una mera corruzione passiva⁶².

4.8. (Segue): g) considerazioni sul diritto intertemporale.

Naturalmente, qualsiasi intervento sul diritto penale sostanziale è destinato ad avere qualche ripercussione sui processi in corso, in forza delle regole di cui all'art. 2 c.p. Ma le preoccupazioni sulla sorte di tali processi hanno sin troppo condizionato i lavori preparatori della riforma del 2012, apponendo una pesante ipoteca sulla razionalità del loro esito.

La proposta qui articolata, peraltro, non comporterebbe alcuno sconvolgimento sul piano del diritto intertemporale. Ciò in quanto, a ben guardare, tanto la concussione quanto l'induzione indebita sono figure *speciali* rispetto all'una o all'altra delle figure base di *corruzione*; specialità che si coglie agevolmente una volta che si rinunci a pensare come implicito nella corruzione il requisito (di cui non vi è però traccia nella normativa) della *libera contrattazione* tra privato e pubblico agente. La concussione e l'induzione indebita condividono infatti con le diverse forme di corruzione il *nucleo essenziale* della condotta, rappresentato dalla *dazione* (o dalla promessa) di *denaro o altra utilità dal privato al pubblico agente*, effettuate alternativamente *a*) in vista del futuro compimento da parte del pubblico agente di un atto contrario all'ufficio (e allora: specialità rispetto all'art. 319 c.p.), o comunque *b*) in vista del futuro esercizio o non esercizio di poteri inerenti alla sua funzione (e allora: specialità rispetto all'art. 318 c.p.); con

⁶¹ DOLCINI-VIGANÒ, *Sulla riforma*, cit. p. 239 s.

⁶² PALAZZO, *Concussione, corruzione e dintorni*, cit., p. 230.

in più gli *elementi specializzanti* rappresentati dai particolari *mezzi* con cui il pubblico agente ottiene tale dazione o promessa (la ‘costrizione’ nel caso dell’art. 317 c.p., l’‘induzione’ nel caso dell’art. 319-*quater* c.p.).

Ciò significa che qualsiasi fatto concreto *oggi* contestato in termini di *concussione* o *induzione indebita* – e che in base al *nuovo* assetto di disciplina non dovesse più rientrare nel paradigma di una concussione rinnovata, limitata ai casi di minaccia di danno ingiusto da parte del pubblico ufficiale – potrà comunque ricadere entro l’una o l’altra delle fattispecie base di *corruzione* (ex art. 318 o 319 c.p.). Con conseguente applicazione a tale fatto delle ordinarie regole di cui all’art. 2, comma 4, c.p.

Ad esempio, laddove un pubblico ufficiale si sia fatto dare denaro da un imprenditore per risparmiargli una denuncia per irregolarità da questi realmente commesse, e vi sia ora un processo pendente nei confronti del pubblico ufficiale medesimo per *induzione indebita* ex art. 319-*quater* c.p., l’entrata in vigore della disciplina qui proposta non comporterebbe alcuna *abolitio criminis*: semplicemente, il fatto dovrebbe essere qualificato ai sensi della nuova disciplina quale comune ipotesi di *corruzione per atto contrario ai doveri d’ufficio*. In forza dell’art. 2, comma 4, c.p., peraltro, al fatto si applicherebbe ancora la previgente disciplina di cui all’art. 319-*quater* c.p., più favorevole rispetto a quella prevista dalla corruzione propria di cui all’art. 319 c.p.: tanto per ciò che concerne la posizione del privato (punibile ex art. 319-*quater*, comma 2, c.p., con la blanda reclusione da quindici giorni a tre anni), quanto per ciò che concerne la posizione del pubblico ufficiale (punibile ex art. 319-*quater*, comma 1, c.p. con la reclusione minima di tre anni, contro i quattro previsti dall’art. 319 c.p.).

Proprio nessuno sconvolgimento, dunque: il più severo regime sanzionatorio per il privato qui propugnato si applicherebbe, come è ovvio che sia, soltanto per il futuro, mentre per i fatti pregressi continuerebbe ad applicarsi la più favorevole disciplina vigente al momento del fatto.

4.9.

Conclusioni.

Occorrerà coraggio, dicevo, per mettere mano alla riforma lungo queste direttrici; e occorrerà soprattutto una precisa *visione* del futuro del nostro paese, che rinunci una volta per tutte all’idea che gli italiani sono, per qualche ragione, *diversi* dal resto del mondo. Abbiamo, è vero, la mafia e la ‘ndrangheta, amministratori corrotti e la banda della Magliana, che altri paesi per loro fortuna non hanno, o hanno in misura ridotta rispetto a noi. Ma sarebbe miope, ed anzi suicida, rassegnarsi a questa realtà, e abbassare così le pretese di rispetto della legge che ogni altro Stato rivolge ai propri cittadini⁶³.

Bisognerà guardare, invece, al futuro di un paese nel quale le pratiche corruttive non dovranno avere più alcun diritto di cittadinanza, e non continuare – come oggi – ad essere comprese e scusate, se non in casi davvero estremi come quelli dei casi limite su cui ha riflettuto recentemente la Cassazione: giacché un conto è il caso della prostituta nigeriana del cui corpo, e della cui anima, abusano poliziotti senza scrupoli, ventilandole la prospettiva di una sua immediata espulsione; un altro conto è il caso dell’imprenditore che si adatta, *bon gré mal gré*, a un sistema malato per cui ogni appalto ha un prezzo occulto, che bisogna pagare per poter lavorare. Una buona norma non si costruisce su casi limite, come quello della prostituta; bensì sui casi statisticamente più frequenti, come quello dell’imprenditore che paga amministratori corrotti per poter lavorare, ottenendo però in cambio la prospettiva di un *sicuro beneficio* (l’assegnazione dell’appalto a scapito dei suoi concorrenti), che *falsa le regole della lecita concorrenza*, e i cui *costi aggiuntivi* (in termini di ‘mazzette’ ai pubblici ufficiali) finiranno per *ricadere sull’intera collettività*. Ben potrà il giudice, nella commisurazione della pena, tener conto della

⁶³ Per questa ragione – che è assieme culturale e di politica del diritto – mi permetto di dissentire rispetto all’autorevole opinione espressa da ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., secondo il quale persino l’assoggettamento del privato alla (tenue) sanzione di cui all’art. 319-*quater*, comma secondo, c.p., lascerebbe perplessi. “Può darsi” – argomenta Romano – “che in Paesi dove i rapporti tra cittadino e pubblica autorità si instaurano su un terreno di piena omogeneità una tale intransigenza di principio sia opportuna, ma da noi, considerata la tuttora diffusa percezione di una p.a. sovraordinata, spesso propensa a ‘concedere’ servizi piuttosto che a ordinariamente ‘fornirli’ all’utente su un piano di ‘democratica’ parità, la soluzione potrebbe risultare prematura”. Proprio questo, mi pare, è il dilemma: ci si dovrà proprio rassegnare alla constatazione che l’Italia non è come gli altri Paesi, a causa del fardello di un’amministrazione pubblica proterva e rapace? O potremo invece provare a convogliare anzitutto a noi stessi, e a scommettere su, un’immagine diversa del nostro paese e della nostra stessa pubblica amministrazione, che è fatta in gran parte di uomini e donne di assoluta integrità morale?

difficile situazione in cui si è trovato l'imprenditore, e differenziare opportunamente, facendo uso dei poteri attribuitigli dall'art. 133 c.p., la pena da infliggere a lui e al pubblico agente⁶⁴; ma l'ordinamento ha tutto il diritto, e fors'anche il dovere di stigmatizzare senza equivoci come *corruttiva* la condotta di quest'ultimo, così come accade in tutti gli altri ordinamenti europei.

Cambiare, dopo tutto, si può – e lo dimostrano i successi delle nostre forze dell'ordine, coordinate dalle procure italiane, nella scoperta di fatti di corruzione diffusa, legata a doppio filo con la criminalità organizzata –; e un aiuto prezioso per comprendere quale sia la strada per cambiare ci potrà venire dal confronto con l'Europa, e con il resto del mondo. Senza ripiegarci, ancora una volta, sulle nostre polverose tradizioni, e in definitiva sulle nostre miserie.

⁶⁴ Così anche PULITANÒ, *La novella*, cit., p. 11, il quale altresì osserva che “la costruzione di una fattispecie generale di corruzione [destinata a ricomprendere le ipotesi oggi rientranti nella concussione o nell'induzione indebita] presenterebbe il vantaggio di una drastica semplificazione e della sdrammatizzazione della difficoltà di distinguere, nei casi concreti, fra rapporti paritari di scambio corruttivo e rapporti in varia misura segnati dalla posizione di superiorità e da condotte 'induttive' del pubblico agente”.

LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCION EN EL ÁMBITO SUPRANACIONAL Y SU INCIDENCIA EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

Relazione al Congresso italo-spagnolo
svoltosi presso l'Università degli Studi di Milano il 29 e 30 maggio 2014

María Acale Sánchez*

SOMMARIO

1. Acercamiento. – 2. Análisis criminológico de la corrupción y sus implicaciones con la delincuencia económica. – 3. La lucha contra la corrupción en ámbitos supranacionales. – 3.1 Naciones Unidas. – 3.1.1 La Convención contra la corrupción de 2003. – 3.1.1.1 Prevención. – 3.1.1.2 Represión. 3.1.1.2.1 Delitos de corrupción contra las Administraciones públicas. – 3.1.1.2.2 Delitos de corrupción contra el orden socioeconómico. – 3.1.1.2.3 Delito de corrupción contra la Administración de justicia. – 3.1.2 Reflejo en el Código penal español. – 3.2 La OCDE. – 3.2.1 El Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales. 3.2.2 Reflejo en el Código penal español. – 3.3 El Consejo de Europa. – 3.3.1 El Convenio penal sobre la corrupción. – 3.3.2 Reflejo en el Código penal español. – 3.4 La Unión Europea. – 3.4.1 Desde el Tratado de la Unión Europea, hasta el Tratado de Lisboa. – 3.4.2 Reflejo en el Código penal español. – 4. Epílogo.

* Catedrática de Derecho penal, Universidad de Cádiz. Grupo de Investigación del Plan Andaluz de Investigación SEJ/378 “Sistema penal y actividad económica” (Investigador responsable: Juan María Terradillos Basoco).

1.

Acercamiento.

La corrupción es un fenómeno ampliamente conocido en los países de nuestro entorno cultural, hasta el punto de haberse convertido en uno de los problemas más graves que acechan hoy a la democracia. De ahí los esfuerzos que se realizan para poner en marcha mecanismos que intenten prevenirla y para sancionar duramente los casos detectados.

El traslado de la corrupción del ámbito de lo fenomenológico al legal se ha producido de forma disímil y con el uso de distinta terminología¹. Así, si bien en el Código penal español dentro de las figuras delictivas principales que entran dentro del fenómeno social de la corrupción no se usa el *nomen iuris* “corrupción”, porque se prefiere la referencia al “cohecho”, a las “negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos”, a la “malversación” o al “tráfico de influencias”, más tradicionales en el acervo cultural penal español², sin embargo, sí se incluye dentro del Capítulo X del Título XIX, en cuyo interior se castigan “los delitos de *corrupción* en las transacciones comerciales internacionales”³; como se verá posteriormente, se da la circunstancia de que dicho capítulo se incluye dentro del Código penal español a fin de cumplir los compromisos “internacionales” asumidos por España tras la firma del Convenio de la OCDE sobre la *Lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales*, de 19 de diciembre de 1997.

Por su parte, en Italia el término “*corruzione*” es ampliamente conocido; así, tras la reciente reforma del *Codice penale* operada por la Ley de 6 noviembre 2012, n. 190, sobre *Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione*⁴, el Código penal castiga distintas modalidades de “*corruzione*”: en este sentido, identifica como figuras delictivas independientes entre sí la *corruzione per un atto d’ufficio* (art. 318), per un atto contrario ai doveri d’ufficio (art. 319), in atti giudiziari (art. 319 ter), di persona incaricata di un pubblico servizio (art. 320), la istigazione della *corruzione* (art. 322), estableciendo en el art. 321 previsiones específicas en torno a las penas para los corruptos. Ha de traerse a colación en este momento que la Legge anticorruzione ha castigado el delito de tráfico di influenza illecite y a pesar de que no haya incorporado al tipo el término corrupción, queda claro que está en el espíritu de la propia ley que lo lleva al Código.

En particular, es el art. 322 bis el que procede a castigar el “*peculato, concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità, corruzione e istigazione alla corruzione di membri degli organi delle Comunità europee e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri*”⁵. Este precepto se incorporó al *Codice Penale* por Ley de 29-9-2000, n. 300 a través de la cual se procedió a ratificar la Convención en materia de corrupción de funcionarios públicos de la OCDE para la cooperación y el desarrollo económico anteriormente mencionado y que determinó también la inclusión en el Código penal español del art. 445.

La distinta terminología utilizada por uno y otro Código no impide sin embargo identificar una realidad de base idéntica. Lo que no debe dar lugar a confusión alguna. No puede desconocerse sin embargo que ambos países están sometidos a idénticas obligaciones internacionales, cuyo cumplimiento les exige un mayor o menor esfuerzo, según sea la situación de partida de cada uno de sus Códigos penales.

Tras analizar criminológicamente el fenómeno de referencia, en este trabajo van a someterse a estudio los instrumentos normativos de carácter supranacional que obligan a España y a Italia a cumplir con una serie de compromisos. Posteriormente se analizará con carácter es-

¹ En España, tradicionalmente el término “corrupción” ha sido empleado en el Código penal para definir una clase de atentado contra la libertad e indemnidad sexual de los menores. Vid. J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Iniciativas internacionales contra la corrupción”, en *Eguzkilore*, 2003/17, p. 8.

² Alguno de los cuales están presentes en los Códigos penales decimonónicos. I. VALEIJE ÁLVAREZ, “Visión general sobre las resoluciones e iniciativas internacionales en materia de corrupción”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2003/7, pp. 777.

³ Capítulo que, como se verá posteriormente, elimina el Proyecto de reforma del Código penal de 20 de septiembre de 2013; vid. C. JIMÉNEZ VILLAREJO, “Corrupción, su prevención y persecución en España”, en *Jueces para la Democracia*, 2010/67, pp. 3 y ss.

⁴ En la línea de luchar contra la corrupción también está el Decreto Legislativo 14 marzo 2013, n. 33 sobre *Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni*. Sobre la regulación alemana vid. U. SUMMER, *Korruptionsstrafrecht*, ed. ZAP, Münter, 2010, especialmente y en lo que ahora interesa de resaltar los lazos entre la criminalidad económica y la funcionarial, pp. 223 y ss.

⁵ Según la redacción dada por la Legge anticorruzione.

pecial la incidencia de esos Convenios y Tratados internacionales en el Código penal español⁶.

2.

Análisis criminológico de la corrupción y sus implicaciones con la delincuencia económica.

El Diccionario de la Lengua de la Real Academia española define la palabra “*corrupción*” en su cuarta acepción como una “*práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de una serie de organizaciones*” – especialmente en las públicas – “*en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores*”. Gramaticalmente por tanto se resalta que el fenómeno de la corrupción se produce “de forma especial” en el seno de organismos públicos (Administraciones públicas, empresas públicas), pero no impide la existencia de ese mismo fenómeno en el seno de organizaciones de carácter privado que afectan a intereses sociales propios, alejados de los intereses públicos.

El hecho, por otro lado, de que esta distinción – como se verá – no sea tenida en consideración por los distintos textos normativos que serán objeto de estudio, al fundirse en uno, genera como consecuencia un tratamiento unitario de dos fenómenos criminales diversos: la corrupción “pública” y la corrupción “privada”⁷. Sin duda alguna, la preocupación estatal por luchar contra una y otra clase de corrupción, así como el ahínco puesto en la tarea no han sido idénticos, por lo que las figuras delictivas nacidas para hacerle frente han aparecido a distintos ritmos dentro de cada ordenamiento jurídico⁸. Y ello con independencia de que criminológicamente sea factible establecer conexiones entre una y otra forma de corrupción, en aquellos supuestos en los que a la Administración pública se acerque por ejemplo un sujeto que ha conseguido hacerse visible en su mercado tras eliminar antes a sus eventuales competidores a través de medios ilícitos, que muchas veces son constitutivos de delito.

Centrada la atención ya en la corrupción “pública”, y si se compara con la definición de la Real Academia, *Transparency international* define la “corrupción” de forma más amplia como “*el abuso del poder delegado para beneficio propio*”⁹.

⁶ No es este pues el momento de llevar a cabo un estudio comparado entre los delitos contra la Administración pública en los Códigos penales español e italiano. A pesar de ello, quizás deba mencionarse aquí que la gran diferencia que existe entre ambos es la inclusión en el Codice penale del delito de concussione, que no existe en el Código penal español. El art. 317 del Codice penale establece: “*Il pubblico ufficiale, che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, costringe taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o ad un terzo, denaro od altra utilità, è punito con la reclusione da sei a dodici anni [32 quater]*”. La falta de tipificación expresa en el Código penal español no determina obviamente la impunidad de la conducta que puede ser subsumida dentro del delito de coacciones del art. 172, en el que se castiga con pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de 12 a 24 meses a “*el que, sin estar legítimamente autorizado, impidiera a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto*”, con la circunstancia agravante del art. 22.7. Con ello, se estaría teniendo en consideración el atentado contra la capacidad de actuación del particular víctima del funcionario público.

Sin duda alguna, también sería posible recurrir al delito de extorsión del art. 243 en el que se castiga al que “*con ánimo de lucro, obligare a otro, con violencia o intimidación, a realizar u omitir un acto o negocio jurídico en perjuicio de su patrimonio o del de un tercero*”, en cuyo caso se dispone una pena de prisión de uno a cinco años, sin perjuicio de las que pudieran imponerse por los actos de violencia física realizados: pero la calificación como tal extorsión retrasaría la consumación de la conducta del funcionario, pues se trataría ya no solo de obligar a otro a realizar lo que no quiere, sino a realizar u omitir “*un acto o negocio jurídico*”. En todo caso, habrá que estarse al *iter criminis* del caso concreto. Nótese en cualquier caso la diferencia penológica existente entre ambos Códigos.

En extenso sobre el delito de concussione *vid.* V. MILITELLO, “Concusión y cohecho de los funcionarios públicos: cuestiones problemáticas e hipótesis de reforma en Italia”, en J.M. TERRADILLOS BASOCO, M. ACALE SÁNCHEZ (coords.), *Temas de Derecho penal económico. III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico*, ed. Trotta, Madrid, 2004, pp. 241 y ss.

⁷ A favor de la creación del delito de corrupción privada alega NIETO MARTÍN (“La privatización de la lucha contra la corrupción”, en *Cahiers de défense sociale: bulletin de la Société Internationale de Défense Sociale pour une Politique Criminelle Humaniste*, 2011-2012/37, p. 71) la creciente “privatización de las funciones públicas”.

⁸ Porque además afectan a bienes jurídicos distintos.

⁹ Doctrinalmente existen tantos conceptos de corrupción, como autores han pasado a analizarla. Por ejemplo, pueden verse los trabajos de N. DE LA MATA BARRANCO, *La respuesta a la corrupción pública*, ed. Comares, Granada, 2004, pp. 9 y ss; del mismo, “¿Qué interés lesionan las conductas de corrupción?”, en *Eguzkilore*, 2009/23, pp. 245 y ss; I. VALEIJE ÁLVAREZ, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, EDESA, Madrid, 1995, pp. 35 y ss; de la misma, “Visión general sobre las resoluciones e iniciativas internacionales en materia de corrupción”, cit., pp. 788 y ss; M. ACALE SÁNCHEZ, “Tratamiento penal de la corrupción urbanística en el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código penal de 15 de enero de 2007”, en *Revista Ley Penal*, 38/2007, p. 30; M.E. TORRES FERNÁNDEZ, “Marco normativo internacional contra la corrupción”, en L. MORILLAS CUEVAS (dir.), J.M. SUÁREZ LÓPEZ (coord.), *Urbanismo y corrupción política (Una visión penal, civil y administrativa)*, ed. Dykinson, Madrid, 2013, p. 163; C. CASTRESANA FERNÁNDEZ, “La corrupción económica en las Comunidades europeas”, en J.M. TERRADILLOS BASOCO (coord.), *Protección de los intereses financieros de la Comunidad Europea*, ed. Trotta, Madrid, 2001, pp. 103 y ss; M. MALET VÁZQUEZ, *La corrupción en la Administración Pública*, ed. Carlos Álvarez, Montevideo, 1999, p. 9; I. BLANCO CORDERO, “La corrupción desde una perspectiva criminológica”, en F. PÉREZ ÁLVAREZ (ed.), *Serta in memoriam Alexandri Baratta*, ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, pp. 267 y ss.

La similitud existente entre ambas definiciones es amplia, aunque en el primer caso se incide objetivamente en el comportamiento corrupto, mientras en el segundo, se pone el acento subjetivamente en el abuso de poder, aspectos que lejos de contraponerse, vienen a complementar los desvalores de acción y de resultado propios del fenómeno criminal en abstracto, esto es, sin tener en consideración la plasmación de los mismos en ninguna concreta figura delictiva.

Por definición, cuando se analiza el fenómeno de la corrupción pública, se comprueba que para su existencia se precisa la intervención de dos sujetos: por un lado, quien tiene capacidad para adoptar una decisión en cuyo sentido se quiere incidir, ya se produzca en el seno de una Administración pública o en una empresa privada; por el otro, se requiere la intervención de otra persona – física, que a su vez actúa muchas veces en el marco de una persona jurídica – que incide en aquél mediante la entrega de una cantidad de dinero o la promesa de hacerlo, o bajo la influencia de otro tipo de relaciones personales, comerciales o políticas. Por otra parte, nada impide que esa persona sea a su vez funcionario público; pero nada impide tampoco que sea una sola persona la que actúe e interactúe consigo misma, con una especie de “doble personalidad”, acumulando roles: por un lado, representando a una Administración pública y por el otro, como particular interesado en el propio acto corrupto; de ahí que sea tan importante la regulación de las incompatibilidades de quienes ejercen funciones públicas, fundamentalmente de quienes acceden a la política por elección, en la medida en que al desempeñar el cargo con carácter temporal, en muchos casos se muestran reticentes a romper con su vida profesional anterior, a la que creen que no volverán, una vez que se instalan en el “confort” de la política.

La criminalidad de ambos – en el marco de la corrupción – se retroalimentan, de forma que cuando cruzan sus caminos, se necesitan mutuamente para seguir subsistiendo. Y una vez que se alían, alcanzan tanta fuerza que con su actuación son capaces de poner en peligro en muchas democracias jóvenes – no sólidamente consolidadas – su propia subsistencia, provocando escándalos sociales y daños a los administrados¹⁰.

Como consecuencia, este tipo de prácticas relegan al ámbito del mercado negro ingentes cantidades de dinero que quedan fuera de control, y en economías pequeñas, pueden hacer que circule en “negro” a través de los mercados no oficiales más dinero que el que circula legalmente, trastocando así el orden económico¹¹.

Todo ello ha contribuido a transmitir la imagen de la política como un negocio, no como un servicio público. En efecto, el descubrimiento de supuestos de corrupción genera en la opinión pública un rechazo por desgaste y por desprecio de todo lo que tiene que ver con lo público, dando lugar a que maduren nuevas políticas en las que cada vez haya menos intervención estatal – porque “en definitiva, generan corrupción” –. De ahí que cuantos más casos de corrupción salten a la luz, mayor es el número de voces que reclaman que el poder estatal se abstenga de intervenir, en beneficio de la iniciativa y de la actividad económica empresarial privada.

Desde el punto de vista preventivo y de la actuación policial, el encuentro entre la criminalidad económica y la proveniente de los funcionarios públicos hace que se ahorren esfuerzos y se optimicen las posibilidades de acabar con ella si se ponen en marcha mecanismos para luchar contra ambas formas de criminalidad a la vez, pues sin duda alguna, la investigación policial en estos casos obtiene datos simultáneamente de ambas formas de criminalidad que si se investigan de forma separada, se despilfarran. De ahí que no se puedan encontrar soluciones eficaces contra la corrupción, si simultáneamente no se implementan mecanismos para atajar la delincuencia económica; no puede desconocerse que, en muchos casos, las relaciones entre ambos se prolongan en el tiempo, se convierten en permanentes, hasta el punto de poder hablarse de una verdadera red de delincuentes organizados que actúan en virtud de un pacto

¹⁰ Sobre las relaciones entre la delincuencia de cuello blanco y la proveniente de los funcionarios públicos, *vid.* B. ZAGARIS, *International White collar crime*, ed. Cambridge University Press, New York, pp. 95 y ss; M.E. TORRES FERNÁNDEZ, “Marco normativo internacional contra la corrupción”, cit., p. 165; J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Iniciativas internacionales contra la corrupción”, cit., p. 6; C. JIMÉNEZ VILLAREJO, “Corrupción, su prevención y persecución en España”, cit., p. 3; A. NIETO MARTÍN, “La privatización de la lucha contra la corrupción”, cit., pp. 59 y ss; D. BENITO SÁNCHEZ, “Notas sobre la corrupción transnacional. Sus efectos y su combate”, en E. FABIÁN CAPARRÓS, A.I. PÉREZ CEPEDA (coords.), *Estudios sobre corrupción*, ed. Ratio Legis, Salamanca, 2010, pp. 237.

¹¹ M. ACALE SÁNCHEZ, M., “Tratamiento penal de la corrupción urbanística en el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código penal de 15 de enero de 2007”, cit., p. 28.

previo de distribución de funciones, que les lleva a cada uno de ellos a tener un dominio funcional sobre el conjunto de las operaciones delictivas realizadas¹².

En definitiva, hoy puede decirse que las sociedades y los Estados han declarado la guerra a la corrupción. Y para luchar contra los agentes que mueven sus hilos se han ido aprobando distintos instrumentos normativos en distintos ámbitos políticos cuya finalidad no ha sido otra que la de poner coto a este fenómeno que se ha expandido como una mancha de aceite que, eso sí, cada vez deja más huellas, porque mancha más, visibilizando sus contornos y con ello, sacando a la luz datos que hasta hace poco engrosaban la cifra oculta de criminalidad.

Por otro lado, los costes inherentes a la corrupción terminan repercutiendo negativamente en el propio mercado, porque acaba con la libre competencia¹³ y con la libre concurrencia (pues en muchos casos, terminan con los competidores), y además repercute negativamente en los bolsillos de los consumidores si el precio pagado para comprar el favor del funcionario público, se añade en el precio final del producto o en los administrados si se repercute sobre “*el coste general de la intervención pública*”¹⁴. De forma que las empresas que ponen en marcha estas prácticas, liberadas ya de los costes que generan sus actividades corruptas, se entregan al disfrute sin límites del *status* social en el que se han colocado: al lado del poder.

Y si se constata que en época de crisis, los países que más duramente la soportan son los que soportan también índices más elevados de corrupción, podrá concluirse que la corrupción espanta a la inversión privada honesta y empobrece al conjunto de la sociedad. O si se quiere: la corrupción solo enriquece a los agentes directamente implicados. Es pues el cáncer social de las democracias modernas.

Según *Transparency International*, España es el país donde más aumenta la sensación de corrupción, que se ha convertido en el segundo problema más grave para la sociedad española después del paro¹⁵.

Tras años de escándalos, puede decirse que ahora es cuando se dan los presupuestos para que se pueda luchar contra ella: rechazo social y conciencia del daño público que sus autores causan; casos como los incluidos en el seno de la “Operación Malaya”, en la que se ha investigado una trama en la que participaron un elevadísimo número de sujetos, y que se dedicaron a enriquecerse personalmente, al ritmo que iban desvalijando las arcas municipales del Ayuntamiento de Marbella (SAP de Málaga de 13 de abril de 2013, en la que se sentaba en el banquillo una famosa tonadillera y cuya condena por blanqueo de capitales acaba de confirmar el Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de junio de 2014; el cuerpo principal del caso Malaya se examina en la SAP de 4 de octubre de 2013¹⁶); el conocido como “Caso camisetas”, en el que se condenó al entonces alcalde de Marbella por un delito de malversación, por convertir las arcas municipales y las cuentas del Atlético de Madrid en una sola cuenta (STS 5 de mayo de 2004); o el caso del presidente del Club deportivo Sevilla, condenado recientemente por un delito de cooperación necesaria de cohecho en el marco del “Caso Minutas” (STS 18 de noviembre de 2013), etc., casos como estos están contribuyendo a que se amplíe el rechazo social que estas conductas merecen, si se pone el foco de atención en los daños a las causas públicas

¹² Vid. J.M. TERRADILLOS BASOCO, “Criminalidad organizada y globalización”, en *Revista Penal*, 2011/19, p. 95; A.I. PÉREZ CEPEDA, “Instrumentos internacionales del Derecho penal económico”, en J.R. SERRANO PIEDECASAS, E. DEMERIO CRESPO (dirs.), *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, ed. Colex, Madrid, 2008, pp. 375 y ss; J.C. FERRÉ OLIVÉ, “Corrupción y delitos contra la Administración pública”, en el mismo y otros, *Fraude y corrupción*, ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2003, pp. 13 y ss.

¹³ Como afirma NIETO MARTÍN (“La privatización de la lucha contra la corrupción”, cit., p. 64) la corrupción “*frustra la función social de la competencia*”.

¹⁴ J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Iniciativas internacionales contra la corrupción”, cit., p. 10.

¹⁵ Vid. <http://cpi.transparency.org/cpi2013/results/> (fecha de la consulta: 26-6-2014).

¹⁶ Sobre la corrupción en Marbella, vid. J.L. Díez Ripollés y otros, *Prácticas ilícitas en la actividad urbanística. Un estudio en la Costa del Sol*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; M. ACALE SÁNCHEZ, “Tratamiento de la corrupción urbanística en el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código penal de 15 de enero de 2007”, cit., pp. 10 y ss; R. DUARTE MARTÍNEZ, “Normalización del urbanismo en Marbella”, en *Cuadernos José María Lidón*, 2008/5, pp. 61 y ss; A.M. PRIETO DEL PINO, “Aspectos criminológicos y político-criminales de la corrupción urbanística. Un estudio de la Costa del Sol”, en *Cuadernos José María Lidón*, 2008/5, pp. 91 y ss.

que causan¹⁷. El hecho, por otra parte, de que se trate de supuestos que afectan a personas que forman parte de la prensa del corazón o a importantes entidades deportivas, ha determinado que la sociedad en su conjunto haya prestado todavía una mayor atención¹⁸.

Más aún: las recientes elecciones al Parlamento Europeo han puesto de manifiesto cómo en España los/as ciudadanos que han acudido a las urnas, han “castigado” con sus votos a los dos grandes partidos – a uno más que a otro –. La prensa española sigue analizando al día de hoy el nacimiento de una nueva formación política – “Podemos” –, surgida de los movimientos de protesta ciudadana ante la crisis económica y la corrupción política: entre los nuevos parlamentarios elegidos destaca el anterior Fiscal Anticorrupción español; su inclusión en el número 3 en las listas electorales pone de manifiesto el prontuario ideológico de la formación política y sin duda alguna, de sus votantes. Está por ver cómo se desenvuelve en el Parlamento Europeo, así como las alianzas que pongan en marcha con el resto de miembros elegidos en el conjunto de países de la Unión¹⁹.

En definitiva, tanto en España como en Italia se incide no ya solo desde el punto de vista del castigo, sino que se apuesta por las vías preventivas²⁰. En este sentido, España ha aprobado su *Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, e Italia la *Legge 6 novembre 2012, n. 190. Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*, así como el *Decreto Legislativo 14 marzo 2013, n. 33 recante “Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni”*²¹: la lectura de todas estas disposiciones pone de manifiesto la complejidad del fenómeno de la corrupción y los esfuerzos tan elevados que han de llevar a cabo los Estados para eliminarla: no basta pues con llevar a los Códigos penales figuras delictivas sancionadas con penas de prisión de larga duración; antes bien, incidir en la prevención de la corrupción es mucho más beneficioso que posteriormente intentar descubrir los hilos que tejen estas redes criminales²².

3.

La lucha contra la corrupción en ámbitos supranacionales.

La aparición de la corrupción en el ámbito internacional se ha visto sin duda alguna espoleada por las relaciones comerciales internacionales, y por la interconexión generada entre los agentes públicos que deben adoptar decisiones y los particulares que se benefician de ellas, estén o no en distintos países.

Esto es lo que ha determinado que el impulso necesario que requería la lucha contra la corrupción haya tenido lugar en el ámbito de organismos políticos *supra* estatales. Naciones Unidas, la OCDE, la Unión Europea, o el Consejo de Europa, entre otros, han aprobado distintos convenios que han venido a concienciar a la comunidad internacional de la gravedad de estas conductas que postergan los intereses públicos a favor de los privados, aunque, eso sí, lo

¹⁷ Por limitarnos a casos que al día de hoy ya han dado lugar a sentencias por parte de los tribunales. En los próximos meses, se aclararán otros escándalos políticos que acaparan la atención de la sociedad española: el caso “Bárceñas”, relacionado con la financiación ilegal de un partido político; el caso Matas, ex presidente de una Comunidad Autónoma condenado ya en primera instancia por malversación de caudales públicos; el caso “Bigotes”, empresario que entraba en contacto con las autoridades locales a las que organizaba determinados eventos políticos, deportivos e incluso religiosos; el caso “Nóos”, en el que se investigan las actividades profesionales y económicas de un miembro de la familia real (recientemente, mediante Auto del Juzgado de Instrucción número 3 de Palma, de 25 de junio de 2014, se ha confirmado su procesamiento); el caso de los EREs irregulares, en el que están implicados altos cargos de alguna Comunidad Autónoma, así como líderes sindicales de primera fila.

¹⁸ Poco a poco pues, se está cambiando el panorama de hace unos años, cuando la conciencia social era muy escasa, entre otras cosas, porque como afirmaba DE LA CUESTA ARZAMENDI (“Iniciativas internacionales contra la corrupción”, cit., p. 6) se trata de delitos “*sin víctimas*”, o con víctimas “*muy diseminadas y difundidas*”. Sobre la trascendencia de los supuestos de corrupción urbanística, vid. C. JIMÉNEZ VILLAREJO, “Corrupción, su prevención y persecución en España”, cit., pp. 11 y ss; M. ACALE SÁNCHEZ, “Tratamiento de la corrupción urbanística en el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código penal de 15 de enero de 2007”, cit., pp. 10 y ss. A. NIETO MARTÍN, “La privatización de la lucha contra la corrupción”, cit., pp. 58 y ss; D. BENITO SÁNCHEZ, “Notas sobre la corrupción transnacional. Sus efectos y su combate”, cit., p. 239.

¹⁹ Italia por su parte tampoco se queda a salvo de las llamas de la corrupción: basta resaltar la condena de un anterior primer Ministro por fraude, condena que al día de hoy está cumpliendo, realizando prestaciones en beneficio de la comunidad con el cuidado de enfermos de Alzheimer: vid. *El País*, 10 de mayo de 2014.

²⁰ Vid. el estudio de derecho comparado que se lleva a cabo sobre corrupción pública y privada en la *Revista penal*, 2013/32, pp. 283 y ss.

²¹ Sobre los mecanismos preventivos en Alemania, vid. U. SOMMER, *Korruptionsstrafrecht*, cit., pp. 443 y ss.

²² M. ACALE SÁNCHEZ, “Tratamiento penal de la corrupción urbanística en el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código penal de 15 de enero de 2007”, cit., p. 30; M. MALET VÁZQUEZ, *La corrupción en la Administración pública*, cit., pp. 13 y ss.

hagan persiguiendo cada una de esas instituciones sus propias finalidades²³. Escalonadamente pueden distinguirse los pasos necesarios que se han ido dando antes de culminar con el proceso de aprobación de los mismos: en primer lugar el reconocimiento de la existencia de este tipo de conductas; después han favorecido que la sociedad en general se conciencie sobre su gravedad, y finalmente han incidido en la necesidad de sancionarlas penalmente en aquellos casos en los que los esfuerzos preventivos hayan sido baldíos.

Se ha llegado pues de una etapa de casos de abuso del ejercicio de la función pública en atención de los intereses personales, a otra en la que se ha producido la “*globalización del control*”, – mejor: globalización de la necesidad de controlar la corrupción – imponiendo obligaciones a los Estados que en opinión de VALIEJE ÁLVAREZ han visto afectadas su propia soberanía²⁴.

Dado pues el dato objetivo de que la corrupción política y económica no conoce fronteras y causa efectos transnacionales, no es extraño que la lucha contra la misma acapare “*la atención mundial*”²⁵.

3.1. Naciones Unidas.

3.1.1. La Convención contra la corrupción de 2003.

En el ámbito de Naciones Unidas merece especial atención la Convención contra la Corrupción, que se abrió a la firma de los Estados en Mérida (México) del 9 al 11 de diciembre de 2003 y después de esta fecha en la sede de Naciones Unidas hasta el 9 de diciembre de 2005²⁶.

Desde el propio nombre de la Convención, en el que no se “califica” la corrupción contra la que se pretende luchar ni como pública, ni como privada, se pone de manifiesto el especial énfasis con el que se imprime la propia conducta corrupta, más allá de los resultados que con la misma se alcanzan. Esta confusión deliberada permite concluir que no se trata de un instrumento que tienda a proteger solo a las Administraciones públicas: también tiene cabida en su interior la corrupción en entidades privadas, lo que en cierta medida puede ser criticable porque entre una y otra existen amplias diferencias en cuanto a los intereses afectados (públicos y privados, respectivamente), y porque a los funcionarios públicos ha de exigírseles comportamientos distintos que los que se exigen a los empresarios privados (o si se quiere ser más exactos: aunque se les pueda llegar a exigir un común denominador de comportamientos, su base va a ser distinta en uno y otro caso).

En su preámbulo se subraya la complejidad de la corrupción, y la gravedad de los resultados que produce, que afectan a la “*estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley*”. Se trata pues de resultados de gran envergadura, que reclaman ya desde un punto de vista preventivo general el castigo con una pena grave que sea proporcional al daño que causan.

Además afirma el carácter “transnacional” “*que afecta a todas las sociedades y economías, lo que hace esencial la cooperación internacional para prevenirla y para luchar contra ella*”. En esta línea, no existe otra vía más apropiada para prevenir la corrupción que incidir en “*la necesidad de salvaguardar la integridad y fomentar una cultura de rechazo de la corrupción*”.

Su contenido viene distribuido en ocho capítulos que – por este orden – se refieren a las medidas preventivas, a la penalización de estos comportamientos, a la cooperación internacional, a la recuperación de activos, a la asistencia técnica e intercambio de información y finalmente a los mecanismos de aplicación. El simple hecho de que se hayan distribuido así los distintos capítulos que lo componen pone de manifiesto que la prioridad de Naciones Unidas

²³ I. VALEIJE ÁLVAREZ, “Visión general sobre las resoluciones e iniciativas internacionales en materia de corrupción”, cit., pp. 778 y ss.

²⁴ I. VALEIJE ÁLVAREZ, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho* p. 158.

²⁵ I. VALEIJE ÁLVAREZ, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho* p. 158.

²⁶ *Id.* M.E. TORRES FERNÁNDEZ, “Marco normativo internacional contra la corrupción”, cit., pp. 169 y ss; J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Iniciativas internacionales contra la corrupción”, cit., p. 21; R. BREGAGLIO LAZARTE, “La implementación de las convenciones internacionales para la lucha contra la corrupción. Un análisis de las normas autoejecutivas en el Derecho penal”, en VVAA, *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*, ed. PUCP, Lima, 2012, pp. 165 y ss.

es la prevención, de forma que las políticas represivas pasan a un merecido segundo plano²⁷.

El tercer gran bloque de materias incluidas en esta Convención se refiere a la cooperación internacional, a sabiendas de que se trata de un fenómeno criminal que no conoce fronteras, y que se expande desde unos países a otros. De ahí la necesidad de que existan mecanismos de cooperación internacional que faciliten la investigación criminal, la extradición, el traslado de personas condenadas a cumplir una pena y la asistencia judicial recíproca con la finalidad de recibir testimonios o tomar declaraciones, presentar documentos judiciales, identificar el producto del delito, etc. Sin duda alguna la vía más idónea a estos efectos es la de los acuerdos bilaterales, de ahí que el art. 50 establezca que *“a los efectos de investigar los delitos comprendidos en la presente Convención, se alienta a los Estados parte a que celebren, cuando proceda, acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales apropiados para utilizar esas técnicas especiales de investigación en el contexto de la cooperación en el plano internacional”*²⁸.

3.1.1.1. *Prevención.*

Desde el punto de vista preventivo, el art. 5 potencia la participación ciudadana en el control de la corrupción, colectivizando el conocimiento sobre la misma y concienciando a la población de sus efectos perjudiciales, lo que sin duda alguna contribuirá a que se denuncien antes los hechos que se conocen. Ha de tenerse en consideración que en muchas ocasiones estas prácticas corruptas no son denunciadas porque las personas que tienen conocimiento de su existencia o se están beneficiando directa o indirectamente de ellas, o sencillamente es que no saben que se trata de prácticas ilícitas, por lo que no pueden denunciar lo que desconocen que es denunciable. En esto consiste la prevención general que no sólo las leyes penales persiguen.

En este sentido se incide también en la necesidad de acudir a procedimientos de selección de los funcionarios públicos basados en los principios de eficiencia y transparencia y en criterios objetivos como mérito, equidad y aptitud (art. 7), fomentando códigos de conductas en los que se promueva *“la integridad, la honestidad y la responsabilidad”*.

La transparencia en el ejercicio de la función por tanto es el eje esencial²⁹. En efecto, en la selección de las personas que desempeñen los empleos públicos está la clave: nótese en este punto cómo se acentúan una serie de cualidades que han de poseer estas personas, que se convierten, por una parte, en garantía de honestidad, y por otra, en la base del reproche jurídico en el caso de que se tuerzan los intereses públicos a favor de intereses propios o de terceros.

Y para que una administración sea transparente, hay que fomentar sistemas de contratación pública que haga públicos los criterios que determinarán la decisión de la administración contratante a favor o en perjuicio de una u otra empresa, lo que se facilita si las empresas beneficiarias son sometidas a control antes, durante y después de realizar la actividad, obligándoles a rendir cuentas. Hasta tal punto que, como señala el art. 34 *“los Estados parte podrán considerar la corrupción un factor pertinente en procedimientos jurídicos encaminados a anular o dejar sin efecto un contrato o a revocar una concesión u otro instrumento semejante, o adoptar cualquier otra medida correctiva”*³⁰.

3.1.1.2. *Represión.*

La Convención se centra en la lucha contra la corrupción como fenómeno criminal que

²⁷ M. ACALE SÁNCHEZ, “Tratamiento penal de la corrupción urbanística en el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código penal de 15 de enero de 2007”, cit., p. 30.

²⁸ En esta línea, el Capítulo IV contiene previsiones sobre *“asistencia técnica e intercambio de información”*. Guardián de dicha Convención es la Oficina de Naciones Unidas contra la droga y el delito, con la INTERPOL (Organización internacional de policía criminal) que desarrolla iniciativas de prevención y lucha contra la corrupción en todo el mundo, y con el respaldo de la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF).

²⁹ Singularmente, salta a la vista – art. 7.3 – la preocupación por aumentar *“la transparencia respecto de la financiación de candidaturas a cargos públicos electivos y, cuando proceda, respecto de la financiación de los partidos políticos”*.

³⁰ Especial mención se hace en el art. 11 en torno a las medidas para prevenir la corrupción en el poder judicial y en el ámbito de la fiscalía, a sabiendas que es la forma más grave de corrupción porque si los valedores del Estado de derecho postergan la ley a sus intereses privados al margen ya de afectar a la imparcialidad con la que deben actuar los distintos poderes públicos, es que están vulnerando el principio de legalidad con efectos muy nocivos para los ciudadanos.

atenta contra distintos bienes jurídicos, y obliga a cada Estado parte a adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito una serie de conductas cuando se comentan dolosamente. En este sentido, el art. 2 procede a definir qué se entiende por “funcionario público”³¹, por “funcionario público extranjero”³² por “funcionario de una organización internacional pública”³³, poniendo con todo ello de manifiesto la trascendencia del comportamiento de un sujeto que actúa en nombre de una Administración pública a los efectos de constreñir con su hacer bienes de titularidad pública.

En cualquier caso, ello no impide distinguir dentro del Capítulo III relativo a la “*penalización y aplicación de la ley*” tres grupos de conductas que más allá de su intrínseco carácter “corrupto”, afectan a bienes jurídicos de distinto tenor: las que lesionan o ponen en peligro a una Administración pública; las que afectan al propio orden socioeconómico que se producen en el ámbito de la empresa privada en la forma más de peligro que de lesión; y las que atentan contra la Administración de justicia, lesionándola. Este hecho parece que está poniendo de manifiesto que se dota de mayor importancia al desvalor de acción, que al desvalor de resultado, pues incide más en el comportamiento “corrupto” del autor, que en los bienes jurídicos afectados por el mismo³⁴.

Si se centra la atención en la parte puramente penal de su contenido³⁵, resaltan una serie de previsiones de carácter general que tienen particular incidencia en el ámbito de la prevención de esta clase de criminalidad. En particular, ha de subrayarse el hecho de que se prevea la imposición para las personas físicas de penas privativas de libertad, pero también las de inhabilitación y el comiso. La imposición de penas privativas de libertad ha de ser bien recibida en casos de delincuencia de cuello blanco. Y sin embargo, por sí solas, no son aun suficientes para frenar los efectos perjudiciales de este fenómeno criminal, puesto que desde un punto de vista preventivo especial, las más idóneas – por necesarias – son penas que tiendan a separar al funcionario del cargo que ha usado como palestra para la comisión del delito.

En el ámbito de las penas privativas de libertad, ha de valorarse muy positivamente lo dispuesto en el art. 30.10: “*los Estados parte procurarán promover la reinserción social de las personas condenadas por delitos tipificados con arreglo a la presente Convención*”. De esta forma, se trata de una Convención que mira hacia el futuro, y que parte de un concepto de pena de prisión dinámica, y que no se queda en el mero castigo por el hecho cometido.

Todo ello se complementa con una serie de previsiones generales en torno al castigo de las personas jurídicas con sanciones “*eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias*”, aunque no determina su naturaleza penal, civil o administrativa, a elección de los Estados, señalando que será compatible con la responsabilidad de las personas físicas que en su nombre actúan.

Ha de subrayarse que aunque no se diga nada al respecto, sólo se está teniendo en consideración la responsabilidad de la persona jurídica que no sea pública, esto es, de las empresas que se acercan a las Administraciones públicas para corromperlas, pero no la de las Administraciones públicas corruptas, como sí hace expresamente el Convenio penal sobre corrupción del Consejo de Europa (art. 1.d).

³¹ “Se entenderá: i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; iii) toda otra persona definida como “funcionario público” en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por “funcionario público” toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte”.

³² “Se entenderá toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un país extranjero, ya sea designado o elegido; y toda persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluso para un organismo público o una empresa pública”.

³³ “Se entenderá un empleado público internacional o toda persona que tal organización haya autorizado a actuar en su nombre”.

³⁴ TORRES FERNÁNDEZ (“Marco normativo internacional contra la corrupción”, cit., p. 166) se refiere al “*perfil lesivo diferenciado*” existente entre la corrupción pública y la corrupción privada.

³⁵ Amplias son las previsiones de carácter procesal. En desarrollo de las mismas, con posterioridad, el 4 de noviembre de 2011 el BOE publicaba el Instrumento de Adhesión del Acuerdo para la constitución de la Academia internacional contra la corrupción como organismo internacional, hecho en Viena el 2 de septiembre de 2010 cuya finalidad es la de (art. II) “*promover la prevención y la lucha contra la corrupción de manera eficaz y eficiente mediante: la enseñanza y la formación profesional en materia de lucha contra la corrupción; la investigación de todos los aspectos relativos a la corrupción; la prestación de otras formas pertinentes de asistencia técnica en la lucha contra la corrupción y el fomento de la cooperación internacional y la creación de redes en relación con la lucha contra la corrupción*”.

3.1.1.2.1. *Delitos de corrupción contra las Administraciones públicas.*

Dentro del bloque principal se incluyen una serie de conductas constitutivas de delito que vienen caracterizadas por la participación de dos personas: por un lado, un funcionario público y por otro, un particular. Además el ánimo de lucro está presente en todas ellas, es más, sin él no se da por conformado el tipo subjetivo, ya sea por falta del propio dolo o porque falte el ánimo de lucro cuando se incorpore como elemento subjetivo especial del tipo de injusto.

Entre ellas, la más clásica de las figuras delictivas en la que se acoplan a la perfección los elementos esenciales acabados de definir es el soborno, es decir, en la terminología preferida por el legislador español, el cohecho (activo y pasivo, si se recurre a la clásica clasificación doctrinal que distingue por un lado la figura de quien entrega la dádiva – activo – y quien la recibe – pasivo –, clasificación que ha de ser criticada porque parece que da a entender que el “corruptor” es el particular, mientras que el funcionario se limita a aceptar que lo corrompan; dentro de este razonamiento se esconde cierto prejuicio social, que parece que reprocha menos a este último su comportamiento, cuando en realidad al haber asumido una serie de deberes propios con el cargo, su conducta – incluso cuando se limita a dejarse “corromper” – es más grave que la del particular que tiene menos responsabilidades específicas contraídas con la Administración³⁶. Ha de llamarse la atención en torno al hecho del distinto comportamiento que han de llevar a cabo los sujetos implicados, en la medida en que en muchas ocasiones, el comportamiento activo del particular requiere solo el mero comportamiento pasivo por parte del funcionario, esto es, que omita sus deberes de control. En este sentido ha de señalarse que a pesar de ello, ese mero comportamiento omisivo, no solo es equiparable a la acción sino que en muchas ocasiones tiene un valor superior al propio comportamiento activo llevado cabo por el particular.

En esta línea se prevé el castigo de las conductas tanto del particular – u otro funcionario – que ofrece “un beneficio indebido” a un funcionario público para que actúe en contra de los intereses generales y en beneficio de quien hace el ofrecimiento o de “otra persona o entidad”, en el ejercicio de sus funciones oficiales. Si bien el art. 15 prevé el soborno de “funcionarios públicos nacionales”, el art. 16 se refiere a los “funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas”.

También se incluyen los delitos de malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación por un funcionario público, en beneficio propio o de terceros u otras entidades de “bienes, fondos o títulos públicos o privados, o cualquier otra cosa de valor que se haya confiado al funcionario en virtud de su cargo”.

El tráfico de influencias tampoco pasa desapercibido a los ojos de Naciones Unidas: en efecto, se prevé el castigo por una parte de quien hace “la promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público o a cualquier persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado parte un beneficio indebido que redunde en provecho del instigador original o de cualquier otra persona”, y a su lado, también prevé el castigo de la “solicitud o aceptación por parte del funcionario o cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su provecho o el de otra persona con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado parte un beneficio indebido”.

Dentro de este primer bloque que hemos caracterizado por las notas de la conducta típica – corrupción – y porque afectan al ámbito de la Administración pública, ha de incluirse también el abuso de funciones públicas, que se equipara al abuso de funciones del cargo, es decir, “la realización u omisión de un acto, en violación de la ley, por parte de un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener un beneficio indebido para sí mismo o para otra persona o entidad”: puede observarse cómo esta figura delictiva, a diferencia de las anteriores, tiene un único protagonista que es el funcionario público, si bien con su actuación – activa u omisiva – persigue un beneficio “indebido” – que será de naturaleza económica la mayor parte de las veces, pero nada impide que tenga una naturaleza distinta, como por ejemplo, cuando se persiga un beneficio político – ya sea para sí mismo, o para otra persona – física o jurídica –,

³⁶ M. ACALE SÁNCHEZ, “Tratamiento penal de la corrupción urbanística en el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código penal de 15 de enero de 2007”, cit., p. 31.

con lo que vuelve a surgir la presencia de la delincuencia de cuello blanco.

La última conducta que conforma este grupo es la del enriquecimiento ilícito, previéndose que cada Estado considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas para castigar como delito *“el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él”*. En este caso, como se observa, se produce una inversión de la carga de la prueba, en el sentido de que se presume que cualquier incremento patrimonial no justificado en el patrimonio de un funcionario es ilegal y se eleva a la consideración de delito teniendo que demostrarlo el imputado.

3.1.1.2.2. *Delitos de corrupción privada contra el orden socioeconómico.*

Junto a la previsión del castigo de la corrupción en el sector privado, la Convención contiene previsiones específicas en torno al castigo de determinadas conductas “corruptas” que sin embargo causan un perjuicio en el ámbito privado. Esta es la consecuencia principal que se desprende del hecho de que se defina la corrupción poniendo más peso en el desvalor de acción que en el desvalor de resultado que se causa.

Bajo esta etiqueta pueden incluirse el soborno en el sector privado, esto es *“la promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar”*. Asimismo, *“la solicitud o aceptación, en forma directa o indirecta, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar”*. Por su parte el art. 22 regula la malversación o peculado de bienes en el sector privado: *“en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales, la malversación o el peculado, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de cualesquiera bienes, fondos o títulos privados o de cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado a esa persona por razón de su cargo”*.

También se prevé el blanqueo del producto del delito (art. 23) y el “encubrimiento” (art. 24³⁷), conductas que ya se llevan a cabo una vez que se ha consumado el acto corrupto y que de no tipificarse de forma expresa, no podrían ser consideradas formas de participación en el acto corrupto que ha terminado de perfeccionarse. En la medida de que se trata de dos conductas que se producen con posterioridad a la comisión del delito de malversación, cohecho, etc., aunque no se señale nada en torno a si el sujeto activo del blanqueo o la receptación ha de ser un tercero distinto a quien llevó a cabo el acto corrupto propiamente dicho³⁸, parece que así ha de entenderse. La inclusión en este bloque de estas conductas se basa en el ánimo de lucro que mueve al autor, con independencia de que a su vez puedan estar dificultando la labor de la administración de justicia.

En el caso del blanqueo se hace referencia a una serie de actividades (conversión, transferencia, ocultación o disminución) de bienes que ha de entenderse que provengan de un “delito” aunque para justificar su presencia en esta sede deba aceptarse que se trate de cualquiera de los delitos que ha descrito hasta este momento. Mientras que la definición del encubrimiento/receptación parte como premisa de que se refiere a conductas que se pueden solapar con el blanqueo, siendo así que ahora lo que define a esta infracción es que el autor se dedique al *“encubrimiento o retención continua de bienes a sabiendas de que dichos bienes provienen de cualquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención”*.

3.1.1.2.3. *Delito de corrupción contra la Administración de justicia.*

Finalmente, el tercer grupo de figuras que se incluyen dentro de la Convención de Naciones Unidas sobre “corrupción” afectan directamente a la administración de justicia, pues se

³⁷ Que para el Código español es más la receptación.

³⁸ Todo ello con independencia de que el art. 27 contenga pautas en virtud de las cuales, los Estados firmantes se comprometen a castigar la participación y la tentativa.

trata de conductas que dificultan o impiden el esclarecimiento de los actos corruptos mencionados anteriormente. Ello determina que en muchos casos sean figuras delictivas que se cometen por los mismos sujetos que han llevado a cabo los actos principales de corrupción (ya sea como autores o como partícipes) y que tengan lugar después de realizados aquéllos. De ahí que el descubrimiento de los actos de corrupción que atentan contra la Administración pública o la privada, impidan la producción de estas conductas también corruptas que atentan contra la Administración de justicia.

Por otro lado, de no procederse al castigo expreso, caso de que coincidan los sujetos implicados en una y otra fase de la operación corrupta, podrían quedarse al abrigo de la sanción penal, por ser considerados actos posteriores impunes.

Así el art. 25 se prevé el castigo de *“el uso de la fuerza física, amenazas o intimidación, o la promesa, el ofrecimiento o la concesión de un beneficio indebido para inducir a una persona a prestar falso testimonio o a obstaculizar la prestación de testimonio o la aportación de pruebas en procesos en relación con la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención”*, aunque curiosamente no se castiga a quien sin el empleo de tales medios comisivos, presenta falso testimonio; y finalmente el uso de dichos medios para *“obstaculizar el cumplimiento de las funciones oficiales de un funcionario de la justicia o de los servicios encargados de hacer cumplir la ley en relación con la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la presente convención”*.

3.1.2. *Reflejo en el Código penal español.*

Desde que se firmó por España la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, hasta el día de hoy, puede decirse que el Código penal se ha adaptado completamente a las previsiones de naturaleza penal contenidas en su interior, si bien en el mismo momento de su aprobación, ya se dejaba ver que el esfuerzo que tenía que llevar a cabo el legislador español no era excesivo puesto que el Código penal de entonces ya daba cabida a gran parte de sus previsiones punitivas (tanto en lo referido a las conductas típicas, como a las sanciones concretas a imponerle a sus autores). Eso sí: la diferencia más importante que existe entre el modelo seguido en la Convención y el que se desprende del Código penal español es que si bien la primera, como se ha dicho, pone el acento en el comportamiento “corrupto”, el segundo atiende además al resultado que el mismo causa, lo que determina la ubicación sistemática de estos preceptos, que quedan finalmente separados unos de otros, al dispersarse la protección de los distintos bienes jurídicos a los que afectan.

En este sentido, por lo que toca a los delitos contra la Administración pública, ya en el año 2003 se castigaban con penas “eficaces”, “proporcionadas” y “disuasivas” los delitos de cohecho, tráfico de influencias y malversación, dentro del Título XIX del Código penal como “delitos contra la Administración pública”.

Del conjunto de previsiones sancionadoras quedaba y al día de hoy sigue quedando por castigarse penalmente de forma autónoma la conducta del funcionario público que se deja influir desde el momento en que, visto el contenido del delito de tráfico de influencias (arts. 428 y 429), no es típica, ya que se condena solo al funcionario público o autoridad que influye sobre otro, o del particular que hace lo mismo, aunque el hecho que el funcionario influido sea o no castigado, dependerá del hecho de que después adopte o no una decisión arbitraria en un hecho administrativo, y en tal caso su castigo vendría por haber sido inductor al delito de prevaricación cometido por éste.

A pesar de que se trate de un supuesto que por la vía señala no va a quedar exento de responsabilidad criminal, la solución del Código penal español ha de ser criticada por dos motivos. El primero porque parece que se pone de manifiesto que el “dominio del hecho” pertenece solo y exclusivamente al funcionario influido, y que “moralmente” se rebaja el grado de reproche del influyente respecto al que se merece el funcionario influenciado, decide dictar esa resolución arbitraria en un asunto administrativo de forma que termina beneficiando al influyente. Por otro lado, porque a pesar que la inducción y la autoría en el Código penal español se castigan con la misma pena (el art. 28 es el que señala que *“también se considerarán autores”* a efectos de pena, *“los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo”*), cuando se trata de delitos especiales, la LO 15/2003 incluyó dentro de los criterios de determinación de la pena

una atenuación facultativa – art. 65.3³⁹.

Las figuras delictivas del Código penal español relativas al abuso de las funciones propias del cargo son más amplias que las establecidas en la Convención: en efecto, los arts. 436, 437, 438, 441 y 442 castigan además otros abusos con finalidad sexual.

Y respecto al enriquecimiento ilícito ha de hacerse notar que en España esta conducta no es delictiva, aunque en el ámbito del comiso se presume efectivamente – art. 127 – en caso de delitos cometidos en seno de una organización criminal o grupo terrorista que *“proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista o por delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas”*. Queda todavía abierta la posibilidad de que se extienda esta previsión a los delitos cometidos en el marco de la corrupción. Lo que sí señala expresamente el art. 431 es que en el caso de los delitos de tráfico de influencias y de cohecho, *“las dádivas, presentes o regalos caerán en decomiso”*⁴⁰.

Por lo que se refiere a los que hemos denominado “figuras delictivas relativas a la corrupción en el sector privado y que afectan al propio orden socioeconómico” ha sido necesario que se aprobara la LO 5/2010 para que se incluyera en el Código penal español en la Sección 4ª del Capítulo XI (que incluye, según su rúbrica los “delitos relativos a la propiedad intelectual, e industrial, al mercado y a los consumidores”) del Título XIII – que castiga los “delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico” – los delitos de “corrupción privada”⁴¹. Su aterrizaje en el Código se produce en un lugar sistemático muy alejado a los en puridad de principios, delitos relativos a la corrupción pública, es decir, las distintas modalidades de cohecho y tráfico de influencias, poniendo con ello de manifiesto que aquella “confusión” intencionada que presenta la Convención, queda corregida de esta forma por parte del legislador español, que más allá del comportamiento “corrupto” que puede ser similar en un caso y en el otro, sin embargo, presta

³⁹ “Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate”. Vid. M. ACALE SÁNCHEZ, “Delitos contra la Administración pública II”, en J.M. TERRADILLOS BASOCO (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal*, Tomo III, vol. II, ed. Iustel, Madrid, 2011, pp. 168 y ss.

⁴⁰ Pues bien: esta parece ser la vía que pretende abrir la nueva regulación del comiso ampliado en el Proyecto de reforma del Código penal de 20 de septiembre de 2013 prevé modificaciones de gran calado en este punto. Así, incorpora un art. 127 bis del siguiente tenor literal:

“1. El Juez o Tribunal ordenará también el comiso de los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada por alguno de los siguientes delitos cuando resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, y no se acredite su origen lícito: a) Delitos de trata de seres humanos; b) Delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores y delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de quince años; c) Delitos informáticos de los artículos 197.2 y 3 ó 264; d) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico en los que hubiera sido apreciada la circunstancia de profesionalidad; e) Delitos contra la propiedad intelectual o industrial; f) Delitos de corrupción en los negocios; g) Delitos de receptación del artículo 298.2; h) Delitos de blanqueo de capitales; i) Delitos contra los derechos de los trabajadores de los artículos 311 a 313; j) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros; k) Delitos contra la salud pública de los artículos 368 a 373; l) Delitos de falsificación de moneda; m) Delitos de cohecho; n) Delitos de malversación; o) Delitos de terrorismo; p) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.

2. A los efectos de lo previsto en el número 1 de este artículo, se valorarán, especialmente, entre otros, los siguientes indicios: 1º. La desproporción entre el valor de los bienes y efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada; 2º. La ocultación de la titularidad o de cualquier poder de disposición sobre los bienes o efectos mediante la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, o paraísos fiscales o territorios de nula tributación que oculten o dificulten la determinación de la verdadera titularidad de los bienes; 3º. La transferencia de los bienes o efectos mediante operaciones que dificulten o impidan su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica válida.

3. En estos supuestos será también aplicable lo dispuesto en el número 3 del artículo anterior.

4. Si posteriormente el condenado lo fuera por hechos delictivos similares cometidos con anterioridad, el Juez o Tribunal valorará el alcance del comiso anterior acordado al resolver sobre el comiso en el nuevo procedimiento.

5. El comiso a que se refiere este artículo no será acordado cuando las actividades delictivas de las que provengan los bienes o efectos hubieran prescrito o hubieran sido ya objeto de un proceso penal resuelto por sentencia absolutoria o resolución de sobreseimiento con efectos de cosa juzgada”.

⁴¹ El art. 286 bis establece: “1. Quien por sí o por persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triple del valor del beneficio o ventaja.

2. Con las mismas penas será castigado el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales.

3. Los jueces y tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio.

4. Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva profesionales».

especial atención al hecho de que afectan a intereses tan dispares que merecen una separación sistemática dentro del Código penal.

Finalmente, las conductas que hemos denominado “obstruccionistas” contra la Administración de justicia, se castigan ampliamente dentro del Código penal español en el Capítulo VII del Título XX – que contiene “*los delitos contra la Administración de Justicia*” – bajo la rúbrica más amplia de “*la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional*”.

El mandato, por otro lado, de que se sancione a las personas jurídicas ha sido llevado al Código penal a través de la LO 5/2010, que tras una reforma de amplio espectro ha admitido en España la responsabilidad penal de la propia persona jurídica, yendo mucho más allá que los términos de esta Convención que se limitaba a señalar la necesidad de proceder a sancionarlas, sin calificar en forma alguna la naturaleza de la correspondiente sanción⁴². Se trata no obstante de una previsión que si bien afecta a las personas jurídicas privadas, deja al abrigo de la sanción penal a las Administraciones públicas, en cierta medida con razón pues caso de sancionarlas penalmente, se produciría un daño innecesario para la ciudadanía que no solo ha tenido que soportar el enriquecimiento ilícito de unas personas a costa del erario público, sino que además ha de cargar con las consecuencias de sus actos.

En este sentido, el Proyecto de reforma del Código penal de 20 de septiembre de 2013 prevé incorporar un nuevo art. 427 bis en sede de cohecho, en el que se tipifica la responsabilidad criminal de la persona jurídica. Con ello, se produce finalmente el reconocimiento legal del hecho de que las personas que participan/actúan en el acto corrupto, lo hacen muchas veces desde una persona jurídica, plasmándose así legalmente la implicación de la delincuencia empresarial con la de los actos de corrupción cometidos por funcionarios públicos y autoridades.

En definitiva, queda pues de manifiesto cómo el legislador español distingue la ubicación sistemática de estas figuras dentro del Código penal en atención al desvalor de resultado, por mucho que el desvalor de acción pueda llegar a ser similar.

Por lo demás, sin duda alguna el espíritu de prevención de la corrupción que reina a lo largo de toda la Convención está presente en el ordenamiento jurídico español, que en lo procesal ha puesto en marcha fiscalías especiales en materia de corrupción, que son las que tras la formación específica de sus miembros, están impulsando con muy buenos resultados la persecución de estas figuras delictivas tan difíciles de descubrir en tantos casos.

3.2. La OCDE.

3.2.1. *El Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales.*

La OCDE aprobó el *Convenio de Lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales* el 19 de diciembre de 1997 partiendo de que la “*corrupción es un fenómeno ampliamente difundido en las transacciones comerciales internacionales, incluidos el comercio y la inversión, que suscita graves preocupaciones morales y políticas, socava el buen gobierno y el desarrollo económico y distorsiona las condiciones competitivas internacionales*”, y del papel tan importante que desempeñan los Gobiernos en la prevención así como de la importancia que tienen en estos casos la cooperación, la supervisión y el seguimiento multilateral para controlar que la intervención de agentes públicos extranjeros en las transacciones comer-

⁴² La reforma se ha implementado llevando a cabo cambios numerosos en los arts. 31, 31 bis, 36, 53, 66 bis, 129, 130.2, así como los concretos delitos en los que se ha previsto su responsabilidad: artículos 156 bis (tráfico de órganos humanos), 177 bis (trata de seres humanos), 189 bis (exhibicionismo y provocación sexual), 197 (violación de secretos informáticos), 251 bis (estafas), 261 bis (insolvencias punibles), 264.4 (daños informáticos), 288 (delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores), 302 (receptación y blanqueo de capitales), 310 bis (delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social), 318 bis (delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros), 319 (delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo), 327 (delito ecológico del art. 325), 328 (establecimiento de depósitos o vertederos de residuos), 343 (radiaciones ionizantes), 348 (fabricación de materias que puedan causar estragos) 369 bis (tráfico de drogas), 399 bis (falsificación de certificados), 427 (cohecho), 430 (tráfico de influencias), 445 (corrupción de funcionario público extranjero), y 576 bis (colaboración con banda armada). Esto son los únicos delitos que pueden dar lugar a imponer una pena a una persona jurídica. Parece que se trata de hacerles responder, tal como por otro lado se señala en la Exposición de Motivos, de los delitos cometidos en su nombre o por su cuenta, “y en su provecho”, además por las infracciones que haya propiciado “*por no haber ejercido la persona jurídica el control de sus empleados*”, con lo que parece que, en el plano subjetivo se equipararía la comisión dolosa y la imprudente (*culpa in vigilando*). Vid. M. ACALE SÁNCHEZ, *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 131 y ss.

ciales internacionales se produzca de forma respetuosa con el principio de imparcialidad. La lucha contra este fenómeno de la corrupción se produce pues en esta sede no con una finalidad meramente altruista, sino completamente interesada, a los fines – como afirma TORRES FERNÁNDEZ – de mejorar “*el desarrollo y de la confianza en los mercados*”⁴³.

El compromiso que en esta sede se firmó fue el siguiente: “*cada parte tomará las medidas necesarias para tipificar como delito según su derecho el hecho de que una persona deliberadamente ofrezca, prometa o conceda cualquier beneficio indebido, pecuniario o de otra clase, directamente o mediante intermediarios, a un agente público extranjero, para ese agente o para un tercero, con el fin de que el agente actúe o se abstenga de actuar en relación con el ejercicio de funciones oficiales con el fin de conseguir o de conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales*”. No se aclaraba si con esa conducta se menoscaba un interés de la Administración para la que trabaje el agente público o para el propio orden socioeconómico: abierta quedaba esta cuestión.

Eje central del Convenio es el concepto de “*agente público extranjero*” que se define en el art. 1.4 como “*cualquier persona que ostente un cargo legislativo, administrativo o judicial de un país extranjero, tanto por nombramiento como por elección; cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública; y cualquier funcionario o agente de una organización internacional pública*”.

La constatación de la relevancia que en las relaciones comerciales internacionales alcanzan las personas jurídicas llevó al art. 2 a reclamar que cada Estado miembro procediera a sancionarlas, eso sí, según su derecho interno, sin determinar de forma alguna la naturaleza de la correspondiente sanción. A la vista de su contenido, puede concluirse que para las mismas se reservarán sanciones penales, si se trata de un Estado que admita esta clase de responsabilidad, recurriendo a otras sanciones en caso contrario, así como el decomiso del “*soborno*” o del “*producto de la corrupción*” o el comiso sustitutivo a través de “*bienes cuyo valor corresponda al de ese producto*”.

Y respecto a las consecuencias jurídicas a imponer a la persona física, el art. 3.1 prevé penas “*eficaces, proporcionadas y disuasorias*”, similares a las que le corresponda al funcionario público si con su conducta hubiera afectado a intereses nacionales, haciendo hincapié en las penas privativas de libertad, “*en el grado suficiente para permitir la asistencia judicial mutua efectiva y la extradición*”.

3.2.2. Reflejo en el Código penal español.

A través de la Ley Orgánica 3/2000, se incluyó en el Código Penal un nuevo Título, el XIX bis, rubricado “*de los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*”; en la Exposición de Motivos de la ley de reforma se señalaba que con la incorporación al Código, España saldaba la deuda que tenía asumida tras la ratificación del “*Convenio de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, firmado el 17 de diciembre de 1997*”. Posteriormente, la LO 15/2003 eliminó el Título XIX bis y reubicó su contenido dentro del propio Título XIX en el que se castigaban – y se castigan – según su rúbrica “*los delitos contra la Administración pública*”; con ello se ponía de manifiesto más claramente la naturaleza del bien jurídico protegido en su interior. Finalmente, la LO 5/2010 ha procedido a incorporar modificaciones de calado en la propia figura delictiva, a fin de – según establece su Exposición de Motivos “*acoger conductas de corrupción que no están suficientemente contempladas en la actualidad, así como regular con precisión la responsabilidad penal de personas jurídicas que intervengan en esa clase de hechos*”.

A pesar de esa ubicación, difícilmente puede decirse que se trate de una conducta que afecta a la administración pública española, ni europea, por lo que quizás el dato que ha determinado que finalmente se incluyera en esta sede es que se trata de castigar conductas muy

⁴³M.E. TORRES FERNÁNDEZ, “Marco normativo internacional contra la corrupción”, cit., p. 172. J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Iniciativas internacionales contra la corrupción”, cit., p. 20; I. VALEIJE ÁLVAREZ, “Visión general sobre las resoluciones e iniciativas internacionales en materia de corrupción”, cit., pp. 797 y ss; A. NIETO MARTÍN, “La privatización de la lucha contra la corrupción”, cit., p. 63; D. BENITO SÁNCHEZ, “Notas sobre la corrupción transnacional. Sus efectos y su combate”, cit., pp. 248 y ss.

cercanas al delito de cohecho⁴⁴ o que afectan a una Administración pública: sea cual sea ésta. En efecto, todo parece apuntar a que el bien jurídico protegido ha de buscarse dentro de una administración pública extranjera o de una organización internacional. El autor, cuando “corrompe” o “intenta corromper” a ese funcionario público está poniendo en peligro el principio de imparcialidad con el que también en el seno de dicha organización ha de actuar⁴⁵.

En todo caso, la consideración de estas conductas relativas a la corrupción en las transacciones comerciales internacionales como un delito contra “la Administración pública” es discutible, independientemente de los acuerdos políticos contraídos por España, a no ser que se reinterprete el bien jurídico en el conjunto del Título XIX y se entienda que se trata de figuras delictivas que afectan no ya a una “administración pública española”, sino en un sentido más amplio, a las “administraciones públicas”.

Muchos de los elementos típicos coinciden con los del delito de cohecho⁴⁶.

Tras la reforma operada por la LO 5/2010, el art. 445.1 castiga a “*los que mediante el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio indevido, pecuniario o de otra clase, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a los funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales, en beneficio de esos o de un tercero, o atendieran sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales*”.

Sujeto activo de la conducta puede ser cualquiera, esto es, tanto un particular como un funcionario público o autoridad que actúe por sí mismo o por persona interpuesta. También puede serlo una persona jurídica, cuando concurren los requisitos previstos en el art. 31 bis.

Desde el punto de vista objetivo, la conducta típica consiste en “corromper” o “intentar corromper”, esto es, castiga la modalidad de cohecho activo, si bien – como se decía anteriormente – se trata de verbos no usados por el legislador español para definir el delito de cohecho: se adelanta pues la consumación al momento del intento de corromper.

Esa conducta ha de ir dirigida a un funcionario público extranjero o de una organización internacional. Ahora bien, después de haber distinguido uno de otro, el número 3 del art. 445, al definir qué se entienda por el primero, los confunde. En este sentido, el precepto señalado establece: “*A los efectos de este artículo se entiende por funcionario público extranjero: a) Cualquier persona que ostente un cargo legislativo, administrativo o judicial de un país extranjero, tanto por nombramiento como por elección; b) Cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública; c) Cualquier funcionario o agente de una organización internacional pública*”.

Más difícilmente puede decirse lo mismo cuando se trata de un funcionario público francés que, con su conducta afecta exclusivamente a decisiones internas de Francia. Esta disposición debe entenderse en el sentido de que cada Estado miembro de la Unión se compromete a proteger al mismo nivel que sus propios intereses públicos, los de la Unión Europea así como los intereses propios de cada Estado, con independencia de que en este caso de que los intereses españoles no se vean afectados cuando se trata de un funcionario público francés que gestiona cantidades dinerarias propias, ajenas a políticas europeas, y que no se cruzan con intereses españoles. Por tanto, la previsión establecida en el art. 445 en sede de transacciones comerciales internacionales ha de estar referida a funcionarios públicos extranjeros o de una organización internacional que no pertenezcan a la Unión europea, lo que tiene todo su sentido desde el punto de vista del bien jurídico administración, o a un funcionario público de otro país de la Unión Europea que, por extensión, han sido incluidos dentro del delito de cohecho del art. 427. En el marco del art. 445 se trata pues de corromper o intentar corromper a funcionarios públicos de países no miembros de la Unión y a miembros de organizaciones internacionales externas a la Unión Europea. De ahí el carácter transnacional de las operaciones que le sirven de referencia.

⁴⁴ F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, Valencia, 2013, p. 941: se refiere directamente al “cohecho de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales”.

⁴⁵ Sobre la identificación del bien jurídico en los delitos de cohecho, *vid.* ampliamente M.J. RODRÍGUEZ PUERTA, *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 66 y ss; I. VALEIJE ÁLVAREZ, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, cit., pp. 25 y ss; de la misma, “Reflexiones sobre la eficacia de los delitos contra la Administración pública en materia de corrupción urbanística”, en *Cuadernos Penales José María Lidón*, 2008/5, pp. 43-46.

⁴⁶ *Vid.* M. ACALE SÁNCHEZ, “Delitos contra la Administración pública II”, cit., p. 189.

El medio a través del cual debe intentar corromperse al funcionario público extranjero es el ofrecimiento, promesa o concesión de *“cualquier beneficio indebido, pecuniario o de otra clase”*, es decir, por medio de la dádiva, favor o retribución referida en sede de cohecho, por lo que quizás debería haber tendido el legislador a unificar los términos utilizados en una sede u otra.

El tipo subjetivo exige dolo, y además que se entreguen esas cantidades dinerarias con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales. La conjunción de los tipos objetivo y subjetivo convierte a la figura delictiva examinada en un delito de resultado cortado, en la medida en que se da por consumado cuando se realiza el primer acto – corromper o intentar corromper – a fin de que en un futuro resuelva de acuerdo con sus intereses, pero no es necesario que efectivamente se produzca este segundo acto para dar por conformado el tipo.

Antes de la reforma operada por la LO 5/2010, la pena que le correspondía al autor de este delito se establecía por remisión a lo dispuesto en sede de cohecho, lo que causaba ciertas dificultades interpretativas a la vista de la pluralidad de modalidades existentes. Ahora se señala directamente, simplificando los problemas detectados durante los años de vigencia de la anterior figura delictiva. La pena que le corresponde a la persona física es de prisión de dos a seis años y multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del tanto al duplo del montante de dicho beneficio. Asimismo se impone la “pena” de prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social, y la prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública por un periodo de siete a doce años (también prevista en los arts. 424 y 436).

La pena prevista para la persona jurídica es la de multa de dos a cinco años, o la del triple al quintuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada, así como cuando corresponda en atención a lo dispuesto en el art. 66 bis, cualquiera de las penas contempladas en las letras b) a g) del art. 33.7.

Finalmente, a diferencia de lo establecido en el art. 431 a los efectos del delito de cohecho y de tráfico de influencias, el art. 445 no ha previsto el decomiso del beneficio indebido, pecuniario o de otra clase, esto es, la dádiva. Ello no impide que se aplique el comiso previsto con carácter general del art. 127, a pesar de que dicho precepto no prevé el decomiso del objeto material del delito, pero sí de los beneficios o ganancias devengados.

Las reformas que pretende llevar a cabo el Proyecto de 20 de septiembre de 2013 son amplísimas. En este sentido, según su Exposición de Motivos *“se crea, dentro del Capítulo XI del Título XIII del Libro II del CP, una nueva sección referida a los “Delitos de corrupción en los negocios”, en el que se incluyen los delitos de pago de sobornos para obtener ventajas competitivas (se trate de corrupción en el sector privado o de la corrupción de un agente público extranjero)... En el caso de la regulación del cohecho transnacional, se modifica su marco penal, y se solucionan las dificultades que pudiera plantear la concurrencia de esta norma con las que regulan el cohecho en el Código Penal. Con esta finalidad, se precisa que la norma solamente dejará de ser aplicada cuando los hechos puedan ser castigados con una pena más grave en otro precepto del Código, si bien se dispone que, en todo caso, se impondrá la pena de prohibición de contratar con el sector público y de recibir subvenciones o ayudas pública, beneficios o incentivos fiscales, o de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública”*.

Dentro del Libro II las reformas son muy importantes y se concretan en la eliminación del actual Capítulo X del Título XIX, en el que como se ha señalado anteriormente, se castigan *“los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales”*. Su eliminación se compensa a través del nuevo delito del art. 286 ter en sede de delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, que establece: *“1. Los que mediante el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio o ventaja indebidos, pecuniario o de otra clase, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a una Autoridad o funcionario público, en beneficio de estos o de un tercero, o atendieran sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados, salvo que ya lo estuvieran con una pena más grave en otro precepto de este Código, con las penas de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el*

beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio.

Además de las penas señaladas, se impondrá en todo caso al responsable la pena de prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social, y la prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública por un periodo de siete a doce años.

2. A los efectos de este artículo se entenderá por funcionario público los determinados por los artículos 24 y 427”.

Como se observa, se trata de una reforma de gran calado porque si bien, por un lado, sistemáticamente traslada el delito de corrupción en el ámbito de las operaciones comerciales internacionales al interior de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, dejando claramente señalado cuál es el bien jurídico que aquí se protege, por el otro lado, deja abierta las posibilidades de que la figura delictiva examinada entre en concurso de normas con la inducción a la prevaricación, concurso que se solventará recurriendo al precepto que prevea una pena superior. Por esto mismo, el modelo diseñado en el Proyecto tampoco convence, porque si con las transacciones comerciales internacionales se pone en peligro el orden socioeconómico, quizás se debería haber dejado abierta la puerta para aquellos supuestos en los que por el grado de desarrollo alcanzado, además se lesione o se ponga en peligro más o menos el bien jurídico administración pública. Baste pensar que cuando un particular se acerca a una Administración pública ofreciendo al funcionario o autoridad beneficios o ventajas indebidas, ya está poniendo en peligro el principio de imparcialidad con el que se deben adoptar las decisiones en cualquier ámbito de la Administración pública.

Se deberá así esperar y comprobar cómo se interpreta por los jueces y tribunales esta disposición tal como se redacte y se publique en BOE.

Como se señalaba anteriormente, el Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales no señala nada en torno a cuál sea el bien jurídico protegido en este precepto. El legislador español, con el cambio de ubicación que pretende darle a esta figura delictiva, pone de manifiesto que tampoco lo tiene claro y que, en cualquier caso, la escasa aplicación de este precepto desde que llegó al Código puede deberse a su errónea ubicación⁴⁷.

3.3. *El Consejo de Europa*

3.3.1. *Convenio penal sobre la corrupción.*

El Consejo de Europa también ha incluido dentro de sus objetivos la lucha contra la Corrupción⁴⁸. En efecto, en su seno ha visto la luz el Convenio penal sobre la corrupción, hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999. Fue firmado el 10 de mayo de 2005 por España, aprobado y ratificado el 26 de enero de 2010⁴⁹.

En su preámbulo se parte de que la “*corrupción constituye una amenaza para la primacía del derecho, la democracia y los derechos humanos, que la misma socava los principios de una buena administración, de la equidad y de la justicia social, que falsea la competencia, obstaculiza el desarrollo económico y pone en peligro la estabilidad de las instituciones democráticas y los fundamentos morales de la sociedad*”. De ahí que estén convencidos de la necesidad de “*intensificar la cooperación internacional en materia penal dotándola de mayor rapidez y agilidad*”. Además encarga las in-

⁴⁷ En el mismo sentido, el art. 322 bis del Código penal italiano fue incorporado después de la ratificación por Italia del Convenio en materia de corrupción de los funcionarios públicos de la OCDE: dicho artículo se incluye entre los delitos contra la administración pública: si el Proyecto de reforma del Código español llega a ser publicado en BOE, serán muy amplias las diferencias entre ambos Códigos penales.

⁴⁸ Vid: B. ZAGARIS, *International White collar crime*, cit., pp. 122 y ss; M.E. TORRES FERNÁNDEZ, “Marco normativo internacional contra la corrupción”, cit., p. 174; J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Iniciativas internacionales contra la corrupción”, cit., pp. 14 y 15.

⁴⁹ Por otro lado, el BOE de 31 de marzo de 2010 publica el Instrumento de Ratificación del Convenio Civil sobre la Corrupción (número 174 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 4 de noviembre de 1999, cuya finalidad es reconocer “*la importancia de que para el Derecho civil tiene contribuir a la lucha contra la corrupción, en particular haciendo posible que las personas que hayan sufrido daños reciban una compensación equitativa*”.

vestigaciones al Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO) creado en la 102 Reunión del Comité de Ministros el 4 de mayo de 1998, a través de la Resolución (98) 7, institución que tiene por objeto mejorar la capacidad de sus miembros en la lucha contra la corrupción velando por el cumplimiento de sus compromisos en este ámbito.

El Convenio comienza definiendo qué se entiende por “*agente público*” que se interpretará “*con referencia a la definición de funcionario, oficial público, alcalde, ministro o juez, en el Derecho nacional del Estado en que la persona en cuestión ejerza dichas funciones y tal como se aplique en su derecho penal*”.

También parte de un concepto de personas jurídicas del que se excluyen “*los Estados*” y “*otras entidades públicas en el ejercicio de sus prerrogativas de poder público y de las organizaciones internacionales públicas*”.

Desde el punto de vista del conjunto de conductas “*corruptas*”, ha de llamarse la atención sobre la diversidad de ellas en la línea de la Convención de Naciones Unidas, pues también en su interior se encuentran previsiones relativas a la corrupción pública (cohecho y tráfico de influencias, arts. 11 y 12), a la corrupción privada (activa y pasiva en los arts. 7 y 8), así como conductas corruptas que afectan a la Administración de justicia o cuanto menos, a pesar de afectar a otros bienes jurídicos intermedios, como el blanqueo de capitales o los delitos contables, la ponen también a ella en peligro.

De todas estas conductas hace responder tanto a las personas físicas, como a las personas jurídicas, y prevé por un lado un mecanismo para identificar al responsable de los delitos cometidos en el seno de las personas jurídicas que va a ser sancionada cuando una serie tasada de delitos sean cometidos en “*beneficio*” de las personas jurídicas por una persona física, actuando individualmente o como miembro de un órgano de la persona jurídica, que ejerza un poder directivo dentro de ésta, sobre la base de un poder de representación de la persona jurídica, o una autoridad para adoptar decisiones en nombre de la persona jurídica, o una autoridad para ejercer control en el seno de la persona jurídica, así como la participación de esa persona física en calidad de cómplice o de instigador en la comisión de los delitos anteriormente mencionados. Se equipara el castigo de la conducta dolosa de la persona física a aquellos supuestos en los que actúa con “*falta de vigilancia o de control*”.

Para las personas físicas opta por la imposición de penas que sean “*efectivas, proporcionadas y disuasorias*” entre las que menciona las privativas de libertad, y para las personas jurídicas sanciones igualmente “*eficaces, proporcionadas y disuasorias de naturaleza penal o no penal, incluidas las sanciones pecuniarias*”.

3.3.2. *Reflejo en el Código penal español.*

Respecto a España, la 42 Reunión plenaria del Greco celebrada en Estrasburgo los días 11 a 15 de mayo de 2009 aprobó el Informe de Evaluación. En su interior, al igual que se loaba por ejemplo la extensión del castigo del cohecho en el Código penal español al cohecho subsiguiente, al que la Convención no se refiere, recomendaba algunas correcciones. La más urgente de todas ellas era que se ratificara el Convenio sobre corrupción que a esa fecha no se había hecho todavía. Asimismo se recomendaban cuestiones puntuales como aclarar el concepto de dádiva y si las “*ventajas inmateriales están contempladas en las disposiciones del Código penal relativas a corrupción*”; se proponían modificaciones de gran calado en lo que al castigo del delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales⁵⁰; modificar el art. 422 asegurándose el castigo de jurados y árbitros extranjeros; el castigo de la corrupción en el sector privado de conformidad con los arts. 7 y 8 del Convenio penal sobre la corrupción y del tráfico de influencias activo como delito principal; criminalizar el tráfico de influencias en relación con empleados públicos extranjeros, miembros de asambleas públicas extranjeras, funcionarios de organismos internacionales, miembros de asambleas parlamentarias interna-

⁵⁰“Recomienda (i) clarificar la noción de empleado público extranjero; (ii) ampliar el ámbito de aplicación del art. 445 relativo a la corrupción activa de empleados públicos extranjeros y funcionarios de organismos internacionales de forma que abarque no sólo las situaciones que impliquen transacciones comerciales internacionales; (iii) criminalizar la corrupción activa de empleados públicos extranjeros y funcionarios de organismos internacionales; y (iv) asegurar que se criminaliza la corrupción de miembros de asambleas públicas extranjeras, asambleas parlamentarias internacionales (aparte de los miembros del Parlamento europeo), así como la de jueces y empleados de tribunales internacionales (además de los que sirven en la Corte Penal internacional”.

cionales y jueces y empleados de tribunales internacionales; y aclarar definitivamente cuales son las ventajas no materiales contempladas por las disposiciones del Código penal relativas al tráfico de influencias; se proponía también que se aumentaran las sanciones para los delitos de cohecho de los arts. 421, 425 y 426 con el fin de garantizar que estos delitos puedan dar lugar a extradición y aumentar las sanciones para el tráfico de influencias; finalmente se planteaba que España debería “*someter a revisión la aplicación del art. 427 sobre arrepentimiento a fin de determinar los potenciales usos y abusos de este eximente en la investigación y enjuiciamiento de casos de corrupción y, si es necesario, tomar las medidas oportunas*”.

España respondió a todas estas sugerencias mediante un informe de fecha de 22 de diciembre de 2010, el día anterior al de entrada en vigor de la reforma del Código penal operada por la LO 5/2010 que tan profundos cambios ha incorporado en estas materias. Así, tras la nueva redacción – y ubicación – dada a los delitos de cohecho por la LO 5/2010, el art. 423, después de la inclusión de las distintas modalidades de cohecho pasivo, señala que “*lo dispuesto en los artículos precedentes será igualmente aplicable a los jurados, árbitros, peritos, administradores o interventores designados judicialmente, o a cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública*”. Se trata de sujetos que desempeñan de forma habitual funciones de carácter público sin el requisito subjetivo de la definición de funcionario del art. 24 del Código, esto es, el acceso a la función pública por nombramiento de la autoridad competente, por elección o disposición inmediata de la ley. De no haberse incorporado esta cláusula de extensión de la responsabilidad criminal, no cabría aplicar los delitos de cohecho a estos sujetos pues supondría analogía *in malam partem*, en la medida en que no son funcionarios públicos a efectos penales.

Con posterioridad, a fecha de 1 de abril de 2012, vio la luz el nuevo informe sobre “Infracciones” del GRECO. En este segundo informe, se felicitan porque ya España ha ratificado el Convenio; porque se ha modificado la referencia a la dádiva dentro de los delitos de cohecho, de forma que ya no hay duda de que entran también las ventajas materiales o inmateriales; se ha castigado expresamente el cohecho de funcionario público extranjero que también ha sido definido de forma autónoma; se ha castigado la corrupción privada; se han elevado las penas del cohecho y del tráfico de influencias; no obstante, todavía tiene tarea por delante España pues no se ha castigado en el art. 445 la corrupción pasiva en el contexto de la cooperación transaccional; se exige ahora cambios en cuanto a las sanciones a imponer en el caso de financiación ilegal de partidos políticos, no bastándole la información que le proporcionó el Tribunal de Cuentas y exigiéndole que incluya “*sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias para estas infracciones, en particular, por extender el rango de sanciones disponibles y mediante la ampliación del ámbito de aplicación de las sanciones previstas para cubrir todas las personas o entidades (incluidos los donantes individuales) a quienes la Ley Orgánica 8/2007 impone obligaciones*”⁵¹.

3.4. La Unión Europea.

3.4.1. Desde el Tratado de la Unión Europea, hasta el Tratado de Lisboa.

Desde que el art. 29 del Tratado de la Unión Europea – hoy Tratado de Funcionamiento – enumerara la prevención y la lucha contra la corrupción, organizada o no, como uno de los objetivos para lograr la creación y salvaguardia de un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, mediante una mayor cooperación judicial, policial y aduanera y la aproximación, cuando proceda, de las normas penales, (III pilar), la actividad europea ha sido incesante, y ha ido profundizando en medidas de carácter preventivo⁵². Con esta finalidad, la Comisión presentó una Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo (“*Una política de la Unión en materia de lucha contra la corrupción*”, de 21 de mayo de 1997) en la que se recogía la estrategia sobre la corrupción dentro y fuera de sus fronteras, en la que proponía la prohibición de la desgravación

⁵¹ El BOE de 7 de marzo de 2011 publicaba el Instrumento de ratificación del Protocolo adicional penal sobre la corrupción, hecho en Estrasburgo el 15 de mayo de 2003 que tiene en el centro de su atención la figura de los árbitros y jurados, y de la extensión hacia ellos de los delitos de corrupción.

⁵² Vid al respecto M.A. PÉREZ MARÍN, *La lucha contra la criminalidad en la Unión Europea*, ed. Atelier, Barcelona, 2013, pp. 111 y ss.

fiscal de sobornos, normas sobre los procedimientos de contratación pública, introducción de normas contables y de auditoría, y el establecimiento de listas negras de empresas corruptas y medidas en el régimen de ayuda y asistencia externas de la Comunidad⁵³.

De conformidad con el Consejo Europeo de Tampere, consagrado exclusivamente a los asuntos de justicia e interior, la así llamada Estrategia del Milenio sobre la prevención y control de la delincuencia organizada de 27 de marzo de 2000 centró la corrupción en el contexto de la delincuencia financiera como una de los delitos en los que el Consejo “*debe adoptar instrumentos destinados a aproximar las legislaciones de los Estados miembros*”, acordando definiciones y sanciones comunes y desarrollando una política más general (es decir, pluridisciplinar), a escala de la Unión Europea respecto de esta forma específica de delincuencia, teniendo en cuenta los trabajos realizados en otras organizaciones.

Por otro lado, en 2001 se creó EUROJUST, integrado por un miembro de la Administración de Justicia por cada Estado miembro con objeto de facilitar contactos, hacer posible la cooperación entre magistrados y descubrir vínculos entre casos transfronterizos en curso. Su competencia material abarca, entre otras cosas, el fraude y la corrupción, el blanqueo de dinero y la participación en una organización delictiva. Asimismo, el fiscal europeo financiero, según lo propuesto por la Comisión en su *Libro verde* de 11 de diciembre de 2001, recibirá el mandato de enfrentarse a los delitos de corrupción a condición de que afecten a los intereses financieros de la Comunidad.

En este sentido, el primer documento es el *Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea*⁵⁴, cuya aprobación vino a poner de manifiesto la necesidad “*de adaptar – vía asimilación – las legislaciones nacionales en la medida en que no tipifiquen como delito los actos de corrupción que causen o puedan causar perjuicio a los intereses financieros de las Comunidades Europeas y en los que estén implicados funcionarios comunitarios o funcionarios de otros Estados miembros*”⁵⁵.

En efecto, allí se partía de que si bien casi todos los ordenamientos castigan los delitos relacionados con la corrupción, muchas veces existen impedimentos para poder asimilar al funcionario público comunitario al nacional, quedándose así las acciones por ellos emprendidas libres de castigo, lo que se convertía en un factor criminógeno, dificultando a su vez la cooperación judicial entre los distintos Estados miembros.

Ha de mencionarse en esta sede que con anterioridad vio la luz el Convenio de 26 de julio de 1995 relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades europeas, en cuya letra h) del punto 7 establece que “*los Estados miembros deberán adoptar medidas eficaces para sancionar el soborno en el que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas en relación con los intereses financieros de las comunidades*”. Ahora bien, como se afirma en el Informe explicativo “*debido al objeto del Convenio que completaba, el Protocolo sólo podía exigir a los estados miembros que castigaran la conducta relacionada con el fraude contra los intereses financieros de las Comunidades Europeas*”, es decir, según la definición de los arts. 2 y 3 del Protocolo, una acción u omisión, “*que cause o pueda causar perjuicio a los intereses financieros de las Comunidades Europeas*”.

En su art. 1 define los conceptos de funcionario, funcionario comunitario y de funcionario nacional, con la finalidad de que a todos ellos les sean aplicables en los distintos Estados miembros los delitos de cohecho⁵⁶.

Asimismo, la comisión ha creado la Oficina Europea de lucha contra el fraude (OLAF),

⁵³ Vid. M.E. TORRES FERNÁNDEZ, “Marco normativo internacional contra la corrupción”, cit., pp. 178 y ss; J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Iniciativas internacionales contra la corrupción”, cit., pp. 16 y ss; I. VALEIJE ÁLVAREZ, “Visión general sobre las resoluciones e iniciativas internacionales en materia de corrupción”, cit., pp. 783 y ss; de la misma, “Visión general sobre las resoluciones e iniciativas internacionales en materia de corrupción”, cit., pp. 800 y ss.

⁵⁴ DOCE, 25 de junio 1997.

⁵⁵ En su art. 6 contiene las reglas de la aplicación de las respectivas leyes penales nacionales en el espacio; vid. A. NIETO GARCÍA, “La lucha contra el fraude a la Hacienda pública comunitaria”, en C. MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, *I Congreso hispano-italiano de Derecho Penal Económico*, A Coruña, Servicio de publicaciones de la Universidad de A Coruña, 1998, pp. 225-226; M. ACALE SÁNCHEZ, “Las subvenciones comunitarias y sus fraudes”, en J.M. TERRADILLOS BASOCO (coord.), *Protección de los intereses financieros de la Comunidad Europea*, cit., pp. 66 y ss.

⁵⁶ Como se verá a continuación, esto es lo que ha venido a hacer la reforma operada por la LO 5/2010, con la inclusión en el art. 427 de una definición de funcionario de la Unión Europea, partiendo de lo previsto en el art. 1 del Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del art. K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea.

dotada de competencias de investigación interinstitucionales. Por lo que se refiere a sus investigaciones internas, la corrupción incluye las faltas profesionales de los funcionarios de la Unión Europea en el ejercicio de sus funciones que puedan dar lugar a un procedimiento disciplinario o penal.

Por otro lado, ha de tenerse en cuenta la Decisión Marco del Consejo de 22 de julio 2003⁵⁷, que ha dado lugar, según la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 a la inclusión del delito de corrupción privada: *“la idea fuerza en este ámbito es que la garantía de una competencia justa y honesta pasa por la represión de los actos encaminados a corromper a los administradores de entidades privadas de forma similar a lo que se hace a través del delito de cohecho. Porque con estos comportamientos, que exceden de la esfera de lo privado, se rompen las reglas de buen funcionamiento del mercado. La importancia del problema es grande si se repara en la repercusión que pueden tener las decisiones empresariales, no solo para sus protagonistas inmediatos, sino para otras muchas personas”*. Ha de resaltarse que la Unión, con buen criterio, regula de forma independiente de la corrupción pública, la que se produce en el ámbito privado, poniendo con ello de manifiesto el mayor peso que tiene en la construcción teórica de la corrupción más el resultado que causa (perjuicio para un bien jurídico privado o público), que el mero desvalor de acción.

La Unión Europea en la Decisión mencionada parte de que *“junto a la mundialización, los últimos años han traído un aumento del comercio transfronterizo de bienes y servicios, por lo que la corrupción en el sector privado de un Estado miembro ha dejado de ser un problema meramente interno para convertirse en un problema también transnacional, que se aborda más eficazmente mediante una actuación conjunta de la Unión Europea”*⁵⁸.

Su objetivo es ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia, objetivo que habrá de lograrse mediante la prevención y la lucha contra la delincuencia, organizada o no, incluida la corrupción activa y pasiva en el sector privado.

En el ámbito de las sanciones, el art. 4 prevé la imposición de sanciones de naturaleza penal *“efectivas, proporcionadas y disuasorias”*, exigiendo a los Estados que aseguren las *“sanciones privativas de libertad de una duración máxima de al menos de uno a tres años”* e inhabilitaciones *“cuando los hechos comprobados den motivos para pensar que existe un claro riesgo de que abuse de su posición o cargo mediante actos de corrupción activa o pasiva”*.

Se consagra la responsabilidad de la propia persona jurídica – penal o administrativa – y establece un mecanismo para identificar a la persona física que actúe en nombre de aquella: *“los estados miembros tomarán las medidas necesarias para asegurar que las personas jurídicas pueden ser consideradas responsables de las infracciones mencionadas en los arts. 2 y 3 cometidas en su provecho por cualquier persona que, actuando a título individual o como parte de un órgano de la persona jurídica, ostente un cargo directivo en el seno de dicha persona jurídica basado en: a) un poder de representación de dicha persona jurídica; b) una autoridad para tomar decisiones en nombre de dicha persona jurídica; c) una autoridad para ejercer el control en el seno de dicha persona jurídica”*.

También en este caso se equipara el dolo a la *“falta de vigilancia o control”*.

El catálogo de sanciones previstas para la persona jurídica pone de manifiesto la incisión desde el punto de vista de la prevención especial en la actividad de la empresa: *“los estados miembros tomarán las medidas para asegurar que las personas jurídicas consideradas responsables en virtud del apartado 1 del art. 5 puedan ser castigadas con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, que incluirán multas de carácter penal o administrativo, y que podrán incluir otras sanciones, tales como exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas, inhabilitación temporal o permanente para desempeñar actividades comerciales, vigilancia judicial, medida judicial de disolución”*.

En el ámbito del Tratado de Lisboa, ha de resaltarse que se recoge en su interior un catálogo cerrado de bienes jurídicos de naturaleza puramente europea y obliga a los Estados partes a que procedan a protegerlos penalmente (art. 83 TFUE)⁵⁹. Es lo que se denomina Derecho penal europeo esencial. Junto a él, establece las bases en virtud de las cuales crezca el anterior catálogo de forma sucesiva —y, por tanto, derivada— (al margen de las previsiones específicas que se establecen en otro lugar respecto al fraude de subvenciones). El art. 83.1 TFUE establece que el Parlamento europeo y el Consejo podrán establecer mediante directi-

⁵⁷ DM 22003/568/JAI, Diario Oficial de la Unión Europea 192/54, 31 de julio de 2003.

⁵⁸ Por todos en extenso vid. M. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, *El legislador penal europeo: legitimidad y racionalidad*, ed. Thomson Reuters, Pamplona, 2011, pp.265 y ss.

⁵⁹ M. ACALE SÁNCHEZ, “Derecho penal y Tratado de Lisboa”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2008/30, pp. 349 ss.

vas a través del procedimiento legislativo ordinario «normas mínimas» relativas a la definición de las «infracciones penales» y de las «sanciones» en ámbitos de «especial gravedad» – que posteriormente tasa el párrafo segundo de este artículo –, que además tengan una dimensión transfronteriza derivada del «carácter», o de las «repercusiones» de dichas infracciones, o de la «necesidad particular» de combatirla según criterios comunes: estos son pues los puntos esenciales sobre los que levanta la Unión su capacidad para obligar a los Estados a dirigir su actividad legislativa en materia penal; podrá comprenderse fácilmente que en este contexto, lo que haya que entenderse por «normas mínimas» pasa a ser la cuestión esencial.

En un principio, parece que se trata de normas mínimas con relación a la identificación del catálogo de figuras delictivas. Ahora bien, en la medida en que el Tratado de Lisboa no supone una etapa distinta, sino simplemente un momento posterior al actual desarrollo del acervo comunitario, por el contenido de las Decisiones Marcos aprobadas durante los últimos años, todo apunta a que dichas previsiones van a abarcar también cuestiones relativas a la parte general del Derecho penal y, por ende, tomarán partido en torno al castigo expreso de la tentativa, la tutela de bienes jurídicos colectivos, las formas imprudentes o la participación – entre otras –.

Los ámbitos de especial gravedad vienen tasados en el propio art. 83.1 párrafo 2º TFUE: terrorismo⁶⁰, trata de seres humanos y la explotación sexual de “mujeres y niños”⁶¹, tráfico ilícito de drogas⁶², tráfico ilícito de armas, blanqueo capitales⁶³, corrupción⁶⁴, falsificación de medios de pago⁶⁵, delincuencia informática⁶⁶, así como delincuencia organizada. Se trata pues de un elenco de materias completamente europeizado antes de la aprobación del Tratado de Lisboa a través de distintas Decisiones Marcos. Estos serían los bienes jurídicos propiamente europeos. Se incluye pues la referencia expresa a la “corrupción”, sin que se señale si se refiere a la corrupción pública o privada.

No cabe duda de que el impulso que la Unión Europea ha dado a la lucha contra la corrupción – pública por un lado, y privada por el otro – se debe a que Europa sigue siendo al día de hoy una administración lejana para los ciudadanos europeos que no van a votar todavía convencidos de elegir a sus representantes en sus instituciones y de que se trate de una Administración que tenga capacidad de actuar y de estar presente en la vida cotidiana. En definitiva, Europa será realidad y será creíble para todos solo si aleja la corrupción de ella.

3.4.2. *Reflejo en el Código penal español.*

La influencia de las decisiones de contenido penal adoptadas en el ámbito de la Unión Europea en el Código penal español es indudable. Al margen ya de las innumerables reformas llevadas a cabo para adaptar el contenido del Código a las directivas y decisiones marcos europea⁶⁷, en particular es preciso señalar ahora que la reforma operada por la LO 5/2010 ha extendido claramente los contornos de los delitos de cohecho y además ha procedido a incluir en el Código el delito de corrupción privada.

En efecto, por lo que toca a la “corrupción pública”, el art. 427 tras la reforma sufrida en 2010 lleva a cabo una extensión de la responsabilidad criminal, desde el momento en el que establece que lo dispuesto en los artículos precedentes en materia de cohecho se aplicará

⁶⁰ Decisión Marco 2002/475/JAI, del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo.

⁶¹ Decisión Marco 2002/629/JAI, del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y a la Decisión Marco 2002/946/JAI, del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, para reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares.

⁶² Decisión Marco 2004/757/JAI, del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delito y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas.

⁶³ Decisión Marco 2001/500/JAI, del Consejo, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito.

⁶⁴ Decisión Marco 2003/568/JAI, del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado; Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea de 25 de junio de 1997.

⁶⁵ Decisión Marco 2001/413/JAI, del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa a la lucha contra el fraude y la falsificación de los medios de pago distintos del efectivo.

⁶⁶ Decisión Marco 2005/222/JAI, del Consejo, de 24 de febrero de 2005, sobre los ataques contra los sistemas de información.

⁶⁷ Véase a título de ejemplo la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado (DO L 192 de 31.7.2003).

también cuando sean imputados o afecten a funcionarios de la Unión Europea – junto a los funcionarios nacionales de otros Estados. En este sentido, el art. 427.1 establece que *“lo dispuesto en los artículos precedentes será también aplicable cuando los hechos sean imputados o afecten a los funcionarios de la Unión Europea o a los funcionarios nacionales de otro Estado miembro de la Unión”*.

Sorprende que esa definición se limite a tener validez en sede de cohecho y no por ejemplo en el ámbito del tráfico de influencias. Queda no obstante la posibilidad de entender que el señalamiento expreso de los miembros del Parlamento Europeo como “autoridades” en el art. 24 del Código, si se entiende que se trata de una mera orientación y de que caben más personas dentro del concepto de funcionario público o de autoridad, podría entenderse que cualquier delito en el que se haga referencia a un funcionario público o autoridad puede ser cometido por un funcionario de la Unión Europea o sobre un funcionario de ella.

La ampliación es pues clara, y desborda a la propia Unión Europea, pues por un lado se prevé la aplicación de los delitos de cohecho cuando se trata de funcionarios de la Unión Europea, pero por el otro, también cuando se trata de conductas en las que resulten imputados funcionarios de otros países miembros de la Unión. Ambos conceptos son definidos posteriormente.

Así, a efectos penales, el art. 427.1 define qué ha de entenderse por “funcionario de la Unión Europea: *“1.º toda persona que tenga la condición de funcionario o de agente contratado en el sentido del Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas o del Régimen aplicable a otros agentes de la Unión Europea; 2.º toda persona puesta a disposición de la Unión Europea por los Estados miembros o por cualquier organismo público o privado que ejerza en ellas funciones equivalentes a las que ejercen los funcionarios u otros agentes de la Unión Europea; 3.º los miembros de organismos creados de conformidad con los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, así como el personal de dichos organismos, en la medida en que el Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas o el Régimen aplicable a otros agentes de la Unión Europea no les sea aplicable.*

La inclusión en sede de cohecho de esta definición tiene todo su sentido si se acepta que el bien jurídico imparcialidad se refiere a una Administración pública española, y española es también la comunitaria, a la que le ha cedido parte de su propia soberanía.

Por otra parte, también se define en el art. 427.2 in fine qué se entiende por funcionario nacional de otro Estado miembro de la Unión: *“el que tenga esta condición a los fines de la aplicación del Derecho penal de dicho Estado miembro”*.

El Proyecto de reforma del Código penal de 20 de septiembre de 2013 prevé modificar el art. 427, ampliando el concepto de funcionario público en cualquier caso⁶⁸.

Se puede decir que en España, desde 2010 al día de hoy, se impone la misma pena al autor del delito de cohecho sobre un funcionario español, comunitario o sobre un funcionario de otro país de la Unión. Esta es razón suficiente para entender que dentro del Título XIX no se protege la Administración pública española: por el contrario, se protege a las “administraciones públicas” en términos más generales. Así, la Administración pública italiana se protege por el Código penal español cuando un delito de cohecho afecte a sus funcionarios públicos y con ellos, a sus propios intereses. En contraprestación, España confía en que Italia haga lo mismo con sus funcionarios y con sus intereses: en efecto, puede decirse que el código penal italiano, entre los delitos contra la administración pública del Título II, protege no solo a la Unión Europea, sino también a la Administración pública española, porque el art. 322 bis.5 establece que las disposiciones de los artículos 314, 316, del 317 al 320 y 322.3 y 4, se aplican también: *“a coloro che, nell’ambito di altri Stati membri dell’Unione europea, svolgono funzioni o attività corrispondenti di un pubblico servizio”*.

4.

Epílogo.

Todos estos instrumentos internacionales coinciden en varias necesidades: aclarar quienes son los agentes públicos o los funcionarios públicos que quienes gestionan lo público (internacional, europeo o extranjero); castigar las conductas relacionadas con la “corrupción” pública y privada, conjunta o separadamente, pero de castigarlas; incidir en mecanismos de cooperación

⁶⁸ Vid. *supra*.

judicial y policial; en la concienciación social sobre la gravedad de estos atentados que causan macro daños solo evaluables desde un punto de vista macro social; así como en la necesidad de incidir en la transparencia como remedio frente a la corrupción.

Y en efecto, la corrupción teje redes delinuenciales muy amplias, en las que necesariamente tienen que implicarse personas provenientes tanto de la esfera privada como de la pública, las cuales se rodean de expertos en materia empresarial, para facilitar las – en muchos casos – operaciones económicas que llevan a cabo – verdaderas obras de ingeniería económica –, así como la delicada tarea de proceder a blanquear los capitales provenientes de estas actividades ilícitas y por ende, la entrada en el mercado económico de ingentes cantidades de dinero negro. Lo que determina, que la lucha contra dicho fenómeno ha de abarcar todos esos aspectos y ha de procurarse que participen en la misma los mismos profesionales que tejen la tela de la araña, capaces con los mismos conocimientos que éstos, de poner al descubierto los hilos que manejan.

Pero por mucho que en el Código penal se castiguen estas conductas y con penas elevadas, de poco sirve si no existen los medios económicos, materiales y humanos suficientes como para que la investigación policial pueda verdaderamente llegar a buen puerto. Ese cúmulo de profesionales dedicados a estas tareas, además, ha de actuar de forma conjunta y coordinada desde todos los frentes. Confiar todo este trabajo al Derecho penal es fácil, aunque no se sabe bien si eficaz, pues puede que se valore el riesgo que corren los autores de ser descubiertos y que se siga actuando si se confía en la escasez de medios policiales destinados a la investigación en apoyo de las labores de instrucción. De ahí la importancia de la OLAF y del GRECO.

En este sentido, han de ser valoradas positivamente la creación de la Fiscalía especial en materia de corrupción que impulsan de forma ordenada la persecución de estas conductas. También ha de valorarse muy positivamente la aprobación de leyes anticorrupción, como la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y la Legge 6 novembre 2012, n. 190 Recadente “*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione*”: recuperar la confianza en la democracia, es la mejor vía para atraer la inversión privada nacional y extranjera y salir así todos juntos de la crisis: gobiernos y ciudadanía.

Las elecciones celebradas en Europa recientemente, en España que es el país de la Unión Europea que más preocupación le causa la corrupción, ha votado más a los partidos menos corruptos: puede decirse pues que la transparencia causa el resultado democrático de vencer en las urnas. Los partidos con más escándalos de corrupción son los que más votos han perdido porque la ciudadanía interactúa contra ella, votando en las urnas⁶⁹.

¿Reflexionará alguna vez la clase política sobre ello? Esperar a que caigan sobre sus cabezas las piedras que ella misma tira sobre su propio tejado no parece una solución para ningún problema. Menos aún para hacer frente al fenómeno de la corrupción, que a modo de tsunami, arrastra lo que a su paso encuentra.

⁶⁹ B. ZAGARIS, *International White collar crime*, cit., p. 96.

EL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN EN ESPAÑA: RESPUESTA PENAL Y PROPUESTAS DE REFORMA

Relazione al Congresso italo-spagnolo
svoltosi presso l'Università degli Studi di Milano il 29 e 30 maggio 2014

Javier Gustavo Fernández Teruelo*

SOMMARIO

1. Situación actual de la corrupción en España: referencias cuantitativas y percepción ciudadana. – 2. Propuestas legislativas frente a la corrupción y su alcance. – 3. La regulación penal vigente y las propuestas contenidas en el proyecto de reforma del Código Penal del año 2013 (el nuevo delito de gestión desleal de patrimonio público). – 4. Propuestas para la búsqueda de un modelo eficaz de prevención y persecución penal.

* Catedrático acreditado de Derecho penal, Universidad de Oviedo.

1.

Situación actual de la corrupción en España: referencias cuantitativas y percepción ciudadana.

En los últimos años han salido a la luz numerosos casos de corrupción en el ámbito público¹, entendida ésta como acción u omisión de una o varias personas que manipulan los medios públicos en beneficio privado propio y/o ajeno, alterando los fines de los mismos en perjuicio de los ciudadanos. Las causas, o más bien los fenómenos favorecedores, de este incremento habrían sido múltiples, si bien entre los más significativos podríamos destacar algunos como los siguientes: a) crecimiento económico sustentado en factores muy sensibles a la corrupción (especialmente la construcción – obra pública y privada –); precisamente el desarrollo urbanístico hasta el estallido de la denominada “burbuja inmobiliaria” era la principal fuente de financiación de las corporaciones locales; b) concesión, introduciendo mecanismos de adjudicación basados en subastas en vez de concursos, de muchas obras de carácter público por cantidades ingentes de dinero; c) intervención de los políticos en la gestión de determinadas entidades de crédito (Cajas de Ahorro)²; en concreto durante el periodo referido existían 45 Cajas de Ahorro en España, cuyos órganos de dirección (asambleas generales y consejos de administración) contaban con 6.065 consejeros, de los cuales – a su vez – el 34% (2.087), eran cargos elegidos discrecionalmente por los partidos políticos (alcaldes, concejales, presidentes de diputación o altos cargos de los gobiernos regionales), etc.

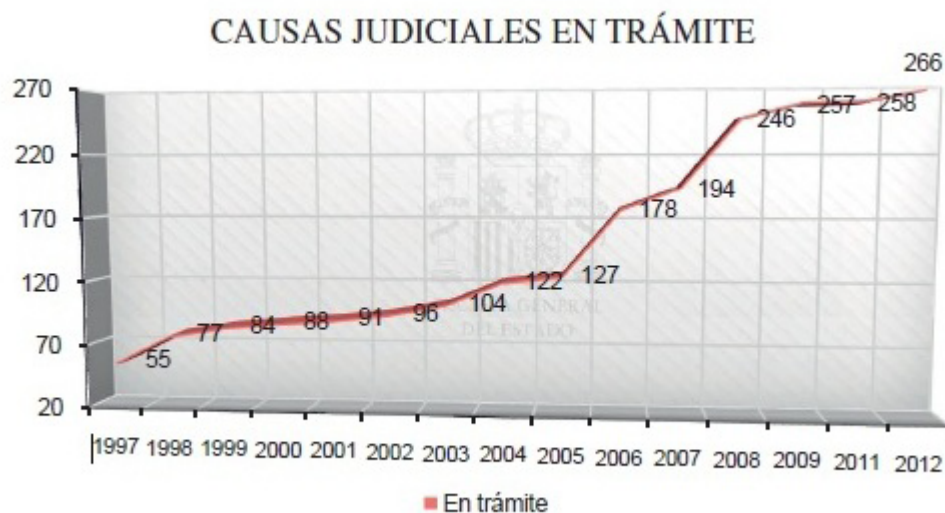
Según el “Informe del Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial sobre macrocausas y causas relacionadas con la corrupción en tramitación”, en abril de 2013 se encontraban en alguna de las distintas fases del procedimiento 1.601 casos de corrupción, entendida en sentido amplio (receptación y blanqueo de capitales, delitos contra el patrimonio histórico, los recursos naturales y el medio ambiente, falsedades documentales, prevaricación de funcionarios públicos, infidelidad en la custodia de documentos y revelación de secretos, cohecho, tráfico de influencias, malversación, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones prohibidas a los funcionarios y delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales). Las distintas unidades inspectoras han identificado 302 de ellas como “macroprocesos”, así designados por su importancia cualitativa, el volumen de implicados en los mismos o por la especial complejidad de los hechos investigados³.

En el siguiente gráfico puede observarse la evolución de las causas judiciales más relevantes en este ámbito, esto es aquellas tramitadas a instancia de la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada, cuyo ámbito competencial se sitúa en los delitos económicos de especial trascendencia y/o complejidad técnico-jurídica, los delitos de corrupción pública y los delitos de blanqueo de capitales cometidos por grupos criminales organizados nacionales o transnacionales de especial importancia.

¹ [Wikipedia, Corrupción en España](#) [consulta julio 2014].

² Memoria de la Fiscalía especial contra la corrupción y la criminalidad organizada (2013): Peculiaridad del periodo a que se contrae el año 2012 ha sido también la asunción por la Fiscalía de numerosas causas referidas a cajas o entidades financieras en crisis que han alterado la normal labor de los Fiscales que integran esta Fiscalía, pues junto a las ya asumidas por ésta (Caja Castilla-La Mancha y Caja del Mediterráneo) se han asumido otras: a) Diligencias previas 28/12 del Juzgado Central de Instrucción n.º 2: Caixa Galicia, Caixanova. b) Diligencias previas 59/12 del Juzgado Central de Instrucción n.º 4: Bankia. c) Diligencias previas 76/12 del Juzgado Central de Instrucción n.º 5: Banco de Valencia. d) Diligencias de investigación 10/12 de Barcelona referentes a Caixa-Cataluña.

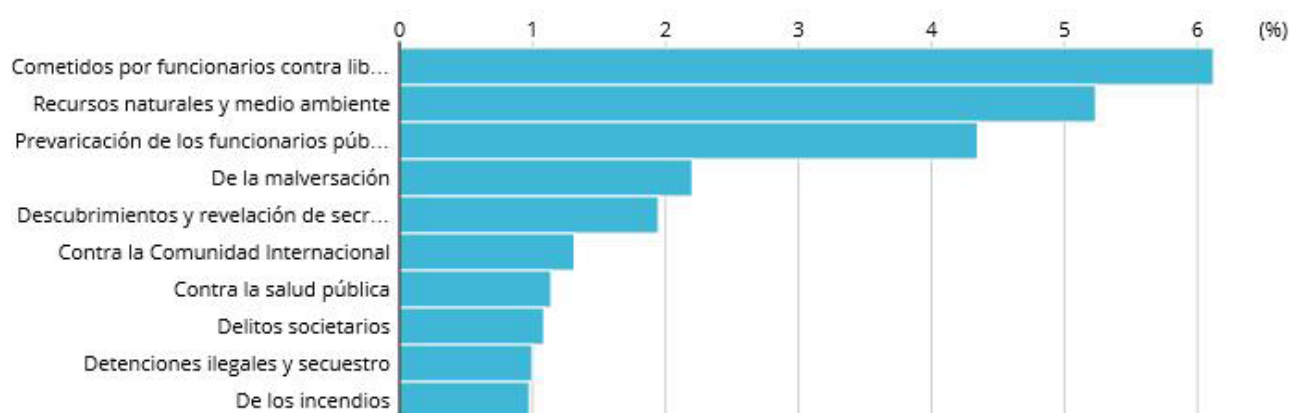
³ [www.poderjudicial.es](#) [consulta julio de 2014]. En este tipo de causas ya se han venido atendiendo, tanto por el Consejo como por las Administraciones públicas correspondientes, las necesidades que ponían de manifiesto los jueces y tribunales competentes y que han venido trasladando las Salas de Gobierno. El Servicio de Inspección ha contabilizado que en estos momentos 798 juzgados y tribunales españoles instruyen un total de 2.173 procedimientos de los considerados de especial complejidad. Además, los juzgados y tribunales españoles tramitan otros 512 “macroprocesos” de extrema complejidad relacionados con supuestos delictivos distintos a los anteriores, y que también afectan de manera grave al funcionamiento de los juzgados encargados de su tramitación.



Fuente: Memoria de la Fiscalía especial contra la corrupción y la criminalidad organizada (2013)

Sin embargo, mucho más llamativos resultan los datos relativos a la percepción de la corrupción por parte de los ciudadanos. En concreto, si comparamos el último barómetro del CIS publicado (estudio multirespuesta número 3.013 de febrero de 2014) con el equivalente de hace una década (estudio multirespuesta número 2.556 de febrero de 2004) los resultados resultan esclarecedores⁴. Así, observamos cómo en el estudio de febrero del año 2004 la corrupción aparecía en el puesto 21 de entre los problemas que preocupaban a los ciudadanos españoles (1,2% de respuestas), por detrás del paro (60,9%), el terrorismo-ETA (40,1%), la inseguridad ciudadana (21,2%) y otros 17 problemas más. Frente a ello en el estudio de febrero de 2014, una década después, la corrupción y el fraude aparece como el segundo problema de los españoles (44,2%), sólo por detrás del paro (81,1%) y muy por delante de otros problemas como los de índole económica (28,3%) o los políticos y la política (24,2%), estando este último ítem también muy vinculado con la corrupción.

Pese a la crispación que cada vez de forma más intensa ha venido provocando en los ciudadanos este tipo de criminalidad, los delitos relacionados con la corrupción, como puede verse en el siguiente gráfico, siguen siendo históricamente los que tienen una mayor tasa de indultos.



Top 10 categorías de delito según el código penal con mayor porcentaje de indultos respecto a condenados para el periodo 2007-2010

⁴ Se incluye como anexo al final.

2.

Propuestas legislativas frente a la corrupción y su alcance.

El sentimiento de crispación y el desánimo social generalizados, fruto del estado de corrupción percibido por los ciudadanos, llevó al anuncio por parte del actual gobierno en febrero del año 2013 (Debate sobre el estado de la Nación) de una serie de medidas legislativas denominadas “propuestas (o plan) de regeneración democrática”, *nomen* que – indudablemente – supone un reconocimiento tácito del estado de degeneración democrática que la precede y motiva.

Del anuncio anterior se derivaron dos Proyectos de Ley: el Proyecto de *Ley de Control de la Actividad Económica y Financiera de los Partidos Políticos* y el *Proyecto de Ley reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado*. A ello se añade la propuesta de reforma del Código Penal en los delitos contra la Administración Pública y aún otras de menor calado. Desgraciadamente cierta relajación por parte de los ciudadanos, al derivar parcialmente su atención a una limitada mejora de los indicadores macroeconómicos o a tensiones de índole nacionalista, parece haber sido aprovechado para ralentizar, cuando no detener, la referida tramitación que hasta entonces (febrero 2013) era calificada de urgente.

El primero de los Proyectos enunciados implicaría, a su vez, en caso de ser definitivamente aprobado, la **reforma de tres leyes** (Ley de Financiación de Partidos, Ley de Partidos y Ley del Tribunal de Cuentas), proceso legislativo que se llevaría a cabo con el pretendido objeto de aumentar el control, la fiscalización, la transparencia y las obligaciones de los partidos políticos. Las **principales medidas** que en el mismo se contienen son las siguientes: a) se prohíben las donaciones a los partidos políticos procedentes de personas jurídicas y de entes sin personalidad jurídica; b) se prohíben las condonaciones de deuda a los partidos políticos por entidades de crédito. A estos efectos se entiende por condonación la cancelación total o parcial del principal del crédito o de los intereses vencidos, o la renegociación del tipo de interés por debajo de los aplicados en condiciones de mercado; c) las donaciones indebidas que reciban los partidos tendrán que ser devueltas o ingresadas en el Tesoro; d) se obliga a todos los partidos, y no sólo a los que perciban subvenciones, a presentar sus cuentas anuales al Tribunal de Cuentas; e) se aumentan las obligaciones de publicidad y transparencia de los partidos. Así, será obligado que los partidos publiquen en sus páginas web, junto al balance y cuenta de resultados, los créditos pendientes de amortización, con especificación de la entidad concedente, el tipo de interés, el plazo de amortización, así como las subvenciones recibidas y las donaciones de importe superior a cincuenta mil euros; f) se regula la figura del Responsable de la gestión económica-financiera del partido, que comparecerá ante el Parlamento una vez emitido el correspondiente Informe por parte del Tribunal de Cuentas; g) se distinguen las labores de fiscalización que ha de realizar el Tribunal de Cuentas en los supuestos de partidos perceptores de subvenciones públicas y de los no perceptores; h) se prevé el cobro de las sanciones impuestas a los partidos en período ejecutivo por la Agencia Tributaria; i) las fundaciones y asociaciones vinculadas a los partidos políticos tendrán que inscribirse en el Registro de Partidos; j) se establece la obligación de fijar un procedimiento normalizado de contratación por parte de los partidos políticos; k) se regula el contenido mínimo de los estatutos de los partidos políticos; l) se adapta la regulación de partidos a la recuperación de su responsabilidad penal como personas jurídicas; m) se regula la colaboración de entidades integrantes del sector público y de entidades de crédito con el Tribunal de Cuentas, para facilitar la labor fiscalizadora de éste; y finalmente, n) se reconoce la capacidad de creación de partidos políticos a todos los ciudadanos de la Unión Europea.

El segundo gran pilar de este pretendido proceso de regeneración democrática se contendría en el *Proyecto de Ley reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado*. Según su propia Exposición de Motivos se presenta como “un verdadero Estatuto del cargo público” en el que se incluirán escalas de retribución, sistemas de protección social y niveles de compensación tras el cese. Pretende establecer un procedimiento de comprobación, a través de una auditoría, de la situación patrimonial de los altos cargos al final de su mandato (extendida a diputados y senadores), para que se pueda detectar cualquier instrumento injustificado de patrimonio o rentas incompatibles con sus percepciones durante el tiempo en que han desempeñado cualquier cargo público. En concreto, a) se introduce la exigencia de requisitos de idoneidad para ser nombrado alto cargo, entre ellos la ausencia de antecedentes

penales relativos a determinados delitos, como por ejemplo el terrorismo, b) se exige una declaración responsable para ser nombrado alto cargo, c) se regula el régimen retributivo, de protección social y la compensación tras el cese de los altos cargos, d) se establece un control sobre los gastos de representación, e) se crea un sistema de alerta temprana de conflicto de intereses, f) se establecen modos de control de la situación patrimonial del alto cargo al final de su mandato, g) se refuerza la Oficina de Conflictos de Intereses.

Además de las dos grandes intervenciones legislativas enunciadas, se acuerda la inclusión de los partidos, de las organizaciones empresariales y los sindicatos y, en general, de todas aquellas entidades que se financien fundamentalmente a través de fondos públicos en la Ley de Transparencia. Además, se pretende la reforma de la Ley de Contratos del Sector Público, con el objeto de “fortalecer el régimen de prohibiciones para contratar con el sector público a todas las personas – tanto físicas como jurídicas – condenadas por delitos relacionados con la corrupción”. Finalmente, se acuerda la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al objeto de agilizar los procedimientos para que el tiempo de respuesta ante el delito no sea una forma de impunidad para el delincuente, unido a una especialización de los encargados de juzgarlo. A todo ello se añade la reforma penal que se analizará más adelante.

En la Propuesta de regeneración democrática de 2014 se propone endurecer las penas previstas para los delitos de corrupción (incluyendo nuevas figuras como la financiación ilegal y mejorando el control de la falsedad deliberada de sus cuentas por parte de los partidos políticos o el enriquecimiento injustificado de los cargos públicos electos).

3. La regulación penal vigente y las propuestas contenidas en el proyecto de reforma del Código Penal del año 2013 (el nuevo delito de gestión desleal de patrimonio público).

La actual regulación penal de los delitos contra la Administración Pública pone de manifiesto cómo, poco a poco, se ha ido dejando atrás su histórica benevolencia con el infractor. El histórico recurso, como consecuencia jurídica de las diferentes figuras típicas, a penas de inhabilitación (casi en exclusiva) ha sido complementado, a través de sucesivas reformas, con la cada vez más habitual presencia de penas de prisión. Sin embargo, el problema hoy ya no es tanto la concreta regulación penal, pues no basta con un conjunto de tipos penales que permitan castigar las conductas más graves de corrupción, si no van acompañados de un sistema que garantice su persecución (falta de desarrollo del proceso penal). Y la misma crítica puede hacerse respecto a los límites existentes con relación a la legitimación de la acción popular y, sobre todo, respecto al cumplimiento efectivo de las penas de prisión. En efecto, la experiencia demuestra que en la mayor parte de los supuestos en los que recaen condenas a penas de prisión no se produce el ingreso en el centro penitenciario o éste tiene una escasa duración, no siendo fácil – por otra parte – la reincidencia del condenado por el efecto inocuidador de la pena de inhabilitación. La misma reflexión crítica aún podría hacerse respecto al uso y abuso del indulto en este tipo de condenas, al que ya se ha aludido al principio del trabajo y que debiera quedar vetado en relación con delitos de esta naturaleza⁵⁻⁶.

Con la reforma 5/2010 del Código penal, en el ámbito de los delitos que nos ocupan, y según consta en su exposición de motivos, se adecuaron los delitos de cohecho a los compromisos internacionales asumidos por España y, en concreto, al Convenio Penal sobre la corrupción del Consejo de Europa de 27 de enero de 1999 y al Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo k.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea. La reforma se concretó básicamente en la previsión de penas privativas de libertad para algunos de los tipos agravados para que, de este modo, fuera posible la extradición. Además, se amplió el concepto de funcionario con la finalidad de que éste alcance al funcionario comunitario y al funcionario extranjero al

⁵ Comparecencia de Gómez Lanz, en relación con las iniciativas sobre la regeneración democrática y la lucha contra la corrupción, en especial en lo referente a medidas anticorrupción en el ámbito penal. Por acuerdo de la Comisión Constitucional. (Número de expediente 219/000610).

⁶ ÁLVAREZ GARCÍA F.J., “La nueva reforma penal de 2013”, *Eunomia-Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 6, marzo-agosto 2014, p. 41.

servicio de otro país miembro de la Unión Europea. Finalmente, se dio una nueva redacción al artículo 445 (delito de corrupción de funcionario público extranjero en las transacciones comerciales internacionales) a fin de acoger, de una parte, conductas de corrupción que no estaban suficientemente contempladas y, de otra, regular con precisión la responsabilidad penal de personas jurídicas que intervengan en esa clase de hechos⁷.

La propuesta de reforma penal tramitada durante los años 2012, 2013 y 2014, y también pendiente de su definitiva aprobación, tendría como uno de sus objetivos declarados profundizar en los mecanismos de intervención penal dirigidos a terminar con la corrupción. En tal sentido, se afirma en la Exposición de Motivos del proyecto, en relación con los delitos que nos ocupan, que uno de sus objetivos es el castigo de conductas que hasta ahora quedaban impunes.

Pero, sin duda, el aspecto más relevante del nuevo modelo se concreta en la construcción, por primera vez en nuestra historia legislativa, de un tipo de malversación que va más allá del castigo de los actos de apropiación, extendiendo el ámbito típico a la mera gestión desleal del patrimonio público. De este modo, se crea un nuevo tipo de **malversación como gestión desleal de fondos públicos** (“administración desleal de fondos públicos”)⁸.

En la Exposición de Motivos de la reforma se explica la razón de ser de tan llamativa intervención legislativa y así se afirma que “la malversación constituye en realidad una modalidad de administración desleal que, sin embargo, se mantenía históricamente referida en nuestro derecho básicamente a **supuestos de sustracción** de los fondos públicos y, en mucha menor medida, a la posible **desviación** del destino de los mismos. De este modo se incluyen dentro del ámbito de la norma, junto con las conductas de desviación y sustracción de los fondos públicos (pues también administra deslealmente o malversa los fondos ajenos administrados quien se enriquece con ellos), otros supuestos de gestión desleal con perjuicio para el patrimonio público”. Las dos acciones descritas son a grandes rasgos coincidentes con las clásicas “apropiación” y “distracción” del tipo penal de apropiación indebida⁹.

En concreto, este nuevo tipo se introduce en el artículo 432 del Código Penal, cuya redacción es la siguiente: “1. La autoridad o funcionario público que **cometiere el delito del artículo 252** [nuevo tipo genérico de administración desleal] **sobre el patrimonio público**, será castigado con una pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para cargo o empleo público por tiempo de cuatro a diez años. 2. Se impondrá la misma pena a la autoridad o funcionario público que cometiere el **delito del artículo 253** [apropiación indebida] sobre el patrimonio público”¹⁰.

A su vez, el texto del nuevo **art. 252 CP** (administración desleal genérica) es el siguien-

⁷ Sobre la reforma 5/2010 vid. POZUELO PÉREZ L., “Los delitos contra la Administración Pública”. Estudios sobre las reformas del Código Penal: (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero) / Julio Díaz-Maroto y Villarejo (dir.), Gonzalo Rodríguez Mourullo (pr.), 2011, pp. 581-606.

⁸ Vid., ampliamente, MANZANARES SAMANIEGO J. L., “La malversación en el anteproyecto de octubre de 2012 para la reforma del Código Penal”, *Diario La Ley*, núm. 8104, 2013, pp. 1 y ss.

⁹ Del primero de los casos (sustracción) se ocupa el vigente artículo 432 CP (autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos), mientras que el segundo (desviación) aparece contemplado en el artículo 433 CP (autoridad o funcionario público que destinare a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones), así como en el artículo 434 CP (autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro propio o ajeno y con grave perjuicio para la causa pública, diere una aplicación privada a bienes muebles o inmuebles pertenecientes a cualquier Administración).

¹⁰ Art. 432.3. Se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años si en los hechos a que se refieren los dos números anteriores hubiere concurrido alguna de las circunstancias siguientes: a) se hubiera causado un grave daño o entorpecimiento al servicio público, o b) el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50.000 euros. Si el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 250.000 euros, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.

Art. 433. Los hechos a que se refiere el artículo anterior serán castigados con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de tres a doce meses, y en todo caso inhabilitación especial para cargo o empleo público por tiempo de seis meses a tres años, cuando el perjuicio causado o el valor de los bienes o valores apropiados sea inferior a 4.000 euros.

Art. 434. Si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este capítulo hubiere reparado de modo efectivo e íntegro el perjuicio causado al patrimonio público, o hubiera colaborado activamente con las autoridades o sus agentes para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos, los jueces y tribunales podrán imponer al responsable de este delito la pena inferior en uno o dos grados.

Art. 435. 4. A los administradores concursales, con relación a la masa concursal o los intereses económicos de los acreedores. En particular, se considerarán afectados los intereses de los acreedores cuando de manera dolosa se alterara el orden de pagos de los créditos establecido en la ley.

te¹¹: “1. Serán punibles con las penas del artículo 249 ó, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo **facultades para administrar** sobre un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las **infrinjan** excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado. 2. Las mismas penas se impondrán a quien **quebrante el deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos** emanado de la ley, encomendado por la autoridad, asumido mediante un negocio jurídico, o derivado de una especial relación de confianza, y con ello cause un perjuicio a aquél cuyos intereses patrimoniales tenía el deber de salvaguardar”¹². El círculo se cierra con la nueva redacción del delito de apropiación indebida (art. 253), cuya esencia, sin embargo, a grandes rasgos¹³ se mantiene¹⁴.

De forma simultánea **se deroga el delito de administración desleal societaria del art. 295 CP**, incorporado por primera vez en nuestra legislación penal en el año 1995. Se trata de una figura de gestión desleal, si bien – como se apuntó – referida exclusivamente al ámbito societario, modelo que ahora se abandonaría, al tipificarse un delito de administración desleal genérico¹⁵.

Analizamos, a continuación de forma breve el contenido del nuevo art. 252 CP, al que se remite como hemos visto el nuevo tipo de malversación de caudales públicos. En la configuración del precepto, aparentemente se han seguido de un modo parcial, modelos ya existentes en el derecho comparado como el delito de *Untreue*, previsto en el § 266 StGB alemán¹⁶ y especialmente el art. 183 del Proyecto alternativo del mismo país (*Missbrauch gesellschaftsrechtlicher Befugnisse*)¹⁷.

El nuevo delito de administración desleal, se configura de forma mixta alternativa, castigando tanto a quien recibe de otro dinero o valores con facultades para administrarlo, y quebranta su deber de lealtad como administrador (*tipo de infidelidad o quiebra de la confianza*), como al que realiza actuaciones para las que no había sido autorizado (*tipo de abuso*) y perjudica de este modo el patrimonio administrado.

Desde el punto de vista del resultado debe valorarse de forma positiva la superación de la exigencia contenida en el delito de administración desleal societaria, pues ya no se exige la constatación de que el perjuicio sea “económicamente evaluable” que planteaba dificultades interpretativas que a la postre determinaron una importante restricción en la aplicación del precepto. Lo determinante para la existencia del perjuicio patrimonial es, en realidad, el valor

¹¹ La reforma prevé una nueva sección 1bis “de la administración desleal” dentro del Capítulo VI del Título XIII

¹² 3. Si el hecho, por el escaso valor del perjuicio patrimonial causado y la situación económica de la víctima, resultara de escasa gravedad, se impondrá una pena de multa de uno a seis meses. En ningún caso se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el perjuicio al patrimonio fuera superior a 1.000 euros.

¹³ EM: Esta nueva regulación de la administración desleal motiva a su vez la revisión de la regulación de la apropiación indebida y de los delitos de malversación. Los delitos de apropiación indebida son ahora regulados separadamente de los de administración desleal, lo que hace necesaria una revisión de su regulación que se aprovecha para simplificar la normativa anterior: se diferencia ahora con claridad según se trate de un supuesto de apropiación con quebrantamiento de la relación de confianza con el propietario de la cosa, supuesto que continúa estando castigado con la pena equivalente a la de la administración desleal y la estafa; o de supuestos de apropiación de cosas muebles ajenas sin quebrantamiento del deber de custodia.

¹⁴ En concreto, el delito del art. 253 CP queda redactado del siguiente modo: 1. Serán castigados con las penas del artículo 249 ó, en su caso, del artículo 250, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de una cosa mueble que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubiera sido confiada en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarla o devolverla, o negaren haberla recibido. 2. Si el hecho, por el escaso valor de los bienes apropiados y la situación económica de la víctima, resultara de escasa gravedad, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses. En ningún caso se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el valor de los bienes apropiados fuera superior a 1.000 euros.

¹⁵ Figura de ámbito genérico que había sido reclamada entre muchos otros por: BACIGALUPO ZAPATER E., “La gestión desleal del patrimonio ajeno como figura básica de los delitos contra el orden socio-económico”, en Estudios del Ministerio Fiscal, núm. 1, 1994, pág. 946. MARTÍNEZ PÉREZ C., “El delito societario de administración fraudulenta. (Entre el delito patrimonial de la “infidelidad” y el delito societario del “abuso de funciones jurídico-sociales)”, en EPC, XVII, 1993-1994, págs. 265, 307, 311 y 340. TERRADILLOS BASOCO J., Delitos societarios. El derecho Penal en las sociedades mercantiles a la luz de nuestra adhesión a la CEE, Akal/Lure, Madrid, 1987, pág. 94.

¹⁶ El precepto sanciona con privación de libertad de hasta cinco años o con multa, a cualquiera que abuse del poder de disposición sobre un patrimonio ajeno o de obligar a otros, otorgado por Ley, por orden de la autoridad o por negocio jurídico, o bien viole la obligación de cuidar intereses patrimoniales ajenos (*Vermögensbetreuungspflicht*), de la cual está investido por Ley, por orden de la autoridad, por negocio jurídico o por una relación de fidelidad, y cause con ello perjuicio a los intereses patrimoniales que debía cuidar.

¹⁷ Es crítico con la traslación a la Administración pública del modelo genérico alemán de administración desleal, F. J., ÁLVAREZ GARCÍA (La nueva reforma penal de 2013, cit., p. 40); entiende que parece más oportuno, en lugar de remitirse sin más al tipo de administración desleal de particulares, describir la tipicidad; y desde luego hacerlo de una forma más taxativa de lo que aparece en el modelo tomado del Derecho alemán, el cual, como es conocido, obedece a una reforma efectuada por el nacionalsocialismo en el año 33, con una amplitud en la descripción plenamente fiel a las directrices del Derecho autoritario.

del patrimonio administrado valorados los fines personales a que el mismo está orientado.

Existe perjuicio patrimonial, no sólo cuando la actuación desleal determina una reducción del patrimonio o la ausencia de incremento del mismo (por ejemplo, cuando sin autorización o de forma contraria al interés del titular del patrimonio administrado se dejan prescribir los créditos frente a terceros); sino también cuando su actuación contraria a los intereses administrados frustra el fin perseguido (por ejemplo, mediante la adquisición de bienes que no son útiles o que no pueden cumplir la función económica que se habría obtenido mediante una gestión leal y autorizada del patrimonio; mediante su empleo en operaciones no autorizadas o ajenas al interés social o personal, de modo que se limitan las facultades de disposición sobre el patrimonio por su titular; etc.). Del mismo modo, en el nuevo delito de malversación mediante gestión desleal societaria ya no será necesario acreditar el enriquecimiento ilícito del administrador o funcionario que falte al deber que tiene encomendado.

En base a esta configuración típica deberían poder castigarse, ahora en el ámbito del patrimonial público, las que han sido consideradas conductas de administración desleal por excelencia; esto es aquellas en las que, desde un punto de vista negativo, no existe apropiación de los bienes recibidos (incorporación patrimonial) ni un mero uso ilícito de los mismos. Y, desde un punto de vista positivo, son conductas en las que el autor dispone abusivamente del patrimonio público, sin apropiación (o ésta no es susceptible de prueba) pero sí causa perjuicio (se trata de una operación que es perjudicial para los intereses económicos públicos administrados). No se requiere nada más; el posible o probable beneficio (directo o indirecto) del funcionario o autoridad pública o incluso aquél que pueda obtener un tercero es irrelevante en la configuración del tipo. El autor lleva a cabo con el patrimonio público administrado determinada operación u operaciones, sin que sea la opción más ventajosa para la gestión de los bienes y no exista razón económica que la justifique¹⁸.

Así, también podrían ser supuestos de gestión desleal con perjuicio para el patrimonio público: **a)** desviación contractual: contratación a precios superiores a los de mercado **b)** celebración de contratos sin contraprestación equivalente al pago **c)** la utilización de patrimonio público para fines privados, etc¹⁹.

Finalmente y en cuanto al *merecimiento de pena*, al igual que en el caso de los particulares (en atención a la nueva regulación de la administración desleal genérica), la apropiación indebida de bienes por parte del funcionario es sancionada con una pena idéntica a la de la gestión desleal, produciéndose en ambos casos (apropiación indebida y administración desleal) una remisión a las penas de la estafa en su tipo básico y agravado²⁰.

Debe advertirse que la interpretación del delito de administración desleal societaria y especialmente sus límites con la apropiación indebida resultó condicionada por el enjuiciamiento de los casos Banesto/Argentia Trust. La resolución judicial que había de resolverlos venía fuertemente determinada por la siguiente situación fáctica: Si los hechos enjuiciados eran considerados una forma de administración desleal contenida en el nuevo delito societario y, en

¹⁸ Podrían servir de ejemplo de este supuesto (si bien en el ámbito societario), las siguientes resoluciones judiciales; AP Vizcaya de 27-9-2002 (ARP 2002\692), en la que recae condena por el delito de administración fraudulenta por la actitud de los sujetos condenados que, adelantándose a la crisis derivada de la mala marcha de la empresa, incluso sabiendo que las cuentas de la sociedad no tendrían en la fecha de los vencimientos la cantidad, adquirieron obligaciones por 9.547.010 pesetas, mediante el libramiento de dos pagarés, con vencimientos para el día de la junta convocada y su víspera, y ocultaron el reconocimiento de deuda que quería amparar dichos créditos y el cobro satisfactorio del primero de los pagarés, antes de la junta de socios que les cesó, dejando a cero el patrimonio líquido de la mercantil querellante; restitución. Auto AP Castellón de 23-9-2002 (JUR 2002\276002): apoderado que resolvió el contrato existente con otra entidad, sobre construcción de viviendas y garaje, aceptando sin más toda la responsabilidad derivada de un incumplimiento contractual, para acto seguido constituir una sociedad con el mismo objetivo social de la que era apoderado y contratar con aquella entidad la realización de la obra, violando los deberes inherentes a su cargo de apoderado, obrando en su propio beneficio, y habiendo perjudicado a la sociedad a la que representaba. ST AP Barcelona de 4-12-2001 (JUR 2002\44233): realización por administrador único de la sociedad junto con otros socios que ostentaban la mayoría del capital social, de operaciones de préstamo y disposición de numerario con destinos ajenos al objeto social, sin convocar juntas de accionistas, en perjuicio del socio minoritario. ST AP Pontevedra 26-9-2001 (JUR 2001\317934): administrador solidario de una sociedad que vende a espaldas de los demás socios un piso y local construidos por la misma mediante un contrato en condiciones ventajosas inhabituales y a un precio ridículo.

¹⁹ JAEN VALLEJO M., "La nueva administración desleal como delito contra el patrimonio. Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal", *El Derecho*, 6-11-2012, p. 1 y ss.

²⁰ Se incluye un supuesto agravado que es aplicable en todos los casos de causación de un perjuicio al patrimonio público superior a 50.000 euros, y se prevé una agravación mayor de la pena (que permite alcanzar penas de hasta doce años de prisión), en los casos de especial gravedad. Para los casos de menor gravedad, en los que la entidad del perjuicio patrimonial no exceda de 4.000 euros, se mantiene un tipo atenuado para el que está previsto un marco penal amplio que permita a los Tribunales ajustar la pena a las circunstancias del caso y, en cualquier caso, la imposición de penas superiores a las actualmente previstas.

consecuencia, excluidas del delito de apropiación indebida, las conductas enjuiciadas quedarían sin sanción al no estar en vigor el delito societario en el momento de llevarse a cabo los hechos enjuiciados. Al margen de las consecuencias para el caso concreto, en mi opinión, esa debió ser la solución adoptada, pues el delito contenido en el art. 295 CP nació para castigar una serie de conductas que no se podían subsumir en el delito de apropiación indebida, pues – entre otras muchas razones – si tales conductas ya eran subsumibles en la apropiación indebida no era necesaria la creación del nuevo precepto (mucho más a la vista de los márgenes penales presentes en uno y en el otro).

El proceso jurisprudencial por el que transcurrió la cuestión de un modo sintético sería el siguiente: En el primero de los supuestos (Argentia Trust), la Audiencia Nacional [ST AN 20 de marzo de 1997] se plantea a lo largo de la descripción de sus fundamentos la posible aplicación del art. 295 del Código penal, que sin embargo finalmente descarta, por considerar que se trata de un supuesto de apropiación – de 600 millones de pesetas – probada a través de la prueba de indicios. Con ese punto de partida, a la Audiencia le resulta sencillo rechazar la aplicación del delito societario pues, como decimos, a su juicio, se encuentra ante una simple y llana apropiación.

El recurso presentado ante el Tribunal Supremo por las partes da lugar a una nueva sentencia [STS 26 de febrero de 1998], en la que el referido órgano judicial realiza una (re) interpretación según la cual el delito de apropiación indebida debía ser aplicado al caso en cuestión, pero, no ya porque se entienda probada la incorporación patrimonial, sino porque en el mismo son también subsumibles determinadas conductas no apropiatorias de “administración desleal”. En definitiva, mientras la Audiencia Nacional consideró que la apropiación del dinero había quedado probada, el Tribunal Supremo entendió que tal apropiación no era susceptible de prueba ni directa, ni indirecta. Se trataba de un supuesto no apropiatorio, en el que sin embargo cabe condena por apropiación indebida ya que “esta infracción no requiere prueba de la apropiación”. El delito de apropiación indebida también comprendería así, en su aspecto objetivo y subjetivo, conductas no apropiatorias. En concreto, desde el punto de vista objetivo “(...) en esta segunda hipótesis el tipo se realiza aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado como consecuencia de la gestión desleal de aquél, esto es, como consecuencia de una gestión en que el mismo ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su status”. Y desde el punto de vista subjetivo, “(...) sin que sea imprescindible en este tipo – aunque tampoco quepa descartarla – la concurrencia del *animus rem sibi habendi*, sino sólo la del dolo genérico que consiste en el conocimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona (...)”.

La interpretación del delito de administración desleal que realiza la STS 98 se verá plenamente confirmada y aun desarrollada en la sentencia de la Audiencia nacional en el llamado “caso Banesto” [ST AN 31 de marzo de 2000]. Nuevamente se realiza de forma simultánea una interpretación del delito de apropiación indebida y (a veces directamente y otras por exclusión) del delito societario de administración desleal. Dicha interpretación se sustenta sobre los siguientes pilares: Así, en primer lugar, se afirma, como ya hiciera la STS 98 – en lo que constituye el criterio fundamental de toda la interpretación – que el delito de apropiación indebida no requiere demostrar en todo caso que se ha producido la efectiva apropiación o incorporación patrimonial de los bienes o el dinero. De este modo, desde el punto de vista objetivo, “no requiere una atribución de dominio definitiva (...). Por tanto, la tipicidad no depende de la constatación de una verdadera apropiación en el sentido de atribución del dominio por parte del administrador”. (...) El que se atribuya la titularidad de los fondos a un tercero es irrelevante a los efectos del delito de apropiación indebida, porque esta infracción no requiere prueba de la apropiación definitiva, sino sólo que los fondos hayan sido distraídos por el administrador”. Desde el punto de vista subjetivo, el delito de apropiación indebida tampoco requiere en alguna de sus manifestaciones y como elemento sine qua non la presencia del *animus rem sibi habendi* en el autor: “El delito de administración fraudulenta no requiere una atribución de dominio definitiva y tampoco la prueba de un *animus rem sibi habendi*”.

La consecuencia natural de dicha interpretación es la posibilidad de castigar como apropiación indebida aquellas conductas en las que no ha quedado acreditada la incorporación patrimonial de los bienes o dinero y en base a ella se castiga el supuesto concreto: “Por ello, la circunstancia de que no se haya probado en el juicio oral que el acusado se apropiara perso-

nalmente de esa cantidad, (...) e incluso para el caso de que no quedara descartado el ánimo de devolución de dicha suma en el futuro, esto es, que el autor no haya tenido voluntad de privar de los bienes definitivamente al titular, no constituye obstáculo alguno para considerar punible la conducta consistente en una sustracción de dicha suma del destino normal que le correspondía conforme al objeto social de la empresa administrada”. La interpretación se completa con otros dos criterios de menor trascendencia. Así se precisa que esas conductas caracterizadas por la falta de apropiación y por la ausencia del ánimo de llevarla a cabo encajarían en la segunda modalidad típica del delito de apropiación indebida “distrajaran”. Además, se afirma que esta forma de apropiación indebida recibiría el nombre de gestión o administración desleal.

Finalmente, la sentencia debió resolver los problemas concursales que planteaba su interpretación, pues parte de una premisa según la cual las conductas analizadas no apropiatorias, que en principio – como tales – son subsumibles en el delito de administración desleal societaria, también lo son en el delito de apropiación indebida. Resuelve entonces el concurso de normas en favor del delito de apropiación indebida a través del criterio de alternatividad, sugiriendo también la posibilidad de hacerlo en el mismo sentido pero a través del criterio de especialidad, la cual derivaría del objeto supuestamente más específico del art. 252 (dinero) frente a la expresión más genérica del art. 295 (bienes de la sociedad). Recordemos que cualquier solución en favor del delito de administración desleal o fraudulenta hubiese implicado la imposibilidad de aplicarlo al caso concreto, pues el mismo no estaba en vigor cuando se cometieron los hechos.

Las STS 98 y ST AN 00 entendieron que para sancionar penalmente a través del delito de apropiación indebida no es necesario demostrar que se ha producido la efectiva apropiación del dinero o incorporación patrimonial ni subjetivamente tiene por qué estar presente el *animus rem sibi habendi*. Sin embargo, este entendimiento del delito de apropiación indebida carece en sentido estricto de precedentes reales, pues las dos sentencias enunciadas como tales por la STS 98 (de 7 y 14 de marzo de 1994), al margen de las construcciones teóricas en ellas recogidas, resolvían en el primer caso un supuesto en el que había quedado perfectamente acreditada la apropiación directa de dinero y en el segundo otro en el que precisamente se absolvía al acusado por no haberse podido acreditar dicha apropiación.

Hasta las sentencias comentadas no era posible recurrir a la apropiación indebida para castigar determinadas conductas que se sitúan fuera de los límites de lo que es una estricta incorporación patrimonial (y por eso se creaba precisamente el delito societario), entre las cuales se encontrarían por ejemplo los usos ilícitos no dominicales, caracterizados negativamente por la ausencia de apropiación objetiva y de ánimo apropiatorio y positivamente por el simple disfrute de bienes o servicios ajenos. Junto a ellos también quedarían excluidas determinadas conductas de gestión ilícita, caracterizadas por la realización por parte de los gestores de una empresa o sociedad de operaciones lesivas para los intereses de la misma a la par que de algún modo beneficiosas para sus intereses directos o indirectos; entre estas últimas podrían encontrarse también algunas operaciones perjudiciales y presuntamente apropiatorias pero no susceptibles de prueba. Del mismo modo, la segunda modalidad de la acción típica del delito de apropiación indebida (“distrajaran”) a la que, como hemos visto, se dirige la interpretación enunciada, no ha tenido ni puede tener un sentido no apropiatorio como el que le atribuyen las dos sentencias enunciadas.

El delito de administración desleal societaria (295 CP) tiene por objeto la intervención penal frente a determinados comportamientos que no son apropiatorios, pero sí perjudiciales para el interés patrimonial del administrado en los que el gestor social pretende la búsqueda de algún tipo de utilidad o ventaja patrimonial. Sin embargo, la interpretación realizada por ambas sentencias [STS 98 y ST AN 00], extendiendo la apropiación indebida hasta absorber plenamente el campo propio del delito de administración desleal, ha convertido a este último en letra muerta y ha lastrado durante casi dos décadas la interpretación conjunta de ambos preceptos (art. 252 y art. 295).

La sentencia del Tribunal Supremo de 29 de julio de 2002 rompió con el criterio interpretativo construido en su propia resolución de 26 de febrero de 1998 y ratificado por la sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de marzo de 2000 frente a la cual se pronuncia. Expone la solución al problema concursal que, como vimos, se sustancia en favor del delito de apropiación indebida a través del criterio de alternatividad. De este modo, tras recordar el origen de

la administración desleal como instrumento necesario para sancionar lo que la apropiación indebida no alcanza a castigar (“desde hace un cierto tiempo surgió un debate en el seno de la doctrina, alentado por algunas resoluciones jurisprudenciales, sobre la conveniencia de crear una figura delictiva de administración desleal que rellenase algunas lagunas observadas en concretas situaciones en las que era necesario forzar los tipos tradicionales de la estafa y de la apropiación indebida para evitar la impunidad de determinadas conductas”), se adhiere expresamente al que llama criterio doctrinal, que permitiría distinguir de un modo nítido la frontera entre ambos preceptos (“parece que existe práctica unanimidad en la doctrina, a la hora de considerar que la administración desleal no es una apropiación indebida, a pesar de que en ambos supuestos se exige o está presente un resultado perjudicial económicamente evaluable”). Añade que será inevitable, en adelante, que ciertos actos de administración desleal o fraudulenta sean subsumibles, al mismo tiempo, en el artículo 252 y en el artículo 295 del Código Penal vigente, porque los tipos en ellos descritos están en una relación semejante a la de los círculos secantes, de suerte que ambos artículos parcialmente se solapan. En el caso de que se produzca lo que en dicha sentencia se considera como un concurso de normas, se debe resolver con arreglo al artículo 8.4 del Código Penal, optando por el precepto que imponga la pena más grave.

Reconstruye, a través de cuatro afirmaciones, la relación y contenido de los delitos de apropiación indebida y administración desleal societaria. Primero, a través del formulismo gráfico que se utiliza habitualmente en materia concursal, niega la existencia de una zona común (los círculos secantes) entre los delitos de administración desleal y apropiación indebida, a la que se habían referido insistentemente la STS 98 y ST AN 00. “Adhiriéndonos, por su grafismo y expresividad a la metáfora de los círculos, estimamos que la figura geométrica más adecuada para representar las diferencias entre la administración desleal y la apropiación indebida, resultaría de tensar sus extremos y convertirlos en círculos tangentes”. A partir de este desplazamiento y exclusión mutua de ambos preceptos quedará perfilado el núcleo del que inevitablemente se irán deduciendo el resto de cuestiones relativas a su contenido y relación. De este modo, se determina el concreto contenido autónomo del delito de administración desleal, caracterizado positivamente por la obtención de beneficios derivados de la gestión desleal y negativamente por la ausencia de incorporación patrimonial: “Si, por el contrario el administrador no sólo incumple los deberes de fidelidad sino que actúa, prevaleciendo de las funciones propias de su cargo, con las miras puestas en obtener un beneficio propio o de procurárselo a un tercero, el comportamiento tiene los perfiles netos de una administración desleal. Este beneficio propio o de tercero del que habla el artículo 295 del Código Penal no supone ingresar en el patrimonio propio bienes pertenecientes a la sociedad, bastando simplemente con procurarse alguna utilidad o ventaja derivada de su comportamiento desleal. Esta conducta puede venir determinada por el hecho de que terceros o normalmente competidores le proporcionen dinero o cualquier otro tipo de utilidad por faltar a los deberes propios de su cargo. En este caso nos encontraríamos ante una especie de cohecho pero cometido por particulares. La utilidad o ventaja puede tener cualquier otra forma o revestir diferentes modalidades, como puede ser el proporcionarle una colocación o empleo sustancialmente retribuido en otras empresas o actividades que directa o indirectamente hayan resultado beneficiados. También se puede hablar de beneficio propio cuando se busca una posición más ventajosa dentro del entramado societario que se administra, pero insistimos sin que se produzca apropiación del patrimonio social, incluso pudiera comprenderse dentro de este concepto de beneficio que configura la administración desleal, los usos temporales ilícitos de bienes, posteriormente restituidos y que por tanto, aún proporcionando beneficios, no constituyen una definitiva apropiación indebida”.

Una vez excluidas del delito de administración desleal las conductas apropiatorias, el tercer pilar de la argumentación (ya enunciado implícitamente con la metáfora del desplazamiento de círculos) – y con el que se completa la desvinculación respecto a la interpretación realizada por la misma sala cuatro años antes – aparece construido en torno a la definitiva expulsión del delito de apropiación indebida de las conductas no apropiatorias, con lo que este delito recupera el sentido y pureza de los que había sido desposeído: “Por último cuando el administrador, prevaleciendo como es lógico de su cargo y de su posición en la entidad societaria, realiza actos materiales encaminados a la adjudicación en beneficio y lucro propio de bienes pertenecientes a la sociedad, nos encontramos con un típico delito de apropiación indebida absolutamente diferenciado de la administración desleal. A estos efectos resulta indiferente

que la apropiación recaiga sobre bienes muebles o valores, o sobre dinero”.

Como culminación y a la vez resumen del criterio expuesto se termina insistiendo en la existencia de un campo de actuación de ambos delitos absolutamente diferenciado: “Resumiendo todo lo anteriormente expuesto afirmamos que en la apropiación indebida se tutela el patrimonio de las personas físicas o jurídicas frente a maniobras de apropiación o distracción en beneficio propio, mientras que en la administración desleal se reprueba una conducta societaria que rompe los vínculos de fidelidad y lealtad que unen a los administradores con la sociedad. La apropiación indebida y la administración desleal, reúnen, como único factor común la condición de que el sujeto activo es el administrador de un patrimonio (sic) que, en el caso de la administración desleal tiene que ser necesariamente de carácter social, es decir, pertenecer a una sociedad constituida o en formación”.

Finalmente reconoce cómo la expresa y absoluta separación en cuanto al contenido de ambos preceptos determina la inexistencia de problemas concursales: “Dando por reproducidos razonamientos que ya hemos deslizado en anteriores motivos, que versaban sobre estos mismos hechos, debemos insistir en que la disyuntiva entre la opción por el delito de apropiación indebida del artículo 535 del antiguo Código Penal de 1973 y la posible alternativa de reconducir los hechos al actual artículo 295 del Código Penal, debe ser descartada ya que se trata de figuras delictivas diferentes, que no plantean problemas de concurso de normas”.

4. Propuestas para la búsqueda de un modelo eficaz de prevención y persecución penal.

Al objeto de afinar la eficacia del sistema de reacción penal frente a determinadas conductas atentatorias contra el patrimonio público se ha propuesto completar el nuevo tipo de malversación por gestión desleal (doloso), contenido en el Proyecto de 2013, con una modalidad típica que castigue la *malversación por imprudencia grave*; la misma tendría por objeto principal evitar conductas gravemente atentatorias contra el patrimonio público, cometidas por la toma de decisiones irresponsables y por ello completamente alejadas del sentido común²¹.

Con similares objetivos, también se ha sugerido la tipificación de una modalidad de *prevaricación imprudente*. Dicha figura tiene antecedentes en el art. 358 del CP de 1973 [(...) con la misma pena será castigado el funcionario público que dictare, por negligencia o ignorancia inexcusable, resolución manifiestamente injusta en asunto administrativo)], precepto derogado sin una convincente argumentación, lo que se intensifica aún más si tenemos en cuenta que sí se mantuvo – y continúa vigente – la prevaricación judicial por imprudencia (cierto es que con escaso uso). Además, debe tenerse en cuenta que, al igual que ocurre con otros tipos delictivos (por ejemplo, el blanqueo por imprudencia), la norma cumpliría funciones de “tipo de recogida” respecto a muchos supuestos en los que realmente concurre dolo, al menos eventual y en los que, sin embargo, éste no puede ser probado con el nivel de exigencia propio de nuestra disciplina. El castigo de la prevaricación imprudente serviría, en consecuencia, para que al menos tales supuestos no quedasen impunes y además reforzaría la atención del funcionario a la hora de tomar determinadas decisiones²².

En tercer lugar, en el ámbito de este tipo de criminalidad no deberían dejarse sin sanción determinados *comportamientos omisivos, especialmente los característicos de la prevaricación*. Teóricamente dichos objetivos deberían poder alcanzarse a través del recurso a la comisión por omisión; sin embargo dicha posibilidad no está exenta de dificultades. Entre ellas destaca la intensa configuración activa de la descripción típica y el hecho de que no siempre pueda constatar la presencia de un resultado, siendo ambas circunstancias difícilmente compatibles con la redacción actual del art. 11 CP y con la propia institución de la omisión impropia y por ello “no es extraño encontrar posiciones discrepantes (o fuertemente limitativas)” sobre la posibilidad de edificar tal estructura delictiva en este delito. La dificultad enunciada provoca que sean muchos los supuestos en los que el flagrante incumplimiento de “obligaciones de hacer” queden sin sanción, pese a que en muchos casos dicho comportamiento omisivo tiene o puede

²¹ ÁLVAREZ GARCÍA F.J., “La nueva reforma penal de 2013”, cit., p. 41. Vid., la descripción de centenares de casos de esta naturaleza en <http://www.despilfarpublico.com> [consulta julio 2014]

²² ÁLVAREZ GARCÍA F.J., “La nueva reforma penal de 2013”, cit., p. 43.

tener graves consecuencias para los administrados en general y en ocasiones para aquellos particulares que no consiguen hacer valer sus derechos²³. En todo caso, debe advertirse que las dificultades puestas de manifiesto por la doctrina no han tenido demasiado eco en sede judicial; en este último ámbito la discusión fue en buena medida resuelta a través del acuerdo de sala de 30 de junio de 1997, el cual, en una reinterpretación del tipo, a la vista de la Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, vino a otorgar el mismo alcance a la omisión que si se tratase de una resolución expresa. De este tenor es, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17-7-2002, en la que se condena por prevaricación en un caso en el que un alcalde se niega reiteradamente a crear una comisión de investigación y a facilitar a un concejal datos que, como tal, tenía derecho a conocer.

A su vez, la Fiscalía anticorrupción ha propuesto la elaboración de un *protocolo para proteger a los testigos de los casos de corrupción*, que en la actualidad estarían desasistidos y sometidos a todo tipo de presiones, por lo que sería necesaria una legislación que fomentase la denuncia con todas las garantías²⁴. Actualmente sólo contamos con la previsión contenida en el artículo 426 del Código Penal, que establece respecto al cohecho una exención de pena al particular que haya excedido ocasionalmente al soborno y denuncie los hechos en un plazo determinado (*quedará exento de pena por el delito de cohecho el particular que, habiendo accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva u otra retribución realizada por un funcionario público, denuncia el hecho a la autoridad (...) siempre que no hayan transcurrido más de dos meses desde la fecha de los hechos*). Es éste un ámbito en el que, sin duda, y dado el estado actual de cosas, se debería profundizar, garantizando la impunidad total o parcial a todos aquellos que denuncien prácticas corruptas por parte de quienes, desde el ámbito público, abusan del poder que ostentan, con la pretensión de obtener un lucro propio o ajeno.

Pero la propuesta más interesante de la Fiscalía es la consistente en la **creación de un tipo penal que castigue el enriquecimiento injustificado de políticos y funcionarios**. Se trataría de asumir el artículo 20 de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, celebrada en Mérida en 2003 y de la que España constituye un Estado Parte, en la cual se propone adoptar “las medidas legislativas que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos, que no puedan ser razonablemente justificados por él”. Se trataría de introducir un tipo penal, que si bien presenta evidentes carencias desde un punto de vista garantista, se conformaría, en el estado de cuasi emergencia en el que nos encontramos, como el más eficaz e incisivo de todos los instrumentos jurídico-penales de lucha contra la corrupción. Debe tenerse en cuenta que algo parecido ya se ha hecho en el ámbito del comiso a partir de la reforma del año 2010, a través de la introducción del denominado comiso ampliado, contenido en el actual art. 127.1 CP (segundo inciso), el cual dispone que *el Juez o Tribunal deberá ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo. A estos efectos, se entenderá que proviene de tales actividades delictivas, el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de los grupos u organizaciones citados, cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas*. El precepto requiere, por lo tanto, la existencia de unos bienes, respecto a cuyo ingreso el sujeto no es capaz de dar una explicación razonable, lo que determina que se atribuyan a actividades delictivas previas del sujeto como miembro de la organización (*presunción iuris tantum*). El esquema desarrollado por el legislador en este inciso determina una evidente inversión de la carga de la prueba, a cambio de la obtención de dosis importantes de efectividad.

²³ *Ibidem*, p. 43.

²⁴ “Al único que se ha protegido ha sido a Hervé Falciani», aludiendo al ingeniero de sistemas italofrancés autor de la lista Falciani en la que constaban los nombres de 130.000 evasores fiscales con dinero en la filial suiza del banco HSBC y que, desde 2009, estuvo colaborando con las autoridades de diversos países. De esos evasores, 1.500 eran españoles – los nombres de Botín y Correa estaban entre ellos – y sobre él sí que se ejerció una protección eficaz y necesaria”.

Anexos

CIS

Estudio n° 2.556. Barómetro de febrero

Febrero 2004

PREGUNTA 1

Para empezar, ¿cuáles son, a su juicio, los tres problemas principales que existen actualmente en España? (MÁXIMO TRES RESPUESTAS).

	%	(N)
Paro	60.9	(1517)
Drogas	8.9	(222)
Inseguridad ciudadana	21.2	(529)
Terrorismo, ETA	40.1	(999)
Infraestructuras	1.0	(25)
Sanidad	6.3	(157)
Vivienda	20.3	(505)
Problemas económicos	10.6	(265)
Problemas relacionados con el empleo	4.6	(114)
Problemas de la agricultura, ganadería y pesca	0.2	(5)
Corrupción y fraude	1.2	(29)
Las pensiones	4.7	(118)
Problemas políticos	9.4	(235)
La guerra de Irak	2.2	(55)
Justicia	1.6	(40)
Problemas sociales	3.8	(94)
Racismo	0.7	(17)
Inmigración	12.9	(322)
Violencia contra la mujer	6.7	(168)
Problemas de la juventud	1.4	(36)
Crisis de valores	2.1	(52)
Educación	4.0	(100)
Medio ambiente	0.7	(18)
La salud	0.3	(7)
Funcionamiento y cobertura de los servicios públicos	0.5	(13)
Alimentación	0.0	(1)
Problemas relacionados con la mujer	0.9	(23)
El euro	1.0	(25)
Problemas relacionados con el ocio de los jóvenes	0.2	(6)
La reforma del desempleo	0.0	(0)
La situación política del País Vasco	0.0	(0)
El desastre del Prestige	0.0	(0)
Los nacionalismos en España	0.5	(13)
Otras respuestas	3.1	(77)
Ninguno	0.4	(9)
N.S.	6.5	(163)
N.C.	0.5	(13)
TOTAL	100.0	(2491)

CIS

Estudio nº3013. BARÓMETRO DE FEBRERO 2014

Febrero 201

Pregunta 7

¿Cuál es, a su juicio, el principal problema que existe actualmente en España? ¿Y el segundo? ¿Y el tercero (RESPUESTA ESPONTÁNEA).

	Primer problema	Segundo problema	Tercer problema	TOTAL
El paro	56,3	18,3	6,5	81,1
Las drogas	-	0,1	0,1	0,2
La inseguridad ciudadana	0,0	1,0	1,2	2,3
El terrorismo, ETA	0,0	0,4	0,7	1,2
La sanidad	0,9	5,0	4,9	10,8
La vivienda	0,1	0,6	0,9	1,6
Los problemas de índole económica	8,9	12,5	6,9	28,3
Los problemas relacionados con la calidad del empleo	0,2	1,3	0,8	2,3
Los problemas de la agricultura, ganadería y pesca	-	-	0,1	0,1
La corrupción y el fraude	15,3	20,9	8,0	44,2
Las pensiones	0,4	1,1	0,8	2,2
Los/as políticos/as en general, los partidos y la política	9,0	9,4	5,7	24,2
Las guerras en general	-	0,0	-	0,0
La Administración de Justicia	0,3	0,8	1,9	3,0
Los problemas de índole social	1,2	3,5	3,7	8,4
La inmigración	0,5	0,8	0,7	2,1
La violencia contra la mujer	0,0	0,1	0,2	0,4
Los problemas relacionados con la juventud	0,2	0,8	1,0	2,1
La crisis de valores	0,6	0,9	1,4	2,8
La educación	0,9	2,9	4,8	8,6
Los problemas medioambientales	-	-	0,1	0,1
El Gobierno y partidos o políticos/as concretos	1,7	0,8	0,7	3,2
El funcionamiento de los servicios públicos	0,0	0,2	0,3	0,6
Los nacionalismos	0,4	0,3	0,6	1,2
Los problemas relacionados con la mujer	-	-	0,0	0,0
Las preocupaciones y situaciones personales	-	-	0,1	0,1
Estatutos de autonomía	-	0,0	-	0,0
Reforma Laboral	-	0,0	0,2	0,2
"Los recortes"	0,4	1,3	2,4	4,1
Los bancos	0,3	0,8	1,4	2,4
La subida del IVA	0,3	0,8	0,9	2,1
Los desahucios	0,0	0,8	0,6	1,4
El fraude fiscal	0,2	0,4	0,2	0,8
Las hipotecas	-	0,1	0,0	0,2
La Monarquía	0,1	0,2	0,2	0,5
Las excarcelaciones	-	0,0	0,0	0,1
La Ley del aborto	0,0	0,1	0,2	0,3
Subida de tarifas energéticas	-	0,2	0,3	0,5
Otras respuestas	0,8	1,7	2,3	4,8
Ninguno	0,1	-	-	0,1
N.S.	0,6	0,1	0,1	0,6
N.C.	0,2	11,6	39,0	0,2
(N)	(2 474)	(2 474)	(2 474)	(2 474)

POLITICA CRIMINALE EUROPEA E SISTEMA FINANZIARIO: L'ESEMPIO DEGLI ABUSI DI MERCATO*

Relazione al Congresso italo-spagnolo
svoltosi presso l'Università degli Studi di Milano il 29 e 30 maggio 2014

Luigi Foffani

* Una precedente versione del presente lavoro era stata pubblicata, con lo stesso titolo, in *Garantias constitucionales y Derecho penal europeo*, a cura di S. Mir Puig e M. Corcoy Bidasolo, coord. V. Gòmez Martín, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-S. Paulo, Marcial Pons, 2012, p. 487 ss.

1.

1. In un congresso che si tenne cinque anni fa a Modena, dedicato ai rapporti fra “*Sicurezza e diritto penale*”, Klaus Lüderssen, con quella vena critica e scettica che è il marchio di fabbrica della *Frankfurter Schule*, si chiedeva se la crisi finanziaria globale aprisse “*nuove prospettive di criminalizzazione*”¹. La domanda, che già si avanzava allora, nella primavera del 2009, dopo la crisi del credito che aveva scosso i mercati mondiali, a partire dagli USA, si impone oggi a maggior ragione, nel pieno della crisi del debito pubblico che sconvolge l’Europa, e che vede proprio i nostri due paesi (Italia e Spagna), assieme ad altri della sponda mediterranea, nell’occhio del ciclone della speculazione internazionale, delle agenzie di *rating* e delle autorità monetarie sovranazionali.

Di fronte a questo sconvolgimento epocale – un autentico sommovimento tellurico – delle basi finanziarie del nostro vivere individuale e collettivo, la domanda di una maggiore sicurezza dei mercati finanziari e del risparmio – una domanda collettiva gravida di angosce per il futuro – si traduce fatalmente *anche* in una domanda di maggior intervento penale e a questo tipo di domande, lo sappiamo, l’Europa è tutt’altro che insensibile. Fino ad oggi, tuttavia, non si è ancora prodotta la tanto temuta o tanto auspicata – a seconda dei punti di vista – pressione delle istituzioni europee nella direzione di un’espansione dell’intervento penale nell’economia e nei mercati finanziari.

Certo, fino a pochi anni or sono – prima di Lisbona e prima della svolta storica della giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee del 2005 – si riteneva che mancasse la base giuridica per un diretto e sistematico intervento armonizzatore – nonché per la imposizione di obblighi di criminalizzazione – in materia economica e finanziaria; e solo sporadicamente le iniziative del III pilastro finivano per investire questa materia, se non quando si trattasse di contrastare la penetrazione della criminalità organizzata nel sistema economico (come ad es. in tema di repressione del riciclaggio) ovvero condotte fraudolente in danno di beni giuridici di diretta rilevanza comunitaria (come l’integrità delle finanze comunitarie, la salvaguardia della moneta unica contro le falsificazioni, o la tutela della libertà di concorrenza, tanto per richiamare gli esempi più noti e ricorrenti).

Le novità, dunque, non sono mancate in questi anni, nell’ambito del vecchio III pilastro, con significativi interventi di armonizzazione e/o impulsi verso una nuova criminalizzazione in taluni puntuali settori del diritto penale economico: pensiamo, ad es., alle iniziative assunte (azione comune del 1998 e decisione quadro del 2003) per l’estensione della disciplina della corruzione ai rapporti fra privati (già recepita in Spagna con la riforma del 2010, ma solo in minima parte realizzata in Italia²); e pensiamo, soprattutto, alla sistematica richiesta, da parte dell’Europa, di una responsabilità da reato delle persone giuridiche, che ha portato ormai la maggioranza degli ordinamenti nazionali europei a congedarsi dal tradizionale dogma del *societas delinquere non potest* (esempio più recente la riforma spagnola del 2010).

2.

Visto il limitato spazio a disposizione, mi limito comunque in questa sede a concentrarmi su un particolare segmento – molto specifico, ma estremamente significativo – dell’attuale quadro normativo dei mercati finanziari. Mi riferisco alla disciplina dei c.d. “*abusi di mercato*” (“*market abuse*”), che può oggi essere a buon diritto assunta al rango di vero e proprio paradigma del processo di europeizzazione della disciplina penale del sistema finanziario.

¹ K. LÜDERSSEN, *Funzionalità dei mercati finanziari e diritto penale dell’economia – La “crisi finanziaria” apre nuove prospettive di criminalizzazione?*, in M. DONINI/M. PAVARINI (cur.), *Sicurezza e diritto penale*, Atti del convegno di Modena del 20-21 marzo 2009, Bologna, BUP, 2010, p. 289 ss.

² Anche la nuova disciplina della «corruzione tra privati» (art. 2635 c.c.) – introdotta dalla legge Severino di riforma della corruzione (l. 210/2012) – risulta infatti largamente insufficiente a recepire le prescrizioni della decisione quadro europea del 2003): cfr. al riguardo, in senso critico, nei confronti del nuovo art. 2635 c.c., G. ANDREAZZA/L. PISTORELLI, *Una prima lettura della l. 6 novembre 2012, n. 190 (Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione). Relazione a cura dell’Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 20 novembre 2012, p. 17 ss.; R. BARTOLI, in B.G. MATTARELLA/M. PELISSERO (cur.), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, 2013, p. 435 ss.; R. BRICCHETTI, *Corruzione tra privati: la mutazione dell’etichetta*, in *Spec. Guida Dir.*, n. 48, 1 dicembre 2012, p. XXXIV ss.; E. DOLCINI, *La legge 190/2012. Contesto, linee di intervento, spunti critici*, in *questa Rivista*, 3, 2013, p. 163-164; E. DOLCINI/F. VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, *ivi*, 1, 2012, p. 245-246; L. FOFFANI, *Brevi note sulla “nuova” fattispecie di “corruzione tra privati”*, in *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, a cura di A. Castaldo, V. de Francesco, M.V. del Tufo, S. Manacorda e L. Monaco, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, p. 893 ss.; A. MELCHIONDA, *Art. 2635 c.c. (“Corruzione fra privati”)*, in *Giur. it.*, 2012; V. MILITELLO, *Vorteilsgewährung und Korruption unter Privaten in Italien*, in *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension. Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013*, a cura di M.A. Zöller, H. Hilger, W. Küper e C. Roxin, Berlin, Duncker & Humblot, 2013, p. 1414; S. SEMINARA, *Il reato di corruzione tra privati*, in *Le Società*, n. 1/2013.

Si è trattato – se così possiamo definirlo – di una sorta di applicazione *ante litteram* – e sia pure in forme implicite e surrettizie – delle linee di intervento tracciate dall'art. 83 par. 2 del Trattato di Lisbona, ossia del rafforzamento attraverso un composito arsenale sanzionatorio – nel quale ha finito con l'assumere un ruolo da protagonista lo strumento penale – di un assetto di disciplina già ampiamente modellato e conformato da politiche comunitarie di armonizzazione assunte in sede civile e amministrativa.

La disciplina degli abusi di mercato è divenuta così, suo malgrado – o comunque molto al di là di quelle che erano verosimilmente state le aspettative del legislatore europeo – la punta più avanzata del processo di armonizzazione sanzionatoria (amministrativa e penale) in materia economica e finanziaria.

Si tratta di un esempio particolarmente significativo del processo di “europeizzazione” del diritto penale dell'economia, sia per l'importanza dei beni giuridici in gioco – attinenti alla stabilizzazione e al consolidamento della fiducia del pubblico e degli operatori nel buon funzionamento dei mercati finanziari, in vista della realizzazione del mercato unico europeo dei servizi finanziari – sia perché si è trattato di un processo di armonizzazione delle discipline sanzionatorie nazionali *interamente condotto all'interno del vecchio primo pilastro*, ossia del diritto comunitario nel senso stretto del termine.

Al 1989 risale la prima Direttiva sulla lotta contro l'abuso di informazioni privilegiate³, con una definizione di nuove – e largamente inedite per il continente europeo – fattispecie di illecito in materia di *insider trading*, accompagnata dalla richiesta ai legislatori nazionali di sanzioni non esplicitamente penali, ma comunque «*effettive, proporzionate e dissuasive*». Come conseguenza si è prodotta la rapida genesi in tutta Europa di una sorta di “euro-delitto” di *insider trading*, ampiamente armonizzato nella definizione del precetto e con una tendenza dominante verso l'adozione della sanzione penale⁴.

Nel 2003 si è emanata in sede comunitaria una nuova Direttiva sugli abusi di mercato⁵ (comprensiva delle due diverse fattispecie dell'*insider trading* e della manipolazione del mercato), con introduzione di una disciplina molto più articolata e integrata, la cui ragion d'essere trova una dettagliata esplicazione nei vari “considerando” che ne compongono il preambolo⁶.

Per quanto riguarda l'aspetto sanzionatorio, si è fatto riferimento diretto *solo alle sanzioni amministrative*, lasciando mano libera ai legislatori nazionali in ordine all'*an*, al *quomodo* e al *quantum* delle sanzioni penali. Anche in questo caso, tuttavia, l'effetto prodotto in tutta Europa è stato quello di una vera e propria *ondata di nuova criminalizzazione* in materia di abusi di mercato, favorita naturalmente anche dal diffuso clima di allarme sociale suscitato dall'esplosione della crisi e degli scandali finanziari⁷. Un'ondata di nuova criminalizzazione che ha visto paradossalmente all'avanguardia, questa volta, proprio il legislatore italiano⁸, che si è rivelato particolarmente propenso ad un impiego estremamente rigoristico (non privo di

³ Direttiva 89/592/CEE, GUCE, 1989, n. L 334, p. 30.

⁴ Per una più dettagliata descrizione dell'attuazione della Direttiva del 1989 sull'*insider trading* nei diversi ordinamenti nazionali, si rinvia a L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa. Profili penalistici*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 360-361, nota 225.

⁵ Direttiva 2003/6/CE, GUCE, 2003, n. L 96, p. 16.

⁶ «Un autentico mercato unico dei servizi finanziari è cruciale per la crescita economica» (*Considerando 1*); «Un mercato finanziario integrato ed efficiente non può esistere senza che se ne tutelino l'integrità. Il regolare funzionamento dei mercati mobiliari e la fiducia del pubblico nei mercati costituiscono fattori essenziali. Gli abusi di mercato ledono l'integrità dei mercati finanziari e compromettono la fiducia del pubblico» (*Considerando 2*); «Il vigente quadro giuridico comunitario a tutela dell'integrità del mercato è incompleto. I requisiti giuridici variano da uno Stato membro all'altro, creando incertezza per gli operatori economici. In alcuni Stati membri non esiste alcuna normativa in materia di manipolazione dei prezzi e di diffusione di informazioni privilegiate» (*Considerando 11*); «La normativa contro l'abuso di informazioni privilegiate persegue lo stesso obiettivo della normativa contro la manipolazione del mercato: assicurare l'integrità del mercato e accrescere la fiducia degli investitori. E' pertanto opportuno adottare norme combinate. Una direttiva unica garantisce in tutta la Comunità uno stesso quadro in materia di ripartizione delle competenze, di applicazione e di cooperazione» (*Considerando 12*).

⁷ Per un'aggiornata rassegna delle crisi e degli scandali economici-finanziari che hanno contrassegnato la nostra epoca, e per i riflessi che le crisi hanno determinato nell'evoluzione dell'intervento penale in materia economica, si veda ora, nella dottrina italiana, l'accurata indagine di A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economica*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 101 ss. Nella letteratura internazionale cfr. in particolare B. SCHÜNEMANN (cur.), *Die sogenannte Finanzkrise – Systemversagen oder global organisierte Kriminalität?*, Berlin, BWV, 2010; E. KEMPF/K. LÜDERSSEN/K. VOLK (cur.), *Die Finanzkrise, das Wirtschaftsstrafrecht und die Moral*, Berlin/New York, de Gruyter, 2010; K. LÜDERSSEN, *Soziale Marktwirtschaft, Finanzmarktkrise und Wirtschaftsstrafrecht*, in E. KEMPF/K. LÜDERSSEN/K. VOLK (cur.), *Die Handlungsfreiheit des Unternehmers – Wirtschaftliche Perspektiven, strafrechtliche und ethische Schranken*, Berlin, de Gruyter, 2009, p. 21 ss.; Id., *Funkzionalità dei mercati finanziari*, cit. (nota 1), p. 289 ss.; C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Crisis financiera y Derecho Penal*, Lima, ARA Editores, 2014.

⁸ Si tratta della riforma realizzata con la l. 18 aprile 2005, n. 62 (legge comunitaria 2004) e con la successiva legge per la tutela del risparmio della fine dello stesso anno (l. 28 dicembre 2005, n. 262), che ha prodotto in particolare uno straordinario incremento sanzionatorio dei livelli (già estremamente elevati) delle sanzioni penali e amministrative – applicabili nei confronti delle persone fisiche e delle persone giuridiche – in materia di abuso di informazione privilegiata e di manipolazione del mercato.

venature populistiche e simboliche⁹) dello strumento sanzionatorio penale ed amministrativo (al contrario di quanto era avvenuto invece, pochi anni prima, con la riforma dei reati societari, nel qual caso – come è ben noto – la linea seguita era stata diametralmente opposta, con un generalizzato abbattimento delle sanzioni penali ed una vera e propria “bagatellizzazione” del falso in bilancio, la cui legittimità era stata posta in discussione, con una clamorosa iniziativa, persino davanti alla Corte di giustizia delle Comunità europee)¹⁰.

Una ondata di nuova criminalizzazione si è abbattuta dunque contro gli abusi di mercato; ma questa volta – ancor più di quanto avvenuto nel corso degli anni '90 del secolo appena trascorso, in occasione dell'attuazione della prima direttiva sull'abuso di informazioni privilegiate – la risposta dei legislatori nazionali si è prodotta in termini sostanzialmente e profondamente differenziati da paese a paese, quanto a specie ed entità delle sanzioni.

3.

Dalla ricca messe di dati recentemente diffusi nell'*Executive Summary 2008* del CESR (*Committee of European Securities Regulators*)¹¹ risulta in effetti un panorama comparatistico con alcune grandi linee di tendenza molto marcate – quale in particolare l'impiego ormai sistematico e congiunto dello strumento penale e di quello sanzionatorio amministrativo, con frequente estensione delle sanzioni anche alle persone giuridiche – ma si tratta di un panorama anche assai variegato ed eterogeneo nei singoli elementi. In particolare:

a) *In materia di insider trading*: 21 paesi su 29 (incluso anche Norvegia e Islanda) hanno introdotto sanzioni amministrative pecuniarie, 24 paesi su 29 hanno introdotto sanzioni amministrative di diversa natura, e infine ben 28 paesi su 29 hanno introdotto sanzioni penali, esclusa la sola Bulgaria.

b) *In materia di manipolazione del mercato*: analogamente, 24 paesi su 29 hanno introdotto sanzioni amministrative diverse da quelle pecuniarie (non le hanno introdotte soltanto Cipro, Ungheria, Slovenia, Norvegia e Svezia), 25 paesi su 29 hanno introdotto sanzioni amministrative pecuniarie (fanno eccezione Danimarca, Lettonia, Lussemburgo, Svezia), e, soprattutto, 25 su 29 paesi hanno introdotto sanzioni penali (escluse Bulgaria, Slovacchia, Slovenia e Austria).

Balza agli occhi, pertanto, un impiego generalizzato – quasi a tappeto – non solo dello strumento sanzionatorio amministrativo – l'unico, lo ricordo nuovamente, oggetto di attenzione diretta da parte del legislatore comunitario – ma anche dello strumento penale, pur in assenza di qualsivoglia obbligo formale di incriminazione in capo ai legislatori nazionali.

Ma le sorprese non mancano, quando si comparano *tipologia ed entità delle sanzioni* nei diversi paesi:

a) Se guardiamo, ad es., ai *minimi e massimi edittali della sanzione pecuniaria amministrativa prevista per l'insider trading*, ci troviamo sorprendentemente di fronte ad un ventaglio sanzionatorio che va dall'estremo rigoristico dell'Italia (fino ad un massimo di € 45.000.000, ulteriormente innalzabile fino ad un multiplo di 10 volte il profitto conseguito dall'*insider*) sino all'estremo opposto di paesi come l'Islanda (da un minimo di € 118 a un massimo di € 235.000) – che pure è stata travolta da scandali finanziari che hanno provocato una vera e propria bancarotta nazionale – o come la Lituania (alle persone fisiche fino ad un massimo di € 1.450 e alle persone giuridiche fino ad un massimo di € 30.000 o 3 volte il profitto) o la Bulgaria (alle persone fisiche fino ad un massimo di € 25.000 e alle persone giuridiche fino ad

⁹ Cfr. in proposito, in termini nettamente critici, A. ALESSANDRI, *Un esercizio di diritto penale simbolico: la c.d. tutela penale del risparmio*, in AA.Vv., *Scritti per Federico Stella*, Napoli, Jovene, 2007, p. 955 ss. e in P. ABBADESSA/F. CESARINI (cur.), *La legge per la tutela del risparmio*, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 50 ss.; G. MARINUCCI/C.E. PALIERO, *Tutela del risparmio: soluzioni a metà sul nuovo assetto dei reati societari*, *GD*, 11/2005, p. 13 ss.; A. PERINI, *Prime osservazioni sui profili penali della nuova legge sul risparmio*, *GI*, 2006, IV, c. 875 ss.; S. SEMINARA, *Nuovi illeciti penali e amministrativi nella legge sulla tutela del risparmio*, *DPP*, 2006, p. 549 ss.

¹⁰ Mi limito soltanto a rinviare, sul punto, a beneficio del lettore spagnolo, a L. FOFFANI, “*Crónica de una muerte anunciada*”: la reforma de los delitos societarios en Italia, in *Rev. Pen.*, n. 15 (2005), p. 57 ss.; ID., *Bienes jurídicos de relevancia comunitaria y protección penal: el caso de las falsedades en las cuentas de sociedades mercantiles*, in *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho. Homenaje a Santiago Mir Puig*, a cura di D.M. Luzon Peña, Madrid, La Ley, 2010, p. 777 ss. ed in *Rev. Pen.*, 27 (2011), p. 41ss.

¹¹ COMMITTEE OF EUROPEAN SECURITIES REGULATORS, *Executive Summary to the Report on Administrative Measures and Sanctions as well as the Criminal Sanctions available in Member States under the Market Abuse Directive (MAD)*, in www.cesr-eu.org. Si tratta di un'accurata rassegna comparatistica sulle sanzioni amministrative e penali previste da tutti i 27 paesi dell'Unione (ai quali si aggiungono Norvegia e Islanda) in materia di abusi di mercato, a seguito dell'attuazione della Direttiva del 2003.

un massimo di € 50.000); paesi, questi ultimi, che prevedono sanzioni amministrative bagatelari e quasi risibili, vista la natura dell'illecito e la capacità economica media del tipo d'autore.

b) Non molto diversa si presenta la situazione per quanto riguarda i *minimi e massimi edittali della sanzione pecuniaria amministrativa per la manipolazione del mercato*: anche qui, dopo la riforma del 2005, abbiamo sanzioni draconiane in Italia (fino ad un massimo di € 75.000.000 o 10 volte il profitto), straordinariamente e clamorosamente contrastanti con la lievità delle sanzioni previste ad es. in Finlandia (alle persone fisiche fino ad un massimo di € 10.000 e alle persone giuridiche fino ad un massimo di € 200.000) o in Austria (fino ad un massimo di € 50.000).

c) E andiamo finalmente a confrontare le *sanzioni penali* previste in questo settore nei diversi paesi europei:

c₁) Per l'*insider trading* solo 2 paesi su 29 (Bulgaria e Slovenia) non prevedono la pena detentiva; 27 su 29 prevedono invece una pena detentiva, che spazia dall'ipotesi più lieve del Belgio (da un minimo di 3 mesi ad un massimo di 1 anno), fino ai 12 anni di pena edittale massima dell'Italia e ai 15 anni della Lettonia;

c₂) Sanzione pecuniaria (per *insider trading* e manipolazione del mercato): in Danimarca sanzione pecuniaria senza limiti edittali specifici, in Irlanda fino a € 10.000.000, in Italia fino a € 3.000.000 (per l'*insider trading*) e € 5.000.000 (per la manipolazione); all'estremo opposto il Belgio, che prevede un minimo di € 50 ed un massimo di € 10.000;

c₃) Per la manipolazione del mercato 25 paesi su 29 prevedono una pena detentiva, che spazia dall'estremo inferiore del Belgio (da un minimo di 1 mese ad un massimo di 2 anni) a quello superiore dell'Italia (reclusione da 2 a 12 anni) e della Lettonia (con un massimo edittale di 15 anni).

Le differenze, dunque, anche per le sanzioni penali sono a dir poco strabilianti, se si considera che si tratta di due tipologie di reato introdotte in quasi tutti i paesi *ex novo* e pressoché contemporaneamente, in occasione dell'attuazione delle direttive comunitarie. Si delinea così un singolare paradosso: si va rapidamente verso l'unificazione dei mercati finanziari, verso una centralizzazione europea dell'attività di vigilanza, si armonizzano sostanzialmente i precetti contro gli abusi di mercato, ma si vanno divaricando enormemente le risposte sanzionatorie, con il pericolo di vanificare gli obiettivi dell'armonizzazione raggiunta sul piano sostanziale e con un rischio elevato di dar vita a fenomeni di "*forum shopping*", particolarmente agevole per questo tipo di autori e di comportamenti criminali. Una più compiuta estensione del processo di armonizzazione al versante sanzionatorio – pur nel necessario e consapevole rispetto del principio di coerenza fra direttive di armonizzazione e ordinamenti nazionali (coerenza verticale), così come fra le diverse iniziative europee (coerenza orizzontale)¹² – appare per il prossimo futuro come un passaggio ineludibile per il legislatore europeo, nello sviluppo del processo di armonizzazione delle discipline penali in materia economica e finanziaria.

Sotto questo profilo, la nuova direttiva 2014/57/UE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle sanzioni penali in caso di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato¹³ – entrata in vigore il 2 luglio 2014 congiuntamente ad un corposo e dettagliato regolamento relativo alla stessa materia degli abusi di mercato e riguardante la disciplina amministrativa e le relative sanzioni¹⁴ – pur essendo la prima iniziativa europea di natura *penale* in materia di abusi di mercato, oltre che la prima direttiva penale sulla base dell'art. 83 par. 2 TFUE, batte una strada solo parzialmente innovativa: da un lato, infatti, prosegue sulla strada di un ulteriore affinamento e approfondimento dell'armonizzazione dei precetti (art.

¹² Sull'importanza del principio di coerenza per un razionale esercizio dei poteri di armonizzazione penale da parte delle istituzioni europee, cfr. l'esplicita presa di posizione del gruppo di lavoro EUROPEAN CRIMINAL POLICY INITIATIVE, *Manifesto sulla politica criminale europea*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)* (www.zis-online.com), 12/2009, p. 737 ss. (per la versione in lingua italiana) e p. 727 ss. (per la versione lingua spagnola). Il "Manifesto" è stato pubblicato anche, in Italia, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1262 ss. (accompagnato da un breve commento di H. SATZGER, *Le carenze della politica criminale europea*, p. 1278 ss.) ed in *Quaderni Cost.*, 2010, p. 899 ss. Su tale documento cfr. anche, volendo, L. FOFFANI, *Il "Manifesto sulla politica criminale europea"*, in *Criminalia*, 2011. Sul principio di coerenza, specificamente, P. ASP, *Subsidiarity and Coherence in European Criminal Law*, in *European Criminal Law Review (EuCLR)*, 1/2011, p. 44 ss.

¹³ GUUE, 12 giugno 2014, L 173/179 ss.

¹⁴ Regolamento UE n. 596/2014, in GUUE, 12 giugno 2014, L 173/1 ss. In particolare, l'art. 30 del regolamento ("sanzioni amministrative e altre misure amministrative") ed il successivo art. 31 ("esercizio dei poteri di controllo e imposizione di sanzioni") delineano una vasta e dettagliata gamma di misure sanzionatorie, con una serie di indicazioni relative alla scelta più adeguata del tipo di sanzione o misura amministrativa.

3-5 della direttiva), preoccupandosi altresì di prescrivere ai legislatori nazionali un'anticipazione ed estensione dell'intervento penale (in materia di induzione, favoreggiamento, concorso e tentativo: art. 6); dall'altro lato, prescrive agli Stati membri l'*obbligo* di introdurre sanzioni *penali* (a fronte di una mera *facoltà* potestativa di introdurre sanzioni amministrative, con rovesciamento della prospettiva sanzionatoria perseguita dalla precedente direttiva del 2003) per gli illeciti di abuso di informazioni privilegiate, raccomandazione o induzione di altri alla commissione di abuso di informazioni privilegiate, comunicazione illecita di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato, quando si tratti di condotte illecite *gravi* e commesse con *dolo*. Alla mera previsione di sanzioni «penali effettive, proporzionate e dissuasive» si affianca questa volta – seguendo un modello già più volte sperimentato nelle decisioni quadro degli anni precedenti – l'imposizione di un minimo di pena massima, differenziato a seconda delle diverse fattispecie (2 anni di pena detentiva per la comunicazione illecita di informazioni privilegiate, 4 anni per l'abuso delle medesime ovvero per la raccomandazione o induzione all'abuso, così come per le manipolazioni del mercato).

4.

In conclusione: da questa *esperienza storica degli abusi di mercato come possibile paradigma di armonizzazione* – ed in attesa dei prossimi sviluppi che deriveranno dai nuovi strumenti normativi UE – possiamo trarre, a mio avviso, alcune considerazioni di ordine generale, che vorrei provare a sintetizzare in sei punti:

1) Quando si parla di abusi di mercato, si allude ad un settore normativo caratterizzato come pochi altri, in questi ultimi anni, da una tendenza nettissima alla *espansione penale*, o – volendo usare l'efficace espressione recentemente impiegata in chiave critica da Papa Francesco nel suo discorso sulla politica criminale¹⁵ – da un "*populismo punitivo*", tutto sommato inedito e sorprendente nei confronti della criminalità economica; un punitivismo che fa da puntuale e fedele contrappunto alle clamorose sentenze pronunciate in questi ultimi anni sull'altra sponda dell'Oceano Atlantico, come i 150 anni di carcere per *Bernie Madoff*, autore della più colossale frode finanziaria del secolo.

2) L'espansione penale in questo specifico settore è stata una *libera scelta della politica criminale nazionale*, non già una decisione imposta o etero-guidata dal legislatore europeo. Questo è un punto che credo che valga la pena di essere sottolineato con forza, con buona pace di certi slogan correnti sull'Europa delle pene. Uno sguardo meno superficiale e prevenuto alle iniziative europee in materia penale rivelerebbe invece come le scelte punitive – nel senso di scelte di incremento delle risposte punitive – siano nella stragrande maggioranza dei casi ascrivibili a decisioni politiche liberamente assunte a livello nazionale, e non già imposte o preconfezionate dalle istituzioni europee.

3) Sul piano di una *valutazione comparativa della efficacia armonizzatrice dei precetti penali*, il raffronto fra una direttiva non penale (come quella del 2003 sul *market abuse*) ed una direttiva penale (come quella sulla protezione dell'ambiente), conduce alla paradossale conclusione secondo la quale è risultata molto più efficace la prima. Si tratta di un esito assolutamente sorprendente, ed anche un poco sconcertante per quella parte della dottrina europea che da tanti anni andava reclamando una competenza penale comunitaria. Ora che la competenza penale dell'Unione Europea è un dato acquisito, dobbiamo constatare che sul piano dei risultati dell'armonizzazione penale – perlomeno per quanto riguarda la formulazione dei precetti – è stata molto più efficace una direttiva non penale, piuttosto che una direttiva penale! Anche questo, mi sembra, è un dato di cui non si può non tenere conto, nel prosieguo della discussione.

4) Evidentemente conta di più la disponibilità politica degli Stati a farsi armonizzare, che non la natura giuridica (penale o non penale) dello strumento di armonizzazione: la disponibilità politica degli Stati e – soprattutto – l'esistenza di una base adeguata, di un substrato (materiale e giuridico) per la costruzione dell'armonizzazione penale. Nel caso degli abusi di mercato questo substrato evidentemente c'era (c'era un terreno fertile: la progressiva e profonda armonizzazione e integrazione dei mercati finanziari europei, il coordinamento stretto fra

¹⁵ Si allude al [discorso tenuto dal Pontefice nell'incontro con le Associazioni penalistiche internazionali del 23 ottobre 2014](#), già pubblicato in *Dir. pen. cont.* (v. anche, sul punto, l'editoriale della *EuCLR*, 4/2014).

le diverse autorità di vigilanza, la tendenza – già in marcia da diversi anni – ad una vera e propria unificazione dei mercati e della vigilanza), mentre in materia di protezione dell'ambiente è altrettanto evidente che un analogo substrato comune era ed è assolutamente inesistente, con i risultati che si sono visti, in termini di riottosa resistenza degli Stati all'armonizzazione dei precetti penali. In questo caso – volendo ricorrere ad una metafora botanica – la pianta dell'armonizzazione è stata collocata su un terreno arido e non ha assolutamente attecchito.

5) Dobbiamo riorientare i termini del dibattito: dalla discussione sulla *base giuridica dell'armonizzazione penale* – che ha occupato la dottrina negli ultimi 20 anni alla discussione sulle *tecniche dell'armonizzazione penale*. Sul piano tecnico, probabilmente, la direttiva ambiente si è rivelata inadeguata: troppo estesa, troppo complessa. Mentre la direttiva sugli abusi di mercato si è rivelata – nonostante la complessità della materia – molto più efficace, soprattutto perché ha costruito prima le fondamenta istituzionali ed amministrative dei mercati finanziari e dei relativi controlli, e solo su questa base ha poi dettato i contenuti dei precetti armonizzati da sanzionare in maniera «adeguata, proporzionata ed efficace».

6) Dove la direttiva del 2003 sul *market abuse* – analogamente a quella sull'ambiente – ha sino ad ora, invece, clamorosamente fallito è sul piano *dell'armonizzazione delle sanzioni*: troppo rinunciarie entrambe, con le loro formule rituali e standardizzate, e troppo divaricate le tendenze, le tradizioni, gli stili e le prassi dei legislatori nazionali. Bisogna dunque passare dai precetti alle sanzioni, se si vuole prendere sul serio il progetto dell'armonizzazione; e bisogna anche qui, verosimilmente, elaborare *nuove tecniche di armonizzazione*: sono ormai insufficienti tanto le formulette aperte sul modello “mais greco”, quanto le rigide ed astratte imposizioni di minimi di pena massima, adottate in tante decisioni quadro degli ultimi anni. La prima tecnica è priva di qualsivoglia capacità di reale orientamento della politica sanzionatoria nazionale, la seconda rischia di cozzare troppo radicalmente con le tradizioni nazionali, pone inopportuno sotto pressione alcuni ordinamenti e contrasta con il c.d. principio di coerenza verticale. Urge dunque la ricerca di nuovi strumenti tecnici, per evitare che il riconoscimento formale e solenne della competenza penale dell'Unione rischi di diventare una formula vuota, ovvero come una specie di cane che abbaia alla luna, tanto rumoroso e capace di disturbare il quieto sonno della dottrina, quanto incapace di guidare razionalmente il gregge riottoso e testardo dei legislatori nazionali.

5.

Postilla. Sulla inarrestabile forza espansiva della disciplina sanzionatoria degli abusi di mercato – nel suo doppio binario penale e amministrativo – si è ora abbattuta come un macigno la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 4 marzo 2014 sul caso Grande Stevens¹⁶, la quale rileva, nel sistema sanzionatorio italiano in materia di abusi di mercato, tanto una violazione del diritto all'equo processo (art. 6 § 1, CEDU), quanto una violazione del diritto a non essere giudicati o puniti due volte per lo stesso fatto (art. 4, Protocollo n. 7).

Dopo anni nei quali non solo la politica criminale del nostro legislatore nazionale, ma anche (e prima di tutto) la politica sanzionatoria dell'UE in materia di abusi di mercato aveva dato la sensazione di perseguire un doppio binario di tutela senza preoccupazione alcuna per un possibile cumulo di sanzioni di natura giuridica diversa per il medesimo fatto, la nuova direttiva 2014/57/UE prende finalmente in considerazione l'esigenza di rispetto del *ne bis in idem*: il considerando n. 23 della direttiva prevede infatti che, “nell'applicare la normativa nazionale di recepimento della presente direttiva, gli Stati membri dovrebbero garantire che l'irrogazione di sanzioni penali per i reati ai sensi della presente direttiva e di sanzioni amministrative ai sensi del regolamento (UE) n. 596/2014 non violi il principio del *ne bis in idem*”. Il legislatore europeo indica anche ai legislatori nazionali la via maestra per prevenire il pericolo del *bis in idem*, tracciando una linea di confine fra illecito penale e illecito amministrativo che dovrebbe correre lungo il duplice crinale della *gravità* dell'illecito e dell'elemento *soggettivo* (doloso per l'illecito penale, senza necessità di prova del dolo per l'illecito amministrativo).

¹⁶ Corte EDU, II Sez., sent. 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri c. Italia, ric. N. 18640/10 e a., sulla quale cfr., per una prima analisi “a caldo”, G. DE AMICIS, *Ne bis in idem e “doppio binario” sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza “Grande Stevens” nell'ordinamento italiano* e F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?*, entrambi in *Dir. pen. cont.*, 30 giugno 2014; v. anche la *Relazione n. 35/2014*, a cura dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, recante *Considerazioni sul principio del ne bis in idem nella recente giurisprudenza europea: la sentenza 4 marzo 2014, EDU Grande Stevens c. Italia*, in *Dir. pen. cont.*, 29 maggio 2014.

Decisamente più complesso sembra però, a prima vista, l'adeguamento del sistema sanzionatorio nazionale (italiano, ma lo stesso problema investe anche molti altri paesi europei) in materia di abusi di mercato alla censura della CEDU relativa alla violazione del diritto all'equo processo, che non si ritiene da parte della Corte sufficientemente garantito nel procedimento sanzionatorio amministrativo davanti alla CONSOB: per l'assenza di contraddittorio, per la mancanza di un'udienza pubblica (ritenuta necessaria a fronte del rischio di applicazione di sanzioni di straordinaria severità, assimilabili alla "materia penale" secondo la consolidata giurisprudenza CEDU) e per l'affidamento dei poteri di indagine e di giudizio ad organi che, sebbene diversi, sono posti comunque entrambi alle dipendenze del Presidente della CONSOB. Come uscire dunque dal "*cul de sac*" della sentenza Grande Stevens? Ristrutturando il procedimento sanzionatorio amministrativo in materia di abusi di mercato secondo uno standard garantistico adeguato alla gravità delle sanzioni in gioco, e rinunciando alla rapidità ed immediatezza sinora connaturata agli interventi della CONSOB? O piuttosto ridimensionando radicalmente i livelli sanzionatori o addirittura rinunciando allo strumento sanzionatorio extrapenale, come pure l'Unione Europea consente oggi di fare? La palla è sul campo del legislatore nazionale e la risposta non potrà tardare, pena il pericolo di una paralisi del sistema.

Ma rimangono anche, sullo sfondo, le perplessità legate ad un necessario ripensamento di fondo del ruolo dello strumento sanzionatorio amministrativo e del suo rapporto con lo strumento penale, soprattutto nelle materie più delicate e importanti della moderna disciplina dell'economia: pensiamo solo, per fare un esempio, all'attuale assetto della tutela della concorrenza (in Italia, così come in tutti i paesi che seguano il modello UE), con un procedimento sanzionatorio amministrativo che potrebbe andare incontro a censure analoghe a quelle sollevate in materia di abusi di mercato e con fattispecie tutt'altro che tassative sotto il profilo sostanziale (abuso di posizione dominante, intese illecite, violazione di divieti di concentrazione). Se sanzioni della gravità di quelle previste per queste ultime fattispecie dovessero essere considerate, come pare inevitabile, facenti parte della "materia penale", come potrebbe il sindacato CEDU arrestarsi solo alle garanzie di ordine processuale e non investire anche quelle di natura sostanziale (quantomeno sotto il profilo della determinatezza e prevedibilità *ex ante* del profilo normativo dell'infrazione)?

RISERVE EXTRABILANCIO E GESTIONE D'IMPRESA: PROFILI PENALI

Relazione al Congresso italo-spagnolo
svoltosi presso l'Università degli Studi di Milano il 29 e 30 maggio 2014

Sergio Seminara^{*}

SOMMARIO

1. Introduzione. – 2. Le riserve extrabilancio e il reato di false comunicazioni sociali. – 3. Le riserve extrabilancio e il reato di appropriazione indebita. – 4. Le riserve extrabilancio e il reato di infedeltà patrimoniale. – 5. Le riserve extrabilancio e il reato di corruzione privata. – 6. Linee conclusive dell'indagine.

^{*} Professore ordinario di diritto penale presso l'Università degli Studi di Pavia.

1.

Introduzione.

Fra tutti i numerosi e gravi problemi che attualmente (e in specie a far data dall'emanazione del d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61) affliggono il sistema dei reati societari, a livello politico e mass-mediatico quello inerente ai reati di false comunicazioni sociali – spesso menzionati, in conseguenza di una non sempre consapevole sineddoche, come falso in bilancio – è riuscito a imporsi, fino a oscurare ogni altro.

In particolare, agli artt. 2621 e 2622 c.c. viene contestato di restringere oltre misura l'ambito della punibilità, soprattutto attraverso le soglie riferite al risultato economico di esercizio, al patrimonio netto e alle valutazioni estimative. Inoltre, mentre l'art. 2621, per la natura contravvenzionale e la mitezza della sanzione, conosce termini prescrittivi che di fatto ne paralizzano l'operatività, l'art. 2622 stabilisce, con l'eccezione delle società quotate, la procedibilità a querela, così depotenziando fortemente la sua funzione repressiva¹. Le critiche all'opzione legislativa non si limitano peraltro alla carenza di tutela della trasparenza societaria e degli interessi patrimoniali di quanti, a vario titolo, entrano in rapporti giuridici con le società commerciali; a monte – e proprio sotto il profilo in esame va colta la ragione della centralità del problema delle false comunicazioni sociali rispetto a tutti gli altri reati societari – viene infatti ravvisato, nella vigente configurazione degli artt. 2621 e 2622 c.c., un grave ostacolo alla lotta contro il fenomeno corruttivo. Questo, in estrema sintesi, è il ragionamento seguito.

La commissione di reati di corruzione, posti in essere da soggetti operanti per conto di imprese, richiede la previa formazione di riserve extrabilancio, alle quali attingere per la corresponsione delle tangenti. Ora, l'elevatissima cifra oscura di tali reati può essere contrastata attraverso il tracciamento dei capitali oggetto dell'illecita dazione, provenienti dalle società, solo qualora per i fondi neri da esse costituiti sia prevista una cornice di pena in grado di consentire l'adozione di mezzi di ricerca della prova e misure cautelari oggi precluse dalle sanzioni minacciate dagli artt. 2621 e 2622 c.c. Donde l'istanza verso una riformulazione di queste fattispecie, volta essenzialmente a restituire loro la struttura di reati di condotta, a eliminare le soglie di non punibilità e a innalzare il limite massimo della pena detentiva.

Invero, non è possibile dubitare che una riforma degli artt. 2621 e 2622 c.c. sia necessaria. Perplessità insorgono, per contro, rispetto alla proiezione di tale riforma sul tema della lotta alla corruzione.

2.

Le riserve extrabilancio e il reato di false comunicazioni sociali.

Attualmente, la creazione di fondi extracontabili² per importi inferiori alle soglie di punibilità *ex* artt. 2621 e 2622 c.c. non integra il reato di false comunicazioni sociali. Senza necessità di affrontare sottili questioni attinenti al dolo specifico di ingiusto profitto per sé o per altri e al dolo intenzionale, la questione della rilevanza penale dei fondi neri, laddove essi si mantengano in proporzioni “fisiologiche” con il patrimonio e il risultato di esercizio, non trova dunque modo di emergere in rapporto ai reati in esame.

Al di là della formulazione delle norme vigenti, occorre però chiedersi se davvero l'illecito di false comunicazioni sociali si presti a comprendere la costituzione di riserve extrabilancio. Una tale riflessione, oltre che sotto un profilo di politica criminale, manifesta la propria attualità alla luce delle numerose proposte di riforma presentate in Parlamento relativamente agli artt. 2621 e 2622 c.c.³, che – alla luce di quanto riportato sui quotidiani in merito ai programmi del Governo – dovrebbero presto approdare a un risultato. Allo scopo di avvicinarci a questo prossimo futuro, possiamo prendere in esame il disegno di legge S. 19, presentato in Senato il 15 marzo 2013 dal sen. Grasso come primo firmatario e assegnato alla 2ª Commis-

¹ Per tutti, valgono le citazioni di CRESPI, *Le false comunicazioni sociali: una riforma faceta*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 44 ss.; PEDRAZZI, *In memoria del “falso in bilancio”*, *ivi*, 2001, p. 1369 ss.

² Per la definizione del problema delle riserve extrabilancio come «un caleidoscopio che compone figure di reato differenti, ciascuna delle quali ha seguito percorsi distinti, anche se non privi di influenze reciproche», MILITELLO, *Fondi neri e corruzione tra privati in Italia*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2012, p. 910, ove è un'attenta e articolata indagine sul tema qui affrontato.

³ Un'analisi di tali proposte, presentate nel corso della legislatura, è in SEMINARA, *Riflessioni in tema di riforma dei reati societari*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 141 ss.

sione permanente (Giustizia) in sede referente.

Gli artt. 4 e 5 di tale progetto mantengono il dualismo tra gli artt. 2621 e 2622, ora però costruiti entrambi come delitti e differenziati solo sul piano sanzionatorio (rispettivamente, da uno a cinque anni ovvero da due a sei anni di reclusione) in ragione dell'appartenenza dei soggetti attivi, nell'art. 2622, a «società con azioni quotate in mercati regolamentati o che emettono o garantiscono strumenti finanziari negoziati in mercati regolamentati ovvero diffusi tra il pubblico in misura rilevante». In particolare, entrambe le norme puniscono, in presenza del «fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto», l'esposizione di informazioni false e l'omissione di informazioni la cui comunicazione è imposta dalla legge «sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale essa appartiene, in modo concretamente idoneo a indurre in inganno i destinatari sulla predetta situazione».

La relazione al disegno di legge ha cura di sottolineare – confermando quanto prima si rilevava in ordine alla funzione che si vorrebbe attribuire all'incriminazione – che «le misure proposte configurano il delitto di falso in bilancio punibile con pene che consentono le misure cautelari detentive e le intercettazioni telefoniche e lo qualificano come reato di pericolo concreto». Il problema risiede tuttavia proprio nell'oggetto del pericolo: sebbene la relazione osservi come la nuova formulazione sia «rispettosa dell'esigenza di mantenere al di fuori dell'ambito di rilevanza penale quelle difformità sostanzialmente irrilevanti, in quanto inidonee a generare nel destinatario della comunicazione un inganno in ordine alla situazione economica, finanziaria e patrimoniale della società», in realtà qui si apre un'alternativa ermeneutica. Da un lato è infatti possibile ritenere che il requisito dell'idoneità del falso attiene solo alle modalità della comunicazione o dell'omissione, mentre la soppressione dell'esigenza di un'alterazione «sensibile» (artt. 2621, comma 3 e 2622, comma 7, c.c.) esprime il ripudio di qualsiasi parametro quantitativo; dall'altro lato risulta invece sostenibile che, dovendo la falsità o l'omissione vertere sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria della società, resta ferma la non punibilità delle comunicazioni od omissioni (ivi comprese, dunque, le riserve occulte) che non alterano significativamente la rappresentazione del quadro societario e risultano così inidonee all'inganno⁴.

Come si vede, se il disegno di legge in esame dovesse essere approvato dal Parlamento, in ordine al problema dei fondi neri si riproporrebbe il medesimo dibattito svolto sotto il previgente art. 2621 c.c., che qui conviene riprendere nei suoi termini essenziali riferiti al periodo immediatamente precedente la riforma del 2002.

In giurisprudenza si segnalavano in particolare due sentenze, entrambe attinenti a riserve occulte costituite all'interno di gruppi societari e per importi straordinariamente ingenti (circa 153 miliardi di lire nell'un caso e circa 40 miliardi di lire nell'altro). La prima pronuncia affermava la configurabilità dell'art. 2621 osservando che «non solo i saldi dei conti assumono un significato descrittivo delle condizioni economiche della società, bensì anche gli elementi dalla cui combinazione essi risultano. Ed è anche vero che la rilevanza ai fini della descrizione di tali condizioni non dipende soltanto dall'importo contabile di una determinata operazione e dalla sua incidenza percentuale sui conti, bensì anche dal significato che quell'operazione può assumere per ricostruire la rete dei rapporti sociali ed economici in cui l'impresa e il suo *management* si inseriscono. (...) Insomma le condizioni economiche di un'impresa dipendono significativamente dalla sua identità, che è definita da una quantità di elementi ben più estesa e complessa del semplice saldo dei suoi conti o dell'incidenza che una singola operazione può avere su di essi»⁵. La seconda decisione, richiamando espressamente la precedente, osservava che «la rilevanza del dato elementare (la singola posta o voce in bilancio, non veritariamente esposta e fraudolentemente nascosta) dipenderà dall'impatto prodotto sulla rilevanza del bilancio a cui essa appartiene. In particolare occorrerà verificare non solo la sua incidenza sulle grandezze di sintesi (reddito e capitale netto), la cui conoscenza è utile ai soci *uti singuli*, ai futuri soci, ai creditori e, in genere, ai terzi interessati, ma anche l'impatto sui rapporti con altre classi di valori, quale l'interesse generale al regolare funzionamento delle società com-

⁴ Sotto questo profilo è da rilevare che l'art. 10.1, lett. a), n. 1 dello *Schema di disegno di legge delega*, predisposto dalla commissione Mirone e consegnato ai Ministri della Giustizia e del Tesoro il 15 febbraio 2000, rispetto al reato di false comunicazioni sociali stabiliva, con maggiore precisione, che «la condotta deve essere idonea a trarre in inganno i destinatari sulla predetta situazione».

⁵ Cass., 21 gennaio 1998, Cusani, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 315 s.; la sentenza è annotata da PEDRAZZI, secondo cui l'andamento qualitativo e quantitativo dei costi e dei ricavi può fornire indicazioni oggettive circa le potenzialità di reddito future.

merciali nell'ambito della economia nazionale, l'interesse dell'amministrazione finanziaria alla percezione dei tributi dovuti partendo dal risultato economico del bilancio civilisticamente chiaro, veritiero e corretto, e pure quello extrasociale, di carattere pubblicistico, relativo al controllo dei flussi finanziari (...); non esclusa, infine, la "reputazione" stessa della società, la cui salvaguardia può dipendere anche da eventi apparentemente poco rilevanti se indicati dal semplice ammontare del valore rappresentato in bilancio»⁶.

Ora, è innegabile che tali argomentazioni pecchino di una genericità tale da trasformare la plurioffensività in onnicomprensività. Pure riconoscendo l'enormità degli importi delle riserve extracontabili (che tuttavia, nei casi di specie, avevano una modestissima rilevanza rispetto ai valori patrimoniali del gruppo e non si prestavano quindi a una valorizzazione in termini relativi o percentuali), la via percorsa per giungere alla configurabilità dell'illecito – superando la questione della necessaria incidenza del falso sulle condizioni economiche della società – appariva assai fragile.

Spostando l'attenzione sulla dottrina, il punto di partenza era costituito dalla distinzione tra riserve extracontabili liquide e illiquide: queste costituiscono «un puro dato contabile scaturente da una sottovalutazione delle poste attive o una sopravvalutazione di quelle passive», mentre quelle derivano da «un reale flusso di denaro o, più comprensivamente, di valori, che con modalità fraudolente vengono drenati dalla società e allocati presso conti o depositi extraufficiali (e comunque nella disponibilità degli amministratori) ovvero presso soggetti terzi, fisici o giuridici»⁷. Sulla base di questa premessa, mentre la liceità delle riserve illiquide veniva prevalentemente stabilita sulla base dello scopo perseguito dagli amministratori, rispetto alle riserve liquide un diffuso orientamento ravvisava l'art. 2621 c.c. alla luce del falso strumentale alla loro costituzione⁸.

Neppure l'orientamento appena menzionato risultava però convincente. La distinzione tra riserve liquide e illiquide, per quanto giustificata sul piano sia delle tecniche di formazione che delle loro finalità, non sembra infatti in grado di trovare riscontro in una formulazione del reato di false comunicazioni sociali ancorata alla redazione del bilancio di esercizio, prima della quale le riserve non hanno rilevanza giuridica – salvo, ovviamente, che nei casi di loro illecito impiego – e dopo la quale esse possono dare vita, ove non comunicate, a una falsità⁹. Né vale, sotto questo profilo, porre l'accento sulla carica di pericolosità notevolmente maggiore della riserva liquida per la sua «polivalente funzione criminosa» – allo scopo di sostenere che la riserva illiquida va valutata in rapporto a parametri qualitativi e quantitativi legati alla situazione economica della società interessata, mentre la riserva liquida va individuata in valori assoluti per la sua «carica di esplosività criminogena»¹⁰ –, poiché il teleologismo immanente

⁶ Cass., 19 ottobre 2000, Mattioli e altri, in *Giur. it.*, 2001, II, p. 2353, con nota di RIVERDITI, *Si «consolida» l'orientamento giurisprudenziale sul «caso Fiat»: prime osservazioni sulla sentenza della Corte di cassazione*, il quale a p. 2348 rileva come «osservazioni di carattere più intuitivo-emozionale che legate ad argomentazioni giuridiche agganciate al dato normativo vigente» abbiano trasformato la fattispecie «in una sorta di fenomeno delittuoso dai contorni indefiniti, capace di attagliarsi ad ogni illecito commesso nella (scorretta) amministrazione della società». In relazione alla medesima vicenda processuale App. Torino, 28 maggio 1999, Romiti, Mattioli, in *Foro it.*, 2000, II, c. 99, con nota critica di VISCONTI, *Ancora in tema di «falso in bilancio consolidato» e riserve occulte societarie (a proposito della sentenza d'appello sul caso Romiti)*, il quale nella disinvolta individuazione del bene giuridico ex art. 2621 ravvisa il «rischio di contribuire a scolorire ulteriormente i profili peculiari di una fattispecie incriminatrice già abbondantemente sfilacciata come quella delle false comunicazioni sociali, spingendola addirittura verso una dimensione di tutela talmente avanzata e nel contempo sfumata da insidiare, addirittura, l'ambito applicativo della normativa anti-riciclaggio»; Trib. Torino, 9 aprile 1997, in *Foro it.*, 1998, II, c. 657 (con nota di VISCONTI, *Amministratori di «holding» e «falso in bilancio consolidato»: note a margine della sentenza Romiti*) e in *Giur. it.*, 1998, p. 1691 (con nota di CONTI, *False comunicazioni sociali e bilancio consolidato di gruppo*).

⁷ IACOVIELLO, *La responsabilità degli amministratori nella formazione di fondi occulti*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 3561; vd. anche Id., *Il falso in bilancio nei gruppi di società: come il processo penale modifica il diritto penale*, *ivi*, 1998, p. 3164 ss.

⁸ Tra gli altri FOFFANI, in PEDRAZZI-ALESSANDRI-FOFFANI-SEMINARA-SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2000², p. 247 ss. Un'attenta esposizione del quadro dottrinale e giurisprudenziale è in VISCONTI, *Profili penali della costituzione e gestione di riserve societarie occulte*, in *St. iuris*, 1999, p. 547 ss.

⁹ Vd. PERINI, *Il delitto di false comunicazioni sociali*, Padova, 1999, p. 473 ss. Sul punto ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, p. 334 ss.

¹⁰ Per i passi citati (pressoché integralmente riportati in App. Torino, 28 maggio 1999, cit., c. 121 s.) IACOVIELLO, *Il falso in bilancio*, cit., p. 3165, il quale peraltro, nella nota 8, riconosce l'opportunità di «considerare l'ipotesi di scorporare dal *genus* del delitto la specifica ipotesi di costituzione di fondi occulti: una condotta connotata da mezzi fraudolenti e causalmente orientata ad un evento naturalistico, la costituzione del fondo appunto». Vd. anche Id., *La responsabilità degli amministratori*, cit., p. 3561, ove si afferma che «giustamente le riserve illiquide vengono trattate nell'ottica del falso in bilancio, perché la loro formazione avviene appunto con la redazione del progetto di bilancio e con la sua approvazione. Il loro eventuale disvalore tutto si assomma e si esaurisce nella comunicazione sociale. Le riserve liquide invece si formano prima della formazione del bilancio. Il loro disvalore si focalizza nell'abusiva gestione, prima ancora che nella inventaria comunicazione societaria. La formazione della riserva liquida pone un problema di fedeltà degli amministratori. La formazione della riserva illiquida può porre un problema di *mala gestio*, ma mai un problema di fedeltà».

alle riserve liquide non consente comunque una loro differenziazione dalle riserve illiquide all'interno del paradigma delle false comunicazioni sociali.

Al momento in cui intervenne il d.lgs. n. 61 del 2002 questo era dunque il quadro della situazione, caratterizzato da un'ipertrofia dell'art. 2621 c.c. motivata da intuibili ragioni politico-criminali e dalla mancanza di ulteriori fattispecie specificamente deputate a sanzionare abusi gestionali. Se oggi appare doveroso porre rimedio all'annichilimento della repressione penale nell'ambito societario realizzatosi con la riforma, risulta però inammissibile che il futuro legislatore decida di privilegiare il profilo delle indagini processuali rispetto alle esigenze del giudizio, ignorando i problemi emersi sotto il previgente art. 2621 e adottando una formulazione del reato di false comunicazioni sociali in grado di legittimare le più disparate e contrastanti interpretazioni.

3.

Le riserve extrabilancio e il reato di appropriazione indebita.

Ai fini del problema della rilevanza delle riserve occulte conviene verificare la possibilità di differenti soluzioni, cominciando la riflessione con il reato di appropriazione indebita.

Il problema qui si atteggia in termini rigorosamente normativi, tutto dipendendo dalla formulazione della fattispecie: se in altri ordinamenti, come quello spagnolo, il fatto è tipizzato come appropriazione o distrazione di cose mobili o attività patrimoniali ricevute in deposito, commissione o amministrazione o a qualsiasi altro titolo dal quale derivi un obbligo di consegna o restituzione (art. 252 c.p.), il nostro art. 646 c.p. sanziona esclusivamente condotte di appropriazione di cose mobili altrui di cui l'agente abbia a qualsiasi titolo il possesso.

Le conseguenze di questi divergenti definizioni si manifestano anche rispetto al problema dell'abusiva utilizzazione di denaro della società, da parte degli amministratori, per la costituzione di riserve occulte.

Nel sistema spagnolo – fortemente condizionato pure dalla cornice sanzionatoria prevista per il reato di appropriazione indebita aggravata in rapporto all'art. 295 sull'infedeltà patrimoniale (rispettivamente, reclusione da uno a sei anni e multa da sei a dodici mesi ovvero reclusione da sei mesi a quattro anni in alternativa alla multa fino al triplo del profitto) – sembra prevalente in dottrina la tesi che riconduce all'art. 252 i casi di definitiva appropriazione o distrazione del bene, attribuendo invece all'art. 295 solo le condotte di indebito uso temporaneo¹¹.

Quanto all'Italia, è noto come in giurisprudenza abbia vissuto una stagione assai breve l'orientamento, in tema di costituzione e gestione a scopi illeciti di riserve extrabilancio, secondo cui «il termine “appropriarsi” non significa soltanto annettere al proprio patrimonio il denaro o la cosa mobile altrui bensì anche disporne, arbitrariamente, *uti dominus* sotto qualsiasi forma»¹². Soluzione criticabile, questa, poiché dalla destinazione del denaro al pagamento di tangenti corruttive desumeva uno scopo illecito estraneo all'oggetto sociale sebbene volto a conseguirlo, così conferendo alla nozione di appropriazione indebita un significato incompatibile con l'idea del dominio esercitato sulla destinazione impressa al bene; al contrario, «sembra evidente che appropriarsi significa assoggettare la cosa a una nuova signoria (di fatto),

¹¹ FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, Valencia, 2000, p. 356 s.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa, parte especial*, Valencia, 2011³, p. 460 ss. Diff. BAJO FERNÁNDEZ-BACIGALUPO SAGGESE, *Derecho penal económico*, Madrid, 2010, p. 647 ss., i quali riferiscono l'art. 295 esclusivamente ad atti dispositivi compiuti in assenza dell'obbligo di consegna o restituzione ovvero, ricorrendo tale obbligo, con l'intenzione di consegnare o restituire il bene. Nel senso di proiettare la differenza tra gli artt. 252 e 295 c.p. sull'oggetto della distrazione, nel delitto societario rappresentato da beni e nel reato comune da denaro, BACIGALUPO, *La administración desleal en el nuevo Código Penal*, in *Cuadernos de Política criminal*, 1999 (69), p. 524 ss.

¹² Cass., 4 aprile 1997, Bussei, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1435, ove pure è affermato, come ulteriore principio di diritto, che «sussiste il delitto di appropriazione indebita nel fatto dell'amministratore di società che costituendo riserve di danaro extrabilancio, con gestione occulta, le distrae in favore di terzi per finalità illecite ed estranee all'oggetto sociale e alle finalità aziendali, così procurando agli stessi un ingiusto profitto».

espropriandone con ciò stesso il *dominus*»¹³.

Appariva dunque obbligato l'abbandono di questa interpretazione: se è «indiscusso che la distrazione richiede la destinazione di un bene a uno scopo diverso da quello precostituito, deve escludersi che possa essere qualificata come distrattiva, e tantomeno come appropriativa, un'erogazione di denaro che, pur compiuta in violazione delle norme organizzative della società, risponda a un interesse riconducibile anche indirettamente all'oggetto sociale. Deve ritenersi, infatti, che per aversi appropriazione sia necessaria una condotta che non risulti giustificata o giustificabile come pertinente all'azione o all'interesse della società»¹⁴. È da notare che, attraverso tale pronuncia, i giudici di legittimità riproponevano un indirizzo già precedentemente affermato proprio in tema di costituzione e gestione di fondi neri, in base al quale, «benché le attività di appropriazione e di distrazione implicino entrambe la sottrazione del bene alle sue finalità istituzionali, tali condotte si diversificano nella fase successiva della nuova destinazione, che nell'appropriazione è soggettivamente ed oggettivamente orientata ad impadronirsi della cosa, cioè ad instaurare un completo dominio su di essa immettendola nel patrimonio dell'agente, mentre nella distrazione è rivolta semplicemente ad un uso arbitrario del bene con impiego per fini diversi da quello cui destinato»¹⁵.

La via per affermare attraverso l'art. 646 c.p. la rilevanza penale delle riserve extrabilancio, costituite nell'interesse della società, appare quindi sbarrata. Nello stesso senso si esprimeva peraltro la relazione al d.lgs. n. 61 del 2002, nella parte in cui l'introduzione dell'art. 2634 c.c. era motivata in forza della «sperimentata incapacità della fattispecie di appropriazione indebita (...) a fornire adeguate risposte alle esigenze di protezione del patrimonio sociale contro gli abusi posti in essere da parte dei titolari di poteri gestori». Passiamo dunque a esaminare il reato di infedeltà patrimoniale.

4.

Le riserve extrabilancio e il reato di infedeltà patrimoniale.

Conviene subito osservare che la centralità rivestita dal reato di infedeltà patrimoniale in altri sistemi penali dovrebbe indurre a ritenere che la soluzione del nostro problema vada individuata proprio in tale incriminazione. Tuttavia, anche all'estero si riscontrano significative criticità.

Limitando l'attenzione agli ordinamenti tedesco e francese, in Germania la costituzione di fondi neri è stata ritenuta in grado di integrare il reato di infedeltà (§ 266 c.p.) poiché, indipendentemente dalle sue finalità, la sottrazione o l'occultamento di beni all'attivo societario è comunque fonte di pregiudizio in quanto implica la loro indisponibilità, con eventuali ulteriori documenti connessi alla mancanza di liquidità¹⁶: donde la trasformazione di un reato di evento dannoso in un reato di pericolo, oscillante tra una natura astratta e una concreta. In Francia il problema è insorto rispetto alla configurabilità del reato di abuso di beni sociali, del credito sociale o dei poteri (artt. L. 241-3, commi 4 e 5 e L. 242-6, commi 3 e 4, cod. comm., rispettivamente per le società a responsabilità limitata e per le società anonime, con ulteriori disposizioni per le restanti tipologie societarie) per l'impiego di denaro sociale nella commissione di fatti corruttivi: la soluzione positiva adottata dalla giurisprudenza, fondata sulle sanzioni penali e tributarie cui viene esposta la società e sul conseguente pregiudizio reputazionale¹⁷, fa leva sull'incerta distinzione tra interesse sociale immediato e a lungo termine, adottando un parametro estremamente scivoloso, neppure coincidente con l'oggetto sociale

¹³ PEDRAZZI, *Sui limiti dell'«appropriazione»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1444, il quale osserva: «A ben vedere il possessore che non osserva le istruzioni del *dominus*, ma continua ad impiegare il bene nell'interesse del medesimo, ne riconosce la signoria e quindi non si comporta *uti dominus*. (...) La destinazione a utilità (lecita o illecita) del *dominus* nega l'appropriazione, ponendosi come limite interno, strutturale, della fattispecie (...). Quando manchino specifiche istruzioni del *dominus*, e segnatamente nel caso di un possesso istituzionale come quello degli amministratori di società, l'individuazione del reale interesse motore potrà porre in concreto delicati problemi probatori (specie sul piano del dolo). Ma il principio giuridico non potrà essere diverso». Per un commento critico alla sentenza vd. anche VISCONTI, *Fondi extrabilancio, distrazione appropriativa e tutela giurisprudenziale della fiducia*, in *Foro it.*, 1998, II, c. 542 ss.

¹⁴ Cass., 21 gennaio 1998, Cusani, cit.

¹⁵ Cass., 23 giugno 1989, Bernabei, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 266, con nota di MILITELLO, *Gli abusi nel patrimonio di società controllate e le relazioni fra appropriazione e distrazione*. Perplexità sull'orientamento in esame sono espresse da ALESSANDRI, *Diritto penale*, cit., p. 330 ss.

¹⁶ BGH, 18 ottobre 2006 (2StR 499/05); conf. Id., 27 agosto 2010 (2StR 111/09), ove si aggiunge che la successiva restituzione alla società delle somme non contabilizzate non esclude la rilevanza penale del fatto.

¹⁷ Crim., 16 dicembre 2009, in *Dr. pénal*, 2010, comm. 37, con nota di Robert; Id., 14 gennaio 2009, in *Rev. soc.*, 2009, 405, con nota BOULOC.

– che pur presenterebbe, rispetto al tema in esame, profili non meno problematici¹⁸ – e la cui individuazione non può essere rimessa alla discrezionalità del giudice penale.

Spostandoci sull'art. 2634 c.c., la questione assume contenuti nettamente differenziati. La norma, infatti, risulta incentrata sull'intenzionale produzione di un danno patrimoniale alla società e, prima ancora, su un conflitto tra l'interesse sociale e quello perseguito dall'agente, rispetto al quale il dolo specifico di procurare «a sé o ad altri un ingiusto profitto o altro vantaggio» nega ogni spazio di rilevanza a condotte (come la costituzione di riserve extrabilancio) realizzate in favore della società stessa.

A sigillare definitivamente questa soluzione va notato che l'art. 2634 esaurisce il proprio raggio di tutela negli interessi patrimoniali della società, resa titolare esclusiva del diritto di querela¹⁹: la possibilità che la formazione e la gestione dei fondi neri rechino un pregiudizio ai soci di minoranza non è dunque in grado di acquisire rilievo.

5.

Le riserve extrabilancio e il reato di corruzione privata.

Si era prima osservato come il problema delle riserve extracontabili sia oggi proiettato sulla prospettiva di rinvenire una sorta di reato-ostacolo rispetto a fatti corruttivi. Ovviamente, tale finalizzazione è allo stesso modo riferibile alla corruzione sia pubblica che privata, rispetto a entrambe ponendosi la medesima esigenza di protezione del corretto funzionamento del sistema economico nel suo complesso e, in particolare, della concorrenza. Tale coincidenza delle ragioni di tutela è confermata dalla Decisione Quadro 2003/568/GAI del 22 luglio 2003, il cui *considerando* n. 9 così afferma: «Gli Stati membri annettono particolare importanza alla lotta contro la corruzione sia nel settore pubblico che in quello privato, poiché ritengono che la corruzione in entrambi tali settori costituisca una minaccia allo Stato di diritto e inoltre generi distorsioni di concorrenza riguardo all'acquisizione di beni o servizi commerciali e ostacoli un corretto sviluppo economico»²⁰.

Malgrado la sua modifica attraverso la l. 6 novembre 2012, n. 190, l'art. 2635 c.c. tuttavia appresta una repressione della corruzione privata racchiusa entro la sfera degli interessi interni alla società, in ogni caso richiedendo che il fatto abbia cagionato un nocumento all'ente per conto del quale agisce l'*intraneus* e attribuendo alla società stessa la titolarità del diritto di querela. Anche l'ultimo comma dell'art. 2635, ove viene sancita la procedibilità del reato di ufficio, qualora «dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi», mantiene inalterato il requisito del nocumento per la società²¹, così lasciando immutata un'opzione legislativa chiaramente incentrata sulla tutela di interessi privati.

La conclusione, invero paradossale, è dunque che lo sforzo teso alla ricerca di un reato ostacolo verso il fenomeno corruttivo si infrange dinanzi all'impossibilità di un'effettiva repressione del reato fine ogni volta che esso si realizza in ambiti non pubblicistici.

6.

Linee conclusive dell'indagine.

L'indagine svolta ha dunque come esito che la costituzione di riserve extracontabili non

¹⁸ Come nota PEDRAZZI, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1998, p. 319, la riconducibilità di un atto all'oggetto sociale vale «come indice di regolarità societaria, non di fedeltà patrimoniale».

¹⁹ È noto però che a fronte di un orientamento prevalente, che individua la «persona offesa» ex art. 2634, comma 4, nella società (o nei terzi di cui al comma 2) destinataria del danno patrimoniale (tra gli altri, BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà dell'amministratore di società e sanzioni penali*, Milano, 2006, pp. 110 e 170; BENUSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, Milano, 2009, pp. 170 ss., 302 ss.; LA ROSA, *Infedeltà patrimoniale e procedibilità a querela: anche il singolo socio è persona offesa?*, in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 1049 ss.; Cass., 21 novembre 2006, Salini, in *Riv. guardia fin.*, 2007, p. 143), una più recente giurisprudenza riconosce il diritto di querela anche al socio (Cass., 25 febbraio 2009, Ferracini, in *Riv. pen.*, 2010, p. 803; Id., 20 febbraio 2007, Dal Ben, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1536).

²⁰ Per tutti GARGANI, *Le sollecitazioni extranazionali alla riforma dei delitti di corruzione*, in *La legge anticorruzione*, a cura di MATTARELLA e PELISSERO, Torino, 2013, p. 374 ss.; MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Napoli, 2012, p. 191 ss.

²¹ Una parte della dottrina ha sostenuto che l'effetto distorsivo della concorrenza andrebbe correlato non al fatto tipico ma solo alla realizzazione dell'oggetto dell'accordo corruttivo (tra gli altri, BARTOLI, *Corruzione tra privati*, in *La legge anticorruzione*, cit., p. 445; SPENA, *La corruzione privata e la riforma dell'art. 2635 c.c.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 709 ss.), così però immutando la chiara formulazione normativa (conf. MILITELLO, *Fondi neri*, cit., p. 922 s.). Sulla norma in esame sia consentito il rinvio a SEMINARA, *Il reato di corruzione tra privati*, in *Società*, 2013, p. 61 ss.

integra attualmente nessuna tra le fattispecie incriminatrici passate in rassegna. È vero che tale conclusione può essere smussata, qualora si consideri la configurabilità dei reati di illecito finanziamento di partiti politici (art. 7, comma 3, l. 2 maggio 1974, n. 195) e di dichiarazione fraudolenta sui redditi (artt. 2 e 3 d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74); così come non può escludersi la possibilità che le riserve superino le soglie di non punibilità di cui agli artt. 2621 e 2622 c.c. e integrino dunque l'uno o l'altro reato di false comunicazioni sociali e, in caso di successivo fallimento della società, l'art. 223 l. fall.

In ogni caso, però, il risultato cui siamo pervenuti non può ritenersi soddisfacente. Riprendendo la distinzione tra riserve liquide e illiquide (*retro*, § 2), effettivamente occorre riconoscere che la costituzione delle prime, a causa della loro destinazione a pratiche illecite (quanto meno sul piano tributario), potrebbe costituire oggetto di un'apposita incriminazione, diretta ad anticipare la punibilità a un momento precedente l'esposizione in bilancio della situazione economica, patrimoniale e finanziaria della società, il cui disvalore andrebbe individuato nelle tecniche fraudolente utilizzate per la creazione di fondi necessariamente destinati a operazioni clandestine da parte della società²². Tuttavia occorre intendersi sul bene che tale fattispecie sarebbe chiamata a presidiare.

La costituzione di riserve liquide potrebbe essere penalizzata in quanto espressione di un abuso gestionale che, quand'anche conforme all'interesse sociale inteso nel senso più dilatato, in ogni caso si traduce in un'emancipazione degli amministratori dal controllo dell'assemblea e quindi, quanto meno, in una distorsione del rapporto tra maggioranza e minoranza. Una condotta siffatta, nella quale confluirebbero sia la formazione che la gestione dei fondi neri, non troverebbe rilievo nell'art. 2634 c.c. a causa del requisito del danno patrimoniale per la società ivi previsto; la sua autonoma previsione avverrebbe mediante la tipizzazione delle modalità fraudolente del fatto e dell'evento rappresentato dalla creazione del fondo occulto.

L'incriminazione delle riserve liquide extracontabili potrebbe essere agganciata anche alla tutela della trasparenza societaria, cioè del bene che *de jure condendo* dovrebbe informare anche gli artt. 2621 e 2622 c.c. Assumendo una valenza cronologicamente anticipata rispetto alle false comunicazioni sociali, la condotta in esame non si confonderebbe però con esse – così venendo meno l'idea di una progressione culminante nell'assorbimento –, poiché il reato *ex* artt. 2621 e 2622 c.c. «interviene dopo la formazione del fondo occulto e serve ad impedire non la sua costituzione, ma il suo occultamento»²³. In sostanza, ci troveremmo dinanzi a differenti forme di aggressione a un medesimo bene, che appunto in ragione delle loro diversità temporali e contenutistiche non sarebbero riducibili a un'unica offesa.

La rilevanza penale delle riserve extracontabili si fonderebbe dunque tanto sull'abuso gestionale degli amministratori quanto sulla lesione della trasparenza societaria: la nota dell'abuso consentirebbe di escludere qualsiasi parametro di tipo relativistico o percentuale nel rapporto tra entità della riserva e valori patrimoniali dell'ente, affacciandosi in primo piano il mero dato della sottrazione di poste attive alla conoscenza dei soci; a sua volta, la lesione della trasparenza della società, in relazione alla sua gestione, indurrebbe ad attribuire rilievo all'affidamento anche dei terzi sulla correttezza dell'andamento societario, escludendo la disponibilità del bene.

Ma il problema – il vero problema – sta altrove e, precisamente, nella cornice di pena. La tesi che, alla base della punizione delle riserve occulte, ravvisa interessi patrimoniali di tipo privatistico è costretta infatti a concepire sanzioni in linea con le offese ai beni patrimoniali

²² È questa la proposta di IACOVIELLO, *Il falso in bilancio*, cit., p. 3165, nota 8, precedentemente riportata in nota 10. Sul punto va menzionata la fattispecie proposta nella Relazione conclusiva, depositata il 23 aprile 2013, dal «Gruppo di studio antiriciclaggio» istituito dal Ministero della Giustizia sotto la presidenza del dott. Greco: «Abuso fraudolento di beni sociali. 1. Chiunque sottrae ovvero occulta al controllo degli organi sociali o dei revisori legali i beni di enti forniti di personalità giuridica, di società ed associazioni anche prive di personalità giuridica è punito con la reclusione da uno a sei anni. 2. Chiunque, avvalendosi di mezzi in tutto o in parte fraudolenti ovvero annotando o comunque utilizzando in contabilità fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, sottrae ovvero occulta al controllo degli organi sociali e dei revisori contabili i beni di enti forniti di personalità giuridica, di società ed associazioni anche prive di personalità giuridica è punito con la reclusione da due a otto anni. La stessa pena si applica se ricorre taluna delle circostanze indicate nel n. 2 dell'art. 61». Come si vede, la fattispecie dovrebbe rinvenire il proprio disvalore nella sottrazione al controllo degli organi interni ed esterni all'ente, con ciò solo giustificando una pena addirittura superiore a quella stabilita per l'ostacolo alle autorità pubbliche di vigilanza dall'art. 2638 c.c. Per considerazioni critiche si rinvia al nostro *Riflessioni in tema di riforma*, cit., p. 143 s.

²³ IACOVIELLO, *La responsabilità degli amministratori*, cit., p. 3564. Vd. *ivi*, p. 3569 per l'affermazione di un concorso tra il reato di formazione di fondi occulti e quello di false comunicazioni sociali nonché ogni altro in cui si concreti l'impiego della provvista. In margine alle riflessioni svolte nel testo, è da aggiungere che l'incriminazione della costituzione di riserve occulte liquide porterebbe con sé una revisione di talune scelte punitive o esegetiche del vigente sistema dei reati societari: si pensi solo alla problematica del falso qualitativo e alla querela come condizione di procedibilità per il reato *ex* art. 2634 c.c.

protetti dall'art. 2634 c.c. e dall'art. 646 c.p.; la tesi incline a valorizzare il parallelo con le false comunicazioni sociali non può comunque trascurare che il fatto della costituzione delle riserve manifesta un disvalore inferiore a quello proprio della condotta che le abbia successivamente occultate, tramite il falso bilancio, definitivamente consolidando la frode e la conseguente lesione della trasparenza societaria. Ciò significa che l'incriminazione di cui si discute risulta obbligata ad attestarsi su livelli punitivi inferiori agli artt. 646 c.p. e 2634 c.c. da un lato e agli artt. 2621 e 2622 c.c. dall'altro lato²⁴.

Il problema dell'utilizzo di mezzi di ricerca della prova e di misure cautelari continuerebbe dunque a non trovare la risposta oggi auspicata a livello politico; nella prospettiva di un sistema ove i reati sono posti a tutela di beni giuridici e le pene vengono stabilite sulla base del rango e delle modalità di offesa di tali beni, tale soluzione non ammette rimedi.

²⁴ A tale conclusione si sottrae IACOVIELLO, *Il falso in bilancio*, cit., p. 3165, il quale incentra il reato di costituzione di riserve occulte sull'offesa dell'«interesse istituzionale al controllo dei flussi finanziari», peraltro riportato pure al reato di false comunicazioni sociali (da notare che nel suo precedente lavoro, del 1995, l'A. aveva ritenuto che «la condotta di formazione di fondi occulti può ledere o comunque porre in pericolo il patrimonio societario, ma preminentemente lede un diverso bene funzionale: l'affidamento dei terzi e, in genere, del mercato su una corretta amministrazione societaria»: così in Id., *La responsabilità degli amministratori*, cit., p. 3564). L'«interesse istituzionale al controllo dei flussi finanziari» non è però un bene giuridico né è in grado di divenirlo in via mediata, poiché in ambito economico esso si identifica né più né meno con l'interesse alla legalità degli operatori.

TUTELA PENAL DEL INVERSOR / CONSUMIDOR E ILÍCITOS PENALES EN LA EMPRESA*

Relazione al Congresso italo-spagnolo
svoltosi presso l'Università degli Studi di Milano il 29 e 30 maggio 2014

Luz María Puente Aba**

SOMMARIO

1. Introducción. – 2. Los consumidores como adquirentes de bienes y servicios: tutela anticipada y sanción de lesiones patrimoniales. – 3. Los consumidores como inversores. – 4. Delitos en el ámbito de la empresa: cómo determinados ilícitos empresariales pueden afectar al patrimonio de los consumidores / inversores. – 5. Conclusión.

* La realización de este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación “Protección penal de la inversión y del crédito público y privado”, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (DER2012-34302) y por la Consellería de Cultura, Educación e Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia (EM 2012/076).

Abreviaturas utilizadas: AP, Audiencia Provincial; CNMV, Comisión Nacional del Mercado de Valores; CPE, Código penal español; CPI, Código penal italiano; LMV, Ley del mercado de valores (Ley 24/1988, de 24 de julio); SAP, Sentencia de la Audiencia Provincial; STS, Sentencia del Tribunal Supremo.

** Profesora contratada doctora de Derecho penal (Prof. Titular acr.), Universidade da Coruña.

1.

Introducción.

La tutela penal del consumidor / inversor resulta una cuestión de especial relevancia en tiempos actuales, puesto que si bien constituye un sector consolidado en el marco del Derecho penal patrimonial y económico, conviene prestarle especial atención ante la actual situación de los mercados, puesto que la duradera crisis económica ha generado determinadas disfunciones y problemas en el funcionamiento de las empresas, que sin duda repercuten de forma negativa en los ciudadanos en su faceta de consumidores / inversores. Así, en primer lugar se efectuará una breve visión de los preceptos penales destinados a tutelar los intereses patrimoniales de consumidores / inversores como adquirentes de bienes y servicios en el mercado, analizando cómo ha venido desarrollándose su aplicación práctica en estos últimos tiempos, y cuáles han sido las principales cuestiones problemáticas que se han suscitado. En segundo lugar, se hará una especial referencia a ciertas particularidades que se plantean en relación con un sector del mercado muy específico, al que han prestado especial atención los legisladores: el mercado de valores. En este punto se atenderá a la normativa tanto penal como extrapenal relacionada con los mercados de valores, para determinar cuáles constituyen sus puntos débiles a la hora de otorgar una protección eficaz al consumidor / inversor, especialmente frente a casos de gran repercusión social en los últimos tiempos en España. Por último, se aludirá a la influencia indirecta que puede tener la comisión de ilícitos penales en el ámbito de la empresa sobre los intereses económicos de los consumidores / inversores. Todo ello se analizará con ocasión de determinados casos reales, con el objetivo de poner de relieve las posibles problemáticas o lagunas legales que se plantean a la hora de aplicar las normas penales y de lograr una tutela real y eficaz del consumidor / inversor.

2.

Los consumidores como adquirentes de bienes y servicios: tutela anticipada y sanción de lesiones patrimoniales.

La protección de los intereses económicos de los consumidores como adquirentes de bienes y servicios viene tradicionalmente de la mano del tipo penal de estafa (art. 248 CPE; art. 640 CPI); se castiga de este modo a quienes induzcan a error a otra persona con el fin de provocar un daño económico que suponga un correlativo enriquecimiento patrimonial para el autor de la conducta.

No obstante, esta clase de tutela penal no es suficiente para la actual sociedad de consumo, fundada en una economía de mercado en la que existe una multiplicidad de ofertas de bienes y servicios con predominio de grandes empresas como sujetos oferentes, donde se recurre a la publicidad masiva como medio de dar a conocer los productos y servicios, y donde se hace cada vez más frecuente la contratación a distancia (fundamentalmente a través de Internet) y el uso de condiciones unilaterales de contratación; de este modo, el consumidor no tiene capacidad real de negociación y, además, se dificultan sus posibilidades de detección de un posible fraude y de reclamación de los perjuicios sufridos.

Este específico orden social y económico ha tenido reflejo en el Derecho penal con la toma de conciencia sobre la necesidad de proteger bienes jurídicos colectivos o supraindividuales. En el ámbito que estamos tratando se han configurado los intereses económicos de los consumidores como un bien jurídico supraindividual o institucionalizado, cuya lesión equivale a la puesta en peligro de los patrimonios individuales de un número muy amplio e indefinido de consumidores. Así, el Código penal español de 1995 destaca en esta línea por haber creado el **delito publicitario** (art. 282 CPE), que en coherencia con la caracterización del bien jurídico protegido constituye un delito de peligro para los patrimonios del colectivo de los consumidores. La idea que subyace a la articulación de este tipo penal es que, dado que la publicidad se ha convertido en una forma privilegiada de realizar ofertas de bienes y servicios, y teniendo en cuenta su inabarcable radio de expansión, el Derecho penal interviene ya para sancionar conductas peligrosas para el patrimonio de los consumidores, sin esperar a la producción de efectivas lesiones patrimoniales que, dada la especial forma de interacción entre oferentes y adquirentes, podrían ser muy numerosas.

De este modo, la tutela penal de los consumidores como adquirentes de bienes y servicios

se articula a través de este binomio delito publicitario – delito de estafa: si bien el tipo penal de estafa va a reaccionar ante lesiones patrimoniales efectivas a cada consumidor individualizado, el delito de publicidad falsa pretende sancionar mensajes publicitarios que presentan aptitud para causar un daño grave y manifiesto a los consumidores. La definición de los bienes jurídicos tutelados y de las técnicas de tipificación ha de permitir resolver cuál es la relación entre ambos preceptos, fundamentalmente si se admitiría un concurso entre ambos delitos. A este interrogante ha de responderse de forma positiva, rechazando que el delito de lesión (la estafa) absorba al delito de peligro (la publicidad falsa). Por lo tanto, si como consecuencia de un mensaje publicitario falso varios consumidores adquieren un producto y resultan dañados económicamente, por un lado habrá que apreciar tantas estafas como sujetos individuales resulten perjudicados, pero por otro lado habrá que aplicar también el delito publicitario, pues el mensaje falso sigue desplegando sus efectos, y por lo tanto constituye un peligro para los patrimonios del colectivo global de los consumidores¹.

Sin embargo, este sistema de tutela de los consumidores no funciona de forma tan clara y perfecta en la realidad, y para constatarlo es necesario examinar cómo se lleva a cabo su aplicación práctica, y ante qué tipo de problemas se encuentra.

La aplicación del delito publicitario por parte de los tribunales puede calificarse casi como anecdótica, pues es considerablemente reducido el número de resoluciones judiciales que han tratado la posible aplicación al caso concreto del delito publicitario, y mucho menor aún el número de condenas por esta infracción delictiva. Curiosamente el principal argumento esgrimido por los tribunales para no aplicar este tipo penal es que, cuando en el caso concreto se ha verificado alguna estafa, se entiende que el engaño propio de la estafa ya absorbe el desvalor propio de la falsedad publicitaria; así razonan, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 357/2004, de 19 de marzo, y la STS 457/2006, de 21 de marzo (que confirma la Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Barcelona 21-7-2004)², obviando lo indicado con anterioridad: que el peligro derivado de la publicidad falsa afecta a más patrimonios que los dañados de forma efectiva. Y por otro lado, una dificultad inherente a este tipo penal está constituida por la interpretación del elemento típico “aptitud para producir un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores”, puesto que no toda publicidad falsa es delictiva, sino sólo la que represente un peligro de suficiente entidad para los intereses económicos de los consumidores. Precisamente la dificultad de valorar tal aptitud ha motivado un buen número de absoluciones por este delito, por ejemplo en los supuestos enjuiciados por la STS 1456/2002, de 13 de septiembre (que confirma la SAP Toledo 34/2000, de 15 de diciembre), la STS 774/2002, de 6 de mayo (que confirma la SAP Granada 228/2000, de 3 de abril), o la SAP Burgos 15/2005, de 11 de abril³. Y otro dato interesante que cabe extraer del examen de la jurisprudencia en esta materia es que, en muchos casos, no se llevó a cabo una auténtica actividad publicitaria, sino que se trataba simplemente de engaños en el ámbito de negociaciones contractuales entre dos partes, lo cual nos llevaría al ámbito propio de la estafa; así ocurre, por ejemplo, en los supuestos tratados en la SAP Málaga 180/2000, de 29 de junio, la STS 1456/2002, de 13 de septiembre (que confirma la SAP Toledo 34/2000, de 15 de diciembre) y la SAP Zaragoza 101/2005, de 22 de marzo⁴.

En suma, a la tutela penal anticipada del consumidor no ayuda que su interpretación esté vinculada al tipo penal de estafa, cuando en realidad el radio de acción de ambos tipos penales es totalmente diferente. Buena prueba de ello la aporta la SAP Granada 383/2002, de 28 de

¹ Puede verse sobre todo esto, por ejemplo, PUENTE ABA, L.M., *Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario*, Tirant lo Blanch, Valencia 2002, pp. 419 ss.

² El primer caso citado se trataba de un supuesto de venta de vino con etiquetado falso, y el segundo caso se refería a una empresa dedicada a la compraventa de vehículos.

³ Los supuestos enjuiciados se referían a ventas de pienso para pollos, ventas de mezclas de licores, y ofertas de servicios funerarios. Ciertamente se trata de un elemento típico valorativo, y entre los criterios propuestos para sostener que el mensaje publicitario falso es idóneo para causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores están los siguientes: el coste del producto o servicio anunciado, la relevancia de los extremos sobre los que recae la falsedad o del propio bien o servicio publicitado, la disponibilidad económica del colectivo de consumidores afectado, el número de potenciales perjudicados, etc. Vid. al respecto; PUENTE ABA, *Delitos económicos*, cit., pp. 350 ss; y también “El delito publicitario”, en AAVV, *La protección penal de los consumidores*, CEACCU, Madrid 2008, pp. 306-308.

⁴ En los supuestos enjuiciados por la AP de Málaga (caso de venta de viviendas prefabricadas) y la AP de Toledo (caso de venta de pienso para pollos) realmente se trataba de meras relaciones contractuales, si bien en el primer caso el tribunal absolvió entendiendo que el mensaje era veraz, y en el segundo caso consideró que no se verificaba el requisito de aptitud para perjudicar gravemente a los consumidores. En el caso enjuiciado por la AP de Zaragoza (caso de compraventa de viviendas en construcción), el tribunal entendió que estaba ante un simple incumplimiento contractual.

junio, que condena por delito publicitario y absuelve de la comisión de varios delitos de estafa⁵. El tribunal entendió que, aun siendo la publicidad falsa, no existía un “engaño bastante” en relación con las personas que presuntamente habían sufrido el perjuicio patrimonial; concretamente, en la sentencia se pone de relieve la escasa credibilidad de las presuntas “víctimas”, y se pone en duda que esas concretas personas realmente ignorasen, después de los tratos contractuales, que la realidad no coincidía con lo mencionado en la publicidad⁶.

Es cierto que en muchos casos empieza a actuarse contra la publicidad ilícita cuando ya se han verificado daños patrimoniales, pero ello no resta sentido a esta “anticipación” en las barreras de intervención penal. Actuar contra la publicidad falsa cuando ya se han producido perjuicios económicos no resulta en absoluto inútil, pues como se ha indicado el mensaje publicitario afecta a todo el colectivo de consumidores, para cuyos intereses patrimoniales continúa significando un peligro. Además, otra de las razones que justifican la intervención penal en este ámbito reside en la imposibilidad de delimitar o identificar a todas las personas que pueden haber sufrido un perjuicio patrimonial como consecuencia de la publicidad⁷.

Como dato curioso, realmente no cabría desdeñar al menos el aspecto preventivo de esta regulación si tenemos en cuenta que en 1995, el mismo año de entrada en vigor del vigente Código penal español (que introdujo por primera vez en nuestro ordenamiento el delito publicitario), se constituyó Autocontrol, la Asociación para la autorregulación de la comunicación comercial, creada por los principales anunciantes, agencias y medios de comunicación para gestionar el sistema de autorregulación publicitario español⁸.

En cualquier caso, incluso el funcionamiento práctico de tradicionales tipos penales como la **estafa** no está exento de problemas.

Uno de los principales escollos que plantea el delito de estafa es la necesidad de deslindarlo de la responsabilidad civil por existencia de engaño en la contratación. Puede partirse de un criterio básico de distinción frecuentemente empleado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia en España: si en el momento de conclusión del contrato existía voluntad de cumplirlo en todos sus términos, y es con posterioridad cuando surge la intención de no hacerlo, se trataría de una mera responsabilidad civil por incumplimiento de contrato. Efectivamente, en tal supuesto no se verificaría un delito de estafa porque el engaño de una de las partes no ha sido previo y determinante del acto de disposición patrimonial; en tales casos, por lo tanto, estaríamos ante un incumplimiento doloso del contrato, y con arreglo a los arts. 1101 y 1107 del Código civil español el causante del dolo estaría obligado a indemnizar a la otra parte contratante por todos los daños

⁵ Se trataba de un caso de cursos ofrecidos por una escuela de turismo; se condenó a los acusados como autores del delito publicitario porque se constató la existencia de mensajes publicitarios falsos (se anunciaba que los cursos estaban homologados por una Universidad británica, cuando aún no se había concretado tal homologación, que finalmente no llegó a verificarse), que podían ser calificados como idóneos para producir un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores. Por el contrario, no se apreció la existencia de estafa con respecto a las personas que habían pagado la matrícula en estos cursos falsamente publicitados.

⁶ Vid. sobre esta sentencia GALLEGU SOLER, J.I., “Algunas cuestiones político-criminales sobre la eficacia de la protección penal de los consumidores”, en MIR PUIG, S. / CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.), *La política criminal en Europa*, Atelier, Barcelona 2004, pp. 226 ss.; PUENTE ABA, L.M., “Comentario”, cit., pp. 304 ss.

Esta sentencia sirve para ejemplificar el distinto radio de acción del delito publicitario y del delito de estafa. Ya se ha indicado anteriormente que el delito de publicidad falsa constituye un tipo penal de peligro que pretende reaccionar anticipadamente frente a conductas peligrosas para los intereses económicos del colectivo global de consumidores; de tal modo, basta con constatar la existencia de publicidad falsa, siempre que tenga la entidad suficiente para poder generar un peligro grave y manifiesto para los patrimonios de los consumidores. En cambio el delito de estafa, al constituir un tipo penal de lesión de patrimonios individuales, exige constatar que el engaño desplegado ha sido “bastante” para inducir a error a las posibles víctimas individualizadas. Así, si bien un mensaje falso puede ser apto con carácter general para engañar y perjudicar a los consumidores, puede ocurrir que las concretas personas que han adquirido el bien o servicio ofertados no hayan sido realmente víctimas de un engaño “bastante” como consecuencia de la publicidad.

⁷ Vid. extendiéndose sobre las situaciones que permiten fundamentar la existencia del delito publicitario, GÓMEZ RIVERO, M.C., “La aplicación jurisprudencial del delito de publicidad engañosa. Claves para delimitar el contenido material del precepto”, *Revista General de Derecho penal*, 2008, nº 9, pp. 1 ss.

⁸ Véase su página web www.autocontrol.es. Vid. también LÁZARO SÁNCHEZ, E.J. (Coord.), *Derecho de la publicidad*, Civitas, Cizur Menor 2012, pp. 171 ss.; VILAJOANA ALEJANDRE, V., *Las leyes de la publicidad: límites jurídicos de la actividad publicitaria*, UOC, Barcelona 2011, pp. 231 ss.

y perjuicios derivados de la falta de cumplimiento de sus obligaciones⁹.

Sin embargo, este criterio no permite solucionar todos los problemas fronterizos entre el delito de estafa y la responsabilidad civil contractual, puesto que el Código civil regula también la figura del denominado dolo “in contrahendo”, esto es, el dolo desplegado en el momento mismo de contratar, que implica que una de las partes celebra un contrato con la intención ya previa de no cumplir las obligaciones que le corresponden. Estamos aquí ante el dolo vicio como causa de nulidad del contrato; su definición se halla en el art. 1269 del Código civil, según el cual “hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho”; continúa el art. 1270 que “para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes. El dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios”. Por consiguiente, nos encontramos con que un engaño de tales características podría ser calificado únicamente como una causa de nulidad del contrato, o podría ser considerado como engaño bastante propio del delito de estafa (que llevaría aparejada, obviamente, la responsabilidad civil derivada de delito)¹⁰.

Así, el examen de la jurisprudencia en esta materia no resulta especialmente alentador, pues no existen pautas claras para deslindar el ilícito civil del ilícito penal. De hecho, pueden encontrarse supuestos de hecho similares que son resueltos de forma diversa por diferentes tribunales.

Por citar un ejemplo característico, pueden contraponerse los casos resueltos en la STS 289/2009, 5-5 (Sala de lo Civil) y en la STS 607/2013, 12-7 (Sala de lo Penal). En el primer caso se declaró la nulidad del contrato de compraventa de una parcela por existencia de “dolo in contrahendo”, pues la entidad vendedora de la parcela había falseado determinadas cualidades de la finca en el momento de la contratación, ya que tales características la hacían inservible para construir una estación de servicio, que era el objetivo de la compraventa manifestado expresamente por la entidad compradora; el Tribunal condenó a la restitución del precio pagado y demás gastos satisfechos, con resarcimiento de daños y perjuicios. En el segundo caso se apreció la existencia de un delito de estafa en una venta de parcelas destinadas a la construcción de una vivienda, ocultando que en tales fincas no se podía realizar este tipo de edificaciones y que ya existían expedientes sancionadores abiertos por la Administración local; el Tribunal condenó a los acusados a las correspondientes penas por el delito de estafa, y asimismo satisfacción de daños materiales y daños morales en concepto de responsabilidad civil derivada de delito.

Asimismo, puede anticiparse aquí el caso de las “participaciones preferentes”, que será objeto de tratamiento más adelante. Basta ahora con adelantar que gran parte de las personas que habían adquirido este específico producto bancario sin conciencia de su naturaleza y características reales, decidieron acudir a los tribunales civiles para reclamar la nulidad del contrato; no obstante, posteriormente empezaron a incoarse diligencias penales por posible comisión de un delito de estafa en estos supuestos.

Otra cuestión de indudable dificultad, y que sin duda también influye en la respuesta judicial a los casos de estafas a consumidores, reside en otorgar un determinado papel al denominado “deber de autoprotección de la víctima”. Con carácter general se considera que no cabe apreciar un

⁹ Vid. al respecto PUENTE ABA, L.M., “Comentario a las primeras sentencias que estudian la aplicación del delito de publicidad falsa (art. 282 CP)”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, nº 14, 2ª época, 2004, pp. 297 ss, y bibliografía citada. Vid. CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *El delito de estafa*, Bosch, Barcelona 2009, p. 103; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Estafa y dolo civil: criterios para su delimitación”, *Dereito*, Vol. 21, nº 1, 2012, pp. 10-11; REBOLLO VARGAS, R., “Propuestas para la controversia en la delimitación típica del delito de estafa: la distinción con el fraude civil y la reinterpretación del engaño”, *Revista de Derecho y proceso penal*, 2008, nº 19, pp. 98 ss.

Puede verse en la doctrina civilista, BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., “Artículo 1269”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor 2009, pp. 1501-1502; LACRUZ BERDEJO, J.L. Y OTROS, *Derecho de obligaciones. Teoría general del contrato*, Vol II, nº 1, Dykinson, Madrid 2011, pp. 366 ss; SÁNCHEZ CALERO, F.J. (Coord.), *Curso de Derecho civil II. Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*, Tirant lo Blanch, Valencia 2012, p. 178.

¹⁰ Vid. PUENTE ABA, ibidem. Vid. asimismo CHOCLÁN MONTALVO, *El delito*, cit., pp. 104 ss. Vid. REBOLLO VARGAS, “Propuestas para la controversia”, cit., pp. 106 ss, centrándose en el ánimo de lucro como el elemento que particulariza al delito de estafa frente al dolo civil. Vid. en la doctrina civilista, precisando justamente la posible superposición o el difícil deslinde entre el dolo en la contratación y el engaño bastante en la estafa, DÍEZ – PICAZO, L. / GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, Vol. II, nº 1, Tecnos, Madrid 2012, p. 52; NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A., *Derecho de obligaciones y contratos*, Thomson Civitas, Cizur Menor 2013, p. 326; PASTOR MUÑOZ, N., “La construcción de un tipo europeo de estafa: rasgos de la definición del comportamiento típico”, en ARROYO ZAPATERO, L. / NIETO MARTÍN, A. (Coord.), *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2006, p. 275. Es interesante recordar la obra de PEDRAZZI, C., *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Giuffrè, Milano 1955 (vid. esta obra en PEDRAZZI, C., *Diritto penale. II. Scritti di parte speciale*, Giuffrè, Milano 2003, concretamente p. 221), que la diferencia no puede ser radicada en una exégesis literal de los términos legales, teniendo en cuenta su similitud también en el ordenamiento italiano: el art. 640 CPI define la conducta constitutiva de estafa como “artifici o raggiri”, y el art. 1439 del Código civil italiano se refiere al dolo contractual empleando el término “raggiri”.

delito de estafa en los casos en que la víctima tenía posibilidades reales de protegerse frente al comportamiento engañoso (v.gr. efectuando unas mínimas comprobaciones sobre la veracidad de las afirmaciones presentadas), o cuando las manifestaciones realizadas resultaban difícilmente creíbles¹¹. En tales supuestos, se parte de que el resultado de daño no cabe atribuirlo al engaño, sino a la propia falta de diligencia de la víctima, y asimismo se fundamenta en el hecho de que la norma penal sólo protege frente a los ataques más graves e intolerables a los bienes jurídicos, en este caso al patrimonio¹². Si bien existe un acuerdo generalizado en afirmar que el delito de estafa ha de excluirse en estos casos en que la víctima no desplegó ningún tipo de diligencia para comprobar la información, o las manifestaciones vertidas no eran en absoluto creíbles, el problema es que habrá que aplicar tales pautas al caso concreto teniendo en cuenta las capacidades y circunstancias subjetivas de cada víctima, pues no todas las personas tienen la misma capacidad para sospechar sobre la veracidad de una determinada información o para realizar averiguaciones sobre ella; asimismo, hay que atender al tipo e importancia del concreto negocio jurídico, y al funcionamiento habitual del específico sector del mercado¹³. Como pone de relieve la jurisprudencia, en cada caso es necesario hallar el equilibrio entre la exigencia de una mínima autoprotección y diligencia por parte de la víctima, y el mantenimiento del principio de buena fe en las relaciones comerciales, es decir, la necesidad de que exista una mínima confianza en el ámbito de las transacciones en el mercado, pues de otro modo se dificultarían enormemente los negocios y relaciones jurídicas¹⁴.

Es interesante tener en cuenta que tanto jurisprudencia como doctrina se han planteado cuál sería el tratamiento adecuado en los denominados “negocios de riesgo”, o más concretamente, en casos de oferta de inversiones que producen una rentabilidad muy elevada. Estamos aquí ante el caso prototípico en que cabría aducir la ausencia de autoprotección o falta de razonabilidad de la víctima, que voluntariamente se involucra en un negocio jurídico que supone un riesgo considerable de causar pérdidas patrimoniales, las cuales finalmente se llegan a verificar. La pauta fundamental que ha de determinar la solución de tales supuestos no debería centrarse en la existencia o ausencia de un deber de autoprotección de la víctima, sino realmente en cuál ha sido la conducta de quien ofrece tal negocio, para determinar si llevó a cabo un comportamiento engañoso. Si las condiciones y elementos del negocio jurídico son expuestos de forma clara y veraz, evidentemente ya no se produce engaño ni delito de estafa,

¹¹ Ya sea porque se parte de que el Derecho penal, en virtud del principio de subsidiariedad, no puede intervenir para sancionar comportamientos frente a los que podía defenderse fácilmente la víctima; ya sea porque se entiende que en estos supuestos queda roto el nexo de imputación objetiva entre la acción y el resultado en el delito de estafa. Vid. PÉREZ MANZANO, M., “Acerca de la imputación objetiva en la estafa”, en AAVV, *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, p. 305; vid. también CHOCLÁN MONTALVO, *El delito*, cit., p. 109; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., “Deberes de autoprotección en el delito de estafa”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2012, nº 4, p. 716; MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., “Artículo 248”, en CÓRDOBA RODA, J. / GARCÍA ARÁN, M., *Comentarios al Código penal. Parte especial*, Tomo I, Marcial Pons, Madrid 2004, pp. 755-756; PUENTE ABA, “Comentario”, cit., pp. 302 ss., y bibliografía citada; RODRÍGUEZ-MIGUEL RAMOS, J., *La autoprotección en la estafa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch, Valencia 2013 cit., pp. 36-37; VOGEL, J., “Estafa en la UE”, en ARROYO ZAPATERO, L. / NIETO MARTÍN, A. (Coord.), *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2006, p. 48.

¹² Vid. MATA Y MARTÍN, R., “Artículo 248”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal*, Lex Nova, Valladolid 2011, p. 966; PÉREZ MANZANO, “Acerca de la imputación objetiva”, cit., p. 305; QUINTERO OLIVARES, “Artículo 248”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código penal español*, Tomo II, Aranzadi, Cizur Menor 2011, p. 81; SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Las inverdades de los particulares ante el Derecho penal”, en SALVADOR CODERCH, P. / SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Simulación y deberes de veracidad. Derecho civil y Derecho penal: dos estudios de dogmática jurídica*, Civitas, Madrid 1999, pp. 99-100. Vid. RODRÍGUEZ-MIGUEL RAMOS, *La autoprotección*, cit., pp. 42-43, citando jurisprudencia.

¹³ PASTOR MUÑOZ, N., “Engaños punibles y mentiras impunes: un análisis de los límites del engaño típico en el delito de estafa a la luz del caso de la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2003, ponente Andrés Ibáñez”, *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 2003, nº 56, pp. 561-592, cit., pp. 581-582, concreta cuáles serían las informaciones más relevantes para decidir la ejecución de un acto de disposición, cuyo conocimiento sería exigible a la “víctima”: además de ser la conocedora de su propio patrimonio, la víctima también tendría que estar al tanto de los aspectos jurídicos y económicos del sujeto que le ofrece realizar el acto de disposición patrimonial, del funcionamiento del mercado y existencia de ofertas similares en este ámbito, y de los aspectos jurídicos y económicos generales de la propia operación económica. No obstante, puede no resultar exigible a la víctima el conocimiento de alguno de estos extremos cuando se halla en una situación de inferioridad, en el sentido de que carece de accesibilidad a dicha información por estar dominada por la otra parte de la transacción económica.

¹⁴ Vid. entre la jurisprudencia que analiza esta cuestión, por ejemplo: STS 2/2014, 21-1; STS 671/2013, 19-7; STS 867/2013, 28-11; STS 53/2013, 24-1; STS 162/2012, 15-3; STS 832/2011, 15-7; STS 630/2009, 19-5; STS 1027/2007, 30-11; STS 700/2006, 27-6; STS 182/2005, 15-2. Vid. también RODRÍGUEZ-MIGUEL RAMOS, *La autoprotección*, cit., pp. 38-39 y 76, poniendo de relieve la existencia de una corriente jurisprudencial que se inclina por no interpretar de forma estricta este criterio de exigencia de responsabilidad a la víctima. Así, es interesante señalar resoluciones como la ya citada STS 53/2013, 24-1, señalando que el hecho de que la víctima posea una especial cualificación no implica que sea inmune a cualquier tipo de engaño. Vid. también NIETO MARTÍN, A., “El papel del engaño en la construcción de un delito de estafa en la UE”, en ARROYO ZAPATERO, L. / NIETO MARTÍN, A. (Coord.), *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2006, pp. 246-247.

aunque posteriormente la otra parte del negocio sufra pérdidas patrimoniales. Si por el contrario las vicisitudes del negocio o contrato son expuestas con inveracidades o inexactitudes, o se omiten datos esenciales que hacen aparecer la oferta distinta de lo que es en realidad, nos encontraremos ante una conducta engañosa, y lo que habrá que analizar es si tal engaño puede calificarse como “bastante” para inducir a error al sujeto pasivo concreto; aquí es cuando ha de atenderse al grado de conocimientos o experiencia que tiene el sujeto, pues será un criterio fundamental para establecer si, con el comportamiento engañoso verificado, era objetivamente previsible que se podría inducir a error a esa víctima concreta. De hecho, la jurisprudencia no ha venido tratando de forma absolutamente invariable los supuestos de pérdidas patrimoniales en negocios de alto riesgo: así, por ejemplo, en casos de ofertas de inversiones con rentabilidades extraordinarias, se ha llegado a admitir la existencia de estafa en supuestos en los que ya se realizaban inicialmente entregas de dinero como resultado de la inversión para generar confianza en el cliente y que posteriormente concluyera más contratos de esta índole; o también en supuestos en que un sujeto confía en el negocio de inversión porque constata que un elevado número de personas ya lo han realizado previamente¹⁵.

Si bien tanto las figuras delictivas de estafa y publicidad falsa constituyen los tipos penales genéricos y omnicomprendivos que pueden abarcar los fraudes que afectan a los consumidores como adquirentes de bienes y servicios, los legisladores suelen prestar atención a determinados ámbitos específicos donde se puede afectar de forma especial a los intereses económicos de los consumidores. Aquí cobran especial relevancia los mercados de valores, caracterizados tanto por la fácil negociabilidad de los valores patrimoniales como por el nivel de dificultad que suele ser inherente a determinadas operaciones financieras; a ellos se hará referencia en detalle con posterioridad. No obstante, curiosamente el legislador español ha configurado dos **delitos específicos en materia de protección de los consumidores**, que sancionan determinados fraudes en ámbitos o con modalidades de comisión muy concretas: el delito de facturación ilícita de bienes y servicios facilitados a través de aparatos automáticos previamente alterados (art. 283 CPE) y el delito de detracción de materias primas y productos de primera necesidad (art. 281 CPE). Hay que decir que su significación es puramente simbólica, pues dada su configuración prácticamente nunca han sido objeto de aplicación.

Por un lado, el art. 281 CPE castiga detraer materias primas o productos de primera necesidad con el objetivo de forzar un desabastecimiento del mercado, lograr una alteración de precios o perjudicar de cualquier otro modo al consumidor. Evidentemente es un precepto que sólo podrá ser aplicado en situaciones extremas, que sin duda podrían tener repercusiones mucho más allá de la mera afectación de los intereses económicos de los consumidores¹⁶.

Por otro lado, el art. 283 CPE sanciona la facturación de cantidades superiores a las debidas, pero únicamente por bienes y servicios cuyo coste se mida a través de aparatos automáticos, y siempre que haya existido una previa manipulación del aparato en este sentido. Por consiguiente, este precepto sanciona comportamientos que tienen lugar en relación con un reducido ámbito de productos y servicios, que son comercializados de una determinada manera, y esto ha determinado que la aplicación del precepto resulte anecdótica: hasta la fecha, se ha dictado condena en un caso de cierta repercusión en España a finales de los años 90, el denominado “fraude de las gasolineras”, pues se detectó que en una amplia red de estaciones de servicio se hallaban alterados los surtidores de combustible, de modo que se facturaban cantidades superiores a las debidas a quienes repostaban en tales lugares; además de este caso, se ha aplicado este precepto únicamente en un caso de manipulación de un camión repartidor de gasóleo a domicilio y en un supuesto de alteración de un taxímetro. Sin duda el precepto pretende acoger aquellos fraudes en los que no hay un contacto directo con el consumidor al facilitar el servicio y calcular su precio, y que además se caracterizan por afectar a muchas

¹⁵ Vid. RODRÍGUEZ-MIGUEL RAMOS, *La autoprotección*, cit., p. 60, citando la STS 1516/2001, 18-7. Vid. también la jurisprudencia citada en pp. 86-88, en relación con la posible apreciación de estafas en la celebración de negocios de alto riesgo: como se ha indicado, la jurisprudencia no excluye automáticamente la posibilidad de apreciar un delito de estafa aunque la alta rentabilidad y ventajas del negocio resulten no muy creíbles o difíciles de conseguir (v.gr. SSTS 517/2005, 25-4; 291/2008, 12-5; 839/2009, 21-7).

¹⁶ Manifiesta QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español. Parte especial*, Atelier, Barcelona 2010, p. 781, que aquí se rescita el antiguo delito de acaparamiento de la postguerra, en relación con la Guerra Civil española (Ley 26-10-1939).

personas, generalmente de forma inadvertida dada la insignificancia de cada fraude individualmente considerado.

Por último, es interesante tener en cuenta que la tutela de otros bienes jurídicos de corte socioeconómico puede servir indirectamente a la protección del consumidor. Si bien esto podría afirmarse, con matices, en relación con la previsión de los delitos relativos a la libertad y la lealtad de la competencia en el mercado, también sería predicable de la protección de otros bienes que pertenecen más bien al oferente de los bienes en el mercado, como la propiedad industrial. Efectivamente, en relación con la tutela de los derechos de propiedad industrial, si bien la protección de las marcas o las denominaciones de origen interesa a sus propietarios, en última instancia redundan en la veracidad de las ofertas en el mercado, y por lo tanto en beneficio del consumidor. En cualquier caso, es interesante tener en cuenta que la confluencia de distintos intereses permite la apreciación conjunta de varios preceptos penales; paradigmático en este sentido es el ya citado caso resuelto por la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja 17/2003, y posteriormente por el Tribunal Supremo en sentencia 357/2004. Se trataba de un caso de venta de vino falsamente etiquetado con la denominación de origen de La Rioja. Ambas instancias condenaron por un delito contra la propiedad industrial, pero además también se analizó la posible verificación de estafas o de un delito publicitario; curiosamente la sentencia de instancia apreció la existencia de un delito de publicidad falsa pero no de una estafa, mientras que el Tribunal Supremo estimó que se verificaba una estafa y que la falsedad publicitaria quedaba absorbida por el engaño propio de la estafa. Como ya se ha indicado con anterioridad, las inveracidades en las ofertas y publicidad de bienes y servicios no quedan absorbidas en el tipo de estafa, sino que es admisible el concurso de delitos entre ambas figuras.

3.

Los consumidores como inversores.

Una específica categoría de bienes que pueden adquirir los consumidores en el mercado está constituida por los productos de inversión, que constituyen una vía para canalizar el ahorro privado. Se trata de un sector de especial complejidad, dadas las características inherentes a este tipo de productos y su creciente diversificación, contando con el progresivo desarrollo del mercado de valores en este ámbito, pues el ahorro y la inversión de los consumidores no sólo se canalizan a través de contratos bancarios o similares, sino también mediante la contratación de valores negociables o instrumentos financieros. Por este motivo cabe plantearse si es necesaria una protección reforzada de los intereses económicos de los consumidores cuando el producto contratado se dirige a entregar una cantidad determinada de dinero con fines de ahorro o de inversión.

Los legisladores penales europeos han sido sensibles a la especial problemática que presenta el mercado de valores desde hace tiempo. Ya cuenta con tradición en los ordenamientos penales europeos el delito de abuso de información privilegiada en el mercado de valores (“insider trading”: art. 285 CPE; art. 184 Texto único en materia de intermediación financiera, Decreto legislativo 24-2-1998, nº 58). La opinión dominante considera que en con este precepto se tutela el principio de igualdad de oportunidades de los inversores en el mercado de valores¹⁷. Si bien la configuración de este tipo penal constituye una pieza fundamental en la tutela de los inversores, garantizando la igualdad en el acceso a la información en los mercados de valores, es necesario además garantizar que tal información resulta veraz. Por lo tanto, para completar este sistema de tutela, en 2010 se introdujo por vez primera en el Código penal español un delito relacionado con este ámbito, que podría denominarse como “falsedad en la inversión en los mercados de valores” (art. 282 bis CPE). En otros ordenamientos europeos ya existían preceptos en la línea de este nuevo artículo 282 bis, como el artículo 264a del Código penal alemán, que ya mucho tiempo antes de la promulgación de las citadas Directivas contaba con un tipo denominado “estafa en la inversión de capital”, si bien, como la propia doctrina alemana ha señalado, no se trata de una auténtica estafa porque no se exige la producción de

¹⁷ Vid. por todos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, pp. 350-352, y bibliografía citada.

un perjuicio económico¹⁸. Este precepto sanciona, con carácter general, la difusión de información falsa en relación con la venta de valores; de tal modo, se configura como un tipo de peligro que sanciona ya la difusión de determinadas alegaciones falsas en una oferta de venta. En una línea similar se encuentra, en Italia, el artículo 173 bis del Texto único en materia de intermediación financiera (Decreto legislativo 24-2-1998, nº 58).

Con carácter general, puede afirmarse que se considera necesaria la intervención penal en este específico ámbito del mercado de valores, teniendo en cuenta la gran trascendencia económica del objeto material (los valores negociables) y la especial necesidad de proteger al colectivo de potenciales inversores en un sector particularmente relevante y no exento de complicaciones¹⁹. Con este nuevo precepto, seguramente el legislador español pretendía tutelar los intereses económicos del colectivo de eventuales inversores en el mercado de valores²⁰; cuestión distinta es que el nuevo precepto del Código penal español sirva eficazmente a este objetivo, tomando en consideración su concreta configuración legal.

En cualquier caso, aun teniendo en cuenta la conveniencia de profundizar en los controles tanto preventivos como represivos en el marco del mercado de valores, cabe reflexionar sobre las posibles lagunas o problemáticas que pueden plantearse en relación con la protección del inversor / ahorrador, y no tanto en relación con las normas penales, sino con las normas extra-penales reguladoras del mercado de valores, y que obviamente servirán como base para aplicar los correspondientes tipos penales en este ámbito.

Esta reflexión puede realizarse con ocasión del examen de dos casos paradigmáticos de la realidad española en los últimos tiempos, que han alcanzado una importante repercusión al haber afectado a un número muy elevado de ahorradores / inversores: se trata del denominado caso “Nueva Rumasa” y del caso de las “participaciones preferentes y deuda subordinada”.

En relación con el primero, *Nueva Rumasa* constituía un conocido conglomerado empresarial formado por un total de 117 empresas, que entre 2009 y 2010 realizó campañas de publicidad en los medios de comunicación con la finalidad de ofrecer al público la venta de pagarés emitidos por diferentes compañías que componían este entramado de empresas. La rentabilidad anual ofrecida oscilaba entre el 6 y el 10%, y la inversión mínima de cada persona debía ser de 50.000 euros. Como consecuencia de una reforma de la legislación española del mercado de valores en 2010, que exigía la intervención de un intermediario financiero en este tipo de ofertas de valores negociables, la siguiente operación realizada desde Nueva Rumasa consistió en ofertas de ampliación de capital de empresas del conglomerado, concretamente dos sociedades de responsabilidad limitada, cuyo capital, por lo tanto, no estaba compuesto por acciones sino por participaciones sociales. Si bien algunos de los compradores de pagarés en las diferentes emisiones fueron recuperando el principal y los intereses a su vencimiento, comenzaron los primeros impagos con los problemas financieros de las empresas emisoras de los pagarés, que entraron en situación de concurso de acreedores, del mismo modo que las entidades que habían efectuado las ofertas de ampliación de capital.

En 2011, a raíz de la declaración del concurso de las sociedades implicadas en las ofertas de pagarés y las ampliaciones de capital, un grupo de inversores presentó una querella conjunta en la Audiencia Nacional²¹, por presunta comisión de los delitos de estafa, insolvencia punible, delito

¹⁸ Cfr. TIEDEMANN, K., *Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil mit wichtigen Gesetzes- und Verordnungstexten*, 2ª ed., Carl Heymanns, Köln, 2008, Cap. 9, m. 338. Vid. también FARALDO CABANA, P., “Artículo 282 bis”, GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 1086, en relación con el art. 282 bis de nuestro Código penal, estableciendo que tampoco es adecuado denominarlo como “estafa”, ya que ni comparte la estructura del tipo de estafa ni exige la producción de un perjuicio patrimonial en su figura básica.

¹⁹ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Parte especial*, cit., p. 263; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, pp. 513-514; PORTERO HENARES, M., “Fraudes contra los consumidores”, ARROYO ZAPATERO, L. / NIETO MARTÍN, A. (Coord.), *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2006, p. 303; VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Las falsedades contables en el Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal de 2007”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 457.

²⁰ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Parte especial*, cit., p. 263; VILLACAMPA ESTIARTE, “Las falsedades”, cit., p. 452.

²¹ Concretamente, la querella se dirigía contra los miembros del Consejo de administración de Nueva Rumasa S.A., y los miembros de los órganos de administración de José María Ruiz Mateos S.A., Inversiones Ruiz Mateos S.A., Carcesa, Gupo Dhul S.L., Clesa S.L., Rumanova S.A. y Maspalomas Hoteles S.A.; en la propia querella se identifica como tales administradores a determinados miembros de la familia Ruiz Mateos: vid. Auto del Juzgado central de instrucción nº 5 de Madrid, 3-6-2011. Vid. PÉREZ ZARAGOZA, P., “Nueva Rumasa: ola de querellas”, *Inversión & Finanzas*, nº 826, 2011, p. 23.

contra los consumidores y administración desleal²². El Juzgado central de instrucción nº 5 de Madrid, en un auto de 3-6-2011, admitió a trámite la querrela. Precisamente según el escrito que la Fiscalía Anticorrupción había remitido al Juzgado central de instrucción, hasta 4.110 pequeños inversores habían adquirido pagarés de Nueva Rumasa, a raíz de las emisiones realizadas por 13 entidades del conglomerado empresarial, por un valor total de más de 358,35 millones de euros (337,37 millones de principal y 47,97 millones de intereses)²³.

En cuanto al citado caso de las “*participaciones preferentes y deuda subordinada*”, consistió en que hacia finales de los años 90 y durante la década de 2000 las entidades bancarias, fundamentalmente, comenzaron a vender a sus clientes unos productos denominados “participaciones preferentes” y “obligaciones subordinadas”. Se trata de valores negociados en un mercado de valores, concretamente en el mercado secundario organizado de renta fija (AIAF), si bien son un producto a medio camino entre renta fija y variable y presentan peculiares características que las convierten en un producto de inversión de riesgo elevado: fundamentalmente, la sujeción del dividendo a la obtención de beneficios suficientes por parte de la entidad, la perpetuidad de la emisión, la inexistencia de garantía sobre el precio o la posibilidad de que la ejecución de los valores no sea inmediata²⁴. Hacia finales de la década de 2000, coincidiendo ciertamente con el inicio de la crisis económica, empezaron a aparecer los primeros casos de posible fraude en la comercialización de este tipo de productos, pues habían sido vendidos en masa a un gran número de clientes de distintas entidades bancarias que, cuando pretendían recuperar su dinero, comprobaron que la entidad no se lo iba a entregar, sino que sólo podían recuperarlo vendiendo tales participaciones en el citado mercado secundario organizado, circunstancia que resultó prácticamente imposible debido a la difícil liquidez de este producto, en buena medida agravada por la crisis económica.

El problema se planteó porque, según alegaba una gran cantidad de clientes involucrados, no habían sido conscientes de que estaban adquiriendo este complejo producto, sino que creían que habían colocado su dinero en un depósito a plazo fijo. Dado el gran número de personas afectadas y la gran repercusión social que alcanzó esta situación, las entidades bancarias empezaron a articular procedimientos de arbitraje para permitir a los afectados reclamar la devolución de su dinero. Por citar algunos datos, según indicó el subgobernador del Banco de España y presidente del Fondo de reestructuración ordenada bancaria (FROB) en su comparecencia ante la Comisión de Economía del Congreso de los Diputados, en relación con las entidades bancarias participadas por el FROB (BFA-Bankia, NCG Banco y Catalunya Banc), un total de 534.150 inversores habían adquirido participaciones preferentes o deuda subordinada; de ellos, 427.952 habían acudido ya al arbitraje y a 269.379 (el 63%) se le había dado la razón; en ese momento no constaban registrados datos sobre cuántas personas habían acudido directamente a los tribunales, pero a 158.573 se les había denegado el arbitraje²⁵.

No obstante, multitud de afectados también acudieron a los tribunales para recuperar su inversión. Se recurrió fundamentalmente a los tribunales del orden civil, y con carácter general los tribunales han venido dictando sentencias favorables a los reclamantes, obligando a las entidades a la devolución del dinero²⁶. Merece destacarse también que la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia presentó una demanda civil colectiva²⁷ en la que solicitaba, por un lado, la nulidad de los contratos de comercialización de las participaciones preferentes y el resarcimiento de los perjudicados, y por otro lado, la cesación en la venta de tales productos por parte de una determinada entidad bancaria (“caso Novagalicia Banco”). La Audiencia

²² Expansión, 3-5-2011 y 9-5-2011.

²³ Expansión, 14-12-2011. Según la edición del periódico de esa fecha, “hasta el momento las 13 empresas de Nueva Rumasa emisoras de pagarés han abonado en concepto de principal e intereses algo menos del 25% de las obligaciones, es decir 96,23 millones”. También según Expansión, 18-2-2011, se podía constatar la existencia de alrededor de 5.000 inversores afectados.

²⁴ Vid. Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), *Memoria anual 2002*, p. 103. Puede verse también CNMV, *Los productos de renta fija. Guía informativa*, 2006, p. 33. Vid. también FERRANDO VILLALBA, M.L., “Las participaciones preferentes: regulación, caracteres y protección de los clientes bancarios”, en AAVV, *Participaciones preferentes: ¿se puede recuperar el dinero invertido? Prácticas bancarias y protección del consumidor*, Aranzadi, Cizur Menor 2012, pp. 26 ss; GÓMARA HERNÁNDEZ, J.L., *Participaciones preferentes: arbitraje, acciones civiles y penales*, Francis Lefebvre, Madrid 2013, m. 7 ss, y 310 ss; SANJUÁN Y MUÑOZ, E., “Participaciones preferentes. Análisis general”, en SANJUÁN Y MUÑOZ, E. / LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M. (Dir.), *Reclamaciones frente a la comercialización de las participaciones preferentes*, Bosch, Barcelona 2013, pp. 37 ss.

²⁵ El País 5-2-2014.

²⁶ Vid. por ejemplo El País 26-4-2013, 22-5-2013, 31-5-2013, 6-6-2013, 5-8-2013, 21-12-2013, 15-1-2014.

²⁷ Agrupaba 1700 casos de consumidores perjudicados, aportados por la Fiscalía de Pontevedra, el Instituto Galego de Consumo y la Asociación de usuarios de banca Adicae; vid. El País 26-6-2012 y 3-7-2012.

Provincial de A Coruña rechazó las solicitudes de nulidad y resarcimiento, alegando que correspondía ejercitarlas a cada perjudicado individual, pero aceptó la solicitud de cesación de tales prácticas de comercialización. La entidad bancaria accedió directamente a la solicitud de la Fiscalía antes de la celebración del juicio²⁸.

Sin embargo, con posterioridad se ha ido abriendo la vía penal, con algunas querellas por estafa o con la apertura de diligencias a iniciativa del Ministerio Fiscal²⁹. Hasta la fecha no existe un gran número de resoluciones judiciales que hayan puesto fin a estos procedimientos penales, y puede encontrarse alguna de ellas que archiva la causa penal por estafa y delito publicitario tras determinar que los clientes de la entidad bancaria eran conocedores y adquirentes habituales de este tipo de productos financieros³⁰.

En esta vía penal, el caso más relevante y de mayor envergadura está constituido por el “caso Bankia”. Esta entidad bancaria, que se formó agrupando a un variado número de entidades de esta naturaleza³¹, y destacadamente Cajas de ahorros, ha sido objeto de varias querellas en relación con determinadas prácticas, entre ellas la comercialización de las participaciones preferentes³². El Auto de la Audiencia Nacional de 17-12-2013 admitió el recurso de Bankia, BFA y Caja Madrid Finance Preferred contra el Auto del Juzgado central de instrucción de 10-6-2013, con el resultado de que resultó finalmente inadmitida la querella contra las personas jurídicas, incluyendo lo referente a la comercialización de las participaciones preferentes (por no estar vigente la responsabilidad penal de las personas jurídicas en las fechas de la comercialización), y también contra los empleados en las distintas sucursales bancarias, de tal modo que la querella quedó admitida contra las personas que componían los órganos directivos de las entidades en cuestión.

Puede citarse por último otro caso de indudable interés: la comercialización de un producto financiero complejo denominado “Valores Santander”, cuyo origen se encuentra en la entidad bancaria Banco Santander. La emisión de tales valores se produjo únicamente en un período muy corto de tiempo, puesto que su período de suscripción por parte del público abarcaba desde el 20 de septiembre hasta el 2 de octubre de 2007. Con esta emisión la entidad buscaba financiación para adquirir el banco holandés ABN Amro. Los valores tenían previsto una evolución diferente en función del éxito o fracaso en la operación de adquisición del banco extranjero: en el caso de que no prosperase esta operación, los Valores Santander constituirían un valor de renta fija con vencimiento a un año; si el banco extranjero fuera finalmente adquirido (que fue lo que ocurrió con posterioridad, en 2008), los valores habrían de canjearse por obligaciones necesariamente convertibles, y posteriormente por acciones del Banco Santander³³. La oferta de venta al público de los Valores Santander planteó problemas, puesto que

²⁸ El País 16-9-2013. No obstante, la Fiscalía decidió recurrir la resolución judicial que reconoce esta conformidad de la entidad bancaria para continuar reclamando la nulidad de los contratos; vid. El Correo Gallego 31-10-2013.

²⁹ Vid. El País 12-4-2013, 16-4-2013, 25-4-2013, 24-5-2013, 23-12-2013.

³⁰ Se trata del AAP Madrid 613/2012, 24-7, que confirma el sobreseimiento y archivo de la causa penal seguida por delito de estafa y delito publicitario. Según los datos consignados en la resolución judicial, habían sido los propios clientes quienes solicitaron al banco la adquisición de participaciones preferentes, que además no eran emitidas por el propio banco sino que pertenecían a entidades extranjeras, de modo que en este caso el banco en cuestión actuó como intermediario en el mercado secundario. Cabe citar también el AJI Torreveja 18-6-2012, que decreta el sobreseimiento provisional de las actuaciones incoadas por presunta comisión de delito de estafa en la venta de participaciones preferentes. En sentido contrario, el AAP Tarragona 36/2013, 17-1, revoca la resolución del Juzgado de instrucción que inadmite a trámite una querella por presunta comisión de delito de estafa en la venta de participaciones preferentes.

³¹ Bankia es la entidad financiera surgida tras la integración de siete Cajas de Ahorros: Caja Madrid, Bancaja, Caja Canarias, Caja La Rioja, Caja Ávila, Caixa Laietana y Caja Segovia. Estas entidades suscribieron en 2010 un contrato de integración para la constitución de un grupo contractual configurado como un Sistema institucional de protección (SIP). En diciembre de 2010 se creó la sociedad central de este SIP, Banco Financiero y de Ahorros (BFA), y a partir del 1-1-2011 Bankia se configura como una entidad perteneciente a BFA y cabecera de este grupo económico. (vid. www.bankia.es).

³² El AJCI 4-7-2012 admite a trámite la querella presentada por el partido político UPyD contra Bankia y Banco Financiero y de Ahorros, y los miembros de sus Consejos de Administración, por los delitos de estafa, apropiación indebida, falsedad en documentos sociales, administración desleal y maquinaciones para alterar el precio de las cosas. Por AJCI 10-6-2013 se decreta la acumulación a este procedimiento de otra querella presentada por UPyD; y por AAN 410/2013, 12-12, se acumula asimismo la querella previamente admitida por AJCI 24-6-2013 en lo referente a la comercialización de las participaciones preferentes. El AAN 29-5-2013 acumuló también la querella presentada contra Bankia y BFA por fraude a cliente particular (y la desestima en relación con la CNMV, el FROB, el Banco de España y el Gobierno de la Nación). Cabe mencionar por último el AJCI 12-6-2013, que admite una querella contra el Consejo de Administración Caja Madrid (inadmitiéndola en relación con el ex-presidente de la CNMV).

Finalmente, y atendiendo a noticias de prensa, cabe referir la admisión a trámite de querellas contra los ex – directivos de Caixa Laietana (hoy integrada asimismo en Bankia) (El País 23-12-2013), y contra el Consejo de Administración de Catalunya Banc (El País 16-10-2013).

³³ Vid. Nota de valores relativa a la oferta pública de suscripción de Valores Santander de Santander Emisora 150, S.A.U. con la garantía de Banco Santander S.A. (<https://www.cnmv.es/Portal/verDoc.axd?t={33a23a45-2d5e-4b79-85f4-7ee0529cab5}>).

un buen número de adquirentes de tal producto alegó que no habían sido convenientemente informados de las diferentes opciones de evolución de tal producto, sino que entendían que estaban adquiriendo productos más conservadores, fundamentalmente de renta fija. Ello motivó que un grupo de inversores presentara una querrela conjunta por presunta comisión de los delitos de estafa, falsedad, apropiación indebida y contra el mercado y los consumidores, que fue inadmitida por Auto del Juzgado central de instrucción de 14-4-2014. No obstante, con posterioridad la Audiencia Nacional admitió el recurso presentado por los inversores contra este Auto, apreciando la existencia de suficientes indicios delictivos que justificarían la admisión a trámite de la querrela y el inicio de la investigación sobre estos hechos³⁴. Justamente en este mismo año 2014 la Comisión Nacional del Mercado de Valores impuso dos sanciones a la entidad bancaria por comisión de determinadas infracciones de la Ley del mercado de valores, en relación con la comercialización de los citados Valores Santander³⁵. Al margen de estas vías penal y administrativa, también los Tribunales civiles se han pronunciado en relación con esta operación de comercialización de los Valores Santander: así, por ejemplo, la sentencia del Juzgado de 1ª instancia nº 2 de Terrassa (Barcelona), de 29-11-2013, estima la demanda presentada por unos inversores y declara la nulidad de la orden de suscripción de los citados valores.

Los casos examinados son relevantes porque plantean interesantes cuestiones tanto desde la perspectiva del Derecho penal como desde el punto de vista de la protección del inversor / ahorrador en la normativa extrapenal, fundamentalmente en la legislación relativa al mercado de valores.

Comenzando por las sanciones penales previstas para los engaños al inversor en el mercado de valores, al margen de los posibles problemas en la configuración típica del delito del art. 282 bis CPE (**falsedad en la información en el mercado de valores**), que impiden proteger adecuadamente al inversor frente a comportamientos ilícitos de quienes ofrecen los valores, resulta claro que este precepto no resulta aplicable a casos como los que han sido objeto de comentario.

Analizando en primer lugar el caso de los pagarés de *Nueva Rumasa*, es evidente que aquí no resultaría aplicable el art. 282 bis CPE porque las ofertas derivadas de este conglomerado empresarial se caracterizaban por quedar al margen del mercado de valores. Este hecho puede llevarnos a cuestionar a su vez la normativa extrapenal sobre los mercados de valores, y concretamente la decisión de excluir del concepto de “oferta pública”, y por lo tanto de la obligación de publicar folleto informativo y sujetarse al control de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), a las ofertas de valores como la de los pagarés de Nueva Rumasa: efectivamente, el art. 30 bis de la Ley 24/1988, de 24 de julio, del mercado de valores (LMV) excluye de la consideración de “oferta pública” las ofertas de valores cuyo valor nominal unitario sea al menos 100.000 euros, o las ofertas dirigidas a inversores que efectúen una adquisición de un importe de asimismo 100.000 euros. Esta y las demás excepciones contenidas en el art. 30 bis LMV provienen de la Directiva 2003/71/CE, de 4 de noviembre de 2003, sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores, que parte de que este tipo de operaciones se realizan con inversores que requieren un nivel de información menor³⁶. Tales supuestos han sido denominados como “ofertas privadas”, en el sentido de que efectivamente están excluidos del concepto de “oferta pública” a efectos de la legislación del mercado de valores³⁷; en cuanto a su fundamento, se ha entendido que el establecimiento de un límite cuantitativo para excluir la calificación de “pública” de una oferta de valores negociables se basa en la presunción de que sólo un inversor profesional adquiriría valores de tal cuantía, y que por consiguiente tal clase de inversor ha de poseer un elevado nivel de información y capacidad negocial suficiente³⁸, o en otras

³⁴ Vid. El Mundo y La Voz de Galicia, 16-6-2014.

³⁵ Vid. la publicación de tales sanciones en el Boletín Oficial del Estado de 17-2-2014.

³⁶ RUIZ DEL POZO, F.J. / GARCÍA ALCUBILLA, R., *Mercado primario de valores: admisión a negociación en mercados secundarios oficiales y ofertas públicas de venta o suscripción*, Thomson-Civitas, Cizur Menor 2006, p. 197.

³⁷ Cfr. ARRANZ, G., “Emisiones, ofertas públicas de venta y admisión a negociación de valores en un mercado secundario oficial”, en URÍA, F. (Coord.), *Régimen jurídico de los mercados de valores y de las instituciones de inversión colectiva*, La Ley, Madrid 2007, pp. 570 ss; RUIZ DEL POZO / GARCÍA ALCUBILLA, *Mercado primario de valores*, cit., pp. 195 ss; CONDE VIÑUELAS, V., “Las ofertas públicas de venta o suscripción de valores”, en ZUNZUNEGUI, F. (Dir.), *Derecho bancario y bursátil*, Colex, Madrid 2012, pp. 183-184.

³⁸ Vid. CONDE VIÑUELAS, “Las ofertas públicas”, cit., p. 187; PEINADO GRACIA, J.I., *El pagaré de empresa*, Civitas, Madrid 1995, pp. 304-305.

palabras, que estas ofertas son realmente “limitadas” en atención a la naturaleza de los inversores a quienes van dirigidas³⁹; por ello, estas concretas emisiones no están sujetas a control alguno por parte de la CNMV⁴⁰.

El interrogante sobre la posible solución que podría darse a estos supuestos conecta realmente con las dudas planteadas en relación con los deberes de autoprotección de la víctima en el ámbito de la estafa: ¿qué nivel de diligencia ha de desplegar el sujeto que va a realizar un importante desembolso económico?; ¿hasta qué punto han de estar exentas del control de la CNMV y de determinadas obligaciones de información las ofertas de valores de una cierta relevancia? Buena muestra de la necesidad de controlar la transparencia de todo tipo de información es la aparición de sucesivas reformas legales que endurecen los controles en la negociación dentro de los mercados de valores: el art. 30 bis LMV fue reformado en 2010 para exigir la participación de una entidad autorizada para prestar servicios de inversión cuando esas ofertas “privadas”, que eran concebidas como propias de inversores especializados, eran “dirigidas al público en general empleando cualquier forma de comunicación publicitaria”; asimismo, en 2012 se aumentó el importe a partir del cual una oferta de valores quedaba exenta de la obligación de folleto informativo, pasando de 50.000 a 100.000 euros. A mayores de estas modificaciones concretas del articulado de la LMV, es interesante destacar también el intento de configurar determinados marcos de negociación de valores con el fin de obtener una mayor transparencia y control de este tipo de operaciones. Así, por ejemplo, en 2010 se impulsó desde Bolsas y Mercados Españoles⁴¹ un nuevo sistema específicamente diseñado para acercar la negociación de renta fija privada al inversor particular: se trata de la plataforma SEND (Sistema Electrónico de Negociación de Deuda), que permite la negociación de determinadas emisiones de valores de renta fija dirigidas al pequeño inversor, y pretende mejorar la transparencia y la liquidez de los mercados de renta fija⁴². Precisamente teniendo en cuenta el auge en la emisión de pagarés por parte de las empresas, y su creciente uso como alternativa a los depósitos bancarios, la CNMV decidió establecer la obligatoriedad de que las emisiones de pagarés se negociasen exclusivamente en esta plataforma SEND⁴³; con este objetivo, la CNMV publicó el 15 de enero de 2013 una Guía para la verificación de programas de pagarés y de la información a facilitar por las entidades colocadoras y depositarias a sus clientes. En cualquier caso, hay que recordar que estas últimas cautelas se aplican únicamente para las ofertas de valores que tienen la consideración de “oferta pública”, quedando excluidas, por lo tanto, las ofertas de valores relacionadas en el art. 30 bis LMV⁴⁴.

Por otra parte, el caso de las *participaciones preferentes* constituye justamente el supuesto contrario: se trata de valores negociables en un mercado secundario organizado, y por lo tanto están sometidos a todos los controles y requisitos establecidos en la legislación del mercado de valores; fundamentalmente, a efectos informativos, la obligación de publicar un folleto con las características de los valores y de la concreta emisión. De hecho, es importante señalar que la CNMV, al detectar problemas en la comercialización de estos productos, determinó la exigencia de redactar “con más precisión y sencillez las características principales y los riesgos asociados a estos valores, recogidas tanto en el tríptico informativo como en el capítulo 0 de

³⁹ Cfr. ARRANZ, “Emisiones”, cit., p. 571.

⁴⁰ Cfr. CONDE VIÑUELAS, “Las ofertas públicas”, cit., p. 195. De este modo, al considerarse como ofertas “no públicas”, no sólo están exentas del requisito de publicación del folleto informativo, sino de la obligación de presentar otras clases de documentos a la CNMV, que es exigible sólo a las ofertas públicas de valores (art. 26 LMV; cfr. por ejemplo ARRANZ, “Emisiones”, cit., p. 572; CONDE VIÑUELAS, op. cit., pp. 201-202).

⁴¹ Bolsas y Mercados Españoles (BME) es una empresa que aglutina todos los mercados de valores y sistemas financieros en España (vid. www.bolsasymercados.es).

⁴² En sus inicios, se trataba de emisiones con nominal unitario igual o inferior a 1.500 euros, como por ejemplo participaciones preferentes, bonos y obligaciones, obligaciones subordinadas, obligaciones con bonificación fiscal, cédulas y pagarés con vencimiento superior a 6 meses; actualmente ya se admiten otro tipo de valores como las emisiones de deuda pública (desde abril de 2013). Vid. GÓMEZ, M. / VILLANUEVA, J.C., “El nuevo sistema electrónico de negociación de deuda”, *Bolsa: revista mensual de bolsas y mercados españoles*, n° 184, 2010, pp. 60-63.

⁴³ Según la CNMV, “cuando los pagarés se dirijan a minoristas y tengan un plazo de vencimiento superior a los 12 meses se les aplicarán los mismos requisitos de protección que a las emisiones de renta fija [...] Se deberá presentar, al menos, un informe de experto independiente que determine si las condiciones son equiparables a las que tendría una emisión dirigida a inversores institucionales. Cuando la CNMV considere que las condiciones son desfavorables respecto a las que se habrían pagado en el mercado mayorista o las que presenten productos sustitutivos, introducirá una advertencia expresa que deberá reproducirse en todo el material publicitario e informativo que se facilite a los inversores”: vid. Nota de prensa “La CNMV refuerza la protección del inversor minorista con la actualización de la guía de pagarés”, de 22 de enero de 2013.

⁴⁴ También debe tenerse también en cuenta que, según el art. 1 del Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre, en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos, “a las emisiones de pagarés con plazo de vencimiento inferior a doce meses, no se exigirán las condiciones finales a las que se refiere el artículo 21.2 de este real decreto”, esto es, la información relativa a las condiciones finales de la oferta.

sus folletos”, de modo que habría que indicar expresamente que “(i) su remuneración no es un dividendo, sino un tipo de interés, cuyo pago está condicionado a que la entidad consiga beneficios; (ii) que en supuestos extremos de insuficiencia patrimonial de la entidad emisora o garante, ésta podría liquidar la emisión por un valor inferior al nominal, con la consiguiente pérdida para sus titulares sobre el principal invertido; (iii) que se trata de valores perpetuos; y (iv) que no confieren derechos políticos. Asimismo, se ha introducido una advertencia en el folleto informativo del emisor en la que se indica expresamente que el adjetivo ‘preferente’ que la legislación española otorga a este producto no significa que sus titulares sean acreedores ‘privilegiados’, sino prácticamente lo contrario: en el orden de la prelación sus tenedores se sitúan por detrás de todos los acreedores del emisor (incluso detrás de los tenedores de obligaciones subordinadas). Sólo tienen preferencia respecto a los accionistas”⁴⁵.

No obstante, las irregularidades en la venta de tales productos no están estrictamente relacionadas con el incumplimiento de los requisitos establecidos por la legislación de los mercados de valores o por su organismo de control, sino fundamentalmente con la negociación individualizada de cada contrato con los clientes de la entidad bancaria.

Según informó la propia CNMV, “las principales incidencias detectadas en los procesos llevados a cabo por las entidades se centran en los siguientes aspectos: (i) deficiencias en los procedimientos para la asignación de riesgo a los productos comercializados y, en algún caso, distribución de productos financieros de riesgo elevado entre un público objetivo al que no iban dirigidas dichas emisiones, (ii) deficiente información a la red de distribución sobre los riesgos inherentes a la emisión de referencia, (iii) incidencias en los procedimientos de contrapartida a órdenes de venta de clientes, (iv) deficiencias relativas a la documentación contractual o documentación soporte de las operaciones ordenadas por los clientes y (v), en algún caso, realización de publicidad con carácter previo a la aprobación del folleto de la emisión sin hacer mención en la misma a su posterior publicación y recogida de órdenes de clientes en fechas anteriores al periodo de suscripción establecido en el folleto, sin confirmación posterior. Algunas de las modificaciones introducidas en la LMV como consecuencia de la transposición de la MiFID y su normativa de desarrollo inciden directamente sobre las deficiencias descritas anteriormente”⁴⁶.

Por otra parte, las sentencias de los tribunales civiles que han anulado los contratos de adquisición de estos productos de inversión se basan en las concretas circunstancias de la negociación en el momento de la celebración del contrato entre la entidad y el cliente; por lo general se trataba de casos en que la entidad omitió los riesgos y caracteres más específicos del producto en cuestión, o directamente lo presentó como un depósito dinerario; los clientes eran personas de avanzada edad, o no poseían conocimientos financieros específicos, y además no presentaban el perfil de inversor arriesgado (pues nunca habían colocado sus ahorros en productos de esta naturaleza). Así, al margen de la posible verificación de infracciones de la Ley del mercado de valores, por ejemplo en relación con el folleto informativo, o con la ausencia de realización del preceptivo “test de idoneidad” al potencial adquirente de estos específicos productos de inversión, lo cierto es que el fraude se produjo en el mismo momento de negociación del contrato, lo cual podría determinar que, aun cumpliéndose todos los requisitos establecidos por la legislación del mercado de valores, existen clientes que han adquirido estos productos desconociendo su peculiar naturaleza.

Por consiguiente, tanto en este caso como en el anterior, las concretas circunstancias nos llevan a la posible aplicación del tradicional tipo penal de lesión del patrimonio: la *estafa*.

Volviendo por lo tanto la atención al delito de estafa, estos dos casos comparten justamente un punto problemático fundamental: la posible existencia del “*deber de autoprotección de la víctima*”, que ya ha sido tratado anteriormente. Precisamente esta cuestión resultó especialmente controvertida en los dos supuestos analizados: por un lado, las personas que dirigían Nueva Rumasa eran sobradamente conocidas por el público, concretamente por el hecho de que su anterior conglomerado empresarial Rumasa, integrado por cerca de 400 entidades, entre ellas algunos bancos, había sido expropiado por el Estado en 1983⁴⁷; por otro lado, se ha aducido que al menos buena parte de los adquirentes de participaciones preferentes, y también de pagarés de

⁴⁵ Vid. CNMV, *Informe anual de mercados 2004*, p. 143.

⁴⁶ Vid. CNMV, *Informe anual de mercados 2007*, p. 186.

⁴⁷ El País, 24-2-1983.

Nueva Rumasa, tenían que haber estado alerta antes de concluir el contrato en cuestión teniendo en cuenta que la rentabilidad ofrecida por estos productos solía ser superior a la prevista en esa misma época para los depósitos de dinero tradicionales.

Lo cierto es que, como se ha indicado en el epígrafe anterior, tales circunstancias son importantes pero habrán de ser tenidas en cuenta analizando cada supuesto concreto. Así, habría que atender al nivel de conocimientos financieros del sujeto, la habitualidad en la realización de inversiones arriesgadas, o las particularidades de cada contrato: por ejemplo, en el caso Nueva Rumasa los intereses ofrecidos no eran los mismos para todos los inversores, algunos contratos contaban con algún tipo de garantía, algunos sujetos llegaron a recuperar el dinero invertido en los pagarés y ello determinó que volvieran a adquirir más valores, etc.; y por otra parte, en el caso de participaciones preferentes, era posible identificar supuestos de contratación con personas de avanzada edad sin ningún perfil de inversor arriesgado, la rentabilidad ofrecida no era excesiva, existía un aprovechamiento de relaciones de confianza, etc.

En suma, cabe concluir que existe necesidad de tutela del inversor siempre que se ofrece una posibilidad de inversión a través de cualquier instrumento de captación de recursos financieros, aunque el destino no sea su negociación en un mercado secundario oficial, y la prevención fundamental que habría que adoptar en este ámbito implicaría atender a la publicidad del producto de inversión⁴⁸. La represión y sanción de comportamientos irregulares en este ámbito puede venir de la mano tanto de la normativa extrapenal en materia de responsabilidad contractual, de publicidad o de los mercados de valores, como del Código penal, fundamentalmente a través de los tipos de publicidad falsa y estafa. Sin duda no cabe desdeñar la previsión de figuras delictivas particulares en determinados ámbitos como el mercado de valores, pero por una parte ello exigiría una adecuada configuración de los términos típicos, y por otra parte tropezaría con la dificultad de encaje de operaciones económicas que quedan al margen de estos ámbitos de negociación específicos. Esto entronca, por último, con la necesidad de establecer una adecuada regulación de los deberes de información y del control por parte de los poderes públicos, perfilando con cuidado las posibles exenciones a estas obligaciones y controles.

4.

Delitos en el ámbito de la empresa: cómo determinados ilícitos empresariales pueden afectar al patrimonio de los consumidores / inversores.

Tras examinar los preceptos penales dirigidos directamente a la tutela del consumidor como adquirente de bienes y servicios o en la específica faceta de ahorrador / inversor, es interesante realizar una breve mención de determinados ilícitos penales empresariales que, de forma indirecta, también pueden afectar a los intereses económicos de los consumidores / inversores.

Evidentemente, las infracciones penales más prototípicas en el ámbito empresarial, como pueden ser la categoría de los delitos societarios o los delitos relativos a la libertad y la lealtad de la competencia en el mercado, resaltando dentro de estos últimos las infracciones cometidas en el ámbito del mercado de valores, vienen referidas o a la tutela del orden económico y del mercado como bien jurídico supraindividual, o a la protección de bienes jurídicos individuales pertenecientes al empresario o a la sociedad. No obstante, en muchos casos puede identificarse como bien jurídico indirecta o mediatamente protegido, o meramente como bien colateralmente afectado, el conjunto de los intereses económicos del colectivo de los consumidores. En otras palabras, en ocasiones la comisión de ilícitos en el ámbito de la empresa no sólo afecta al buen funcionamiento de la economía de mercado, o a los intereses económicos de la propia sociedad o de los socios, sino que supone una importante afectación de los intereses de los consumidores, como colectivo que interactúa en el mercado con las entidades oferentes de bienes y servicios.

Para reflexionar brevemente sobre esta cuestión pueden traerse a colación determinados

⁴⁸ RECALDE CASTELLS, A., "Acotación del Derecho de los mercados de 'valores' e 'instrumentos financieros' en tiempos de cambio (supervisión, transparencia y nuevos productos financieros)", *Revista de Derecho bancario y bursátil*, 2010, nº 118, pp. 26-27, mencionando expresamente el caso de las participaciones en sociedades de responsabilidad limitada.

casos reales ocurridos en los últimos tiempos, algunos de los cuales se conectan con supuestos ya indicados con anterioridad.

En primer lugar, la imputación de los antiguos directivos del Banco Pastor, entidad bancaria que hoy en día se halla integrada en el denominado Banco Popular. Un pequeño accionista de la entidad interpuso una querrela contra los ex – directivos por presunta comisión de varios delitos, entre los que se encuentra el delito societario de administración desleal y la estafa. Según el querellante, las cuentas de la sociedad eran falseadas mediante una trama en la que participaban diversas entidades propiedad del Banco Pastor, con la intención de dar apariencia de solvencia al Banco, que así lograba operar en el mercado de valores ofreciendo a los clientes minoristas diversos productos financieros, entre los que se encontraban las participaciones preferentes⁴⁹.

En segundo lugar, se encuentran también imputados los antiguos directivos de las entidades Caixa Galicia y Caixanova, Cajas de Ahorros que se fusionaron dando lugar a la entidad Novacaixagalicia (posteriormente, Novagalicia Banco, y en la actualidad, Abanca) en relación con las indemnizaciones millonarias destinadas a los miembros del Consejo de Administración de las citadas entidades. Según el Auto del Juzgado central de instrucción nº 2, de 12-2-2014, de las actuaciones practicadas hasta la fecha resulta indiciariamente que determinados altos directivos de Caixanova acordaron con el presidente de la entidad bancaria mejorar sus contratos de alta dirección, preparando de este modo su previsible salida de la entidad crediticia después de la fusión con Caixa Galicia, ya que se aumentaban las remuneraciones que habrían de percibir en caso de desistimiento de su relación laboral. Continúa indicando el Auto que tales modificaciones fueron ocultadas al Consejo de Administración de Caixanova y posteriormente al Consejo de Administración de Novacaixagalicia; este último, además, aprobó la propuesta de suscripción de un contrato de alta dirección con un antiguo directivo de Caixa Galicia “en las mismas condiciones” que los contratos anteriormente indicados y referidos a los directivos de Caixanova. Según la resolución judicial indicada, tal comportamiento podría ser constitutivo de un delito de apropiación indebida o estafa, teniendo en cuenta que tales altos directivos eran conocedores de la difícil situación económica que atravesaba la entidad, y por este motivo ocultaron el importe de sus indemnizaciones al Consejo de Administración de Novacaixagalicia, y asimismo al Banco de España y al Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB)⁵⁰. Cabe destacar que en la querrela presentada por la Fiscalía especial contra la corrupción y la criminalidad organizaba se calificaban los hechos como un delito de administración desleal o, alternativamente, de apropiación indebida.

En tercer lugar, una situación similar a las dos anteriores se plantea en relación con la ya citada entidad Bankia. Como se ha visto, directivos de diversas entidades que dieron lugar a la actual Bankia fueron objeto de varias querellas en relación con la comercialización de participaciones preferentes, pero también con respecto a los compromisos adquiridos por la administración de la entidad bancaria con el fin de indemnizar y prejubilarse a algunos de sus directivos, y asimismo por la presunta distorsión de las cuentas y balances societarios con el fin de dar una apariencia de solvencia de la entidad que atrajera a posibles inversores minoristas. Así se manifiesta en el Auto del Juzgado central de instrucción, de 4-7-2012, en relación con la querrela presentada por un partido político (UPyD) contra Bankia y Banco Financiero y de Ahorros, y los miembros de sus Consejos de Administración, por los delitos de estafa, apropiación indebida, falsedad en documentos sociales, administración desleal y maquinaciones para alterar el precio de las cosas⁵¹.

Por último, por citar algún supuesto en Italia cabe señalar el caso Parmalat, precisamente cuando el Tribunal Supremo italiano se ha pronunciado en 2014 confirmando las condenas en este caso, únicamente disminuyendo levemente la pena para alguno de los condenados⁵². El Tribunal Supremo, por lo tanto, confirmó las condenas por los delitos de “agiotaggio”, “falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni delle società di revisione”, e “ostacolo all’esercizio delle funzioni di vigilanza della CONSOB”. En la actividad de la empresa de productos lácteos Parmalat transcurrieron años de falsedades contables que ocultaron la grave situación patrimonial de la entidad, generando una situación creciente de sobreendeudamiento que finalmente

⁴⁹ Vid. Expansión, El País y Cinco Días, 24-2-2014.

⁵⁰ Vid. también La Voz de Galicia 13-2-2014.

⁵¹ Vid. supra nota 33. Vid. también El Periódico 4-7-2012.

⁵² Vid. Il Messaggero, La Repubblica y La Stampa, 7-3-2014.

estalló en 2003, descubriéndose la situación de bancarrota de la empresa. La gran relevancia del caso no se debe únicamente a la importancia económica del fraude, sino también a otras cuestiones como el papel desempeñado por los auditores de las cuentas sociales, las entidades bancarias que concedían préstamos a Parmalat o que ofrecían en el mercado valores emitidos por esta entidad, o los organismos administrativos de control e incluso las agencias de calificación crediticia; y asimismo, por lo que aquí interesa, a la gran repercusión de la bancarrota de Parmalat en pequeños inversores y accionistas, que habían adquirido acciones y otros valores emitidos por la entidad en la ignorancia de la grave situación económica que atravesaba, lo cual finalmente concluyó en la causación de pérdidas patrimoniales a los particulares.

Por todo lo expuesto cobra especial importancia el control del buen funcionamiento del mercado y de las sociedades que en él operan, puesto que la realización de determinadas operaciones de riesgo junto con la opacidad o falseamiento de la información pública afectan seriamente a los consumidores / inversores, que así actuarán en el mercado en una posición de desconocimiento e inferioridad, lo cual redundará en muchos casos en la realización de transacciones patrimoniales que les provocarán un daño económico. Es fundamental, por lo tanto, el aseguramiento de la transparencia de las sociedades y del mercado, objetivo al que tendrían que estar adecuadamente dirigidas las categorías de los delitos societarios o de los delitos relacionados con la competencia, presentes ya desde hace tiempo en los ordenamientos europeos, y cuya eficacia y legitimidad debería fundamentarse en una adecuada delimitación del bien jurídico protegido, y en la dotación de suficiente lesividad a las conductas incriminadas, fundamentalmente a través de la configuración de delitos de lesión o de peligro hipotético o aptitud⁵³.

Sin entrar en los pormenores de estas familias delictivas, simplemente mencionaré cuáles son las más recientes preocupaciones del legislador español en este ámbito, y que se manifiestan en el último Proyecto de reforma del Código penal, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 4 de octubre de 2013.

En primer lugar, en este texto de reforma se introduce por vez primera en el ordenamiento español un delito genérico de *administración desleal del patrimonio ajeno*. La administración desleal del patrimonio ajeno ya se encontraba tipificada en el ámbito societario, puesto que el art. 295 CPE castiga a los que disponen fraudulentamente de bienes sociales o contraen obligaciones a cargo de la sociedad causando un perjuicio económico; el Proyecto de reforma configura en el art. 252 CPE una infracción de este calibre referida ya a los casos de administración fraudulenta de cualquier patrimonio ajeno, no circunscribiéndose al ámbito estrictamente societario⁵⁴. Si bien existe una opinión doctrinal genérica favorable a la configuración de una infracción delictiva en esta línea, al estilo de la prevista en el art. 266 del Código penal alemán ("Untreue"), cuestión distinta es cómo se reflejan en la norma penal los elementos de este delito. Así, por ejemplo, el Proyecto de reforma español otorga una excesiva amplitud a los términos típicos, que son más amplios que los del vigente delito societario de administración desleal (art. 295 CPE), puesto que no sólo se sanciona exceder las facultades de disposición de un patrimonio que pueden derivar de la ley, la autoridad o un negocio jurídico, sino que se hace referencia a la más difusa conducta de "quebrantar el deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos", que además no sólo puede emanar de las fuentes citadas anteriormente, sino también de una "especial relación de confianza"; por otra parte, llama la atención la gravedad de las penas previstas, puesto que se equiparan a las del delito de apropiación indebida,

⁵³ Vid. al respecto MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia 2011, pp. 139 ss.

⁵⁴ El texto del precepto es el siguiente: "1. Serán punibles con las penas del artículo 249 6, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar sobre un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.

2. Las mismas penas se impondrán a quien quebrante el deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos emanado de la ley, encomendado por la autoridad, asumido mediante un negocio jurídico, o derivado de una especial relación de confianza, y con ello cause un perjuicio a aquél cuyos intereses patrimoniales tenía el deber de salvaguardar.

3. Si el hecho, por el escaso valor del perjuicio patrimonial causado y la situación económica de la víctima, resultara de escasa gravedad, se impondrá una pena de multa de uno a seis meses. En ningún caso se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el perjuicio al patrimonio fuera superior a 1.000 euros."

Vid. sobre el merecimiento y necesidad de pena de este tipo de comportamientos, por ejemplo, NIETO MARTÍN, A., "Administración desleal", en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, pp. 787 ss.

que se traslada al artículo siguiente⁵⁵. Además, paralelamente el Proyecto traslada al art. 253 CP el tipo básico del delito de apropiación indebida, eliminando uno de los dos verbos que en la actualidad definen la conducta típica de este delito: se castiga la acción de apropiarse de una cosa mueble ajena recibida en virtud de un título que produzca la obligación de devolverla, y se elimina la referencia a “distracer” dinero u otro tipo de cosas muebles. Seguramente tal supresión se basa en el hecho de que parte de la jurisprudencia venía entendiendo que el concepto de “distracción” equivalía realmente a una administración desleal, pero no implicaba una apropiación del bien en cuestión⁵⁶.

Si bien es cierto que la eliminación de la palabra “distracción” podría resultar una fórmula para evitar interpretaciones como la indicada, la verdadera motivación de tal reforma no es precisamente impedir esta confusión, sino que responde a otra finalidad: excluir el dinero como posible objeto material del delito de apropiación indebida. Según el texto prelegislativo no cabe la apropiación indebida de dinero, sino sólo su administración desleal; a partir de aquí, se configura un amplio tipo de administración desleal, que abarca cualquier clase de excesos en relación con las facultades de administración de un patrimonio ajeno, siempre que provoquen un perjuicio para el patrimonio administrado, previéndose las mismas penas que para el delito de apropiación indebida. Por consiguiente, con base en la errónea consideración de que el dinero no puede ser objeto de apropiación indebida⁵⁷, se crea un delito genérico de administración desleal para incluir auténticas conductas que implican apropiarse del dinero administrado, e incluyendo irremediamente otro tipo de conductas que pueden suponer simplemente una gestión desleal de los fondos que no impliquen una auténtica apropiación y que por lo tanto no tendrían que merecer el mismo tipo de sanción. Así, el legislador no sólo pretende derogar el texto del art. 295 CPE, que contiene actualmente la administración desleal en el ámbito societario, sino que implícitamente modifica su consideración del concepto de administración desleal: efectivamente, en el Texto vigente la conducta del art. 295 está castigada con una pena menos grave que la apropiación indebida⁵⁸, pues se trata de un precepto destinado precisamente a castigar conductas que no implican una apropiación definitiva de fondos; en cambio, en el Texto proyectado ambos comportamientos delictivos pasan a recibir idéntica sanción, lo cual permite al menos interrogarse sobre cuál es el concepto de administración desleal que ahora maneja el legislador, y qué ocurre con los actos de administración fraudulentos que son temporales y no implican una apropiación definitiva de la cosa, puesto que su incardinación en el proyectado delito de administración fraudulenta determinaría la imposición de una sanción prevista para la ejecución de conductas de apropiación.

En segundo lugar, el Proyecto de reforma también profundiza en la regulación de la denominada “*corrupción privada*”, que no fue configurada como delito en España hasta la reforma del Código penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, que introdujo en el Título dedicado a los delitos patrimoniales y socioeconómicos un nuevo precepto (art. 286 bis) para castigar

⁵⁵ Vid. sobre estas cuestiones CASTRO MORENO, A. / GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., “Apropiación indebida y administración desleal de patrimonio público y privado” (pp. 764 ss.), y NIETO MARTÍN, A., “Administración desleal” (pp. 794 ss.), en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia 2013.

⁵⁶ Vid. al respecto CASTRO MORENO / GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, op. cit., pp. 774-775. De hecho, la propia Exposición de motivos del Proyecto de reforma del Código penal pone de relieve y además asume tal interpretación: “La jurisprudencia había venido afirmando reiteradamente que el artículo 252 del Código Penal contenía, junto con la apropiación indebida, un tipo penal de administración desleal o “distracción” de dinero o valores patrimoniales, que debía ser diferenciado: apropiación indebida, “cuando el agente hace suya la cosa que debiera entregar o devolver incorporándola a su patrimonio”; y administración desleal, “cuando se le da a la cosa recibida un destino distinto al pactado”, supuesto que en nuestra jurisprudencia hemos denominado de administración desleal y que no requiere un correlativo enriquecimiento del sujeto activo”. [...] Quien recibe como administrador facultades de disposición sobre dinero, valores u otras cosas genéricas fungibles, no viene obligado a devolver las mismas cosas recibidas, sino otro tanto de la misma calidad y especie (artículo 1753 CC). En realidad, cuando se transmite la posesión de dinero con el deber de restituirlo, se está transmitiendo la propiedad del dinero entregado (de nuevo, vid. artículo 1753 CC), por lo que no cabe su apropiación, sino su administración desleal. Por ello, quien hace suya la cosa que había recibido con la obligación de devolverla, comete un delito de apropiación indebida; y quien recibe de otro dinero o valores con facultades para administrarlo, y quebranta su deber de lealtad como administrador (tipo de infidelidad) o realiza actuaciones para las que no había sido autorizado (tipo de abuso), y perjudica de este modo el patrimonio administrado, comete un delito de administración desleal”.

⁵⁷ Vid. precisamente admitiendo la posibilidad de incardinar la apropiación de dinero en el marco del delito de apropiación indebida, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, cit., pp. 544-545; NIETO MARTÍN, A., “Administración desleal”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, pp. 791 ss. Puede verse también al respecto QUINTERO OLIVARES, G., “Artículo 252”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código penal español*, Tomo II, Aranzadi, Cizur Menor 2011, pp. 106 ss.

⁵⁸ Ciertamente la pena de prisión prevista en el art. 295 CP alcanza un máximo de 4 años, mientras que en la apropiación indebida es de 3 años; no obstante, en el delito de administración desleal la pena de prisión se prevé con carácter alternativo a la pena de multa (vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, cit., p. 569).

la denominada “corrupción entre particulares”. En la Exposición de motivos de la norma se fundamenta la introducción de este nuevo delito en la necesidad de atender a lo previsto en la Decisión Marco 2003/568/JAI, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado; no obstante, aquí también podría señalarse la influencia de los convenios internacionales en materia de corrupción: Convenio penal sobre la corrupción, del Consejo de Europa, de 27 de enero de 1999, y Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, de 31 de octubre de 2003, y asimismo es importante señalar que también ha sido decisiva la presentación del Informe de evaluación relativo a España, en 2009, por parte del Grupo de Estados contra la corrupción (GRECO), del Consejo de Europa⁵⁹.

La esencia de la conducta delictiva se halla en el ofrecimiento o aceptación de ventajas injustificadas en el ámbito de entidades de naturaleza privada (mercantiles o no), con la intención de obtener un trato de favor, suponiendo tal conducta un incumplimiento de determinadas obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales⁶⁰.

El concepto de corrupción privada resulta nuevo en nuestra legislación, pero ya estaba presente en otros ordenamientos de nuestro entorno y también, como se ha visto, en los documentos internacionales en materia de corrupción⁶¹; no obstante, resulta curioso señalar, por ejemplo, que tal concepto no fue introducido en el Eurobarómetro sobre corrupción hasta su edición de 2009, precisando que se hace referencia a la concesión o aceptación de sobornos y al abuso de poder con el fin de obtener ganancias particulares⁶². Para hablar propiamente de corrupción privada debe producirse un abuso de poder en el ámbito de las relaciones jurídicas privadas, fundamentalmente en el seno de personas jurídicas, con el fin de obtener ganancias económicas. En este sentido cabe tener presentes las definiciones ofrecidas en los ya citados Convenios sobre corrupción del Consejo Europa y de las Naciones Unidas: la corrupción pública gira en torno al ofrecimiento de ventajas indebidas a agentes públicos (o en su recepción), con el fin de que realicen un acto en el ejercicio de sus funciones; por su parte, la corrupción privada se centra en ofrecer (o en recibir), en el curso de una actividad mercantil, ventajas indebidas a una persona que dirija o trabaje en una entidad privada, para que realice un acto incumpliendo los deberes inherentes a sus funciones.

De entrada, el amplio abanico de posibilidades para llevar a cabo ese abuso de poder puede determinar que no resulte sencillo condensar en un único precepto el “delito de corrupción privada”. Atendiendo al art. 286 bis CPE, el núcleo esencial de la conducta delictiva se basa en la figura introducida en 2010, que castiga la solicitud o aceptación de beneficios no justificados

⁵⁹ Así lo pone de relieve BLANCO CORDERO, I., “Artículos 419-427”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal*, Lex Nova, Valladolid 2011, p. 1577.

⁶⁰ Vid. BLANCO CORDERO, I., “Artículo 286 bis”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal*, Lex Nova, Valladolid 2011, pp. 1109-1115; RODRÍGUEZ PUERTA, M.J. / MORÓN LERMA, E., “Artículo 286 bis”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código penal español*, Tomo II, Aranzadi, Cizur Menor 2011, pp. 357-372.

La rúbrica que en el Código vigente se refería a la “corrupción entre particulares” queda sustituida en el Proyecto de reforma del Código penal de 2013 por la expresión “corrupción en los negocios”, y a continuación del art. 286 bis (que también es objeto de reforma) se introducen tres nuevos artículos (art. 286 ter a quinquies). Cabe destacar que el nuevo art. 286 ter viene a ser el reemplazo del art. 445 CP (derogado en el propio Texto prelegislativo), que actualmente contempla las conductas de corrupción en las transacciones económicas internacionales. El vigente art. 445 (recientemente introducido por la LO 5/2010, de 22 de junio), castiga en esencia los sobornos dirigidos a funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales, con el fin de obtener un beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales. La ubicación de este precepto en el ámbito de los delitos contra la Administración pública resultaba cuestionable, puesto que no constituye realmente una modalidad de cohecho (pues realmente ya no sería necesario tipificarla expresamente), sino que pretende dar cumplimiento a las estipulaciones del Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, de 17 de diciembre de 1997. Si bien en esta conducta interviene un agente público, el núcleo del comportamiento se halla en la búsqueda de una ventaja competitiva importante en el desarrollo de actividades comerciales internacionales; en este caso, el “abuso de poder” de la entidad privada viene constituido por el intento de soborno de un funcionario extranjero. Por este motivo, la ubicación de este comportamiento en el Proyecto resulta más adecuada, pues aquí se intenta proteger el desarrollo de una competencia leal en el mercado (internacional). Vid. sobre estas cuestiones RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., “Artículo 445”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código penal español*, Tomo II, Aranzadi, Cizur Menor 2011, pp. 1311 ss; SUÁREZ-MIRA RORÍGUEZ, C. / JUDEL PRIETO, A. / PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., “Delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales”, en AAVV, *La corrupción a examen*, Aranzadi, Cizur Menor 2012, pp. 139 ss.

⁶¹ Vid. sobre la presencia de esta figura delictiva en otros ordenamientos europeos, FOFFANI, L., “La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana y del derecho comparado”, *Revista penal*, 2003, n° 12, p. 63; NAVARRO FRÍAS, I. / MELERO BOSCH, L.V., “Corrupción entre particulares y tutela del mercado”, *InDret*, 2011, n° 4, pp. 3 ss.

⁶² *Special Eurobarometer 374. Corruption*, 2012. En sus págs. 41 ss., en el capítulo dedicado a analizar la opinión de los europeos sobre el nivel de extensión de la corrupción, distingue cuatro ámbitos: política, Administración pública, Administración de justicia y entidades privadas. En su pág. 55 indica precisamente que se introduce como novedad el objetivo de medir la percepción de la corrupción que puede verificarse en las entidades privadas.

con el fin de favorecer indebidamente a otro sujeto en el ámbito de la contratación de bienes o servicios⁶³.

Cuestión distinta es que el precepto en cuestión se configure de forma adecuada para proteger el desarrollo de una leal competencia en el mercado. El art. 286 bis en su redacción vigente no cumple correctamente esta función: por un lado, porque se excluye al propio empresario como posible sujeto activo de las conductas de corrupción; por otro lado, porque se exige que tales comportamientos se lleven a cabo, por parte del administrador o empleado, infringiendo las obligaciones que le incumben por razón de su cargo. Fundamentalmente por esta última causa, cabe afirmar que la configuración de la competencia leal como bien jurídico protegido queda enturbiada por la confluencia de otros intereses que el legislador parece querer tutelar, como por ejemplo los deberes de fidelidad en relación con el titular de la empresa, o incluso los intereses propios de tal empresario⁶⁴. Por este motivo resulta acertada la decisión del legislador de eliminar la referencia al “incumplimiento de obligaciones” en la nueva redacción del art. 286 bis en el Proyecto de reforma; no obstante, como se analizará más adelante, no contribuye a mejorar la definición del bien jurídico protegido el hecho de que no se haya reformado el círculo de sujetos activos del delito, fundamentalmente para incluir en él al propio empresario.

Como señala en sus conclusiones la ya citada Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo: Lucha contra la corrupción en la UE (COM (2011) 308 final, 6-6-2011), lo que resulta más acuciante en el ámbito de la corrupción es el esfuerzo en la detección de este tipo de comportamientos y en la adecuada aplicación de las sanciones penales correspondientes. Según indica la Comisión, “existen ya instrumentos internacionales, así como legislación de la UE, para luchar contra ella, pero todavía se aplican de manera insuficiente. La Comisión pide a los Estados miembros de la UE que garanticen la plena incorporación a sus legislaciones respectivas de todos los instrumentos jurídicos pertinentes y, sobre todo, que dichos instrumentos sean aplicados efectivamente mediante la detección y el procesamiento de los delitos de corrupción, respaldados por disposiciones de Derecho penal y con la aplicación sistemática de sanciones disuasorias, así como la recuperación de activos”.

Ciertamente, una lucha eficaz contra la corrupción requiere partir de una definición clara de tal fenómeno. Si bien de entrada puede partirse del concepto manejado por los convenios internacionales en la materia, que como se ha visto está centrado en el “abuso de poder para obtener ganancias privadas, tanto en el ámbito público como en el privado”, sería claramente útil descender a perfilar aún más los elementos constitutivos de tal comportamiento. En esta línea resulta ciertamente esquemática e ilustrativa la concepción ofrecida por DELLA PORTA / VANNUCCI, que puede tomarse como punto de partida con las precisiones que se efectuarán con posterioridad. Estos autores caracterizan a la corrupción como una vulneración

⁶³ El nuevo artículo 286 bis queda redactado del siguiente modo:

“1. El directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales, será castigado

con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio

de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplio del valor del beneficio o ventaja.

2. Con las mismas penas será castigado quien, por sí o por persona interpuesta, prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, un beneficio o ventaja no justificados, de cualquier naturaleza, para ellos o para terceros, como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales.

3. Los jueces y tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio.

4. Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva profesionales.

5. A los efectos de este artículo resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 297”.

⁶⁴ Vid. al respecto GILI PASCUAL, A., “Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada. Contribución al análisis del artículo 286 bis del Código penal según el Proyecto de reforma de 2007”, 2007, 9-13, pp. 1 ss; MORALES PRATS, F. / MORÓN LERMA, E., “Corrupción entre particulares (comentario al art. 286 bis del CP)”, en AAVV, *La corrupción a examen*, Aranzadi, Cizur Menor 2012, pp. 121-122. Vid. también en la línea de defender la competencia leal como bien jurídico protegido en este tipo penal, FOFFANI, “La corrupción en el sector privado”, cit., pp. 70-71.

ilegal de un contrato entre un “principal” y un “agente”, donde se estipula una delegación de responsabilidades a este último, quien ha de actuar buscando la satisfacción de los intereses del primero; tal vulneración ocurre cuando el agente actúa de forma contraria a la satisfacción de tales intereses a través de determinadas transacciones realizadas con un tercero (“cliente”), recibiendo a cambio una determinada recompensa. Este comportamiento puede darse tanto en el ámbito público como en el privado: en la corrupción pública, el “principal” sería el Estado y el “agente” corrupto sería la persona encargada de cumplir funciones públicas; en la corrupción privada el “principal” sería una persona u organización privadas, y el “agente” corrupto sería también un actor privado⁶⁵.

De este modo, no tiene por qué existir una figura específica de “corrupción pública” o “corrupción privada”, puesto que los comportamientos constitutivos de corrupción, en el sentido apuntado, pueden realizarse de formas muy variadas, en ámbitos muy diversos, y por ello pueden dar lugar a la verificación de distintos tipos delictivos⁶⁶. Como se ha indicado, también el esquema propuesto puede verificarse en el marco de las relaciones privadas; y en este ámbito habría que fijar cuidadosamente cuál es el sentido exacto de las conductas de corrupción. Si nos fijamos en la definición recién ofrecida, puede verse que el acto desleal, deshonesto, es realizado por un sujeto (“corrupto”) en relación con otro sujeto privado (el “principal”), cuyos intereses traiciona a cambio de la obtención de una ganancia personal. En cambio, en el marco de la corrupción pública, los intereses preteridos son los propios del Estado, esto es, de la comunidad social en general. De entrada puede parecer adecuado configurar en esta línea ambas clases de corrupción, de modo que la de carácter público atenta precisamente contra intereses públicos y por ello supraindividuales, propios de la colectividad, mientras que la de carácter privado se centra en la realización de comportamientos desleales en relación con otra persona privada. Seguramente en esta línea se encuentra la definición de corrupción privada en la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, y asimismo en el vigente art. 286 bis CPE, pues según tales textos el soborno dirigido a quienes desempeñan funciones directivas o laborales en entidades privadas, debe tener como fin que realicen o se abstengan de realizar un acto “incumpliendo sus obligaciones”. Así, la corrupción privada se configura esencialmente como una deslealtad en relación con la persona que impone tales obligaciones a los directivos o a quienes trabajan en el ámbito de la entidad, esto es, el empresario o titular de la entidad privada.

Sin embargo, lo cierto es que la corrupción privada, aun viniendo referida a la vulneración de intereses privados, no tendría por qué configurarse en torno a la lesión de deberes de lealtad o de obediencia en relación con personas individualizadas. De hecho, la más breve y a la vez amplia definición ofrecida por los Convenios internacionales en esta materia, centrada en el abuso de poder con la intención de obtener ganancias particulares, parece tener como eje fundamentalmente el aprovechamiento de una situación de superioridad o privilegio que permite obtener ventajas personales frustrando la satisfacción de otros intereses superiores que la persona debía perseguir; en esta línea cabría interpretar el “incumplimiento de obligaciones”. Así, si en el ámbito de la corrupción pública el corrupto sacrifica el interés en el buen desarrollo de las funciones públicas para obtener ganancias personales, la corrupción privada implicaría la vulneración del interés en el mantenimiento de una competencia leal en el marco de las transacciones económicas, que ha de ser respetada por quienes participan en el tráfico de bienes y servicios. De este modo, no sólo los directivos de una entidad, o quienes de algún modo trabajan para ella, podrían desarrollar comportamientos corruptos, sino también el propio titular de la entidad privada, esto es, el empresario fundamentalmente. Por ello, el interés en el correcto desarrollo de las actividades económicas en el mercado, en el mantenimiento de una competencia leal, debería ser el bien protegido en estas nuevas figuras delictivas denominadas de “corrupción entre particulares”, en las cuales realmente no se agotan las posibles modalidades de corrupción, pues tal clase de comportamientos lesivos de la competencia leal, del recto desarrollo de las relaciones económicas privadas, constituyen la esencia de otras figuras delictivas contenidas en el Código penal, fundamentalmente en el marco de los delitos relativos al mercado y a los consumidores.

⁶⁵ DELLA PORTA, D. / VANNUCCI, A., *The hidden order of corruption. An institutional approach*, Ashgate, Surrey 2012, pp. 3-4.

⁶⁶ Como ya se ha indicado con anterioridad, los comportamientos de corrupción no tienen por qué agotarse en la concreta categoría de delitos contra la Administración pública, sino que pueden dar lugar a la comisión de otra clase de infracciones penales.

En último lugar, únicamente apuntaré de forma muy breve la novedad consistente en la introducción de una nueva Sección con la rúbrica “*Del incumplimiento del deber de vigilancia o control en personas jurídicas y empresas*”, constituida por un único artículo, el 286 seis⁶⁷. Sin duda cabe considerar la posibilidad de configurar una infracción de esta categoría como elemento de cierre en el sistema de protección del buen funcionamiento de la sociedad y de todos los participantes en el mercado de bienes y servicios. Así, al margen de castigar a la concreta persona que en el ámbito de la empresa comete alguna infracción penal, se sancionaría a los integrantes del órgano de dirección de la empresa cuando, debido al incumplimiento de su deber de vigilancia como máximo organizador y responsable de la actividad empresarial, se cometen infracciones penales en el ámbito de la entidad.

Esta cuestión es novedosa en el ordenamiento español, pero no el alemán, donde se halla tipificada esta conducta como contravención administrativa en el art. 130 de la Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG, 24-5-1968). Este precepto ha sido objeto de importantes críticas por parte de la doctrina alemana, donde podemos encontrar asimismo alguna propuesta de reconfiguración del precepto. Sin entrar a analizar en detalle las particularidades del proyecto español o del texto legislativo alemán, es interesante señalar al menos los puntos fundamentales que deberían debatirse a la hora de configurar esta infracción. Por una parte, habría que incluir la infracción tanto dolosa como imprudente del deber de vigilancia (contempladas ambas en los textos alemán y español). Por otra parte, se plantea la dificultad de articular cuidadosamente en qué circunstancias sería exigible responsabilidad por la infracción de tal deber de vigilancia, y ello requeriría dos elementos: por un lado, otorgar algunos criterios para definir cuáles son las medidas de control o vigilancia fundamentales en el ámbito empresarial, y por otro lado, requerir una relación o conexión de riesgo entre la infracción verificada en la empresa y la omisión de un deber de vigilancia: en otras palabras, que la infracción ejecutada esté relacionada con la específica función de control omitida, la cual, de haberse desempeñado correctamente, habría permitido evitar la comisión del delito en cuestión⁶⁸. En este último punto cabe criticar particularmente al proyecto español, puesto que se refiere a la vulneración de las medidas de control exigibles para “evitar la *infracción de deberes* o conductas peligrosas tipificadas como delito”: como se puede apreciar, ni se desprende claramente del texto la exigencia de una relación entre la naturaleza de las medidas vulneradas y el delito cometido, y por otra parte no sólo se hace referencia a evitar la comisión de delitos, sino también a impedir la infracción de otro tipo de deberes. Una adecuada configuración de esta nueva infracción, dotándole de la necesaria ofensividad, permitiría defender su previsión como delito, no como mera contravención administrativa (como ocurre en el caso alemán), con un imprescindible efecto preventivo (que precisamente echa en falta la doctrina alemana en relación con el precepto alemán, pues como se ha dicho constituye únicamente una contravención administrativa castigada con una multa)⁶⁹.

5.

Conclusión.

Simplemente para concluir pueden resumirse un par de ideas que han estado presentes a lo largo de este trabajo. La tutela de los consumidores / inversores resulta cada vez más necesaria

⁶⁷ Su redacción es la siguiente:

“1. Será castigado con pena de prisión de tres meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para el ejercicio de la industria o comercio por tiempo de seis meses a dos años en todo caso, el representante legal o administrador de hecho o de derecho de cualquier persona jurídica o empresa, organización o entidad que carezca de personalidad jurídica, que omita la adopción de las medidas de vigilancia o control que resultan exigibles para evitar la infracción de deberes o conductas peligrosas tipificadas como delito, cuando se dé inicio a la ejecución de una de esas conductas ilícitas que habría sido evitada o, al menos, seriamente dificultada, si se hubiera empleado la diligencia debida.

Dentro de estas medidas de vigilancia y control se incluye la contratación, selección cuidadosa y responsable, y vigilancia del personal de inspección y control y, en general, las expresadas en los apartados 2 y 3 del artículo 31 bis.

2. Si el delito hubiera sido cometido por imprudencia se impondrá la pena de multa de tres a seis meses.

3. No podrá imponerse una pena más grave que la prevista para el delito que debió haber sido impedido u obstaculizado por las medidas de vigilancia y control omitidas”.

⁶⁸ Vid. las consideraciones de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico. Parte general*, cit., p. 483, citando bibliografía alemana al respecto.

⁶⁹ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico. Parte general*, cit., p. 482.

en un sistema económico caracterizado por la posición de inferioridad que presentan estos sujetos frente a los oferentes de bienes y servicios en el mercado, y particularmente en aquellos sectores de mayor complejidad, como es el mercado de valores. No obstante, una visión de la realidad pone de manifiesto la dificultad de evitar la producción de daños patrimoniales a gran escala. Una clave fundamental, que no corresponde al Derecho penal, se halla en la necesidad de articular mecanismos eficaces de control previo para impedir, o al menos detectar en su inicio, el desarrollo de prácticas irregulares en este ámbito. Por su parte, el Derecho penal está legitimado para intervenir frente a las conductas de mayor gravedad, y para contemplar de forma específica sectores concretos como el mercado de valores. Sin embargo, la configuración de tipos penales particularizados exige una muy cuidadosa selección de los bienes protegibles y de los términos típicos, para evitar que el precepto penal resulte finalmente inservible para el fin pretendido; y simultáneamente no debe perderse de vista la utilidad de tipos penales más genéricos o tradicionales para sancionar los ataques al patrimonio de consumidores / inversores, si bien ello conlleva asimismo una exhaustiva labor de interpretación de los elementos típicos por parte de los tribunales. Y por último, también se ha pretendido poner de relieve que, en muchos supuestos, una tutela eficaz de consumidores / inversores exige una atención y control previos de los ilícitos cometidos en el ámbito empresarial.

COMPLIANCE PROGRAMS E DOMINABILITÀ “AGGREGATA” DEL FATTO. VERSO UNA RESPONSABILITÀ DA REATO DELL’ENTE COMPIUTAMENTE PERSONALE

Relazione al Congresso italo-spagnolo
svoltosi presso l’Università degli Studi di Milano il 29 e 30 maggio 2014

Antonio Fiorella e Nicola Selvaggi

SOMMARIO

1. Lo stato delle cose: il superamento generalizzato (in ambito europeo e globale) del brocardo *societas delinquere non potest* ed il problema della responsabilità personale dell’ente. – 2. “Oggettivo” e “soggettivo” nella fattispecie di responsabilità da reato dell’ente. Una possibile definizione di “responsabilità oggettiva”. – 2.1. (Segue) Le ipotesi di responsabilità oggettiva: a) lo schema ispirato alla logica vicariale. – 2.2. (Segue) b) gli schemi di immedesimazione o identificazione. – 2.3. (Segue) c) La dipendenza (causale) del reato dall’omessa sorveglianza da parte del “vertice” dell’ente. – 3. *Compliance programs* e principio di personalità nell’ordinamento italiano (la lacuna, il nesso di causalità, la “colpa” di organizzazione). – 4. La realtà del sistema italiano, nella prassi giurisprudenziale e (all’interno degli enti) nei “laboratori” della prevenzione. – 4.1. (Segue) L’onere della prova dell’idoneità dei modelli preventivi e la prospettiva della ‘certificazione’. – 5. Un’ipotesi di personalizzazione del giudizio di responsabilità a carico dell’ente nella dimensione europea: la proposta del gruppo di ricerca “*Corporate criminal liability and compliance programs*”.

1.

Lo stato delle cose: il superamento generalizzato (in ambito europeo e globale) del brocardo *societas delinquere non potest* ed il problema della responsabilità personale dell'ente.

L'allarme sociale per gli illeciti commessi nel contesto delle organizzazioni pluripersonali, nell'esprimere forti esigenze repressive, ha condotto, nel tempo ed in ragione di pressanti stimoli provenienti dalla Comunità internazionale, a prevedere la disciplina della responsabilità penale (para-penale o amministrativa, secondo le diverse possibili qualificazioni) dell'ente anche in Paesi (tra i quali l'Italia e la Spagna) in passato assolutamente refrattari, per lunga tradizione, a questa ipotesi¹.

Non sarebbe dunque esagerato affermare che la possibilità di assoggettare l'ente alla sanzione conseguente al reato, o ad altro illecito che da questo dipenda, rappresenta ormai un dato definitivamente acquisito all'odierna esperienza giuridico-penale (ai singoli diritti nazionali e a rilevanti espressioni sopranazionali, internazionali e globali).

Ciononostante permangono, specialmente negli ordinamenti nazionali, problemi anche rilevanti di impianto, comprensione e adattamento.

In particolare, l'evoluzione delle discipline sembra indicare, almeno quale linea di tendenza, come ancora irrisolto il problema di garantire un effettivo arricchimento della fattispecie di responsabilità. Problema, questo, che nell'accomunare le realtà del diritto penale ad ogni dimensione e latitudine geografica, richiede di essere esaminato secondo una prospettiva tendenzialmente non "localistica"; e che, apprezzato proprio in questa luce, non sembra più facilmente eludibile, perché a nessuno sfugge come solo in un'equilibrata e ragionevole imputazione del reato riposino anche le chance di realizzare, con l'ausilio dei soggetti collettivi e delle loro organizzazioni, un efficace sistema preventivo della criminalità grave, specie di quella a carattere transnazionale².

Al proposito, occorre subito chiarire come l'impostazione del problema della responsabilità da reato dell'ente, e della sua disciplina, in modo da garantire la piena esplicazione del canone di personalità, vada opportunamente rapportata alle chiarificazioni sulla natura (penale o non) della disciplina di riferimento. Sotto questo punto di vista, sembra che il richiamo all'esigenza di una fattispecie di responsabilità dal contenuto pregnante si giustifichi in ragione del tono di particolare afflittività che caratterizza, in via di principio, le sanzioni applicabili.

Del resto, guardando al tema in una prospettiva che sappia cogliere (sia pure con carattere di estrema sintesi) gli indirizzi globali in materia, va osservato che la responsabilità dell'ente è chiaramente integrata nelle istanze preventive e repressive di gravi fenomeni criminosi espresse dalla Comunità internazionale, anche se la disposizione consueta negli strumenti convenzionali, secondo una prassi consolidata, lascia poi alla discrezionalità degli Stati la scelta del regime, se penale o amministrativo (o talvolta persino civile). Ciò vuol dire che, al di là delle concrete traduzioni da parte dei diritti nazionali (dal punto di vista dei regimi formalmente prescelti), s'immagina comunque la responsabilità dell'ente, in quanto discendente dalla commissione di un reato, almeno come un campo limitrofo al diritto penale in senso stretto e, in questo senso, investito di taluni scopi propri di quest'ultimo³.

Ugualmente può dirsi per l'area europea in particolare.

La tendenza a qualificare, dal punto di vista del diritto strettamente nazionale, la respon-

¹ Per il percorso compiuto in Spagna, dalla idea che «il principio *societas delinquere non potest* appartiene all'essenza della nostra cultura, con la medesima forza e stabilità della moneta nazionale» all'introduzione dell'art 31-bis nel *código penal*, si veda ZAPATERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nella penisola iberica*, in FIORELLA-STILE (eds.), *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs. First Colloquium*, Jovene, 2012, 107 ss.

² Per le più recenti analisi comparatistiche, con opportuna accentuazione della centralità di meccanismi "significativi" di imputazione, si vedano MANACORDA, CENTONZE, FORTI (eds.), *Preventing Corporate Corruption. The Anti-Bribery Compliance Model*, Springer, 2014, specialmente p. 333 ss.; BRODOWSKY, ESPINOZA DE LOS MONTEROS DE LA PARRA, TIEDEMANN, VOGEL (eds.), *Regulating Corporate Criminal Liability*, Springer, 2014, 79 ss.; PIETH, IVORY, *Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview*, in PIETH, IVORY (ed.), *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence, and Risk*, Springer, 2011. Con particolare riferimento all'area dell'Unione Europea, FIORELLA (ed.), *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs*, vol. I (*Liability "ex Crimine" of Legal Entities in Member States*) e II (*Towards a Common Model in European Union*), Jovene, 2012; VERMEULEN, DE BONDT, RYCKMAN, *Liability of legal persons for offences in the EU*, Maklu, 2012.

³ Cfr. MANACORDA, *Towards an Anti-Bribery Compliance Model: Methods and Strategies for a "Hybrid Normativity"*, in MANACORDA, CENTONZE, FORTI (eds.), *Preventing Corporate Corruption. The Anti-Bribery Compliance Model*, cit., 4 ss.

sabilità come penale o “para-penale” è ormai dominante; censimenti completi, sotto questo profilo, condotti da recenti ricerche, indicano che gli Stati ancora arroccati su una definizione puramente e semplicemente “amministrativa” rappresentano un gruppo sempre più sparuto⁴.

In ogni caso, non sembra che la disciplina della responsabilità da reato, comunque (formalmente) denominata, possa sottrarsi all’ampia definizione di “materia penale”, quale è sviluppata dalla giurisprudenza della Corte Edu⁵; da ciò derivandone che l’applicazione di sanzioni dal contenuto altamente affittivo, come sono in effetti quelle scaturenti dall’imputazione dell’illecito, non dovrebbe aver luogo a prescindere da una corona sufficiente di garanzie sostanziali e procedurali.

Una corretta definizione della responsabilità dell’ente per l’illecito che sia stato commesso nello svolgimento delle sue attività non può quindi sfuggire alla necessità di enucleare un presupposto generale di “dominabilità”, attraverso il rilievo di un autentico nesso di appartenenza del fatto all’ente. Richiedendosi, in altri termini, di valorizzare il “nesso di derivazione” dell’illecito da un comportamento riferibile al soggetto collettivo, tenendo conto in particolare della capacità di quest’ultimo di “dominare” il fatto dal punto di vista non solo oggettivo ma anche (e soprattutto) soggettivo⁶.

Il problema, a questo punto, è quello di comprendere come tale direttiva debba tradursi sul piano tecnico.

2.

“Oggettivo” e “soggettivo” nella fattispecie di responsabilità da reato dell’ente. Una possibile definizione di “responsabilità oggettiva”.

In questa prospettiva, occorre – ci sembra – che vengano sviluppati due punti.

Si tratta di chiarire anzi tutto in che termini debba intendersi come propriamente e soltanto “oggettivo” un modello di responsabilità ascrivibile all’ente, nel quale dunque non risulti pienamente tradotto il canone di personalità, tenendo conto degli schemi elaborati in astratto ed anche di quelli concretamente praticati nelle principali esperienze giuridiche⁷. Solo dopo aver sviluppato tale passaggio potrà approfondirsi il contenuto da attribuire all’elemento individuato come “soggettivo”, tenendo in considerazione l’esperienza dei *compliance programs*,

⁴ È il caso della Germania e della Grecia. Per il più recente dibattito nella letteratura tedesca, si vedano, tra gli altri, KEMPF, LÜDERSEN, VOLK (ed.), *Unternehmensstrafrecht*, Berlin, 2012, in particolare SACHS, *Ziele eines Unternehmensstrafrechts und die Frage seiner Vereinbarkeit mit dem Verfassungsrecht*, 195 e ss.; ACHENBACH, *Gedanken zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Unternehmens*, 271 e ss.; BECKEMPER, *Unternehmensstrafrecht – auch in Deutschland?*, 277 e ss.

Al contrario, le discipline formalmente penali sono quelle previste dai seguenti Paesi: Regno Unito, Irlanda, Olanda (art. 51 codice penale), Belgio (si cfr. la legge del 4 maggio 1999, che ha modificato l’articolo 5 del codice penale), Lussemburgo (art. 34 codice penale), Danimarca (paragrafi 25-25 del codice penale), Finlandia (capitolo 9 del codice penale); Francia (art. 121-2 *code pénal*), Portogallo (art. 11 para. 2 e ss. codice penale), Spagna (art. 31-*bis* *codigo penal*), Slovenia (art. 42 del codice penale), Estonia (§§ 14 e 37 del codice penale), Lituania (art. 20 del codice penale), Romania (Art. 19 codice penale), Ungheria (Legge CIV del 2001 e successive modifiche), Slovacchia (artt. 83a e 83b del codice penale), Repubblica Ceca (Legge 418/2011), Malta and Cipro.

Discipline che potremmo definire “para-penali” sono quelle italiana (d. lgs. 231/2001), austriaca (*VbVG* of 2006) e polacca (secondo le modifiche introdotte dal 2003).

Su questi temi si vedano le analisi di SELVAGGI, *Ex Crimine Liability of Legal Persons in EU Legislation. An Overview of Substantive Criminal Law*, in *European Criminal Law Review*, 2014, 46 e ss. e di MONGILLO, *The Nature of Corporate Liability for Criminal Offences: Theoretical Models and Eu Member State Laws*, in FIORELLA (ed.), *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs*, vol. II. *Towards a Common Model in the European Union*, cit., 75 ss.

⁵ FIORELLA, *From “Macro-anthropos” to “Multi-person Organisation” – Logic and structure of compliance programs in the corporate criminal liability*, in FIORELLA (ed.), *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs – II. Towards a Common Model in the European Union*, cit., 384-385; in generale sulle evoluzioni dei rapporti tra sistema Cedu e diritto interno e sugli sviluppi della nozione di *matière pénale*, VIGANÒ, *L’adeguamento del sistema penale italiano al “diritto europeo” tra giurisdizione ordinaria e costituzionale*, in *questa Rivista*, 2, 2014, p. 167 ss.; MANES, *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto palingenesi, cross-fertilization*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2012, 839 ss.; F. MAZZACUVA, *La materia penale e il “doppio binario” della corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, ivi, 1899 ss.

⁶ Per ulteriori sviluppi e approfondimento della ‘dominabilità’ del fatto quale presupposto della responsabilità da reato dell’ente, FIORELLA, voce *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, 5101 ss.; Id., *From “Macro-anthropos” to “Multi-person Organisation” – Logic and structure of compliance programs in the corporate criminal liability*, in FIORELLA (ed.), *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs – II. Towards a Common Model in the European Union*, cit., 396 ss.; SELVAGGI, *L’interesse dell’ente collettivo quale criterio di ascrizione della responsabilità da reato*, Napoli, 2006, 82 ss.

⁷ Per l’analisi delle discipline europee e la loro elaborazione in chiave comparatistica, nonché di quella statunitense, si vedano i contributi in FIORELLA (ed.), *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs*, voll. I e II, Jovene, 2012.

con particolare riferimento alla disciplina italiana, anche sotto il profilo della loro corretta emersione e valutazione nella fase dell'accertamento.

Il primo punto dell'analisi è particolarmente rilevante perché, nell'ammettere la possibilità di una organizzazione/sistemazione degli elementi costitutivi dell'illecito ascrivibile all'ente e dipendente da reato secondo lo schema oggettivo/soggettivo, esso si traduce nella saliente chiarificazione del significato di "oggettivo" in rapporto alle caratteristiche del soggetto concepito quale centro d'imputazione (in questo caso, l'"ente").

Il che, in effetti, consentirebbe all'interprete anche di valersi di canoni metodologici come quelli impiegati per l'analisi della struttura del reato, opportunamente applicati al fine di facilitare la comprensione dell'illecito ascrivibile all'ente e la corrispondente fattispecie di responsabilità; sebbene senza realizzare trapianti di concetti elaborati su misura dell'individuo, che rischierebbero di trasformarsi in "parole vuote" e, nel contempo, di oscurare le caratteristiche del fenomeno sostanziale, tradendo così la necessaria sintonia con tali caratteristiche che, proprio nell'ottica e per la prospettiva che abbiamo assunto, il congegno di ascrizione deve invece necessariamente possedere⁸.

Si tratta dunque di comprendere, sotto questo profilo, in che termini il concetto di responsabilità oggettiva possa, nel caso del soggetto collettivo, risultare pienamente compreso.

In questa prospettiva, proficuo sembra possa essere un indirizzo che, in negativo, riconosca in taluni modelli, astrattamente elaborati ovvero concretamente praticati negli ordinamenti nazionali, *il comune mancato riconoscimento del modo in cui l'ente, rispetto al reato, si sia condotto nella sua azione e organizzazione, per meglio dire, attraverso il comportamento "aggregato" degli appartenenti alla sua organizzazione*⁹.

Può dunque ritenersi "oggettivo" ogni schema di responsabilità che finisca col soffocare le corrette iniziative "individuali" e "aggregate" di coloro che operano nell'organizzazione pluripersonale e che possano determinare o agevolare l'"agire virtuoso collettivo" per impedire il reato; e che perciò, esattamente come si osserva per le ipotesi di responsabilità penale "senza colpevolezza", risulta anche controproducente, nel senso di collidere con lo scopo proprio di ogni buono strumento normativo in materia, vale a dire quello di motivare tutti coloro che, a diverso titolo, fanno parte dell'ente nel senso di promuovere e controllare il rispetto della legalità¹⁰.

2.1.

(Segue) Le ipotesi di responsabilità oggettiva: a) lo schema ispirato alla logica vicariale.

A tale logica riduttiva, nei termini appena sopra chiariti, sembra possano essere ricondotti in primo luogo quegli schemi di responsabilità che conferiscono rilievo alla semplice inerenza del reato alle attività dell'ente; nel senso che "all'attività" di quest'ultimo l'illecito è riconducibile perché è stato realizzato nel corso dell'azione organizzata, anche a prescindere da un più stretto (e sostanziale) collegamento che, talvolta richiesto dalla disciplina, può essere rappresentato mediante il riferimento all'interesse (dell'ente) in rapporto alla commissione del reato.

A tale motivo di fondo s'ispirano, in definitiva, i modelli che esprimono contenuti corrispondenti alla responsabilità del tipo di quella espressa attraverso la formula "*respondeat superior*", come quello statunitense, almeno nel suo schema essenziale (a lungo coltivato specialmente dalla prassi giudiziaria federale).

⁸ È questo in definitiva il tema di fondo che dà consistenza al lavoro di orientamento ed approfondimento dei contenuti disciplinari quale "nuova" dogmatica penale e – se così può dirsi – sforzo della "penalistica" di elaborare compiutamente la propria relazione di paternità con il diritto (almeno) punitivo degli enti collettivi (per il punto sul dibattito tedesco, sotto questo profilo forse meno "risolto" di quello italiano, SCHULZ, *Strafbarkeit der juristischen Person – Illegitimes Kind des Strafrechts? Nachlese einer Diskussion*, in KEMPF, LÜDERSEN, VOLK (ed.), *Unternehmensstrafrecht*, cit., 403 ss.).

⁹ FIORELLA, *From "Macro-anthropos" to "Multi-person Organisation" – Logic and structure of compliance programs in the corporate criminal liability*, in FIORELLA (ed.), *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs – II. Towards a Common Model in the European Union*, cit., 417, ove si osserva: «The multi-personal is 'depersonalized' with respect to the individual, but is 'personalised' for the 'aggregation' of the conduct of its representatives», concludendo nel senso che «The parameter for measuring 'dominability' will not be, in final analysis, the 'individual natural person' in the real situation, but the sum of all the persons in the specific organisation in the framework of an 'aggregated' activity».

¹⁰ Così FIORELLA, *From "Macro-anthropos" to "Multi-person Organisation" – Logic and structure of compliance programs in the corporate criminal liability*, in FIORELLA (ed.), *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs – II. Towards a Common Model in the European Union*, cit., 421-423.

Tale modello, com'è noto, pretende che l'agente abbia commesso il fatto nell'esercizio delle sue mansioni, sempre che l'illecito sia stato realizzato con l'intento specifico, anche se non necessariamente esclusivo, di avvantaggiare il soggetto collettivo¹¹. Tuttavia, la capacità di tali criteri di stabilire un reale filtro è, in un certo senso, soltanto potenziale; essendo poi frequente nella prassi il ricorso a tale schema di responsabilità secondo una lettura sostanzialmente corrispondente alla sua originaria logica civilistica, facente leva su una sorta di rischio d'impresa¹², in modo da realizzare il fine primario e operativo di punire quegli enti che siano risultati beneficiari, specie se economicamente, di un reato ad essi "in qualche modo" collegato¹³.

In definitiva, tali schemi vedono nel reato la realizzazione del rischio connesso all'attività svolta in contesti organizzati (senza ulteriori approfondimenti e distinzioni): dal punto di vista della logica dell'imputazione, il passaggio dall'attività organizzata all'ente (inteso come soggetto responsabile¹⁴) si realizza mediante veri e propri automatismi che trasformano (cioè che al massimo può essere) il contesto dell'illecito nel suo autore¹⁵.

2.2. (Segue) b) gli schemi di immedesimazione o identificazione.

Profili diversi, ma in realtà non meno problematici, sollevano quegli schemi di responsabilità che, assieme all'interesse o al beneficio per l'ente, valorizzano essenzialmente la posizione dell'autore; schemi che sogliono essere ricondotti, a seconda dell'ordinamento che li abbia assunti quale riferimento per la responsabilità, alla teoria della identificazione o dell'immede-

¹¹ Si cfr. il primo caso registrato, *New York Central and Hudson River Railroad Company v. United States* [212 U.S. 481 (1909)] nel quale la Corte Suprema degli Stati Uniti osservò che "if, due to the application of agency principles, a corporation would have civil liability for injuries caused by its agents, the Court would be within its rights to go 'only a step further' and hold a corporation criminally liable for 'the act of the agent [done] while exercising the authority delegated to him'", inoltre, tra le altre, *United States v. Automated Medical Laboratories, Inc.* 770 F.2d 399 (4th Cir. 1985); *United States v. Basic Construction Co.*, 711 F.2d 570 (4th Cir. 1983); *United States vs. Hilton Hotels Corporations* 467 F.2d 1000, 1004 (9th Cir. 1972); *New York Central & Hudson River R.R. Co. v. United States*, 212 U.S. 481, 29 S. Ct. 304, 53 L. Ed 613 (1909). Con particolare riferimento al requisito dell'"intent to benefit", si cfr. *United States v. Sun-Diamond Growers of California*, 138 F.3d 961 (D.C. Cir. 1998). Per le osservazioni della letteratura, si vedano BUCY, *Why Punish?*, *Trends in Corporate Criminal Prosecutions*, 44 *Am. Crim. L. Rev.* 1287, 1289 (2007); DE MAGLIE, *Models of Corporate Criminal Liability in Comparative Law*, 4 *Wash. U. Global Stud. L. Rev.* 547, 553-54 (2005); KIRSCHER, *Corporate Criminal Liability versus Corporate Securities Fraud Liability: Analyzing the Divergence in Standards of Culpability*, 46 *Am. Crim. L. Rev.* 157.

¹² Il modello d'imputazione viene generalmente applicato in modo che la responsabilità dell'ente possa scaturire anche da quegli episodi caratterizzati da una generica riconducibilità dell'illecito alle mansioni, ai poteri dell'agente, intesa anche nei più ampi termini di una mera "congruità" del fatto con l'attività svolta dall'ente, senza ulteriori verifiche; com'è stato osservato, lo schema "respondeat superior" è ridotto assai spesso a significare soltanto che « (...) il reato è stato commesso nello svolgimento di attività in qualche modo connesse con i compiti dell'agente» (così, BRICKEY, *Corporate Criminal Liability*, Deerfeld, 1994, 90).

¹³ Ciò, nella convinzione che un meccanismo di responsabilità su base vicariale orienti più decisamente le imprese verso forme e strutture più efficienti di prevenzione del reato: in questi termini, si cfr. *United States v. Twentieth Century Fox Film Corp.*, 882 F.2d 656, 661 (2d Cir. 1989): *vicarious liability encourages companies to establish compliance programs*; *United States v. Hilton Hotels Corp.*, 467 F.2d 1000, 1006 (9th Cir. 1972): *threat of potential corporate conviction provides substantial spur to corporation to prevent employee violations*.

¹⁴ Per l'isolamento, nella prospettiva della responsabilità da reato dell'ente, delle nozioni di "soggettività giuridica" e "realtà" che ne è alla base, si veda, da ultimo, MASSI, "Veste formale" e "corpo organizzativo" nella definizione del soggetto responsabile per l'illecito da reato, Napoli, 2012, 129 ss.

¹⁵ Nella prassi federale statunitense, la semplificazione cui conduce l'applicazione dello schema di responsabilità, non consentendo di risalire secondo ragionevolezza dal singolo agente (dal fatto individuale) alla società (al fatto dell'ente) – insomma: dalla "mela marcia all'albero cattivo" (*from bad apple to bad tree*) – espone inevitabilmente il "respondeat superior" a critiche e ripensamenti talvolta radicali: si osserva così, specie nella letteratura, come tale modello di ascrizione della responsabilità sia "iperinclusivo" (*overinclusive*) perché non distingue tra l'ipotesi in cui il reato discenda da un difetto di organizzazione o sia addirittura espressione della politica d'impresa e l'ipotesi della "pecora nera" che opera in spregio alle indicazioni ed eventualmente eludendo i presidi preventivi stabiliti dalla società; e nel contempo "ipoinclusiva" (*underinclusive*) trattandosi di un meccanismo che non potrebbe operare se non viene identificato il singolo agente colpevole, neanche nel caso in cui risulti che l'ente abbia incoraggiato, dato istruzioni ovvero consentito l'altrui attività criminosa ovvero se l'agente non risulti colpevole nel senso richiesto dal diritto penale.

Si osserva così che se lo schema "respondeat superior" impone che l'agente abbia commesso un reato, ne segue che "the corporation could not be convicted if the agent committed the actus reus lacked the requisite intent", JOHN C. COFFEE JR., *Corporate Criminal Responsibility*, in *Encyclopedia of Crime and Justice* (Kadish ed.), I, New York, 1983, 253-255; si cfr. pure PATRICIA S. ABRIL-ANN MORALES OLAZÁBAL, *The Locus of Corporate Science*, 2006 *Colum. Bus. L. Rev.*, 113-114 (2006); JENNIFER MOORE, *Corporate Culpability Under the Federal Sentencing Guidelines*, 34 *Ariz. L. Rev.*, 743-762 (1992). Per una serrata critica al modello "respondeat superior" in rapporto alle teorie sugli scopi della pena, si cfr. BRENT FISSE, *Reconstructing Corporate Criminal Law: Deterrence, Retribution, Fault, and Sanction*, 56 *S. Cal. L. Rev.* 1141, 1147-65 (1982); una verifica critica degli esiti (giudicati) eccessivamente estensivi dello schema vicariale si trova, più di recente, in ABIKOFF, *Corporate Governance. Avoiding and Responding to Misconduct*, Law Journal Press, 2008, § 15-1 ss il quale rileva come la dottrina "respondeat superior" finisca in effetti per realizzare un vero e proprio divorzio dai principi fondamentali in materia di responsabilità penale, con precisa enucleazione dei punti di maggiore espressione di tali deviazioni.

simazione organica¹⁶.

Al proposito, peraltro, occorre osservare come i due schemi di responsabilità, nonostante vengano comunemente assimilati, debbano invece essere differenziati, in ragione di taluni tratti distintivi.

La teoria dell'immedesimazione organica, infatti, guarda alla posizione di "organo"; si che, in linea di principio, l'illecito si riconduce all'ente senza necessità di una verifica che guardi alla effettiva immedesimazione del soggetto collettivo nell'esponente, in rapporto alla situazione concreta. Diversamente sembra, invece, doversi dire per la *identification theory*: per come ha trovato applicazione, in Inghilterra e in altri contesti, essa deve intendersi come identificazione effettiva e specifica, e non puramente ipotetica come potrebbe essere, in effetti, quella tratta dalla posizione funzionale in sé e per sé considerata.

Ciò premesso, per venire alla prospettiva che si sta esaminando, il problema sta anzi tutto nel comprendere se l'imputazione dello stato psicologico dell'individuo che opera nell'organizzazione in una posizione significativa, in particolare apicale, senza ulteriori raccordi con il significato (a questi fini) esprimibile dai "momenti" e dai "settori" dell'organizzazione nonché dall'organizzazione colta nel suo complesso e senza dunque ulteriori affinamenti, sia sufficiente a comporre un elemento soggettivo proprio dell'illecito ascrivibile all'ente; è sufficiente, in altri termini, ridurre l'ente alla singola persona fisica, pur in posizione qualificata, mediante la sua identificazione con l'autore del reato? O non si rischia così di dimenticare la natura complessa dell'ente stesso, che è per l'appunto "pluripersonale", e della sua organizzazione?

In effetti, a mettere in crisi tali costruzioni, proprio sotto il profilo essenziale appena sopra segnalato, sono anzi tutto le odierne realtà degli enti, le quali mostrano modelli di *management* non più verticistici, o comunque di tipo burocratico e formale secondo la tradizionale idea weberiana, ma piuttosto estensioni orizzontali con «conseguente frantumazione dei poteri decisionali dell'ente»¹⁷. Il che, come dimostra ad esempio l'esperienza anglosassone, rende difficile individuare il soggetto o la cerchia definita di soggetti in relazione ai quali si avverrebbe la concreta "identificazione" dell'ente, se non correndo talvolta il rischio di attribuire irragionevolmente la responsabilità solo sulla base di un rivestimento formale e, dunque, per il reato di soggetti che, pur essendo apicali, non risultino in realtà «rappresentativi» "in concreto" dell'ente nel suo complesso¹⁸.

Gli schemi della immedesimazione organica e della identificazione, per altro verso, non sembrano, in sé e per sé considerati, neanche pienamente attrezzati a valorizzare quegli elementi ulteriori all'esercizio del potere "significativo", unito al corrispondente profilo psicologico, che possano segnalare una vera e propria dissociazione tra la volontà del singolo, benché si tratti di vertice (e quindi per la generalità delle attività sociali da considerarsi come il cervello dell'ente), e l'atteggiamento complessivo dell'ente medesimo; come può accadere nel caso in cui il soggetto in posizione apicale, per commettere il reato, abbia dovuto eludere fraudolentemente tutte le misure organizzative predisposte dalla compagine organizzata al fine di prevenire fenomeni delittuosi.

Nel riflettere un'idea del fenomeno organizzato non più (sempre) corrispondente ai modi odierni e concreti di decidere e agire "collettivamente", gli schemi dell'immedesimazione organica e della identificazione, pur cogliendo un aspetto saliente ed irrinunciabile, finiscono dunque – ci sembra – con il fissare l'imputazione su basi almeno parziali, tagliando invece

¹⁶ Per l'analisi di tale modello di responsabilità, BRICOLA, *Il costo del principio* «societas delinquere non potest» nell'attuale dimensione del fenomeno societario, in *Scritti di diritto penale*, vol. II, t. II, Giuffrè, 1997, 2980 ss.; DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Giuffrè, 2002, 148 ss.; WELLS, *Corporations and Criminal Responsibility*, Oxford, 2001, 84 e ss.; COFFEE, *Corporate Criminal Responsibility*, in KADISH (ed.), *Encyclopedia of Crime and Justice*, I, New York, 1983, 259; HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, Baden Baden, 1992, 217-218.

¹⁷ Cfr. in tal senso la relazione al d. lgs., 231/01 (n. 3.4). Al proposito, taluni Autori rilevano ad esempio come il concetto di politica d'impresa richiami un'idea assai lontana dai dati reali che caratterizzano l'azione economica organizzata, che si costruirebbe per – se così può dirsi – "giustapposizione" di centri che operano talvolta anche con grande autonomia, e con esiti che talvolta non riproducono criteri di assoluta razionalità: si veda, per questa prospettiva, A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Il Mulino, 2010, 220-221: «Quel misto d'impostazione organizzativa, prassi, qualità del personale, obiettivi strategici, comportamenti tattici, mimesi comportamentale (e altro) che si tenta di accorpate nel concetto di politica d'impresa può mutare rapidamente con la sostituzione dei vertici (...). Sono concetti che tradiscono l'attaccamento, magari inconsapevole, a una visione antropomorfa dell'ente, mentre nella realtà, per esempio, la cultura d'impresa, se esiste, è frammentata, discontinua, composta da sottoinsiemi di regole e modelli di comportamento»; e nell'analisi generale delle organizzazioni aziendali, di recente, nei medesimi termini, F. DUPUY, *Lost in Management. La vita quotidiana delle imprese nel XXI secolo*, Milano-Marco Tropea, 2011, 53 ss.; 119 ss.

¹⁸ Cfr. la cit. relazione al d. lgs., 231/01, loc. cit.

fuori elementi che, come si vedrà, risultano essenziali per muovere un fondato rimprovero a carico dell'ente.

2.3.

(Segue) La dipendenza (causale) del reato dall'omessa sorveglianza da parte del "vertice" dell'ente.

In termini ugualmente "oggettivi" sembra possa esser considerato anche l'ulteriore modello di responsabilità frequentemente contemplato dagli strumenti internazionali e, in particolare, dagli atti dell'Unione Europea.

In recenti direttive, come in altre del passato, si collega la responsabilità dell'ente non solo alla circostanza che il reato sia stato commesso da soggetti in posizione di vertice, ma anche là dove esso sia commesso da altre posizioni soggettive, vale a dire da altri esponenti che agiscano per conto del soggetto collettivo, indicando in tal caso come ulteriore presupposto della responsabilità la necessità che il reato sia dipeso dall'inosservanza degli obblighi di sorveglianza interni all'ente aventi ad oggetto gli esponenti medesimi.

Per quanto non si limiti a collegare la responsabilità dell'ente alla mera posizione dell'autore dell'illecito, ma faccia riferimento, quanto al reato commesso dall'esponente-subordinato, anche al nesso causale che corre tra il reato e la mancata sorveglianza su di quest'ultimo, tale legislazione non va oltre lo schema di un tipo di responsabilità che è specifico, semmai, della disciplina civilistica.

La "dipendenza-causale-dall'omessa-sorveglianza" – va da sé – è un dato puramente "oggettivo". Anzi il riferimento alla dipendenza del reato dall'omessa vigilanza rischia di risolversi nell'enfasi posta sulla posizione di vertice dell'autore del reato che risulta venire in rilievo o sotto il profilo della *diretta commissione* del reato o sotto quello della *mancata sorveglianza* sul subordinato; con relativo accreditamento del criterio di imputazione consistente nella mera immedesimazione o identificazione dell'ente nel suo vertice colpevole.

In questi termini il *quid pluris* che caratterizza la responsabilità penale o para-penale dell'ente, per l'illecito da reato, non viene quindi ancora considerato; cioè non viene ancora accertata la rimproverabilità dell'atteggiamento soggettivo proprio dell'ente in quanto tale; vale a dire quel presupposto che nel diritto penale tradizionale corrisponde all'elemento psicologico (o morale) del reato, in quanto ascritto alla persona fisica¹⁹.

3.

Compliance programs e principio di personalità nell'ordinamento italiano (la lacuna, il nesso di causalità, la "colpa" di organizzazione).

Rispetto ai modelli sopra considerati, diverse e certamente più feconde prospettive apre il ricorso ai *compliance programs*.

Un buon punto di osservazione ci sembra possa essere rappresentato dalla disciplina italiana, per come essa è stata congegnata, sotto il profilo della sua logica complessiva (non è un caso – si ricorderà – che in un lavoro, sebbene ormai non più recente, mirante a riconsiderare complessivamente le tecniche di imputazione del reato d'impresa, l'ampio paragrafo riguardante il d. lgs. 231/2001 sia intitolato «*Lessons from Italy*»)²⁰ e per come essa sia andata realizzandosi nella pratica, alla luce ormai di un'esperienza più che decennale, tra timidezze e graduali evoluzioni.

In effetti, può dirsi che, in Italia, ci muoviamo spediti verso una sempre più ampia e diffusa

¹⁹ Per questa conclusione, sia consentito rinviare a FIORELLA, *From "Macro-anthropos" to "Multi-person Organisation" – Logic and structure of compliance programs in the corporate criminal liability*, in FIORELLA (ed.), *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs – II. Towards a Common Model in the European Union*, cit., 427-428 e SELVAGGI, *Ex Crimine Liability of Legal Persons in EU Legislation. An Overview of Substantive Criminal Law*, cit., 54-55.

²⁰ GOBERT-PUNCH, *Rethinking Corporate Crime*, London, 2003, 108 ss.; per un'analisi delle evoluzioni della legislazione spagnola con ampi raffronti con la disciplina italiana, NIETO MARTIN, *El art. 31 bis del código penal y las reformas sin estreno*, in *Diario de la ley*, 2014, 9 ss.

applicazione della disciplina dettata dal decreto 231/2001²¹.

In questo contesto, è forte e ormai in via di radicamento la convinzione che si tratti di disciplina penale o almeno para-penale, con conseguente doveroso rispetto dei principi penalistici di rilievo anche costituzionale, a partire da quello di personalità²²; secondo quanto accennato in precedenza, infatti, anche considerando – come a ben vedere sembrerebbe più conforme al diritto positivo – la responsabilità dell'ente da reato come una sorta di *tertium genus*²³, le garanzie tipiche del diritto penale non verrebbero comunque meno, dovendo anzi supportare l'applicazione della disciplina sotto ogni profilo²⁴.

Quanto in specie al principio di personalità, il suo rispetto viene dunque collegato alla logica dei *compliance programs*, i quali dovrebbero, appunto, consentire all'ente di dimostrare la propria innocenza dal punto di vista oggettivo e soggettivo²⁵.

Il rilievo conferito dal d.lgs. 231/2001 alla mancata adozione ed efficace attuazione dei programmi di conformità permetterebbe infatti di rilevare il significato dell'esercizio generale del potere di organizzazione in rapporto al reato, sia dal punto di vista del difetto (oggettivo) di organizzazione, e quindi dal punto di vista del comportamento dell'ente, sia da quello dell'atteggiamento complessivo di quest'ultimo, in un'ottica propriamente soggettivizzante, alla quale non è improprio riportare anche un concetto di "volontà", sia pure adattato alle caratteristiche e peculiarità dell'ente²⁶.

Attorno ai *compliance programs* ruota la logica della disciplina sulla responsabilità dettata dal d.lgs. 231/2001 e, in definitiva, al riconoscimento della loro vitale funzione si collegano direttamente le chance di un reale consolidamento di tale sistema normativo, anche nei suoi

²¹ Per un bilancio dei principali problemi applicativi e delle esigenze di riforma, si vedano i contributi in STILE, MONGILLO, G. STILE, *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001*, Jovene, 2013; VIGANÒ, *Responsabilità da reato degli enti. I problemi sul tappeto a dieci anni dal d.lgs. 231/2001*, in *Il libro dell'anno del diritto* 2012, www.treccani.it.

²² DE SIMONE, *La responsabilità da reato della società nell'ottica dei principi costituzionali*, in *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001*, cit., 261 ss.; MASUCCI, *Infedeltà patrimoniale e offesa al patrimonio nella disciplina penale dei gruppi di società*, Napoli, 2006, 420 ss.; SELVAGGI, *L'interesse dell'ente quale criterio di ascrizione della responsabilità da reato*, Jovene, 2006, 51 ss.

²³ In questi termini, Cass. pen., ss. uu., 18 settembre 2014, n. 38343, con richiamo, in senso adesivo, alle osservazioni contenute nella relazione di accompagnamento al decreto, secondo la quale il sistema coniungerebbe i tratti dell'ordinamento penale e di quello amministrativo nel tentativo di contemperare le ragioni dell'efficienza preventiva con quelle, ancor più ineludibili, della massima garanzia; inoltre si cfr. Cass. pen., Sez. VI, 18 febbraio 2010, n. 27735, in *Cass. pen.*, 2011, 1876 (con nota di AGNESE); detta pronuncia è anche richiamata da Cass. pen., sez. VI, 5 ottobre 2010, n. 2251, in *Cass. pen.*, 2011, 2545 (con nota di VARRASO), sebbene si puntualizzi che la decisione sul profilo sollevato (ammissibilità della costituzione di parte civile nel procedimento a carico dell'ente) non dipenda dalla soluzione del problema circa la natura della responsabilità disciplinata dal d.lgs. 231/2001.

²⁴ Ciò – va da sé – a partire dal rispetto del principio di legalità che tuttavia in questa materia in particolare sembra subire talune possibili compressioni; si pensi, ad esempio, a quanto avviene, soprattutto al livello delle giurisdizioni di merito, in specie dopo l'introduzione del reato associativo quale illecito presupposto, sia nel senso di un'impropria valorizzazione dei reati-scopo che tuttavia non rientrino nel catalogo dei reati da cui possa dipendere il fatto ascrivibile all'ente, sia nel senso del tentativo di applicare la confisca e ancor prima la cautela a questa preordinata con riferimento a fatti commessi anteriormente alla loro rilevanza dal punto di vista della responsabilità disciplinata dal d.lgs. 231/2001 (su queste tendenze, si veda però la ferma posizione di Cass. pen., sez. VI, sent. 20 dicembre 2013 (dep. 21 gennaio 2014), n. 2658, Pres. Agrò, Rel. De Amicis, in *Dir. Pen. Cont.*, 5 febbraio 2014, con nota di [L. CARBONI, Caso Ilva: la Corte di cassazione annulla il provvedimento che aveva esteso il sequestro per equivalente alle società controllate](#)).

Con riferimento ai criteri di imputazione, si cfr. una recente decisione resa dalla Corte di cassazione (Cass. pen., Sez. V, 28 novembre 2013, n. 3075) in forza della quale la formulazione dell'art. 25-ter, la quale com'è noto fa riferimento al solo interesse, sebbene «(...) potrebbe rivelare l'apparente intenzione legislativa di ridimensionare l'area di responsabilità dei soggetti collettivi in relazione ai reati societari», in realtà «ad una analisi più attenta non tarda a smentire ogni effettiva volontà di ripensamento strutturale dell'illecito nel caso questo consegua alla consumazione di un reato societario», in quanto sembra valere «da indizio sistematico, in uno con la previsione del secondo comma dell'art. 5, alla comprensione dei due termini (interesse e vantaggio) come concettualmente autonomi e non di meno equivalenti espressivi di una funzionalità del comportamento criminoso individuale rispetto all'ottenimento di un risultato che avvantaggi l'attività sociale, nella quale, del resto, si trova racchiusa l'unica prospettiva di "interesse" concepibile in capo ad un soggetto giuridicamente organizzato». In effetti, la motivazione sembrerebbe supportare un'interpretazione in un senso che finisce con il superare il pur chiaro dato testuale, sebbene, per altro verso, il ragionamento del giudice di legittimità sembra risolversi nella valorizzazione di un dato unitario, rappresentato dalla funzionalità del comportamento criminoso. Nel pieno rispetto del principio di legalità ha deciso Cass. pen., sez. un., 23 gennaio 2011, n. 34476, in *Cass. pen.*, 2012, 433 ss., in relazione alla pretesa sussistenza della responsabilità dell'ente in relazione alla fattispecie di falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni delle società di revisione.

²⁵ Senza pretese di completezza, VILLANI, *La "colpa di organizzazione" nell'illecito dell'ente da reato. Un'indagine di diritto comparato*, Roma, 2013, 200 ss.; FIORELLA, *Oggettivo e soggettivo nella definizione dell'efficacia dei c.d. modelli organizzativi. Problemi e linee di sviluppo della ricerca*, in FIORELLA-STILE (eds.), *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs. First Colloquium*, cit., 53 ss.; SELVAGGI, *Compliance Programmes and "Organisational Fault" in Italian Legislation*, in *Eucrim*, 2012/3, 127 ss.; PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d.lgs. 231/2001)*, in *Studi in onore di M. Romano*, Jovene, 2011, 2056 ss.; PALIERO-PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione, in La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 3/2006, 173 ss.; DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Trattato di diritto penale*, Giuffrè, 2008, 164 ss.; PULITANÒ, *La responsabilità da reato degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2002, 415.

²⁶ FIORELLA, voce *Responsabilità da reato degli enti*, in CASSESE, *Dizionario di diritto pubblico*, cit., 5103.

scopi strettamente preventivi dei gravi reati che possono essere commessi nell'ambito delle organizzazioni pluripersonali²⁷.

Peraltro, se è rispetto ad un "complesso di cautele" che deve guardarsi per accertare se sussista o meno la responsabilità dell'ente, in particolare la sua colpa organizzativa, occorre allora intendersi sul preciso significato che può assumere la carenza organizzativa; o, se si vuole, sul significato che debbono assumere i modelli di prevenzione dal punto di vista del sistema delle cause di esclusione della responsabilità: se rappresentino cause di non punibilità e, eventualmente, di quale tipo; se rappresentino un modo di concepire una causa di esclusione della "colpa di organizzazione"; se debbano operare sul piano dell'elemento oggettivo ovvero soggettivo.

Si tratta, con ogni evidenza, di un punto saliente per comprendere la logica complessiva del sistema di responsabilità e la struttura del meccanismo d'imputazione.

Infatti, rispetto ad altri elementi che possono, per dir così, far risaltare l'inerenza dell'illecito all'ente, in rapporto all'oggetto delle sue attività, agli interessi perseguiti e per i poteri "messi in capo" da taluni soggetti nella commissione del reato²⁸, il riferimento ai modi in cui è stato esercitato il potere generale di organizzazione introduce un importante arricchimento. Arricchimento che va naturalmente approfondito con riguardo a tutte le possibili angolature del rapporto tra il fatto illecito e l'ente che il richiamo all'organizzazione è in grado di illustrare.

In questo senso, massima attenzione deve essere riservata alla circostanza che la mancata adozione di un modello preventivo, o comunque il mancato intervento sull'organizzazione e sull'azione organizzata in funzione di prevenzione, possono essere anzi tutto valutati come inosservanza di un dovere di cautela posto dall'ordinamento, che sia causalmente collegabile al reato e, quindi, in termini puramente e semplicemente oggettivi²⁹.

È, infatti, del tutto naturale che l'ente, per il fatto stesso di esistere e di agire, come qualsiasi attività umana, crei opportunità ma anche rischi per la collettività. Uno di essi è che taluno approfitti dell'attività dell'ente per commettere fatti di reato o comunque vi colleghi una condotta criminosa, anche al fine di perseguire gli interessi sociali.

Ora, esattamente come avviene per il caso delle attività le cui eventuali conseguenze possono ricadere nella sfera di responsabilità dell'individuo, così anche per il soggetto collettivo l'ordinamento, con il ricorso ai "modelli di organizzazione e gestione idonei a prevenire reati della stessa specie di quello verificatosi", definisce l'ambito entro il quale il reato rappresenta un rischio che non può essere ascritto all'ente, ancorché i fatti siano commessi nel suo interesse da un proprio esponente.

La disciplina sulla responsabilità da reato delinea qui un'area che potremmo definire di "rischio permesso"; sicché, nonostante il fatto di reato, la dimostrazione che l'ente si sia organizzato al meglio per prevenire reati della stessa specie escluderebbe la responsabilità "collettiva". Per connotare questo passaggio della disciplina in termini ancor più schiettamente dogmatici, si potrebbe fare riferimento al difetto del "rischio tipico" su cui s'innesta l'illecito oggettivo ovvero all'esercizio di una facoltà legittima; o, se si vuole, all'esercizio di un'attività secondo modalità penalmente non illegittime. Quel che importa è che si sia d'accordo che solo in caso di superamento dell'area del rischio permesso rilevi il nesso di derivazione causale del reato dalla condotta organizzativa dell'ente; perché, come detto, la lacuna rilevante sembra soltanto quella che si concreti in un rischio non-permesso³⁰.

In questi termini, però, è chiaro che la carenza organizzativa, in ultima analisi, risalta ancora oggettivamente; così concepita, essa non può in alcun modo sostenere ragionevolmente la formulazione di un rimprovero (in senso stretto e tecnico).

D'altro canto, un sistema che, muovendo dallo scopo della legge di "orientare" virtuosamente l'organizzazione complessa e pluripersonale, imponga di tenere nella massima considerazione le interazioni che possono intrecciarsi all'interno dell'organizzazione medesima, tra

²⁷ SEVERINO, *Guest Editorial*, in *Eu crim*, 2012/3, 89; FORTI, *Uno sguardo ai "piani nobili" del d.lgs. n. 231/2001*, in *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001*, cit., 47 ss.; ai *compliance programs*, non va dimenticato, il decreto 231/2001 ricollega non soltanto il possibile esonero dalla responsabilità, ma anche, ove adottati *post-factum*, un significativo alleggerimento della risposta sanzionatoria.

²⁸ Per l'analisi dei quali può vedersi SELVAGGI, *L'interesse dell'ente collettivo quale criterio di ascrizione della responsabilità da reato*, passim; con particolare riguardo al tema dei soggetti in posizione significativa, si cfr. inoltre VALENZANO, "Triggering Persons" in "Ex Crimine" *Liability of Legal Entities*, in BRODOWSKY, ESPINOZA DE LOS MONTEROS DE LA PARRA, TIEDEMANN, VOGEL (eds.), *Regulating Corporate Criminal Liability*, cit., 95 ss.

²⁹ In questo senso, dunque, riproponendosi alcuni temi che caratterizzano da sempre la dogmatica della colpa per inosservanza: sul punto FIORELLA, voce *Responsabilità penale*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, 1988, 1310.

³⁰ FIORELLA, voce *Responsabilità da reato degli enti*, in CASSESE, *Dizionario di diritto pubblico*, cit., 5104.

coloro che vi operano, e dunque il comportamento “aggregato” dell’ente, indubbiamente fa emergere un ulteriore ed importantissimo profilo, che è quello della possibile divergenza tra l’atteggiamento complessivo dell’ente e la volontà manifestata dall’autore del reato.

Alla gestione o ad altra attività, che può cagionare il reato, si può invero contrapporre il controllo, gerarchico e istituzionale, posto in essere *ex ante* dal soggetto collettivo, cioè prima della commissione del reato. Potrà infatti risultare che i controlli siano correttamente ed efficacemente previsti, tali da poter scattare al momento opportuno per impedire un reato. Ove funzionassero tali controlli, fossero cioè pronti ed efficaci per la prevenzione del reato, l’ente dimostrerebbe una “volontà” di far bene, autonoma e distinta da chi, nonostante i controlli, commettesse il reato.

Ora, guardando alle varie discipline e ai modelli astratti elaborati dalla scienza giuridica, anche in quei casi in cui sono profusi i maggiori sforzi di personalizzazione del giudizio di responsabilità, non è sempre esattamente ed efficacemente evidenziato, nella struttura dell’illecito e nella dinamica della sua corrispondente imputazione, il punto in cui dovrebbe emergere la possibile dissociazione tra la volontà dell’autore del reato e la “volontà” (o atteggiamento complessivo) dell’ente.

Mentre, in questo senso, è assai interessante proprio l’esempio offerto dalla legislazione italiana (d. lgs. 231/2001), nella parte in cui pretende, per l’ipotesi del reato commesso da un soggetto in posizione di vertice, oltre al nesso di derivazione dalla carenza, che il reato sia stato commesso senza eludere fraudolentemente le cautele preventive poste in essere dal soggetto collettivo³¹.

L’importanza di tale previsione sta in ciò, che essa contempla la possibilità che l’ente si dia un’apparente o comunque (puramente) astratta organizzazione virtuosa (con una sorta di pura e semplice “cosmesi organizzativa”), mentre il reato in concreto venga commesso con l’autorizzazione, il consenso o il beneplacito di organismi essenziali: la non necessità di un “sotterfugio” segnalerebbe, sotto questo profilo, almeno un atteggiamento complessivo non contrario al reato. Viceversa, la commissione del reato in modo fraudolento, almeno rispetto ai contenuti dell’organizzazione fissata in chiave preventiva, indicherebbe un elemento di distacco tra la volontà individuale e “quella” dell’ente. È proprio questa dissociazione a determinare l’esonero dalla responsabilità per difetto di colpevolezza dalla parte dell’ente³².

Il criterio d’imputazione della (non) elusione fraudolenta del modello rappresenta dunque – se così può dirsi – il punto di raccolta dei temi conclusivi che supportano l’ascrizione della responsabilità da reato.

Tra l’altro, attraverso il riferimento al “reato in concreto”, esso consente di evitare che la ricostruzione dei profili costitutivi del difetto di organizzazione, in quanto preordinati a rilevare aspetti che riguardano la progettazione preventiva di «reati della stessa specie di quello verificatosi» e quindi inevitabilmente assorbendo anche momenti riconducibili al modello del “pre-comportamento”, finisca con il tradursi nella stigmatizzazione di una condotta di vita o di un modo di essere dell’ente medesimo, senza poter supportare così un giudizio di colpevolezza per il singolo fatto³³.

³¹ Su tale previsione si vedano le analisi di TRIPODI, *L’elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, Cedam, 2013, in particolare 37 ss.; 51 ss. In giurisprudenza, si cfr. quanto deciso da Cass. pen., Sez. V, 18 dicembre 2013 (dep. 30 gennaio 2014), n. 4677, Pres. Ferrua, Rel. Fumo, ric. Impregilo SpA, in *Dir. Pen. Cont.*, 3 marzo 2014, con nota di [SANTANGELO, Prevenzione del rischio di commissione di aggravi ed “elusione fraudolenta” del modello organizzativo ai sensi del D.lgs. n. 231/01: un’interessante pronuncia della Corte di Cassazione](#).

³² FIORELLA, voce *Responsabilità da reato degli enti*, in CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, cit., 5103.

³³ Si tratta di un punto, con ogni evidenza, di particolare importanza. Specialmente nella letteratura straniera sono stati elaborati “modelli” che estraggono l’*ubi consistam* della colpevolezza dell’ente dal suo atteggiamento complessivo, “per come sia maturato” alla luce di scopi più generali, per la politica perseguita, in particolare quella produttiva o economica, per la “cultura” imposta all’interno, sotto il profilo del rispetto o meno della legalità, ovvero per l’organizzazione in sé presa, da valutare in rapporto all’efficienza nella prevenzione del reato, o infine per il modo in cui l’ente abbia reagito al prospettarsi di un *iter* criminoso, orientando, virtuosamente o meno, il proprio atteggiamento, per decidere se tale reazione faccia registrare o meno la volontà di conformarsi alla legge. Come normalmente intese, queste concezioni della colpevolezza rischiano in effetti di segnalare il solo “modo di essere” dell’ente se non addirittura la sua generica “pericolosità criminale”; sicché l’evento-reato finisce col configurarsi quale mero accadimento “esterno” al disvalore dell’illecito dell’ente, che in realtà potrebbe apparire punito per comportamenti del passato più o meno remoto, comunque non necessariamente indicativi di una relazione effettiva con l’evento-reato medesimo. Per questi rilievi, si vedano FIORELLA, *From “Macro-anthropos” to “Multi-person Organisation” – Logic and structure of compliance programs in the corporate criminal liability*, in FIORELLA (ed.), *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs – II. Towards a Common Model in the European Union*, cit., 421-423; VILLANI, *La “colpa di organizzazione” nell’illecito da reato dell’ente. Un’indagine di diritto comparato*, cit., 82 ss.

4.

La realtà del sistema italiano, nella prassi giurisprudenziale e (all'interno degli enti) nei "laboratori" della prevenzione.

A fronte di una fattispecie di responsabilità dalla struttura così "diramata", riflesso di un logica organizzata proprio sul rispetto compiuto del principio di personalità, la realtà applicativa segnala ancora l'esigenza di promuovere una più adeguata conoscenza della disciplina medesima e dei suoi aspetti più vitali ed importanti.

Osservando taluni atteggiamenti della pratica ci si chiede, in particolare, se davvero le condanne vengano pronunciate a fronte di un reale coinvolgimento dell'ente, almeno in vista delle sue lacune organizzative; in altri termini, se l'accertamento processuale sia adeguato.

L'esperienza, naturalmente, ha mostrato come, per l'iniziale scetticismo in ordine alla effettiva e corretta applicazione del decreto, molti enti non abbiano provveduto a realizzare "veri" modelli di prevenzione del reato; limitandosi ad operazioni di mera "forma" organizzativa – di puro e semplice "window-dressing" – con sostanziale fallimento proprio dello scopo della legge, che è quello di incentivare i comportamenti virtuosi in specie delle imprese.

In altre situazioni, invece, è emersa una scarsa considerazione delle istanze difensive con l'effetto di provvedimenti non propriamente giustificati; insomma, una semplificazione dell'accertamento che, per diverse ragioni, finisce con l'emarginare proprio il rilievo dei modelli organizzativi, risultando nella pratica applicato "di fatto" il mero criterio della "immedesimazione organica"; come dire: l'ente risponde perché il suo esponente è colpevole³⁴!

In effetti, difendere il soggetto collettivo dall'accusa di aver commesso un *illecito da reato* comporta evidenti difficoltà aggiuntive rispetto alla difesa della persona fisica nel processo penale. Da questa angolazione l'ente, anche se – e là dove – mosso da intenti virtuosi, può essere scoraggiato, avvertendo l'inutilità dei suoi sforzi per adeguarsi al decreto del 2001; con conseguente impegno meno deciso nella edificazione di modelli organizzativi. L'ente rischia cioè di essere disincentivato dalla convinzione che, pur impegnandosi, finisca, sul piano giudiziario, con il non ottenere un riconoscimento della buona volontà di separare i propri destini da chi voglia delinquere. Si manifesta così il pericolo che ciò che era stato originariamente concepito dal legislatore come un pungolo al rispetto della legalità possa diventare, come una vera e propria eterogenesi dei fini, il suo "contrario". Anche per questa ragione, una volta iniziato il procedimento penale, in taluni casi gli enti hanno preferito non rischiare la difesa in giudizio, preferendo piuttosto la via del patteggiamento.

Nel "laboratorio" della prevenzione, vale a dire nel contesto delle scelte che il soggetto collettivo è chiamato ad adottare al fine di indirizzare gli sforzi di prevenzione, ci si chiede dunque come possa costruirsi un *modello preventivo efficace*, nella ragionevole aspettativa che il pubblico ministero e il giudice lo riconoscano come tale³⁵.

Nessuno può ignorare che il decreto 231/2001 fornisca parametri di riferimento ancora decisamente vaghi³⁶; distingue tra posizioni apicali (art. 6) e non-apicali (art. 7), rapportando il reato commesso da questi ultimi a parametri ancor più elastici di valutazione dell'adeguatezza dei modelli preventivi. Altre disposizioni di legge prevedono normative *più circoscritte* (come quelle in materia di infortuni sul lavoro e di riciclaggio), trattandosi di stabilire se e in

³⁴ Sul punto si cfr. anche ALESSANDRI, *I criteri di imputazione della responsabilità all'ente: inquadramento concettuale e funzionalità*, in *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001*, 239: «Si ha cioè la netta impressione che il complesso meccanismo elaborato nell'art. 6 abbia generato nella prassi una riedizione del criterio di identificazione (...). Le preoccupazioni di arricchire la disciplina di elementi (genericamente) riferibili alla nozione di colpevolezza si sono sostanzialmente infrante sia per la macchinosità dell'eventuale prova liberatoria, sia per la formidabile attrazione esercitata dalla condotta dell'amministratore rispetto alla responsabilità dell'ente».

³⁵ Al proposito si è osservato: «(...) ciò che "spaventa" le imprese è l'ampia discrezionalità riconosciuta in questo campo all'accertamento giurisdizionale, conseguente alla mancanza di una normativa che descriva nel dettaglio il contenuto dei modelli», FIDELBO, *L'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo in sede giudiziale*, in *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001*, cit., 174, il quale nota correttamente come il punto "critico" della disciplina, anche in ragione dell'ancora timida esperienza relativa all'approvazione dei codici di comportamento da parte degli uffici del Ministero della Giustizia, sia rappresentato dal difficile equilibrio tra gli spazi di discrezionalità connaturati al giudizio di valutazione sull'idoneità dei modelli, rimesso al giudice penale, e l'interesse delle imprese a poter programmare scelte e attività in un contesto che non sia caratterizzato da incertezze «A chi, nelle aule di giustizia, sperimenta giornalmente la mobilità dei confini della discrezionalità penale queste preoccupazioni possono apparire eccessive, ma il problema esiste e non merita di essere sottovalutato».

³⁶ Si cfr., PIERGALLINI, *Il modello organizzativo alla verifica della prassi*, in STILE, MONGILLO, G. STILE, *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001*, cit., 375 ss.; MONGILLO, *Il giudizio di idoneità del modello di organizzazione ex d.lgs. 231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 3/2011, 69 ss.

qual misura si configuri o meno una continuità logico-giuridica tra il dettato del decreto del 2001 e la legislazione ad esso complementare. L'introduzione di alcuni reati-presupposto, infine, solleva ulteriori profili problematici, già quanto al contenuto della prevenzione che l'ente dovrebbe assumere, come nel caso del reato associativo (che si configuri anche in relazione a reati i quali non rientrino nel catalogo degli illeciti presupposto)³⁷; o, per altro verso, nell'ipotesi in cui si tratti, ad esempio, di ascrivere all'ente la responsabilità in rapporto ad un reato in concorso, ove il soggetto in posizione significativa abbia tenuto un contributo atipico, magari (puramente) morale.

Emergono, di conseguenza, sollecitazioni anche in prospettiva di riforma (in particolare: se sia sufficiente attendere la naturale maturazione della dottrina e soprattutto della "giurisprudenza" che chiarisca come possano quei parametri efficacemente osservarsi; ovvero se sia invece necessario dettagliare i parametri, associando a tale intervento anche procedure di validazione o certificazioni preventive dei modelli), sulle quali occorrerà tornare in seguito, anche per dar conto dei risultati di una recente ricerca europea.

Per l'istante, allo stato dell'ordinamento positivo può essere utile fissare le seguenti precisazioni.

In primo luogo, va chiarito che, dal punto di vista del giudizio sulla sua idoneità preventiva, il "modello" non andrebbe concepito "in astratto" (come se fosse una semplice dimostrazione di buona volontà), ma "in concreto"; e dovrebbe esser dunque ricostruito e valutato in tutta la sua articolazione, in rapporto alla concreta e specifica realtà organizzativa e funzionale, al di là di astratti formalismi³⁸; a rigore anche prescindendo dall'eventuale fissazione dei presidi e delle altre regole comportamentali in un documento scritto.

Portando a naturale compimento questo principio, sembra dunque corretto distinguere a seconda che il modello lo si intenda come "progetto" ovvero come "attuazione" di esso. Con la conseguenza che il modello dovrebbe propriamente comporsi di un documento contenente *le linee-guida dell'organizzazione preventiva*; dovendo poi specificarsi rispetto alle singole attività dell'ente quali si propongano nel divenire (inesorabilmente multiforme) delle azioni collettive e organizzate.

Si tratta, in questo secondo caso, della prospettiva "dinamica" dei modelli. Si pensi alla corruzione propria passiva: solo i rischi e i presidi principali possono essere indicati nel progetto, per evitare che l'esponente si faccia corrompere; ma le specifiche attività concrete che possono integrare gli atti contrari ai doveri d'ufficio sono potenzialmente infinite e si profilano in ordine all'evolversi delle diverse iniziative dell'ente. È allora in rapporto all'attualizzarsi di queste ultime che il modello come progetto deve e può specificarsi sul piano di una adeguata "attuazione".

Per ciò stesso al documento centrale rappresentativo del "Progetto" si aggiungeranno gli altri documenti che conterranno le specifiche procedure preventive.

Potrebbe darsi che tali procedure non diano particolare evidenza con formule sacramentali al loro collegamento con il "progetto di modello"; in realtà, al di là dei rinvii da documento a documento, da procedura a procedura, è all'insieme di queste ultime, cioè delle procedure concretamente attivate, che occorre far riferimento per stabilire la reale *efficacia preventiva* dell'organizzazione complessiva di un ente evitando di rimanere impigliati nella suggestione che il modello si risolva in "forme" e "formule" di rito.

4.1.

(Segue) L'onere della prova dell'idoneità dei modelli preventivi e la prospettiva della certificazione dei modelli.

Non va naturalmente sottaciuto che un elemento di particolare difficoltà, nell'ottica

³⁷ CARMONA, *Le ricadute dell'ampliamento dei reati-presupposto sul modello di organizzazione*, in *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001*, cit., 209 ss.

³⁸ Si cfr., ad esempio, Trib. Roma, 4 aprile 2003, in *Foro it.*, 2004, II, 317; Gip Bari, 18 aprile 2005, in www.rivista231.it; Trib. Milano, 17 novembre 2009, in *Le società*, 4/2010, 473 ss. (con nota di PALIERO, *Responsabilità dell'ente e cause di esclusione della colpevolezza: decisione "lassista" o interpretazione costituzionalmente orientata?*, 476 ss.); Corte d'Appello Milano, 21.03.2012, n. 1824 (sent.), Pres. ed est. Paparella, Imp. Impregilo Spa, in *Dir. Pen. Cont.*, 3 luglio 2012, con nota di SANTANGELO, *La Corte d'Appello di Milano assolve un ente imputato ex d.lgs. n. 231/2001 in ragione dell'adeguatezza del modello*.

dell'auspicato compimento del principio di personalità, va collegato ad un profilo specifico della disciplina, rappresentato dalla distribuzione *dell'onere della prova*.

Stando al tenore letterale della disposizione, sembrerebbe che il regime previsto dall'art. 6 del decreto legislativo 231/01, nonostante le obiezioni contrarie, costituisca proprio un'*inversione dell'onere*, con profili di illegittimità costituzionale. Ove si riconoscesse – come sembra si debba – la natura sostanzialmente “penale” (meglio, para-penale) della responsabilità dell'ente da reato, non dovrebbe non ammettersi al contempo l'operatività della presunzione costituzionale di non colpevolezza (art. 27 co. 1 Cost.) e quindi della regola secondo cui nel dubbio l'imputato (persona fisica o ente) va assolto. D'altra parte l'inversione dell'onere della prova è prevista attualmente rispetto al solo caso regolato dall'art. 6, cioè solo in rapporto al reato commesso dal soggetto in posizione apicale, mentre non opera per il reato del sottoposto (art. 7 del decreto 231/01). Anche questa diversità di disciplina positiva dimostra in qualche modo come l'inversione dell'onere della prova costituisca comunque un'anomalia di sistema. Anomalia, in effetti, avvertita pure dalla giurisprudenza di legittimità più sensibile che tende ad interpretare l'art. 6 del decreto nel senso che non vi sarebbe in realtà una vera e propria inversione dell'onere della prova, in quanto graverebbe sull'accusa «l'onere di dimostrare la commissione del reato da parte di persona che rivesta una delle qualità di cui all'art. 5 d.lgs. n. 231 e la carente regolamentazione interna dell'ente»³⁹. Questa lettura ha indotto alcuni commentatori a sostenere l'idea di un semplice onere di allegazione: «l'ente si limita a sottoporre il *compliance* alla valutazione del giudice, producendo la necessaria documentazione»⁴⁰.

Anche al fine di dissolvere talune possibili ambiguità, in una prospettiva di riforma potrebbe stabilirsi, sulla base di validi presupposti, la regola di una prova “qualificata” a carico della pubblica accusa per evitare che gli enti siano esposti a eccessive incertezze. Andrebbe cioè valutata l'ipotesi di prevedere una presunzione di “non colpevolezza”, che muova da presupposti definiti⁴¹. Una solida base per lo sviluppo dell'ipotesi la forniscono l'art. 6 co. 3 del D. lgs. 231/01 e l'art. 30 co. 5 d. n. 81/08.

Sotto questo profilo, resta ancora valida, ed in definitiva pienamente coerente con gli obiettivi di realizzare una disciplina contrassegnata dalla calcolabilità dei suoi effetti, la proposta di introdurre una disposizione generale che preveda una sorta di validazione preventiva dei modelli organizzativi ed in ogni caso preservi il controllo giurisdizionale, sulla scorta di quanto è già presente nel nostro sistema (v. soprattutto l'art. 30 D.lgs. 81/2008)⁴².

Naturalmente, se è senz'altro ammissibile la ricerca di nuovi strumenti che meglio garantiscano l'efficacia della disciplina della responsabilità dell'ente, resta il problema di fondo della misura in cui, seguendo un percorso come quello proposto, potrà esser superato lo schema consolidato del “libero convincimento del giudice”; dovendo in particolare chiedersi in quale limite sia esso “orientabile” secondo valutazioni di idoneità preventive⁴³.

Una drastica risposta negativa non terrebbe conto che una disposizione sulla validazione dei modelli preventivi, se tecnicamente ben congegnata, potrebbe valere ad aiutare il lavoro del giudice, non a precluderne i corretti sviluppi⁴⁴.

³⁹ Cass. pen., ss. uu., 18 settembre 2014, n. 38343 che in motivazione aderisce a quanto stabilito da Cass. pen., Sez. VI, 18 febbraio 2010, n. 27735, cit.

⁴⁰ FIDELBO, *L'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo in sede giudiziale*, in *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001*, cit., 188.

⁴¹ Sul tema della ‘certificazione’, FIORELLA, *Elasticità dei parametri di idoneità dei modelli preventivi e incertezze della ‘pratica’*, in *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001*, cit., 359 ss.

⁴² Ci si richiama, in particolare, allo schema del disegno di legge *Arel-Ministero della Giustizia*, che prevede un'attestazione di idoneità dei modelli da parte di “certificatori”, con un percorso della prova diverso dall'attuale. La disposizione è la seguente: «In caso di regolare attestazione di idoneità del modello di organizzazione e gestione è esclusa la responsabilità dell'ente, sempre che il modello concretamente attuato corrisponda al modello valutato in sede di attestazione e non siano sopravvenute significative violazioni nelle prescrizioni che abbiano reso manifesta la carenza organizzativa che ha determinato o agevolato la commissione del reato» (art.1 co.1.lett.b della proposta di riforma, là dove prevede la immissione di un nuovo art. 7 bis dopo l'attuale art. 7 del decreto lgs. 231/2001). Per l'illustrazione di tale proposta e della logica sottostante, si veda FIORELLA (che ne è stato uno dei promotori), *Elasticità dei parametri di idoneità dei modelli preventivi e incertezze della ‘pratica’*, in *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001*, cit., 359 ss.

⁴³ Per questa preoccupazione, PIERGALLINI, *Il modello organizzativo alla verifica della prassi*, in *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001*, cit., 384 ss.

⁴⁴ Si cfr. FIDELBO, *L'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo in sede giudiziale*, in STILE, MONGILLO, G. STILE, *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001*, cit., 174, che rileva come l'alternativa sia, al fondo, tra un sistema di validazione rigida, che vincolando il giudice si esporrebbe a censure di legittimità costituzionale, e un sistema di validazione flessibile, nel quale in definitiva si traduca una sorta di presunzione di idoneità del modello «rispetto alla quale il giudice ha un onere di motivazione rafforzato, qualora ritenga di sottoporre a censura l'attestazione».

Opportuni riferimenti alla “regolarità” della attestazione – regolarità presidiata da sanzioni penali o amministrative per il caso di attestazioni (rispettivamente) fraudolente o scorrette – escluderebbero senz’altro, ad esempio, l’efficacia esonerante di certificazioni “addomesticate”, sì che il giudice dovrebbe in ogni caso verificare, con la regolarità della attestazione, che il certificatore abbia agito con indipendenza e buona fede.

Il procedimento di validazione sarebbe semmai d’ausilio al giudice, in quanto gli offrirebbe il “percorso di accertamento” scelto dal certificatore e i criteri di valutazione da lui adottati, quindi una traccia precisa da seguire per perfezionare la decisione; ma non impedirebbe né ostacolerebbe il sindacato giurisdizionale sulla modellistica, perché non solo il giudice valuterrebbe la “regolarità” dell’attestazione ma verificherebbe anche l’effettiva adozione del “modello” in sintonia con il progetto organizzativo e di gestione.

5.

Un’ipotesi di personalizzazione del giudizio di responsabilità a carico dell’ente nella dimensione europea: la proposta del gruppo di ricerca “*Corporate criminal liability and compliance programs*”.

L’esperienza italiana mostra come solo un corretto impianto nella fattispecie di responsabilità a carico dell’ente dei *compliance programs* indirizzi al rispetto delle garanzie sostanziali e supporti la realizzazione di un sistema realmente equilibrato.

La mancata colpevole predisposizione della regola preventiva (regola normalmente contenuta, per l’appunto, in un *compliance program*) o comunque il mancato colpevole compimento di quanto necessario al tempo del fatto di reato, per impedirlo, consente di formulare il giudizio di colpevolezza a carico dell’ente rispetto al singolo fatto di reato verificatosi; arricchendo così l’imputazione oltre quei dati, come l’inerenza del reato all’attività, il suo perseguire un beneficio per il soggetto collettivo, la posizione soggettiva del reo, la dipendenza causale del fatto-reato dall’omessa sorveglianza, il superamento dell’area di rischio-consentito, pure necessari ma insufficienti in quanto ancora “oggettivi”.

Ora, è chiaro che l’approdo ad una logica siffatta, una volta che diventi patrimonio comune nell’area europea in particolare ma anche a livello globale, consentirebbe non solo di considerare definitivamente emarginato il rischio di responsabilità dell’ente “per il fatto altrui” o comunque “oggettiva”, ma favorirebbe, insieme ad un’ampia armonizzazione delle discipline, ed anzi proprio in conseguenza dell’armonizzazione medesima, di cogliere due obiettivi fondamentali: da una parte, l’estensione di una significativa responsabilità dell’ente da reato anche ai paesi privi di un’efficace disciplina repressiva e preventiva in materia, sollecitando la previsione di sanzioni molto incisive; dall’altra, lo sviluppo di una base comune di garanzie anche nel senso di una disciplina che metta a disposizione dell’ente strumenti difensivi sufficienti per difendersi; per consentire cioè ad esso di dimostrare che il proprio “atteggiamento soggettivo” non è meritevole della sanzione per l’illecito dipendente dal reato commesso da un proprio esponente.

In questa prospettiva si è mosso anche, di recente, un gruppo di ricerca, costituito dalle Università Roma Tre, Sapienza, Sorbonne, Castilla-La Mancha, che ha elaborato una proposta di disciplina comune (per i Paesi dell’Unione Europea), il cui profilo di novità risiede proprio nel valorizzare il preventivo atteggiamento “colpevole” dell’ente medesimo nei confronti della possibile commissione del reato⁴⁵.

In estrema sintesi, il giudizio di responsabilità, secondo tale proposta, non potrebbe mai perfezionarsi ove risulti che l’ente si sia complessivamente e preventivamente organizzato in un modo che “ex ante” apparisse virtuoso, riducendo in misura accettabile il rischio di reato connesso all’attività dell’ente, perché il corretto orientamento dell’organizzazione in funzione preventiva escluderebbe che quest’ultimo abbia espresso una volontà criminosa e dunque escluderebbe la relativa responsabilità penale o para-penale. Ciò almeno nella misura in cui non fosse “oggettivamente” rappresentabile *ex ante* il rischio di un reato come quello realizzato quale conseguenza di una significativa lacuna organizzativa.

⁴⁵ I contenuti della ricerca e i relativi risultati sono pubblicati in FIORELLA (ed.), *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs*, voll. I e II, Jovene, 2012.

In questa prospettiva, che impianta il rimprovero verso l'ente non su un generico giudizio negativo della collettività, espresso o meno che sia, ma sul fatto e sulla sua "dominabilità aggregata", diviene essenziale anche il ricordato criterio della "elusione fraudolenta" ove l'autore del reato occupi una posizione apicale. La esclusione della responsabilità dell'ente presuppone, nella nostra proposta, che l'autore del reato abbia "fraudolentemente" raggirato le regole imposte dall'organizzazione per la prevenzione dei reati. Tale "fraudolenza" dell'autore del reato, se apicale, diviene un aspetto cruciale perché attesta che la volontà di quest'ultimo si distacca e contrappone alla volontà dell'ente, la quale risulta perciò "soggettivamente" non rimproverabile.

SULL'IDONEITÀ DELLA SANZIONE PECUNIARIA PER LE PERSONE GIURIDICHE. UNA RIFLESSIONE DAL DIRITTO SPAGNOLO CON SPUNTI DI DIRITTO ITALIANO

Relazione al Congresso italo-spagnolo
svoltosi presso l'Università degli Studi di Milano il 29 e 30 maggio 2014

Patricia Faraldo Cabana*

SOMMARIO

1. Introduzione. – 2. Il diritto dell'Unione europea impone la previsione di sanzioni penali a carico della persona giuridica? – 3. La disciplina spagnola della multa penale per le persone giuridiche. – 4. Breve contrasto col sistema italiano di sanzione amministrativa. – 5. La sanzione pecuniaria è adeguata per le persone giuridiche? – 6. Conclusioni. – 7. Bibliografia.

* Professoressa *Catedrática* di Diritto Penale presso la *Universidad de La Coruña*, Spagna, e *Marie Curie fellow* presso il *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* di Friburgo, Germania. Traduzione di Stefano Zirulia, Assegnista PostDoc in Diritto Penale, Dipartimento di Scienze penalistiche Cesare Beccaria, Università degli Studi di Milano.

1.

Introduzione

Negli ultimi anni stiamo assistendo ad un mutamento fondamentale nel sistema penale di vari Stati membri dell'Unione europea, i quali hanno introdotto la responsabilità penale per le persone giuridiche, o comunque una sorta di responsabilità amministrativa dipendente da reato che molti autori non esitano a definire, nella sostanza, "penale"¹. È il caso, rispettivamente, di Portogallo, Francia, Finlandia, Belgio e Svizzera, da un lato; e dell'Italia, dall'altro. In Spagna, uno degli aspetti di maggiore rilievo della *Ley Orgánica 5/2010*, del 22 giugno, che ha modificato il codice penale adesso vigente (a sua volta introdotto dalla *Ley Orgánica 10/1995*, del 23 novembre), è stata proprio l'introduzione della responsabilità penale delle persone giuridiche² per la commissione di determinati reati³. In questo modo si è posto fine ad una tradizione secolare basata sul principio "*societas delinquere non potest*". Un mutamento di tale portata è stato giustificato evidenziandosi come fosse il diritto dell'Unione europea ad imporre al legislatore interno di procedere in tal senso⁴. Tuttavia, l'affermazione secondo cui la riforma fosse oggetto di un obbligo di fonte europea, pur non essendo errata, deve essere ridimensionata, anzitutto, perché le disposizioni dalle quali parrebbe *prima facie* evincersi l'obbligo di prevedere una responsabilità autenticamente penale per le persone giuridiche, ad un più approfondito esame non risultano così univoche come si suppone. Nel prosieguo ci si soffermerà proprio su questo profilo.

¹ Si esprime in tal senso, in Italia, MUSCO, E., "La responsabilidad penal de las entidades colectivas", *Revista Penal*, n. 13, 2004, p. 118. Vid. anche FOFFANI, L., in DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Dir.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009. Una reflexión colectiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 80; PADOVANI, T., "Il nome dei principi e i principi dei nomi: la responsabilità "amministrativa" delle persone giuridiche", in DE FRANCESCO, G. (a cura di), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 16-17; PALIERO, C. E., "Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest", *Corriere Giuridico* 7/2001, p. 845. In generale sul problema della qualificazione vid. ALESSANDRI, A., "Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina", in ALESSANDRI, A. (a cura di), *La responsabilità amministrativa degli enti*, Ipsoa, Milano, 2002, p. 45.

² La disciplina di tale responsabilità si condensa, nei suoi elementi essenziali, all'interno delle seguenti disposizioni del codice penale spagnolo (c.p.s.): art. 31 *bis*, che contiene gli elementi costitutivi dell'imputazione; art. 33.7, indicante le pene applicabili alle persone giuridiche; artt. 52 e 53, relativi alla multa; art. 66 *bis*, in materia di commisurazione della pena; 116.3, ai sensi del quale la responsabilità penale della persona giuridica si applica congiuntamente a quella civile; art. 130.2, secondo il quale i fenomeni di trasformazione, fusione, acquisizione o scissione dell'ente non estinguono la sua responsabilità penale. Vengono inoltre in rilievo quelle norme incriminatrici, di cui al Libro II del codice penale, che prevedono espressamente la possibilità che dei reati in esse configurati rispondano anche le persone giuridiche.

³ Come in Italia, in Spagna è stato adottato un sistema tassativo delle fattispecie nelle quali è prevista la responsabilità penale delle persone giuridiche. A tal fine è solitamente inserita, all'interno delle singole norme incriminatrici di parte speciale, la seguente formula: "Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 *bis* una persona jurídica sea responsable de (el o los delitos correspondientes), se le impondrá (n) la (s) pena (s) de...", aggiungendosi in numerose ipotesi la clausola che consente l'applicazione delle pene di cui alle lettere da b) a g) del comma 7 dell'art. 33 c.p.s., secondo le regole di cui all'art. 66 *bis* c.p.s. Le fattispecie incriminatrici previste dal codice penale spagnolo come fonte di responsabilità per gli enti sono le seguenti: traffico di organi (art. 156 *bis*); tratta di esseri umani (art. 177 *bis*); reati in materia di sfruttamento della prostituzione e prostituzione minorile (art. 189 *bis*); accesso abusivo ai sistemi informatici (art. 197.3); truffa (art. 251 *bis*); varie fattispecie di reato lesive degli interessi dei creditori sociali, anche nell'ambito di procedure esecutive e concorsuali (art. 261 *bis*); danneggiamento di sistemi informatici e telematici (art. 264.4); reati contro l'economia pubblica e contro i consumatori, nonché corruzione tra privati (art. 288); ricettazione e riciclaggio (art. 302.2); frode fiscale, frode contro la previdenza sociale e indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato e dell'Unione Europea (art. 310 *bis*); reati contro i diritti dei lavoratori (art. 318 *bis* 4); reati in materia di gestione del territorio e urbanistica (art. 319.4); reati contro l'ambiente (art. 327 e 328.6); emissione di radiazioni ionizzanti (art. 343.3); fabbricazione, alterazione, trasporto, detenzione o commercio di esplosivi (art. 348.3); reati in materia di sostanze stupefacenti (art. 369 *bis*); falsificazione di carte di credito e di debito e di *travellers checks* (art. 399 *bis*); corruzione (art. 427.2); traffico di influenze illecite (art. 430); corruzione di pubblico funzionario appartenente ad uno Stato estero o ad un'organizzazione internazionale (art. 445.2); organizzazioni e gruppi criminali (art. 570 *quater*) e reati in materia di finanziamento del terrorismo (art. 576 *bis* 3). In questo elenco si apprezza una certa confusione fra i reati commessi abitualmente per mezzo di o per persone giuridiche ed i reati commessi da associazioni per delinquere. E se vogliamo fare un paragone con l'elenco italiano dei reati-presupposti, va rilevata innanzitutto la mancata inclusione dell'omicidio "corporativo" colposo e le lesioni colpose gravi.

⁴ Il preambolo della *Ley Orgánica 5/2010* non fonda su ragioni di carattere politico-criminale o dogmatico la necessità di prevedere sanzioni penali a carico delle persone giuridiche, ma richiama la copertura offerta a questo tipo di responsabilità dall'abbondante produzione normativa germogliata in seno all'Unione europea. La normativa UE, recita infatti il preambolo, ha elaborato una serie di "strumenti giuridici internazionali che richiedono una risposta penale chiara nei confronti delle persone giuridiche", ed ha altresì specificato le "figure di reato alla cui commissione possono con maggiore probabilità concorrere le persone giuridiche: corruzione nel settore privato e nelle transazioni commerciali internazionali, pornografia e prostituzione minorile, tratta di esseri umani, riciclaggio, immigrazione illegale, attacchi ai sistemi informatici...".

2.

Il diritto dell'Unione europea impone la previsione di sanzioni penali a carico della persona giuridica?

Non vi è dubbio che alcuni strumenti di diritto europeo impongano agli Stati membri di adottare le misure necessarie per garantire che le persone giuridiche possano rispondere o possano essere considerate responsabili per alcuni illeciti di natura penale. Fin qui potrebbe, in effetti, intendersi che il legislatore europeo esiga l'introduzione della responsabilità penale delle persone giuridiche a livello nazionale. Un più attento esame, tuttavia, rivela maggiori sfumature nel dettato normativo europeo. Infatti, riguardo il regime sanzionatorio, ciò che il legislatore sovranazionale richiede è soltanto la predisposizione di "sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive", le quali da un lato devono includere "sanzioni pecuniarie di natura penale o non penale", ovvero anche di natura "amministrativa"; e dall'altro lato possono altresì assumere forme diverse dal pagamento di una somma, che abbracciano la "esclusione dal godimento di un vantaggio o aiuto pubblico", il "divieto temporaneo o permanente di esercitare un'attività commerciale", l'"assoggettamento a sorveglianza giudiziaria", il "provvedimento giudiziario di scioglimento", e talora anche l'"obbligo di adottare misure specifiche volte ad eliminare le conseguenze del reato che hanno dato luogo alla responsabilità della persona giuridica", nonché la chiusura temporale o definitiva dello stabilimento utilizzato per commettere il reato. Se dunque è offerta come scelta al legislatore nazionale l'imposizione di sanzioni di natura non penale, di solito amministrativa, ciò esclude che il regime di responsabilità penale formi l'oggetto di un vero e proprio obbligo, costituendo piuttosto una delle possibilità sul tappeto. In conclusione, è più che discutibile che la normativa europea imponga la previsione di un modello di responsabilità penale delle persone giuridiche, se come tale se intenda la necessità di prevedere delle pene a carico di enti collettivi. Piuttosto, ciò che emerge da una corretta esegesi dei testi normativi, è che la imposizione di sanzioni penali rappresenti una delle strade percorribili, all'interno di un più ampio ventaglio di alternative. La qualificazione della sanzione come amministrativa o penale discende unicamente dalla valutazione del legislatore nazionale. La Spagna ha scelto la responsabilità penale; l'Italia, quella amministrativa. In tutti i due casi, la sanzione pecuniaria è la regina del sistema punitivo contro le persone giuridiche.

3.

La disciplina spagnola della multa penale per le persone giuridiche

La pena pecuniaria è la principale sanzione penale delle persone giuridiche. Nel catalogo delle pene che possono essere inflitte agli enti collettivi compare in primo luogo la multa per quote o proporzionale (art. 33.7 c.p.s.)⁵. Essa è, per regola, di applicazione obbligatoria⁶, lad-

⁵ Art. 33.7 c.p.s.: "Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas la consideración de graves, son las siguientes:

a) Multa por cuotas o proporcional.

b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.

c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.

f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.

g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria.

La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa".

⁶ L'unica eccezione è prevista per i reati di associazione per delinquere ed associazione con finalità di terrorismo, rispetto ai quali è obbligatoria soltanto la pena dello scioglimento del sodalizio, mentre tutte le altre, compresa la pena pecuniaria, sono facoltative (art. 570 *quater* c.p.).

dove invece le restanti pene soggiacciono ad un regime di applicazione facoltativa, ancorché con alcune eccezioni⁷.

Il modello di commisurazione della pena pecuniaria è, per regola, quello proporzionale, sebbene in alcuni casi (per esempio, nei reati contro l'ambiente) il modello di commisurazione sia quello delle quote-giornaliere o tassi giornalieri⁸.

Con riferimento al modello della multa proporzionale, l'importo si determina in proporzione al beneficio ottenuto per sé o per altri, al danno cagionato, al valore o alla quantità del provento ottenuto fraudolentemente o indebitamente. Trattandosi di persone giuridiche, si prevede la possibilità di sostituire la multa proporzionale con una multa per quote quando non sia possibile determinare questi importi. La durata della multa dipende dalla durata della pena detentiva che sarebbe possibile imporre alla persona fisica (art. 52.4 c.p.s.):

a. Multa da due a cinque anni, se il delitto commesso dalla persona fisica è punito con pena detentiva superiore a cinque anni.

b. Multa da uno a tre anni, se il delitto commesso dalla persona fisica è punito con pena detentiva superiore a due anni.

c. Multa da sei mesi a due anni in tutti gli altri casi.

Nella parte speciale del codice penale, sebbene il fattore moltiplicativo si fa dipendere a volte dalla pena detentiva prevista per le persone fisiche per lo stesso reato, seguendo il modello descritto, altre volte, però, si fissa autonomamente.

La regola è che il pagamento della multa proporzionale deve avere per oggetto l'intera somma calcolata e deve essere eseguito in un'unica soluzione; tuttavia il giudice può, in via eccezionale, concedere la facoltà di pagamento frazionato fino a un massimo di cinque anni, quando il suo importo rappresenta un pericolo per la sua sopravvivenza o per i posti di lavoro, o quando ci siano ragioni di interesse generale (art. 53.5 c.p.s.). In questo modo, il pagamento frazionato è una possibilità eccezionale che il giudice può autorizzare per causa giustificata. Sembra ragionevole interpretare che il giudice dovrà fare uso di questa facoltà qualora sia previsibile che il condannato potrà pagare frazionatamente⁹. Qualora dopo la pronuncia della sentenza mutino *in peius* le condizioni economiche del condannato, il giudice o il tribunale possono, in via eccezionale e a seguito di adeguate indagini sulla situazione concreta, sia ridurre l'importo della multa dentro le cornici editali del reato, sia autorizzare termini più lunghi per il pagamento (art. 52.3 c.p.s.), senza previsione di un termine massimo.

Con riferimento al modello dei tassi giornalieri, adottato, per esempio, nei reati ambientali, l'importo della quota giornaliera per le persone giuridiche va da un minimo di 30 euro a un massimo di 5.000 euro (art. 50.4 c.p.s.). L'importo della pena pecuniaria per le persone giuridiche oscilla così tra un minimo di 5.400 euro (6 mesi x 30 giorni x 30 euro) ed un massimo di 9 milioni di euro (5 anni x 360 giorni x 5.000 euro). Qualora l'importo finale risulti eccessivo rispetto alla gravità del fatto commesso, è obbligatorio ridurlo tanto rispetto alla persona giuridica quanto rispetto alla persona fisica¹⁰. Tale modulazione ha invero poco senso, giacché presuppone una sorta di responsabilità condivisa tra la persona fisica e quella giuridica, il quale non pare coerente col fatto che non è necessaria una previa declaratoria di responsabilità penale della prima al fine di affermare la responsabilità della seconda¹¹.

“Qualora dopo la pronuncia della sentenza mutino le condizioni economiche del condannato, il giudice o il tribunale possono, in via eccezionale e a seguito di adeguate indagini sulla situazione concreta, modificare sia l'importo delle quote giornaliere che i termini per il loro pagamento” (art. 51 c.p.s.). Questa disposizione non distingue tra la variazione della situazione

⁷ Si consenta il rinvio al mio lavoro FARALDO CABANA, P., “¿Es la multa una pena apropiada para las personas jurídicas?”, in DE LA CUESTA ARZAMENTI, J. L./ PÉREZ MACHÍO, A. I. (Dirs.), *Armonización penal en Europa*, IVAP, San Sebastián, 2013, pp. 77-113.

⁸ N.d.T.: si tratta del modello previsto dall'art. 50 c.p.s., ai sensi del quale il giudice prima determina l'ammontare della pena in termini temporali, poi quantifica la quota giornaliera sulla base delle condizioni economiche del reo, ed infine, moltiplicando i risultati delle due precedenti operazioni, ottiene l'ammontare finale della pena pecuniaria.

⁹ Cfr. BAUCCELLS LLADÓS, J., “Art. 53”, in CÓRDOBA RODA, J./ GARCÍA ARÁN, M. (a cura di), *Comentarios al Código Penal. Parte General*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011, p. 553.

¹⁰ Art. 31-bis.2 ultimo inciso c.p.s.: “Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas [persona física y jurídica] la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos”.

¹¹ L'art. 31-bis.2 c.p.s. dispone chiaramente che “la responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella”, ad esempio per morte dell'imputato.

economica *in melius* ovvero *in peius*. Ciò nonostante, nei casi di variazione *in melius* non si potrà né aumentare le quote né ridurre i termini per il pagamento, poiché ciò condurrebbe, senza alcuna ragionevole giustificazione, ad applicare un trattamento sfavorevole rispetto a quello derivante dal modello di commisurazione proporzionale, con riferimento al quale è espressamente previsto (cfr. art. 52.3 c.p.s.) che si tenga conto soltanto delle variazioni *in peius* al fine di ridurre l'importo della pena pecuniaria o autorizzare il suo pagamento a rate.

Il giudice determinerà l'estensione temporale della pena pecuniaria all'interno della cornice edittale prevista per ciascun reato, secondo le regole dettate dal Capitolo II, "*De la aplicación de las penas*", del Titolo III del codice penale spagnolo (art. 50.5 c.p.s.), ossia sulla base della gravità dell'offesa e della colpevolezza (dovrà tenere in considerazione, ad esempio, il tipo di condotta, le cd. *eximentes incompletas*¹², le circostanze aggravanti e attenuanti...). Parimenti dovrà determinare l'importo delle quote giornaliere, tendo qui in considerazione esclusivamente la situazione economica del reo, dedotta da elementi quali il suo patrimonio, le sue entrate, i suoi debiti e carichi familiari, così come le sue ulteriori circostanze personali. Si tratta di espressioni evidentemente pensate per le persone fisiche, "che dovranno essere reinterpretate...nell'ottica del loro significato per la persona giuridica"¹³.

Nel sistema delle quote giornaliere la regola è che il pagamento deve avere per oggetto l'intera somma calcolata e deve essere effettuato in un'unica soluzione; tuttavia il giudice può, in via eccezionale, concedere la facoltà di pagamento frazionato (art. 53.5 c.p.s.).

Se la persona giuridica condannata non adempie l'obbligo di pagare la pena pecuniaria entro il termine stabilito, intenzionalmente o per causa di forza maggiore, il giudice può disporre l'amministrazione giudiziaria fino al pagamento (art. 53.5 c.p.s.). Non è prevista una durata massima dell'amministrazione giudiziaria. Tuttavia, se consideriamo che la pena pecuniaria sia esigibile finché non si prescrive, ossia per dieci anni (art. 133.1 in combinato disposto con l'art. 33.7 c.p.s.), se ne può dedurre che non è possibile superare quel termine. Alcuni autori, invece, fissano la durata massima in cinque anni, applicando la previsione di cui all'art. 33.7 lett. g) c.p.s.¹⁴; altri ritengono che debba durare finché venga raggiunto l'obiettivo di pagare la sanzione irrogata¹⁵. In ogni caso, questa misura costituisce esclusivamente uno strumento volto a garantire pagamento della pena pecuniaria, e non deve perciò essere confuso con la pena dell'amministrazione giudiziaria¹⁶. Sicché i poteri dell'amministratore giudiziario devono ritenersi limitati a quelli volti al perseguimento di tale finalità.

4.

Breve contrasto col sistema italiano di sanzione amministrativa

L'art. 10, comma 1, del Decreto legislativo n. 231/2001, del 8 giugno 2001, stabilisce che "per l'illecito amministrativo dipendente da reato si applica sempre la sanzione pecuniaria". Si tratta, dunque, di una sanzione di necessaria applicazione, come nel sistema spagnolo. Viene applicata per quote, con l'idea di scongiurare, una volta per tutte, il pericolo che la sanzione applicata si riveli sproporzionata, per eccesso o per difetto, alle reali condizioni economiche dell'ente, "con tutto quel che ne consegue (in negativo) sul piano dell'efficacia preventiva della

¹² N.d.T.: si tratta di particolari circostanze attenuanti previste dall'art. 21, n. 1, del codice penale spagnolo, che sussistono quando l'agente realizza il fatto in presenza di alcuni soltanto degli elementi costitutivi di una causa esimente.

¹³ DE LA MATA BARRANCO, N./ BILBAO LORENTE, M./ ALGORTA BORDA, M., "La atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su exención: instrumentos de prevención en el seno corporativo", *La Ley Penal* n. 87, 2011, p. 17. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., "Las penas de las personas jurídicas, y su determinación legal y judicial: regulación española", in FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. (a cura di), *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Fabio Suárez Montes*, Constitutio Criminalis Carolina, Oviedo, 2013, p. 209, afferma espressamente che "è criticabile la mancata introduzione di regole precise per determinare l'importo delle quote nell'ambito della multa per le persone giuridiche, data la complessità di tale compito".

¹⁴ Così BAUCELLS LLADÓS, J., "Art. 53", cit., pp. 553-554.

¹⁵ Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., "Las penas", cit., p. 214, il quale, peraltro, precisa come il principio di proporzione imponga la cessazione dell'amministrazione giudiziaria "allorché si constati l'impossibilità di riscuotere la sanzione pecuniaria, alla luce delle circostanze della persona giuridica e dei poteri e delle funzioni dell'amministrazione giudiziaria".

¹⁶ Cfr. BACH FABREGÓ, R./ GIMENO CUBERO, M. A., "Clases y contenido de penas y ejecución de las penas", in QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 78; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., "Las penas", cit., p. 213, puntualizza che la finalità dell'istituto non è salvaguardare i diritti dei lavoratori o dei creditori, bensì garantire l'intero pagamento della multa.

risposta sanzionatoria¹⁷. Per la sua commisurazione si impongono sia limiti quantitativi che qualitativi. L'importo di una quota, infatti, deve essere compreso tra la soglia minima di lire cinquecentomila e quella massima di lire tre milioni, ciò è, tra euro 258 ed euro 1.549. Il numero di quote non può essere inferiore a cento (il che significa una sanzione pecuniaria con un limite minimo di euro 25.800) né superiore a mille (limite massimo, euro 1.549.000). Nell'ambito di queste forbici, il numero delle quote si determina "tenendo conto della gravità del fatto, del grado della responsabilità dell'ente nonché dell'attività svolta per eliminare o attenuare le conseguenze del fatto e per prevenire la commissione di ulteriori illeciti" (art. 11.1 D.lgs. n.231). L'importo della quota, da parte sua, "è fissato sulla base delle condizioni economiche e patrimoniali dell'ente allo scopo di assicurare l'efficacia delle sanzioni" (art. 11.2 D.lgs. n.231)¹⁸. Il successivo art. 12 prevede poi una serie di circostanze in base alle quali la sanzione può essere ridotta anche in misura notevole.

Come è ben saputo, la dottrina italiana è divisa tra assertori della natura schiettamente penale dell'illecito dell'ente¹⁹, sostenitori della natura amministrativa²⁰ e coloro che ne affermano la natura di *tertium genus*, a carattere misto penale-amministrativo²¹. Molto si è discusso, e tuttora si discute, di quale sia la reale natura della responsabilità da reato degli enti collettivi²². Con indipendenza di questa scelta, la sanzione che costituisce il perno del sistema continua ad essere quella pecuniaria, di obbligatoria imposizione. Il tratto più rilevante della sanzione pecuniaria contro persone giuridiche in Italia è l'abbandono del tradizionale modello della pena pecuniaria per le persone fisiche, il sistema di commisurazione a somma complessiva (*ex* art. 133-*bis* c.p., che però consente al giudice aumenti e diminuzioni oltre i limiti edittali), a favore del meccanismo di calcolo per quote o a tasse giornaliere. In Spagna, però, si preferisce per le persone giuridiche il modello della multa proporzionale, sebbene per le persone fisiche il sistema applicato sia quello per quote.

Il sistema di commisurazione a somma complessiva, usato sia nel diritto amministrativo spagnolo ed italiano sia nel diritto penale italiano, ha dei limiti già abbondantemente evidenziati dalla dottrina²³. Può invece ritenersi adeguato, rispetto alle persone giuridiche, il modello di commisurazione per tassi giornaliere, tanto apprezzato nel caso di persone fisiche? In dottrina si registrano, sul punto, opinioni divergenti. Un primo orientamento ne esalta i vantaggi rispetto al modello proporzionale, rilevandone la maggiore aderenza ai canoni di uguaglianza e non discriminazione²⁴, mentre un'altra corrente di pensiero ne evidenzia gli svantaggi, in particolare quelli derivanti dalle difficoltà di determinare la capacità economica del reo, nonché la relativa esiguità della sanzione massima prevista²⁵. A mio avviso, il modello delle quote giornaliere, sia nell'Ordinamento spagnolo sia nell'italiano, presenta alcuni non trascurabili svantaggi nel settore della responsabilità delle persone giuridiche. Anzitutto la quota giornaliera minima, ritenuta alla portata degli enti dotati di minori risorse, è in Spagna troppo bassa, il che si traduce in una scarsa capacità deterrente. In Italia, invece, l'elevato importo del limite minimo esibisce un rigore sproporzionato nei confronti della piccola impresa. D'altra parte, in Italia è troppo bassa la quota giornaliera massima, la quale nemmeno se combinata con la durata massima può avere effetto deterrente per le grandi imprese che sono state le protagoniste

¹⁷ DE SIMONE, G., *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, ETS, Pisa, 2012, p. 318. Cfr. anche GUERRINI, R., "Le sanzioni a carico degli enti nel d.lgs. n. 231/2001", in DE FRANCESCO, G. (a cura di), *La responsabilità degli enti*, cit., pp. 69-70.

¹⁸ Su questi criteri, RIVERDITI, M., *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e specialprevenzione. Circolarità ed innovazione dei modelli sanzionatori*, Jovene, Napoli, 2009, p. 285-292. Anche LOTTINI, R., "Il sistema sanzionatorio", in GARUTI, G. (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Cedam, Padova, 2002, p. 138 ss, approfondisce i singoli concetti.

¹⁹ Per esempio PALIERO, C. E., "Il d.lgs. 8 giugno 2001", cit., p. 845, il quale parla di un "nuovo" modello di responsabilità penale.

²⁰ Per tutti, si veda MARINUCCI, G., "Societas puniri potest": uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee", *Riv. it. dir. proc. pen.* 2002, p. 1203.

²¹ Tra gli altri, FERRUA, P., "Procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni", *Rivista di diritto e procedura penale* 2001, pp. 1479 ss.; e DE RISIO, A., "Societas delinquere potest?", *Giurisprudenza di merito* 5/2005, p. 1153 ss.

²² Ampiamente DE SIMONE, G., *Persone giuridiche*, cit., pp. 324 ss.

²³ Vid. per tutti GOISIS, L., *La pena pecuniaria, un'indagine storica e comparata: profili di effettività della sanzione*, Giuffrè, Milano, 2008; MIEDICO, M., *La pena pecuniaria. Disciplina, prassi e prospettive di riforma*, Egea, Milano, 2008.

²⁴ In tal senso si esprime, tra gli altri, LANDROVE DÍAZ, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 6ª ed. Tecnos, Madrid, 2005, p. 92, secondo il quale la ragione d'essere del modello delle quote giornaliere, nonché il suo principale vantaggio, è l'adeguatezza alle possibilità economiche del condannato, che consente di evitare fenomeni discriminatori.

²⁵ Cfr. per la Spagna MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed. Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 237; per l'Italia BERNASCONI, A., "L'apparato sanzionatorio", in PRESUTTI, A./ BERNASCONI, A., *Manuale della responsabilità degli enti*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 183.

delle grandi catastrofi ambientali o finanziarie, mentre in Spagna l'importo di nove milioni di euro sembra meno suscettibile di risolversi in un mero costo di gestione, sebbene di nuovo per le grandi imprese possa non avere effetto deterrente²⁶. Queste cifre possono apparire sufficientemente elevate, quanto meno se le si confronta con quelle previste in altri paesi²⁷, e tuttavia vi sono ordinamenti che non prevedono alcun limite massimo, come l'Inghilterra e il Galles. Senza dimenticare che esistono sanzioni pecuniarie di natura amministrativa di importo superiore²⁸.

La sanzione pecuniaria proporzionale è specialmente adeguata quando l'ente ne ha ricavato un vantaggio o un profitto dal reato commesso dalla persona fisica. Certo che si può produrre la "*deterrence trap*", ciò è, l'imposizione di una sanzione che superi ogni possibilità reale di assorbimento da parte dell'ente, il che gli fa perdere gli effetti deterrenti. Nonostante, è possibile prendere misure diverse per evitarlo, come per esempio tenere in conto per imporre un determinato fattore di moltiplicazione (x 2, x 3, x 4, ecc.) "non solo le circostanze attenuanti e aggravanti del fatto, ma principalmente la situazione economica del colpevole", come fa l'art. 52.2 c.p.s. In ogni caso, la ragione fondamentale che giustifica la preferenza per il modello di multa proporzionale si trova nella classe di reati che fanno scattare la responsabilità sia penale (in Spagna) sia amministrativa (in Italia) delle persone giuridiche: reati economici o caratteristici della criminalità organizzata, che di solito producono ingenti profitti. Il problema è che la sanzione pecuniaria proporzionale, che si determina usando parametri che moltiplicando il profitto ottenuto o che si sarebbe potuto ottenere, finisce per farsi effettiva su beni che possono anche avere origine lecita, approssimandosi nei suoi effetti alla confisca dei beni, che non ha un limite di valore. Questo dà luogo ad una confusione non desiderabile. La sanzione pecuniaria non dovrebbe avere una finalità confiscatoria; la confisca non dovrebbe avere una finalità punitiva²⁹. Solamente la forma combinata di questi due misure può offrire una soluzione giusta nell'ambito della responsabilità degli enti.

Una possibile via di mezzo sarebbe la previsione di una sanzione pecuniaria seguendo il modello per quote, con un minimo abbastanza basso e senza limite massimo o (se si hanno dubbi di legittimità costituzionale, in particolare sotto il profilo del principio di legalità, perché esse difetterebbero della predeterminazione legale) con un massimo che il giudice possa elevare ancora sostanzialmente nel caso che si tratti di una grande impresa, seguendo modelli già conosciuti nel diritto italiano³⁰.

5.

La sanzione pecuniaria è adeguata per le persone giuridiche?

La sanzione pecuniaria, sia penale sia amministrativa, è la punizione più usata contro le persone giuridiche. Questa primazia, riscontrabile nella maggioranza degli ordinamenti europei, si giustifica generalmente sulla base del fatto che un ente collettivo non può essere condannato alla pena detentiva, diversamente da una persona fisica che può soffrire la privazione

²⁶ Come abbiamo visto, l'importo della pena pecuniaria per le persone giuridiche in Spagna oscilla tra un minimo di 5.400 ed un massimo di nove milioni di euro. In Italia, la banda di oscillazione della sanzione pecuniaria è più ridotta. Si estende tra un minimo di 25.800 e un massimo di euro 1.549.000. Si pretendeva, in sostanza, garantire un "adeguamento effettivo alle condizioni dell'ente, in considerazione del carattere estremamente variegato della realtà economica dell'impresa nel nostro paese", secondo la Relazione.

²⁷ La più alta pena pecuniaria irrogabile nei Paesi Bassi è pari a 740.000 euro. Cfr. KEULEN, F./ GRITTER, E., "Corporate Criminal Liability in the Netherlands", in PIETH, M./ IVORY, R. (Eds.), *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence, and Risk*, Springer, Dordrecht, 2011, p. 185. Invece, in Francia si può arrivare fino a 5 milioni di euro. Cfr. DECKERT, K., "Corporate Criminal Liability in France", in PIETH, M./ IVORY, R. (Eds.), op. cit., p. 166.

²⁸ Per esempio, l'art. 23.1 del Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato (Testo rilevante ai fini del SEE), prevede che la Commissione potrà "irrogare", una cifra che può essere enorme. Con riferimento ai criteri di calcolo, v. le Diretrici per il calcolo delle sanzioni pecuniarie imposte in applicazione dell'art. 23, comma 2, lett. a) del Regolamento (CE) n. 1/2003 (2006/C 201/02) (Testo rilevante ai fini del SEE).

²⁹ Questo tema meriterebbe un approfondimento dei rapporti tra strumenti confiscatori e sanzioni pecuniarie. L'economia del presente lavoro non consente una autonoma trattazione. Si rimanda sull'argomento a FORNARI, L., *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale "moderno"*, Cedam, Padova, 1997, p. 247 ss.

³⁰ Il Codice Rocco prevedeva la facoltà per il giudice di aumentare fino al triplo la pena pecuniaria, quando per le condizioni economiche del reo essa dovesse presumersi inefficace (artt. 24, c. 3 e 26, c. 2 c.p.).

di libertà³¹. Perchè, invece, non si usano tanto le sanzioni interdittive?

Ci sono altri due fattori chiave per spiegare la diffusione della sanzione pecuniaria. Il primo, innegabile, fa riferimento ai minori costi che deve sopportare lo Stato per la sua esecuzione. Il secondo, molto più discusso, è centrato sulla presunzione che tale sanzione abbia un grande potenziale deterrente. Questa presunzione a sua volta è basata sull'assunto che la persona giuridica, analogamente alla persona fisica, compia scelte razionali sulla base di un bilanciamento tra costi e benefici³².

Tuttavia, questa valutazione positiva della sanzione pecuniaria non può non sorprendere se si considerano, da un lato, le osservazioni critiche che sono state formulate in dottrina con riferimento ai suoi asseriti effetti preventivi, i quali risulterebbero a ben vedere assenti, e ciò per diverse ragioni sulle quali mi soffermerò nel prosieguo; e, dall'altro lato, che tradizionalmente il livello della sanzione pecuniaria si è mantenuto abbastanza basso, riducendo così ulteriormente i suoi potenziali effetti deterrenti. Andiamo con ordine.

I principali sostenitori della sanzione pecuniaria, sia per le persone fisiche, che specialmente per le giuridiche, si collocano nella scuola di Chicago. Dalla prospettiva dell'analisi economica del diritto, si parte da un modello nel quale le persone prendono decisioni razionali tendenti alla massimizzazione dei benefici ed alla minimizzazione dei costi. Applicata al diritto penale e amministrativo, questa teoria prevede che l'infrazione venga commessa quando i benefici ricavati da lei superano i costi prevedibili³³.

La teoria della scelta razionale permette di determinare quale sia la sanzione ottimale e con che grado di intensità debba essere imposta. Così come ha originariamente affermato Gary Becker nel 1968³⁴, la multa è la pena ideale per le persone fisiche, perché risparmia alla società il costo della prigione e permette al condannato di continuare a lavorare. Nel suo studio egli afferma che, se alcuni criminali possono pagare la pena pecuniaria e altri no, i primi devono essere puniti con una pena pecuniaria e per i secondi devono essere ricercate altre pene³⁵. La prima conseguenza di questa proposta è che la scelta delle pene deve realizzarsi non sulla base della gravità del reato, quanto piuttosto sulla capacità del reo di far fronte al pagamento della pena pecuniaria. La seconda è che un delinquente solvente non deve andare in prigione ogni volta in cui sia in grado di pagare la pena pecuniaria.

Becker non ha fatto riferimento nel suo studio alla criminalità d'impresa. Lo ha fatto Richard Posner³⁶. Secondo questo autore, lo scopo che deve perseguire la pena pecuniaria nell'ambito della criminalità collettiva è quello di motivare l'impresa (in realtà i soci) a organizzarsi in modo da prevenire la commissione di reati. Si è, infatti, ipotizzato che i reati commessi dalle persone giuridiche rispondano a motivazioni razionali, ed in particolare ad un bilanciamento tra costi e benefici, con la conseguenza che l'impresa si asterrà dal commetterli

³¹ E' famosa la citazione attribuita al primo Lord Thurlow (1731-1806), il quale avrebbe chiesto "Did you ever expect a corporation to have a conscience, when it has no soul to be damned, and no body to be kicked?". L'autore che più ha contribuito a renderla popolare è COFFEE, J. C. Jr., "No soul to damn: No body to kick: An unsandalized inquiry into the problem of corporate punishment", *Michigan Law Review* 79(3), 1981, pp. 386-459.

³² E' un argomento comune in dottrina. Si veda per tutti CHAMBLISS, W. J., "Types of Deviance and the Effectiveness of Legal Sanctions", *Wisconsin Law Review* 1967, pp. 705-719; BRAITWAITE, J./ GEIS, G., *On Theory and Action for Corporate Crime Control*, in *Crime and Delinquency* 28, 1982, p. 302; MILLER, E. H., "Federal Sentencing Guidelines for Organizational Defendants", *Vanderbilt Law Review* 46, 1993, pp. 203 ss.; PATERNOSTER, R./ SIMPSON, S., "A Rational Choice Theory of Corporate Crime", in CLARKE, R. V./ FELSON, M. (Eds.), *Routine Activities and Rational Choice: Advances in Criminological Theory. Volume 5*, Transaction Publishers, New Brunswick, 1993, *passim*; ULEN, T. S., "The Economic Case for Corporate Criminal Sanctioning", in LOFQUIST, W./ COHEN, M./ RABE, G. (Eds.), *Debating Corporate Crime*, Anderson Publishing, Cincinnati, 1997, pp. 119-141. Contro questa presunzione che la persona giuridica si comporti come quella fisica, si vedano le interessanti considerazioni di ERMANN, M. D./ RABE, G. A., "Organizational Processes (not rational choices) Produce most Corporate Crimes", in LOFQUIST, W./ COHEN, M./ RABE, G. (Eds.), cit., *passim*; LAUFER, W. S., "Corporate Bodies and Guilty Minds", *Emory Law Journal* 43, 1994, pp. 647-730; METZGER, M. B./ SCHWENK, C. R., "Decision Making Models, Devil's Advocacy, and the Control of Corporate Crime", *American Business Law Journal* 28, 1990, pp. 323-377.

³³ Cfr. GRASMICK, H. G./ BURSIK, R. J., "Conscience, Significant Others, and Rational Choice: Extending the Deterrence Model", *Law and Society Review* 24, 1990, pp. 837-861; PILAVIN, I./ GARTNER, R./ THORNTON, C./ MATSUEDA, R., "Crime, Deterrence, and Rational Choice", *American Sociological Review* 51, 1986, pp. 101-119.

³⁴ Citato da BECKER, G., "Crime and Punishment: An economic approach", in BECKER, G./ LANDES, W. (Eds.), *Essays in the Economics of Crime and Punishment*, Columbia University Press, New York, 1974, pp. 1-54. Si veda anche BECKER, G., *The Economic Approach to Human Behavior*, University of Chicago Press, Chicago-London, 1976.

³⁵ Cfr. BECKER, G., "Crime and Punishment", cit., pp. 31-32.

³⁶ POSNER, R. A., "Optimal Sentences for White-Collar Criminals", *American Criminal Law Review* 17, 1980, pp. 409-418; dello stesso autore, *Economic Analysis of Law*, 6th ed. Aspen Publishers, New York, 2002, pp. 437-439.

se minacciata da una sanzione la cui esecuzione (*“expected punishment cost”*)³⁷ equivalga come minimo al beneficio che essa spera di ottenere attraverso l’illecito. Posner mostra come, giacché la sanzione per eccellenza per gli enti collettivi è quella pecuniaria, non è chiaro perché debba avere natura penale, posto che i costi imposti dalle garanzie del processo penale hanno senso, dal punto di vista economico, solo quando la sanzione penale inflitta comporta costi più pesanti che il mero trasferimento di denaro allo Stato. La conclusione è che sia preferibile sanzionare gli enti collettivi con sanzioni pecuniarie di natura non penale.

Nonostante la chiarezza teorica di questa proposta ci sono vari aspetti che risultano criticabili. Lasciando da parte la questione che per le persone fisiche si introduce un doppio regime sanzionatorio, il quale non compensa le disuguaglianze sociali, ma anzi le perpetua³⁸, è di carattere generale l’obiezione che l’applicazione speculare della legge della domanda e dell’offerta al diritto penale non è sostenibile. Come segnala Paliero³⁹, questa legge è anzitutto rivolta al mercato dei beni, ossia di quelle risorse materiali che assegnano dei vantaggi a tutti gli operatori economici – tanto i produttori quanto i consumatori –. Inoltre, la legge in parola ha per oggetto un modello di comportamento volto a promuovere le decisioni relative ai beni, non a disincentivarle. Al contrario, la logica che sottostà al “mercato della pena” è esattamente inversa: in questo mercato si distribuisce un bene negativo – la pena –, che presuppone costi per tutti e non apporta alcun beneficio, né pubblico né privato. Si tratta di un mercato la cui logica è orientata a deprimere, non a sviluppare le proprie dinamiche, e soprattutto mira a scoraggiare sia la domanda di pena – da parte del reo con il suo comportamento criminale – come l’offerta di pena – da parte dello Stato –. Certo è che in questo mercato c’è un beneficio finale, rappresentato dal mantenimento dell’ordine sociale grazie alla prevenzione dei reati, e tuttavia questo beneficio non è quantificabile, quindi non è apprezzabile in termini economici, il che significa che fuoriesce dalla razionalità del modello. Inoltre tanto il comportamento degli attori istituzionali quanto quello degli attori individuali in questo mercato è, almeno in parte, e in alcuni casi completamente, anelastico, nel senso che sia insensibile a modifiche della quantità e del prezzo del bene offerto dal “mercato della pena”. Detto brevemente, buona parte del comportamento criminale non risponde ai parametri di una “scelta razionale”, come ci indicano gli studi criminologici dedicati all’analisi del tipo criminale. Non solo esistono crimini passionali, ma anche sottoculture criminali che non rispondono a una razionalità economica. A volte anche i criminali razionali per eccellenza, le persone giuridiche, agiscono irrazionalmente. Ciò accade, per esempio, quando l’infrazione nasce da ignoranza o dalla mancanza di capacità tecnica o organizzativa di soddisfare la norma, indipendentemente dal livello della pena pecuniaria. A questo si aggiunge che ci sono indizi del fatto che la massimizzazione del profitto può non essere, in assoluto, una spiegazione adeguata al comportamento aziendale, ben potendo venire in rilievo motivazioni di diverso tipo, ad esempio le ambizioni di carriera e le lotte di potere tra gruppi di azionisti nelle società quotate⁴⁰.

In secondo luogo, continua ad essere difficile determinare il livello ottimale della pena pecuniaria. Bisogna, infatti, considerare che la maggioranza dei delitti imputabili a persone giuridiche siano delitti socioeconomici in senso lato, come quelli ambientali, con un tasso molto basso di scoperta e ancora più basso di perseguimento e condanna. La percezione della minaccia sottesa alla sanzione riflette la probabilità che questa sia inflitta. Si deve conoscere e tenere in considerazione questo dato al momento della determinazione dell’ammontare della pena pecuniaria, ragione per cui esiste una vivace diatriba al riguardo⁴¹. In ogni caso, vi è un notevole consenso sul fatto che l’importo debba essere rilevante, proprio in ragione del summenzionato basso livello di accertamento e di perseguimento dei delitti generalmente attribuiti alle persone giuridiche⁴². Ma la previsione di sanzioni pecuniarie sufficientemente

³⁷ Su questo concetto, COFFEE, J. C. Jr., “No soul to damn”, cit., p. 389; dello stesso autore, “Making the Punishment fit the Corporation: The Problem of Finding an Optimal Corporation Criminal Sanction”, *Northern Illinois University Law Review* 1980, pp. 7-8. L’*“expected punishment cost”* si calcola sulla base di due fattori: l’importo della pena pecuniaria e la probabilità della sua applicazione.

³⁸ Saranno, infatti, sempre gli stessi a soffrire lo stigma della prigione, le classi economicamente disagiate; mentre chi può permetterselo sarà sanzionato con pene pecuniarie non stigmatizzanti, la cui imposizione non ha lo stesso effetto della prigione.

³⁹ PALIERO, C. E., “L’economia della pena”, *Riv. ital. dir. proc. pen.* 2005, p. 1372.

⁴⁰ Cfr. LEVIN, M. H., “Corporate probation conditions: Judicial creativity or abuse of discretion?”, *Fordham Law Review* 52, 1983, p. 641.

⁴¹ Cfr. GRUNER, R. S., “Structural Sanctions: corporate sentences beyond fines”, in LOFQUIST, W./ COHEN, M./ RABE, G. (eds.), cit., pp. 147-148; HEINE, G., “Sanctions in the field of corporate criminal liability”, in ESER, A. (ed.), *Criminal responsibility of Legal and Collective Entities*. Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, Freiburg, 1999, pp. 242 ss.

⁴² Cfr. MILLER, E. H., “Federal Sentencing Guidelines”, cit., p. 204.

elevate per ottenere un effetto deterrente può impedire la sopravvivenza delle aziende a cui queste effettivamente si applicano⁴³: si produce così la c.d. “*deterrence trap*”, ossia la trappola della deterrenza⁴⁴. Gli effetti preventivi della pena pecuniaria a nulla servono quando la persona giuridica è incapace di far fronte alla sanzione.

D'altra parte, siccome la persona giuridica è cosa diversa rispetto alle persone fisiche che la dirigono, non è neppure chiaro se una pena pecuniaria elevata, della quale è destinataria la persona giuridica, comporti effetti dissuasivi tanto sui rappresentanti legali e sugli amministratori, che sono coloro che veramente possono essere più colpiti nella propria carriera professionale dallo stigma inerente al reato⁴⁵, quanto sui quadri più preoccupati di conseguire una promozione a tutti i costi⁴⁶.

Queste critiche mi sembrano difficili di refutare. Altre, nonostante, hanno dei punti deboli. Per esempio, si è indicato che la previsione di sanzioni pecuniarie eccessive può produrre effetti indesiderati, chiamati “*overspill*”⁴⁷, che gravano su terzi innocenti: sostanzialmente, soci, obbligazionisti, creditori⁴⁸, lavoratori⁴⁹ e clienti o consumatori⁵⁰. Anzi tutto, io non comprenderei tra questi terzi innocenti i soci e gli obbligazionisti⁵¹, perché, per come si configura il modello di imputazione di responsabilità penale/amministrativa della persona giuridica in Spagna e in Italia sono anch'essi considerati responsabili – sebbene a loro non si imponga direttamente una sanzione – di non aver esercitato un debito controllo sui rappresentanti legali e sugli amministratori di fatto e di diritto dell'ente. Per quel che attiene agli effetti sui creditori e i lavoratori, conviene tenere presente che non c'è pena o sanzione che non imponga costi a terzi innocenti, e che i costi sopra illustrati non paiono sproporzionati, soprattutto perché quando lo sono il giudice è obbligato a considerarlo nel processo di applicazione della sanzione alla persona giuridica. Piuttosto, mi pare preoccupante quanto detto sopra rispetto alla riluttanza dei giudici di altri paesi ad imporre sanzioni pecuniarie elevate, proprio per evitare questo presunto effetto su terzi innocenti; fenomeno meglio noto come “*nullification*”⁵².

Da ultimo, la sanzione pecuniaria può essere considerata un costo imprenditoriale in più⁵³, che la persona giuridica può trasferire sui clienti e i consumatori attraverso l'aumento dei prezzi dei suoi prodotti e servizi. Questa è una critica frequente, sulla quale i commentatori insistono costantemente. Bisogna tuttavia considerare che, in un mercato concorrenziale, non risulti facile per l'impresa aumentare i prezzi senza perdere competitività. D'altra parte, se l'impresa avesse potuto aumentare i prezzi rimanendo competitiva, non lo avrebbe forse già fatto prima, senza la necessità di aspettare l'imposizione di una sanzione pecuniaria?⁵⁴

⁴³ Cfr. GRUNER, R. S., “Structural Sanctions”, cit., p. 148.

⁴⁴ Al riguardo, è imprescindibile COFFEE, J. C. Jr., “No soul to damn”, cit., pp. 389 ss.

⁴⁵ In dottrina si è andata abbandonando la posizione secondo cui solo la persona fisica sarebbe capace di avvertire l'effetto stigmatizzante della condanna, effetto che una struttura inanimata come la persona giuridica non potrebbe invece percepire. Sul punto, ad esempio COFFEE, J. C. Jr., “No soul to damn”, cit., p. 389. Oggi, infatti, si sa che l'immagine è molto importante per le società quotate, le quali investono ingenti somme di denaro in campagne pubblicitarie volte a migliorarla. Si veda tra gli altri FISSE, B., “Reconstructing Corporate Criminal Law: Deterrence, Retribution, Fault, and Sanctions”, *Southern California Law Review* 56(6), 1983, p. 1153.

⁴⁶ Cfr. HEINE, G., “Sanctions”, cit., p. 244. PATERNOSTER, R./ SIMPSON, S., “Sanction Threats and Appeals to Morality: Testing a Rational Choice Model of Corporate Crime”, *Law and Society Review* 30(3), 1996, pp. 549 ss., scoprono che le considerazioni morali costituiscono per gli amministratori e i dirigenti una fonte importante di controllo sociale. Solo nei settori in cui è meno forte l'inibizione morale predominano le considerazioni di tipo razionale e strumentale.

⁴⁷ “Quando la persona giuridica prende il raffreddore, altri starnutiscono” (COFFEE, J. C. Jr., “No soul to damn”, cit., p. 401).

⁴⁸ La sanzione pecuniaria è criticata perché riduce il patrimonio dell'ente e pertanto la garanzia di pagamento dei creditori sociali. Cfr. KENNEDY, C., “Criminal Sentences for Corporations: Alternative Fining Mechanisms”, *California Law Review* 73(2), 1985, p. 455.

⁴⁹ Il diminuire della capacità produttiva può obbligare l'ente a modificare la propria strategia d'impresa, riducendo il personale e così incidendo negativamente sui livelli di occupazione. Cfr. COFFEE, J. C. Jr., “No soul to damn”, cit., pp. 401-402.

⁵⁰ Cfr. RUSH, F. L., “Corporate Probation: Invasive Techniques for Restructuring Institutional Behavior”, *Suffolk University Law Review* 21(1), 1986, p. 455.

⁵¹ Si veda, tuttavia, COFFEE, J. C. Jr., “Making the Punishment”, cit., p. 6. Nel senso che la pena pecuniaria non fa nulla di più che privare gli azionisti dell'arricchimento ingiusto derivante dal reato, si veda J. B. McADAMS, “The Appropriate Sanctions for Corporate Criminal Liability: An Eclectic Alternative”, *University of Cincinnati Law Review* 46, 1977, pp. 994-995. Sul punto si veda anche KREINER RAMIREZ, M., “The Science Fiction of Corporate Criminal Liability: Containing the Machine through the Corporate Death Penalty”, *Arizona Law Review* 47, 2005, pp. 991 ss.; DE MAGLIE, C., *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 347-348.

⁵² Cfr. MILLER, E. H., “Federal Sentencing Guidelines”, cit., p. 207.

⁵³ Al respecto, si veda COFFEE, J. C. Jr., “No soul to damn”, cit., pp. 401-402; LEVIN, M. H., “Corporate Probation Conditions”, cit., p. 639; ORLAND, L., “Reflections on Corporate Crime: Law in Search of Theory and Scholarship”, *American Criminal Law Review* 17, 1980, p. 516.

⁵⁴ Cfr. COOTER, R., “Prices and Sanctions”, *Columbia Law Review* 84(6), 1984, pp. 1523 ss.

6.

Conclusioni

Analogamente a quanto accade rispetto alle pene applicabili alle persone fisiche, esiste un acceso dibattito dottrinale sulle finalità delle sanzioni penali ed amministrative applicabili alle persone giuridiche. Oltre alla funzione general-preventiva, le sanzioni per le persone giuridiche hanno una evidente vocazione special-preventiva, giacché mirano a controllare o neutralizzare, in via provvisoria o definitiva, una persona giuridica che ha manifestato una spiccata pericolosità attraverso i reati commessi da coloro che ne esercitano la direzione e gestione. Tale pericolosità dell'ente è in relazione diretta con la sua incapacità di organizzarsi in maniera tale che i suoi amministratori, rappresentanti e dipendenti non commettano reati. Da questo punto di vista, incoraggiare la persona giuridica ad adottare misure preventive non può che rappresentare uno degli obiettivi fondamentali del diritto penale o amministrativo. Come abbiamo messo in luce, tale considerazione spinge i fautori dell'analisi economica del diritto a difendere la sanzione pecuniaria come quella più adeguata per gli enti collettivi, giacché questi ultimi si comportano in maniera razionale, secondo la logica del calcolo tra costi e benefici, sicché una sanzione pecuniaria sufficientemente elevata per compensare il danno arrecato alle vittime, maggiorata dalle spese processuali, dovrebbe avere necessariamente effetti preventivi. Tale orientamento si regge, come sopra illustrato, su due pilastri fondamentali: la concezione della persona giuridica di tipo imprenditoriale come un soggetto razionale e la convinzione che sia possibile calcolare sanzioni pecuniarie sufficientemente dissuasive, ma che al contempo possano essere pagate dall'ente condannato senza colpire eccessivamente terzi innocenti. Entrambi questi argomenti sono stati oggetto di ragionevoli critiche. A ciò si aggiunga che la sanzione pecuniaria da sola non stimola l'impresa a modificare la propria organizzazione interna con lo scopo di implementare misure efficaci per prevenire e scoprire quei reati che in futuro potrebbero essere commessi per il suo tramite o avvalendosi della sua copertura⁵⁵. Di qui l'importanza di altre sanzioni non pecuniarie che siano in grado di incidere sull'organizzazione interna della persona giuridica. È opportuno che la pena pecuniaria sia accompagnata da sanzioni interdittive che eliminino la pericolosità dell'ente e/o lo incoraggino o lo obblighino a riorganizzarsi in maniera tale da prevenire la commissione di reati. Sotto questo profilo, l'amministrazione giudiziaria (commissario giudiziale nella terminologia italiana) sembra una delle misure dotate di maggiore potenziale, a condizione beninteso che nella sua applicazione concreta venga configurata come una sorta di "probation" corporativa che consenta sia la rimozione di amministratori e dirigenti, sia l'imposizione di nuove strutture organizzative volte alla prevenzione dei reati. Non risulta invece opportuno incentrare tutta l'attenzione sull'esistenza di modelli organizzativi per la prevenzione dei reati. Alcuni studi mettono, infatti, in luce come questi modelli siano finalizzati più ad attenuare la responsabilità penale o amministrativa dell'ente che ad ottenere un reale mutamento della condotta corporativa che garantisca il futuro rispetto della legge⁵⁶.

In secondo luogo, bisogna parimenti tenere conto che la mera imposizione di una sanzione pecuniaria, anche elevata, non trasmette alla società il messaggio che la condotta criminosa dell'ente sia intollerabile, bensì, piuttosto, l'impressione che il crimine sia accettabile a condizione che l'impresa ne paghi il prezzo⁵⁷, cosa che inevitabilmente riduce la fiducia della comunità nei confronti del sistema sanzionatorio.

⁵⁵ Cfr. già STONE, C. D., *Where the Law Ends. The Social Control of Corporate Behavior*, Harper & Row, New York, 1975, p. 57. Non manca chi sostiene che la multa sia più adeguata rispetto ad altre misure, come la "probation", per realizzare le finalità della pena. In tal senso, WRAY, C. A., "Corporate Probation under the New Organizational Sentencing Guidelines", *The Yale Law Journal* 101(8), 1992, pp. 2031 ss.

⁵⁶ Ad esempio, KRAWIEC, K. D., "Cosmetic Compliance and the Failure of Negotiated Governance", *Washington University Law Quarterly* 81, 2003, pp. 510 ss., secondo il quale le indagini empiriche mostrano come né i codici di comportamento né i *compliance programs* costituiscano meccanismi efficaci per impedire "condotte socialmente indesiderabili all'interno delle organizzazioni"; McKENDALL, M., et al., "Ethical Compliance Programs and Corporate Illegality: Testing the Assumptions of the Corporate Sentencing Guidelines", *Journal of Business Ethics* 37, 2002, pp. 376-379.

⁵⁷ Cfr. FISSE, B., "Sentencing options against corporations", *Criminal Law Forum* 1(2), 1990, p. 220; KAHAN, D. M./ POSNER, E. A., "Shaming White-Collar Criminals: A Proposal for Reform of the Federal Sentencing Guidelines", *Journal of Law & Economics* 42, 1999, p. 380.

LOS PROTOCOLOS DE PREVENCIÓN DE DELITOS EN EL ÁMBITO EMPRESARIAL: EL REFERENTE DE LOS MODELOS DE ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN DE LA REGULACIÓN ITALIANA

Relazione al Congresso italo-spagnolo
svoltosi presso l'Università degli Studi di Milano il 29 e 30 maggio 2014

Norberto J. de la Mata*

SOMMARIO

1. Significado, finalidad y relevancia de los Protocolos de prevención de delitos (*Corporate Compliance Programs*). – 2. Contenido de los Protocolos de prevención de delitos. – 3. Alcance y ámbito de aplicación de los Protocolos de prevención de delitos. – 4. La delimitación competencial como cuestión clave en la elaboración de los Protocolos de prevención de delitos. – 5. Síntesis.

* Catedrático de Derecho Penal, Universidad del País Vasco (UPV/EHU).

1.

Significado, finalidad y relevancia de los protocolos de prevención de delitos (*corporate compliance programs*).

Dentro de las novedades que introduce la reciente regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica en la legislación penal española uno de los aspectos que más controversia ha suscitado es el de la previsión contemplada, inicialmente, en el número 4 letra d) del artículo 31 bis surgido con la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio por la que se modifica el Código Penal, que establecía como circunstancia atenuante específica de dicha responsabilidad: “*haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica*”.

Nada se nos decía acerca de cuáles eran esas “medidas eficaces” ni qué forma habían de adoptar¹. Y nada se nos decía sobre qué ocurría si dichas medidas ya han sido adoptadas con anterioridad a la comisión del delito, aunque en el caso concreto hayan podido fracasar.

Parecía lógico pensar, de entrada, que si la adopción “a futuro” de las mismas permitía atenuar la responsabilidad penal, su existencia “antes de” la actuación delictiva a enjuiciar, debería permitir la exención de responsabilidad, tanto desde una pura argumentación sistemática, como desde lo que significa la exigencia de responsabilidad penal por “hechos propios” y no ajenos (partiendo, claro está, de la capacidad de autodeterminación de la persona jurídica)².

Y parecía lógico pensar que habría de ser la jurisprudencia la que nos habría de ir dando pautas orientativas; tanto sobre el alcance, excluyente o atenuante de la responsabilidad³, de la existencia de dichas medidas, como sobre el contenido que habrían de tener las mismas.

Pero la inseguridad era evidente.

La Circular 1/2011 de la Fiscalía afirmaba que “la elaboración y el cumplimiento de las normas de autorregulación de las empresas o *compliance guide*, solo son relevantes en la medida en que traduzcan una conducta. Su formalización no aporta ni su inexistencia resta la capacidad potencial de incurrir en responsabilidad penal, porque lo determinante no es si se actuó de acuerdo con la guía o si esta era hipotética u objetivamente apta para evitar el delito, sino si, con guía o sin ella, procede atribuir a la persona jurídica la responsabilidad penal derivada de los delitos cometidos por sus gestores, por haber tenido lugar dichas conductas ilícitas cuando los mismos actuaban en nombre, por cuenta y en provecho de la corporación, o como consecuencia de haber omitido aquellos el debido control sobre sus subordinados jerárquicos en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de la entidad”.

La Circular considera insuficientes las operaciones de simple mejora de la imagen empresarial, exigiéndose de las empresas “una reorganización preventiva e investigadora y el establecimiento de medidas eficaces para prevenir y/o evitar y, en su caso, descubrir los delitos”. Y subraya que “lo importante no es la adquisición de un código de autorregulación”, sino acreditar que “los gestores o los órganos de gobierno de la persona jurídica han ejercido por sí o por delegación en otras personas todas las medidas exigibles para la prevención, detección y reacción ante posibles delitos”.

Efectivamente. Parecen acertados los términos en que se expresa la Fiscalía en cuanto no se trata de contar, simplemente, con una “*compliance guide*”. Pero, con alguna matización. Las “normas de autorregulación de las empresas o *compliance guide*” que menciona la Circular parecen referirse exclusivamente a lo que son Códigos de comportamiento o Manuales de conducta, descriptivos de lo que puede o no hacerse dentro de la Empresa e ilustrativos al modo de una especie de Manual de calidad cuya principal función sea meramente publicitaria. Lo que los Protocolos de prevención de delitos (no exactamente coincidentes, pero sí próximos a lo que también se denomina Manuales de cumplimiento normativo o Manuales de organización y gestión), que son lo que entiendo habrían de permitir – correctamente implementados – la plena exclusión de

¹ Así lo señala, crítica y acertadamente, por ejemplo, FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español (una visión crítica)”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, 2011, n° 25, p. 35.

² Comparten esta opinión muchos autores: véase, entre otros, BACIGALUPO ZAPATER, E., “Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de *compliance*: a propósito del Proyecto de reformas del Código Penal de 2009”, *La Ley*, 2010, n° 7442, pp. 4 y ss. En contra, sin embargo, DEL ROSAL BLASCO, B., “Responsabilidad penal de empresas y códigos de buena conducta corporativa”, *La Ley*, 2011, n° 7670, p. 4.

³ A pesar de destacar la eficacia preventiva que pueden tener estos manuales, también BACHMAIER WINTER, L., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: definición y elementos de un programa de *compliance*”, *La Ley*, 2012, n° 7938, p. 5, señalaba que habrá que esperar a ver el valor que a los mismos atribuyen los tribunales.

responsabilidad penal, han de representar algo que va mucho más allá de eso.

Un Protocolo que pretenda tener tal consecuencia debería trasladar el compromiso real de la Empresa en su gestión con el control que impida en ella o por ella una actuación delictiva. Y a tales efectos, debería incluir un estudio de la estructura, organización y modo de actuación empresarial que garantice un seguimiento eficaz de potenciales conductas delictivas, un código de conducta tendente a evitar ilícitos penales debidamente implementado, divulgado y controlado y un sistema disciplinario que contemple las consecuencias de su incumplimiento. Con ello, se implementaría un sistema de gestión empresarial que podría impedir, de manera eficaz – a pesar de puntuales fracasos –, la comisión de delitos en el seno de la Empresa, de modo tal que quien vulnere el Protocolo establecido podrá afirmarse que se habrá saltado, no sólo una norma de conducta, sino todos los mecanismos “eficaces” arbitrados para que ello no suceda; y en ese sentido su comportamiento no debiera conllevar una responsabilidad de “otro” que ni quiso que el mismo tuviera lugar ni pudo – dentro de lo razonable – hacer nada para evitarlo⁴.

Ante la ausencia de resoluciones judiciales significativas que se hayan pronunciado sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en sentido estricto y en relación a lo que significa el art. 31 bis del Código, esta Circular ha supuesto, de momento, una importante referencia que había de tener en cuenta quien de una u otra manera fuera garante del cumplimiento normativo dentro de cada empresa.

Parece evidente, aunque no por las razones que se apuntan en la Circular – la perspectiva dogmática correcta entiendo debe asentarse en los principios básicos que deben permitir “poder” imputar penalmente un hecho, ya a una persona física, ya a una persona jurídica, lo que ha de exigir (aquí no estamos en el ámbito civil o mercantil) una actuación ilícita “propia” –, que las personas jurídicas que implementen Protocolos de prevención de delitos que consigan detectar y reaccionar frente a posibles delitos de forma efectiva – no siempre, obviamente, porque si así fuera no cabría plantearse existencia de responsabilidad alguna, pero sí en la mayoría de los casos – deben permanecer a salvo de posibles imputaciones⁵. Y ello porque el delito que se haya podido cometer deberá entenderse que es fruto de una actuación individual que ha pasado por encima de aquello a lo que el Protocolo obliga. Siempre, claro está, que estemos ante Protocolos realizados específicamente para la Empresa, una vez analizados los riesgos concretos de comisión delictiva y sin que puedan tener virtualidad alguna meras pautas o códigos de conducta generalistas: los meros formalismos a que alude la Fiscalía⁶.

Los Protocolos, desde la óptica de lo que debe ser un Derecho penal preventivo, sea cual sea la denominación que se les dé – y aunque no sean lo mismo, como se decía, que meros Manuales de comportamiento – han de tener por objeto, en primer lugar, la búsqueda de un patrón de conducta dentro de la Empresa, desde el cumplimiento normativo y dentro de una estructura que procure la ausencia de defectos de organización.

Han de tratar de mostrar que por parte de la persona jurídica se ha adoptado e implementado un modelo de organización, gestión y control idóneo para la prevención de delitos – cualesquiera de posible comisión dentro de su normal funcionamiento –, lo que demostrará su compromiso con el respeto a la normativa penal y garantizará la ausencia de cualquier atisbo de voluntariedad

⁴ Así, por ejemplo, BACIGALUPO SAGGESE, S., “Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (art. 31 bis y 129 CP)”, *La Ley*, 2011, nº 7541, p. 4 señala que debe excluirse la culpabilidad de la persona jurídica cuando hay un programa de cumplimiento adecuado que demuestre que la persona jurídica ha cumplido con el deber de cuidado exigido para evitar los riesgos penales; también, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: hacia una nueva regulación de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal”, *La Ley*, 2010, nº 7534, p. 10; u ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento empresarial (*compliance programs*)”, GOÑI SEIN, J.L. (Dir.), *Ética empresarial y códigos de conducta*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 129 y ss.; no comparte esta opinión, sin embargo, como antes se decía, DEL ROSAL BLASCO, “Responsabilidad”, cit., pp. 4 y ss; tampoco DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2012, nº 1, p. 28; o QUINTERO OLIVARES, G. “Artículo 31 bis”, QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, Aranzadi, Navarra, 2011, p. 373, que consideran que en la actual regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas establecida en el ordenamiento español el único efecto que pueden tener los programas de cumplimiento es el de atenuante establecido en el artículo 31 bis 4 d) del Código Penal.

⁵ En contra, ROBLES PLANAS, R., “El “hecho propio” de las personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2009, nº 2, pp. 7 y ss.

⁶ Considera también URRUELA MORA, A., “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho español en virtud de la LO 5/2010: perspectiva de *lege lata*”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 2010, nº XXXII, pp. 439 y ss. que dado que la aplicación de estos protocolos con posterioridad a la comisión del delito sirve para atenuar, la implementación, previamente a la comisión del delito, cuando no se trate de meros formalismos para evitar la sanción penal, debe suponer una causa de exención de la responsabilidad penal.

o incluso de imprudencia en la comisión de posibles hechos delictivos en su seno⁷; ello como exigencia, más allá de lo que hasta ahora ha previsto el todavía vigente artículo 31 bis 4. d) del Código Penal, de lo que implican los artículos 1, 5, 10 y concordantes del texto punitivo español y con la imposibilidad de trasladar una responsabilidad penal a la empresa por hechos ajenos desde criterios objetivistas contrarios a lo que es nuestro Derecho Penal actual⁸.

Y, en todo caso, más allá del cumplimiento normativo, la empresa ha de adquirir (adquiere, de hecho) con Protocolos de este tenor, desde su posición privilegiada de garante del comportamiento de sus empleados, un compromiso social vinculado a un concepto de ética empresarial en la que el beneficio de la actividad queda supeditado a un desarrollo social (individual y colectivo) en el que la máxima sea la del máximo respeto a intereses ajenos merecedores de tutela legal y, específicamente, penal.

El Borrador de nuevo Código Procesal Penal, manejado por la Comisión que todavía trabaja en él (que no se sabe si acabará finalmente en Anteproyecto o Proyecto de reforma de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal española), cuando regula la personación de la persona jurídica en el procedimiento en el que pueda estar implicada, alude al “director de control interno de la entidad” como representante procesal de la misma, lo que parece apuntar en esa misma dirección.

Y, de modo más específico y concreto, cuando se escriben estas líneas está tramitándose en el Congreso español de los Diputados desde el 24 de septiembre de 2013, ya en el Pleno de la Cámara, un Proyecto de Ley Orgánica por el que se modifica nuestro vigente Código Penal con importantes reformas en esta materia, siguiendo claramente la regulación italiana contenida en el artículo 6 del Decreto legislativo 8, 2001, n° 231.

No se reforma el texto del vigente art. 31 bis 4 d), cuyo texto se traslada, sin variación alguna en su tenor literal, al nuevo art. 31 quáter d), que es el que se ocupa de las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal.

Pero, tras las reflexiones de la doctrina, las incertidumbres que genera el texto surgido en 2010 y los silencios de la Jurisprudencia, el legislador ha entendido necesario precisar el alcance que pueden tener los Protocolos de cara a una posible exención de responsabilidad penal.

Así, dirá el legislador en la Exposición de Motivos del texto presentando en el Congreso:

“Se introduce una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la L. O. 5/2010, de 22 de junio, con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del ‘debido control’, cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal.

Con ello se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial, y se asumen ciertas recomendaciones que en ese sentido habían sido realizadas por algunas organizaciones internacionales. En todo caso, el alcance de las obligaciones que conlleva ese deber de control se condiciona, de modo general, a las dimensiones de la persona jurídica.”

¿Qué pretende decirse con esta breve fundamentación que se da a la Reforma en esta materia? Básicamente que la persona jurídica responderá cuando no actúe correctamente, o lo que es lo mismo, cuando no “controle” lo que hacen sus empleados, desde una perspectiva en la que se le hará responder por lo que ella hace (o deja de hacer), y no sólo por lo que otros hagan. Viene a asumir explícitamente, lo que a mí – y a pesar de opiniones contrarias – me parecía obvio, ya en 2010, atendiendo los principios básicos del Derecho Penal: una responsabilidad por los propios hechos.

Desde esta perspectiva, junto a la atenuación de responsabilidad, que mantiene como antes indicaba, señala, en lo que será el nuevo art. 31 bis 2., que la persona jurídica quedará “*exenta de responsabilidad*” cuando “*1ª) el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control*

⁷ GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las medidas del artículo 129 en el Anteproyecto de 2008 de reforma del Código Penal”, *Cuadernos penales José María Lidón*, 2009, n° 6, p. 208, señala expresamente que la imputación por defecto de organización admite las formas dolosa e imprudente.

⁸ Debería entenderse en este sentido, en mi opinión, que la culpabilidad de la persona jurídica se fundamentará no en el hecho ajeno del individuo sino en la “culpabilidad de organización” que propusiera TIEDEMANN. Así, por ejemplo, en TIEDEMANN, K., *Temas de Derecho Penal económico y ambiental*, Idemsa, Lima, 1999, pp. 217 y ss. En la misma línea, aunque sin excluir la existencia de una filosofía de empresa que favorece las actitudes delictivas en la misma, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 3ª edición, Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 240 y ss.; en contra. ROBLES PLANAS, R., “¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la Ley austriaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2009, n° 2, pp. 15 y ss.

idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza". Cómo recuerda esta redacción la del artículo 6 italiano, que en su número 1 letra a) indica que la entidad no responde: "*si el órgano dirigente ha adoptado e implementado eficazmente, antes de la comisión del hecho criminal, modelos de organización y gestión idóneos para prevenir delitos de la misma especie que el cometido*".

El legislador establece ya claramente, por tanto, la ausencia de responsabilidad penal con la adopción de Protocolos de prevención de delito

Es cierto que él alude a una "exención de responsabilidad"; pero, entiendo que esta exención no debería interpretarse al modo de las habituales causas de exclusión de responsabilidad por ausencia de, quizás, culpabilidad, sino, como ausencia de hecho injusto por faltar el título de imputación, doloso o imprudente, que genere su responsabilidad.

Es cierto también que utiliza la expresión "modelos de organización y gestión", al modo italiano; pero, al exigir que sean idóneos para prevenir delitos viene a dotar a los mismos de un contenido que puede ser más amplio pero que tiene que incluir aquello de lo que se ocupan los citados Protocolos. En todo caso, el término Protocolo parecería más apropiado en cuanto no se trata de aconsejar o proponer cómo actuar en el seno de la Empresa, sino de crear procedimientos obligatorios no sujetos a la discrecionalidad del empleado.

No podía ser de otra manera. La demanda de la doctrina era absolutamente mayoritaria a este respecto. No a la responsabilidad objetiva de la persona jurídica, sin permitirle demostrar que ha sido todo lo diligente que podía ser.

La Reforma exigirá como requisitos añadidos que permitan rechazar la responsabilidad, en el propio art. 31 bis 2., los siguientes:

"2ª la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiado a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control [en el nº 3 del art. admitirá que en las personas jurídicas de pequeñas dimensiones las funciones de supervisión sean asumidas directamente por el propio órgano de administración];

3ª los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención [aquí no habla de gestión], y;

4ª no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano [...]".

De nuevo la similitud con lo que regula el Decreto italiano en el artículo 1 letras b) –en relación con los artículos 4 y 4-Bis –, c) y d) es evidente. Más aún, es una traslación prácticamente literal de lo que en ellas se dice.

También a ello se refería ya la doctrina⁹. En definitiva, protocolos eficaces, implementados con diligencia por un órgano independiente, que permitan comportamientos delictivos sólo cuando se actúe individualmente eludiendo lo que en ellos se establece.

¿Obligatorios? El texto de la Reforma no lo exige en el art. 31 bis. Pero crea un nuevo art. 286 bis, incluido dentro de la rúbrica "Del incumplimiento del deber de vigilancia o control en personas jurídicas y empresas", con la siguiente redacción:

"1. Será castigado con pena de [...] el representante legal o administrador de hecho o de derecho de cualquier persona jurídica o empresa, organización o entidad que carezca de personalidad jurídica, que omita la adopción de las medidas de vigilancia o control que resultan exigibles para evitar la infracción de deberes o conductas peligrosas tipificadas como delito, cuando se dé inicio a la ejecución de una de esas conductas ilícitas que habría sido evitada o, al menos, seriamente dificultada, si se hubiera empleado la diligencia debida.

Dentro de estas medidas de vigilancia y control se incluye la contratación, selección cuidadosa y responsable, y vigilancia del personal de inspección y control [...]".

Esto es, que los Protocolos no son obligatorios, pero que, al margen de que su ausencia haga difícil (no imposible) evitar la responsabilidad penal de la persona jurídica (habría de explicarse por qué se pudo cometer el delito y por qué no se adoptaron mecanismos que impidieran su comisión), lo que su ausencia sí implica es una responsabilidad automática para quien, teniendo la capacidad de adoptarlos, no lo ha hecho. Ésta es (además de otras) una de las consecuencias del nuevo precepto.

⁹ Por todos, con referencias, DE LA MATA BARRANCO, N.J./BILBAO LORENTE, M./ALGORTA BORDA, M., "La atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su exención: instrumentos de prevención en el seno corporativo", *La Ley Penal*, 2011, nº 8, p. 9.

2.

Contenido de los protocolos de prevención de delitos.

Una vez afirmada la conveniencia de adoptar un Protocolo (necesidad, insisto, salvo que se encuentre otro mejor medio para garantizar la ausencia de comportamientos delictivos, difícil de imaginar, aunque ello, como se ha dicho – y en el sentido de lo que apuntaba la Fiscalía – no quiere decir que cuando no exista el mismo quepa siempre y en todo caso afirmar la existencia de responsabilidad “de la persona jurídica”), surge el problema de concretar qué forma y qué contenido habrá de darse al mismo¹⁰.

El texto surgido en 2010 no concreta cómo deben ser esas “medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos” de posible comisión en el seno empresarial. Tampoco lo hace el texto de 2013 ni en el art. 31 quáter d) ni en el art. 31 bis) 2., donde sólo habla de “medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos”. Sí establece, sin embargo, en el apartado 5 de este artículo, qué requisitos mínimos deben tener los “modelos de organización y gestión” en los que han de incluirse las “medidas de vigilancia y control”. De nuevo, siguiendo el referente italiano, cuyas cinco exigencias, recogidas en el artículo 2, letras a) a e) se trasladan a los cinco números del texto del Proyecto español: identificación de actividades empresariales con riesgo de delito, establecimiento de procedimientos de adopción y ejecución de decisiones en relación a las mismas, concreción de modelos de gestión financiera adecuados para prevenir delitos, imposición de la obligación de comunicar riesgos o incumplimientos detectados y establecimiento de un procedimiento disciplinario.

Ya de entrada, dejaba claro la Fiscalía que la virtualidad atenuante de los Protocolos debería bascular sobre su aplicación efectiva, no teniendo, por lo tanto, relevancia alguna el documento elaborado como mero formalismo, pero de nulo seguimiento, o incluso desconocido por el personal de la Empresa¹¹. Esto es evidente.

Parece claro también que un Protocolo de prevención de delitos no puede asemejarse a los Manuales elaborados en el ámbito de la Seguridad y salud en el trabajo (Planes de prevención) o a los Manuales de gestión que imponen determinadas normas de calidad (ambiental o de otra clase).

Lo que habrá de contener, básicamente, es un procedimiento de actuación en el seno de la persona jurídica que permita evitar, desde una prevención efectiva, cualquier posibilidad de actuación delictiva si se respeta el contenido del Protocolo, así como los mecanismos que permitan controlar dicha actuación y las sanciones a imponer en caso de desviaciones individuales; esto es lo que garantizará un auténtico compromiso de la persona jurídica con la legislación penal¹².

De modo sintético, y sin perjuicio de otros posibles modos de proceder, el Protocolo, en el sentido de lo que indica el modelo italiano, debiera contener, al menos¹³:

A) Un análisis previo de la estructura de la persona jurídica, de sus relaciones interpersonales e interdepartamentales, que observe la distribución de competencias y funciones existente y el régimen de controles habidos para garantizar el correcto desempeño de las mismas. Sólo el análisis de esta estructura permitirá detectar lagunas, duplicidades o fisuras que, dentro de cada ámbito delictivo, puedan existir de cara a garantizar un correcto control de cada decisión y de cada conducta de los directivos o empleados y a evitar (claro está, al margen de actuaciones puntuales que

¹⁰ CLEMENTE CASAS, I./ÁLVAREZ FEIJOO, M. “¿Sirve de algo un programa de *Compliance* penal? ¿y qué forma le doy? (Responsabilidad penal de la persona jurídica en la LO 5/2010: incertidumbres y llamado por la seguridad jurídica”, *Actualidad Jurídica Uribe Menéndez*, 2011, nº 28, pp. 41 y ss., afirman que lo ideal sería que se regulase cómo debe ser ese programa de cumplimiento y mencionan que esta regulación podría venir de la mano de una Instrucción de la Fiscalía General del Estado, de un Acuerdo del pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo o a través de un protocolo interinstitucional suscrito por los principales operadores involucrados y señalan, en este sentido al Ministerio de Justicia, Fiscalía General, Consejo del Poder Judicial, Confederación de Organizaciones Empresariales o Consejo General de la Abogacía.

¹¹ Así, también MOLINA MANSILLA, M.C./MOLINA MANSILLA, L., “El segundo título de imputación de la responsabilidad criminal de la persona jurídica”, *La Ley Penal*, 2013, nº 100, p. 63.

¹² Extensamente sobre la necesidad y características de los sistemas de control interno NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 248 y ss.

¹³ Véase el contenido mínimo que sugieren GÓMEZ-JARA DÍEZ, “La responsabilidad”, cit., p. 10, para estos Protocolos; o BACHMAIER WINTER, “Responsabilidad”, cit., pp. 2 y ss. Señala NIETO MARTÍN, A., “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa”, *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, 2008, nº 5, p. 16, que el contenido de los mismos habrá de ser sustancialmente idéntico al de los sistemas de autorregulación que existen en la legislación administrativa europea.

escapen a toda posibilidad de control) posibles actuaciones delictivas¹⁴.

Escuetamente exige a este respecto la Reforma de 2013 en el citado art. 31 bis) 5: “[*Los modelos de organización y gestión...*] 2. *Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos [...]*”.

No se trata de favorecer criterios que permitan concretar responsabilidades penales individuales en estructuras organizadas de poder (aunque pueda a ayudar a ello en determinada clase de delitos, por ejemplo, omisivos), sino de plasmar árboles de distribución de funciones donde pueda quedar claro las competencias de cada actor individual, los márgenes de su capacidad de decisión y el ámbito concreto de su quehacer diario.

B) Será necesario también establecer lo que es en sí un Código de conducta empresarial¹⁵, plasmado en un documento (a modo de *compliance program*) que establezca con claridad y precisión las conductas obligadas y prohibidas en todo ámbito de actuación¹⁶, con especial atención, al menos, a los siguientes:

- relaciones con la Administración Pública;
- relaciones con la Administración de Justicia;
- contribuciones y patrocinio;
- relaciones con los acreedores, con los clientes, consumidores, proveedores y colaboradores externos
- obligaciones societarias en cuanto a la transparencia de la contabilidad e información de los órganos societarios, conflictos de intereses, operaciones sobre el capital, votaciones en la Junta General o en la Asamblea, obligaciones de los Consejeros, etc.;
- recursos humanos en todo lo referente a selección, planes de igualdad, acoso sexual y por razón de sexo, acoso laboral, condiciones laborales, formación, interacción adecuada, reconocimiento y oportunidades, conflictos de intereses, protección de la intimidad, tutela de la privacidad, disposiciones en materia de inmigración ilegal, etc.;
- disposiciones en materia de falsificación de billetes, moneda, tarjetas de crédito, sellos y efectos timbrados;
- disposiciones en materia de gestión de dinero, bienes y otros activos;
- disposiciones en relación con los delitos ambientales;
- disposiciones en relación con los delitos relativos a la ordenación del territorio;
- disposiciones en materia de seguridad y salud laboral;
- disposiciones en materia de gestión de riesgos;
- disposiciones en relación con la posesión de material pornográfico;
- disposiciones en relación con aspectos informáticos;
- relaciones con la prensa y los medios de comunicación;
- utilización de los bienes empresariales;
- protección del secreto empresarial.

En definitiva, se trata de dar a conocer aquellas conductas susceptibles de constituir un ilícito penal y que por tanto la persona jurídica que esté detrás de cada Empresa no puede tolerar, partiendo del hecho, indubitado, de que quienes trabajan en ella, aun con cargos de responsabilidad, pueden no ser conscientes del contenido de muchas de ellas; máxime con la proliferación de conductas punibles omisivas e imprudentes y con la creciente incorporación al Código Penal de comportamientos hasta fechas recientes atípicos: así, por señalar un ejemplo, en ámbitos como el de la corrupción privada, muy próximo a prácticas comerciales habituales y no interiorizadas por miembros de muchas Empresas, aún, como delictivas¹⁷.

La Reforma de 2013 indicará en el art. 31 bis 5., también escuetamente: “[...] 1. *Identifi-*

¹⁴ Sobre el análisis de esta estructura y de los riesgos penales en la empresa CLEMENTE CASAS/ÁLVAREZ FEIJOO, “¿Sirve de algo”, cit., pp. 45 y ss.; o GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N./JUANES PECES, Á., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor”, *La Ley*, 2010, nº 7501, p. 5.

¹⁵ En referencia a la importancia de los códigos de conducta, NIETO MARTÍN, *La responsabilidad*, cit., pp. 242 y ss.

¹⁶ Así lo señala NIETO MARTÍN, “Responsabilidad”, cit., pp. 5 y ss.

¹⁷ Insisten CLEMENTE CASAS/ÁLVAREZ FEIJOO, “¿Sirve de algo”, cit., pp. 46 y ss., en la importancia de formar en la prevención de los delitos a los administradores, representantes y empleados de la persona jurídica.

carán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos [...]”.

C) Habrá, por supuesto, que crear un procedimiento de implementación, divulgación y control, con el nombramiento de un encargado o instructor de cumplimiento; de un “director de control interno”, si se prefiere, como se establece en el Borrador de Código Procesal Penal aludido; o del órgano autónomo a que alude el Proyecto de 2013¹⁸.

Como antes se señalaba, es evidente que el hecho de que la empresa se dote de un Código de conducta puede no resultar suficiente, en cuanto el mismo sea un mero formulismo que declare una intención en relación con la que en realidad no se tenga mucho empeño si no se adoptan, además, los mecanismos adecuados de implementación, divulgación y control de su efectivo cumplimiento¹⁹.

En relación con la divulgación, habrán de arbitrarse mecanismos para que cada contratante con la Empresa sea consciente de sus compromisos, los entienda y los asuma. En este sentido, y específicamente, debe explicarse que el cumplimiento de las disposiciones del Código de conducta es parte esencial de las obligaciones contractuales de los empleados de la empresa y que su quebrantamiento habrá de ser considerado un incumplimiento de las obligaciones fundamentales de las relaciones laborales y, en consecuencia, falta disciplinaria, con las consecuencias legales que ello implica. Asimismo, debe explicarse en cada contrato firmado con proveedores, suministradores, representantes, etc., la posibilidad de nulidad contractual de omitirse las obligaciones asumidas.

Para ello es importante el nombramiento formal y documentado de ese “encargado del cumplimiento” (“*compliance officer*” o, incluso, “*whistleblower*”) individual o colectivo, específico o dentro de un Departamento ya existente – eso sí, con carácter autónomo –, que será, cualquiera que sea la denominación que adopte, el órgano – unipersonal o colectivo – que controle y denuncie los comportamientos irregulares dentro de la empresa y a quien puedan acudir los miembros de la organización que tuvieran dudas respecto a actividades cuestionables o que sean conscientes de comportamientos irregulares²⁰.

Los modelos de organización, dirá la Reforma de 2013 en el mismo art. 31 bis 5: “[...] 4. *Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención [...]”.*

Señala también la Reforma que: “[...] 3. *Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos [...]”.* Efectivamente, no basta con crear la Institución, hay que ser capaces de generar los mecanismos para que la misma sea efectiva, dotándola de medios financieros adecuados y atendiendo sus recomendaciones en cuanto a la necesidad de que en los diferentes sectores de la Empresa implicados se creen los recursos que permitan desarrollar la actividad empresarial de modo lícito.

D) Finalmente, es imprescindible la concreción de un procedimiento disciplinario cuyos destinatarios sean todas las personas obligadas por el Protocolo, que, al margen de la responsabilidad penal que pueda existir y que la propia persona jurídica habrá de denunciar, establezca con claridad las sanciones aplicables a quienes quiebren su contenido²¹. Así también se establece en el apartado 5 del artículo anteriormente citado.

Todo ello teniendo en cuenta, claro, que hablamos de Protocolos vivos, que necesitarán revisiones periódicas, según vaya variando la legislación penal (y de complemento) relevante, según se vayan observando deficiencias en la gestión, según se vayan ideando posibilidades de mejora en el sistema de control y supervisión.

¹⁸ Sobre las posibles funciones de este encargado de cumplimiento en función el tamaño de la empresa véase CLEMENTE CASAS/ÁLVAREZ FEIJOO, “¿Sirve de algo”, cit., pp. 44 y ss.

¹⁹ BACIGALUPO SAGGESE, “Los criterios”, cit., p. 4, hace especial hincapié en la importancia de la supervisión.

²⁰ Véase BACHMAIER WINTER, “Responsabilidad”, cit., p. 4; o NIETO MARTÍN, en *La responsabilidad*, cit., pp. 254 y ss.

²¹ También consideran necesario este sistema de infracciones y sanciones en el seno de la empresa, además de incentivos pro cumplimiento, BACHMAIER WINTER, “Responsabilidad”, cit., p. 3; o CLEMENTE CASAS/ÁLVAREZ FEIJOO, “¿Sirve de algo”, cit., pp. 46 y ss., entre otros.

3.

Alcance y ámbito de aplicación de los protocolos de prevención de delitos.

¿Quiénes deben ser las personas obligadas por los Protocolos? ¿los empleados de la Empresa? ¿también sus directivos? ¿y el personal externo? Resulta obvio que cuantas más personas se vean implicadas en el cumplimiento de los Protocolos mayor alcance tendrán y más eficacia adquirirán de cara a su finalidad (ni única ni principal, en cuanto de lo que se trata es de prevenir delitos) de exoneración o, en su caso, atenuación de responsabilidad penal.

Es indudable que deberán quedar obligadas por los mismos, en primer término, las personas físicas con capacidad para generar directamente una responsabilidad penal en la persona jurídica: así, representantes legales y personas con capacidad para tomar decisiones dentro de la Empresa o con facultades de organización o de control²². Sin un comportamiento incorrecto de éstas, activo u omisivo, la responsabilidad de la persona jurídica no será posible.

Pero, un Protocolo realmente efectivo será aquél que vincule en su directrices no sólo a estas personas que desempeñan funciones de representación, de administración o de dirección en la Empresa, ya de hecho, ya de derecho (socios, componentes de órganos de gestión, gerentes, directores, responsables de área), sino también a las personas sometidas a la dirección o supervisión de las anteriores (empleados) e incluso a las personas que operen con la Sociedad en base a una relación contractual (asesores externos, clientes, proveedores, prestadores de servicios).

Esta amplia implicación permitiría cumplir un doble objetivo:

En primer lugar, imprimir en todos aquéllos que actúan en nombre o por cuenta de la persona jurídica la conciencia de que ha de cumplirse el mandato derivado de la norma penal en todas sus dimensiones y en todo tipo de relaciones que se establezcan desde la Empresa.

En segundo lugar, informar a todos aquéllos que se relacionan con la Empresa que es consustancial a su gestión el cumplimiento normativo, un cumplimiento que de no asumirse le hace desistir de cualquier tipo de relación, laboral o contractual.

No es que comportamientos delictivos de personas ajenas a la Empresa vayan a conllevar responsabilidad para la persona jurídica que está detrás de ésta, en cuanto ello exigiría o capacidad de representación o relación jerárquica con quien la tenga, pero sólo un ámbito de aplicación completo puede garantizar un auténtico cumplimiento normativo y evita dudas en el proceder del empleado, primar una libertad de competencia real, sin trucos ni desviaciones ilícitas que favorezcan posiciones preeminentes en el mercado y evitar flecos, lagunas, aristas que creen situaciones de riesgo en que pueda ser más fácil sucumbir a la tentación delictiva retribuida económicamente.

4.

La delimitación competencial como cuestión clave en la elaboración de los protocolos de prevención de delitos.

Dado que la responsabilidad penal de la persona jurídica deriva de actuaciones de personas físicas incluidas en su organización, es necesario que el Protocolo analice, como antes se decía, el modelo organizativo de la misma y la estructura que en ella existe en cuanto se refiere a la delegación de funciones. Ello será lo que permita comprobar, en muchos casos, si el incumplimiento de deberes que exige toda pretensión de atribuir una responsabilidad omisiva a cualquier sujeto (en este caso, corporativo), efectivamente se ha producido por déficits de organización.

Se trata de conocer si los ámbitos competenciales están razonablemente establecidos, perfectamente delimitados (con conocimiento preciso de dónde empiezan y dónde acaban las responsabilidades de cada sujeto), desempeñados, por otra parte, por personas capaces, dotadas de los medios necesarios y, finalmente, con identificación de cuáles son los mecanismos de control de quienes los desempeñan²³. Y ahora ya no sólo para delimitar responsabilidades individuales, que también, sino de la propia entidad jurídica.

Es evidente que es imposible evitar comportamientos individuales contrarios a la ley de quien tiene atribuidas determinadas funciones dentro de la empresa si la persona en cuestión quiere

²² DE LA MATA BARRANCO/BILBAO LORENTE/ALGORTA BORDA, "La atribución", cit., p.12.

²³ Véase MAGRO SERVET, V., "Contenido necesario del plan de prevención jurídica de las empresas para evitar responsabilidades penales", *La Ley Penal*, 2011, nº 87, pp. 22 y ss.

realmente llevarlos a cabo y, por supuesto, está dotado de poderes suficientes como para ejercitarlos de manera autónoma. Pero, ello no impide que la persona jurídica deba tener perfectamente establecido en su organigrama dónde empiezan y terminan las delegaciones, cuál es su contenido y control y de qué modo cada actuación individual puede estar razonablemente sometida a una supervisión del Ente²⁴. Cuando la persona individual se extralimite en sus funciones, contra el mandato de la persona jurídica (y llevando a cabo un comportamiento delictivo), no será posible exigencia de responsabilidad alguna al Ente, pero ha de quedar clara esa extralimitación.

Téngase en cuenta que el objetivo de un Protocolo, al margen de cuestiones de información y de desarrollo de prácticas de buena conducta que han de interiorizar los sometidos al mismo, ha de garantizar, y ésta va a ser su trascendencia, la exclusión de responsabilidad por omisión y que cuando se pretende ésta de algún modo se asigna a la persona jurídica una posición de garante, que no debe conducir a la exigencia de responsabilidad alguna si no existe voluntariedad (o imprudencia, de admitirse que ello es posible, a pesar de los silencios legales) en labores “*in eligendo*”, “*in vigilando*”, etc.²⁵

En este sentido, no existe base legal que permita negar que la pretensión de exigencia de responsabilidad a la persona jurídica por lo que no hizo o no hizo bien no deba seguir los mismos cauces que se vienen manteniendo para la persona física²⁶.

Va a ser este sistema de delegaciones, de correcta distribución competencial, de establecimiento de controles suficientes, etc., el que, de estar bien realizado, permita una exoneración de responsabilidad de la persona jurídica y, en su caso, una traslación de la misma a quien (con independencia de la responsabilidad directa del autor del comportamiento delictivo) tenga el cometido de que la conducta ilícita no se produzca. Siempre que en él quede claro lo que puede y no puede hacerse y el nivel de autonomía que en toda ejecución de funciones ha de tener quien actúa (a quien se ha de dotar de los medios adecuados para que pueda hacerlo, pues en caso contrario la auténtica capacidad de decisión no será patrimonio suyo, sino de quien delega y, en su caso, de la propia persona jurídica).

Pero, todo esto no es nuevo. Es simplemente trasladar los criterios de atribución de responsabilidad en estructuras complejas (por comportamientos omisivos) al análisis de la responsabilidad de la persona jurídica en sí, a la que le incumbirá asegurarse de que existen los mecanismos adecuados para que cada individuo dentro de ella (aun de modo autónomo) lleve una actuación que se adecúe a los parámetros empresariales definidos programáticamente.

Evidentemente, y como antes se apuntaba, un régimen exhaustivo de control llevado a su máxima expresión, como pareciera querer exigir el Código Penal en su artículo 31 bis, es inasumible, por cuanto impediría el día a día operativo de cada Empresa²⁷. De lo que se trata es de establecer controles razonables que sean los que garanticen que si el sujeto individual delinque (dolosa o imprudentemente) sea porque, de alguna manera, se ha saltado lo que los mismos implican. Eso es lo que debiera garantizar la exención de responsabilidad empresarial²⁸.

Y si un mando intermedio está permitiendo en la actualidad, a modo de “cortafuegos”, excluir responsabilidades en cascada “hacia arriba”, siempre que las competencias sean reales y se tenga autonomía en la toma de decisiones, lo cual es lógico desde el axioma de la responsabilidad por los propios hechos, ¿por qué no ha de servir el mismo criterio para eliminar cualquier atisbo de responsabilidad de la persona jurídica si el organigrama competencial y las líneas directrices de actuación en cuanto a los objetivos de la Empresa están perfectamente definidos y no conllevan riesgo delictivo alguno?

Y, en sentido inverso, un Protocolo inexistente, incorrectamente establecido o desarrollado, o

²⁴ Destaca en este mismo sentido BACHMAIER WINTER, “Responsabilidad”, cit., p. 3, la importancia de determinar bien la estructura organizativa subrayando que ésta constituye el fundamento y presupuesto para la aplicación eficaz de un sistema de control y gestión para prevenir la comisión de delitos en su seno.

²⁵ También CARDONA TORRES, J., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *La Ley*, 2011, n° 7699, p. 5, insiste en la importancia de la aplicación de estos Protocolos para excluir la culpa *in vigilando* de la persona jurídica.

²⁶ Así, DÍAZ GÓMEZ, A., “Modelo de responsabilidad criminal de personas jurídicas tras LO 5/2010”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, n° 13-08, pp. 24 y ss.

²⁷ No obstante, lo que sí debe tenerse en cuenta, como señala BARBERO BAJO, J., “Acusación y defensa de las personas jurídicas tras la reforma penal”, *Lex Nova*, 2011, n° 63, p. 31, es que cuanto más protocolarizado y regulado esté el programa de cumplimiento corporativo, más posibilidades habrá de evitar la sanción a la persona jurídica.

²⁸ RODRÍGUEZ GARCÍA, N., “La obligada reforma del sistema penal español para implantar un modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas”, *Revista General de Derecho Procesal*, 2011, n° 24, pp. 14 y ss., afirma que lo que se pide es la adopción de unos protocolos de prevención adecuados y su correcta implementación como medio de control.

insuficientemente implementado, ¿cómo no va a permitir una imputación a la persona jurídica, ajena a lo que es el cumplimiento de la normativa penal, pero que conoce los riesgos de actuación delictiva de su personal? Y, en determinados casos, ¿por qué no va a favorecer una exoneración de responsabilidad del sujeto individual cuando se constate que éste actuó como se le encomendó o como se le toleró y sin conocimiento o voluntad delictiva ni específicos deberes de cuidado – propios de otros – que atender en el ejercicio de sus funciones?

5.

Síntesis.

A pesar de que el artículo 31 bis surgido con la Reforma de 2010 del Código penal español sólo contemplaba que el “[...] 4. [...] d) haber establecido [...] medidas eficaces para prevenir y descubrir delitos” pudiera ser causa de atenuación de la responsabilidad penal de la persona jurídica cuando las mismas se adopten tras la comisión del delito por el que se le enjuicia, qué duda cabe que adoptadas las mismas antes de dicha comisión deben permitir, ya hoy en día, la exclusión de dicha responsabilidad; simplemente por ausencia de injusto típico²⁹. Así lo ha entendido también el legislador en 2013 con la previsión, a la espera de confirmación en ley de lo que ahora es todavía Proyecto, del nuevo art. 31 bis 2.

Al margen de que pueda existir otro modo de probar la diligencia empresarial, el Protocolo de prevención de delitos, en el sentido explicado, lo que permite es demostrar la existencia de tales medidas (aunque, por la razón que sea – normalmente una actuación individual que prescinde de su cumplimiento – en el caso concreto no hayan sido “eficaces” en el sentido de poder evitar el delito) y, con ello, la posibilidad de control en relación a lo que puedan hacer quienes actúan bajo el mandato del mismo³⁰. A esto debe limitarse la posibilidad de exigir responsabilidad a la Empresa: a que no haya sido diligente en la adopción y seguimiento de ese “correcto y completo, normativamente hablando” Protocolo.

Pero, teniendo en cuenta que un Protocolo no es una “declaración de intenciones” al modo de un Manual de calidad. Es mucho más: es un instrumento que, implementado, deberá poder garantizar la máxima diligencia dentro de la Empresa a la hora de controlar las conductas de quienes tienen capacidad para obligarle o de quienes actúen bajo el mandato de éstas, atestiguando con ello no ya la ausencia de “dolo” de la persona jurídica (si puede hablarse en estos términos) o de “imprudencia”, sino cualquier dato que permita afirmar que el delito se ha cometido merced a su inoperancia.

Si esto es así, y al mismo tiempo afirmamos – como no puede ser de otra manera en nuestro “moderno, preventivo y motivador” Derecho penal – que no cabe una responsabilidad objetiva³¹, menos aún por hechos ajenos, no será viable que quepa exigirle responsabilidad penal alguna.

Los *Corporate Compliance Programs* (medidas eficaces, modelos de organización y gestión, modelos de organización y prevención, manuales de cumplimiento normativo; mejor, protocolos de prevención de delitos), en Derecho Penal para esto sirven: para demostrar un hacer diligente en todos los procedimientos empresariales con el objetivo prioritario (en términos relativos y al margen de compromisos sociales y morales) de evitar que la persona jurídica pueda cometer, o ser utilizada para cometer, un delito³².

²⁹ De la misma opinión, entre otros, todos ellos con fundamentadas y amplias exposiciones, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, B de F, Buenos Aires, 2010, pp. 489 y ss.; GÓMEZ TOMILLO, M., “Imputación objetiva y culpabilidad en el Derecho Penal de las personas jurídicas. Especial referencia al sistema español”, *Revista jurídica de Castilla y León*, 2011, nº 25, pp. 79 y ss., aunque para este autor el defecto de organización tenga que ver con la culpabilidad (ampliamente, GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Lex Nova, Valladolid, 2010); o URRUELA MORA, “La introducción”, cit., pp. 439 y ss. En contra, DEL ROSAL BLASCO, “Responsabilidad”, cit., p. 4 y ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, “La responsabilidad”, cit., p. 28; o QUINTERO OLIVARES, “Artículo 31 bis”, cit., p. 373, obviamente, todavía sin tomar en consideración la nueva normativa.

³⁰ Véase CHOCLÁN MONTALVO, “Criterios de atribución de responsabilidad en el seno de la persona jurídica en el artículo 31 bis del texto proyectado”, *Cuadernos Penales José María Lidón*, 2009, nº 6, p. 298.

³¹ En este sentido, entre otros, GÓMEZ BENÍTEZ, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las medidas del artículo 129 en el Anteproyecto de 2008 de reforma del Código Penal”, pg. 206; MAGRO SERVET, “Contenido necesario del plan de prevención jurídica de las empresas para evitar responsabilidades penales”, pg. 21, dirá que el artículo 31 bis CP objetiviza la responsabilidad penal de la persona jurídica aunque permitiéndose exoneraciones cuando, mediante los protocolos de cumplimiento, se demuestra que se ha hecho todo lo posible por evitar el daño. Una especie, si puede decirse así, de inversión de la carga de la prueba.

³² Véase GÓMEZ-JARA DÍEZ, “La atenuación de la responsabilidad penal empresarial en el Anteproyecto de Código Penal de 2008: los *compliance programs* y la colaboración con la administración de la justicia”, pg. 265.

I GRANDI TEMI DEL DIRITTO E DEL PROCESSO PENALE

143

Il principio di proporzionalità nel procedimento penale

Michele Caianiello

164

Principio di colpevolezza e principio di proporzionalità

Wolfgang Frisch

178

**El proyecto de reforma del código penal de 2013 como programa
inocuidador de delincuentes peligrosos (prisión permanente
revisable y medidas de seguridad indeterminadas)**

Nicolás García Rivas

IL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ NEL PROCEDIMENTO PENALE

Michele Caianiello

ABSTRACT

L'irrompere del diritto sovranazionale in ambito processuale penale impone il ricorso a nuovi strumenti ermeneutici per il giurista continentale. Il principio di proporzionalità, da tempo oggetto di studio da parte della dottrina, si presta a fungere da parametro utile al fine di armonizzare l'ordinamento nazionale con le sollecitazioni provenienti *ab externo*. Ciò è possibile grazie alla ambivalente natura del canone di proporzione, che al tempo stesso sembra indicare un metodo generale da seguire, per un'adeguata tutela dei diritti individuali, e un fine ultimo cui tendere. Il principio in questione riafferma – se mai ce ne fosse stato bisogno – l'emancipazione del momento applicativo da quello normativo formale, così rievocando la figura del giudice tessitore e della proceduralità argomentativa. Al tempo stesso, esso reincanala nell'alveo della ragione – anche se si tratta di mera ragion pratica – il percorso che l'interprete, nonché, prima ancora, il legislatore, sono tenuti a seguire, quando pretendano di ingerirsi legittimamente nella sfera dell'individuo.

SOMMARIO

1. Modernità di un antico principio . – 2. I confini della materia. – 3. Proporzionalità e processo penale nei principi costituzionali. – 4. L'espansione della proporzionalità attraverso le fonti europee. – 5. La proporzionalità nell'art. 275 c.p.p. Parallelo con la proporzionalità tedesca. – 6. La c.d. "regola dei 2/3". – 7. La presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere. – 8. Il *fumus commissi delicti*. – 9. Un filo conduttore. – 10. Terreni da esplorare. – 11. Conclusioni.

1.

Modernità di un antico principio.

Il principio di proporzionalità presenta caratteri tali da farne un emblema del diritto europeo nella attuale epoca, connotata da un ripensamento (o, per alcuni, da una crisi profonda) della legalità formale¹. Diverse le ragioni di questo successo. In primo luogo, europea ne è l'origine: come noto, esso è concepito in ambito continentale², e in particolare nell'alveo del sistema tedesco (in relazione non solo al diritto penale, quanto piuttosto all'intera area del diritto pubblico). Questa provenienza lo rende, almeno in apparenza, facilmente assimilabile da parte delle tradizioni giuridiche di *civil law*, considerato che la scuola tedesca non solo, ovviamente, fa parte di questa area culturale, ma ne rappresenta una delle espressioni più alte. Al tempo stesso, il canone di proporzione si caratterizza, in ragione del modo nel quale risulta passibile di applicazione, per una elevata flessibilità, tale in particolare da esaltare la componente argomentativa e persuasiva del metodo giuridico: ne consegue che esso ben si presta ad essere apprezzato e recepito da ordinamenti fondati sul precedente giurisprudenziale, quali quelli di *common law*³. Ancora, si tratta di un principio con radici antiche – o comunque indubbiamente risalenti. Eppure, si presta, proprio perché facilmente maneggiabile anche da chi provenga da una formazione culturale diversa, a fungere da parametro di riferimento, e talora da vera e propria chiave di volta, degli sviluppi più recenti della evoluzione giuridica. In tal senso, emblematico è il suo inserimento nel Trattato di Lisbona: esso può essere letto, al tempo stesso, come una conferma della tradizione consolidata, dal momento che la sua elaborazione in chiave europea lo precede di diversi lustri⁴; ma anche come “fatto nuovo”, per la capacità di operare quale motore di sviluppo nel settore più recente della cooperazione giudiziaria in materia penale, dopo Lisbona tutta ricondotta al c.d. “metodo comunitario”⁵.

Questa ambivalenza – che può anche vedersi come una capacità di rigenerarsi continuamente, e quindi come una caratteristica tra le più importanti dell'epoca attuale – ne connatura anche la storia all'interno del nostro ordinamento, e in particolare quella che ne ha caratterizzato lo sviluppo nell'ambito della procedura penale. Sebbene consacrata esplicitamente con il nuovo codice, all'art. 275 c.p.p., la proporzionalità costituiva oggetto di studio da parte della migliore dottrina da diverso tempo, sotto la vigenza del codice del 1930⁶. Al tempo stesso, benché inserita da oltre vent'anni nel diritto positivo in ambito processuale penale, essa ha mostrato la maggiore vitalità in tempi recenti, dando origine, negli ultimi anni, ad alcuni interventi di estremo rilievo della Cassazione e a numerose pronunce della Corte costituzionale. Si può anzi dire, anticipando quanto verrà sviluppato nel prosieguo, che attraverso il principio in questione abbia trovato una compiuta attuazione, in ambito cautelare, quella presunzione di innocenza che per lungo tempo non era riuscita a guidare efficacemente il lavoro

¹ Il riferimento è a M. VOGLIOTTI, *Dove passa il Confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 35 ss. Ma il rinvio è alla intera opera, per uno sguardo lucido e disincantato del problema. Dello stesso autore si vedano anche *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Giappichelli, Torino, 2007, e *Il tempo della giurisprudenza: l'invisibile retroattività della sentenza penale* in malam partem, in T. A. CAMELIO (a cura di), *Coordinate spazio-temporali e sistema penale. Dimensione transnazionale e logica floue*, Stamperia editoriale pisana, Pisa, 2007, p. 40 s. Ancora, si veda la voce *Legalità*, in *Enc. dir.*, Annali, VI, Giuffrè, Milano, 2013, p. 371 s.

² Cfr. M. A. SANDULLI, *Proporzionalità*, in *Dizionario di diritto pubblico*, V, Giuffrè, Milano, 2006, p. 4643 s.

³ Vale la pena menzionare un passaggio di uno studioso di *common law* a tal fine, a mero fine esemplificativo a conferma di quanto affermato: “German criminal law is heavily doctrine-driven, much more so than is the case under the approach taken, for example, by English criminal law, or for that matter, the criminal law of many common law systems. While it is true that parliamentary law-making has gained a lot of ground especially in recent decades, the latter have traditionally relied on a judge-based development on a case-by-case basis. Because their law had to be tailored for use by lay people as fact-finders in the criminal process, be they jurors or lay magistrates, a high emphasis was put on remaining as close as possible to what judges like to call ‘common sense’” (corsivo nostro). M. BOHLANDER, *Principles of Criminal Law*, Hart Publishing, Portland, OR, USA, 2009, p. 7.

⁴ Sul tema si rinvia al recente brillante lavoro di A. MARLETTA, *Il principio di proporzionalità nella disciplina del mandato d'arresto europeo, tesi dottorale*, Bologna, 2013, p. 75 s.

⁵ Volendo, cfr. M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, BUP, Bologna, 2012, p. 151 s. Si veda, più organicamente, R. E. KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, in R. E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 40.

⁶ V. GREVI, *Commento all'art. 9 l. 28/7/1984 n. 398*, in *Leg. pen.*, 1985, p. 151 s., in particolare p. 156 e 157 (anche per la dottrina citata); M. CHIAVARIO, sub *Art. 275 c.p.p.*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Utet, Torino, 1990, vol. 3, p. 61 e in particolare 62.

ermeneutico delle nostre Corti di vertice⁷. Infine, grazie alla influenza sempre più pervasiva prodotta dalle fonti europee, il principio qui esaminato pare capace di fungere da guida per lo sviluppo futuro della materia, in diversi ambiti: in particolare, per quanto riguarda la tutela dei diritti fondamentali, oggetto primario delle disposizioni normative processuali penali. Ma si può addirittura arrivare a sostenere che, anche là dove non entri espressamente in gioco, tale principio possa rappresentare un utile termine di paragone per lo sviluppo di nuove soluzioni ermeneutiche e, ancor prima, di nuovi modelli di ragionamento giuridico: il riferimento è alla individuazione di criteri razionali di elaborazione del cosiddetto pregiudizio effettivo nell'ambito delle invalidità degli atti⁸.

Sotto questo profilo, il principio in questione sembra porsi tanto come mezzo, vale a dire quale metodo generale da seguire per un'adeguata tutela dei diritti individuali in ambito processuale penale; quanto come fine, posto che, nella sua versione più elaborata, esso di presta a fungere da parametro utile a verificare la giustizia della soluzione presa nel caso concreto⁹.

La sua fortuna, nell'epoca attuale, pare legata al modo in cui gli ordinamenti giuridici sovranazionali europei tendono a perseguire le tradizionali esigenze di effettività, di equità e di giustizia del caso concreto: attraverso la coltivazione di buone prassi, più che di previsioni normative formali (come mostra ad esempio di fare l'Unione europea); o mediante una visione olistica e omnicomprensiva del fenomeno processuale (quale quella tendenzialmente caratterizzante la giurisprudenza della Corte EDU¹⁰). Tutto ciò comporta, in linea generale, un avvicinamento di categorie tenute dalla nostra dottrina ben distinte, quali l'*error in procedendo* e l'*error in iudicando*, rendendo così necessario il ricorso a strumenti flessibili e adattabili a fungere da parametro di verifica tanto dell'atto processuale viziato quanto di quello ingiusto.

In questo contributo mi soffermerò, innanzi tutto, sulla natura della proporzionalità, per chiedermi se essa costituisca un principio generale dell'intero sistema processuale penale o se, al contrario, sviluppi il proprio effetto solo in ambiti limitati (in particolare in quello cautelare). Esaminerò, di seguito, alcune questioni interpretative, che si sono poste in tempi recenti, incentrate su disposizioni che specificamente chiamavano in causa il principio di proporzionalità. Successivamente, cercherò di esplorare le potenzialità ancora non sviluppate, ma ragionevolmente valorizzabili, del canone di proporzione. Infine, cercherò di interrogarmi sulla compatibilità di simile principio con alcuni tratti tradizionali della produzione giuridica nel nostro ordinamento, per provare a capire se sia in atto, o se sia già avvenuta, una trasformazione radicale del sistema: trasformazione nella quale la proporzionalità può sia giocare un ruolo primario, sia prestarsi a fungere da termine paradigmatico per l'elaborazione di nuovi modelli giuridici (anche al di fuori della sua stretta sfera di competenza).

2.

I confini della materia.

Prima di addentrarsi nella trattazione, è utile tracciare qualche confine.

Occorre infatti partire dalla constatazione che il codice di procedura penale non offre, della proporzionalità, alcuna definizione. A ben vedere, la stessa evocazione del concetto, sul piano semantico-letterale, compare esplicitamente una sola volta, come si è detto, all'art. 275 c.p.p. D'altro canto, l'idea di un rapporto giuridico processuale "proporzionato" nel suo sviluppo, in

⁷ Sul tema si rinvia a G. ILLUMINATI, *Presupposti e criteri di scelta delle misure cautelari*, in G. CONSO (a cura di), *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, ESI, Napoli, 2006, p. 289 s., in particolare p. 392-393, commentando la prima decisione in cui la Corte costituzionale poneva al centro della questione cautelare la presunzione d'innocenza (la ben nota sentenza n. 64 del 1970). V. tuttavia, nella stessa opera, p. 399 s., per l'analisi delle decisioni successive, in cui – in tema di presunzione d'innocenza e materia cautelare – ricompare "la sbrigativa soluzione dell'estraneità di quest'ultima al sistema delle misure che operano sul piano cautelare, pregiudizialmente considerato del tutto distinto da quello concernente la condanna e la pena".

⁸ Cfr. *infra*, sub § 11.

⁹ O dal bilanciamento operato dal legislatore nell'adottare un testo normativo incidente sui diritti individuali. Vale la pena richiamare qui che, sebbene la proporzionalità funga da canone-guida e da parametro di verifica di validità tanto per il legislatore che per il giudice, in questo saggio ci si soffermerà principalmente sull'attività interpretativa, e quindi sulla proporzionalità quale criterio utile per il giudicante.

¹⁰ Si veda a questo proposito l'analisi condotta da Marcello Daniele sul modo in cui il test di proporzionalità è effettuato dalla Corte EDU nel delicato settore della deposizione del dichiarante via video link (testimonianza o deposizione a distanza, o ricognizione a distanza, etc.). L'autore pone l'accento non solo sul fatto che il vaglio di proporzionalità è condotto attraverso una visione olistica e omnicomprensiva del procedimento, come del resto ben noto, da parte della Corte di Strasburgo, ma anche come nel bilanciamento vengano posti a raffronto valori eterogenei, non tutti legati ad esigenze epistemologiche. M. DANIELE, *Testimony through a Live Link in the Perspective of the Right to Confront Witnesses*, in *Crim. Law Review*, 2014, p. 189 s., in particolare p. 193-198.

astratto, rischia di risultare troppo vasta, e continuamente invocabile. Al fondo, infatti, tutto il processo penale si giustifica nell'operare un bilanciamento tra esigenze repressive e di difesa sociale, da un lato, e tutela dei diritti individuali, dall'altro. Da queste considerazioni potrebbe – forse non a torto, in fondo – trarsi la conclusione che l'intera materia del processo in ambito penale costituisca una continua, ininterrotta opera di armonizzazione o di sintesi proporzionata tra spinte contrapposte (tutela della società *vs.* tutela dell'individuo). Senonché, ragionando in questa maniera, si perderebbe del tutto l'identità tecnica del principio in questione, la sua capacità di fungere da mappa per guidare l'interprete in specifici territori del processo penale. In sostanza, diverrebbe impossibile una ricostruzione in termini tecnico-giuridici del canone in esame, il quale, a sua volta, finirebbe piuttosto per assurgere a livello di metaprinzipio, di scopo finale cui il sistema processuale deve tendere. “Proporzionato”, in sostanza, diverrebbe sinonimo – o quasi – di “giusto”: il che, se pur vero, in un certo senso, condurrebbe a diluire la pregnanza del concetto, sino a non renderlo più identificabile rispetto ai fini ultimi di ogni istituzione umana chiamata a rendere giustizia.

Meglio allora cercare di delimitare il principio in questione, attraverso la chiave storica, da un lato, e l'analisi dell'ambito in cui esso ha trovato concretamente espressione, dall'altro: cioè a dire focalizzando l'attenzione sui terreni in cui la proporzionalità ha funto da strumento per risolvere questioni interpretative specifiche inerenti al processo penale. Sul piano storico, ci si muoverà dunque partendo dalla elaborazione del principio offerta dal sistema tedesco – o meglio, presupponendola. Questo tanto per quel che concerne la funzione che la proporzionalità è chiamata a svolgere, quale canone di legittimità dell'uso del potere ove si ponga in conflitto con la sfera individuale; quanto per la sua descrizione, scegliendosi in questa sede di recepire il ben noto *test* tripartito di idoneità, necessità, proporzionalità in senso stretto¹¹.

Sul piano tecnico, si partirà da terreni in cui esplicitamente il diritto positivo prescrive il metodo della proporzione, e dalle soluzioni applicative cui esso ha dato luogo che appaiono meglio cogliere la “natura” del principio. Da qui si cercherà di spostare l'analisi su terreni limitrofi, che presentino caratteri affini a quelli in cui si è già fatto uso della proporzionalità, e paiono poter essere pervasi – in prospettiva – dal metodo imposto dal canone di proporzione.

Si tratta, come è facile cogliere, di una analisi connotata da un alto tasso di creatività, e da potenziali rischi di arbitrarietà, quanto alle conclusioni raggiunte. D'altronde, appare difficile evitare tali pericoli, posto che, per quel che s'è detto, il concetto in questione sembra implicare comunque un gioco complicato di somiglianze, tali per cui, tendenzialmente, più che indicarne i confini, se ne può solo “tracciar[n]e qualcuno, perché non ce ne sono di già tracciati”¹².

3.

Proporzionalità e processo penale nei principi costituzionali.

Una prima questione sulla quale soffermarsi è se si possa sostenere che la proporzionalità costituisca un principio generale del sistema processuale penale, o risulti applicabile solo a suoi settori specifici, sebbene indubbiamente assai rilevanti. A prima vista sembrerebbe maggiormente sostenibile la seconda tesi. In fondo, di proporzionalità si parla testualmente soltanto all'art. 275 comma 2 c.p.p. Del resto, nel nostro ordinamento è l'area delle misure cautelari, e in particolare quella delle coercizioni personali, ad essere stata l'oggetto della attenzione specifica da parte della dottrina, attraverso il prisma del principio esaminato¹³. Ne deriverebbe che, al di fuori del terreno delle cautele personali, non possa ritenersi operante il giudizio di proporzionalità. La ricostruzione consueta fa derivare il principio in esame dalla presunzione costituzionale di innocenza, che, a sua volta, rappresenterebbe una conseguenza del principio di colpevolezza postulato all'art. 27 comma 1 Cost.¹⁴. Questi i passaggi essenziali del discorso. Il principio di colpevolezza, nel proclamare la responsabilità personale, presuppone che tale

¹¹ Si rinvia *infra*, sub § 5 per una sintetica ricostruzione del controllo di proporzionalità.

¹² La citazione è da L. WITTGENSTEIN, *Ricerche filosofiche* (1953), Einaudi, Torino, 1995, par. 68, p. 48. Sul tema M. VOGLIOTTI, *Dove passa il Confine?*, cit., p. 27, cui fra l'altro si deve la citazione del filosofo tedesco, per l'analisi delle chiavi di lettura utili a decifrare le trasformazioni in atto in ambito penalistico.

¹³ V. GREVI, *Commento all'art. 9 l. 28/7/1984 n. 398*, cit., p. 151 s.

¹⁴ R. ORLANDI, *Provvisoria esecuzione delle sentenze e presunzione di non colpevolezza*, in AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni* (Atti del Convegno, Foggia-Mattinata, 25-27 settembre 1998), Giuffrè, Milano, 2000, p. 132 s.; D. NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 8 s.

responsabilità sia accertata attraverso un processo (*nulla poena sine culpa, nulla poena sine iudicio*)¹⁵. Il legame tra la responsabilità personale e il processo impone a sua volta la presunzione di innocenza. Il procedere, infatti, per sua stessa natura, implica decisioni provvisorie, capaci di anticipare diversi effetti tipici della sanzione finale, quali in particolare la restrizione della libertà. In generale, l'attività dell'accertare attraverso una procedura induce il riflesso di un sospetto e di uno stigma di colpevolezza in via anticipata, rispetto all'esito finale della verifica, nei confronti di chi vi sia sottoposto. Ecco allora l'insorgere della presunzione d'innocenza, che si contrappone a questa inevitabile tendenza ad attribuire la *culpa* ad un momento antecedente alla conclusione dello *iudicium*. Da simile presunzione processuale discende dunque, in particolare, il divieto di far uso delle restrizioni della libertà predisposte in chiave cautelare per i fini che siano tipici della sanzione penale. Questi ultimi, infatti, possono esplicarsi solo quando la colpevolezza sia stata accertata in via definitiva, e non prima (altrimenti ne sarebbe travolto il principio stesso di colpevolezza: avremmo infatti una *culpa* senza un – compiuto – *iudicium*). Occorre, quindi, che le cautele personali trovino giustificazione in esigenze diverse da quelle tipiche della pena: in esigenze, per l'appunto, processuali (che, come noto, troviamo consacrate all'art. 274 c.p.p.)¹⁶.

In questa ottica, la proporzionalità assicura un bilanciamento tra il dovere di trattare, per tutto il corso del procedimento, da innocente chi vi sia sottoposto, e quelle esigenze che possano giustificare, in via eccezionale, l'anticipazione di effetti tipici della sanzione penale definitiva¹⁷. In sintesi, la proporzionalità opererebbe come condizione di legittimità dei mezzi prescelti per l'intervento pubblico nella sfera della libertà personale¹⁸. Il vincolo da essa costituito opererebbe innanzi tutto nei confronti del legislatore, in un duplice senso: obbligandolo a individuare valori che possano giustificare una temporanea restrizione della libertà personale; imponendogli l'elaborazione di fattispecie cautelari che limitino il più possibile il rischio di una restrizione *in vinculis* di chi, all'esito del processo, non subirà pena¹⁹. Da qui la conclusione: il principio di proporzionalità costituirebbe una conseguenza necessitata della presunzione d'innocenza, sul piano processuale; e attuerebbe, in chiave dinamica, il principio materiale di responsabilità personale²⁰.

Le considerazioni sviluppate in precedenza, non possono essere certo messe in discussione, quanto al loro contenuto. Semmai, si può obiettare che esse colgono una delle ragioni – la più importante – attraverso le quali il principio di proporzionalità opera nel processo penale. Tuttavia, si può osservare come questa non sia l'unica. Se si sostenesse il contrario, se cioè si ritenesse che la proporzionalità è legata esclusivamente all'esigenza di non anticipare la pena rispetto alla conclusione del giudizio, si finirebbe per escludere dalla sua sfera di operatività tutti quei campi in cui la restrizione di un diritto individuale non sviluppi effetti assimilabili alla sanzione penale, non comporti cioè in via anticipata effetti tipici della punizione: ne deriverebbe, così argomentando, che un dovere di legiferare e decidere in maniera proporzionata non sussista indefettibilmente ove si tratti di perquisire un luogo o una persona, o introdursi nel domicilio altrui, o nel violare la libertà di comunicazione di taluno, posto che simili intrusioni nella sfera privata – pur costituendo misure tipiche del procedimento penale, invasive nella sfera del singolo individuo – non costituiscono necessariamente un effetto della sanzio-

¹⁵ G. VASSALLI, voce *Potestà punitiva*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Giuffrè, Milano, 1985, p. 807; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari, 1990, p. 69 e 572-573; G. ILLUMINATI, *Costituzione e processo penale*, in *Giur. it.*, 2008, p. 521 s. (in particolare v. i § 2 e 3 – ma già il pensiero era anticipato in ID., *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Zanichelli, Bologna, 1979, p. 32-33, con riferimento al rapporto tra presunzione di innocenza e necessità di intervenire in via anticipata e cautelare sull'imputato).

¹⁶ G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., p. 46.

¹⁷ R. ORLANDI, *Rito penale e salvaguardia dei galantuomini*, in *Criminalia*, 2006, p. 303. V. anche, ID., *Provvisoria esecuzione delle sentenze*, cit., p. 133-134; V. GREVI, voce *Libertà personale dell'imputato*, in *Enc. dir.*, XXIV, Giuffrè, Milano, 1974, p. 333. In tempi più recenti, cfr. P. P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 119 s.

¹⁸ D. NEGRI, *Fumus commissi delicti*, cit., p. 12.

¹⁹ D. NEGRI, *Fumus commissi delicti*, cit., p. 13; E. MARZADURI, *Accertamenti non definitivi sulla responsabilità dell'imputato ed attenuazione della presunzione di non colpevolezza*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 232.

²⁰ D. NEGRI, *Fumus commissi delicti*, cit., p. 16; E. MARZADURI, voce *Custodia cautelare nel diritto processuale penale*, in *Dig. pen.*, vol. III, Utet, Torino, 1989, p. 288.

ne penale²¹ (si pensi, in particolare, alle ipotesi in cui provvedimenti del genere coinvolgano soggetti terzi, rispetto al procedimento, che tuttavia possono fornire informazioni o dati utili all'accertamento dei fatti).

Pare allora più corretto, partendo dalla constatazione per cui il processo penale può essere considerato come un "diritto costituzionale applicato"²², estendere l'operatività del principio di proporzione a tutte le ipotesi in cui le necessità del procedere pongano a repentaglio un diritto inviolabile dell'individuo. Per dirla altrimenti, la proporzionalità può essere considerata un corollario della inviolabilità di certe prerogative individuali tutelate dalla Costituzione che tipicamente, anche se non esclusivamente, sono poste in tensione nell'alveo del procedimento penale. Nel proclamare una determinata libertà come inviolabile, e nel consentirne la restrizione parziale o totale solo al verificarsi delle condizioni previste dalla legge, e ad opera di una decisione giudiziale, la Carta fondamentale non farebbe altro che evocare implicitamente la necessità di una proporzione indefettibile tra gli interessi collettivi coinvolti dal processo penale e la protezione dell'individuo. Anche in questo caso, il dovere di non restringere in maniera sproporzionata la prerogativa proclamata inviolabile opererebbe tanto nei confronti del legislatore, obbligandolo a selezionare i valori idonei a interferire nella sfera individuale in maniera ragionevole, quanto nei confronti del giudice, chiamato ad attuare la legge nella specifica materia (scegliendo la soluzione più adeguata e meno afflittiva)²³.

4.

L'espansione della proporzionalità attraverso le fonti europee.

La crescente europeizzazione della intera area penale rappresenta un potente motore di espansione del principio di proporzionalità, che costituisce una colonna portante di tutto l'edificio europeo, e in particolare di quello UE. In sintesi, il ragionamento si snoda attraverso i seguenti passaggi: tutto il diritto UE pone al centro del rapporto autorità-individuo (ma anche di quello tra potere centrale e potere degli Stati membri) il canone di proporzione. Il diritto europeo è superiore a quello nazionale di rango legislativo ordinario, e prevale su di esso. Il diritto europeo interviene in maniera crescente a disciplinare il settore penale, in particolare quello processuale. Ne deriva, pertanto, che quest'ultimo, *a fortiori*, appare pervaso dal principio di proporzionalità, anche oltre il solo territorio dei diritti inviolabili previsti dalla Costituzione, mano a mano che si espande l'area di influenza delle fonti dell'Unione.

Duplice l'origine e la elaborazione della proporzionalità in sede sovranazionale: da un

²¹ L'assoggettamento a pena non implica automaticamente la violabilità del domicilio di un individuo: conferma in tal senso può rinvenirsi nell'art. 352 comma 3 c.p.p., che autorizza gli ufficiali di polizia giudiziaria a procedere a perquisizione personale o locale, al momento di eseguire un ordine che dispone la carcerazione, solo se ricorrano i motivi stabiliti al comma 1 del medesimo articolo (cioè quando vi sia "fondato motivo di ritenere che sulla persona si trovino occultate cose o tracce pertinenti al reato che possono essere cancellate o disperse ovvero che tali cose o tracce si trovino in un determinato luogo o che ivi si trovi la persona sottoposta alle indagini o l'evaso"). Se il mero assoggettamento a pena fosse sufficiente a giustificare la possibilità di violare il domicilio, non sarebbe stato necessario il rinvio ai casi e alle condizioni previste dall'art. 352 comma 1 c.p.p. Ulteriore conferma si può ricavare persino dall'art. 34 della legge 26 luglio 1975, n. 354, secondo il quale "I detenuti e gli internati possono essere sottoposti a perquisizione personale *per motivi di sicurezza*" (evidenza nostra), così escludendosi, almeno in teoria, che si possa procedere a perquisizione senza una ragione fondata, persino all'interno della struttura carceraria, solo perché sia in atto l'esecuzione della pena. Sul punto, va tuttavia ricordata la sentenza della Corte costituzionale 22 novembre 2000, n. 526, che ha stabilito come le perquisizioni *ex art. 34 l. ord. pen.* vadano ricomprese nel novero delle restrizioni della libertà personale che sono implicate dallo stato di detenzione, non trovando applicazione, nella specifica materia, l'art. 13 Cost. La Corte ha tuttavia aggiunto che il potere di perquisizione attribuito alla Amministrazione penitenziaria incontra precisi limiti sia in ordine ai presupposti sia quanto ai modi del suo esercizio, e deve essere soggetto a un effettivo controllo giurisdizionale (cfr. l'ultimo capoverso del § 7 della sentenza, nei *Considerato in diritto*). Sul tema cfr. A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 68.

Lo stesso si può osservare per la libertà e per la segretezza delle comunicazioni. La applicazione di una pena definitiva non implica automaticamente il venir meno della inviolabilità del diritto. Di nuovo, una disposizione della legge sull'ordinamento penitenziario conferma indirettamente l'asserto sostenuto. L'art. 18-ter l. n. 354 del 1975 prevede che il controllo sulla corrispondenza dei detenuti possa essere deciso dal magistrato di sorveglianza, su richiesta del pubblico ministero, per esigenze attinenti le indagini o investigative o di prevenzione dei reati, ovvero per ragioni di sicurezza o di ordine dell'istituto, e comunque per un periodo non superiore a sei mesi. Ciò conferma che, al di fuori di specifiche esigenze, non è ammessa una interferenza nella libertà e segretezza di comunicazione di un individuo, solo perché un soggetto è stato sottoposto a pena definitiva.

²² D. NEGRI, *Fumus commissi delicti*, cit., p. 8. La citazione è ripresa dalla dottrina tedesca. Cfr. in tema W. HASSEMER, *Prefazione*, in E. BELFIORE (a cura di), *Giudice delle leggi e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2005, p. XIII s. Riprende la nota definizione S. LORUSSO, *I molteplici volti del contraddittorio: dalle regole costituzionali all'attuazione legislativa*, in F. R. DINACCI (a cura di), *Processo penale e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 345, nt. 1.

²³ Dando vita a quella discrezionalità rigenerata dalle garanzie costituzionali di cui Giuliano Amato parla nella sua monografia sulla libertà personale: cfr. G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 347.

lato, essa, da tempo risalente, è stata recepita dal diritto giurisprudenziale, sino a divenire un sovra-principio, vale a dire un punto fondante a base della intera costruzione giuridica dell'Unione, e un meta-principio, ossia una chiave di lettura e di applicazione degli altri diritti fondamentali riconosciuti dal sistema europeo²⁴. Dall'altro, il Trattato di Lisbona ha, da ultimo, consacrato nel diritto positivo, al suo rango più alto, il medesimo principio, così recependo la elaborazione operata dalla Corte di giustizia. Oggi il principio di proporzionalità è previsto ai par. 3 e 4 dell'art. 5 TUE, nonché agli art. 49 par. 3²⁵ e 52 par. 1 della Carta dei diritti fondamentali²⁶, elevata, in forza dell'art. 6 TUE, a fonte primaria dell'Unione, al pari dei Trattati.

Vale la pena, in tal sede, rammentare che la proporzionalità è principio riconosciuto anche nel sistema della CEDU, grazie alla elaborazione operata in tal senso dalla Corte di Strasburgo: essa opera generalmente quale limite alla discrezionalità riconosciuta agli Stati membri nel recepire i diritti e le libertà della Carta²⁷, ma è divenuta, con il tempo, parametro di riferimento per la verifica della tutela effettiva di tutti i diritti fondamentali previsti dalla Convenzione²⁸.

Simili evoluzioni in ambito sovranazionale sono gravide di conseguenze per l'ordinamento interno, e in particolare per il diritto processuale penale. Pare ormai approdo consolidato, infatti, sia pur con effetti diversi, la superiorità delle fonti europee, qualunque ne sia l'origine²⁹, su quelle italiane di rango ordinario. Tale superiorità, peraltro, ha assunto negli ultimi tempi un volto nuovo, che è quello, sempre più pervasivo, della diretta applicabilità della fonte europea, in luogo della disposizione nazionale ordinaria in contrasto. Ciò vale per la CEDU, per il tramite dell'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, purché si tratti di

²⁴ Il primo riferimento, secondo la dottrina in materia, è fatto risalire al 1956 nella sentenza *Fédération Charbonnière* (CGCE, sent. 29 novembre 1956, C-8/55, *Fédération Charbonnière de Belgique c. Alta Autorità*), nella cui motivazione si osserva che ogni reazione dovrebbe sempre «risultare commisurata all'importanza dell'atto illecito». Da allora, attraverso uno sviluppo continuo sino ad oggi, la proporzionalità è stata progressivamente saldata con i diritti fondamentali, quali «categorie propriamente costituzionali del diritto comunitario e quali strumenti di legittimazione della sua autonomia e preminenza sui diritti nazionali» (in tal senso A. MARLETTA, *Il principio di proporzionalità nella disciplina del mandato d'arresto europeo*, cit., p. 80. A questo recente lavoro si rinvia per una ampia analisi del principio di proporzionalità nella elaborazione della Unione europea, e sui suoi riflessi in ambito di cooperazione giudiziaria in materia penale). Afferma T. TRIDIMAS, *The General principles of EU Law*, Oxford University Press, 2006 p. 194: «In fact, this public law element of proportionality has become much more prevalent in recent years as the ECJ has intensified judicial review of national measures on grounds of compatibility with human rights. The Court appears to engage in what can be termed collateral review on grounds of proportionality».

²⁵ Quest'ultima disposizione in verità esprime il principio di proporzionalità tra pene e reato. Ciò non ha impedito in una nota decisione dell'Alta Corte Regionale di Stoccarda (*Oberlandesgericht Stuttgart*), di individuare in essa la base giuridica per imporre il *test* di proporzionalità nella Carta dei diritti fondamentali e, segnatamente, nell'art. 49 par. 3 CDFUE e nel principio di proporzionalità delle pene. *Oberlandesgericht Stuttgart*, dec. 25 febbraio 2010, 1 Ausl (24) 1246/09, *General Prosecution Service c. C.* pubblicata, nella traduzione inglese di J. VOGEL (relatore nella causa) ed annotazione di J. SPENCER, in *Criminal Law Review*, 2010, p. 474. Per un commento italiano alla pronuncia cfr. L. ROMANO, *Principio di proporzionalità e mandato d'arresto europeo: verso un nuovo motivo di rifiuto?*, in *questa Rivista*, 1, 2013, p. 250 s. Sul tema si rinvia nuovamente a A. MARLETTA, *Il principio di proporzionalità*, cit., p. 85 s.

²⁶ L'art. 52 menzionato pare, in proposito, particolarmente significativo, stabilendo che «Nel rispetto del principio di proporzionalità possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui». Giustamente si osserva che «i «limiti» e le «condizioni» previste dai Trattati andrebbero, pertanto, lette ed implementate nel diritto derivato e, più in generale, nelle azioni dell'Unione alla luce dei contenuti del «limite dei limiti» della Carta: legalità, rispetto in ogni caso dell'essenza del diritto, proporzionalità» (A. MARLETTA, *Il principio di proporzionalità*, p. 91).

²⁷ Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, 2002, p. 14.

²⁸ Sul tema si rinvia a M. GIALUZ-P. SPAGNOLO, *Articolo 5*, in S. BARTOLE-P. DE SENA-V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Cedam, Padova, 2012, p. 145; J. McBRIDE, *Proportionality and the European Convention on Human Rights*, in E. ELLIS (Ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Hart Publishing, 1999, p. 24; D. U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, fra principio di necessità e dottrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali su contenuti e rilevanza effettiva del principio*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1999, p. 770.

²⁹ Sia consentito il rinvio a M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria*, cit., p. 131 s.; R. E. KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, cit., p. 9 s.

dare attuazione al diritto dell'Unione³⁰. Vale anche per i diritti primari consacrati nei Trattati e nella Carta dei diritti dell'Unione europea. Nella sentenza *Åkerberg Fransson*, infatti, la Corte di giustizia ha stabilito che, ogniqualvolta il giudice nazionale sia chiamato ad attuare leggi o fonti nazionali recettive del diritto dell'Unione, egli deve direttamente applicare le fonti primarie dell'Unione, tra cui in particolare la Carta dei diritti, eventualmente non tenendo conto della previsione nazionale in contrasto. Si badi che, nell'ottica della Corte di Lussemburgo, non è necessario che le fonti europee e quelle nazionali siano omogenee, nel senso che debbano avere la medesima natura (sostanziale o processuale)³¹. Il diritto europeo pare più costituire l'"occasione" che implica la diffusione di tutto l'*acquis* sovranazionale, piuttosto che la ragione tecnica specifica che lo impone.

Se così è, ne discende, quanto al tema trattato, che ogniqualvolta si tratti di applicare una fonte europea, sia essa di natura sostanziale (per esempio una legge di ratifica di un illecito concepito in sede europea), sia di natura processuale (come nel caso delle numerose direttive adottate in forza dell'art. 82 TFUE), il giudice sarà tenuto, ove rilevante, ad applicare il *test* di proporzionalità, anche al di là dei soli ambiti dei diritti inviolabili riconosciuti dalla nostra Costituzione. Per esempio, ove sia coinvolta la proprietà privata, o la libertà d'impresa, o ancora la libertà di circolazione delle persone.

Si delineano, dunque al momento, due aree: quella disciplinata solo dal diritto interno, in cui il canone in esame opera a tutela di diritti inviolabili riconosciuti in Costituzione. Quella oggetto di attività normativa di origine dell'Unione europea, in cui il controllo di proporzionalità va effettuato sempre, ogniqualvolta lo Stato – o comunque qualunque pubblica istituzione (anche dell'Unione) – faccia uso di propri poteri autoritativi nella sfera individuale.

Per un effetto *à rebours*, questa espansione prodotta dal prorompere del diritto europeo in ambito penale pare in grado di portare a una completa capacità pervasiva del principio di proporzione, in prospettiva futura. In chiave evolutiva, infatti, è facile ipotizzare che esigenze di ragionevolezza ed equità legate alla parità di trattamento portino i due settori ad avvicinarsi, estendendo l'operatività delle garanzie offerte dalla proporzionalità anche alle aree che ne erano rimaste scoperte³². Si può dunque osservare che lo sviluppo del diritto europeo produce una elevazione del principio di proporzione nell'intero ambito del diritto processuale penale in due sensi: diretto, per le parti esplicitamente sottoposte alla sua disciplina; indiretto, nella logica prodotta dal principio di uguaglianza, per le parti sottratte al suo specifico intervento³³.

³⁰ Questa appare la conclusione della Corte costituzionale nella sentenza n. 80 del 2011. Sebbene interpretata dai più come una decisione che aveva posto un argine alla diretta applicazione della CEDU – per il tramite dell'art. 52 della Carta dei diritti UE – avverso una disposizione nazionale in contrasto, essa pare aprire, a ben vedere, sia pur limitatamente, a tale possibilità. La Consulta, infatti, ha operato una distinzione tra due diversi ambiti: quello in cui tra la CEDU e la legge nazionale si ponga un'altra fonte di matrice UE, e quello nel quale tale fonte intermedia non sia data. Nel primo caso, il diritto CEDU, in quanto anche diritto UE, dovrebbe trovare diretta applicazione – con disapplicazione della legge interna in contrasto – secondo quanto consueto per il diritto comunitario; nel secondo, invece, continuerebbe a mantenere validità la dottrina elaborata con le sentenze gemelle del 2007: obbligo di interpretazione conforme e questione di costituzionalità, ove non sia possibile elaborare una soluzione soddisfacente in via ermeneutica. Se prendiamo in considerazione solo gli ultimi dieci anni, possiamo forse, per semplicità, ricostruire l'affermazione del predominio del diritto europeo in ambito nazionale in due fasi: quello della interpretazione conforme, affermatosi con il caso Pupino e sviluppato dalle sentenze gemelle della Corte costituzionale n. 348 e 349 del 2007; quello della diretta applicazione in ambito penale. Tale ultimo passaggio non è stato subito percepito dalla dottrina, né tantomeno riconosciuto come tale dalla giurisprudenza. Tuttavia, pare difficile negare la sussistenza, alla luce delle decisioni che si menzionano nelle note successive. Sul punto, sia consentito il rinvio a M. CAIANIELLO, *Premesse*, cit., p. 162-163; ID., *The Proposal for a Regulation on the Establishment of an European Public Prosecutor's Office: Everything Changes, or Nothing Changes?*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2013, p. 115 s. (in particolare p. 117).

³¹ Per essere più chiari, se il giudice si trovi nella necessità di applicare previsioni normative originate da fonti europee, l'intero patrimonio dei principi dell'Unione deve direttamente trovare attuazione: nel caso di specie, vertendosi in materia di sanzioni in caso di evasione dell'Iva – imposta di origine europea – la Corte ha stabilito in linea di principio la diretta invocabilità da parte dell'interessato dell'art. 50 della Carta dei diritti, in materia di *ne bis in idem*. Dall'esempio menzionato emerge come la capacità di penetrazione del diritto europeo appaia particolarmente elevata.

³² In un certo senso, il fenomeno è assimilabile a certi effetti indotti del mutuo riconoscimento. La logica del mutuo riconoscimento conduce a favorire un diverso percorso ermeneutico: un percorso in cui il mancato rispetto della regola – come l'ottemperanza ad essa – di per sé non è conclusivo, essendo necessaria una verifica empirica e sostanziale sulla effettiva lesione dei diritti riconosciuti alla parte interessata. Sul punto cfr. M. CAIANIELLO, *Premesse*, cit., p. 160; R. E. KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, cit., p. 40.

³³ Una ipotesi particolare di effetto indiretto si verificherebbe ove il diritto italiano non prevedesse un *test* di proporzionalità che è invece ritenuto necessario dalla giurisprudenza della Corte EDU: questo ove non si tratti di attuare una disposizione UE (nel qual caso opera direttamente la disapplicazione della previsione interna in favore di quella europea).

Nell'ipotesi indicata, troverebbe attuazione quanto stabilito dalla Corte costituzionale con la sentenza 80 del 2011 (che ha confermato l'approdo raggiunto con le c.d. "sentenze gemelle" del 2007): il giudice dovrebbe prima cercare di risolvere il contrasto in via interpretativa, in forza della interpretazione convenzionalmente conforme. Ove ciò non risultasse possibile, dovrebbe sollevare questione di legittimità costituzionale ex art. 117 comma 1 Cost.

5.

La proporzionalità nell'art. 275 c.p.p. parallelo con la proporzionalità tedesca.

Se è vero che, per le ragioni espresse, il principio di proporzionalità può considerarsi ormai recepito all'interno del diritto processuale penale a livello generale, è tuttavia innegabile che, sul piano della elaborazione dogmatica e dell'applicazione pratica esso abbia finito per esplicare i propri effetti maggiori in ambito cautelare.

Una specifica disposizione, peraltro – come osservato – evoca direttamente la proporzionalità. Si tratta dell'art. 275 c.p.p., il cui comma 2 prevede che ogni misura debba essere proporzionata alla entità del fatto e alla sanzione che sia stata o si ritiene debba essere irrogata. V'è da dire che tutti i passaggi disciplinanti i criteri di scelta della misura cautelare personale – all'art. 275 c.p.p. – paiono rievocare quel *test* di proporzionalità concepito in origine dalla dottrina tedesca e diffusosi nella maggior parte dei sistemi europei: il codice prescrive innanzi tutto la verifica sulla “idoneità” della cautela personale in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto; indi impone di commisurare la misura restrittiva al trattamento sanzionatorio ipotizzato o eventualmente già applicato (“proporzionalità-adequatezza”); infine, al comma 3, pone la regola della minima offensività o stretta necessità, in forza della quale la custodia in carcere può essere disposta solo ove ogni altra misura risulti inadeguata³⁴. Operando un parallelo tra l'andamento della disposizione del codice e la concezione tradizionale della proporzionalità, ritroviamo passaggi assimilabili: il comma 1 dell'art. 275 c.p.p. evoca l'idoneità di origine germanica, intesa nel senso della capacità in astratto di raggiungere l'obiettivo prefissato³⁵. La stretta necessità imposta dal comma 3 dell'art. 275 c.p.p. ricalca il passaggio sulla necessità (*Erforderlichkeit*), secondo la quale, a parità di efficacia, è da preferire sempre il mezzo coercitivo più mite³⁶. Infine, la proporzionalità-adequatezza, condensata nel legame tra la misura imposta e il trattamento sanzionatorio finale (ivi compresa la sospensione condizionale della pena, inserita in un momento successivo con il comma 2-bis), richiama la valutazione più discrezionale, o di merito, della proporzionalità in senso stretto (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*): come noto, questo vaglio consente, ed anzi impone, di porre in bilanciamento, da un lato, la restrizione imposta all'individuo nelle sue prerogative e, dall'altro, il valore del fine perseguito dal pubblico potere nell'esercizio della sua specifica funzione: ciò affinché, in assoluto, i diritti fondamentali del singolo non siano compressi in maniera intollerabile³⁷.

Come già anticipato, non s'intende in questa sede esaminare approfonditamente ogni questione esegetica suscitata, nel corso degli anni, da ciascuna delle disposizioni richiamate.

³⁴ Sul tema si rinvia al molto approfondito contributo di E. VALENTINI, *Principio di proporzionalità e durata della cautela*, in *Giur. merito*, 2010, p. 446 s.

Sull'art. 275 c.p.p., cfr. M. CHIAVARIO, sub *Art. 275 c.p.p.*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 61 s.; E. MARZADURI, sub *Art. 275 c.p.p.*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Commento al codice di procedura penale*, cit., III Agg., Utet, Torino, 1998, p. 165 s. Per una rassegna di dottrina e giurisprudenza sul punto, cfr. F. TERRUSI, *Misure cautelari personali. I presupposti di applicazione e il principio di proporzionalità*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2308 s.; L. CESARIS, sub *Art. 275 c.p.p.*, in G. CONSO-V. GREVI (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, Cedam, Padova, 2005, p. 846 s. (per le considerazioni generali sulla disposizione prima delle vicende innescate con il c.d. “pacchetto sicurezza del 2009”); E. FARINELLI, *L'ambito di operatività della presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*, in *Arch. pen.*, 2013, p. 2 s.; A. ALBIANI-S. MARINELLI, *Misure cautelari in materia di libertà personale e sequestro penale*, Giuffrè, Milano, 2007., p. 519 s.; G. TODARO-F. VARONE, *La difesa nel procedimento cautelare personale*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 92-99.

³⁵ Il giudizio di proporzionalità, come noto, si sviluppa secondo “tre gradini”. Il primo elemento sintesi, individua la “capacità del mezzo impiegato alla realizzazione del fine prefissato”. Si tratta ancora di una valutazione in astratto, con la quale si cerca di stabilire se, in linea teorica, il mezzo impiegato sia tale da consentire il perseguimento dello scopo. Così facendo, si opera prima di entrare nel merito dei valori in contesa, una selezione tra possibili alternative, al fine di escludere ciò che, a prima vista, non appaia in grado di raggiungere il fine cui l'azione pubblica è protesa. Cfr. M. A. SANDULLI, voce *Proporzionalità*, cit., p. 4645; A. MARLETTA, *Il principio*, cit., p. 61 s.

³⁶ Si rinvia agli autori citati alla nota precedente. Cfr. anche E. VALENTINI, *Principio di proporzionalità e durata della cautela*, cit., p. 448-449. Sul giudizio di proporzionalità, e su un parallelo tra l'ordinamento italiano e la elaborazione tedesca del principio, cfr. R. ORLANDI, *Garanzie individuali ed esigenze repressive (ragionando intorno al diritto di difesa nei procedimenti di criminalità organizzata)*, in AA. VV., *Studi in ricordo di G. Pisapia. Procedura penale*, II, 2000, p. 560.

³⁷ Si tratta, come noto, dell'ultimo stadio del *test* di proporzionalità di “matrice tedesca” è identificato dalla verifica della cd. proporzionalità in senso stretto (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*), la componente più penetrante, caratteristica e discussa del principio. Il contenuto della proporzionalità in senso stretto, infatti, fa perno sulla valutazione comparativa tra l'intensità dell'intervento pubblico sulla sfera giuridica dell'individuo ed il “peso specifico” dell'obiettivo perseguito dall'esercizio del potere: in questa prospettiva essa sottintende l'idea che il concreto esercizio del potere, pur idoneo e necessario (cioè, operato col mezzo meno restrittivo possibile tra quelli egualmente efficaci), non debba in ultima istanza incidere in maniera «intollerabile» sulla sfera giuridica dell'interessato. Cfr. A. MARLETTA, *Il principio*, cit., p. 71; M. A. SANDULLI, voce *Proporzionalità*, cit., p. 4646.

Ci si soffermerà, piuttosto, su alcune decisioni giurisprudenziali che, in temi recenti, hanno valorizzato il canone di proporzione recepito dall'art. 275 c.p.p., per cercare di stabilire se da esso possano trarsi indicazioni più precise sulla sua operatività nel sistema processuale penale.

6.

La c.d. “regola dei 2/3”.

Due sono le questioni che, nei tempi più recenti, hanno posto l'accento sulla portata pratica della proporzionalità in ambito cautelare. Entrambe affondano le proprie radici nell'art. 275 c.p.p. Una prima ha riguardato l'applicazione del principio in esame in chiave diacronica, ovvero la capacità del trascorrere del tempo di influire sulla adeguatezza e proporzionalità della misura applicata al soggetto sottoposto a procedimento³⁸. La seconda invece ha coinvolto le presunzioni di pericolosità e adeguatezza poste al comma 3 dell'art. 275 c.p.p. quale deroga al principio di stretta necessità della cautela e della custodia in carcere³⁹.

Nella prima vicenda emerge il tentativo, non accolto dalla Suprema Corte, di individuare, attraverso la proporzionalità, un ulteriore e implicito limite massimo alla custodia in carcere. Il presupposto ermeneutico di partenza dei giudici di merito era che il principio di proporzione producesse effetti tanto al momento genetico della misura coercitiva – quando si tratti di scegliere il corretto trattamento cautelare – quanto nel corso della sua durata. Muovendo da ciò, si era cercato di elaborare una formula che, in via automatica, trasformasse il decorso del tempo in condizioni di efficacia della cautela detentiva, così rendendo tassativo (ma anche irrigidendo) il principio generale di riferimento contenuto nell'art. 275 comma 2 c.p.p.

La soluzione veniva ottenuta rielaborando la regola cosiddetta dei 2/3, già prevista all'art. 304 comma 6 c.p.p., per estenderla ad un caso ulteriore e diverso da quello disciplinato dalla previsione positiva: la frazione dei 2/3 come limite di durata della custodia cautelare, di cui all'art. 304 c.p.p., è riferita al massimo della pena temporanea prevista per il reato contestato (cioè alla pena in astratto); nella proposta ermeneutica escogitata, invece, essa si sarebbe dovuta calcolare sulla sanzione effettivamente applicata nei gradi intermedi del giudizio (o comunque sulla pena che apparisse in concreto pronosticabile *a priori*).

In altre parole, ci si proponeva, per valorizzare il principio di proporzione previsto dall'art. 275 comma 2 c.p.p., di ricavare una causa di perdita di efficacia *ad hoc* della misura *in vinculis*, quando la sua durata avesse oltrepassato i 2/3 della pena “infiggenda”, o in concreto applicata dal giudice di merito. La *ratio* di fondo insita in questa soluzione era da individuare – come detto – nell'aspirazione a fare della proporzionalità un parametro di controllo per la validità della custodia preventiva nell'arco di tutta la sua durata e il suo sviluppo⁴⁰. Al tempo stesso, i giudici promotori del corso interpretativo riportato ambivano a trasformare il principio in regola: vale a dire a ricondurre la problematica legata alla proporzione nell'alveo del ragionamento logico deduttivo, così che all'organo giudicante, piuttosto che una tessitura *ad hoc* del vestito cautelare, fosse data, di pronto utilizzo, una fattispecie tassativa in più (un nuovo termine di durata massima della misura imposta): al verificarsi dei fatti necessari, non sarebbe rimasto altro, in tal modo, che prender atto degli effetti sprigionati dalla regola, e dichiarare venuta meno l'efficacia della restrizione cautelare⁴¹.

Su un piano politico, si poteva cogliere, nella proposta avanzata, un tentativo di abdicare – per paradosso attraverso una soluzione a sua volta creativa – alla troppa libertà consentita,

³⁸ In tal senso cfr. Tribunale del riesame di Bologna – 6 ottobre 2009, in *Giur. merito*, 2010, p. 440, con nota di E. VALENTINI, *Principio di proporzionalità*, cit., p. 446 s. Sulla decisione, cfr. A. ALBIANI, *I nodi al pettine del tribunale della libertà*, BUP, Bologna, 2011, p. 24 s.

³⁹ V. sul tema l'ampio contributo di C. IASEVOLI, *Politica della sicurezza, presunzione processuale e costituzione*, in *Crit. dir.*, 2013, p. 56 s.

⁴⁰ E. VALENTINI, *Principio di proporzionalità*, cit., p. 450. E' interessante notare come il riferimento alla sanzione che sia stata applicata era stato inserito, con l'art. 14 l. n. 128 del 2001, a fini repressivi. Il suggerimento implicito era che, al momento della condanna non definitiva, il giudice procedesse più facilmente e agevolmente all'applicazione della misura cautelare. Tuttavia, calata all'interno dell'art. 275 c.p.p., e della logica della proporzionalità, la disposizione ha assunto ben altra coloratura, dando origine alla soluzione ermeneutica in chiave garantista sopra descritta. Sul tema ancora E. VALENTINI, *Principio di proporzionalità*, cit., p. 449-450.

Può essere utile menzionare che la Commissione di studio in tema di ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione abbia, nel proprio documento conclusivo, sollecitato l'adozione del criterio dei 2/3 a livello di diritto positivo, attraverso la modifica dell'art. 300 c.p.p. Si veda il [documento della Commissione in Dir. Pen. Cont.](#), 20 dicembre 2013, p. 73-74.

⁴¹ Si menziona in proposito il passaggio della decisione del Tribunale del riesame, ottobre 2009, in *Giur. merito*, 2010, p. 440: “perché il principio di proporzione non resti lettera morta lo stesso [...] deve necessariamente operare in via autonoma e prioritaria rispetto agli altri parametri della complessiva disciplina cautelare”. Qui l'accento cade sulla autonomia, di cui il giudice torna a farsi mero esecutore.

quasi imposta *obtorto collo*, dal paradigma della proporzionalità: in fondo, pareva una richiesta di essere esautorati dalla eccessiva responsabilità che grava, a causa del criterio in questione, sull'organo giudicante.

A ben vedere, come noto, è proprio questo il passaggio che ha comportato il fallimento della operazione, e il prevalere, nel ragionamento delle Sezioni Unite, della opposta logica argomentativo-persuasiva⁴². Secondo queste ultime, sebbene la proporzionalità debba considerarsi categoria immanente a tutta la vicenda cautelare, e dunque operante tanto nel momento genetico della cautela quanto in tutte le fasi successive, essa non può essere imbrigliata in schemi temporali prefissati – ulteriori rispetto a quelli predisposti dalla legge – né in rigidi automatismi⁴³. Come esplicitamente si osserva:

“L’aspetto qualificante che caratterizza il sistema appena delineato e che lo rende conforme a Costituzione, è dunque quello di rifuggire da qualsiasi elemento che introduca al suo interno fattori che ne compromettano la flessibilità, attraverso automatismi o presunzioni. Esso esige, invece, che le condizioni e i presupposti per l’applicazione di una misura cautelare restrittiva della libertà personale siano apprezzati e motivati dal giudice sulla base della situazione concreta, alla stregua dei ricordati principi di adeguatezza, proporzionalità e minor sacrificio, così da realizzare una piana ‘individualizzazione’ della coercizione cautelare”⁴⁴.

Rinviando ai paragrafi successivi l’analisi, si può comunque evidenziare sin d’ora come la divergenza tra la Suprema Corte e i giudici di merito non tocchi il presupposto di partenza. Per entrambi il metodo imposto dalla proporzionalità innerva l’intera vita della misura cautelare. Tuttavia, la Cassazione non ha ritenuto di poter condividere lo sforzo di irrigidire il principio in una clausola formale fissa. In sostanza, la proporzione è – in via di prima approssimazione – *quaestio pratica*, che deve rimanere nel solo alveo del momento concreto-attuativo e mal si presta ad essere ricondotta a formule generali ed astratte.

7.

La presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere.

Il riferimento alla sentenza della Corte costituzionale 265 del 2010, operato dalle Sezioni Unite nel rigettare la c.d. “regola dei 2/3”, nel passaggio innanzi riportato, si presta ad operare come efficace *trait d’union* per esaminare il diverso profilo entro il quale, nei tempi recenti, si è esplicata l’efficacia del principio di proporzionalità. La vicenda, che ha visto il susseguirsi di numerose pronunce della Corte costituzionale nell’arco di un triennio – non potendosi escludere che gli interventi correttivi siano conclusi⁴⁵ – riguarda le presunzioni poste dal legislatore al comma 3 dell’art. 275 c.p.p., in materia di adeguatezza della misura prescelta dal giudice, una volta deciso di accogliere la domanda cautelare⁴⁶ del requirente.

Come noto, il codice pone al comma 3 dell’art. 275 c.p.p. due generi di presunzioni, ad arginare la libertà di scelta del giudicante nel determinare il trattamento cautelare (in particolare, a limitare l’operatività del canone di stretta necessità). La prima, di carattere relativo, concernente la sussistenza di esigenze cautelari, ove siano accertati i gravi indizi di colpevolezza in merito a determinati tipi di reato; la seconda di carattere assoluto, quanto alla adeguatezza della misura da scegliere, che sempre consiste nella custodia in carcere⁴⁷. La disposizione in

⁴² La decisione cui ci si riferisce è Cass., S. U., 31 marzo 2011, Khalil, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3713, con nota di G. SANTALUCIA. Vedi anche, a commento della decisione citata, P. P. RIVELLO, *Un intervento delle Sezioni Unite concernente la revoca delle misure cautelari dovuta alla supposta violazione sopravvenuta del principio di proporzionalità*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1256 s.

⁴³ Citando testualmente dalle Sezioni Unite: “Ciò che, invece, tale orientamento decisamente respinge, è la possibilità di desumere dal sistema un principio in forza del quale, al raggiungimento di una rigida e predeterminata proporzione tra durata della custodia e *quantum* di pena inflitta, la restrizione della libertà personale debba comunque cessare, a prescindere da qualsiasi apprezzamento delle esigenze cautelari”.

⁴⁴ Così Khalil, § 3, citando a sua volta Corte cost. n. 265 del 2010

⁴⁵ Così, da ultimo, E. APRILE, nota a Corte cost., sent. 23 luglio 2013, n. 57, in *Cass. pen.*, 2013, p. 2588, secondo il quale la Corte costituzionale continuerà a dichiarare illegittimi tutti i delitti previsti dai commi 3-bis e 3-quater dell’art. 51 c.p.p., richiamati dall’art. 275 comma 3 c.p.p., diversi dal reato di associazione ex art. 416-bis c.p.p.; F. RINALDI, *La rima obbligata alla giurisprudenza costituzionale e le sue possibili conseguenze processuali*, in *Forum Quad. Cost.*, 2012, p. 4.

⁴⁶ Sul punto si rinvia alla ampia e approfondita ricerca di E. VALENTINI, *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, BUP, Bologna, 2012, in particolare, per i temi qui toccati, p. 311-319.

⁴⁷ G. TODARO-F. VARONE, *La difesa nel procedimento cautelare personale*, cit., p. 92-99.

esame è stata interpolata in numerose occasioni⁴⁸. Nel 1991 si allargò l'area di operatività delle presunzioni menzionate, in termini non lontani da quelli da ultimo ripristinati poi nel 2009; in seguito, nel 1995, si limitò la deroga al principio di adeguatezza e minima offensività ai soli casi di associazione *ex art. 416-bis c.p.*; infine, nel 2009, si riespanse la fattispecie nei suoi massimi confini, includendovi ipotesi di reato sino a quel momento mai contemplate nel gioco delle presunzioni. La dottrina aveva fin dall'origine espresso le più serrate critiche in merito alla scelta operata dal legislatore: così facendo, si osservava, si sarebbe perduta la natura servente che la Costituzione assegna alla carcerazione preventiva rispetto al perseguimento delle finalità del processo⁴⁹ mentre, per converso, la misura cautelare custodiale avrebbe finito per operare quale anticipazione della pena: ciò in piena violazione non solo della presunzione d'innocenza, ma anche del principio di proporzionalità⁵⁰. Come si è già osservato, la presunzione di cui all'art. 27 comma 2 Cost., attuando nella dinamica del processo il principio di colpevolezza, impone che le cautele trovino giustificazione in esigenze diverse da quelle di anticipazione della sanzione: in questa chiave, giova ribadire che la proporzionalità si pone a canone di legittimazione di ogni intervento *in itinere* sulla libertà personale dell'individuo, poiché assicura un bilanciamento tra il dovere di trattare, per tutto il corso del procedimento, da innocente chi vi sia sottoposto, e le ragioni che possano giustificare, in via eccezionale, l'anticipazione di effetti tipici della sanzione penale definitiva⁵¹.

La demolizione progressiva operata dalla Corte costituzionale, a partire dal 2010, delle ipotesi di presunzione assoluta⁵² di adeguatezza conferma il recepimento, da parte del giudice delle leggi, della logica della proporzionalità, come sinora riportata. Con la prima e più nota decisione – la sentenza n. 265 del 2010, in cui si preannunciava il corso che si sarebbe intrapreso – la Corte partiva dalla premessa per cui

“nel criterio di adeguatezza, correlato alla ‘gamma’ graduata delle misure, trovi espressione il principio – implicato dal quadro costituzionale di riferimento – del ‘minore sacrificio necessario’: entro il ‘ventaglio’ delle alternative prefigurate dalla legge, il giudice deve infatti prescegliere la misura meno afflittiva tra quelle astrattamente idonee a tutelare le esigenze cautelari nel caso concreto, in modo da ridurre al minimo indispensabile la lesività determinata dalla coercizione endoprocedimentale [...]. Tratto saliente complessivo del regime ora ricordato – conforme al quadro costituzionale di riferimento – è quello di non prevedere automatismi né presunzioni. Esso esige, invece, che le condizioni e i presupposti per l'applicazione di una misura cautelare restrittiva della libertà personale siano apprezzati e motivati dal giudice sulla base della situazione concreta, alla stregua dei ricordati principi di adeguatezza, proporzionalità e minor sacrificio, così da realizzare una piena ‘individualizzazione’ della coercizione cautelare”.

Sulla scorta della ricostruzione operata, giungeva a dichiarare illegittima la presunzione

⁴⁸ Una prima volta con l'art. 5 d.l. 13 maggio 1991, n. 152 conv nella l. 12 luglio 1991, n. 203; una seconda con l'art. 5 l. 8 agosto 1995, n. 332; una terza con l'art. 2 comma 1 d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, conv. l. 23 aprile 2009, n. 38. Sul tema cfr. E. FARINELLI, *L'ambito di operatività della presunzione di adeguatezza della custodia in carcere*, cit., p. 4-7, anche per i riferimenti dottrinari ivi citati.

⁴⁹ E. VALENTINI, *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, cit., p. 312. V. ancora E. FARINELLI, *L'ambito di operatività*, cit., p. 4-7; L. CESARIS, sub *Art. 275 c.p.p.*, cit., p. 847-849. Del resto, la stessa Corte costituzionale in almeno un paio di note decisioni aveva da diversi decenni raggiunto in materia le medesime conclusioni: Corte cost. sent. 64 del 1970; sent. n. 1 del 1980. Sul tema si rinvia inoltre al saggio di T. E. EPIDENDIO, *Proposte metodologiche in merito al dibattito sulle misure cautelari*, in *Dir. Pen. Cont.*, 21 novembre 2013, p. 1 s., in particolare p. 14 per ulteriori pronunce della Corte nella vigenza del codice attuale.

⁵⁰ G. TODARO-F. VARONE, *La difesa nel procedimento cautelare personale*, cit., p. 101-113.

⁵¹ D. NEGRI, *Fumus*, cit., p. 10-13.

⁵² Vale la pena evidenziare come, con la serie di decisioni che di seguito si riportano, la Corte abbia non già dichiarato incompatibile con la Carta fondamentale l'uso *tout court* di presunzioni in materia di trattamento cautelare, da parte del legislatore. Da un lato, infatti, gli interventi della Corte hanno in concreto comportato che le presunzioni assolute predisposte all'art. 275 comma 3 c.p.p. si trasformassero in relative; dall'altro, lo stesso ricorso alle presunzioni *iuris et de iure* potrebbero non risultare irragionevoli: occorre solo che esse non sia no “arbitrarie e irrazionali”, e ciò avviene quando “non rispond[ano] a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell’*id quod plerumque accidit*” (in sostanza, pare di cogliere, si salva soltanto l'associazione per delinquere di tipo mafioso *ex art. 416-bis c.p.*). In questa maniera, il giudice delle leggi, pur intraprendendo una strada ermeneutica per molti aspetti innovativa (il riferimento è al parametro della presunzione d'innocenza posto a base di tutte le decisioni), ha mantenuto un legame con la precedente decisione del 1995 (ord. n. 450 del 1995), con la quale a suo tempo si era salvata dalla declaratoria di illegittimità la presunzione assoluta riferita all'associazione di tipo mafioso (soluzione normativa accolta anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo con la nota sentenza 6 novembre 2003, Pantano c. Italia, R-60851/00).

Per un commento all'ord. n. 450 del 1995, cfr. D. NEGRI, *Sulla presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere nell'art. 275, comma 3 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2835. Quanto al ricorso, da parte della Corte costituzionale, alla presunzione d'innocenza nella propria giurisprudenza, cfr. G. ILLUMINATI, *Presupposti e criteri di scelta delle misure cautelari*, in G. CONSO (a cura di), cit., p. 289 s., in particolare p. 392-393.

iuris et de iure di adeguatezza quando si proceda per il reato di violenza sessuale (art. 609-*bis* c.p.), giacché

“per quanto odiosi e riprovevoli, i fatti che integrano i delitti in questione ben possono essere e in effetti spesso sono meramente individuali, e tali, per le loro connotazioni, da non postulare esigenze cautelari affrontabili solo e rigidamente con la massima misura”.

Seguivano, negli anni successivi, altre decisioni⁵³ tese a riportare nell'alveo dei soli procedimenti per associazione di tipo mafioso l'operare della presunzione, in accoglimento del canone di proporzionalità e nel ripristino del metodo della “proceduralità argomentativa”⁵⁴ in precedenza richiamato.

Occorre su un diverso piano rimarcare, nell'ottica della Corte costituzionale, come l'interprete non possa spingersi, in nome del principio di proporzione, ad adottare una soluzione ermeneutica di fatto abrogatoria di una previsione legislativa ritenuta, pur a buon diritto, illegittima. In tal senso si è osservato che

“le parziali declaratorie di illegittimità costituzionale della norma impugnata, aventi per esclusivo riferimento i reati oggetto delle precedenti pronunce di questa Corte, non si possono estendere alle altre fattispecie criminose ivi disciplinate. È inoltre da aggiungere che la lettera della norma impugnata, il cui significato non può essere valicato neppure per mezzo dell'interpretazione costituzionalmente conforme [...], non consente in via interpretativa di conseguire l'effetto che solo una pronuncia di illegittimità costituzionale può produrre”⁵⁵.

In questa maniera è stata respinta l'opposta soluzione avanzata dalla Cassazione, con la quale si era ritenuta possibile una estensione in via interpretativa dei principi fissati dalla Corte costituzionale⁵⁶.

Dai passaggi posti in evidenza delle diverse decisioni avvicendatesi, negli ultimi tre anni, del giudice delle leggi, sembrano dunque emergere alcuni punti rilevanti. Il primo concerne il rifiuto di regole rigide e formali, che paiono comunque incompatibili con il canone di proporzione, tutto attratto al momento applicativo; il secondo riguarda il divieto, per il giudice ordinario, di risolvere l'eventuale *impasse* in via interpretativa. Al contrario, l'unica opzione possibile, a fronte di una presunzione assoluta di adeguatezza irragionevole, è sollevare questione di legittimità costituzionale. In sintesi, al giudice ordinario è precluso tanto introdurre in via pretoria regole rigide (la c.d. “regola dei 2/3”), quanto disfarsene (attraverso il velo della interpretazione conforme a Costituzione).

Emerge quindi una interessante dicotomia, nella elaborazione delle Corti di vertice italiane, legata al canone di proporzione, tra la natura pratica dello stesso (e il suo implicare scelte *ad hoc*, verificabili e giustificabili caso per caso) e la lettera della legge. Quest'ultima non può costituire lo strumento per sollevare il giudicante dalla responsabilità che gli è attribuita (e per ricondurre alla logica formale deduttiva quella che è invece una decisione irrimediabilmente impregnata del metodo retorico-persuasivo). D'altro canto, ove la legge, irragionevolmente,

⁵³ Questo l'elenco delle pronunce successive: sentenza n. 164 del 2011, in riferimento all'omicidio volontario; della sentenza n. 231 del 2011, quanto alla fattispecie associativa di cui all'art. 74 del d.p. R. 9 ottobre 1990, n. 309; sentenza n. 110 del 2012, in relazione all'associazione per delinquere finalizzata alla commissione dei delitti previsti dagli artt. 473 e 474 c.p.; sentenza n. 57 del 2013, con riguardo ai procedimenti per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-*bis* c.p., ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dal medesimo articolo. Si badi, peraltro, che era stata dichiarata costituzionalmente illegittima, per le stesse ragioni, la presunzione assoluta di adeguatezza dell'art. 12, comma 4-*bis*, d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico sull'immigrazione), nei confronti della persona gravemente indiziata di taluno dei delitti di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, previsti dal comma 3 del medesimo art. 12 (sentenza n. 331 del 2011). Ancora, sentenza n. 213 del 2013 con cui è stata dichiarata l'illegittimità della presunzione assoluta in relazione al reato di sequestro di persona a scopo di estorsione *ex* art. 630 c.p.; sentenza n. 232 del 2013, in relazione all'art. 609-*octies* c.p. Cfr. E. APRILE, nota nota a Corte cost., sent. 23 luglio 2013, n. 57, in *Cass. pen.*, 2013, p. 2587; T. E. EPIDENDIO, *Proposte metodologiche*, cit., p. 15.

⁵⁴ T. E. EPIDENDIO, *Proposte metodologiche*, cit., p. 26.

⁵⁵ Corte cost., sentenza n. 110 del 2012 cit.

⁵⁶ Cass., 20 gennaio 2012, Lisi e al., n. 4377, in C.e.d. 251793.

irrigidisca il principio generale⁵⁷, non è data soluzione in via ermeneutica, poiché, si sarebbe portati a dire, vi si oppone la dura natura delle cose (in questo caso l'oggettivo tenore letterale della presunzione). All'interprete quindi altro non rimane che invocare l'intervento di un potere superiore, quello del giudice delle leggi, per riportare la dinamica del principio di proporzionalità in quella discrezionalità costituzionalmente rigenerata⁵⁸ che ne costituisce il corretto ambito di appartenenza.

8.

Il fumus commissi delicti.

Un altro nodo in merito al quale il principio in esame ha mostrato tutta la sua vitalità, dando origine ad una delle più convincenti teorie elaborate, è quello del *fumus commissi delicti*. La proporzionalità, in questo ambito, imporrebbe all'interprete di applicare, ogniqualevolta chiamato a decidere sulla applicazione di una misura cautelare personale, il criterio di giudizio tipico del dibattimento (sebbene nella consapevolezza che, nella fase preliminare, il metodo probatorio è di necessità diverso e il materiale probatorio – in quanto in via di formazione – può essere incompleto e provvisorio). La logica di fondo che accompagna simile ricostruzione è legata al principio di proporzione: posto che gli effetti derivanti dalla cautela personale sono in tutto assimilabili a quelli della pena (sebbene diverse bisogna che ne siano le ragioni a fondamento), occorre che il parametro di giudizio a giustificazione della restrizione della libertà personale rimanga unitario, tanto in sede di cognizione quanto in sede cautelare: un accertamento della responsabilità prossimo alla certezza. Ciò che può variare, come si è già osservato, riguarda il solo metodo probatorio – che prima del dibattimento non può ancora essere il contraddittorio, quantomeno non nella sua pienezza – e la provvisorietà dell'accertamento, tipica della sede cautelare e non del giudizio di cognizione. Ma lo *standard* per restringere *in vinculis* un individuo non può variare, pena altrimenti la violazione della proporzionalità. Da ciò deriva appunto che, con il parametro dei gravi indizi di colpevolezza, sia necessario intendere un convincimento, con riguardo alla responsabilità del soggetto della cui libertà si decide, prossimo alla certezza: naturalmente, *rebus sic stantibus*, vale a dire nella consapevolezza della provvisorietà tipica di ogni accertamento cautelare.

Si tratta della teoria probabilmente più affascinante e più efficace derivata dal principio di proporzionalità (sebbene stenti, per ragioni pratiche legate alla difesa sociale, ad essere recepita dal diritto vivente)⁵⁹. Essa mette in luce, come poche altre, il legame forte tra la logica della proporzione, quale metodo di attuazione in concreto e *in procedendo* della presunzione d'innocenza, e il principio di colpevolezza implicante il divieto di applicare una pena ad un individuo senza un previo giudizio⁶⁰. Nel fare ciò, si pone in luce, tangibilmente, quel più volte evocato e ben conosciuto rapporto inscindibile tra diritto penale sostanziale e processo che caratterizza tutta l'epoca moderna della penalità.

⁵⁷ E' forse il caso del nuovo comma 2-bis dell'art. 275 c.p.p., come novellato dall'art. 8 del d.l. 26 giugno 2014, n. 92, convertito con (rilevanti) modificazioni nella l. 11 agosto 2014, n. 117. Non v'è dubbio che la novella, nell'imporre un limite alla adozione della custodia cautelare quando il giudice ritenga che "all'esito del giudizio, la pena detentiva irrogata non sarà superiore a tre anni", intenda introdurre una clausola per rafforzare la logica della proporzionalità. Al tempo stesso, è innegabile che la disposizione imponga un limite rigido, che, come tale, solleva non pochi problemi di armonizzazione con altre previsioni del codice, nonché sul piano della sua ragionevolezza intrinseca. La sua introduzione, tuttavia, non pone di per sé problemi di compatibilità con il principio di proporzione, dal momento che essa preclude l'adozione di una misura limitativa della libertà, in questo senso operando nella stessa direzione verso cui è teso in linea generale il principio qui esaminato (la salvaguardia delle prerogative primarie dell'individuo). Cosa diversa – ovviamente – sarebbe stata se essa avesse, come si è verificato per le tante interpolazioni del comma 3 dell'art. 275 c.p.p., avesse rigidamente imposto obblighi positivi di limitazione della sfera di libertà individuale.

In sostanza, i termini rigidi e le incongruenze in cui appare incorrere la previsione normativa (si pensi al non aver fatta salva l'applicabilità dell'art. 391 comma 5 c.p.p.; al caso di impossibilità di disporre gli arresti domiciliari per mancanza di una privata dimora, etc.), sollevano semmai dubbi di ragionevolezza della fattispecie, ma non creano tensioni quanto al rispetto del canone di proporzione. Sul tema si veda il dibattito sviluppato in *Dir. Pen. Cont.* nei mesi passati: M. CERESA GASTALDO, *Tempi duri per i legislatori liberali*; F. VIGANÒ, *Una norma da eliminare: l'art. 8 del d.l. 92/2014*; M. DANIELE, *Il palliativo del nuovo art. 275 co. 2 bis c.p.p. contro l'abuso della custodia cautelare. A proposito della legge n. 117/2014 che ha convertito, con modificazioni, il d.l. 92/2014*; S. FIORE, *Maneggiare con cautela. Per un uso consapevole dei limiti all'uso della custodia in carcere (ancora a proposito dell'art. 275 co. 2 bis c.p.p.)*.

⁵⁸ Così G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, cit., p. 347. V. anche, riprendendolo, D. NEGRI, *Fumus*, cit., p. 11.

⁵⁹ G. TODARO-F. VARONE, *La difesa nel procedimento cautelare personale*, cit. p. 53-61.

⁶⁰ Si rinvia *supra*, § 1.

9.

Un filo conduttore.

Se guardiamo alle questioni cautelari esaminate, pur nella loro eterogeneità, è facile cogliere un filo conduttore comune che coinvolge il metodo ermeneutico seguito. Da un lato, emerge il rifiuto di regole rigide omnicomprensive, nella attuazione del principio in esame; dall'altro la valorizzazione di quella che è stata definita una forma di "proceduralità argomentativa": essa si concretizzerebbe nella "espressione puntuale degli impegni motivazionali che l'applicazione dei principi al caso vivo comporta", così impedendo le derive dell'arbitrio soggettivo, e ponendosi a garanzia della correttezza della conclusione.

In sostanza, ci troveremmo di fronte, grazie al principio in questione, a una forma di libertà giudiziale, tenuta ferma, nella sua logica complessiva, dai passaggi argomentativi imposti all'organo giudicante dal *test* di proporzionalità⁶¹. In tal guisa, verrebbe rifiutata la tradizionale logica deduttiva formale (e il metodo sussuntivo); al tempo stesso, rimarrebbe garantita la ragionevolezza della decisione, sotto il duplice aspetto della decifrabilità del percorso logico argomentativo seguito e della confutabilità *ex adverso* da chi abbia subito gli effetti della cautela. Non a caso, i fautori della proporzionalità, in tutti gli aspetti che potenzialmente possono da essa derivare, usano la metafora dell'arte ("arte cautelare"⁶²), per evidenziare i due opposti costituiti dall'atto creativo, da un lato, e della decisione tecnica, dall'altro, assunta secondo criteri razionali passibili di verifica (sebbene senza regole rigide). A conferma di ciò, si è da altri ripresa l'idea della discrezionalità rigenerata, originariamente introdotta per evidenziare gli effetti derivanti dall'impatto dei diritti costituzionali in materia di libertà personale⁶³.

Simili tentativi di spiegare il fenomeno originato dalla nuova rivisitazione di un principio antico richiamano altre metafore, quale quella del giudice tessitore e del giudice rapsodo⁶⁴, la cui capacità ricostruttiva, in un caso, e creativo-inventiva, nell'altro, starebbero alla base della rottura del paradigma giuridico tradizionale, in favore di un ritorno a epoche lontane dalla logica formale o deduttiva, e più vicine, per richiamare la lezione sempre attuale di Alessandro Giuliani, all'ordine isonomico medievale⁶⁵: a un contesto culturale e cognitivo, in cui logica e retorica non erano in contrapposizione, ma in qualche maniera complementari.

Tuttavia, è bene al tempo stesso richiamare il limite già prima posto in evidenza: esso è rappresentato, stando alla giurisprudenza della Corte costituzionale, dalla lettera della norma che, ove chiara, non può essere superata attraverso il metodo della interpretazione conforme. Si tratta, come evidente, di un tentativo di coniugare la libertà implicata dal canone di proporzionalità in capo al giudice con il mantenimento di una qualche efficacia al principio di legalità (per l'appunto, il riferimento alla lettera della disposizione)⁶⁶.

V'è da chiedersi se questo limite sia destinato a resistere, o possa a sua volta essere superato. Ancora una volta, e tralasciando le questioni teorico-filosofiche, che pur propendono per la seconda tra le opzioni sul tappeto, la risposta pare risiedere nella capacità penetrativa che il diritto europeo sarà in grado di esplicitare nel nostro ordinamento (sebbene, in teoria, anche il quella sede valga il divieto di interpretazione *contra legem*⁶⁷). Il metodo della interpretazione conforme – letto nell'ottica europea – si mostra infatti molto meno sensibile al vincolo costituito dalla lettera della legge, rispetto al suo omonimo elaborato dalla Corte costituzionale italiana. Ciò è dovuto a diverse ragioni. Innanzi tutto, le previsioni dell'Unione sono quasi sempre prive di tassatività, tendendo a mostrarsi come orientative, indicative di un indirizzo ermeneutico, e non come chiuse fattispecie cristallizzate in previsioni specifiche; dall'altro, l'approccio della Corte di Giustizia alla interpretazione conforme pare meno attenta ai det-

⁶¹ T. E. EPIDENDIO, *Proposte metodologiche*, cit., p. 6-8.

⁶² T. E. EPIDENDIO, *op. cit.*, p. 8.

⁶³ Cfr. G. Amato, *Individuo e autorità*, cit., p. 347; D. NEGRI, *Fumus*, cit., p. 11.

⁶⁴ Cfr. sul tema M. VOGLIOTTI, *Production du droit en réseau et juge "tisseur". De quelques éphémères de l'expérience juridique médiévale au sein de la justice pénale internationale*, in M. DELMAS MARTY, E. FRONZA, E. LAMBERT ABDELGAWAD (a cura di), *Les sources du droit international pénal. L'expérience des Tribunaux Péniaux Internationaux et le Statut de la Cour Pénale Internationale*, Société de Législation Comparée, Paris, 2004, p. 361 s. Ancora, Id., *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 54-71; V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike, Roma, 2012, p. 21.

⁶⁵ A. GIULIANI, voce *Prova (fil. dir.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Giuffrè, Milano, 1988, p. 525-526, e 533. Di Alessandro Giuliani, cfr. prima ancora *Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica*, ristampa inalterata, Giuffrè, Milano, 1971, p. 168.

⁶⁶ Sul tema M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine*, cit., p. 65-72, e il dibattito ivi riportato.

⁶⁷ Come giustamente osserva Roberto Kostoris, in realtà tale limite appare sistematicamente travalicato. R. E. KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, cit. p. 41.

tami del dato letterale delle previsioni, per il fatto che, come ogni Corte transnazionale, essa tende a sottrarsi al vincolo (e, prima ancora, alla stessa analisi) del diritto nazionale, al fine di affermare con più forza il valore precettivo di quello sovranazionale. Un esempio emblematico, sotto questo profilo, è costituito dal caso *Pupino*, in cui, a seguito di una ricostruzione non certo inappuntabile del sistema italiano nella materia considerata, e pur mantenendo, in apparenza, il divieto di interpretazione *contra legem*, si sollecitava il giudice a piegare in via interpretativa la norma interna in modo tale da individuare un nuovo caso *ad hoc* di incidente probatorio⁶⁸: là dove le ipotesi previste dall'art. 392 c.p.p. chiaramente non lasciavano spazio per una simile soluzione.

Vale la pena notare che, anche nel caso deciso dall'Alta Corte Regionale di Stoccarda in materia di mandato d'arresto europeo la proporzionalità si è prestata ad offrire al giudice – appartenente a un ordinamento in linea teorica ben fedele alla legalità formale – lo spunto per introdurre una ipotesi non prevista di rifiuto della consegna. In sostanza – sebbene sia presto per trarre conclusioni⁶⁹ – l'approccio europeo alla proporzionalità lascia intravedere una certa capacità – che può forse destare qualche preoccupazione – di sottrarsi ai vincoli del dato letterale della previsione normativa: ciò attraverso, in alcuni casi, il dovere di disapplicazione gravante sul giudice nazionale⁷⁰; in altri, grazie al metodo della interpretazione conforme, declinato in chiave europea. Se consideriamo che l'area in cui l'Unione è legittimata a legiferare, in materia processuale penale, è piuttosto vasta, in ragione dell'art. 82 TFUE, è realistico preconizzare che il limite individuato dalla Corte costituzionale – la lettera della norma – possa essere valicato con una certa frequenza, e forse del tutto, col tempo, in nome del canone di proporzione.

10. Terreni da esplorare.

I casi e le vicende menzionati nei paragrafi antecedenti, lungi dall'esaurire il novero delle questioni effettivamente coinvolte nel corso di questi anni dal principio di proporzionalità, in materia cautelare, confermano piuttosto la vitalità e la capacità orientativa crescente del principio di proporzione, fermo restando che i casi concreti in cui esso ha svolto un ruolo di rilievo sono molto più numerosi.

Su un diverso piano, per le ragioni evidenziate in precedenza, occorre riconoscere come ormai il canone di proporzione sia da considerare proprio del sistema nella sua interezza, e dunque capace di esplicare una sua efficacia al di fuori del solo Libro IV del codice. Come si è indicato, il terreno su cui il procedere proporzionato appare invocabile sembra quello dei diritti inviolabili (cioè, tendenzialmente, degli art. 13, 14 e 15 Cost., oltre che della dignità umana, in generale presupposta da tutto l'ordinamento). Da un lato il predicato della inviolabilità sembra implicare un criterio razionale verificabile ogniquale volta si intenda interferire con il diritto riconosciuto: in questo senso, la proporzionalità appare lo strumento guida ideale a perseguire il fine indicato, posto che essa è stata concepita proprio quale argine e canone di legittimazione di ogni invasione delle prerogative individuali da parte dello Stato. Dall'altro, le salvaguardie formali della riserva di legge e di giurisdizione si pongono a conferma della tesi sostenuta. Posto lo iato incolmabile tra previsione normativa scritta e momento applica-

⁶⁸ Cfr. R. E. KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, cit., p. 41-42. Sul caso *Pupino* si vedano inoltre S. ALLEGREZZA, *Il caso "Pupino": profili processuali*, in F. SGUBBI-V. MANES (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, BUP, Bologna, 2007, p. 53 s.; (in particolare p. 64-76); V. MANES, *L'incidenza delle "decisioni-quadro" sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1151-1153; ID., *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Arch. pen.*, 2012, n. 1, p. 1 s. (in particolare p. 11); B. PIATTOLI, *La tutela dei diritti fondamentali: i principi della decisione quadro e le garanzie della normativa derivata*, in M. BARGIS-E. SELVAGGI (a cura di), *Mandato d'arresto europeo. Dall'estradizione alle procedure di consegna*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 175. Si veda inoltre L. LUPARIA, *Una recente decisione della Corte di giustizia sull'allargamento delle ipotesi di audizione del minore in incidente probatorio*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3544. Ancora, con diversi argomenti e considerazioni, A. FABBRICATORE, *Caso Pupino: sul riconoscimento dell'efficacia diretta delle decisioni quadro*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, p. 640 s.

⁶⁹ Sono infatti ancora poche le decisioni della Corte di Lussemburgo nel settore processuale penale coinvolgenti la proporzionalità. Vale la pena menzionare il caso *Radu* (CGCE, sent. 29 gennaio 2013, C-396/11, *Radu*), nel quale tuttavia la Corte di Lussemburgo è rifuggita dalla questione rappresentata dalla proporzionalità (diversamente da quanto auspicato dall'Avvocato generale). Su di essa, senza pretesa di completezza, cfr. A. MARLETTA, *Il principio di proporzionalità*, cit., p. 112; V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., p. 149-150; S. CIVELLO CONIGLIARO-S. LO FORTE, *Cooperazione giudiziaria in materia penale e tutela dei diritti fondamentali nell'Unione Europea. Un commento alle sentenze Radu e Melloni della Corte di Giustizia*, in *Dir. Pen. Cont.*, 3 giugno 2013.

⁷⁰ Si rinvia a quanto detto *supra*, § 3.

tivo, posto – in altre parole – il carattere sempre analogico, in senso lato, della attuazione in concreto delle disposizioni normative, occorre uno strumento che canalizzi il lavoro giudiziale verso un alveo razionale standardizzato, e imponga un percorso motivazionale in grado di consentire un efficace controllo *ex post*. La proporzionalità sembra in grado di soddisfare tutte le esigenze qui messe in luce: essa, pur lasciando all'interprete quella ineliminabile libertà sul merito, impone tuttavia di seguire un percorso cadenzato e razionale, quanto alle modalità di giustificazione della scelta adottata.

L'estensione del principio qui in esame a tutta l'area dei diritti inviolabili consente, tra l'altro, di mantenere un approccio coerente a materie che, in passato, sebbene caratterizzate dal fatto di appartenere tutte all'area dei diritti fondamentali, hanno ricevuto soluzioni ermeneutiche eterogenee sul piano giurisprudenziale: il riferimento corre, per esempio, ai tabulati, ai prelievi ematici coattivi, alle videoriprese⁷¹. In due dei tre casi, la Corte costituzionale ha applicato, in tutto o in parte, la disciplina tipica di attività disciplinate dal codice – quella delle intercettazioni (disciplina che, fra l'altro, impone un vaglio di proporzionalità in maniera piuttosto evidente⁷²); in uno, invece, ha più radicalmente precluso di procedere a determinate operazioni⁷³: tuttavia, la riforma legislativa che, a distanza di molti anni dalla pronuncia costituzionale, è intervenuta a regolare il settore, ha poi introdotto a sua volta il vaglio di proporzionalità⁷⁴.

Quanto al metodo imposto dal principio, come giustamente è stato osservato⁷⁵, esso è destinato ad operare in tre momenti diversi: per il legislatore, come parametro per verificare la correttezza del bilanciamento; per l'interprete, *a priori*, quando sia chiamato a incidere, potenzialmente, attraverso un proprio provvedimento, su uno o più diritti inviolabili, in tal maniera usando la proporzionalità quale orientamento per sciogliere i margini di incertezza lasciati dalla legge; ancora per l'interprete, *a posteriori*, per verificare, se con il provvedimento adottato sia stato effettuato un (corretto) bilanciamento in concreto degli interessi in conflitto.

Alla luce delle considerazioni esposte, pare sostenibile che gli indici rivelatori della necessità di porre in essere il controllo di proporzione possano ragionevolmente ritenersi i seguenti: una messa a repentaglio di un diritto inviolabile, per le ragioni già espresse; la presenza di un "presupposto sostanziale", vale a dire di un fatto processuale, che giustifichi l'adozione di un provvedimento giudiziario, gravido di ricadute sulla fattispecie sostanziale; la ricorrenza di un presupposto cautelare, vale a dire di una esigenza processuale al cui servizio si pone la limitazione legale del diritto individuale.

Quanto al presupposto sostanziale (definito anche come fatto processuale a ricaduta sostanziale), il caso tipico è quello dei gravi indizi di colpevolezza, da cui discende sì l'applicazione di norme processuali, ma al tempo stesso implica *in toto* la verifica sulla sussistenza dell'illecito penale⁷⁶. Rientrano in questa categoria numerose ipotesi, in cui, con gradi diversi, ricorre il collegamento tra il provvedimento processuale da adottare e i requisiti costitutivi del reato (o parte di essi): i gravi indizi di reato, previsti per le intercettazioni; i presupposti di perquisizioni e ispezioni (che fanno comunque riferimento al "reato", alla ricerca delle cui tracce o del cui corpo sono orientate); i casi di compimento di atti idonei a incidere sulla libertà

⁷¹ Il riferimento è alle sentenze della Corte costituzionale n. 81 del 1993, in materia di dati del traffico telefonico; n. 238 del 1996 per quel che concerne i prelievi ematici coattivi; n. 135 del 2002 per quel che riguarda le riprese visive.

⁷² Sul punto si rinvia alla analisi di A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 76-79, le cui considerazioni rimangono, ancora, le più approfondite in materia.

⁷³ Il riferimento è alla nota sentenza n. 238 del 1996. Sul tema, per una ricostruzione del problema, si rinvia agli autori menzionati alla nota successiva.

⁷⁴ Si vedano, senza pretesa di completezza, G. GIOSTRA, *Gli importanti meriti e i molti limiti della nuova disciplina*, in *Giur. it.*, 2010, p. 1217-1221; M. PANZAVOLTA, *Il profilo dell'istituto*, in *Giur. it.*, 2010, p. 1223; ⁷⁵ FELICIONI, *L'Italia aderisce al Trattato di Prüm: disciplinata l'acquisizione e l'utilizzazione probatoria dei profili genetici*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, p. 6 s.; C. CONTI, *I diritti fondamentali della persona tra divieti e "sanzioni processuali": il punto sulla perizia coattiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 993 s.; D. CURTOTTI NAPPI-L. SARAVO, *L'approccio multidisciplinare nella gestione della scena del crimine*, *ivi*, 2011, p. 263 s.; E. DI SALVO, *Prova scientifica, indagini preliminari e garanzie difensive*, in *Giur. merito*, 2010, p. 1177 s.; M. CORASANITI, *La banca dati del DNA: primi aspetti problematici dell'attuazione del Trattato di Prüm*, in *Dir. informatica*, 2009, p. 437; B. GALGANI, *Libertà personale e "raccolta" di campioni biologici: eccessi di zelo difensivo o formalismi della Suprema Corte?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, p. 1812.

Inoltre, cfr. il recente volume a cura di C. CONTI (a cura di), *Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, Giuffrè, Milano, 2011. In particolare, quanto specificamente alla prova del DNA, si vedano i contributi di P. FELICIONI, *Questioni aperte in materia di acquisizione e utilizzazione probatoria dei profili genetici* (p. 143 s.); G. LAGO, *Legge n. 85 e banche dati del DNA a fini di giustizia: spunti di studio comparato con raccomandazioni internazionali* (p. 183).

⁷⁵ D. NEGRI, *Fumus*, cit., p. 74.

⁷⁶ Daniele Negri parla di "fattispecie a sfondo materiale" (D. NEGRI, *Fumus*, cit., p. 36 s.).

personale per prelevare campioni biologici o compiere accertamenti medici (artt. 224-*bis* c.p.p. e 359-*bis* c.p.p.), in cui il richiamo al reato è *in re ipsa*, trattandosi di provvedimenti destinati ad apprendere elementi materiali rilevanti per il reato.

Quanto alla sussistenza di esigenze processuali, occorre che il codice giustifichi l'intrusione nella sfera personale dell'individuo alla presenza di una necessità del procedimento (ad esempio, l'indispensabilità per proseguire le indagini; la necessità di ottenere tracce o cose pertinenti al reato, o il corpo del reato stesso; la necessità di eseguire operazioni per prelevare campioni biologici o compiere altri accertamenti medici, etc.). Infine, lo si rammenta, occorre si verta intorno a un diritto inviolabile: ne deriva, stando al solo terreno del processo penale, l'esclusione del canone di proporzione dalla sfera delle libertà economiche e della proprietà privata (ambito in origine, nella concezione della dottrina tedesca e nella rielaborazione europea, non certo immune dal principio di proporzionalità).

Si badi che ciò vale per i settori non toccati dal diritto europeo, vale a dire per quegli ambiti in cui la disciplina normativa sia tutta contenuta nella legge ordinaria e nella Carta fondamentale: in queste aree il vincolo della proporzione pare potersi limitare ai diritti inviolabili costituzionalmente previsti.

Quando invece il sistema interno recepisca, attraverso proprie fonti di rango ordinario, atti normativi dell'Unione europea, la proporzionalità pare imporsi a prescindere dal settore coinvolto, costituendo principio generale del sistema sovranazionale⁷⁷. Ciò significa che, in questi contesti, anche se non si verta in materia di diritti inviolabili, ma si tocchi il rapporto tra potere invasivo dello Stato, da un lato, e tutela della sfera individuale, dall'altro, occorrerà applicare il controllo di proporzione⁷⁸.

In sostanza, ci avviamo verso un sistema differenziato, a seconda che, nel procedere, si "attui", in senso lato, una fonte UE oppure no.

Ad ogni modo, quale che sia l'origine del dovere incombente sul magistrato procedente, ogniqualvolta questi sia chiamato a incidere su una prerogativa implicante il canone di proporzione, dovrà porre il essere il controllo da esso sotteso: idoneità, stretta necessità e proporzionalità in senso stretto⁷⁹. In proposito emerge la diversa questione relativa al come debbano essere interpretate disposizioni normative che solo in maniera parziale richiamino il *test* di proporzione: nell'ottica qui sostenuta, esse vanno lette ed applicate come evocative dell'intero canone di proporzione, e non quali specifici accorgimenti da osservare entro lo stretto limite della formulazione letterale della previsione. L'applicazione integrale del metodo imposto dal principio di proporzionalità è preferibile infatti per conferire all'intera area della tutela processuale dei diritti fondamentali una piena coerenza. Esigenza – quella della coerenza complessiva del modo in cui la sfera individuale deve essere protetta all'interno del processo penale – destinata ad aumentare d'intensità, attraverso l'espandersi del diritto UE, per il quale, come visto, l'approccio olistico e integrale nella materia trattata è indiscusso.

In altre parole, ciò comporta che, ove l'interprete si imbatta in una previsione codicistica che evochi, sia pur parzialmente, il canone di proporzione, debba sentirsi vincolato all'integrale rispetto del metodo che esso impone, anche al di là di quanto previsto dalla specifica disposizione. Così, per esemplificare, il già menzionato criterio della indispensabilità delle

⁷⁷ A tal proposito si rinvia agli artt. 5 par. 4 TUE e 52 par. 1 della Carta dei diritti UE. Per le conseguenze derivanti dal principio di proporzionalità nelle legislazioni nazionali attuative di fonti ordinarie UE cfr. A. MARLETTA, *Il principio di proporzionalità*, cit., p. 88-92; V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., p. 149-150.

⁷⁸ E' il caso, ad esempio, di tutti i provvedimenti di cautela reale destinati a tutelare la confisca – se la fonte della misura ablativa è da rinvenire in sede europea (quali, come noto, la maggior parte delle confische per equivalente o estese). Ancora, è il caso di procedimenti penali aventi ad oggetto reati a suo tempo introdotti nell'ordinamento nazionale per attuare fonti – per esempio direttive – dell'Unione europea. Come ha mostrato il caso *Åkerberg Fransson*, ove si tratti di attuare previsioni punitive di origine europea (ad esempio le frodi fiscali in materia di Iva), l'intero procedimento penale che ne segue deve improntarsi, in ogni momento, al principio di proporzionalità, così come a ogni altro principio fondamentale riconosciuto dalle fonti primarie dell'Unione europea (Trattati e Carta dei diritti): per rendere tangibilmente il concetto, nella vicenda citata, si trattava di stabilire se, in materia di reati in senso lato riconducibili alle frodi fiscali Iva, trovasse attuazione l'art. 50 della Carta dei diritti dell'Unione, in materia di *ne bis in idem*.

Va ad ogni buon conto segnalato quell'indirizzo giurisprudenziale per il quale il principio di proporzionalità deve trovare attuazione anche in materia di misure cautelari reali, con ciò operandosi un parallelismo con le cautele personali. Sul tema, cfr. L. MILANI, *Proporzionalità, adeguatezza e gradualità in tema di sequestro preventivo*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 4168 s. Quanto alla giurisprudenza, si segnalano Cass., S. U., 13 febbraio 2004, p.c. Ferrazzi in c. Bevilacqua, n. 5876, in C.e.d. n. 226711; Cass., 15 dicembre 2011, Sartori, n. 12500, *ivi*, n. 252223. Contra Cass., 16 gennaio 2007, Rosato e al., n. 16818, *ivi* n. 236490.

⁷⁹ Si rinvia *supra*, § 5, per quanto riguarda il contenuto del *test* di proporzionalità come elaborato dal sistema tedesco (e per gli adeguati riferimenti bibliografici).

intercettazioni, chiaramente evocativo della proporzionalità, impone di conseguenza la verifica puntuale della minima offensività e della proporzionalità in senso stretto. Si pensi ancora al dovere di selezionare, tra quelle possibili, le tecniche meno invasive, così come prescritto in materia di prelievo di campioni del DNA e di accertamenti medici *ex artt. 224-bis e 359-bis c.p.p.*⁸⁰: anche qui, idoneità e proporzionalità in senso stretto dovranno trovare integrale attuazione.

Simili considerazioni parrebbero foriere di conseguenze sul piano applicativo. Ad esempio, inducendo a rifuggire da interpretazioni poco rigorose nell'adozione di misure coercitive di diritti fondamentali⁸¹, tanto sulla sussistenza del presupposto quanto sul piano dei motivi espressi a giustificazione del provvedimento adottato. O ancora, portando a ripensare certe misure atipiche sulle quali la giurisprudenza non sembra aver mostrato, almeno non sempre, un adeguato rigore, quali la radiografia o la endoscopia forzata per verificare se l'indagato abbia ingerito il corpo del reato⁸²: quand'anche assimilabili simili operazioni a ispezioni, rimane da stabilire se sia rispettato in generale il principio di proporzione, sotto i due profili della minima offensività e della proporzionalità in senso stretto (o compressione in misura intollerabile del diritto tutelato): ciò dando per scontata l'idoneità della operazione.

Quanto alle conseguenze derivanti – al di fuori dell'ambito cautelare e in particolare nel terreno probatorio – dalla mancata osservanza del principio, esse paiono riconducibili in generale alla inutilizzabilità del dato probatorio ricavato.

Da un lato, la proporzionalità costituisce quella griglia procedurale razionale posta a tutela della dignità e libertà dell'individuo, nei termini innanzi descritti; dall'altro, l'inutilizzabilità, come si è avuto modo di osservare, rappresenta una ipotesi di invalidità posta a tutela della compromissione dei diritti fondamentali – e non solo quelli – in ambito probatorio⁸³. Dove la libertà lasciata all'interprete nella ricerca di una violazione effettiva dell'interesse protetto trova la possibilità di una sottoposizione a verifica razionale attraverso il canone procedurale di proporzione.

Da queste considerazioni deriva che il vizio in esame deve operare non soltanto in caso di completa inosservanza della specifica previsione di legge che richiami, in maniera parziale, il principio di proporzionalità; ma anche, per le ragioni espresse, quando il *test* implicato dal principio in esame sia stato attuato solo in parte. Infatti, in entrambe le ipotesi, l'invasione del potere autoritativo nella sfera individuale finisce per essere il frutto di una scelta arbitraria e

⁸⁰ Altri esempi, meno evocativi ma certamente indicativi del canone di proporzione, paiono essere, ad esempio, il dovere di rispettare il pudore di chi vi è sottoposto, nell'ambito di ispezioni e perquisizioni personali; il divieto di effettuate nel domicilio perquisizioni oltre determinati limiti temporali, salvo urgenza e previa disposizione scritta dell'autorità giudiziaria.

⁸¹ Il riferimento è, in ambito di intercettazioni, alla tendenza a rifuggire da un rigoroso controllo sui presupposti applicativi della misura investigativa in sede di legittimità, giustificando la scelta con la considerazione che si tratta di questione di merito, sottratta alla verifica della Suprema Corte. Sul tema si rinvia, tra le tante, a Cass., 25 settembre 2005, Scremin, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2005, p. 263. Ancora, Cass., 28 ottobre 2008, Chiocci, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4321, sulla possibilità di disporre intercettazioni telefoniche a seguito di ricezione di denuncia anonima (ma anche Cass., 9 settembre 2010, Lombardi e altro, in *Guida al dir.*, f. 43, p. 97, sulla verifica in sede di cassazione della congruità della motivazione sulla sussistenza dei gravi indizi di reato).

⁸² Cfr. S. RENZETTI, *Gli accertamenti corporali coattivi: una questione irrisolta*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3557; A. MACCHIA, *L'indiziato e l'esame radiologico coattivo – adesso serve un chiarimento legislativo*, in *Dir. e giust.*, f. 12, 2006, pag. 50; M. GIALUZ, *Radiologia e accertamenti medici coattivi: il difficile equilibrio tra libertà della persona ed esigenze di prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 558; P. FELICIONI, *Accertamenti sulla persona e processo penale. Il prelievo di materiale biologico*, Ipsoa, Milano, 2007, p. 111-115.

⁸³ Osserva C. CONTI, *Il volto attuale dell'inutilizzabilità: derive sostanzialistiche e bussola della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 782, a proposito del concetto di divieto, che «Si tratta di un concetto che finisce per prescindere dall'esistenza di una norma espressa formulata in chiave di divieto; una simile caratteristica è risultata evidente fin dai primi anni di vigenza del codice Vassalli e, probabilmente, non era esclusa neppure dalla *voluntas legis*». Sulla tematica, per tutti, A. SCILLA, voce *Inutilizzabilità della prova (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. II, t. 1, Giuffrè, Milano, 2009, p. 484 s.; Id., *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, Giappichelli, Torino, 2000, 152 s. V. ancora G. ILLUMINATI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 522; F. M. GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, in *Dig. pen.*, vol. VII, Utet, Torino, 1993, p. 243 s.

non ponderata – o non ponderata quanto necessario – da parte del potere pubblico⁸⁴.

Emerge dunque, attraverso la logica della proporzionalità, quella riconduzione del vizio processuale a “sanzione”, tradizionalmente non accolta dalla dogmatica⁸⁵: la conseguenza invalidante qui infatti finisce per operare come reazione alla ingerenza autoritaria ad opera del potere pubblico nella sfera più intima dell'individuo, con la conseguente degradazione della sua dignità.

11.

Conclusioni.

Giunti al termine della trattazione, si impone un riepilogo che cerchi di tessere in una unica tela i diversi fili intrecciati nel corso della analisi.

Ad oggi, in parte quale sviluppo della legalità costituzionale, in parte in ragione del progressivo espandersi della sfera d'influenza del diritto europeo su quello nazionale, il principio di proporzionalità può dirsi improntare il sistema processuale penale nella sua interezza: se non nell'immediato, certamente in chiave evolutiva. Del resto, al fondo, è nel terreno del procedimento che trova la massima espressione l'antitesi continua tra autorità e individuo, alla cui sintesi la proporzionalità è costantemente chiamata.

Al momento, tuttavia, pur potendosi parlare di un principio generale, diverse, almeno parzialmente, risultano le sue aree di operatività. Limitata ai diritti inviolabili quella ove il rapporto tra potere pubblico e individuo sia regolata dal solo diritto italiano; comprensiva di ogni prerogativa del singolo quella in cui la fonte italiana attui, anche in via non diretta e non immediata, il diritto dell'Unione europea.

Il metodo di realizzazione del canone di proporzione rimane in ogni caso il medesimo, improntato al *test* tripartito elaborato dalla dottrina e dalla giurisprudenza tedesca, in origine, e recepito, con qualche lieve difformità, a livello europeo⁸⁶. In ogni caso in cui l'interprete sia chiamato a dare attuazione al principio, la verifica tripartita dovrà essere effettuata nella sua interezza, pena la violazione del principio in questione. La conseguenza della trasgressione,

⁸⁴ Si pensi ancora al tema delle ispezioni o perquisizioni informatiche. Qui indice del dovere di rispettare la proporzionalità paiono essere, oltre al presupposto a rilevanza sostanziale (la necessità di accertare tracce ed effetti materiali del reato; quella di apprendere il corpo del reato, etc.), il dovere di adottare le misure tecniche dirette ad assicurare la conservazione dei dati originali e ad impedirne l'alterazione. Una intrusione nella sfera privata – quale certamente è quella costituita dalla ispezione o dalla perquisizione di un computer personale – sarebbe sproporzionata se condotta con un metodo che non offrisse garanzie quanto alla genuinità dei dati. Prima ancora che sul piano valutativo, il problema, se letto in chiave di proporzionalità, si sposta sul terreno della ammissibilità dello strumento invasivo e sulla utilizzabilità del dato ottenuto. Da qui una ulteriore conseguenza. Il canone di proporzione pare condurre a ripensare, se non *in toto*, almeno in parte consistente, l'antica teoria del *male captum, bene detentum*. In particolare, il terzo passaggio del *test*, quello della proporzionalità in senso stretto, potrebbe condurre alla esclusione della prova acquisita abusando di un potere d'intrusione della sfera privata, quando il bilanciamento dei valori in gioco lasci apparire privo di giustificazione il ricorso al mezzo invasivo: per esempio, ma non solo, a causa della scadente resa sul piano tecnico-scientifico del metodo seguito. Come si dice, evocando l'origine del principio di proporzionalità, non si spara ai passeri con i cannoni (e non è dato usare il martello pneumatico per rompere una noce, quando, ben meglio, si potrebbe usare lo schiaccianoci) [A. MARLETTA, *Il principio di proporzionalità*, cit., p. 61]. La metafora dei cannoni e dei passeri è di F. FLEINER: «Die Polizei soll nicht mit Kanonen auf Spatzen schießen» e riportata in D. U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 14, nt. 15; mentre quella dello schiaccianoci è di Lord w. J. K. Diplock nella decisione della *House of Lords*, 20 gennaio 1983, [1983] 1 WLR 151, *R. v. Goldstein (Alexander Joseph)*: «the principle of proportionality prohibits the use of a steam hammer to crack a nut, if a nutcracker would do it», riportata in N. EMILIOU, *The Principle of Proportionality in European Law. A Comparative Study*, Kluwer Law International, 1995 p. 2.

Da ultimo, si può supporre che un uso pieno del canone di proporzione avrebbe condotto a soluzioni diverse in materia di videoriprese: in specie quelle non comunicative che abbiano luogo in locali che – pur non costituendo domicilio – servano a proteggere la riservatezza, il pudore, la dignità dell'individuo (quali le *toilettes* dei locali pubblici). Cfr. in proposito M. P. ADDIS, *La dignità umana come limite all'acquisizione di prove penali*, Tesi dottorale, Bologna, 2007, p. 81 s., in particolare p. 84-87. Sul tema, più in generale, Id., *Diritto all'autodeterminazione informativa e processo penale in Germania*, in D. NEGRI (a cura di), *Protezione dei dati personali e accertamento penale*, Aracne, Roma, 2007, p. 87 s.

⁸⁵ Come noto, la dottrina tradizionale ha ricondotto le invalidità processuali nell'alveo della categoria degli oneri, rigettandone la qualifica di sanzione. Come insegna Conso, il fenomeno della invalidità non può essere assimilato a quello della illiceità, proprio perché esso parte da un genere di normazione del tutto differente. Se con lo strumento della illiceità il legislatore isola comportamenti proibiti, e cerca, attraverso la previsione di divieto, di precluderne il compimento ai consociati, con il congegno dell'onere si tenta di veicolare un'attività valutata favorevolmente in canali prestabiliti. Da qui, innanzi tutto, la riconduzione dei vizi degli atti al settore delle c.d. “norme di favore”, dettate non per proibire, ma per regolare; in secondo luogo, alla stessa matrice si lega la natura di onere della invalidità. L'ordinamento non punisce la disobbedienza ad un divieto, nel caso dell'imperfezione dell'atto: semplicemente pone ai destinatari del comando una condizione, assolta la quale il risultato produrrà in pieno i propri effetti. Per converso, ove non siano osservate le prescrizioni dettate dalla fattispecie, semplicemente l'effetto giuridico desiderato non potrà dirsi raggiunto. Sul tema, per tutti, cfr. G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità. Introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 7-8, e 61-65; F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Giappichelli, Torino, 1955, p. 256-269 (in particolare p. 264). Volendo, cfr. M. CAIANIELLO, *Premesse*, cit., p. 19.

⁸⁶ Per la declinazione in ambito della giurisprudenza europea del controllo di proporzionalità, cfr. A. MARLETTA, *Il principio*, cit., p. 75 s.

integrale o parziale, del principio di proporzione, sul piano processuale, pare da ricondurre – in ambito cautelare – tendenzialmente alla (perdita di) efficacia della misura: in alcuni casi, tuttavia, essa finisce per coinvolgere la validità del provvedimento coercitivo stesso, ove comprometta la sussistenza dei presupposti legittimanti la restrizione originaria del diritto individuale tutelato. Limitatamente al settore della prova, la conseguenza tendenziale pare quella della inutilizzabilità del dato ottenuto senza osservare la dovuta proporzionalità (o senza osservarla nella sua interezza).

Il canone riafferma – se mai ce ne fosse stato bisogno – l’emancipazione del momento applicativo da quello normativo formale, così rievocando la figura del giudice tessitore e della proceduralità argomentativa. Al tempo stesso, esso reincanala nell’alveo della ragione – anche se si tratta di mera ragion pratica – il percorso che l’interprete è tenuto a seguire, se ambisce a ingersersi legittimamente nella sfera dell’individuo.

Per la sua capacità di operare come tramite tra due fonti che stentano, nel momento storico attuale, a operare in armonia (la legge positiva e la giurisprudenza), esso pare esplicitare una efficacia anche in chiave di sviluppo potenziale. Il riferimento, qui soltanto accennato, esaminando le ricadute sul piano della inutilizzabilità, è alla intera area della invalidità degli atti, ove la ricerca di un effettivo pregiudizio sembra emergere in maniera sempre più nitida. Posto che il pregiudizio in concreto risulta sempre più pervasivamente essere posto alla base dei casi d’invalidità degli atti, occorre quanto meno ricostruire un percorso razionale di verificabilità della decisione giudiziale. La proporzionalità, in questo senso, pare prestarsi a punto di partenza per lo sviluppo della riflessione, come già emerso nei primi tentativi tesi a riempire di un contenuto logico un parametro sinora misconosciuto⁸⁷.

⁸⁷ Il riferimento è alla proposta di Piero Gaeta volta ad elaborare un *test* per accertare la sussistenza di un pregiudizio effettivo derivante dalla violazione di un principio CEDU. Secondo l’Autore, occorrerebbe accertare: la natura del diritto che si assume violato; la gravità dell’incidenza della violazione allegata sull’esercizio del diritto; le conseguenze sulla posizione personale della parte che eccepisce l’invalidità. Come si vede, sono non poche le assonanze con la verifica tripartita della proporzionalità. Cfr. P. GAETA, *La prescrizione del reato come compensazione del processo irragionevolmente lungo: ovvero del criterio del “pregiudizio effettivo” nella giurisdizione di Strasburgo*, in questa Rivista, 1, 2012, p. 164.

PRINCIPIO DI COLPEVOLEZZA E PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ*

Wolfgang Frisch

ABSTRACT

L'Autore svolge un confronto tra il principio di colpevolezza e quello di proporzionalità osservandoli dal punto di vista delle rispettive potenzialità e capacità di azione relativamente alla definizione del *quantum* di pena. All'esito dell'analisi sul possibile raggio di azione del principio di proporzionalità, esaminato alla luce di entrambe le accezioni (proporzionalità in senso ampio e in senso stretto) e attribuitogli, per meri scopi di indagine, il ruolo e le funzioni del principio di colpevolezza, l'Autore ne denuncia l'inadeguatezza e l'insufficienza nell'operazione di quantificazione della pena. Mentre, infatti, mediante il modello della proporzionalità in senso ampio, non si giunge a definire con certezza il *quantum* di pena necessario rispetto al perseguimento di un determinato fine, il vaglio di proporzionalità in senso stretto si risolverebbe esclusivamente in un controllo ulteriore sulla ragionevolezza di un dato già a disposizione, ed ottenuto mediante il ricorso al principio di colpevolezza. Da qui la seguente considerazione dell'Autore: perché sostituire al principio di colpevolezza quello di proporzionalità se con il primo si raggiungono risultati già più che soddisfacenti?

[Abstract e traduzione dell'articolo a cura di Chiara Bongiorno]

SOMMARIO

1. Introduzione. – 2. Corollari del principio di colpevolezza in rapporto di indipendenza e possibilmente di congruenza con il principio di proporzionalità. – 3. Gli aspetti equivalenti del principio di proporzionalità eventualmente funzionali al principio di colpevolezza. – 3.1. Riflessioni introduttive e contenuto del principio di proporzionalità. – 3.2. La disciplina delle misure di sicurezza quale ambito di applicazione del principio di proporzionalità nel diritto penale. – 3.3. Inutilizzabilità dei canoni dell'“idoneità” e “necessarietà” per la risoluzione del problema commisurativo. – Eventuale utilizzabilità della proporzionalità in senso stretto. – 4. Valutazione comparata dei principi di colpevolezza e proporzionalità quali principi di riferimento per la determinazione della pena. – 4.1. Differenze nei quesiti di fondo e nei criteri commisurativi. – Insufficienza definitoria della proporzionalità per la corrispondenza richiesta con la pena. – 4.2. Diversità dei metodi con cui rispondere alle questioni poste da entrambi i principi. – Impossibilità di risolvere il problema commisurativo con il giudizio di proporzionalità. – 4.3. Definizione normativa del *quantum* di pena. – Le insufficienze del principio di proporzionalità nella determinazione di una misura adeguata di pena. – 4.4. Differenze nel fondamento normativo di entrambi i principi. – Inopportunità della rinuncia ad un sistema di principi che garantisca il più possibile giustizia ed eguaglianza. – 5. Il principio di proporzionalità quale criterio costituzionale di verifica dell'operazione di determinazione della pena? – Un'alternativa.

*Titolo originale *Schuldgrundsatz und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*, in NStZ 2013 Heft 5, 249-256. Il contributo è basato su di una perizia che l'autore ha svolto su commissione del BVerfG e che è stata presentata al 2. Senato del BVerfG in occasione della decisione sulla legittimità costituzionale degli accordi processuali sulla misura della pena ex § 257c StPO.

1.

Introduzione.

La relazione che intercorre tra i principi di colpevolezza e di proporzionalità, entrambi di rango costituzionale, risulta ad oggi non sufficientemente chiarita.

Questo si evince soprattutto dal fatto che su questo punto si confrontano posizioni diverse, ma con identica pretesa di fondamento giuridico. Da una parte c'è chi vede nel principio di colpevolezza un principio più rigorosamente definito del principio di proporzionalità, che, al contrario, si limiterebbe ad apporre solo dei confini esterni e che si risolverebbe nella mera esclusione di quanto appaia sproporzionato¹. Altri invece ritengono che il principio di proporzionalità, per ciò che riguarda la pena, sia in sostanza sovrapponibile al principio di colpevolezza².

La questione è di recente divenuta rilevante nell'ambito dell'esame di legittimità costituzionale di quelle decisioni sulla misura della pena basate su accordi fra le parti e sulle relative disposizioni di legge (il riferimento è dunque al § 257c StGB). Come criterio di riferimento per l'esame di siffatte decisioni sulla misura della pena³, invero spesso problematiche, e per l'esame anche delle norme che le disciplinano, sono venuti in considerazione innanzitutto il principio di colpevolezza, ma anche il principio di proporzionalità, frequentemente utilizzato dal BVerfG per la verifica della legittimità costituzionale del *quantum* di pena stabilito dalla legge o dal giudice. È indifferente quale principio si faccia valere in sede di tale verifica, in quanto entrambi alla fine impongono o garantiscono identici effetti? Oppure sussistono differenze tra i due principi: differenze che eventualmente si ripercuotono anche sulla rigorosità del criterio adoperato?

Anche il dibattito sui lineamenti di fondo del diritto penale e delle pene presuppone chiarezza sul rapporto tra il principio di colpevolezza e quello di proporzionalità. Questo vale innanzitutto per la discussione originata dalla proposta di sostituire ad un diritto penale, ed al relativo sistema delle pene, fondato sul principio di colpevolezza, un sistema di pene, e di commisurazione della pena, fondato invece sul principio di proporzionalità. Ci si chiede se tale sostituzione sia sensata, necessaria ovvero comporti degli svantaggi. Richieste in questo senso vengono costantemente avanzate⁴ e potrebbero guadagnare terreno grazie allo scetticismo di qualche "neuroscienziato" rispetto al concetto di colpevolezza; tali richieste non sono però neppure troppo prive di senso sotto l'aspetto delle realistiche possibilità di un'armonizzazione del diritto penale in Europa. Qualora si volesse discutere razionalmente su tali opzioni, si dovrebbe innanzitutto stabilire dove risiedono le somiglianze e le differenze tra i due principi, quali sono gli effetti che questi garantiscono e quali sono le funzioni che possono o meno essere svolte da tali principi.

Per ottenere chiare risposte a queste domande si dovranno innanzitutto richiamare alla mente quei corollari del principio di colpevolezza che potrebbero ritrovarsi anche nel principio di proporzionalità. Inoltre si dovrà anche fare chiarezza su quali aspetti del principio di proporzionalità in senso ampio possano essere idonei, almeno in parte, a svolgere il ruolo del principio di colpevolezza. Procedendo in questo modo si dimostrerà che il principio di proporzionalità in senso ampio è in gran parte inadatto a rispondere a quelle domande a cui finora si è risposto ricorrendo al principio di colpevolezza. Sostituire il principio di proporzionalità al principio di colpevolezza significherebbe affidare ad un concetto dai contorni imprecisati, ovvero alla cd. proporzionalità in senso stretto, l'onere di compiere tutto quello che attualmente viene svolto dal principio di colpevolezza. Che il principio di proporzionalità possa riuscirci appare dubbio.

¹ Tra tanti si veda ROXIN, *StrafR AT*, 4. Ed., § 3 A num. a margine 58; ARTH. KAUFMANN, *FS Lange*, 1976, p. 27, 33 ss.; H.A. WOLFF, AöR 124 (1999), 55, 69ss.

² Così ad es. CALLIESS, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, 1974, p. 187; KAU, *FS Kriele*, 1997, p. 761, 768; SCHULZE-FIELTIZ DREIER (a cura di), *Grundgesetz*, 2. Edizione, Art. 20 num. a margine 194, 196. Dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale ad es.: BVerfGE vol. 34 p. 267; vol. 50 p. 215; vol. 73 p. 253; vol. 86 p. 313; vol. 90 p. 203; vol. 92 p. 342; vol. 95 p. 140; vol. 110 p. 13.

³ Sul punto (diminuzione della pena di più di un terzo, sporadicamente fino alla metà, in seguito ad una "snella" confessione) si vedano gli *Studi empirici sugli accordi nel processo penale* di ALTENHAIN, 2012 (compilati su incarico del BVerfG), p. 80ss., 85ss.

⁴ Cfr. ad es. BAURMANN in BAURMANN/KLIEMT (a cura di), *Die moderne Gesellschaft im Rechtsstaat*, 1990 p. 109, 141ss; CALLIESS, *cit.* v. nota 2, p. 186 ss.; ELLSCHIED/HASSEMER in *Civitas – Jahrbuch für Sozialwissenschaften*, Vol. 9, 1970, p. 27, 41 ss.; SCHEFFLER, *Kriminologische Kritik des Schuldstrafrechts*, 1985, p. 79ss., 96ss.; contra STRATENWERTH, *Tatschuld und Strafzumessung*, 1972, p. 27.

2.

Corollari del principio di colpevolezza in rapporto di indipendenza e possibilmente di congruenza con il principio di proporzionalità.

Il concetto di *nulla poena sine culpa*⁵, che si può ricavare dal concetto di dignità dell'uomo e dal principio dello stato di diritto e della relativa idea di giustizia, costituisce il primo corollario del principio di colpevolezza. In secondo luogo, dal principio di colpevolezza si deriva il concetto in base al quale "è inammissibile una pena al di sopra della misura della colpevolezza"⁶ (ovvero il corollario di portata costituzionale del divieto di superamento della colpevolezza). In terzo luogo al principio di colpevolezza si attribuisce anche quell'affermazione in base alla quale la pena non può tendenzialmente risultare inferiore alla misura della colpevolezza⁷. Si noti che questa accezione del principio di colpevolezza potrebbe avere anche una diversa radice costituzionale rispetto ai primi due corollari menzionati e da ricollegarsi al compito statale della effettiva tutela dei diritti e delle libertà.

Di questi tre sotto-principi perlomeno uno non può essere sostituito dal principio di proporzionalità: si tratta di quello in base al quale "chi non ha agito colpevolmente non può essere punito". Questa affermazione non ha niente a che fare, né con le domande sulla misura della pena, né con una presunta mancata proporzionalità. L'assenza di colpevolezza opera quale primario sbarramento all'applicazione della pena, fintantoché in questa si riconosca un rimprovero etico-sociale nei confronti del fatto commesso⁸. Questo dovrebbe rimanere un principio fondamentale e inderogabile, e tale quindi da non poter essere dissolto nei confini così poco definiti del principio di proporzionalità. Solo in questo modo può essere garantito un punto di partenza più chiaro per il processo penale e dunque anche la strada migliore verso la ricostruzione della verità storica⁹.

Al principio di proporzionalità potrebbero essere eventualmente ricondotti i due corollari del principio di colpevolezza che riguardano la questione del *quantum* di pena. Ci si riferisce innanzitutto al divieto di imporre una pena che superi la misura della colpevolezza: al suo posto potrebbe valere il divieto di determinare pene sproporzionatamente alte. E dall'altro ci si riferisce al divieto di imporre una pena che, perlomeno quando non lo impongano motivi concreti, risulti inferiore alla misura della pena commisurata alla colpevolezza (*schuldgerechte Strafe*): al suo posto, infatti, potrebbe valere il divieto di determinare pene sproporzionate perché troppo lievi e che in tal senso si pongono dunque al di sotto della soglia ritenuta giusta¹⁰.

⁵ A tal proposito e sull'origine di tale corollario nel concetto di dignità dell'uomo e/o nel principio dello stato di diritto: BVerfGE vol. 9 p. 169; vol. 20 p. 334; vol. 25 p. 285; vol. 45 p. 259; vol. 50 p. 214; vol. 54 p. 108; vol. 90 p. 173; vol. 95 p. 140; vol. 109 p. 171; vol. 123 p. 413; in generale sul contenuto del principio di colpevolezza: ARTH. KAUFMANN, *cit.* v. nota 1, p. 32ss; HÖRNLE in SCHUMANN (a cura di), *Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat*, 2010, p. 104, 107 ss.

⁶ Sul punto, oltre alle decisioni del BVerfG citate nella nota 2, si vedano ad es.: BVerfGE vol. 73 p. 253; vol. 98 p. 313; sulla validità del principio anche nel caso singolo si vedano, tra gli altri.: BVerfGE vol. 54 p. 116; vol. 120 p. 253; e dalla giurisprudenza del BGH, ad es., BGH 20,264, (266).

⁷ In questo senso – in parte ponendo in risalto la natura della pena come mero strumento repressivo, e dunque come compensazione della colpevolezza o espiazione – si vedano tra gli altri BVerfGE. vol. 21 p. 387; vol. 33 p. 383; vol. 46 p. 222; vol. 64 p. 270ss; vol. 86 p. 312; vol. 110 p. 13; vol. 122 p. 272; BVerfG 1987, 2662ss.; BGHSt. vol. 24, p. 134; vol. 29 p. 321; vol. 43, p. 208.; vol. 50, p. 49; negli scritti penalistici la questione è controversa; sul punto cfr. FRISCH in FRISCH (a cura di), *Grundfragen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer Sicht*, 2011, p. 3, 23ss.; ROXIN, *cit.* a nota 1 § 3 Rn 54ss.

⁸ In tal senso sia la giurisprudenza del BVerfG che quella del BGH; cfr. ad es. BVerfGE vol. 6 p. 429; vol. 20 p. 331; vol. 95 p. 140; vol. 109 p. 173; vol. 123 p. 413; vol. 128 p. 376; BVerfG NJW 1998, 2585; BGHSt vol. 2 p. 200.

⁹ Sulla questione per cui dal principio di colpevolezza possono dedursi precise pretese, sulle quali si fonda il processo ed in forza delle quali si deve evitare il più possibile la condanna di soggetti innocenti, si veda BVerfGE vol. 57 p. 275; vol. 80 p. 378; anche BVerfGE vol. 63 p. 61; vol. 77 p. 77; più distante RADTKE *Goldammer's Archiv* 2012, 187,188; H.A. WOLFF, *AöR* 124 (1999), 55,72s.

¹⁰ (Ndt: *Untermaß* è il termine utilizzato dall'autore). Sul tema, con riferimento alla pena, si veda ad es. BRUNS, *StrafzumessungsR*, 1. Ed., p. 680ss.; STÖCKEL NJW 1968, 1862ss.; come *Untermaß* nel senso di insufficienza rispetto alle richieste vincolanti provenienti dalla Costituzione, si veda BVerfGE vol. 88 p.203ss; vol. 96 p. 412.

3. Gli aspetti equivalenti del principio di proporzionalità eventualmente funzionali al principio di colpevolezza.

3.1. *Riflessioni introduttive e contenuto del principio di proporzionalità.*

A questo punto risulta necessario richiamare alla mente le accezioni del principio di colpevolezza che potrebbero eventualmente essere sostituite dal principio di proporzionalità. Ma non solo. Per giudicare opportunamente se una tale sostituzione possa essere presa seriamente in considerazione occorre innanzitutto definire precisamente l'oggetto di tale sostituzione, ovvero individuare la sostanza del principio di proporzionalità. Ciò a maggior ragione se si considera che già nell'ambito dello stesso principio è possibile ricavare due diversi significati¹¹. A tal fine non basta richiamare alla mente le caratteristiche del principio di proporzionalità. Si deve anche riflettere su quale tra questi criteri possa al meglio assumere il compito di determinare il giusto *quantum* di pena, espungendo quindi le pene troppo alte o quelle troppo basse. Solo in questo modo sarà possibile valutare razionalmente se, quel che effettivamente rimane del principio di proporzionalità riferito al *quantum* di pena, possa opportunamente svolgere quel che fino ad oggi è stato svolto dal divieto di superamento, nel minimo e nel massimo, della misura della colpevolezza.

Al principio di proporzionalità nella sua classica rappresentazione si ricorre in occasione della verifica di legittimità costituzionale di quelle lesioni dei diritti fondamentali, che sono però funzionali al conseguimento di determinati fini. Posto che lo scopo perseguito dallo Stato è lecito e che tale è anche lo strumento che deve essere impiegato, solo ricorrendo al principio di proporzionalità si può stabilire se il mezzo utilizzato per il raggiungimento di quel fine è adatto ed opportuno rispetto ad un determinato scopo¹² (per il raggiungimento del quale non possano utilizzarsi mezzi egualmente efficaci e meno invasivi). Tali questioni di fatto, riguardanti l'idoneità e l'opportunità di determinati strumenti adoperati per il raggiungimento di determinati fini (o di realizzazione di determinate condizioni concrete), pongono quesiti di natura prettamente empirica, la cui risposta presuppone una conoscenza altrettanto empirica. Infine, si tratta di sottoporre quelle misure, già riconosciute empiricamente come idonee ed opportune, ad una verifica normativa¹³: a questo punto ci si chiederà se questo strumento sia altresì adeguato, equilibrato, ovvero non sproporzionato rispetto all'intervento¹⁴. Ad essere giudicata è la cosiddetta "proporzionalità in senso stretto": si compie, cioè, un bilanciamento dei beni e degli interessi, che con una determinata misura devono essere realizzati o protetti, rispetto all'entità della lesione conseguente all'utilizzo di quello strumento¹⁵.

3.2. *La disciplina delle misure di sicurezza quale ambito di applicazione del principio di proporzionalità nel diritto penale.*

Nel campo delle sanzioni penali il principio di proporzionalità in senso ampio costituisce il pilastro principale del giudizio di costituzionalità sulle misure di sicurezza¹⁶. In questo ambito il ricorso ai criteri di verifica del principio di proporzionalità risulta un'operazione piuttosto agevole: prevenendo la commissione di reati da parte di un determinato soggetto ritenuto pericoloso, viene perseguito un compito legittimo (ovvero l'adempimento del compito statale di tutela) attraverso il principale strumento a disposizione dello Stato, ovvero quello della

¹¹ Ovvero le accezioni di proporzionalità in senso stretto e proporzionalità in senso ampio.

¹² Sul punto cfr. tra gli altri PIEROTH/SCHLINK *Grundrechte – StaatsR II*, 26a Ed., num. a margine 289ss; SACHS in SACHS (a cura di), *Grundgesetz*, 5a Ed.

¹³ ELLScheid/HASSEMER, *cit.* a nota 4, p. 27,44: "delimitazione" "della tendenza ad un agire di tipo puramente finalistico, attraverso ragionamenti orientati ai valori".

¹⁴ Cfr. per le diverse formulazioni ad es. DECHSLING, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot*, 1989, p. 7ss.; PIEROTH/SCHLINK, *cit.*, num. a margine 299.

¹⁵ Cfr. ad es. BVerfGE vol. 109, p. 349ss.; vol. 120, p. 428; PIEROTH/SCHLINK, *cit.*, numero a margine 301; DECHSLING, *cit.*, p. 7ss. con ulteriori indicazioni bibliografiche; SCHULZE/FIELTZ, *cit.*, num. a margine 184ss.

¹⁶ Si tratta delle *Maßregeln der Besserung und Sicherung* (). Espressamente previsto dal § 62 StGB. Tra la giurisprudenza del BVerfG cfr. *ex multis* BVerfGE vol. 70 p. 311; vol. 128 p. 376; NStZ-RR 2004, 76; in generale sulla legittimazione si veda FRISCH, ZStW 102 (1990), 343, 367ss.

privazione – o, a seconda dei casi, della limitazione – della libertà personale. Per valutare se tale privazione sia idonea e necessaria, sono disponibili sufficienti conoscenze empiriche. La questione della proporzionalità in senso stretto, invece, che da un legislatore approssimativo – ed è proprio questo il caso – viene formulata quale mera “assenza di sproporzionalità”, in linea di massima potrebbe anche essere risolta in tal senso: innanzitutto si valutano le misure adottate e gli scopi da raggiungere (ovvero l’impedire che determinate libertà e beni giuridici di terzi possano essere posti in pericolo da un determinato soggetto); tutto ciò viene poi messo in relazione con la misura della lesione della libertà da applicare al soggetto ritenuto pericoloso. Le questioni sulla durata necessaria della misura¹⁷, invece, appaiono difficilmente risolvibili in chiave empirica: la misura viene infatti determinata senza che venga fissato un termine, e rivista solo a seguito di controlli periodici. A tal proposito, pertanto, i criteri del principio di proporzionalità (in senso stretto) verranno in rilievo rispetto alla durata della misura¹⁸.

3.3. *Inutilizzabilità dei canoni dell’“idoneità” e “necessarietà” per la risoluzione del problema commisurativo – Eventuale utilizzabilità della proporzionalità in senso stretto.*

La prospettiva cambia radicalmente se dal campo delle misure di sicurezza, paragonabili sostanzialmente al diritto di polizia, si passa al terreno della pena vera e propria. Qui, infatti, appare subito evidente che certi requisiti del principio di proporzionalità, che nel diritto di polizia e nella disciplina delle misure di sicurezza contribuiscono a individuare e delimitare le misure stesse (come i criteri dell’idoneità e della necessità), con riferimento alla pena sono più difficilmente utilizzabili, stanti i postulati che regolano la pena stessa. Solo attraverso quei criteri, infatti, si può definire agevolmente quella pena che viene comunemente ritenuta conforme a Costituzione, ovvero la pena commisurata alla colpevolezza. Pertanto, sostituendo al principio di colpevolezza il principio di proporzionalità ed elevando quest’ultimo a fulcro e caposaldo della pena, questo principio presenterebbe quei connotati di vaghezza e scarsa razionalità, che oggi vengono riscontrati nel principio di proporzionalità in senso stretto¹⁹. Questo vale sia se si utilizzi il principio di proporzionalità (in senso ampio) quale principio-guida per la commisurazione della pena, sia se lo si intenda quale principio regolatore del giudizio di legittimità costituzionale delle pene.

I problemi cominciano già con il concetto di pena in funzione special-preventiva, che, sotto l’aspetto delle finalità da perseguire, può essere paragonata alle misure di sicurezza. Ciò che manca del tutto è, infatti, una conoscenza empirica sufficiente ad individuare il *quantum* di pena necessario ad impedire che il condannato commetta altri reati in futuro²⁰. Mancando ciò, manca anche una base solida per il giudizio di proporzionalità in senso stretto. Per quanto attiene alla pena fissata in sentenza, una commisurazione special-preventiva della pena, che sia rispettosa del principio di proporzionalità, verrà effettuata senza dover ricorrere a questo principio: infatti, le pene commisurate in chiave special-preventiva, che oltrepassano la misura della colpevolezza, sono già di per sé *contra legem*²¹ e in quanto tali non possono rispondere più ad alcun fine specifico, né avrebbe senso esaminarle sotto l’aspetto della proporzionalità.

Ancora più significativo è il fallimento delle categoria della idoneità e necessità (propri del giudizio di proporzionalità) nella determinazione della pena commisurata alla colpevolezza. Quale *quantum* di pena può essere considerato adeguato e necessario a compensare la colpevolezza dell’agente? A questa domanda, a differenza di quanto avviene per le misure del diritto di polizia, non si può rispondere servendosi di dati empirici. La compensazione della colpevolezza attraverso una determinata pena è un concetto (o una conseguenza) ideale; men-

¹⁷ Su tali difficoltà cfr. FRISCH, *Prognoseentscheidungen im Strafrecht*, 198, p. 37ss.

¹⁸ Cfr. la giurisprudenza sul punto: BVerfGE vol. 70 p. 312ss.; BVerfG NStZ 1992, 405, 406; si veda anche FRISCH, ZStW 102 (1990), 702, 766ss.

¹⁹ Cfr. ad es. PIEROTH/SCHLINK, *cit.*, num. a margine 303; SCHLINK in “FS 50 Jahre BVerfG”, 2001, vol. 2, p. 445, 460ss.; Gross, DÖV 2006, 856, 858.

²⁰ Cfr. tra gli altri SCHÖCH in *FS Schaffstein*, 1975, p. 255, 262ss.; KAISER, in *FS Bockelman* 1979, p. 923ss.

²¹ Cfr. §46 I StGB; la formula base viene solitamente interpretata così: anche in virtù di esigenze special-preventive, la misura della colpevolezza non può essere superata; cfr. ad es. BHSt vol. 20 p. 266; vol. 29 p. 320; dalla giurisprudenza del BVerfG cfr. BVerfGE vol. 86 p. 313.

tre la pena, alla cui inflizione (ed esecuzione) vengono attribuite queste conseguenze, è proprio quella corrispondente alla colpevolezza dell'autore, ovvero la *schuldgerechte Strafe*. Riflessioni in punto di idoneità e necessità non sono idonee ad individuare una pena così connotata, in quanto questa è determinabile solo attraverso un sistema di disposizioni normative che disciplinano, per l'appunto, quella pena²². Volendo utilizzare la prospettiva del principio di proporzionalità in senso ampio, ciò significa che la funzione oggi svolta dal principio di colpevolezza (e dalla sua concretizzazione) dovrebbe essere compiuta mediante il criterio della proporzionalità in senso stretto. È, però, tutto da verificare se questo criterio sia idoneo a tale scopo (cfr. *infra* 4).

Intanto, però, appare comunque opportuno prestare attenzione anche a quanto accade commisurando la pena in chiave general-preventiva. In quest'ottica, a prima vista, la valenza finalistica del principio di proporzionalità appare alquanto pertinente: si tratta di fondare o consolidare determinati atteggiamenti interiori (quali la fiducia della generalità nella legge, il consolidamento di una determinata coscienza giuridica, fino a considerare l'ipotesi di una vera e propria "costrizione psicologica"); e la questione su cosa sia idoneo e necessario al fine di far insorgere o consolidare suddetti orientamenti interiori, non è che un problema di tipo empirico. Il problema, pertanto, è dato dal fatto che, indipendentemente dalla vaghezza stessa di suddette condizioni di tipo psicologico che ci si prefissa di assicurare, ciò che manca è innanzitutto una significativa conoscenza empirica, che possa portare ad individuare concretamente il *quantum* di pena idoneo e necessario a fondare o consolidare, rispetto ad una popolazione eterogenea di individui, determinati atteggiamenti interiori²³. La soluzione alla quale giunge la teoria della prevenzione generale positiva, riguardo questa condizione empirica, è ormai nota: la stessa si attesta sulla pur plausibile supposizione che la pena giusta sia quella che viene ritenuta tale dai consociati; ciò significa, quindi, che la *schuldgerechte Strafe* è proprio la pena più idonea (e al contempo necessaria) a fondare o consolidare la fiducia dei cittadini nella giustizia²⁴. Se si condivide tale opinione, allora, non c'è alcun motivo per sostenere che il principio di colpevolezza e la pena ad esso rispondente debbano essere sostituiti dal principio di proporzionalità. La *schuldgerechte Strafe* costituisce già di per sé la concretizzazione specifica del principio di proporzionalità. Pertanto, solo se non si condivide tale impostazione, ovvero se si preferisce per altri motivi evitare di utilizzare il concetto di "colpevolezza" nel contesto della pena, si può risolvere il problema della pena in funzione general-preventiva ricorrendo unicamente al principio di proporzionalità. Ciò può accadere perché, ad esempio, si ritiene che il concetto di colpevolezza sia di per sé problematico, oppure perché si vuole evitare di utilizzarlo nel contesto di una verifica di legittimità costituzionale, e si preferisca adottare, invece, quel più generale concetto di proporzionalità che, peraltro, è così anche più facilmente estensibile al campo sovranazionale. Dunque, appurato che, per la commisurazione della pena in funzione general-preventiva, i requisiti dell'idoneità e della necessità non sono utilizzabili, i contenuti del principio di proporzionalità in senso ampio si riducono di fatto a quelli della proporzionalità in senso stretto. Attraverso la stessa si dovrebbe, non solo, come in precedenza, rispondere alla domanda sul se la pena intesa quale intromissione nei diritti della persona stia in un rapporto ragionevole con tale intromissione, e cosa con la stessa debba essere raggiunto, ma si dovrebbe anche valutare l'adeguatezza del rapporto tra la pena e il fatto commesso, rendendo suddetta proporzione compatibile con i principi costituzionali, in particolare con il canone della ragionevolezza. A ben vedere, si tratterebbe proprio del ruolo svolto fino ad ora dalla colpevolezza, utilizzando però la terminologia della proporzionalità²⁵.

Alla lunga, accettando che al principio di proporzionalità spetti tale doppia funzione, risulta ineludibile la seguente domanda: ha senso lasciare svolgere al solo principio di proporzionalità, ovvero ai (diversi) vagli di proporzionalità, ciò che fino ad ora veniva svolto – e con risultati soddisfacenti – dalla combinazione tra principio di colpevolezza e principio di

²² Un esempio per un sistema siffatto di disposizioni può essere costituito da quell'idea, nel frattempo fatta propria anche dalla giurisprudenza (BGHSt 27, 2ss.), di una scala di valori riferibile a possibili forme di manifestazione di un delitto, cui corrispondono pene più o meno severe; sul punto cfr. FRISCH, *cit.*, p. 3 e 6ss.; HÖRNLE, *cit.*, p. 105, 110ss.

²³ Cfr. ora KAISER, *cit.*, p. 930; e ancora KAISER, *Kriminologie*, 5a Ed., num. a margine 34ss.; SCHÖCH, *FS Jescheck*, 1985, p. 1081, 1090ss.

²⁴ Tra tanti cfr. MÜLLER-DIETZ, *FS Jescheck*, p. 813, 823; NOLL, *FS Mayer*, 1966, p. 219, 223; ROXIN, *FS Bockelmann*, p. 279, 305.

²⁵ Come una – per usare le parole di JACOBS, *Schuld und Prävention*, 1976, p. 7 – "proporzionalità con lo sguardo rivolto all'indietro".

proporzionalità²⁶? In cosa consisterebbe il vantaggio di tale nuova prospettiva? E ancora: quel principio di proporzionalità dai contorni poco chiari e indefiniti, ovvero il principio di proporzionalità in senso stretto, è all'altezza di compiere ciò che fino ad oggi è stato garantito dal principio di colpevolezza?

4.

Valutazione comparata dei principi di colpevolezza e proporzionalità quali principi di riferimento per la determinazione della pena.

Per rispondere a queste domande si devono innanzitutto richiamare alla mente le caratteristiche di entrambi i principi e i contesti in cui essi si sviluppano. Non c'è dubbio, infatti, che gli ambiti di operatività degli stessi si intersecano, essendo entrambi rivolti alla risoluzione del problema commisurativo. All'occorrenza è, perciò, anche possibile ricavare dal concetto di proporzionalità alcuni corollari del principio di colpevolezza. Ma solo ed esclusivamente in caso di necessità ed essendo consapevoli degli svantaggi e dei pericoli correlati ad una tale operazione. Il principio di proporzionalità non è affatto la risposta migliore per la risoluzione dei problemi che finora venivano risolti tramite il principio di colpevolezza. Come si vedrà, entrambi i principi mirano alla risoluzione di diverse questioni e conseguentemente sollevano anche diversi interrogativi di fondo, anche laddove questi sembrano intersecarsi (*infra* 4.1). Per rispondere alla questione sul *quantum* di pena, invero, queste diverse questioni di fondo presentano: percorsi diversi e diversamente motivabili (*infra* 4.2.); differenti esigenze con riferimento al *quantum* stesso (*infra* 4.3.); nonché differenze di tipo sostanziale nei criteri utilizzabili per fornire risposte a tali quesiti (*infra* 4.4.). Da queste differenze emerge l'inidoneità del principio di proporzionalità in senso stretto ad operare quale criterio di commisurazione della pena e dunque l'inopportunità di una sostituzione del principio di proporzionalità al principio di colpevolezza.

4.1.

Differenze nei quesiti di fondo e nei criteri commisurativi – Insufficienza definitoria della proporzionalità per la corrispondenza richiesta con la pena.

Il principio di proporzionalità e quello di colpevolezza mirano originariamente alla risoluzione di problematiche diverse tra loro. Ciò si riflette anche sulla questione del *quantum* di pena, ambito nel quale i piani di operatività dei due principi si intersecano, conducendo così all'individuazione dei diversi interrogativi di fondo che li caratterizzano.

Nel quadro del principio di proporzionalità in senso ampio si rinviene una costellazione di fatti designati mediante una relazione di mezzo a scopo²⁷: si tratta di stabilire in virtù di quali presupposti certe misure, che per perseguire un determinato scopo colpiscono diritti fondamentali (o altri interessi protetti dalla Costituzione), possano considerarsi lecite. I criteri a disposizione per la risoluzione di tale quesito sono espressione di un giudizio valutativo rivolto ad uno scopo (*zweckrational*). Attraverso tali criteri si può stabilire se il perseguimento di un determinato scopo mediante l'utilizzo di un determinato strumento appaia ragionevole e quindi opportuno. Alla luce di tali quesiti di fondo si deve verificare non solo l'idoneità e la necessità, bensì anche – attraverso il passaggio ad un giudizio valutativo rivolto non più ad uno scopo, ma ad un valore (*wertrational*) – la proporzionalità in senso stretto. Qui si tratta di una proporzionalità specifica: la misura da adottare deve apparire opportuna anche rispetto al rapporto che si instaura tra il mezzo scelto per raggiungere gli obiettivi prefissati e la necessaria lesione dei diritti che ne deriva. In sostanza si tratta di un rapporto vittima-utilità,

²⁶ La domanda è di grande rilevanza soprattutto per coloro che continuano, a differenza di qualcun altro (cfr. *supra*, nota 4), a vedere nella colpevolezza il punto di riferimento per una pena proporzionata!

²⁷ Cfr., accanto ai riferimenti forniti nella nota 12, DECHSLING, *cit.*, p. 5, 11ss., 141ss.; HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, 1981, p. 43ss.; HUSTER, *Rechte und Ziele*, 1993, p. 129ss., ma anche p. 147ss.; H.A. WOLF AöR 124 (1999), 55, 68ss.

costi-guadagno²⁸, ovvero della ragionevolezza dell'intervento rispetto al rapporto tra gli obiettivi da raggiungere e i diritti della "vittima da sacrificare"²⁹. Si consideri, a titolo di esempio, il ruolo della ragionevolezza nell'ambito del giudizio di legittimità costituzionale sul sistema delle misure previsto dagli articoli 61 e ss. StGB, ovvero delle misure processuali coercitive.

Al contrario, il rapporto che deve sussistere tra la pena e la colpevolezza del reo nella cornice edittale pone, invece, una questione del tutto diversa. Qui viene in gioco una proporzionalità di tipo deontologico, ovvero basata su di un giudizio valutativo orientato ai valori (*wertrational*), e dal contenuto molto particolare: pena e colpevolezza devono trovarsi esattamente in quel rapporto per il quale, secondo la nostra concezione in punto di valori e giustizia, la pena rifletta esattamente la misura della colpevolezza³⁰, e appaia perciò *meritata*. Si tratta, dunque, di una relazione condizionata da quei valori, mutevoli, in base ai quali una determinata società ritiene una pena *meritata*. Tale rapporto, tale relazione, che si forma attraverso la prassi quotidiana, non è una proporzionalità qualsiasi, bensì una corrispondenza basata su determinati criteri di valore e che, si noti bene, solo per questi motivi può essere intesa quale ipotesi di proporzionalità, perché, infatti, qualsiasi corrispondenza tra due grandezze rappresenta già di per sé una proporzione, un rapporto. Già per il rapporto vittima-utilità si può parlare in fondo del "sovra-concetto" di proporzionalità³¹. Questo tipo di proporzionalità, dalla quale le altre discendono, costituisce un tipo di proporzionalità diverso; e nel caso si verifichi quella corrispondenza, si tratta comunque di una proporzionalità definita male, ovvero in maniera molto imprecisa.

Le differenze appena descritte si manifestano chiaramente qualora le citate questioni sul *quantum* di pena vengano affrontate l'una alla luce del principio di colpevolezza, l'altra alla luce del principio di proporzionalità. Affrontare separatamente tali questioni commisurative, in relazione ai due principi e ai rispettivi criteri di riferimento, impedisce che quesiti di fondo e criteri di valore vengano mescolati, confusi³². Una certa contaminazione è comunque purtroppo già iniziata, dal momento che il BVerfG, allorché in diverse decisioni si è dovuto occupare della legittimità delle cornici edittali, ha accostato i due principi, di fatto sovrapponendoli l'uno con l'altro³³ (si tratta, tra l'altro, anche in questo caso, di una sovrapposizione tra un giudizio di tipo finalistico – *zweckrational* – sulla singola incriminazione e un giudizio sulla ragionevolezza della stessa: la pena viene valutata, al contempo, sia quale strumento razionale finalizzato alla salvaguardia di determinate condizioni, sia quale giusto rimprovero). Questa sovrapposizione dovrebbe però essere evitata sul piano terminologico e nel giudizio sulla commisurazione della pena, in quanto creerebbe solamente confusione.

Ad esempio, ci si può ben immaginare che una pena in funzione special-preventiva soddisfi le esigenze di un principio di proporzionalità di tipo finalistico (*zweckrational*), dal momento che mirerebbe a prevenire la commissione di gravi delitti: la compromissione della libertà del reo, necessaria a quello scopo, non apparirebbe invero sproporzionata, alla luce di ciò che sarebbe volta ad impedire. Allo stesso modo potrebbe accadere, però, che tale privazione di libertà non possa considerarsi lecita *quale pena*, perché ad esempio la stessa oltrepassi la misura della colpevolezza del reo (come avviene nel caso di carenza della capacità di intendere e di volere)³⁴. La giustapposizione dei due principi consente di risolvere tali problematiche con una decisione che è al contempo chiara ed opportuna (e così consentendo che quella proporzionalità di tipo finalistico – *zweckrational* – venga valorizzata attraverso le misure di sicurezza, e dunque al di fuori della pena)³⁵. Si dubita che tutto questo possa essere ottenuto affrontando

²⁸ HUSTER, *cit.*, p. 140, 158; con riferimento alla pena BAURMANN, *cit.*, p. 144ss, 148ss.

²⁹ Anche la giurisprudenza del BVerfG (cfr. ad es. BVerfGE vol. 113 p. 260; vol. 120 p. 241), nonché la dottrina di diritto pubblico (cfr. ad es. LÜCKE, DÖV 1974, 770; HIRSCHBERGER, *cit.*, p. 97ss.; HUSTER, *cit.*, p. 161 con ulteriori indicazioni bibliografiche; PIEROTH/SCHLINCK, *cit.*, num. a margine 299) sottolineano che nell'ambito della proporzionalità in senso stretto vengono in rilievo (anche) aspetti riguardanti il canone della ragionevolezza.

³⁰ Il concetto della corrispondenza si ritrova anche in HUSTER, *cit.*, p. 140ss, soprattutto p. 142ss., 468. (Ndr: il termine utilizzato dall'autore è *wertrational*, con il quale si intende una razionalità in base al valore; il termine coniato da Max Weber e contrapposto a *zweckrational*, con il quale si designa invece una razionalità in base al fine).

³¹ In tal senso HUSTER, *cit.*, p. 144: solo "formale somiglianza"; HUSTER fa anche notare, a ragione, che nei casi di corrispondenza (caratteristici per la relazione mezzo-scopo) manca il bilanciamento tra lo strumento adoperato e lo scopo (quindi tra i beni giuridici in conflitto), p. 142, 145.

³² Pertinente ROXIN, *MSchrKrim*, 1973, 317, 322; HIRSCHBERG, *cit.*, p. 48 e HUSTER, *cit.*, p. 142ss, 145.

³³ Cfr. la giurisprudenza riportata nella nota 2.

³⁴ Cfr. ad es. il caso BGHSt 20, 264, 266; dalla giurisprudenza del BVerfG cfr. BVerfGE vol. 91 p. 31; BVerfG NJW 1995, 2405.

³⁵ Cfr. nuovamente il caso BGHSt 20, 264, 266 e in generale FRISCH, ZStW 102 (1990), 343ss., 389ss.

le questioni appena sollevate solo in base al principio di proporzionalità, alla luce della sua complessa struttura. C'è da temere, però, che nella prassi tali questioni di fondo vengano (con) fuse o forse addirittura del tutto ignorate.

4.2.

Diversità dei metodi con cui rispondere alle questioni poste da entrambi i principi – Impossibilità di risolvere il problema commisurativo con il giudizio di proporzionalità.

Diversità tra entrambi i principi possono riscontrarsi non solo rispetto alle questioni di fondo concernenti il giudizio sulla commisurazione della pena e sui relativi criteri che la regolano. Talune differenze sono riscontrabili, in verità, anche nel metodo utilizzato per affrontare il giudizio commisurativo. Queste differenze non sono casuali, bensì necessitate.

La verifica di proporzionalità (in senso ampio) si concretizza in una sorta di controllo finale sulla legittimità di una misura, che risulta già aver soddisfatto altri criteri, ovvero quelli di idoneità ed efficacia rispetto al raggiungimento di un fine legittimo. Tale verifica mira ad esaminare se gli scopi da raggiungere con una determinata misura si trovino in un rapporto proporzionato e ragionevole anche rispetto a ciò che viene sacrificato a causa ed a seguito del perseguimento degli stessi. Si tratta, quindi, di confrontare, comparare e, volendo adoperare un termine di gran lunga utilizzato a tal proposito³⁶, soppesare due grandezze rinvenute secondo diversi criteri. Entrambe le grandezze vengono poi poste a confronto (perlomeno su di un piano sovraordinato)³⁷ così da poter verificare, ricorrendo ad un giudizio di tipo pratico (*praktischer Vernunft*), se e quando la vittima, che subisce una determinata misura, ed il vantaggio che si consegue con la stessa, si trovino, oppure no, in una giusta proporzione. Si tratta di una valutazione “bipolare”, che richiama, a ben vedere, quella che contraddistingue lo stato di necessità (nonché qualsiasi altra decisione che riguardi casi di collisione di interessi). Uno sguardo ad altri insiemi di circostanze non è necessario, in quanto non apporterebbe alcun contributo alla questione in esame.

Tuttavia, attraverso tale valutazione bipolare non è possibile risolvere all'origine il problema della misura della pena, eccezion fatta per la pena special-preventiva. Qual è la pena giusta rispetto ad una determinata quantità di colpevolezza? La risposta a questa domanda si coglie solo allorché quel *quantum* di colpevolezza venga definito e messo poi in relazione con la colpevolezza del reo nel caso concreto. Ma non solo: tale quantità dovrà essere poi messa in relazione con altre forme di manifestazioni dell'illecito e della colpevolezza, nonché con le pene previste in quei casi (in particolare rispetto a quelle già inflitte o comunque generalmente ritenute opportune)³⁸. La determinazione della *schuldgerechte Strafe*, rispetto ad un determinato caso concreto, può quindi essere compiuta opportunamente solo mediante un inquadramento del caso concreto in una scala di valori più o meno differenziata; successivamente mediante un confronto con le altre forme di manifestazione dell'illecito e della colpevolezza, quindi con il *quantum* di pena a questi già assegnato³⁹. Solo un siffatto inquadramento comparato, in un sistema più o meno differenziato di definizioni e assegnazioni, rende la determinazione della pena un'operazione realizzabile, che garantisce uguaglianza e giustizia della punizione.

Questo risulta piuttosto evidente allorché si voglia, per una volta, tentare di determinare una pena seguendo il modello del principio di proporzionalità in senso stretto, quindi ignorando quei sistemi di definizione di tipo bipolare appena descritti. In tal senso ci si dovrebbe porre la seguente domanda: quale *quantum* di pena (e cioè *quanta* lesione dei diritti e *quanto* rimprovero) può essere proporzionale alla colpevolezza? Sarebbe assolutamente im-

³⁶ Cfr. l'orientamento di DECHSLING, *cit.*, p. 7ss.; HUSTER, *cit.*, p. 139ss. (Ndt: successivo corsivo del traduttore; il termine utilizzato dall'autore è *Abwägung*).

³⁷ Ad esempio sul piano della privazione, mantenimento o garanzia della libertà, oppure delle condizioni di tale libertà; ovvero sul piano della privazione e della conservazione di beni che si trovano in un determinato rapporto tra loro.

³⁸ Sul significato pregnante di una tale comparazione per la determinazione della pena nel singolo caso cfr. ad es. FRISCH, *cit.* a nota 7, p. 3, 17ss.; HÖRNLE, *Tätproportionale Strafzumessung*, 1999, p. 361ss.; MAURER, *Komparative Strafzumessung*, 2005, p. 94ss., con ulteriori indicazioni bibliografiche; STRENG, *Strafzumessung und relative Gerechtigkeit*, 1984, p. 49ss, 238ss., 299ss.

³⁹ In tal senso BRUNS, *cit.* a nota 10, p. 66, 81; DREHER, *Über die gerechte Strafe*, 1947, p. 61ss.; FRISCH, *cit.* a nota 7, p. 3, 18; HÖRNLE, *cit.* a nota 38, p. 361ss.; tra la giurisprudenza BGHSt 27, 2ss.

possibile dare una risposta precisa a questa domanda in termini assoluti. In questo modo si riuscirebbe, al massimo, ad espungere dal novero di pene possibili quelle pene che appaiono troppo o troppo poco severe (anche se considerazioni di tipo comparativo possono svolgere probabilmente un certo ruolo persino inconsciamente)⁴⁰. È evidente che la pena non può essere determinata in questo modo. Solo il riferimento ad un sistema di definizioni sulla misura della colpevolezza, che descrivono determinate situazioni-tipo verificabili nella realtà, ovvero che assegnano ad una determinata misura di colpevolezza un “giusto” *quantum* di pena; solo il riferimento ad un sistema siffatto rende attuabile, attraverso un’attività comparata di interpolazione, determinazioni della pena concrete ed opportune.

Nondimeno, non stupisce che qualche risultato soddisfacente potrebbe essere raggiunto pur muovendosi nell’ambito dell’accezione finalistica (*zweckrational*) del principio di proporzionalità in senso ampio, ma ricorrendo comunque alla proporzionalità in senso stretto: alla proporzionalità in senso stretto non verrebbe, invero, richiesto di scegliere la misura da applicare. Ciò viene già compiuto, infatti, dai criteri di idoneità e necessità, nell’ambito di applicazione del principio di proporzionalità in senso ampio: la proporzionalità in senso stretto, infatti, non è altro che un controllo ulteriore sulla ragionevolezza di un dato già a disposizione, di cui non si discutono i presupposti. Attribuire a tale operazione il significato e la funzione di principio regolatore della commisurazione della pena significherebbe caricarlo di un compito che non è in grado di svolgere.

Da queste premesse risulta evidente che non è appropriato, né conveniente, rispondere ai quesiti sul *quantum* di pena servendosi del principio di proporzionalità, piuttosto che del principio di colpevolezza (nel quale, come si è visto, è compreso il primo)⁴¹. Nella migliore delle ipotesi un tale cambio di prospettiva non comporta degli svantaggi. Si tratta, invero, del caso in cui il principio di proporzionalità venga utilizzato esclusivamente quale novità terminologica, laddove per la soluzione di problemi concreti, invece, non si ricorra ai metodi e ai quesiti di fondo del principio di proporzionalità in senso stretto, bensì ci si serva di quelli propri del principio di colpevolezza. Qualora invece si voglia seriamente applicare all’operazione della commisurazione della pena le metodiche e i quesiti di fondo del principio di proporzionalità, allora sorge il rischio di effettuare una commisurazione della pena che lascerebbe nuovamente irrisolto il seguente quesito: in quale modo si può arrivare a definire, da quell’ampia cornice della pena proporzionata, la pena giusta?

4.3.

Definizione normativa del quantum di pena – Le insufficienze del principio di proporzionalità nella determinazione di una misura adeguata di pena.

Di certo, rispetto al giudizio di proporzionalità non è, però, solo il metodo a risultare inadatto a determinare misure della pena più precise, o ad essere inadeguato rispetto al giudizio commisurativo finalizzato alla determinazione della *schuldgerechte Strafe* (o più in generale rispetto al metodo del giudizio di tipo comparativo). È chiaro che il concetto della proporzionalità della pena è meno idoneo rispetto a quello del principio di colpevolezza, anche sul piano della determinazione legale della misura di pena. Il tema della proporzionalità evidenzia un’insufficienza che – a differenza del principio di colpevolezza – apre ampi varchi alla violazione di postulati costituzionali attraverso la prassi penale.

Difatti, affermare che il principio di colpevolezza e la misura della pena si trovano in stretta correlazione, non dà luogo ad equivoci, in quanto si tratta di un’affermazione chiara e che mira alla giustizia e all’uguaglianza: si tratta di *quella* pena da determinare, che rispecchia al meglio la misura della colpevolezza dell’autore del reato. La definizione del principio di proporzionalità in senso stretto è, invece, molto meno chiara. Questa necessaria propor-

⁴⁰ Tuttavia, senza un punto di riferimento (ndt: *Ankerpunkte* è il termine usato dall’Autore) cui rapportarsi per determinare la misura della colpevolezza e dunque il *quantum* di pena accettabile per la stessa, non è possibile formulare in maniera soddisfacente neanche il giudizio sulla proporzionalità *in concreto*.

⁴¹ Ciò vale fintantoché si reputi la misura della colpevolezza il criterio centrale per la determinazione della misura della pena.

zione viene infatti descritta come giusta, adeguata oppure equilibrata⁴². In molti giudizi, di recente anche del *BVerfG*, viene richiesto esclusivamente che la misura della pena non risulti sproporzionata rispetto a ciò che deve esser raggiunto con quel determinato intervento⁴³. Con riferimento al problema della pena ciò significa che, ove possibile, anche una pena non sproporzionata rispetto alla colpevolezza dell'autore (ovvero, seguendo un criterio alternativo, rispetto alla misura dell'illecito) potrebbe risultare adeguata. Il pericolo che questo possa diventare il principio di riferimento per l'operazione di determinazione della pena non è tuttavia da escludersi, in quanto questo criterio è già da tempo previsto nella disciplina sulle misure di sicurezza (§ 62 StGB) e con una semplice determinazione bipolare della pena corrispondente alla colpevolezza non si raggiungerebbe un risultato molto più preciso (*supra* 4.2).

In pratica, ci si dovrebbe accontentare di formulazioni normative facenti riferimento al concetto di pena "non sproporzionata" rispetto alla colpevolezza dell'autore (o forse anche solo rispetto all'illecito): questo costituirebbe un grave passo indietro rispetto alla situazione attuale. Così facendo si potrebbe arrivare a punire casi chiaramente più gravi di altri con pene meno severe – sempreché le pene stabilite si attestino entro una misura che non sia da considerare sproporzionata. Risultati di questo tipo, naturalmente, non si possono escludere a priori nella pratica, quand'anche si adotti lo schema del principio di colpevolezza; il punto è che tali risultati non possono, però, essere "programmati strutturalmente" già al momento della definizione legale della pena.

La "proporzionalità della pena" suscita in tal modo un'aspettativa di tipo qualitativo sulla misura della pena, che risulta chiaramente insufficiente; e ciò anche e soprattutto tenuto conto dell'importanza dei principi costituzionali di giustizia delle pene e di parità di trattamento. Un sistema penale che vuole (e deve) fondarsi su tali esigenze non può trascurare il compito di determinare *quella* pena che al meglio corrisponda al disvalore del fatto e alla colpevolezza dell'autore, come appunto fa il principio di colpevolezza.

4.4.

Differenze nel fondamento normativo di entrambi i principi – Inopportunità della rinuncia ad un sistema di principi che garantisca il più possibile giustizia ed eguaglianza.

Un passaggio dal principio di colpevolezza a quello di proporzionalità, nella discussione sulla misura della pena, appare in fin dei conti impensabile anche con riguardo a quei parametri normativi che sono rinvenibili e disponibili per ciascuno dei due principi, e che garantiscono risultati opportuni rispetto alla questione sul *quantum* di pena.

Nell'attuale diritto penale tedesco, il principio di colpevolezza si concretizza – per quanto riguarda la questione del *quantum* di pena – in un sistema differenziato di disposizioni di legge e definizioni normative. Tali disposizioni forniscono diverse indicazioni non solo sulle circostanze del fatto e dell'autore e su altre ancora, che devono essere tenute in considerazione per poter determinare la pena (colpevole⁴⁴). Molto di più. Dalla legge stessa, così come dalla prassi generalizzata in ambito di *Strafzumessung* che contribuisce a formare la regola, si possono dedurre, infatti, indicazioni sul peso di determinate circostanze per la commisurazione della *schuldgerechte Strafe*⁴⁵.

Da un tale panorama normativo si possono dedurre altre indicazioni sul grado di gravità dell'illecito colpevole commesso, ovvero sulla posizione occupata dall'illecito all'interno di una scala dei possibili illeciti e delle forme di manifestazione della colpevolezza di un determinato delitto. A queste diversità corrispondono – a partire dal meno grave fino ad arrivare gradualmente al più grave, a seconda delle diverse manifestazioni del fatto e della colpevolezza, e

⁴² Cfr. ad es. *BVerfGE* vol. 6 p. 439; vol. 10 p. 117; vol. 15 p. 234; vol. 18 p. 362; vol. 35 p. 232; vol. 35 p. 401; vol. 38 p. 302; vol. 100 p. 240; tra la dottrina di diritto pubblico cfr. *PIEROTH/SCHLINK*, *cit.* a nota 12, num. a margine 299; *WITTIG DÖV* 1968, 817; ulteriori indicazioni bibliografiche in *HIRSCHBERG*, *cit.* a nota 27, p. 75, 92ss.

⁴³ Cfr. ad es. *BVerfGE* vol. 7 p. 407; vol. 13 p. 118; vol. 17 p. 279; vol. 28 p. 374; vol. 39 p. 270; *BVerfG NVwY* 2010, 373, 378; *NJW* 2011, 1578, 1582; indicazioni in tal senso in *HIRSCHBERG*, *cit.* a nota 27, p. 75.

⁴⁴ Cfr. in particolare § 46 II e III StGB, in tal senso *FRISCH*, *Goltdammer's Archiv* 1989, 338 (355ss.); *FRISCH*, in *50 Jahre Bundesgerichtshof*, *FG Wissenschaft*, Vol. IV, 2000, p. 269, 287ss.

⁴⁵ In tal senso *FRISCH* in *WOLTER* (a cura di), *140 Goltdammer's Archiv*, 1993, p. 1, 32, 37.

tenuto conto della *ratio legis* – gradazioni di pena, all'interno della stessa cornice sanzionatoria, che sono sempre più definite. Tale gamma di pene possibili può essere definita già sul piano teorico⁴⁶: solo attraverso la prassi giudiziale si arriverà, poi, alla sua concretizzazione e stabilizzazione⁴⁷. Nella prassi capita spesso, infatti, che rispetto a talune forme di manifestazioni del reato vengano determinate cornici di pena più strette all'interno di cornici più ampie; una determinazione eventualmente imprecisa della pena viene poi esaminata attraverso il vaglio giudiziale di legittimità⁴⁸. All'interno di queste cornici più strette sono da prendere in considerazione quelle ulteriori circostanze, che si concretizzano in determinate forme di manifestazione del fatto e della colpevolezza, che ancora non erano emerse e che sono comunque rilevanti per la determinazione della misura della pena.

Il principio per cui la pena deve corrispondere alla misura della colpevolezza può trovare una applicazione concreta e giuridicamente corretta solo attraverso un siffatto sistema di indicazioni normative: solo in tal modo è possibile garantire una giustizia relativa, nonché una certa parità di trattamento in casi significativamente simili.

A differenza di quel modello differenziato, fondato su proposizioni normative, che contribuisce ad una vera e propria concretizzazione del principio di colpevolezza, il principio di proporzionalità in senso stretto non porta agli stessi risultati. Di norma, dopo aver qualificato il *quantum* di pena necessario (designandolo, ad esempio, come “adeguato”, “non sproporzionato”) ci si chiede poi se tali esigenze possano essere soddisfatte nel caso concreto. Indicazioni contenutistiche relative ad una determinata pena, che corrisponda a determinate forme di manifestazione del fatto e della colpevolezza, non sono rinvenibili, né desumibili, dalle caratteristiche intrinseche del principio di proporzionalità. Questo vale a maggior ragione se per “controllo di proporzionalità” si intenda la mera esclusione dei casi sproporzionati. Ciò si spiega con la funzione assai limitata che il principio di proporzionalità in senso stretto svolge nell'ambito del principio di proporzionalità in senso ampio. Il compito della proporzionalità in senso stretto consiste nel sottoporre determinate misure, che vengono scelte secondo altri criteri e ritenute ragionevoli, a controlli di sopportabilità sotto l'aspetto del *quantum*. La sua funzione, pertanto, non si concretizza affatto nella ricerca di quel giusto *quantum*. Dovrebbe dunque risultare abbastanza chiaro che un tale criterio, a parte tutte le altre perplessità ad esso riferibili, non è adatto a candidarsi quale principio guida dell'operazione di commisurazione della pena. Pertanto, per la *determinazione* della pena il principio di proporzionalità non può rappresentare – per motivi riconducibili alla teoria della *Strafzumessung* e per motivi di ordine costituzionale – alcuna alternativa possibile al principio di colpevolezza.

5. Il principio di proporzionalità quale criterio costituzionale di verifica dell'operazione di determinazione della pena? – Un'alternativa.

Come si è accennato all'inizio di questo contributo, resta infine da appurare se la proporzionalità possa, almeno, fornire un criterio adeguato per la verifica di legittimità costituzionale delle decisioni giudiziali sul *quantum* di pena. Ciò che ha portato il principio di proporzionalità ad essere screditato quale principio guida per la *Strafzumessung* potrebbe costituire qui un vantaggio: rifugiarsi nel criterio di proporzionalità e limitare la verifica e la critica ad un giudizio sulla mera sproporzionalità della pena potrebbe rivelarsi utile nell'ambito del controllo di compatibilità costituzionale effettuato dal *BVerfG* (e al contempo evitare, così, contestazioni eccessive avverso le decisioni sul *quantum* di pena)⁴⁹. Infatti, qualora in sede di *Strafzumessung*

⁴⁶ Ad esempio gradazioni per i casi molto lievi, per quelli lievi, per quelli da lievi a medio-gravi, per i medio-gravi, i gravi e i particolarmente gravi; su simili suddivisioni di classi di pena cfr. BRUNS, *cit.* a nota 10, p. 66ss., 81ss., 84; HÖRNLE, *cit.* a nota 38, p. 364ss., 371ss. con ulteriori riferimenti bibliografici.

⁴⁷ Sul significato della prassi giudiziale come concretizzazione contenutistica del concetto di scala di valori di casi possibili e di una gradazione ascendente dal più lieve al più grave, cfr. FRISCH, in FRISCH/VON HIRSCH/ALBRECHT (a cura di), *Tatproportionalität*, 2003, p. 155, 162ss.; FRISCH, *cit.* a nota 7, p. 3, 19 con ulteriori riferimenti.

⁴⁸ In tal senso FRISCH, *cit.* a nota 45, p. 11, 30ss.; FRISCH, *cit.* a nota 7, p. 217, 229ss e MAURER, *cit.* a nota 38, p. 120ss., 130ss.

⁴⁹ Cfr. ad es. i timori di WEIGEND in FS H./J Hirsch, 1999, p. 917, 928; si vedano però anche le limitazioni già presenti nei giudizi dello stesso BVerfG, ad es. BVerfGE vol. 80 p. 255; vol. 95 p. 141; BVerfGK vol. 10 p. 139.

venisse determinata una pena in violazione delle regole che concretizzano il principio di colpevolezza, allora non si tratterebbe già di una commisurazione incostituzionale della pena. All'opposto, una determinazione del *quantum* di pena che invece apparisse sproporzionata in difetto o in eccesso, sarebbe da considerare molto più seriamente. Una decisione siffatta ricor-derebbe, in effetti, quella dei giudici di legittimità che, guardando unicamente al *quantum* di pena, giudicano la sostenibilità o insostenibilità della pena inflitta ("sbagliare di un'ottava")⁵⁰. Per un giudice che non giudica in sede di legittimità, bensì che verifica solo le eventuali violazioni dei principi costituzionali⁵¹, una siffatta limitazione appare ancor più fondata.

Allo stesso tempo, anche riconoscendo la fondatezza di principio di una siffatta delimitazione della verifica costituzionale, rimane però ancora da valutare se tale verifica, effettuata in base al principio di proporzionalità, appaia apprezzabile. Chi scrive ritiene che questo percorso non convinca per due motivi.

Innanzitutto, negare che vi sia stata violazione del principio di proporzionalità vuol dire solo constatare che una determinata decisione sul *quantum* di pena, sotto *questo* aspetto, è costituzionalmente legittima. Ciò però non vuol dire anche che la decisione sia scevra da violazioni, rispetto, ad esempio, al principio di colpevolezza. Né pare opportuno rifarsi a quelle decisioni nelle quali il principio di colpevolezza e quello di proporzionalità vengono rappresentati come ampiamente coincidenti. Anzi, in questi casi si impone *a fortiori* la necessità di una motivazione: per quale ragione solo alcune deviazioni dai principi regolatori del principio di colpevolezza, e cioè solo quelle che violino allo stesso tempo anche il principio di proporzionalità, costituiscono una violazione della Costituzione?

In secondo luogo, una verifica effettuata alla luce del principio di proporzionalità risulta anche troppo generica, per individuare decisioni sul *quantum* che non siano accettabili dal punto di vista costituzionale. Qualora però ciò accada, il criterio per verificarne la legittimità costituzionale si dovrà comunque orientare, nella sostanza, verso quello in cui si sostanzia ogni decisione che riguardi il tema della commisurazione e che possa dirsi rispettosa della Costituzione: e cioè verso il principio di colpevolezza. Solo in tal modo, e non mediante l'adozione di un principio rivelatosi del tutto idoneo ad effettuare un vaglio di legittimità costituzionale su di un giudizio commisurativo, si può giudicare se singole decisioni sulla misura della pena siano compatibili o meno con la Costituzione. Questo comporta a maggior ragione che, in un sistema penale orientato al principio di colpevolezza, un giudizio sulla sproporzionalità della pena possa essere definito in maniera convincente solo riferendosi alle regole attorno alle quali si forma, appunto, il principio di colpevolezza: non si tratterà, dunque, di una sproporzionalità qualsiasi, quanto di uno squilibrio rispetto ai criteri-guida, e dunque rispetto al principio di colpevolezza. Ciò vale in particolar modo anche per quei casi in cui l'allontanamento da quei criteri porti alla commisurazione di una pena troppo lieve⁵². Il concetto assolutamente impreciso di pena "insufficiente" (*Untermaß*)⁵³, infatti, rimane senza possibilità di verifica, se si crede di poter disattendere quelle regole, mediante le quali si definisce la misura della pena.

Non potendo fare a meno di guardare a tali regole, appare dunque più opportuno fissare proprio qui il fulcro costituzionalmente garantito di una giusta *Strafzumessung*, degradando, così, la "carenza di proporzionalità" da concetto primario a concetto secondario. Da tali premesse può considerarsi costituzionalmente inammissibile quella commisurazione della pena che – a prescindere dai casi in cui si rigetti *tout court* la valenza del principio di colpevolezza⁵⁴ – si allontani a tal punto dalle regole che fondano il principio di colpevolezza, da arrivare a violare il fulcro costituzionalmente garantito del principio stesso. Questo avviene, innanzitutto, quando vengono inflitte pene che, secondo le regole che formano il principio di colpevolezza (dunque secondo i valori della cornice di pena e della prassi che via via si forma), sono evidentemente insostenibili – perché, ad esempio, vengono in considerazione solo fatti più gravi

⁵⁰ Cfr. sul punto BRUNS, *cit.* a nota 10, p. 82, 680ss.; FRISCH, *cit.* a nota 7, p. 217, 229ss e in SK-StPO/Frisch § 337, 37a, num. a margine 173ss.; MAURER, *cit.* a nota 38, p. 126ss, 130ss, 139ss. (Ndt: qui l'autore si riferisce ai *Revisionsgerichte*)

⁵¹ Cfr. BVerfGE vol. 7 p. 207; vol. 18 p. 92; vol. 28 p. 160; BVerfGK vol. 17 p. 479; HERZOG in FS Dürig, 1990, p. 431, 434.

⁵² Si tratta soprattutto dei giudizi sulla tenuta costituzionale di quelle decisioni sulla misura della pena basate su accordi fra le parti. Oltrepassare il limite verso l'alto gioca qui un ruolo solo nell'operazione della cd. "*Sanktionsschere*". Sul punto BGHSt-GS 50, 40; BGH StV 2004, 470; NSStZ 2005, 393; 2008, 170. (Ndt: con *Sanktionsschere* si intende quella prassi giudiziaria che interviene al momento dell'accordo sulla misura della pena, e che prevede la proposta del giudice al reo di una forbice di pena: più lieve se decide di confessare, più alta se invece non intende farlo).

⁵³ Sul punto si vedano i riferimenti forniti nella nota 10.

⁵⁴ In tal senso già BVerfGE vol. 80 p. 255; vol. 95 p. 141; BVerfGK vol. 10 p. 139.

o più lievi. Qui – proprio per questo motivo! – ci si trova di fronte *anche* ad una violazione del principio di proporzionalità. Inoltre, si dovrà riconoscere una violazione del principio costituzionale di colpevolezza ogniqualvolta vengano inflitte pene palesemente arbitrarie: ciò avviene quando le stesse vengano fondate su motivazioni illogiche secondo il principio di colpevolezza e ci si allontani, pertanto, verso l'alto o verso il basso, dalla immagine classica della *schuldge-rechte Strafe* (ciò vale anche per le decisioni sulla pena basate su accordi tra le parti)⁵⁵.

A ben vedere, vi sono svariati esempi di una siffatta definizione del fulcro costituzionale del principio di colpevolezza. Anche per il principio del giudice naturale precostituito per legge, ad esempio, si riconosce che non ogni violazione contro le disposizioni che regolano tale principio (ad esempio le norme sulla competenza) contengono una violazione del relativo principio costituzionale. Il divieto costituzionalmente garantito della privazione del giudice naturale precostituito per legge, infatti, viene violato solamente allorquando ci si allontani in modo arbitrario, e dunque in un modo non giustificabile oggettivamente, da quelle disposizioni⁵⁶.

⁵⁵ Ovvero quando si attribuisca alla confessione un significato ben più ampio, e così si alleggerisca il lavoro giudiziale: come se ciò fosse addirittura prescritto dalle regole che disciplinano la determinazione della pena e ne consegua, ad esempio, la riduzione della pena fino alla metà.

⁵⁶ Cfr. sul punto ad es. BVerfGE vol. 3 p. 364; vol. 82 p. 298; vol. 117 p. 356; BVerfG (K) NJW 2011, 2191, 2192.

EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL DE 2013 COMO PROGRAMA INOCUIZADOR DE DELINCUENTES PELIGROSOS (PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE Y MEDIDAS DE SEGURIDAD INDETERMINADAS)

Nicolás García Rivas

ABSTRACT

Il progetto di riforma del codice penale spagnolo dal 2013 introduce una modifica sostanziale del sistema di misure di sicurezza ed include l'ergastolo nell'elenco delle sanzioni penali. Entrambe novità rappresentano una svolta del sistema punitivo verso un "diritto penale della sicurezza", in contrasto con i principi di colpevolezza, legalità, proporzionalità e rieducazione, interpretati alla luce della Costituzione spagnola e della Convenzione europea dei diritti del uomo.

SOMMARIO

1. Introducción. – 2. Principio de culpabilidad y Derecho penal de la peligrosidad. Luces y sombras. – 3. Fundamentación de las medidas de seguridad en la jurisprudencia constitucional. – 4. Consideraciones sobre el actual modelo dualista/vicarial. – 5. Reforma del sistema de medidas de seguridad en el Proyecto de 2013: una vuelta de tuerca autoritaria. – 6. Introducción de la prisión permanente revisable: su encaje en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. – 6.1. Justificación. – 6.2. Régimen jurídico. – 6.3. Criterios para la revisión. – 6.4. Valoración de su compatibilidad con el principio de proporcionalidad. – 7. Resumen y conclusiones.

1.

Introducción.

El Proyecto de reforma del Código Penal presentado en el Congreso de los Diputados en octubre de 2013 supone una profunda transformación del sistema penal español. Más allá de las reformas introducidas en la Parte Especial, que alcanzan a un buen número de tipos, con una tendencia general hacia la expansión del poder punitivo que se contrarresta mínimamente por la despenalización de algunas faltas, entre las que tiene significación especial (más desde un punto de vista procesal que sustantivo, todo sea dicho) la desaparición de la imprudencia leve, que se traslada al ámbito civil, dicha reforma incluye una nueva configuración de las sanciones penales, que avanzan hacia la prolongación indeterminada en el tiempo, basada en la peligrosidad del delincuente. Si hasta ahora se mantenía el principio general de la proporcionalidad entre la gravedad del delito cometido y la sanción (con algún reparo en las medidas de seguridad, como se verá), el Proyecto plantea una ruptura evidente del eje de proporcionalidad, sobre todo por la inclusión de una pena de duración indeterminada, como lo es la prisión permanente revisable, y de medidas de seguridad de internamiento que pueden ser prorrogadas con carácter indefinido. Visto el Proyecto desde esta perspectiva, se presenta como la manifestación de un programa político-criminal estructurado sobre la base de la peligrosidad (y no de la culpabilidad, como hasta ahora), para arrojar fuera del sistema social (por una u otra vía sancionadora) a quienes acrediten una probabilidad de comisión de futuros delitos, cuya determinación es siempre incierta, con lesión evidente de varios principios nucleares del Derecho penal democrático como los de culpabilidad, legalidad o resocialización, reconocidos por nuestra Constitución.

2.

Principio de culpabilidad y Derecho penal de la peligrosidad. Luces y sombras.

Hoy día es un lugar común considerar que el principio de culpabilidad plasma en el sistema penal el “rostro humano” que perdió con los totalitarismos de la primera mitad del siglo XX, concediendo a la dignidad humana, a la responsabilidad por el hecho, al valor de la justicia, etc., el lugar les corresponde en un Derecho penal democrático. Pero más allá de esta visión convencional (por generalizada y convenida), el principio de culpabilidad se ha formulado de tal manera que no sirve como dique de contención a los embates del moderno Derecho penal de la peligrosidad.

En efecto, la configuración de dicho principio asumida por la doctrina mayoritaria ha servido, ciertamente, para evitar que la *pena* se imponga como sanción por la mera responsabilidad objetiva, por el hecho ajeno o por la conducción de vida más que por el hecho en sí mismo valorado. Sin embargo, esa misma doctrina deja expedito el campo de las medidas de seguridad para que broten en él todas las patologías autoritarias que no tienen cabida en el campo de la pena y su imposición.

De acuerdo con la doctrina clásica, el fundamento de la *pena* reside en la retribución debida por el autor de un hecho antijurídico y culpable a la sociedad en que vive. Dicha retribución debe ser proporcional a la gravedad del *hecho* cometido, con independencia de cuál sea la peligrosidad del autor. El §41 StGB enuncia expresamente esta idea al afirmar: “La culpabilidad del sujeto es la base de la medición de la pena”. Sobre esas bases, dice ROXIN: “Para comprender el moderno Derecho penal, es decisiva la diferencia entre pena y medida de seguridad: toda *pena* presupone la *culpabilidad* del sujeto cuando cometió un hecho en el pasado y en cambio toda *medida de seguridad* presupone una *continuada peligrosidad* del sujeto para el futuro... Por tanto, es cierto que la culpabilidad no es condición de una medida, pero tampoco la impide. Más bien sucede que la culpabilidad como presupuesto de la pena y la peligrosidad como presupuesto de la medida se encuentran entre sí en relación de dos círculos secantes”¹. Y una vez separadas ambas vías, se comprende mejor la función de la “segunda”:

¹ ROXIN, *Derecho penal. Parte General. Tomo I*, trad. Luzón Peña/Díaz y García Conlledo/De Vicente Remesal, 2ª reimpresión, Madrid, 2003, p. 42. En la doctrina española, resume las diferencias entre pena y medida ROMEO CASABONA, (1986, p. 80 s.), p. 80 s. Sobre antiguos fundamentos de la medida de seguridad de clara inclinación hacia el Derecho penal de autor, GÓMEZ MARTÍN (2007, p. 244 ss.).

“las medidas son necesarias justamente allí *donde la pena no puede llegar, al verse limitada por el principio de culpabilidad*. Las medidas – afirma – tienen, a diferencia de las penas, un único y exclusivo fin de prevención especial. Deben actuar tan sólo sobre la persona individual, en evitación de que cometa nuevos delitos. El hecho de que las medidas, a diferencia de las penas, puedan imponerse sin que concurra culpabilidad en el sujeto y en su caso *por encima de la medida de su culpabilidad*, requiere una justificación particular. La legitimación de esta intervención del Estado se fundamenta a través de una ponderación de bienes y de intereses de modo similar a como se opera en el *estado de necesidad* justificante. Cuando la seguridad de la comunidad lo exige de modo ineludible, el particular debe asumir el que se le impongan las medidas que, con independencia de su culpabilidad, resulten necesarias. De ello se deriva también, sin embargo, el que no resulte legítimo imponer medidas de seguridad más allá de lo estrictamente necesario.”². Esta tesis, sostenida en origen por NOWAKOWSKI y STRATENWERTH, ha recibido amplia aceptación por parte de la doctrina³. Como enseña TERRADILLOS BASOCO, este tipo de argumentos que legitiman la existencia de medidas de seguridad al margen de las limitaciones propias del Estado democrático de Derecho han acompañado su existencia desde el inicio, abriendo una “segunda vía” que, en realidad, ha servido principalmente para justificar intervenciones restrictivas de derechos que serían injustificables conforme a los postulados de la “primera vía”. He aquí el “fraude de etiquetas” al que se refiriera KOHLRAUSCH⁴. Los infames – en el sentido de Foucault –, los locos, a veces también mendigos, homosexuales o prostitutas, en definitiva los parias de cada momento, vienen sufriendo ese mismo Derecho penal desde que las medidas de seguridad se impusieron como la “segunda vía” del Derecho penal, un eufemismo que sirve para esconder detrás de una fachada impoluta (Derecho penal de la culpabilidad) una trastienda vergonzante (Derecho penal de la seguridad⁵). Y no es el único ejemplo⁶. En la contienda entre seguridad y garantías, este sector de las medidas de seguridad sólo ha logrado consolidar dos de ellas: la previa comisión de un delito y que su imposición esté basada en la *peligrosidad criminal* del sujeto y no en su *peligrosidad social*⁶. Al margen de esas garantías, como puede colegirse de la expresada opinión de ROXIN, el campo de las medidas de seguridad parece abierto a aceptar los instrumentos punitivos más lesivos que quepa imaginar bajo la justificación ambigua de su *necesidad* para lograr los fines preventivos.

En los últimos años, al calor del moderno (¿?) *Derecho penal de la seguridad*, lógicamente se ha afianzado el polo de la peligrosidad en detrimento del polo de las garantías inherentes al principio de culpabilidad. En efecto, el amplio debate abierto en torno a este “nuevo” Derecho penal ha puesto de relieve la apertura de una brecha en esas garantías bajo la coartada de combatir al “enemigo” con todas las armas, también las que hasta hace poco se consideraban

² ROXIN, en ROXIN/ARTZT/TIEDEMANN, *Introducción al Derecho penal y al Derecho penal procesal*, trad. Arroyo Zapatero/Gómez Colomer, Madrid, 1989, p. 67 s. Subrayado mío.

³ SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, Valladolid, 2003, p. 134. De hecho, el propio SANZ MORÁN se adhiere a ella, abogando por “dualismo flexible”, caracterizado por la aceptación del sistema vicarial. La Sentencia del Tribunal Supremo alemán de 5 de febrero de 2004, que admitió la constitucionalidad de la custodia de seguridad (a perpetuidad y con carácter retroactivo), se movía también en ese territorio argumental: “la dignidad humana no se viola, incluido el internamiento de larga duración, si este último es necesario por la peligrosidad subsistente del detenido” (...) “la privación de libertad de una persona en detención de seguridad no es una pena por una violación pasada de derecho, sino una medida destinada a prevenir infracciones futuras [que] es posible predecir después del examen que se producirán, por regla general, con seguridad” (...) “no es la falta, sino la peligrosidad que el delincuente manifiesta, lo que es determinante para concretar las modalidades y duración de la medida de seguridad” (...) “El Estado tiene la misión de proteger los derechos fundamentales de víctimas potenciales contra atentados de delincuentes potenciales. Esta obligación es más intensa cuanto el peligro deviene más concreto e individualizado sobre ámbitos elementales de la vida”.

⁴ Cfr. TERRADILLOS BASOCO, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Madrid, 1981, p. 135.

⁵ Vid. BARBERO SANTOS, *Peligrosidad y Derecho represivo*, Barcelona 1980, p. 33.

⁶ Cfr. TERRADILLOS BASOCO, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, *passim*.

⁷ En la España liberal, el “enemigo” era todo aquel que trastornara mínimamente el orden social, entendido como orden político imperante. La declaración del “estado de guerra”, a voluntad de los Capitanes Generales que dirigían territorialmente el ejército, se caracterizó por la pura arbitrariedad; bajo su régimen, cualquier conducta podía considerarse delictiva en virtud de la fuerza normativa (de ley) de los bandos de esos Capitanes Generales. Por aquel entonces (todo el siglo XIX y el primer tercio del XX) el Derecho penal del enemigo venía definido en España por la arbitraria expansión de la jurisdicción militar. (GARCÍA RIVAS, *La rebelión militar en Derecho penal*, 1989). Ese es precisamente el modelo sobre el cual erige CARL SCHMITT la dialéctica “amigo-enemigo” en su obra *La dictadura*, que es el origen teórico del “Derecho penal del enemigo”. A ese modelo respondió, con precisión sádica, la legislación franquista posterior a la Guerra Civil, como atestigua en la obra antes citada (PORTILLA CONTRERAS, 2010). Vid. sobre el Derecho penal del enemigo, desde un punto de vista crítico, esencialmente ZAFFARONI, 2004, 2006; DEMETRIO CRESPO, 2007.

⁸ Vid. TERRADILLOS BASOCO, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Madrid, 1981, p. 134. BARBERO SANTOS, *Peligrosidad social y derecho represivo*, Barcelona, 1980, p. 15 ss. ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, cit., p. 44 ss.; GARCÍA ARÁN, *op. cit.*, p. 130 s.

generalmente ilegítimas⁹. En esa línea se inscriben la libertad vigilada española y la custodia de seguridad alemana. Pues bien, no hace falta buscar en ese “nuevo” Derecho penal para encontrar ejemplos de una conculcación flagrante y sistemática de las garantías (quiero decir, fundamentada y justificada con cierto rigor).

Como paladín del “Derecho penal de la seguridad” y, en consecuencia, de todo el armazón teórico que justifica el “Derecho penal de la peligrosidad”, de cuya raíz se nutre esta modalidad de medidas de seguridad complementarias a la pena, conviene prestar especial atención a la controvertida justificación que ofrece Günther JAKOBS, cuya opinión no está expresada como mero planteamiento teórico sino teniendo muy en cuenta la regulación de la custodia de seguridad alemana, que ha permitido privar de libertad de por vida a un ciudadano en virtud de su peligrosidad, incluso con carácter retroactivo, hasta su derogación por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de mayo de 2011. Pues bien, en *Coacción y personalidad: reflexiones sobre una teoría de las medidas de seguridad complementarias a la pena (2008)*¹⁰, sostiene que “la persona es portadora de derechos y deberes; si incumple determinados deberes de manera obstinada, en esa medida ya no puede ser tratada como persona, esto es, no desempeña el papel “persona” de tal manera que en la realidad tenga sentido contar con ello.” (p. 11). El sentido “contractual” de esta fundamentación¹¹ se ve reforzado al decir que la libertad tiene como contrapartida (“sinalagma”) la obligación de responder por su uso, de *asegurar cognitivamente* el valor que sustenta la norma. “Cuando falta esta seguridad cognitiva – prosigue –, no se puede esperar al próximo uso incorrecto de la libertad, sino que hay que procurar ya antes una mejora de la situación de seguridad. Si las personas aspiran a la libertad, no solamente han de aceptar que, en su caso, deben responder de su comportamiento, sino que más bien tienen que comportarse de tal manera que muestren en conjunto una línea de vida que permita concluir que serán fieles al Derecho. Con otras palabras, quien quiere “participar” como persona en Derecho, como ciudadano, tiene una prestación debida que ha de cumplir permanentemente: tiene que generar fiabilidad cognitiva. Si esta obligación no se cumple de modo imputable y de una manera cualificada, en cuyos detalles no hay que entrar aquí, la sociedad civil tiene que conseguir coactivamente la fiabilidad cognitiva, precisamente mediante medidas de seguridad complementarias a la pena que excluyen de determinadas actividades sociales”. Resulta cuando menos sintomático que al fundamentar una medida capaz de privar de libertad para siempre a una persona que ya cumplió su pena de prisión, se aluda a la libertad como si se tratara de una moneda que trueca, en el mundo del aseguramiento cognitivo, con supuestos deberes del ciudadano, sin contrastar ese trueque con las normas de la Constitución alemana, que sólo contempla deberes ciudadanos relativos al servicio militar (art. 12a) y, por el contrario, establece innumerables deberes dirigidos hacia los poderes públicos, entre ellos y principalmente, en su art. 1º, el de respetar y proteger la dignidad humana. Por consiguiente, cada cual es libre para construir justificaciones “personales” de medidas que pueden anular de por vida la libertad de una persona, pero el jurista debería contrastar ese constructo con las normas de la Constitución democrática vigente, y si no lo hace se situará – en el sentido científico de la expresión – tan fuera de la ley como el propio transgresor de las normas¹².

En nuestra doctrina se acumulan también opiniones favorables a disponer de “algo más que la pena” para neutralizar la peligrosidad de los delincuentes peligrosos. CEREZO MIR se ha quejado reiteradamente de que “uno de los mayores defectos de nuestro nuevo Código penal, desde el punto de vista político-criminal, consiste precisamente en no haber previsto medidas

⁹ Vid. un amplio análisis del mismo en LANDROVE DÍAZ, *El nuevo Derecho penal*, Valencia, 2009. Asimismo en PORTILLA CONTRERAS, *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Valencia, 2007.

¹⁰ Críticamente, DEMETRIO CRESPO, 2007, p. 187 ss. Asimismo, CANCIO MELIÁ, 2003, p. 133 sobre la condición de persona, críticamente respecto a la postura de JAKOBS. Asimismo, GÓMEZ MARTÍN, p. 263 ss.

¹¹ Vid. sobre el “contractualismo” de JAKOBS, PÉREZ DEL VALLE, p. 597 ss. En especial p. 608, donde afirma que “El Derecho penal del enemigo es, en realidad, una reacción propia del estado de naturaleza de Hobbes (...) Los enemigos no son tanto infractores del derecho – esto es, responsables de la defraudación de normas sociales – como individuos que configuran su existencia al margen del derecho y, por eso, infractores del derecho natural. Las reacciones de la comunidad política frente a sus enemigos no persiguen el restablecimiento de la identidad social a través de la confianza en las normas del derecho, sino que constituyen una búsqueda de la seguridad cognitiva de las personas que forman parte de la sociedad.”.

¹² Vid. en un sentido parecido, FRISCH, *Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho penal*, en *Indret* 3/2007, trad. Patricia Ziffer, aunque, como refuerzo de las garantías del sujeto responsable peligroso exige, para la adopción de medidas complementarias de la pena, que no sólo se certifique la comisión por su parte de dos o tres delitos, como requiere el §66 StGB, sino que la “conducción de vida” ponga de manifiesto que la supuesta capacidad para cumplir las normas ha quedado en evidencia (Vid. sobre todo, p. 26).

de seguridad para los delincuentes habituales peligrosos de criminalidad grave (internamiento en centros de terapia social, internamiento en un centro de custodia)”¹³. Por su parte, SILVA SÁNCHEZ ha sostenido que debería *redistribuirse el riesgo* generado por esos sujetos y que el mismo no sea sufrido sólo por la sociedad y, a renglón seguido, considera apropiado para esos casos la previsión de medidas de seguridad privativas de libertad que complementen a la pena¹⁴; todo ello basado en un supuesto derecho fundamental a la seguridad¹⁵, y, en el fondo, en una ponderación entre seguridad y libertad inasumible bajo los parámetros del Estado de Derecho, porque, como afirma FEIJOO SÁNCHEZ, cuando el legislador introduce ese tipo de medidas “no hay reparto de costes y cargas entre sociedad e infractor; éste carga con todos los costes y la sociedad intenta no asumir riesgo alguno”¹⁶. La idea básica de que “existe Derecho penal” más allá de los “estrechos límites” del Derecho penal de la culpabilidad, enriquecida por la posibilidad de que en el territorio del Derecho penal de la peligrosidad es posible sumar medidas a penas, ha obtenido el beneplácito de un sector de nuestra doctrina: ZUGALDÍA ESPINAR, GRACIA MARTÍN, GARCÍA ALBERO, SÁNCHEZ LÁZARO, FEIJOO SÁNCHEZ, ROBLES PLANAS, o BALDOVA PASAMAR¹⁷. Planteamientos basados en la lógica posibilidad de detectar esa extraordinaria peligrosidad en los sujetos reacios al tratamiento. Sin embargo, a poco que se analice el grado de fiabilidad de los sistemas de detección de la misma, nos percatamos de que dicha detección dista mucho de estar asegurada con el rigor que exige la imposición de medidas de seguridad capaces de privar o restringir la libertad de una persona, quizá durante mucho tiempo (quizá de por vida en el Proyecto de reforma de 2013).

Nuestro Código Penal contiene una definición “legal” de esa peligrosidad en el art. 95, cuando exige “un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos”. Habrá que saber cómo puede realizarse dicho pronóstico, rechazando de plano el denominado método “intuitivo”, que no es otra cosa que el realizado por el juez sin base científica y fiándolo todo a su “ojo clínico”. En la doctrina especializada se contemplan dos métodos posibles: el psicológico-clínico y el estadístico. Este último, utilizado profusamente en Estados Unidos, se basa en la confección de un elenco de características que acompañan a los criminales reincidentes, de manera que basta con detectar esa suma de indicios para establecer un juicio (estadístico) sobre la probabilidad de reincidencia¹⁸. Sin embargo, dicho método ha sido criticado seriamente porque, al prescindir del análisis individualizado del sujeto, sólo es capaz de “etiquetar” a éste dentro de un grupo de riesgo, pero no puede realizar un pronóstico individual, como es exigible en aras de la protección de la dignidad de la persona¹⁹.

Tampoco se salva de críticas el método psicológico-clínico. Desde la psicopatología clínica se advierte de que la doctrina criminológica es unánime en reconocer que el pronóstico de

¹³ CEREZO MIR, *Reflexiones críticas sobre algunas manifestaciones de la moderna tendencia a incrementar el rigor en la exigencia de responsabilidad criminal*, en *Revista penal*, núm. 22, 2008, p. 17, aunque se había expresado así ya en otros trabajos anteriores.

¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, *El retorno a la inocuización: El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos*, en ARROYO ZAPATERO, L. y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Dir.), Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam, vol. I, eds. Universidad de Castilla-La Mancha y de Salamanca, Salamanca, 2001, p. 710; EL MISMO, *El contexto del anteproyecto de reforma del Código Penal de 2008*, en *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, Cuadernos penales José María Lidón, núm. 6, Bilbao, 2009, p. 25. Esta apelación a la distribución de la carga de riesgo que el delincuente implica entre la sociedad y él mismo aparece en la Exposición de Motivos del Proyecto de reforma del Código Penal de 2013.

¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, *El contexto...*, cit., p. 16.

¹⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho penal*, Buenos Aires, 2007, p. 760.

¹⁷ ZUGALDÍA, “Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2009-1, p. 203 ss. Sin embargo, el autor niega la posibilidad de castigar con medidas de seguridad de mayor duración que la pena prevista para el delito cometido en ZUGALDÍA ESPINAR, “Medidas de seguridad”, en ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.)/DOPICO GÓMEZ-ALLER (Coord.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia, 2013, p. 466 s.; GRACIA MARTÍN, “Sobre la legitimidad de las medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho”, en GARCÍA VALDÉS/CIERDA RIEZU/MARTÍNEZ ESCAMILLA/ALCÁZER GUIRAO/MARISCAL DE GANTE (Coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Madrid, 2008, p. 988 s. GARCÍA ALBERO, “La nueva medida de libertad vigilada”, en *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 6/2010. SÁNCHEZ LÁZARO, “Un problema de peligrosidad postdelictual: Reflexiones sobre las posibilidades y límites de la denominada custodia de seguridad”, en *Revista Penal*, núm. 17, 2006, p.157; FEIJOO SÁNCHEZ, “Derecho penal y neurociencias, ¿una relación tormentosa?”, en *Indret*, 2/2011, p. 12. ROBLES PLANAS: “Sexual Predators”. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad, en *Indret* 4/2007, p. 14 ss.; BALDOVA PASAMAR, “Consideraciones político criminales sobre la introducción de la pena de libertad vigilada”, en *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, Cuadernos penales José María Lidón, núm. 6, Bilbao, 2009, p. 47; Ulteriores referencias sobre esta opinión en la doctrina española, en ALONSO RIMO, “Medidas de seguridad y proporcionalidad con el hecho cometido (a propósito de la peligrosa expansión del Derecho penal de la peligrosidad)”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, XXIX, 2009, p. 109 s.

¹⁸ Vid. SANZ MORÁN, *op. cit.*, p. 96 ss.

¹⁹ ANDRÉS PUEYO, “Evaluación del riesgo de violencia”, 2007.

la peligrosidad es – con frecuencia – sumamente arbitrario, puesto que no se estructura en datos objetivos de orden científico²⁰. Tal y como afirmara hace años ROMEO CASABONA, la fiabilidad de los métodos utilizados para la averiguación y comprobación de los síntomas de peligrosidad no permite garantizar – más allá de un determinado grado de probabilidad – que el individuo sometido a examen cometerá realmente algún delito en el futuro²¹. En efecto, como ha denunciado recientemente FRISCH, si el grado de probabilidad que se exige alcanza el 70% (ya de por sí elevado), habrá un 30% de sujetos que sufrirán una restricción de su libertad sin motivo²². Si exigiéramos en la aplicación de las medidas de seguridad las mismas garantías probatorias que en el Derecho penal de la culpabilidad, el principio *in dubio pro reo* obligaría a eximir de ellas a un buen número de sujetos²³. Sin embargo, nos contentamos con la incerteza propia del pronóstico, admitimos una restricción de las libertades que se apoya en un análisis claramente falible o, lo que es peor – aunque sea más realista –: prescindimos por completo del juicio de peligrosidad y aplicamos medidas de seguridad que se apoyan en la mera comisión de un delito. De este modo, las medidas de seguridad son la respuesta del sistema para los *anormales*, mientras que la pena se reserva para los *normales*, una segregación por categorías convencionales pero absolutamente incierta (véase el caso del psicópata) que permite mantener la ficción de un Derecho penal de las medidas de seguridad no injusto porque – al menos – requiere la previa comisión de un delito. De paso, el distinto fundamento que en apariencia sostiene a penas y medidas se diluye: si la peligrosidad en que se basan éstas resulta ser, como mínimo, incierta, entonces la aplicación de unas u otras a partir de la comisión de un delito tiene como fundamento real el delito mismo y la catalogación del autor como sujeto *anormal*. Basta entonces con señalar como tal a cualquiera que cometa delitos violentos para justificar que se le aplique una medida de seguridad. Pero queda en pie la pregunta fundamental: si las medidas de seguridad indeterminadas (ya sean sustitutivas o complementarias de la pena misma) vulneran los derechos fundamentales de la persona, garantizados en la Constitución.

3.

Fundamentación de las medidas de seguridad en la jurisprudencia constitucional.

Nuestro Tribunal Constitucional ha adoptado una postura más o menos ecléctica respecto al carácter de las medidas de seguridad, pues si bien las califica en algunas resoluciones como una propia sanción, no ha dejado por ello de justificar la inexistencia de límites en su duración “porque no son una pena”. Quizá su declaración más elaborada, aunque referida a un sistema como el del antiguo Código Penal, que mantenía la tradicional ausencia de limitación en el internamiento de enajenados, esté contenida en la STC 24/1993, de 21 de enero, donde sostiene:

“Dichas medidas no suponen una reacción frente a la culpabilidad sino frente a la peligrosidad de quien ha cometido la acción considerada delictiva. Su adopción no tiene como finalidad la sanción del hecho realizado, pues se considera que si el enajenado no puede quedar sometido al juicio de culpabilidad tampoco puede experimentar un castigo por las acciones que lleve a cabo, sino principalmente la de prevención de la peligrosidad inherente a la enajenación mental apreciada – sin olvidar su eventual curación –.

Ese fundamento y esa finalidad se deducen y, al mismo tiempo, explican alguna de las notas características que tienen esas medidas de seguridad en nuestro ordenamiento y que constituyen, precisamente, el objeto de la presente cuestión de inconstitucionalidad. Así, la

²⁰ ESBEZ RODRÍGUEZ, “Valoración de la peligrosidad criminal (riesgo-violencia) en psicología forense. Aproximación conceptual e histórica”, en *Psicopatología clínica legal y forense*, vol. 3, núm. 2, 2003. p. 45 ss.

²¹ ROMEO CASABONA, *op. cit.*, p. 32.

²² FRISCH, “Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho penal”, *cit.*, p. 32.

²³ SANZ MORÁN, *op. cit.*, p. 104. En los últimos años, REDONDO ILLESCAS “(Individuos, sociedades y oportunidades en la explicación y prevención del delito: Modelo del Triple Riesgo Delictivo (TRD))”, en *Revista Española de Investigación Criminológica*, 2008, núm. 6.) ha creado un modelo denominado “Triple riesgo delictivo” (TRD): factores personales, factores sociales, oportunidades delictivas, respecto al que su creador reconoce que “al igual que otras propuestas metodológicas científicas, el modelo TRD se mueve en un plano probabilístico: propone un sistema para estimar la motivación y el riesgo delictivo de un sujeto en un tiempo “t” dado, pero no puede afirmar o negar con certeza plena la comisión futura de un determinado delito.”

relativa indeterminación del tipo de medida que debe adoptarse en cada caso o la relativa indeterminación de su duración responden al hecho de que ambos se establecen en función de un dato aleatorio como es la evolución de la enfermedad y peligrosidad social del enajenado, y no de un dato cierto y previamente conocido como pueda ser la duración de la pena que le hubiera correspondido de haber configurado las medidas de seguridad como respuesta a la culpabilidad del sujeto responsable de la acción delictiva. Ciertamente esas premisas pueden tener distintas concreciones y lo que se trata de dilucidar aquí es si las contenidas en el art. 8 del Código Penal resultan acordes con los arts. 14, 17, 24 y 25 de la Constitución.

(...) Resulta sin duda justificado y razonable tratar penalmente de forma distinta a los cuerdos y a los enajenados mentales y no parece desproporcionado conectar las medidas de seguridad relativas a los últimos, no con el tipo de delito cometido, sino con su peligrosidad social y con la evolución de su enfermedad y, en consecuencia, no puede tacharse de desproporcionado que el tipo concreto de medidas de seguridad a aplicar en cada caso y su duración se vinculen a esa evolución y, por tanto, que ambas sean más indeterminadas que las penas correspondientes a los penalmente responsables y que ni el tipo de medidas ni su duración dependa del tipo de pena y duración que le hubiera correspondido de no serle de aplicación la eximente de la enajenación mental”.

También en la STC 124/2010, 29 noviembre, referida al Código Penal vigente, puede leerse:

“la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo no agravó la situación penal del demandante al excluir la pena privativa de libertad que le fue impuesta como reacción a la culpabilidad apreciada en el pronunciamiento condenatorio de instancia. Así la medida de internamiento finalmente establecida como de seguridad y no como pena, fue una consecuencia jurídica del pronunciamiento absolutorio del delito dictado con fundamento en la prevención de la peligrosidad del demandante y no como sanción por el hecho realizado.”

Ahora bien, tampoco olvida el Tribunal que la desconexión entre la gravedad del hecho cometido y la duración posible de la medida de seguridad no impide considerar ésta como una propia sanción punitiva. Así se desprende de su Sentencia 159/85, de 27 de noviembre, que derogó de hecho la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social por vulnerar el principio “ne bis in idem”, donde el “bis” iba referido a la confluencia de penas y medidas de seguridad sobre un mismo hecho (“idem”), de manera que no se aceptó la *duplicidad sancionadora*, justamente porque la medida de seguridad tiene esa naturaleza. Tampoco se alejan de esa consideración las “medidas” aplicables a menores de edad, sobre cuya compatibilidad constitucional se ha pronunciado el Alto Tribunal en sendas resoluciones referidas a la vieja Ley de Tribunales Tutelares de Menores (STC 36/1991, de 14 de febrero) y a la LO 7/2000STC 160/2012, de 20 de septiembre). En ambos casos, el Tribunal Constitucional huye de la catalogación formal de las *medidas* previstas en esas Leyes y aplica a ese sector del Derecho punitivo las garantías que le son propias, principalmente las establecidas en el art. 25.1 CE. Así, la primera de las resoluciones citadas afirma: “ni la calificación de las medidas como medidas de corrección y no penas, ni el mayor peso que respecto de ellas cabe atribuir a la finalidad de readaptación social, tampoco ausente de la pena en sentido estricto (art. 25.2 C.E.) permiten entender que el legislador resulte liberado en este caso del obligado respeto al principio de tipicidad”. Por lo que se refiere a la segunda, el Tribunal Constitucional caracteriza esas “medidas” con los mismos argumentos legitimadores que los asignados de ordinario a la pena: “las mismas se legitiman también por sus posibles efectos de conminación a los menores infractores y de reafirmación de la vigencia de las normas penales en la ciudadanía.” Es decir, prevención general negativa y positiva, respectivamente.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia del TEDH, la fundamental Sentencia de 17 de diciembre de 2009 (Asunto W. v. Alemania), referida a la custodia de seguridad implantada desde hacía decenios en ese país, declara su incompatibilidad con el art. 7.1 CEDH pues incurre en un fraude de etiquetas al catalogar una sanción privativa de libertad como una “medida” cuando en realidad se imponía como efecto de una “condena penal” por la comisión de un hecho delictivo, lo que le confiere el carácter de “pena” a los efectos de aplicación del

citado Convenio. Este desvelo de la medida de seguridad, bajo cuya apariencia se esconde una auténtica sanción punitiva, puede trasladarse sin dificultad a la configuración del sistema de doble vía asimismo punitiva de nuestro Código Penal.

4.

Consideraciones sobre el actual modelo dualista/vicarial.

Conforme a los criterios tradicionales, un sistema penal es de “doble vía” cuando contempla simultáneamente la aplicación de penas y medidas de seguridad; se califica como “vicarial” cuando la medida de seguridad *sustituye* a la pena si el sujeto no es inimputable, de manera que el cumplimiento de la medida de seguridad es contabilizado “como si” estuviera cumpliendo la pena a la que fue condenado. QUINTERO OLIVARES²⁴ ha advertido recientemente que ese esquema explicativo antiguo está siendo sustituido por otro cuyo perfil no está completamente definido, pero que en cualquier caso difumina la separación entre pena y medida no tanto en lo que se refiere a la distinta función que cumple cada una (aunque también) sino por la posibilidad existente en muchos países de Europa (incluida España desde la reforma de 2010) de que la medida de seguridad no sustituya siempre a la pena sino que la complementa. Los conceptos de dualismo y monismo resultan así claramente tergiversados, como lo demuestra – sin ir más lejos – la Exposición de Motivos del Proyecto de reforma del Código Penal de 2013, en el que se califica como “dualista” el nuevo sistema penal diseñado, que prevé la generalización de esa yuxtaposición entre pena y medida, así como la “liberación” de ésta de su papel “vicarial” respecto a la pena. Si ello puede calificarse como “dualista”, lo será en un sentido distinto al que tiene en el Código Penal vigente.

En éste, al margen de los dos supuestos de medida complementaria a la pena, introducidos en la reforma de 2010 (delitos contra la libertad sexual y terrorismo), el legislador concibe las medidas de seguridad como una “segunda vía” preparada para sancionar penalmente a quienes acreditan un déficit de culpabilidad pleno o semipleno. Así lo confirma el tenor del art. 6 CP, según el cual “1. Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito. 2. Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor”. A partir de este enunciado, parece claro que el inimputable no podrá sufrir una sanción mayor de la que le correspondería por la comisión del hecho si hubiera sido declarado imputable, pero no está claro (o sí, por desgracia) si el parcialmente inimputable (supuesto mucho más numeroso) no va a sufrir una privación de derechos fundamentales (y en eso consiste la pena) mayor que si hubiera sido declarado imputable. En efecto, el sistema vicarial correctamente entendido exige que el Tribunal determine la pena a imponer (pena concreta) y que opte por el cumplimiento de una medida de seguridad “sustitutiva” para favorecer la cura o la reinserción del sujeto, medida que no podrá superar en tiempo, lógicamente, a la pena concretamente impuesta. Pero no ocurre así. Tal y como ha ratificado el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2009, “La duración máxima de la medida de internamiento se determinará en relación a la pena señalada en abstracto para el delito de que se trate”, interpretación que por lo demás no hace sino seguir al pie de la letra el tenor del art. 6.2 CP, que establece ese mismo límite como cláusula general, aunque luego, en el Capítulo correspondiente a las medidas de seguridad, esa opción interpretativa se vuelve confusa ya que si bien parece confirmada por el tenor del art. 104 CP (“la medida de internamiento sólo será aplicable cuando la pena impuesta sea privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la de la pena prevista por el Código para el delito”), no ocurre lo mismo por lo que se refiere al art. 101 CP (“El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo”), que parece ajustarse más a esa concepción de la medida de seguridad como “sustitutivo” de la pena.

Resulta muy significativa, a este respecto, la STC 124/2010, de 29 de noviembre, que no anuló la STS 63/2006, de 31 de enero, resolutive de un recurso de casación presentado por

²⁴ QUINTERO OLIVARES, “Monismo y dualismo. Culpables y peligrosos”, DEMETRIO CRESPO/MAROTO CALATAYUD, *Neurociencias y Derecho penal*, Madrid, 2013, p. 651 ss.

el condenado a internamiento por un máximo de 7 años en centro psiquiátrico penitenciario en virtud del art. 21.1º CP, pese a que en dicha Sentencia el Tribunal Supremo dio la razón al recurrente y le absolvió por aplicación de la eximente completa de alteración psíquica, con la paradójica consecuencia de que el tiempo máximo de internamiento se incrementó en ¡13 años!. Según el Tribunal Constitucional no existe en este caso “reformatio in peius” porque “el Tribunal Supremo no agravó la situación penal del demandante al excluir la pena privativa de libertad que le fue impuesta como reacción a la culpabilidad apreciada en el pronunciamiento condenatorio de instancia. La medida de internamiento finalmente establecida como de seguridad, y no como pena, fue una consecuencia jurídica del pronunciamiento absolutorio del delito dictado con fundamento en la prevención de la peligrosidad del demandante y no como sanción por el hecho realizado”. Pero no hace falta ser muy diestro en aritmética penal para darse cuenta de que si el condenado no hubiera presentado (y “ganado”) el recurso, habría estado internado por un tiempo máximo de siete años, mientras que después de “ganar” el recurso podría estar veinte años. Si eso no constituye una “reformatio in peius”...

Así pues, el sistema vicarial vigente presenta graves defectos, pero al menos mantiene un límite temporal a las medidas de internamiento que necesariamente ha de coincidir con la pena prevista para el delito cometido. El Proyecto de reforma de 2013 hace saltar por los aires ese límite, dejando al inimputable en una situación de inseguridad absoluta sobre la duración del internamiento que, ya adelanto, puede llegar a ser indefinido.

5.

Reforma del sistema de medidas de seguridad en el Proyecto de 2013: una vuelta de tuerca autoritaria.

El Proyecto de 2013 modifica sustancialmente el sistema de medidas de seguridad previsto en la legislación vigente y lo transforma hasta tal punto que, si llegara a aprobarse finalmente, resultaría afectado no sólo dicho sistema sino las paredes maestras del sistema penal en su conjunto. Como se acaba de explicar, la legislación actual, con las objeciones señaladas, establece al menos una limitación al afán expansivo del Derecho penal de la seguridad/peligrosidad, sometién dose, con todos sus defectos, al principio de proporcionalidad. Todo lo contrario ocurre con el sistema ideado por el Gobierno para regular en un futuro las consecuencias jurídicas aplicables a quienes sean considerados parcial o totalmente inimputables y, también, para quienes siendo totalmente responsables de sus actos acrediten una peligrosidad que les haga acreedores de la imposición, junto a la pena, de una medida de seguridad de libertad vigilada, asociada en este Proyecto a 17 figuras delictivas, algunas de un relieve tan bajo como el hurto o la apropiación indebida. Nada que ver, por tanto, con la regulación actual, que la reserva para delitos de terrorismo o contra la libertad sexual.

El Proyecto introduce una nueva redacción del art. 6.2 CP para anunciar que “*las medidas de seguridad no podrán exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad criminal del autor*”. Enunciado completamente distinto al actual: “*Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor*”. El anuncio que realiza el prelegislador en el Título Preliminar se proyecta después sobre el Título IV del Libro I, cuyo art. 95 establece un nuevo criterio para la imposición de las medidas de seguridad, a saber: que su imposición “*resulte necesaria para compensar, al menos parcialmente, la peligrosidad del sujeto*”, estableciendo a continuación una regla de proporcionalidad que define muy bien la intención del Gobierno: “*2. La medida de seguridad que se imponga deberá ser proporcionada a la gravedad del delito cometido y de aquéllos que se prevea que pudiera llegar a cometer, así como a la peligrosidad del sujeto*”.

No se trata, por tanto, de “castigar” el hecho ya cometido, sino de prevenir hechos futuros, cuya comisión es previsible a partir de un juicio sobre la peligrosidad del sujeto. La gravedad de aquél no se mantiene como único criterio de proporcionalidad, incluso podría decirse que ni siquiera constituye el fundamento de la medida, habida cuenta de la expresión que utiliza el prelegislador en el art. 95.1 c) CP, referida a *compensar* no el hecho delictivo realizado sino la pura *peligrosidad* detectada en el autor de éste. Así lo explica la Exposición de Motivos, al decir que “en estos supuestos de *peligrosidad elevada del delincuente*, puesta de manifiesto en

la comisión de *delitos de suficiente gravedad*, en los que la pena ajustada a la culpabilidad por el hecho *no es suficiente para compensar la peligrosidad del autor*, no resulta razonable hacer recaer todos los costes de esa peligrosidad sobre la sociedad; al contrario, parte de esos costes deben ser trasladados al propio penado, al que se impone, en consecuencia, una medida de seguridad”. Como señalé más arriba, esta reaccionaria doctrina, que no aporta realmente una gran novedad, pues bien vista no es otra cosa que la resurrección de las viejas teorías de la Escuela Positiva italiana, cuyos actuales seguidores en España han influido decisivamente en la redacción de este no menos reaccionario Proyecto. Porque cabría preguntarse ¿Qué significa “distribuir cargas”? ¿A quién se le ocurrió esta pueril justificación para golpear el eje de rotación del Derecho penal constitucional hacia un Derecho penal autoritario, filofascista²⁵? Las “cargas”, en un sistema penal democrático, se denominan “sanciones” y éstas se adoptan por la comisión de hechos delictivos, no para erradicar una peligrosidad futura rompiendo no sólo con el principio de proporcionalidad sino también con el de legalidad penal. Como señalé más arriba, no hay “reparto” de ninguna “carga” sino la simple y tozuda vuelta de tuerca autoritaria contra los parias del sistema, que soportan (ellos sí) toda la carga del aparato punitivo. Como justificación, esa idea resulta tan endeble como la pueril excusa del matón de barrio: “tú te lo has ganado”. Ello nos sitúa en un paradigma *hobbesiano* que es manifiestamente contrario a los valores y principios de la Constitución vigente.

Naturalmente, las medidas más represivas consisten en la privación de libertad del sujeto tras apreciarse una merma de su imputabilidad en el momento de comisión del hecho. A ellas dedica el Proyecto distintos artículos en los que establece los pilares del nuevo sistema:

1 El internamiento se puede decretar por la comisión de cualquier delito (una vez reconvertidas las faltas en delitos leves), sin que se exija, como ahora, que el mismo esté castigado con pena de prisión. (arts. 98.1 y 99.1)²⁶

2 Para decretar el internamiento se exige la aplicación de las eximentes 1ª, 2ª o 3ª del art. 20, o bien el art. 21-1º en relación con ellas. (arts. 98.1 y 99.1)

3 Para decretar el internamiento se exige un pronóstico de peligrosidad respecto a la comisión de futuros delitos “de gravedad relevante”, concepto que el propio pre-legislador aclara a continuación identificándolo con aquellos que estén castigados con pena igual o superior a tres años de prisión. (arts. 98.1 y art. 99.1)

4 El internamiento “se ejecutará” en régimen cerrado “cuando exista un peligro relevante de quebrantamiento de la medida o de comisión de nuevos delitos”, siendo esta segunda alternativa, precisamente, el requisito para imponer la medida de internamiento, lo cual hace pensar que cualquier internamiento deberá realizarse en régimen cerrado. (arts. 98.2 y 99.2)

5 Cuando el internamiento se derive de la aplicación de las eximentes 1ª y 3ª (o de las correspondientes eximentes incompletas del art. 21-1º), el internamiento tendrá una duración máxima de cinco años, prorrogables indefinidamente si persiste el pronóstico de peligrosidad

²⁵ Así se calificó el CP de 1928, cuyo art. 71 decía: “*El estado especial de predisposición de una persona, del cual resulte la probabilidad de delinquir, constituye peligro social criminal. En las sentencias condenatorias podrán los tribunales hacer declaración de peligro social criminal cuando resulte de la especial predisposición del delincuente probabilidad de volver a delinquir, dictando en tal caso las medidas de seguridad procedentes*” (Vid. BARBERO SANTOS, *Política y Derecho penal en España*, Madrid, 1977, p. 57)

²⁶ En el Informe al Anteproyecto del CGPJ (p. 122) puede leerse: “nada impide con la regulación que hace el Anteproyecto, que el ingreso en un centro psiquiátrico lo sea por hechos leves y por hechos sancionados, por ejemplo, con pena de multa; posibilidad que, en principio, se presenta como preocupante por su, a priori, desproporcionalidad.” Nada dice a este respecto el Informe del Consejo Fiscal (p. 93). Tampoco se pronuncia sobre este importante tema el Dictamen del Consejo de Estado (Consideración Undécima, apdo. c)-1).

criminal²⁷.

6 Cuando la afectación de la imputabilidad se derive de la grave adicción a sustancias, el régimen del internamiento es distinto:

a) Si se aplicó la atenuante 2ª del art. 21, el sujeto podrá ser obligado a recibir tratamiento. Si se aplicó una eximente (especialmente la 2ª del art. 20 o su correspondiente eximente incompleta del art. 21.1º), será necesario el consentimiento del sujeto. (art. 100.1)

b) Cuando la adicción sea de tal entidad que se exima de pena al sujeto, el máximo de cumplimiento de la medida será de 5 años. Si se mantiene cierta responsabilidad penal, con la consiguiente aplicación de las atenuantes 1ª o 2ª del art. 21, el límite de duración de la medida es el de la pena concreta a la que se condena al sujeto, con independencia de ese límite de 5 años, que no rige en este caso. (art. 100.3)

Así pues, el “reparto de cargas” al que se refiere el Gobierno en la Exposición de Motivos se sustancia en la posibilidad de encerrar de por vida al sujeto peligroso tras la comisión de cualquier hecho delictivo, por nimio que sea, pero no *por* haber cometido dicho delito sino por su perfil indeseable. Bastará con un pronóstico de peligrosidad criminal para que, tras sucesivas prórrogas, dicha persona quede encerrada a perpetuidad. Sugerir que este sistema se mantiene dentro de los confines del Derecho penal de hecho al que obliga el principio de culpabilidad resulta pura y simplemente ofensivo para la inteligencia. El hecho delictivo es, bajo estas condiciones, un simple *antecedente* de la imposición de la medida, pero desde luego no su *fundamento*, que radica más bien en la *peligrosidad futura* del sujeto. Por eso puede decirse, sin ambages, que se trata de un modelo contrario al principio de culpabilidad y que se alinea bajo los parámetros más reaccionarios del Derecho penal de la peligrosidad²⁸.

Llama la atención, por ello, el “despiste” del Gobierno al decir en la Exposición de Motivos que “no se incorporan modificaciones relevantes en la regulación de las medidas de internamiento en centro psiquiátrico y centro de educación especial”. No sólo las hay sino que son de tal calado que rompen las reglas del juego democrático constitucional²⁹.

Algo parecido sucede con la configuración del sistema vicarial, respecto al cual afirma la Exposición de Motivos que “no existen cambios relevantes con la regulación anterior”. Sin embargo, cuando nos introducimos en el articulado observamos que sí aparecen modificaciones “relevantes” respecto al sistema vigente. En primer lugar, es propio de un sistema vicarial correctamente entendido que la medida de seguridad sirva para cumplir la totalidad de la

²⁷ SANZ MORÁN, “Medidas de seguridad”, en ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.)/DOPICO GÓMEZ-ALLER (Coord.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia, 2013, p. 453 ss. propone una regulación alternativa, con topes de cumplimiento de la medida de seguridad de internamiento, que supone un modelo intermedio entre el vigente y el que aparece en el Proyecto: “De acuerdo con el nuevo modo de determinar la proporcionalidad de la medida, su límite no vendrá dado por el de la pena correspondiente al delito cometido, sino por la naturaleza misma de la medida. Así, se entiende que un internamiento psiquiátrico no deberá rebasar, con carácter general, los diez años, con las oportunas prórrogas anuales por un máximo de cinco años más. El tratamiento deshabitador en régimen cerrado tiene un horizonte temporal de posible éxito de unos dos años, dejando uno más de margen para culminarlo y el internamiento en centro educativo especial no debería prolongarse más de cinco o, en caso extremo, siete años. Obviamente, la imposición de la medida, de cualquier naturaleza que ella sea, supone la concurrencia de los presupuestos del art. 95 CP y, en lo que se refiere a la constatación de la peligrosidad criminal, aclara la regulación propuesta que no cabe hacerlo con la sola apelación a los dictámenes que han determinado la exclusión de responsabilidad penal por inimputabilidad.” Por su parte, ZUGALDÍA ESPINAR, “Medidas de seguridad”, en ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.)/DOPICO GÓMEZ-ALLER (Coord.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia, 2013, p. 466 considera que debe mantenerse el nexo de proporcionalidad del Código vigente, de manera que la medida de seguridad nunca supere, en tiempo de cumplimiento, el de la pena prevista para el delito cometido.

²⁸ ETXEBARRIA ZARRABEITIA, “Medidas de seguridad y su ejecución”, en ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.)/DOPICO GÓMEZ-ALLER (Coord.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, cit., p. 441 opina que “La eliminación del principio de proporcionalidad en las medidas de seguridad nos sitúa en el terreno de las medidas “adictuales”, en las que el delito cometido ya no es la expresión de la peligrosidad sino una “excusa” para inocular a una persona aunque la peligrosidad objetivamente manifestada en un hecho sea mínima, en una clara expresión de derecho penal de autor en el que el hecho es la mera excusa para intervenir sobre la persona”.

²⁹ En el Informe del Consejo General del Poder Judicial (p. 109) puede leerse: El Anteproyecto lleva a cabo una total reforma de las medidas de seguridad, implantando de manera decidida los postulados del llamado Derecho penal de la peligrosidad, en la línea iniciada por la LO 5/2010, de reforma del Código Penal. Desde los axiomas de este derecho de la peligrosidad, la seguridad se convierte en una categoría prioritaria en la política criminal, trasladando al ámbito del derecho penal la inquietud social ante determinados tipos de delincuentes. También el Dictamen del Consejo de Estado (Consideración Undécima) entiende que “otro de los grandes ejes vertebradores de la reforma legal penal que ahora se dictamina es el que se refiere a la profunda reconsideración que el Anteproyecto acomete en relación con las medidas de seguridad”.

pena. El Proyecto no garantiza ese “mismo valor sancionador” de la medida de seguridad, ya que establece el tope de las 2/3 partes de la pena³⁰ que puede cumplirse con la medida de seguridad, límite a partir del cual se entra en el régimen tortuoso de la suspensión condicional, con los requisitos establecidos en el nuevo art. 90, que incluye criterios para su adopción absolutamente discrepantes con la finalidad de prevención especial que tal alternativa tiene. En efecto, en él aparecen, junto a los criterios acordes con dicha finalidad, como “la personalidad del penado” o “los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución”, otros que nada tienen que ver con la misma y sí con factores ajenos por completo al propio sujeto infractor, como “la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito” o “las circunstancias del delito cometido”, criterios que tiñen de alarma social, retribución y prevención general una decisión en la que estos factores deberían estar ausentes por completo.

Si la medida adoptada es el tratamiento de deshabitación para toxicómanos (art. 100), el régimen se endurece, ya que el Juez o Tribunal puede obligar al reo a cumplir un período de pena (¿período de seguridad?³¹) que, unido al de cumplimiento de la medida, no supere los 2/3 de la pena impuesta, siempre que ésta supere los 5 años de prisión.

Por lo que se refiere a la libertad vigilada, cobra un nuevo impulso con la reforma, ya que aparece como medida complementaria a la pena en 17 delitos de muy distinta significación y gravedad, como el asesinato o el hurto, pasando por las lesiones, la extorsión, los delitos contra la seguridad vial, etc., hasta completar una lista que no parece responder a ningún criterio científico sino más bien al puro capricho del Gobierno³². El papel que se le asigna consiste en satisfacer una supuesta demanda de seguridad pública cuando el autor de un hecho delictivo ha cumplido ya la pena mínima de un año de prisión y – lógicamente – quede constancia de su *peligrosidad*, cifrada en la probable comisión de nuevos delitos. Por ejemplo, un carterista que sea condenado a 1 año y un día de prisión por hurto, dado que es probable que vuelva a cometer otros hurtos, verá su libertad vigilada ampliada en otros tres años como mínimo. ¿No resulta desproporcionado?

Además de ese papel de complemento punitivo, la libertad vigilada podrá aplicarse:

a) Como medida de seguridad potestativa para inimputables: “Cuando el sujeto haya sido absuelto por haber sido apreciada la concurrencia de alguna de las eximentes de los números 1.º, 2.º ó 3.º del artículo 20, o haya sido apreciada la atenuante 1.ª del artículo 21 con relación a alguna de las anteriores, y se cumplan los demás requisitos del artículo 95.1 del mismo.” (art. 104.2-1º)

b) Como medida de seguridad complementaria tras decretarse el cese de una medida de seguridad privativa de libertad (art. 104.2-2º)

c) Como medida obligatoria tras suspenderse la ejecución de una medida de seguridad privativa de libertad (art. 104.3-a)

d) Como medida obligatoria tras el cumplimiento íntegro o el cese de una medida de seguridad privativa de libertad “y resulte necesario para compensar el riesgo de comisión de nuevos delitos.” (art. 104.3-b)

Por lo que se refiere a su régimen de cumplimiento, al margen de las “obligaciones y condiciones” que el texto del Proyecto permite asociar a la misma (art. 104 bis), el art. 104 ter establece, con carácter general, una duración mínima de tres años y máxima de cinco. Dicho término puede ser prorrogado, indefinidamente, por “plazos sucesivos”, “cuando se hubieran

³⁰ En contra de esta limitación y a favor de que la medida de seguridad pueda cumplir *plenamente* la pena impuesta, SANZ MORÁN, “Medidas de seguridad”, cit. p. 460.

³¹ De acuerdo con la exigencia de este período, SANZ MORÁN, “Medidas de seguridad”, cit., p. 460.

³² Homicidio/asesinato (140 bis), lesiones (156 ter), detención ilegal (168 bis), acoso (172 ter), violencia habitual de género (173), trata de personas (177 bis), delitos contra la libertad sexual (192), hurto (236 bis), robo (242 bis), extorsión (243), utilización ilegítima de vehículo de motor (244), apropiación indebida (242 bis), receptación y blanqueo de capitales (304 bis), inmigración clandestina (318 bis), delitos contra la seguridad vial (385 quáter) y terrorismo (580 bis). A favor de reducir *drásticamente* este catálogo, SANZ MORÁN, “Medidas de seguridad”, cit., p. 461.

producido anteriormente incumplimientos relevantes de las obligaciones y condiciones impuestas conforme al artículo 104 bis de los que puedan derivarse indicios que evidencien un riesgo relevante de comisión futura de nuevos delitos, y además: a) La medida de libertad vigilada hubiera sido impuesta en los supuestos del artículo 192.1, o, b) de conformidad con lo dispuesto en la letra c) del artículo 102.1” (que se refiere a la suspensión de la ejecución de la medida de internamiento).

Estamos, pues, ante una auténtica medida “estrella”, con un potencial de uso altísimo, ideada para controlar una peligrosidad criminal de muy incierta detección y que sirve como complemento de la pena de prisión o de la medida de seguridad de internamiento, indistintamente. Llama la atención que en un ámbito tan sometido a criterios de prevención especial, de evaluación de la resocialización del sujeto para su definitiva integración en la sociedad, el Proyecto obligue al Juez de Vigilancia a imponer esta medida restrictiva de libertad cuando se suspenda la ejecución de la medida privativa de libertad. Que sea adecuado o no dependerá de cada caso y debería permitirse al Juez de Vigilancia decidir si lo es, sin obligarle a imponerla quizá en demérito de la reinserción del sujeto. Tampoco parece lógico establecer un período mínimo de sometimiento a la medida, como si no fuera posible que, por ejemplo, a los dos años el Juez de Vigilancia Penitenciaria la considere inapropiada³³

6. Introducción de la prisión permanente revisable: su encaje en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

6.1. *Justificación.*

La Exposición de Motivos del Proyecto comienza diciendo que “la necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia hace preciso poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas. Con esta finalidad, se lleva a cabo una profunda revisión del sistema de consecuencias penales que se articula a través de tres elementos: la incorporación de la prisión permanente revisable, reservada a delitos de excepcional gravedad”. Más adelante, el Gobierno afirma que esta pena “podrá ser impuesta únicamente en supuestos de excepcional gravedad – asesinatos especialmente graves, homicidio del jefe del Estado o de su heredero, de jefes de Estado extranjeros y en los supuestos más graves de genocidio o de crímenes de lesa humanidad – en los que *está justificada una respuesta extraordinaria* mediante la imposición de una *pena de prisión de duración indeterminada* (prisión permanente), si bien sujeta a un régimen de revisión”. Bastaría quizá con poner el foco sobre estas dos afirmaciones del Gobierno para rechazar con contundencia su propuesta político-criminal de introducir en nuestro sistema punitivo esta nueva pena, sencillamente porque no explica en qué se basa para considerar “justificada” una pena de este calibre, que conmueve las paredes maestras de dicho sistema. El fortalecimiento en la confianza de la Administración de Justicia, traído de manera oportunista y demagógica a colación, ni está comprobado ni existe ningún indicio de que pueda lograrse mediante la previsión de esta sanción mayúscula. En el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto se critica con contundencia esta “justificación”, carente de argumentos:

“ninguna referencia aparece respecto de las circunstancias que, precisamente en el momento actual, aconsejan que una pena privativa de libertad eventualmente perpetua se instaure en el vigente Código Penal (...) Tal omisión no se ve colmada por el postulado inicial de la Exposición de Motivos, ampliamente comentado en otro apartado de este informe, pues la genérica alusión a la necesidad de robustecer la confianza en la Administración de Justicia a través del dictado de resoluciones judiciales previsibles y percibidas como más justas por la sociedad, en poco contribuye a esclarecer las motivaciones de política criminal que justifican introducción de la antedicha medida. Pese al silencio del prelegislador sobre ese aspecto, no

³³ Así, también, ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, *cit.*, p. 450: “Una medida de seguridad no puede, por su propia esencia y fundamento, tener una duración mínima. Si desaparece la peligrosidad la medida debe cesar.”

obstante cumple decir que, en la situación actual, la incorporación de la PPR al catálogo de penas privativas no se justificaría por el incremento numérico de los crímenes para los que se prevé esa sanción. La tasa de homicidios de España es de las más bajas de Europa.”

La ausencia de una justificación razonable ha motivado fuertes críticas de la doctrina. Así, RODRÍGUEZ MOURULLO considera que “debemos preguntarnos acerca de la necesidad y eficacia de la nueva pena proyectada”³⁴, y en la misma línea, criticando con dureza la introducción de la prisión permanente revisable, se ha pronunciado la mayoría de los autores de nuestro país: JUANATEY DORADO, CARBONELL MATEU, CANCIO MELIÁ, CUERDA RIEZU, ACALE SÁNCHEZ, RÍOS MARTÍN, LASCURAIN SÁNCHEZ, MARÍN DE ESPINOSA Y CEBALLOS, GONZÁLEZ TASCÓN, SÁEZ RODRÍGUEZ, HIDALGO BLANCO, MARTÍN PALLÍN³⁵.

Por lo que se refiere al elenco de delitos a los que afecta, no parece que responda a un criterio claro. El Proyecto prevé que se aplique a los siguientes: asesinato agravado (art. 140), homicidio del Jefe del Estado o de su heredero (artículo 485.1), algunos delitos de terrorismo (art. 572.2.1), homicidio del Jefe de un Estado extranjero, o persona internacionalmente protegida por un Tratado, que se encuentre en España (art. 605.1) y los casos más graves de genocidio o de crímenes de lesa humanidad (artículos 607 y 607 bis). No se niega la gravedad de estos delitos sino el criterio para seleccionarlos, pues como advierte CANCIO MELIÁ “el catálogo de hechos para los que se prevé la nueva pena ha ido cambiando radicalmente en un muy breve plazo de tiempo: mientras que en las enmiendas parlamentarias del Partido Popular encaminadas a su introducción en el año 2010 – con ocasión de la tramitación parlamentaria de la LO 5/2010 – se incluían supuestos de asesinato o de homicidio en el contexto de un genocidio (enmiendas 385 y 397), los de homicidio seguido de violación (enmienda 390), homicidio del Rey o de la Reina (enmienda 392) y los casos de homicidio terrorista (enmienda 394), en la primera versión del AP 2012, la nueva pena quedaba limitada al delito de homicidio terrorista — habiendo anunciado el propio ministro de Justicia que no se aplicaría más que a los autores de delitos terroristas (15) —, para después pasar al amplio catálogo que se ha referido antes, catálogo que el Proyecto ha mantenido (sin que éste u otros cambios de calado incorporados al texto prelegislativo hayan dado lugar a que el texto se sometiera de nuevo a informe de las instituciones competentes, en un nuevo desprecio a las formas en la tramitación de la presente reforma).”³⁶.

Dada la justificación esgrimida por el Gobierno para introducir esta cadena perpetua, cabría pensar que estos delitos se han seleccionado por relevancia y la baja capacidad disuasoria de las penas actuales. Sin embargo, no ocurre tal cosa, pues como advierte el Consejo General del Poder Judicial en su Informe (p. 44), “España no destaca, precisamente, por la alta incidencia de los delitos contra la vida humana independiente y, de ahí que la instauración de la PPR no parece que obedezca a la necesidad de poner freno, mediante un mayor grado de disuasión penológica, a una escalada desmesurada de esta clase de delitos.”³⁷ La total desaparición del terrorismo de ETA en los últimos años, que no ha sido sustituido por otras modalidades internacionales desde el gravísimo atentado del 11 de marzo de 2004 (diez años), permitiría sostener esa afirmación incluso respecto de la más grave amenaza que España ha sufrido tradicionalmente. Y por lo que se refiere a la gravedad de las penas asignadas en la legislación

³⁴ RODRÍGUEZ MOURULLO, “Algunas reflexiones sobre la reforma penal”, en *El Notario del siglo XXI*, enero/febrero de 2013, p. 45.

³⁵ JUANATEY DORADO, “Una moderna barbarie: la prisión permanente revisable”, en *Revista General de Derecho penal-IUSTEL*, nº 20-2013; LA MISMA, “Política criminal, reinserción y prisión permanente revisable”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 65, 2012, pp. 127-153; CARBONELL MATEU, “Los proyectos de reforma penal en España: un retroceso histórico”, en *Teoría y Derecho*, núm. 14, 2013, p. 280 ss.; CANCIO MELIÁ, “La pena de cadena perpetua («prisión permanente revisable») en el Proyecto de reforma del Código Penal”, en *La Ley*, nº 8175, 22 de octubre de 2013; CUERDA RIEZU, “Inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable y de las penas muy largas de prisión”, en *Otrosí*, nº 12, octubre-diciembre de 2012, p. 29 ss.; ACALE SÁNCHEZ, “Prisión permanente revisable: Arts. 36 (3 y 4), 70.4, 76.1, 78 bis, 92, 136 y concordantes en la Parte Especial”, en ÁLVAREZ GARCÍA (Dir)/DOPICO GÓMEZ-ALLER (Coord.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, cit., p. 155 ss.; RÍOS MARTÍN, *La prisión perpetua en España. Razones de su ilegitimidad ética y de su inconstitucionalidad*, San Sebastián, 2013, p. 53 ss.; LASCURAIN SÁNCHEZ, “Ni aunque sea revisable”, en *El País*, 3.10.2013; MARÍN DE ESPINOSA Y CEBALLOS/GONZÁLEZ TASCÓN, “Prisión perpetua (Art. 36.3 y 4 CP)”, en ÁLVAREZ GARCÍA (Dir)/DOPICO GÓMEZ-ALLER (Coord.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, cit., p. 177 ss.; SÁEZ RODRÍGUEZ, “Comentarios acerca del sistema de penas en la proyectada reforma del Código Penal español”, en *INDRET*, 2-2013; HIDALGO BLANCO, “Comentario jurídico-social sobre la modificación del Código Penal. La prisión permanente revisable en España”, en *Revista General de Derecho penal-IUSTEL*, nº 19, 2013; MARTÍN PALLÍN, “Reforma penal y prisión perpetua revisable”, en *El Notario del siglo XXI*, noviembre/diciembre de 2013, p. 56 ss.

³⁶ CANCIO MELIÁ, cit., p. 3.

³⁷ En este mismo sentido, por todos, JUANATEY DORADO, “La moderna barbarie...” cit., p. 6.

vigente, en todos los casos citados rondan los 30 o 40 años de prisión. ¿No es suficiente con ello? Esta es la pregunta que cabe hacerse. Una pregunta que tiene una clara respuesta: sí, es suficiente.

El Consejo de Estado, que convalidó la constitucionalidad de esta pena, no dejó de advertir que discrepa “de la forma en que se ha presentado esta importante decisión de política penal y penitenciaria, e insistir en la necesidad de que una reforma de tal envergadura vaya acompañada de una justificación profunda, detallada y respaldada por datos precisos de las razones que la motivan. En último término, corresponderá en todo caso al legislador valorar la oportunidad de la medida, pero el proyecto de Ley Orgánica que el Gobierno remita a las Cortes Generales debería contener, en su exposición de motivos, una clara referencia a los referidos motivos o circunstancias, y habría de acompañarse de una Memoria justificativa que lo sea verdaderamente en lo que afecta, cuando menos, a este punto.” Pues bien, el Proyecto repite literalmente la “justificación” que ya aparecía en el Anteproyecto y que al Consejo de Estado le pareció reprochable. Así pues, ni siquiera los órganos consultivos que validaron la inclusión de la prisión permanente quedaron convencidos por la explicación ofrecida en la Exposición de Motivos del Proyecto. Quizá responda en realidad a una coartada política basada en una indemostrable y difusa percepción social sin base científica alguna.

6.2

Régimen jurídico.

La nueva pena aparece ubicada en primer lugar en el catálogo de penas graves previsto en el art. 33.2 CP. Conviene añadir que el Proyecto la concibe como pena de imposición obligatoria en todos los delitos castigados con ella. Tratándose de una pena perpetua, el legislador ha tenido que determinar cuál es la pena inferior, aplicable en caso de tentativa, complicidad, etc. El art. 70.4 CP señala que ésta es la de prisión de veinte a treinta años.

Como puede apreciarse en el cuadro adjunto, la regulación que efectúa el Proyecto concibe un régimen de revisión tasado en el tiempo, con una serie de fases o “esclusas” temporales que el reo debe ir superando para lograr la definitiva libertad, conforme a los criterios que después se comentarán. Si se ponen en relación los arts. 36, 76, 78 bis y 92, que son los que regulan ese itinerario, se percibe en seguida que el régimen de cumplimiento (y de revisión, para alcanzar la libertad) es lo suficientemente encorsetado como para poner en duda que pueda cumplir fielmente el mandato resocializador que la Constitución estipula en el art. 25.2.

No cabe duda de que al tratarse de una pena impuesta por delitos graves debe exigirse el paso por un período de privación de libertad lo suficientemente disuasorio como para satisfacer las exigencias de prevención general que el art. 25.2 CE no cuestiona. En efecto, según la interpretación del Tribunal Constitucional “la reinserción social es una de esas finalidades, a la que, según mandato constitucional (art. 25.2 CE), deben estar orientadas las penas y medidas privativas de libertad, pero no es el único cometido con que las penas operan en aras a satisfacer el fin de protección de bienes jurídicos, ni debe ser esa, como hemos venido reiterando, la interpretación que haya de hacerse del precepto constitucional (SSTC 167/2003, de 29 de septiembre, FJ 6 y 299/2005, de 21 de noviembre, FJ 2). Debe resaltarse, en este sentido, que «el mandato presente en el enunciado de este art. 25.2 tiene como destinatarios primeros al legislador penitenciario y a la administración por él creada, según se desprende de una interpretación lógica y sistemática de la regla» (STC 19/1988, de 16 de febrero, FJ 9). Cabe afirmar, así, que la finalidad de reinserción social se proyecta esencialmente sobre la fase de ejecución, en la que se materializa la afeción al derecho a la libertad (art. 17.1 CE) de quien resulta penalmente sancionado, pero ha de armonizarse con otros fines legítimos de la pena, que adquieren mayor protagonismo en otros momentos de intervención del *ius puniendi*. En particular, la finalidad de prevención general, tanto en su vertiente de disuasión de potenciales delincuentes mediante la amenaza de pena, como de reafirmación de la confianza de los ciudadanos en el respeto de las normas penales, constituye igualmente un mecanismo irrenunciable para el cometido de protección de bienes jurídicos (...). La necesidad de articular distintas finalidades de la sanción penal, responde la decisión legislativa cuya constitucionalidad es cuestionada por el órgano judicial, imponiendo el legislador, por razones derivadas del *telos* de la prevención general, la aplicación de una medida de internamiento al menor sin posibilidad de suspensión hasta la mitad del cumplimiento de la fijada en Sentencia,

aun cuando pudiera concluirse – tal como, de hecho, considera el órgano judicial que acontece en el caso concreto – que el menor no precisa de reinserción social (...). En conclusión a lo afirmado, el análisis de la inconstitucionalidad del precepto de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores no puede partir de su compatibilidad con el mandato de reinserción social como finalidad exclusiva y excluyente de las sanciones privativas de libertad; por el contrario, nuestro enjuiciamiento deberá atender a su armonización con otros fines legítimos de las medidas privativas de libertad, analizando tanto el grado en que se reducen las posibilidades de articulación de la reinserción social – pues, sin lugar, a dudas, una norma que impidiera de modo radical tal posibilidad sí resultaría contraria al art. 25.2 CE –, como si ello aparece justificado por un fin legítimo” (STC 160/2012, de 20 de septiembre)³⁸.

Así pues, la fijación de determinados períodos de seguridad para la revisión de la prisión permanente no sería contraria a la interpretación que el Tribunal Constitucional realiza del alcance y derivaciones del art. 25.2 CE, pero únicamente porque el Tribunal Constitucional no establece en realidad derivación alguna del principio resocializador y se contenta con cualquier regulación del sistema progresivo de ejecución de penas sin poner el foco en el modo de garantizar la reinserción. En ese sentido, podríamos decir que sería igualmente constitucional la existencia en nuestro país de un sistema como el californiano de las *three strikes*, que impone un período de seguridad de 20 años (80% de la pena mínima de 25) antes de proceder a la revisión de la situación del reo³⁹. Una aberración. Eso por no hablar de la situación psíquica en la que se encuentra un sujeto después de veinte o veinticinco años entre rejas y las posibilidades de haberse adaptado a la vida en libertad. Como muy bien denuncia SÁEZ RODRÍGUEZ: “Sólo quien carezca de una mínima capacidad de empatía o no haya tenido jamás contacto alguno con el mundo penitenciario puede afirmar seriamente que el internamiento en una cárcel durante un periodo tan prolongado como el previsto como mínimo antes de revisar la pena de prisión permanente, no está abocado a convertirse en un serio obstáculo para la reincorporación del penado, ya rehabilitado, a la vida en libertad, y hasta cabría afirmar, para su misma supervivencia personal.⁴⁰”.

³⁸ Conviene consultar, no obstante, el atinado voto particular de la magistrada Adela Asúa Batarrita, que considera contraria a la Constitución la previsión de estos períodos de seguridad obligatorios, en este caso, porque debería primar el “interés superior del menor”, del que la Sentencia se olvida olímpicamente.

³⁹ Vid. LAMAS LEITE, “«Nueva penología», punitive turn y Derecho Penal: quo vadimus? Por los caminos de la incertidumbre (pos)moderna” en *Indret* 2/2013, p. 35

⁴⁰ Cfr. SÁEZ RODRÍGUEZ, “Comentarios acerca del sistema de penas en la proyectada reforma del Código Penal español”, en *Indret* 2/2013, p. 11.

A. CUANDO SEA LA ÚNICA PENA IMPUESTA	B. CUANDO CONCURRA CON PENAS CUYA DURACIÓN GLOBAL EXCEDA DE 5 AÑOS	C. CUANDO SE IMPONGAN DOS O MÁS PPR O UNA Y EL RESTO EXCEDA DE 15 AÑOS DE PRISIÓN	D. CUANDO SE IMPONGAN DOS O MÁS PPR O UNA Y EL RESTO EXCEDA DE 25 AÑOS DE PRISIÓN

I. REGIMEN GENERAL

A.1. Permisos de salida: 8 años A.2. Clasificación tercer grado: 15 años A.3. Suspensión ejecución resto de la pena: 25 años A.4. Remisión : 5 a 10 años desde la suspensión	B.1. Permisos de salida: 8 años B.2. Clasificación tercer grado: 18 años B.3. Suspensión ejecución resto de la pena : 25 años B.4. Remisión : 5 a 10 años desde la suspensión	C.1. Permisos de salida: 8 años C.2. Clasificación tercer grado: 20 años C.3. Suspensión ejecución resto de la pena : 25 años C.4. Remisión : 5 a 10 años desde la suspensión	C.1. Permisos de salida: 8 años C.2. Clasificación tercer grado: 20 años C.3. Suspensión ejecución resto de la pena: 30 años C.4. Remisión : 5 a 10 años desde la suspensión

II. RÉGIMEN APLICABLE RESPECTO DE LOS DELITOS RELACIONADOS CON EL TERRORISMO

A.1. Permisos de salida: 12 años A.2. Clasificiación tercer grado: 20 años A.3. Suspensión ejecución resto de la pena: 25 años A.4. Remisión definitiva: 5 a 10 años desde la suspensión	B.1. Permisos de salida: 12 años B.2. Clasificiación tercer grado: 24 años B.3. Suspensión ejecución resto de la pena: 28 años B.4. Remisión definitiva: 5 a 10 años desde la suspensión	C.1. Permisos de salida: 12 años C.2. Clasificiación tercer grado: 24 años C.3. Suspensión ejecución resto de la pena: 28 años C.4. Remisión definitiva: 5 a 10 años desde la suspensión	C.1. Permisos de salida: 12 años C.2. Clasificiación tercer grado: 32 años C.3. Suspensión ejecución resto de la pena : 35 años C.4. Remisión definitiva: 5 a 10 años desde la suspensión

6.3. *Criterios para la revisión.*

Una vez superados los períodos de seguridad previstos en el Proyecto, el Tribunal procederá a revisar su condena, mediante la suspensión del resto de la pena, condicionado al buen comportamiento del reo. Dicha suspensión exige, según establece el art. 92, haber alcanzado el tercer grado y un plazo determinado (ver cuadro adjunto). Pero además, a la hora de valorar la concesión o no de la suspensión, el art. 92.1 c) incluye la valoración respecto a una serie de circunstancias que, en algunos casos, no tienen nada que ver con la previsible reinserción del reo y que abundan en criterios de prevención general cuando no en la pura discrecionalidad basada en la percepción de la “alarma social” que conllevaría su concesión. El Gobierno reproduce aquí los criterios que anteriormente se analizaron para el cese de la medida de seguridad y, en general, para la concesión de la libertad condicional (art. 90). Cabe por tanto repetir aquí que si bien resulta plausible que el Tribunal valore la conducta del reo durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas, no lo es tanto que también deba valorar “las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito”. Lo primero porque se refiere a cómo se cometió el delito, algo que fue juzgado en su momento y que sirvió para imponer, precisamente, la pena de prisión permanente revisable. Lo segundo, porque implica una valoración sin base científica alguna respecto a la posible comisión de hechos delictivos en el futuro, algo que vulnera de manera flagrante el principio de culpabilidad, bajo cuya vigencia no cabe la penalización de la mera sospecha.

El juicio sobre esta forma de regular un momento tan sensible al reclamo constitucional de resocialización, no puede ser más negativo. Como afirma CARBONELL MATEU, “nada de esto tiene que ver con la pretensión de modernidad y de adecuación constitucional a los que alude la Exposición de Motivos. Ni con los supuestos a los que la misma se refiere en los que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos parece haber acogido favorablemente la institución que cuestionamos. Por el contrario, la regulación que se nos propone es, al menos en mi opinión, inconstitucional por permanente y, por consiguiente incompatible con la readaptación social; lo es por las condiciones de revisabilidad, en las que reina la incerteza y el decisionismo sin que en ningún caso quepa la suspensión obligatoria; lo es porque establece requisitos que resultan de imposible cumplimiento tras treinta y cinco años de vida penitenciaria; lo es por hacer depender la concesión de la libertad de sentimientos y acciones morales que nada tienen que ver ni con la culpabilidad ni con la peligrosidad del sujeto; y lo es, por su clara contradicción con el principio de legalidad que impone el conocimiento potencial de las consecuencias que se derivarán de la comisión de un hecho delictivo, en el momento de dicha comisión.”⁴¹ En efecto, al establecerse legalmente unos márgenes de decisión tan amplios, con sujeción a criterios del todo distantes del que debería ser el único criterio, es decir, la capacidad del sujeto para llevar en el futuro una vida en libertad, al que se añaden otros de carácter vago y, posiblemente, contradictorios con éste, se da pábulo al decisionismo más autoritario. Esta tacha no es sólo una crítica más o menos “política” de la opción gubernamental, sino una severa advertencia sobre la posibilidad de incumplir, no el mandato de resocialización sino más bien el mandato de certeza, que la Constitución incluye en el art. 25.1 para todo el Derecho sancionador.

A todo ello cabe añadir que el apartado 3º del art. 92 establece un régimen de suspensión de la pena similar al régimen general, lo que ha motivado una seria advertencia del Consejo General del Poder Judicial en su Informe, al destacar “las dramáticas consecuencias de una revocación de la suspensión y el reinicio del cumplimiento de una pena indeterminada en su duración parece que requeriría una regulación especial de la revocación, en la que probablemente la comisión de un delito doloso menos grave o un delito imprudente no deberían llevar por sí misma y en todos los casos a tal revocación. Esta al menos es la opinión mayoritaria de la doctrina alemana. Como decimos, la revocación de la suspensión del artículo 86 está pensando en otros supuestos muy distintos”.

El Informe del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto, que ha sido tomado expresamente por el Gobierno como punto de apoyo a la validez constitucional de esta pena, recorre la

⁴¹ CARBONELL MATEU, “Los proyectos de reforma penal en España...”, cit. (TOL4.051.560) p. 7.

jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo y se fija especialmente en la Sentencia de 12 de febrero de 2008 (*Kafkaris c. Chipre*), en la que sostiene que la imposición de una pena de prisión perpetua a un delincuente adulto no es por sí misma contraria al artículo 3 ni a ninguna otra disposición del Convenio (y cita, en este sentido, la decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 6 de mayo de 1978, *Kotalla c. Países Bajos*), pero que sí podría serlo en el caso de tratarse de una pena permanente e “incompresible”, esto es, que no sea susceptible de reducción (*Nivette c. Francia*; *Stanford c. Reino Unido*; *Wynne c. Reino Unido*). Para determinar si en un caso determinado una pena permanente puede ser considerada “incompresible”, el Tribunal analiza “si puede afirmarse que el condenado a perpetuidad tiene posibilidades de ser liberado. El análisis de la jurisprudencia del Tribunal sobre este punto revela que allí donde el Derecho nacional ofrece la posibilidad de revisar la pena permanente con la finalidad de conmutarla, suspenderla, declarar su remisión o liberar condicionalmente al detenido, se cumplen las exigencias del artículo 3”. En efecto, el Tribunal ha estimado que, “siempre que sea posible una revisión de la condena que abra la puerta a la libertad condicional una vez transcurrido el periodo de seguridad, no cabe afirmar que los condenados a perpetuidad se hayan visto privados de toda esperanza de liberación”, y ello es así, añade, “incluso en ausencia de un periodo mínimo de detención incondicional e incluso cuando la posibilidad de una liberación condicional de los condenados a una pena perpetua es limitada”, para de esta forma concluir que “una pena permanente no se transforma en “incompresible” por el mero hecho de que en la práctica exista el riesgo de que se cumpla en su integridad. A efectos del artículo 3, basta con que sea reducible de jure y de facto” (*Kafkaris c. Chipre*, apdo. 98).

Es cierto, como sostiene el Informe del Consejo de Estado, que el Tribunal Europeo ha sido particularmente flexible en la interpretación de esta condición: en el propio caso *Kafkaris contra Chipre*, se entendió que era conforme a la Convención una pena de prisión permanente en la que la única posibilidad de liberación radicaba en el ejercicio del derecho de gracia por las altas autoridades del Estado. Y, en efecto, concluye el Tribunal de Estrasburgo que “ciertamente, una pena como la impuesta al recurrente y que cumple sin indicación de periodo de seguridad genera por sí misma una angustia y una incertidumbre debida a la vida en la cárcel, pero son estos sentimientos inherentes a la naturaleza de la pena infligida y, a la vista de las perspectivas de liberación que ofrece el sistema en vigor, no permiten concluir que exista un trato inhumano o degradante en el sentido del artículo 3” (*Kafkaris c. Chipre*, apdo. 107).

Ahora bien, la posterior STEDH (Gran Sala) de 9 de julio de 2013 (*Vinter y otros c. Reino Unido*), aunque reitera esas posiciones anteriores sobre la admisibilidad de las penas de prisión a perpetuidad siempre que exista esa expectativa de acceso a la libertad, realiza precisiones ulteriores sobre el modo en que debe realizarse la revisión de la situación del penado y los criterios que se consideran admisibles, matizando su jurisprudencia anterior en un sentido que puede permitir un análisis diferente al realizado por el Consejo de Estado sobre la pena de prisión permanente revisable prevista en el Proyecto español.

Partiendo de la base de que “los Estados tienen la obligación, de conformidad con el Convenio, de tomar medidas para proteger a sus ciudadanos ante los delitos violentos y [que] el Convenio no prohíbe a los Estados que impongan a un condenado por un delito grave una pena de prisión de duración indeterminada y lo mantengan en prisión mientras sea necesario para la protección de la sociedad” (apdo. 108), el Tribunal parece abrir el sistema europeo de garantías casi a cualquier pena o medida “indeterminada” (y bien sabemos adónde nos lleva esta indeterminación), lo que remata al afirmar que “el mero hecho de que estos reclusos hayan cumplido ya un periodo largo de pena de prisión no debilita la obligación positiva del Estado de proteger a la sociedad; los Estados deben cumplir con esta obligación manteniendo en prisión a estos reclusos mientras continúen representando un peligro para la sociedad” (apdo. 108). Sin embargo, más adelante recuerda el Tribunal que, “si bien la retribución es una de las posibles finalidades de una pena de prisión, la tendencia de la política criminal europea en estos momentos es centrarse en la finalidad rehabilitadora de la pena de prisión, en especial en relación con la terminación de una pena de prisión de larga duración” (apdo. 115), tomando como base jurídica el art. 6 de las Reglas Penitenciarias Europeas.

En este difícil juego de equilibrios inestables, el Tribunal advierte de que la permanencia en prisión sólo se justifica si existe “un motivo de política criminal que lo justifique”, considerando como tales “la retribución, la prevención, la protección de la sociedad y la rehabilitación” (apdo.

111), es decir una declaración de amplio espectro en la que el Tribunal extiende tanto el espíritu del CEDH que parece admitir cualquier medida punitiva. “Sin embargo – matiza –, la ponderación de estos motivos no es necesariamente estática y puede cambiar en el transcurso del cumplimiento de la pena. Aquello que en el momento inicial podía constituir la razón principal para justificar la pena de prisión puede que no lo sea después del cumplimiento de un periodo largo de la condena. Estos motivos y cambios solamente pueden ser adecuadamente evaluados a través de una revisión del mantenimiento de la pena de prisión en el momento adecuado durante el transcurso del cumplimiento de la condena.” (apdo. 111). A tal efecto, recuerda que la Resolución 76(2) del Comité de Ministros, de 17 de febrero de 1976, recomienda que “la revisión tenga lugar, si no antes, entre los ocho y los catorce años de cumplimiento de la pena y que se lleve a cabo de manera periódica”. Ciertamente, son muchos los países que no siguen esta recomendación, pero conviene recordarla porque constituye una orientación político-criminal que no ha quedado olvidada en los anales del Consejo de Europa, tal y como se ha encargado de subrayar el Tribunal en julio de 2013, aunque se conforme con que dicha revisión se efectúe “no más tarde del transcurso de los veinticinco años desde la imposición de la pena a cadena perpetua, con la previsión de revisiones periódicas con posterioridad a esa fecha” (apdo. 120), siendo inadmisibles un sistema penal que no prevea dicha revisión. En el caso del Proyecto español, dicha previsión se cumple, sin duda. Cuestión distinta son los criterios que establece dicho Proyecto para efectuar aquélla, punto en el que el texto español y la STEDH de 9 de julio de 2013 divergen, en mi opinión, de manera evidente.

En efecto, aunque el Tribunal conceda amplio margen a la señalización de los motivos político-criminales que los Estados tienen en cuenta para mantener al recluso en prisión, dicha libertad se ve restringida respecto al Proyecto español en un doble sentido. Por una parte, “el artículo 3 exige la posibilidad de reducir la pena, entendida esta posibilidad en el sentido de que es necesario establecer un mecanismo de revisión que permita a las autoridades nacionales evaluar si los cambios experimentados en la persona condenada a cadena perpetua son tan importantes y que se han hecho tales progresos hacia la rehabilitación en el transcurso del cumplimiento de la condena, que el mantenimiento de la pena de prisión no está ya justificado en ningún motivo legítimo de política criminal”. Por otra parte, nuestro sistema constitucional no observa todas las finalidades de la pena privativa de libertad con neutralidad sino que el art. 25.2 CE obliga a orientar las penas y las medidas de seguridad hacia la reeducación y reinserción social. De manera que a la hora de diseñar un mecanismo de revisión de la prisión permanente, no vale cualquiera, y no vale – por ejemplo – un sistema como el previsto en el Proyecto de 2013, que sitúa en el mismo plano la rehabilitación del reo (“valoración de los informes de evolución remitidos por el Centro Penitenciario y por aquellos especialistas que el propio Tribunal determine, la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social”) y otras consideraciones referidas al momento de la comisión del delito – ¡hace tantos años! – o a la posible comisión de delitos futuros (presunción de delito futuro, contraria al art. 24.2 CE), pues el texto obliga a valorar “las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito”. Esa redacción es, en mi opinión, manifestamente contraria al art. 25.2 CE y al art. 3 CEDH, tal y como lo interpreta el Tribunal de Estrasburgo en su reciente Sentencia de 9 de julio de 2013.

6.4.

Valoración de su compatibilidad con el principio de proporcionalidad.

De acuerdo con una interpretación ampliamente extendida, asumida por el Tribunal Constitucional, la decisión político-criminal sobre cuál sea la sanción justa por el hecho delictivo cometido corresponde al legislador, dentro del “programa penal de la Constitución” (ARROYO ZAPATERO⁴²). Ahora bien, nunca se ha concebido esta amplia facultad como sinónimo de absoluta libertad dispositiva para decidir sin sujeción a regla alguna. Como ya sostuviera QUINTERO OLIVARES, el principio de proporcionalidad no debe quedar supeditado a los límites y fundamentos del principio de culpabilidad, y debe considerarse un principio político-criminal que expresa “la necesidad de un equilibrio aceptable entre los presupuestos

⁴² ARROYO ZAPATERO, “Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución”, en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 1987, p. 97 ss.

de la reacción punitiva y la reacción misma, tanto en el estadio de la conminación del castigo como en el ulterior momento de aplicación de una pena a un autor concreto.”⁴³. Esta doble perspectiva del principio de proporcionalidad ha quedado bien dibujada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que somete a un férreo control las decisiones judiciales sobre la asignación de una pena concreta al autor del delito “a partir de la ley”, mientras libera mucho más al creador de la misma, en virtud de consideraciones políticas basadas en su papel de depositario de la soberanía popular. Ahora bien, eso no significa que el legislador pueda jugar en el amplio espacio que le reserva el sistema constitucional al albur de circunstancias políticas concretas y sometiéndose a criterios de populismo punitivo supuestamente reclamados por mayorías sociales indeterminadas. Por el contrario, en su jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha acuñado un modelo de control de la actividad legislativa en materia de proporcionalidad punitiva que ha aplicado ya en varias sentencias, con independencia de que sean asumibles las conclusiones a las que llega el Alto Tribunal..

En este sentido, la nueva pena de prisión permanente revisable se sitúa en los límites de la capacidad represiva del sistema punitivo español (una vez abolida la pena de muerte) y, por ello, su entrada en el mismo debe ser sometida al control constitucional de proporcionalidad. Esta tarea ha sido llevada a cabo muy recientemente por JUANATEY DORADO, recorriendo uno por uno los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional, especialmente en sus sentencias 136/1999, de 20 de julio y 60/2010, de 7 de octubre, a saber: juicio de idoneidad, juicio de necesidad y juicio de proporcionalidad en sentido estricto⁴⁴.

Por lo que se refiere al primero, considera la autora que la justificación ofrecida por el prelegislador en la Exposición de Motivos del Proyecto, es decir el fortalecimiento de la Administración de Justicia que se puede lograr mediante su introducción en el Código Penal, aunque sea un objetivo legítimo, no debería perseguirse a través de una sanción teñida de indeterminación. Y a ello cabría añadir las explícitas admoniciones de RÍOS MARTÍN respecto al origen de esa supuesta desconfianza, que quizá resida en la falta de medios materiales y personales o en la falta de información de la ciudadanía sobre cómo funciona el sistema penal y el valor que tienen los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución⁴⁵. En todo caso, es cuestionable que esta nueva pena, por sus especiales características, pueda servir para afianzar o restituir la confianza de la ciudadanía en el sistema penal, al margen del lógico efecto placebo que todo incremento punitivo provoca en una ciudadanía desinformada.

En lo que se refiere a la necesidad de incorporar esta nueva pena al elenco sancionador, como afirman las SSTC 136/1999 (F.jco 23º) y 60/2010 (F.jco 14º), sólo cabrá calificar la norma penal o la sanción penal como innecesarias cuando, “a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador” (STC 55/1996, F.jco. 8º). Más restrictivo parece el criterio de la STC 60/160, porque advierte de que el control no puede realizarse imaginando todas las posibles alternativas menos afflictivas de que el legislador dispone sino que se exige una manifiesta similitud de esas posibles medidas alternativas. Es claro que en este caso no existe otra nueva medida sancionadora de similar intensidad y, también, que cualquiera otra supondría una suavización de la reacción punitiva, lo que invalidaría la tacha de inconstitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable a juicio del Tribunal Constitucional. Sin embargo, como ha advertido la doctrina⁴⁶, debería valorarse si no es suficiente con el actual régimen punitivo, que sanciona con penas de hasta 40 años casos similares a aquellos para los que el Proyecto prevé la prisión permanente revisable⁴⁷ y, por tanto, si ese rigor vigente no impide la introducción de ésta.

Por último, en lo que se refiere al criterio de la proporcionalidad en sentido estricto,

⁴³ QUINTERO OLIVARES, “Acto, resultado y proporcionalidad”, en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 1982, p. 383

⁴⁴ JUANATEY DORADO, “La “moderna barbarie”...”, cit., p. 4 ss.

⁴⁵ Vid. RÍOS MARTÍN, *La prisión perpetua en España*, cit., p. 62 s.

⁴⁶ JUANATEY DORADO, “La “moderna barbarie”...” cit., p. 6 ss.; CARBONELL MATEU, “Los proyectos de reforma penal en España...” cit., p. 4, 7 y 10. CUERDA RIEZU, “Inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable...” cit., p. 31; CANCIO MELIÁ, “La pena de cadena perpetua...” cit., p. 4 s.; También los Grupos Parlamentarios Catalán y Socialista se refieren expresamente a esta característica de la prisión permanente revisable en sendas enmiendas a la totalidad del Proyecto de Ley de reforma del Código Penal de 20 de septiembre de 2013.

⁴⁷ Vid., al respecto, RODRÍGUEZ YAGÜE, *Las respuestas del ordenamiento penitenciario ante la delincuencia terrorista. ¿Hacia un modelo de prisión perpetua?*, en Revista General de Derecho penal-IUSTEL, núm. 13, 2010.

JUANATEY DORADO advierte de que dicho subprincipio, “entendido como un balance entre costes y beneficios, requeriría verificar que los beneficios que se derivan de la introducción de esta medida desde la perspectiva de los intereses jurídicos a proteger supera los costes que supondría desde la perspectiva de los principios penales y de los derechos afectados por la misma.”⁴⁸ En efecto, al situar los límites de la reinserción en un lugar indeterminado en el futuro, con sujeción a criterios que, como se ha visto, nada tienen que ver con el comportamiento del reo durante la ejecución de la pena, la prisión permanente revisable comporta una conmoción brutal para la vigencia de principios expresamente recogidos en la Constitución, como el de reinserción social (art. 25.2 CE). Pero esa conmoción alcanza también a otros derechos fundamentales, como el principio de legalidad penal, porque el art. 25.1 CE reclama una certeza punitiva que la prisión permanente revisable está lejos de garantizar. Por todo ello, tiene razón VIVES ANTÓN cuando concluye que “la idea de una privación potencialmente perpetua de la libertad choca con la imagen del hombre como un ser capaz de reflexión y razonamiento, como un ser que siempre puede cambiar y acabar dirigiendo su vida según unos mínimos de racionalidad. Esa imagen, que yace en el fondo de los ordenamientos democráticos, no puede, según creo, sino conducir a la conclusión de que la privación de libertad perpetua es una anomalía incongruente en ellos.”⁴⁹

7.

Resumen y conclusiones.

1 La configuración que ofrece del principio de culpabilidad la doctrina mayoritaria (y el Tribunal Constitucional español) no permite limitar la aplicación desproporcionada de medidas de seguridad tanto en sustitución de la pena como en su nuevo papel de complemento a la misma.

2 Una configuración cabal del principio de proporcionalidad, entendido como principio limitador general del Derecho sancionador y no sólo del Derecho penal aplicable a los sujetos imputables, permitiría incluir bajo su radio de acción a las medidas de seguridad, en cualquiera de sus funciones.

3 El Proyecto de 2013 ofrece una regulación de las medidas de seguridad aplicables a sujetos inimputables que vulnera gravemente el principio de proporcionalidad así entendido, ya que sería contraria al mismo cualquier medida susceptible de ser aplicada por un tiempo superior al de la pena prevista para el delito cometido. El mismo reproche cabe realizar respecto a las medidas de seguridad complementarias a la pena y, en particular, a la regulación de la libertad vigilada, susceptible en algunos casos de ser prorrogable indefinidamente.

4 La prisión permanente revisable puede ser, en general, contraria al mandato resocializador recogido en el art. 25.2 CE. En particular, la regulación que ofrece de ella el Proyecto vulnera dicho precepto al incluir como factores a tener en cuenta para la concesión de la libertad condicional (suspensión) algunos que son por completo ajenos al análisis de la peligrosidad criminal del sujeto en ese momento. En este aspecto concreto, el Proyecto es contrario a la jurisprudencia del TEDH, expresada en su Sentencia de 9 de julio de 2013 (Vinter y otros c. Reino Unido).

5 Por lo demás, la prisión permanente revisable es asimismo contradictoria con los principios constitucionales de determinación de la pena (art. 25.1 CE) y de proporcionalidad, tal y como lo ha configurado el Tribunal Constitucional y una parte relevante de la doctrina española. La idea del hombre que nuestra Constitución recoge no se compadece con una pena potencialmente perpetua que niega a aquél la posibilidad de reformar su proyecto vital, como reclama el art. 25.2 CE.

6 Vista en su conjunto, la introducción de la prisión permanente revisable y la transformación del sistema de medidas de seguridad responden a una clara orientación segregacionista, clasista y autoritaria, consistente en la neutralización de sujetos (declarados discrecionalmente) peligrosos, que cuenta con adeptos en nuestra doctrina, pero que debe denunciarse como manifestamente contraria a la letra y al espíritu de la Constitución vigente.

⁴⁸ JUANATEY DORADO, “La “moderna barbarie”...”, cit., p. 7.

⁴⁹ VIVES ANTÓN, “La injerencia, el error y el silencio”, en *El País*, 1 de abril de 2010.

DIRITTI UMANI E GIUSTIZIA PENALE

-
- 201** *Ne bis in idem* e “doppio binario” sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza “Grande Stevens” nell’ordinamento italiano
Gaetano De Amicis
-
- 219** Doppio binario sanzionatorio e *ne bis in idem*: verso una diretta applicazione dell’art. 50 della Carta?
Francesco Viganò
-
- 239** La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della CEDU
Salvatore Tesoriero
-
- 277** Confisca urbanistica e prescrizione: a Strasburgo il re è nudo
Francesco Viganò
-

NE BIS IN IDEM E “DOPPIO BINARIO” SANZIONATORIO: PRIME RIFLESSIONI SUGLI EFFETTI DELLA SENTENZA “GRANDE STEVENS” NELL’ORDINAMENTO ITALIANO*

Corte Suprema di Cassazione. Tavola rotonda su:
“Il principio de ne bis in idem tra giurisprudenza europea e diritto interno”
Roma, 23 giugno 2014

Gaetano De Amicis

ABSTRACT

La Corte EDU ha messo in discussione, con affermazioni che hanno potenziali ricadute anche in altri settori dell’ordinamento, il sistema di doppio binario, amministrativo e penale, attorno al quale è strutturata la disciplina italiana degli abusi di mercato, rilevando sia la violazione del principio del ne bis in idem, sia quella del diritto ad un equo processo. In relazione a tali profili vengono dunque esaminate le relative implicazioni problematiche e le possibili soluzioni interpretative alla luce del necessario raccordo con gli obblighi di fonte convenzionale e quelli di origine euro-unitaria.

SOMMARIO

1. Il *decisum*. – 2. Un nuovo diritto fondamentale. – 3. I principii affermati nella sentenza “Fransson” e il ruolo del giudice nazionale. – 4. Le divergenze interpretative con la giurisprudenza della Corte EDU. – 5. Due precedenti rilevanti della Corte di Giustizia: il caso “Bonda”. – 6. *Segue*: il caso “Spector Photo Group”. – 7. Evoluzione giurisprudenziale della Corte EDU in tema di “doppio binario sanzionatorio”. – 8. Un dialogo problematico. – 9. I recenti interventi del legislatore europeo: la direttiva 2014/57/UE ed il regolamento UE n. 596/2014 in tema di abusi di mercato. – 10. Le prime risposte della giurisprudenza nazionale. – 11. Il necessario raccordo con gli obblighi di fonte convenzionale ed eurounitaria. – 12. Le possibili soluzioni interpretative. – 13. Un quadro problematico ancora aperto.

*Il presente contributo costituisce la rielaborazione di una relazione svolta all’incontro di studio svoltosi il 23 giugno 2014 presso la Suprema Corte di Cassazione su Il principio del ne bis in idem tra giurisprudenza europea e diritto interno (sentenza Corte Edu del 4 marzo 2014, Grande Stevens c/Italia).

1.

Il *decisum*.

Con la sentenza del 4 marzo 2014, la Seconda Sezione della Corte EDU ha pronunciato nella causa *Grande Stevens e altri contro Italia*, rilevando, nel sistema legislativo italiano in materia di abusi di mercato, una violazione del diritto all'equo processo (art. 6, § 1, CEDU) e del diritto a non essere giudicati o puniti due volte (art. 4, Protocollo n. 7).

Riguardo alla prima violazione, la Corte ha individuato la presenza di taluni vizi nel procedimento amministrativo sanzionatorio svoltosi davanti alla CONSOB, ponendo in rilievo, da un lato, l'assenza di contraddittorio – per il fatto che la relativa sanzione è stata inflitta sulla base di un rapporto non comunicato ai ricorrenti – e, dall'altro lato, il mancato svolgimento di un'udienza pubblica, ritenuta necessaria non solo per la presenza di una controversia vertente sulla ricostruzione del fatto, ma anche per il rischio di vedersi applicate sanzioni particolarmente severe; ha, infine, evidenziato, quale elemento rilevante ai fini della sua valutazione, l'affidamento dei poteri di indagine e di giudizio ad organi che, sebbene diversi, dipendono comunque dallo stesso soggetto (ossia, il Presidente della CONSOB).

Con specifico riferimento al secondo profilo esaminato, inoltre, la Corte EDU ha osservato che, dinanzi alla CONSOB e nell'ambito del procedimento penale, ai ricorrenti era stata contestata, sulla base delle diverse disposizioni di cui agli artt. 185 e 187-ter t.u.i.f., entrambe aventi ad oggetto condotte in materia di manipolazione del mercato, una “unica e medesima condotta commessa da parte delle stesse persone nella stessa data”, con la conseguenza che l'azione penale riguardava un secondo «illecito», scaturito da fatti identici a quelli che avevano motivato la prima condanna definitiva in sede amministrativa.

Passato in giudicato il procedimento originato dalla contestazione dell'illecito amministrativo di cui all'art. 187-ter, e rilevata la pendenza di quello penale, avente ad oggetto l'omologa accusa del delitto di manipolazione del mercato di cui all'art. 185 t.u.i.f., la Corte EDU ha richiamato la propria elaborazione giurisprudenziale, secondo cui non interessa verificare se gli elementi costitutivi del fatto tipizzato dalle due norme siano o meno identici, bensì solo se i fatti ascritti ai ricorrenti dinanzi alla CONSOB e dinanzi ai giudici penali “fossero riconducibili alla stessa condotta” (§ 224).

Muovendo da tali premesse argomentative, la Corte ha dunque concluso nel senso della medesimezza dei fatti, che in entrambi i procedimenti si erano concretati nell'aver dichiarato in una comunicazione al mercato che una società non aveva avviato né messo a punto iniziative concernenti la scadenza di un contratto di finanziamento, nonostante un accordo di modifica dell'*equity swap* fosse stato già esaminato e concluso (§§ 225 ss.).

2.

Un nuovo diritto fondamentale.

Il principio del *ne bis in idem*, originariamente confinato nei ristretti limiti di una dimensione territoriale nazionale, è oggi divenuto un diritto fondamentale del cittadino europeo, dispiegando i suoi effetti nel territorio di tutti gli Stati membri dell'U.E., attesa la natura di fonte primaria della Carta dei diritti fondamentali (art. 50), che concorre, assieme alla previsione di altri diritti di pari rilevanza, a garantire la costruzione di un equo processo fondata sui principi di stabilità e certezza del diritto, nel rispetto del principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie.

La formulazione stessa dell'art. 50 evoca la più ampia forma di tutela, dilatandone l'incidenza sull'intero territorio degli Stati membri dell'UE, nella dimensione propria di un principio generale del diritto eurounitario, a norma dell'art. 6, par. 2, TUE. In tal modo, la relativa previsione della Carta supera la necessità di rinviare a disposizioni di singoli ordinamenti nazionali ed assume la funzione di una garanzia generale, applicabile ogni qual volta si sia formato un giudicato su un medesimo fatto, commesso dalla stessa persona¹.

Un fondamentale presidio di garanzia, dunque, che tende a superare, nella logica espansiva propria dei diritti fondamentali, i confini territoriali assegnati al medesimo principio nel

¹ A. IERMANO, *Il diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato ex art. 50 della Carta dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *Spazio europeo e diritti di giustizia*, a cura di A. Di Stasi, Padova, 2014, pp. 30 ss.

sistema CEDU, che ne circoscrive la rilevanza, *ex art. 4, Prot. 7*, ai soli procedimenti penali ricadenti nella giurisdizione territoriale di uno Stato parte.

Lo scenario europeo, peraltro, si contraddistingue per un'accentuata frammentazione di fonti normative volte a consacrare la centralità di tale principio, segnatamente l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali, l'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen e l'art. 4 del Protocollo 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Nell'ambito dello stesso ordinamento eurounitario, ad es., la giurisprudenza ha ricostruito in maniera differente il perimetro di applicazione del principio, poiché la valutazione dell'identità dell'interesse giuridico tutelato da una norma figura tra gli elementi costitutivi del *ne bis in idem* solo nell'ambito dei procedimenti per la violazione delle regole sulla concorrenza, mentre tale profilo non viene preso in considerazione ove si tratti di affrontare i problemi legati alla possibile duplicazione dei procedimenti penali (Corte di Giustizia, Aalborg Portland, C-204/00, C-205/00, C-211/00, C-213/00 e C-217/00, 7 gennaio 2004).

Questa frammentazione è, talora, alla base di una ben comprensibile aspirazione ad una *reductio ad unum* della portata del *ne bis in idem* europeo (Corte di Giustizia, Toshiba, C-17/10, conclusioni dell'Avvocato generale Kokott dell'8 settembre 2011, punto 117)².

Rilevante, in tal senso, appare la traiettoria interpretativa che ha interessato la nozione di *idem factum*, quale elemento costitutivo del principio.

A fronte del tradizionale orientamento della Corte di Giustizia³, volto a qualificare l'identità del fatto dal punto di vista storico-materiale, la Corte europea dei diritti dell'uomo aveva in passato sostenuto un'accezione formale e più restrittiva, coincidente con la qualificazione giuridica della condotta, sino a mutare il proprio indirizzo nel 2009, quando ha optato per una più ampia lettura del requisito, incentrata sull'identità del fatto materiale, sanando in tal modo la discrasia giurisprudenziale creatasi con il canone interpretativo seguito dalla Corte di Giustizia⁴.

La portata del principio, secondo la Corte EDU, va intesa come divieto di giudicare una persona per una seconda "infrazione", qualora questa scaturisca dagli stessi fatto o da fatti sostanzialmente identici: dal raffronto fra gli atti dei vari procedimenti, dunque, è possibile desumere la presenza del requisito dell'identità sostanziale dei fatti posti alla base degli addebiti, assumendo quali parametri di riferimento l'insieme delle circostanze fattuali concrete relative allo stesso autore e indissolubilmente legate fra loro nel tempo e nello spazio.

A questa tendenziale convergenza interpretativa si affianca, altresì, il disposto dell'art. 52, comma 3, della Carta, in virtù del quale l'UE si impegna a garantire un livello di tutela dei diritti fondamentali almeno pari a quello assicurato nel sistema CEDU, conservando la possibilità di concedere una protezione più estesa.

Proprio in questa prospettiva appare opportuno ricostruire la questione giuridica analizzata dalla Corte di Strasburgo nel caso di specie, ossia il controverso tema della coesistenza di un procedimento amministrativo e di un altro di natura penale, destinati a sanzionare il medesimo soggetto in relazione alle stesse vicende storico-fattuali oggetto di giudizio.

Sul punto, la Corte europea dei diritti dell'uomo, rafforzando in misura significativa la tutela sottesa al divieto di doppio giudizio, ha ribadito il principio secondo cui anche l'infrazione di una sanzione amministrativa definitiva può precludere l'avvio di un procedimento penale nei confronti della medesima persona, in relazione agli stessi fatti che le vengono addebitati⁵.

Pur avendo sempre riconosciuto agli Stati parti un certo margine di apprezzamento, senza porne in discussione le scelte sanzionatorie, la Corte EDU si è più volte espressa sul concetto di "natura penale" della controversia al fine di superare la varietà delle impostazioni di politica criminale seguite dai vari ordinamenti nazionali, con l'obiettivo di garantire all'individuo una protezione rafforzata di fronte all'esercizio dello *ius puniendi* da parte delle autorità statali: una persona, dunque, non può essere nuovamente sanzionata per lo stesso comportamento con il pretesto che si tratti di una misura amministrativa o disciplinare⁶.

² Al riguardo, v. S. MONTALDO, *L'ambito di applicazione della carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e il principio del ne bis in idem*, in *Diritti umani e Diritto internazionale*, 2013, n. 7, pp. 574 ss.

³ C. giust., Van Esbroeck, C-436/04, 9 marzo 2006, §§ 27-36.

⁴ Corte EDU, [GC], Zolotukhin c. Russia, n. 14939/03, 10 febbraio 2009, §§ 83-84.

⁵ Corte EDU, Zolotukhin c. Russia, *cit.*, nonché Corte EDU, Ruotsalainen c. Finlandia, n. 13079/03, 16 giugno 2009.

⁶ S. ALLEGREZZA, *Sub Art. 4, Prot. 7*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di S. BARTOLE-P. DE SENA-V. ZAGREBELSKY, Padova, 2012, pp. 898 ss.

Siffatta estensione della sfera applicativa del *ne bis in idem*, peraltro, non opera in via generale, ma solo nelle ipotesi in cui la procedura amministrativa sfoci in un provvedimento particolarmente afflittivo.

Sin dagli anni '70, invero, la Corte di Strasburgo ha inteso supportare il principio della prevalenza della sostanza sulla forma, in base al quale la reale natura delle misure sanzionatorie previste negli ordinamenti nazionali viene apprezzata alla luce delle loro concrete peculiarità e conseguenze e non in forza della mera qualificazione giuridica ad esse riconosciuta. In particolare, la Corte EDU ha eletto la qualificazione dell'infrazione, la sua natura e l'intensità della sanzione comminata a criteri discretivi di riferimento, idonei a rivelare l'essenza penale di un determinato provvedimento⁷.

Una linea interpretativa, questa, che pare agevolmente rinvenibile anche alla base dell'*iter* argomentativo sviluppato dall'Avvocato generale e dalla Corte di Giustizia nel caso Fransson.

Il primo, tuttavia, mira ad evidenziare come il ricorso congiunto a sanzioni amministrative e penali, seppure mitigato in molti ordinamenti in modo tale da assicurare il rispetto del principio di proporzionalità delle pene, sia fortemente radicato negli Stati membri, tanto da poter essere elevato al rango di tradizione costituzionale comune.

Dal canto suo, la Corte di Giustizia, senza recepire formalmente tale impostazione argomentativa, né rischiare di produrre evidenti fratture interpretative rispetto al sistema della CEDU, ha orientato il proprio convincimento, almeno in apparenza, nel senso di una tendenziale assonanza con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Pur senza evocare il contributo di quest'ultima e, al contempo, senza sconfessare le precedenti pronunce nelle quali aveva sostenuto la natura autonoma del principio del *ne bis in idem* nell'ordinamento UE, la Corte di Lussemburgo ha rammentato che gli Stati membri sono liberi di definire tipologia e *quantum* di sanzioni per tutelare gli interessi finanziari dell'Unione. In linea di principio, dunque, essi sono legittimati a ricorrere contestualmente a misure amministrative e penali, purché la formale qualificazione delle prime non celi in realtà un'indebita duplicazione punitiva, in spregio al divieto di doppio giudizio.

In quest'ultimo caso, infatti, sono i criteri della sentenza Engel a soccorrere l'interprete nel ritenere applicabile l'art. 50 della Carta. In particolare, la valutazione sulla compatibilità del cumulo di sanzioni con il principio del *ne bis in idem* spetta in via prioritaria al giudice nazionale e può anche poggiare sugli *standards* di tutela interni, purché ciò non infici il livello di protezione assicurato dalla Carta ed il primato del diritto UE.

La Corte di Lussemburgo, inoltre, inserisce in conclusione un inciso foriero di dubbi interpretativi non secondari: la possibilità da parte del giudice interno di rilevare e censurare una duplicazione punitiva, infatti, trova un limite nella circostanza che la sanzione residua rispetti i canoni di effettività, proporzionalità e dissuasività, imposti a più riprese dal diritto dell'U.E. e derivanti dall'esigenza di garantire la sua piena effettività in sede statale.

3.

I principi affermati nella sentenza “Fransson” e il ruolo del giudice nazionale.

Quali, dunque, i nodi problematici che vengono in rilievo nell'ipotesi in cui l'applicazione del divieto di doppio giudizio evidenzia una lacuna sotto questo profilo?

A rigore, lo *status* accordato ai diritti fondamentali nell'ordinamento UE dovrebbe motivare una valutazione di prevalenza dell'art. 50 della Carta, ma una simile scelta da parte dell'autorità giudiziaria interna determinerebbe il conseguente obbligo in capo allo Stato di adottare ogni misura necessaria a rispettare i crismi delle sanzioni volte a garantire l'effettività del diritto UE, con l'ulteriore rischio di determinare una persistente violazione del divieto di doppio giudizio.

Al riguardo, allora, è opportuno richiamare il quadro di principi delineato dalla Corte di Giustizia con la sentenza Fransson:

a) l'art. 50 CDFUE non osta a che uno Stato membro imponga, per le medesime violazioni di obblighi dichiarativi in materia di IVA, una combinazione di sovrattasse e sanzioni

⁷ Corte EDU, Engel c. Paesi Bassi, n. 5100/71, 8 giugno 1976.

penali, al fine di assicurare la riscossione delle entrate provenienti dall'IVA e tutelare in tal modo gli interessi finanziari dell'Unione europea (§ 34);

b) ciò nonostante, “qualora la sovrattassa sia di natura penale, ai sensi dell'articolo 50 della Carta, e sia divenuta definitiva, tale disposizione osta a che procedimenti penali per gli stessi fatti siano avviati nei confronti di una stessa persona” (§ 34);

c) ai fini della valutazione della natura penale delle sanzioni tributarie, sono rilevanti tre criteri: la qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, la natura dell'illecito e, infine, la natura e il grado di severità della sanzione, come delineati nella sentenza “Bonda” (§ 35);

d) “*spetta al giudice del rinvio valutare, alla luce di tali criteri, se occorra procedere ad un esame del cumulo di sanzioni tributarie e penali previsto dalla legislazione nazionale sotto il profilo degli standard nazionali ai sensi del punto 29 della presente sentenza, circostanza che potrebbe eventualmente indurlo a considerare tale cumulo contrario a detti standard, a condizione che le rimanenti sanzioni siano effettive, proporzionate e dissuasive*” (§ 36).

4.

Le divergenze interpretative con la giurisprudenza della Corte EDU.

È evidente che, in tal modo, la Corte di Giustizia giunge ad accogliere con la sentenza Fransson una interpretazione dell'art. 50 CDFUE, nella parte in cui riconosce il *ne bis in idem* interno, parzialmente diversa da quella effettuata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in relazione all'art. 4 del Prot. n. 7 CEDU.

Nessun riferimento è stato effettuato espressamente dalla Corte di Giustizia al disposto di cui all'art. 4, così come interpretato dalla giurisprudenza di Strasburgo, nonostante la previsione di cui all'art. 52, § 3, CDFUE, debba essere letta alla luce delle Spiegazioni di corredo della Carta dei diritti fondamentali.

Se, da un lato, i giudici eurounitari hanno richiamato i criteri della sentenza “Bonda” – che a loro volta fanno riferimento ai criteri Engel elaborati dalla Corte europea – per accertare la natura penale delle sanzioni fiscali, dall'altro lato essi sembrano essersene in parte discostati con l'affermazione contenuta nel § 36, in cui vengono in giuoco diverse esigenze (anche) attinenti ai rapporti tra diritto interno e diritto dell'Unione.

Le statuizioni contenute nel § 36 della sentenza, infatti, consegnano direttamente al vaglio deliberativo del giudice interno il compito di sciogliere quel nodo interpretativo.

Se, però, è tendenzialmente chiaro che il soggetto chiamato ad operare tale valutazione sarà il giudice comune, meno chiaro è il tipo di valutazione che egli dovrà compiere.

In primo luogo, l'oggetto della valutazione sembra mutare rispetto a quanto affermato in linea di principio dalla Corte di Giustizia (§ 34) e in generale dalla Corte europea (con riferimento all'art. 4, Prot. n. 7, CEDU), non concernendo più la sola natura penale delle sanzioni (illeciti, procedure) fiscali da cui scatterebbe, in caso di esito positivo, la preclusione processuale *ex art. 50 CDFUE* come accade, di regola, per l'art. 4, Prot. n. 7, CEDU, ma il cumulo tra sanzioni penali e tributarie (di natura penale) per lo stesso fatto.

In secondo luogo, è assai dubbio stabilire, sul piano interpretativo, quali siano il tipo e la misura dello *standard* di protezione (interno o eurounitario) di cui dovrà tener conto il giudice nazionale nella sua valutazione⁸.

Certamente, però, nell'area semantica degli “*standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali*”, e dunque nell'ambito di tale delicata operazione di bilanciamento, sono ricomprese anche le norme sub-costituzionali rappresentate dalle norme convenzionali secondo l'interpretazione che ne fornisce la Corte di Strasburgo, con il conseguente rilievo di una supremazia, sia pure indirettamente affermata, della Carta rispetto alla CEDU⁹.

Infatti, la “non compromissione del livello di tutela previsto dalla Carta” (come interpretata dalla Corte di Giustizia) e, soprattutto, il principio della “non compromissione del primato, unità ed effettività del diritto dell'Unione” (rimarcato anche nella coeva sentenza Melloni del

⁸ D. VOZZA, *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Dir. pen. cont.*, 15 aprile 2013, pp. 5 s., nonché in *questa Rivista*, 3, 2013, pp. 294 ss.

⁹ P. GAETA, *Gerarchia ed antinomie di interpretazioni conformi nella materia penale: il caso del bis in idem*, in corso di pubblicazione su *Cass. pen.*, 2014, pp. 14 ss. del dattiloscritto.

26 febbraio 2013, C 399/11, § 60), stanno a significare che la Corte di Lussemburgo intende applicare esclusivamente, “senza cedevolezza”, il suo diritto (art. 50), con la conseguenza che l'eventuale contrasto della norma interna con i diritti fondamentali (ossia, con la loro attuazione in via interpretativa da parte della Corte di Strasburgo) non può comportare comunque la “compromissione del primato o l'effettività” del diritto dell'UE¹⁰.

Dunque, l'interpretazione dell'art. 50 CDFUE pare discostarsi da quella abitualmente fornita dalla Corte EDU in ordine all'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU, giacché si concretizza in una lettura tendenzialmente restrittiva del divieto di un secondo giudizio, se non altro per il fatto che tale diritto deve essere bilanciato dal giudice nazionale con l'esigenza di adeguate sanzioni residuali.

Si è rilevato, in dottrina, che non pare chiaro sino a che punto potranno spingersi i giudici interni nell'interpretazione dell'art. art. 50 CDFUE, senza esporre al contempo lo Stato membro al rischio di una condanna da parte della Corte europea¹¹.

5.

Due precedenti rilevanti della Corte di Giustizia: il caso “Bonda”.

V'è da osservare, peraltro, che la soluzione accolta nella sentenza *Fransson*, presenta elementi differenziali rispetto a quella adottata dai giudici eurounitari nella decisione “Bonda”¹², che si ricollega anch'essa all'applicazione del divieto di *bis in idem*.

Il rinvio pregiudiziale, in questo caso, era stato sollevato dalla Corte suprema polacca nell'ambito di un procedimento penale a carico del sig. Bonda per il reato di frode in materia di sovvenzioni (art. 297 § 1 c.p. polacco), avviato per gli stessi fatti (di falsa dichiarazione riguardante la superficie agricola ammissibile al beneficio del pagamento unico per superficie) già decisi dall'Ufficio circondariale dell'Agenzia per la ristrutturazione e la modernizzazione agricola.

La Corte di Giustizia, dopo aver ribadito, alla luce dei propri precedenti giurisprudenziali (sostanzialmente fondati sul richiamo ai medesimi criteri direttivi accolti dalla Corte EDU), che non hanno natura penale (ma amministrativa) le sanzioni disposte da normative di politica agricola comune, quali l'esclusione temporanea di un operatore economico dal beneficio di un regime di aiuti, ha affermato che la natura amministrativa delle misure previste dall'art. 138 § 1, secondo e terzo comma, del regolamento n. 1973/2004, non è rimessa in discussione dall'esame della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa alla nozione di “procedura penale”, ai sensi dell'art. 4, Prot. n. 7 CEDU.

Dunque, nella giurisprudenza eurounitaria la “materia penale” può essere definita, allo stato, secondo una “geometria variabile”, le cui linee ricostruttive possono essere diversamente tracciate a seconda del tipo di rinvio pregiudiziale sollevato, del parametro normativo oggetto di interpretazione, del contesto normativo e fattuale di riferimento e, ovviamente, dell'interpretazione operata nel caso concreto sottoposto alla cognizione della Corte¹³.

6.

Segue: il caso “Spector Photo Group”.

La sentenza “Spector Photo Group” del 23 dicembre 2009¹⁴ ci offre, proprio nella materia degli abusi di mercato, un'indicazione interessante, anche se non risolutiva, laddove la Corte di Giustizia afferma (nei §§ 76-77) che l'art. 14, n. 1, della direttiva 2003/6 – che esige dagli Stati membri che le misure o le sanzioni amministrative da essi imposte alle persone responsabili di un abuso di mercato, come un abuso di informazioni privilegiate, siano efficaci, proporzionate e dissuasive, fatto salvo il diritto degli Stati membri d'infliggere sanzioni penali – non può essere interpretato nel senso di imporre alle autorità nazionali competenti l'obbligo di prendere in considerazione, nella determinazione di una sanzione finanziaria amministrativa, la

¹⁰ P. GAETA, *Gerarchia ed antinomie di interpretazioni conformi nella materia penale: il caso del bis in idem*, cit., pp. 14 ss. del dattiloscritto.

¹¹ D. VOZZA, cit., p. 8.

¹² Corte Giust., C-489/10, *Bonda*, 5 giugno 2012.

¹³ D. VOZZA, cit., p. 9.

¹⁴ Corte Giust., C-45/08, *Spector Photo Group*, 23 dicembre 2009, §§ 74-77.

possibilità d'infliggere un'eventuale sanzione finanziaria penale ulteriore.

Ne consegue che la valutazione del carattere efficace, proporzionato e dissuasivo delle sanzioni amministrative previste dalla direttiva 2003/6 non può dipendere da un'ipotetica sanzione penale ulteriore.

Inoltre, il vantaggio economico risultante da un abuso di informazioni privilegiate, secondo i Giudici di Lussemburgo, può costituire un elemento pertinente ai fini della determinazione di una sanzione efficace, proporzionata e dissuasiva, ma il metodo di calcolo di tale vantaggio economico e, in particolare, la data o il periodo da prendere in considerazione rientrano nel diritto nazionale.

È significativo rilevare che uno dei principali argomenti difensivi sottoposti alla Corte EDU dal Governo italiano riguardava il rilievo che sarebbe stato proprio il diritto dell'Unione europea a consentire il ricorso ad una doppia sanzione (amministrativa e penale) nell'ambito della lotta contro le condotte abusive sui mercati finanziari, attraverso la disposizione di cui all'articolo 14 della direttiva 2003/6¹⁵.

Al riguardo, in effetti, la Corte EDU ha svolto nella pronuncia in esame una breve analisi della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea – pur precisando che il suo compito non è di interpretarne le statuizioni – ed ha osservato, correttamente, che nella su citata sentenza del 23 dicembre 2009 essa ha stabilito che l'art. 14 della direttiva 2003/6 non impone agli Stati membri dell'UE di prevedere sanzioni penali a carico degli autori di abusi di informazioni privilegiate, ma si limita ad enunciare che essi sono tenuti a vigilare affinché siano applicate sanzioni amministrative nei confronti delle persone responsabili di una violazione delle disposizioni adottate in applicazione di tale direttiva.

Secondo la Corte EDU, inoltre, la Corte di Lussemburgo ha “messo in guardia” gli Stati membri che tali sanzioni amministrative possono, ai fini dell'applicazione della Convenzione, essere qualificate come sanzioni penali.

Nella pronuncia qui esaminata, tuttavia, i Giudici di Strasburgo omettono di considerare gli ulteriori passaggi motivazionali significativamente dedicati dalla Corte di Giustizia ai criteri di valutazione che le autorità nazionali devono utilizzare nell'esercizio del correlativo potere qualificatorio.

Criteri rilevanti, che in qualche misura sembrano aver anticipato l'assetto interpretativo che avrebbe preso forma nella trama argomentativa successivamente delineata, con maggior precisione, nella motivazione della sentenza *Fransson*.

7.

L'evoluzione giurisprudenziale della Corte EDU in tema di “doppio binario sanzionatorio”.

L'elaborazione giurisprudenziale della Corte EDU, ribadita anche nella motivazione della pronuncia *Grande Stevens*, è invece costante nell'affermare il principio opposto, poiché nel suo canone esegetico non soltanto può non rilevare la qualificazione dell'infrazione fornita dal diritto degli Stati membri, ma non spetta in nessun caso al giudice nazionale il compito di valutare la “natura penale” della prima sanzione, poiché è la sola Corte EDU a poter accertare la reale sostanza dell'infrazione, così, di fatto, estromettendo il giudice nazionale dall'esercizio di ogni potere qualificatorio.

Ulteriori complicazioni, peraltro, possono derivare dal fatto che nella elaborazione giurisprudenziale della Corte europea dei diritti dell'uomo talune pronunzie utilizzano criteri

¹⁵ L'articolo 14 della direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 gennaio 2003 relativa all'abuso di informazioni privilegiate e alla manipolazione del mercato (abusi di mercato - Gazzetta ufficiale n. L 096 del 12/04/2003 pp. 0016-0025) dispone: «1. Fatto salvo il diritto degli Stati membri di imporre sanzioni penali, gli Stati membri sono tenuti a garantire, conformemente al loro ordinamento nazionale, che possano essere adottate le opportune misure amministrative o irrogate le opportune sanzioni amministrative a carico delle persone responsabili del mancato rispetto delle disposizioni adottate in attuazione della presente direttiva. Gli Stati membri sono tenuti a garantire che tali misure siano efficaci, proporzionate e dissuasive. 2. La Commissione stila, in conformità della procedura di cui all'articolo 17, paragrafo 2, un elenco indicativo delle misure e delle sanzioni amministrative di cui al paragrafo 1. 3. Gli Stati membri fissano le sanzioni da applicare per l'omessa collaborazione alle indagini di cui all'articolo 12. 4. Gli Stati membri provvedono affinché l'autorità competente possa divulgare al pubblico le misure o sanzioni applicate per il mancato rispetto delle disposizioni adottate in attuazione della presente direttiva, salvo il caso in cui la divulgazione possa mettere gravemente a rischio i mercati finanziari o possa arrecare un danno sproporzionato alle parti coinvolte.»

aggiuntivi per definire il concetto di materia penale: in un caso, ad es., si è precisato che una sanzione tributaria lieve non costituisce di per sé un fattore decisivo per escludere la natura penale dell'illecito¹⁶, mentre in un altro caso si è affermato che qualora la procedura fiscale e la procedura fiscale-penale avviate contro un medesimo ricorrente siano “legate tra di loro, in maniera da non essere sufficientemente distinte”, vi è una estensione delle garanzie dell'art. 6 CEDU anche alla procedura fiscale¹⁷.

Questa seconda decisione, in particolare, assume un certo rilievo, poiché tende a sviluppare un ulteriore criterio (di natura processuale) per la qualificazione giuridica di un illecito come penale.

Ed ancora, nel percorso argomentativo della sentenza Grande Stevens la sentenza Fransson viene solo parzialmente menzionata (nel § 229), richiamando, sì, l'affermazione secondo cui, in virtù del principio del *ne bis in idem*, “uno Stato può imporre una doppia sanzione (fiscale e penale) per gli stessi fatti solo a condizione che la prima sanzione non sia di natura penale”, ma omettendo di confrontarsi criticamente con le implicazioni dei passaggi motivazionali, ben più significativi, che la Corte di Giustizia dedica alla valutazione giudiziale “interna” del possibile rilievo del cumulo delle sanzioni e delle sue eventuali ricadute sui limiti applicativi del principio.

Va infine ricordato che, anche successivamente, la Corte EDU ha confermato *in toto* il proprio orientamento, pronunziandosi il 20 maggio 2014 nel caso *Nikänen c. Finlandia*, ove ha condannato lo Stato finlandese per violazione del principio del *ne bis in idem* in relazione ad una ipotesi di doppio binario sanzionatorio (penale-amministrativo) presente nella legislazione tributaria finlandese. Nel caso appena citato, le autorità fiscali finlandesi avevano inflitto al ricorrente una sanzione amministrativa pecuniaria (sovrattassa) pari alla somma di 1.700 euro. Nel procedimento penale iniziato nel 2008 per gli stessi fatti, egli era stato condannato dalla Corte d'Appello di Helsinki (con sentenza poi confermata dalla Corte suprema finlandese) per frode fiscale ad una pena di 10 mesi di reclusione e al pagamento di 12.420 euro (somma pari all'importo delle tasse evase).

La Corte EDU, nel ribadire i criteri direttivi elaborati a partire dalla sentenza Engel, ha concluso nel senso che i procedimenti che comportano l'imposizione di una sovrattassa devono essere considerati “penali” anche ai fini dell'applicazione dell'art. 4 del Protocollo n. 7 della Convenzione, precisando, inoltre, *che la celebrazione di due procedimenti paralleli è compatibile con la Convenzione, a condizione che il secondo venga interrotto nel momento in cui il primo sia divenuto definitivo*.

8.

Un dialogo problematico.

Questa diversità di opinioni sul ruolo e sull'estensione dei poteri del giudice nazionale è stata subito colta nelle riflessioni avviate da un'attenta dottrina¹⁸ poiché essa involge la stessa articolazione delle linee-guida di un sereno e fecondo dialogo tra le Corti, affondando le sue radici in una visibile linea di frattura tra il sistema interno e quello convenzionale.

È evidente, infatti, che in un sistema basato sul principio costituzionale della riserva di legge il giudice nazionale è vincolato dalla definizione normativa del fatto come reato o illecito amministrativo secondo la legislazione nazionale.

Sotto altro, ma connesso profilo, egli sarà comunque obbligato al rispetto dei vincoli derivanti dal quadro normativo eurounitario in tema di valutazione della compatibilità della doppia sanzione, e potrà, se del caso, ritenere che, non essendo la prima sanzione inflitta di natura penale (perché non qualificata in tal senso dall'ordinamento nazionale, né tale ritenuta dal diritto dell'Unione), lo *standard* di tutela nazionale rispetto al principio del *ne bis in idem* non è stato affatto violato.

Valutazione, questa, che rischia però di collidere frontalmente con il quadro delle garanzie

¹⁶ Corte EDU, GC, Jussila c. Finlandia, 23 novembre 2006, §§ 29-39.

¹⁷ Corte EDU, Chambaz c. Svizzera, 5 aprile 2012, §§ 36-49.

¹⁸ N. LAZZERINI, *Il contributo della sentenza Akerberg Fransson alla determinazione dell'ambito di applicazione e degli effetti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. dir. int.*, 2013, pp. 907 ss.; P. GAETA, *Gerarchia ed antinomie di interpretazioni conformi nella materia penale: il caso del bis in idem*, in corso di pubblicazione su *Cass. pen.*, 2014, pp. 17 ss. del dattiloscritto.

convenzionali tracciato dalla Corte EDU, poiché, assumendo che lo *standard* nazionale di tutela possa essere integrato anche dai principi della Convenzione e del Protocollo, il giudice nazionale ben potrà giungere alla conclusione di ritenere del tutto legittima un'ipotesi di applicazione della doppia sanzione secondo l'ordinamento nazionale, come interpretato nel prisma dell'art. 50 della Carta; al contempo, tuttavia, un'esegesi di tal fatta può rivelarsi illegittimamente preclusiva sul piano del rispetto delle garanzie convenzionali *ex* art. 4 del Protocollo n. 7, così come interpretato nella prospettiva "sostanzialistica" seguita dalla Corte di Strasburgo.

Se, dunque, la materia è oggetto, direttamente o indirettamente, di una copertura normativa di rilievo eurounitario, il giudice nazionale è abilitato a sviluppare una soluzione interpretativa in senso conforme ai Trattati o al loro diritto derivato, ma potrebbe al tempo stesso infrangere la sostanza del medesimo principio nella diversa prospettiva convenzionale.

Sarebbe possibile, in casi del genere, delineare il percorso di un'interpretazione conforme da parte del giudice nazionale sul contenuto e i limiti del vaglio di compatibilità della doppia sanzione?

Al riguardo, muovendo dalla linea interpretativa tracciata nella sentenza *Fransson*, si è rilevato che, allorquando la doppia sanzione deriva dal recepimento in sede nazionale di una disposizione normativa eurounitaria (come verificatosi, appunto, nel caso degli abusi di mercato), occorre distinguere l'ipotesi in cui l'operato degli Stati membri sia direttamente determinato dal diritto UE (ad es., un regolamento), non risultando in tal caso alcuno spazio applicativo per gli *standards* nazionali più elevati (con il conseguente rischio, per gli Stati che hanno aderito al Prot. 7, di scegliere tra una possibile violazione degli obblighi euro-unitari ovvero di natura convenzionale), dalla diversa ipotesi in cui l'operato degli Stati membri non sia interamente oggetto di disciplina del diritto dell'Unione (ad es., quando il doppio binario sanzionatorio è l'effetto della trasposizione di una direttiva), poiché in tale diversa evenienza l'applicabilità del parametro convenzionale, ossia del divieto di *bis in idem* posto dall'art. 4 del Prot. 7, resta subordinata ad una discrezionale valutazione del giudice nazionale, nel senso che il sistema sanzionatorio nazionale, anche in assenza del cumulo di sanzioni, risulti comunque idoneo ad assicurare l'adempimento effettivo degli obblighi posti dall'ordinamento UE: se così non fosse, l'eliminazione del cumulo sanzionatorio si porrebbe in contrasto con tale diritto¹⁹.

Una ipotesi interpretativa, questa, i cui esiti decisori rischiano di aprire la strada ad una eccessiva elasticità dei margini di discrezionalità dell'interpretazione, e, forse, ad un soggettivismo giurisprudenziale non meno pericoloso di quello che potrebbe verificarsi affidandosi a moduli esegetici esclusivamente incentrati sulla valorizzazione del profilo sostanziale della "materia penale" e, per converso, sulla dequotazione dei criteri formali di individuazione del tipo di illecito.

9.

I recenti interventi del legislatore europeo: la direttiva 2014/57/UE ed il regolamento UE n. 596/2014 in tema di abusi di mercato.

La linea di tendenza seguita dal legislatore europeo nell'incentivare il ricorso a forme di doppio binario sanzionatorio, peraltro, appare ancor più rafforzata alla luce delle connotazioni assunte dal nuovo quadro normativo delineato dal Parlamento UE e dal Consiglio per prevenire e reprimere le violazioni relative agli abusi di mercato.

Il nuovo impianto sanzionatorio messo in campo con la recente direttiva 2014/57/UE del 16 aprile 2014²⁰ è funzionale a garantire l'integrità dei mercati, poiché dal rapporto della Commissione europea è emerso che la precedente direttiva 2003/6 non è stata attuata in modo adeguato in tutti gli Stati membri. Essi, infatti, hanno predisposto unicamente misure amministrative, che alla prova dei fatti, si sono mostrate inadeguate. Si è, inoltre, rilevato che l'assenza di sanzioni penali incide in modo negativo sull'uniformità delle condizioni operative del mercato interno.

Proprio per ovviare a tali mancanze, la nuova direttiva chiede agli Stati membri sanzioni

¹⁹ N. LAZZERINI, *cit.*, pp. 908.

²⁰ G.U.U.E., 12 giugno 2014, L 173/179 pp. ss.

più efficaci, in grado di svolgere un effetto dissuasivo almeno per i reati più gravi.

La sanzione – si precisa nella direttiva – deve essere proporzionata ai profitti conseguiti da chi commette il reato e ai danni provocati anche ai mercati e all'economia in generale. Per i reati previsti dagli articoli 3 a 5 (abuso di informazioni privilegiate, raccomandazione o induzione di altri alla commissione di abuso di informazioni privilegiate, comunicazione illecita di informazioni privilegiate, manipolazione del mercato) la durata massima della pena non potrà essere inferiore ai 4 anni. Tra le altre sanzioni, poi, gli Stati potranno prevedere l'esclusione dal godimento di contributi o sovvenzioni pubblici; l'interdizione temporanea o permanente all'esercizio di un'attività d'impresa; l'assoggettamento a controllo giudiziario; provvedimenti giudiziari di liquidazione; la chiusura temporanea o permanente dei locali usati per commettere il reato.

Il termine ultimo per il recepimento di tale strumento normativo è fissato alla data del 3 luglio 2016.

Assieme alla direttiva sulle sanzioni, peraltro, è stato pubblicato il regolamento UE n. 596/2014 relativo agli abusi di mercato²¹, che abroga la direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e le direttive 2003/124/CE, 2003/125/CE e 2004/72/CE della Commissione (abusi di mercato), nonché la direttiva 2014/65/UE relativa ai mercati degli strumenti finanziari e che modifica la direttiva 2002/92/CE e la direttiva 2011/61/UE.

Accanto all'obiettivo di una più decisa penalizzazione di tali abusi, la combinazione tra le due prospettive sanzionatorie è ritenuta comunque possibile dalle istituzioni europee, poiché secondo il *considerandum* 22 della su citata direttiva gli obblighi ivi stabiliti di prevedere negli ordinamenti nazionali pene per le persone fisiche e sanzioni per le persone giuridiche *non esonerano gli Stati membri dall'obbligo di contemplare in tali ordinamenti nazionali sanzioni amministrative e altre misure per le violazioni previste nel regolamento (UE) n. 596/2014, salvo che gli Stati membri non abbiano deciso, conformemente al regolamento (UE) n. 596/2014, di prevedere per tali violazioni unicamente sanzioni penali nel loro ordinamento nazionale*.

Si individua, poi, quella che può rivelarsi una generale linea di confine tra le due tipologie di illecito e sanzioni, in modo da evitare possibili violazioni del *bis in idem* nei diversi Stati membri dell'Unione: nel *considerandum* 23, infatti, si precisa l'ambito di applicazione della direttiva in relazione al connesso strumento regolamentare (n. 596/2014), poiché mentre *le condotte illecite commesse con dolo dovrebbero essere punite conformemente alla presente direttiva, almeno nei casi gravi, le sanzioni per le violazioni del regolamento (UE) n. 596/2014 non richiedono che sia comprovato il dolo o che gli illeciti siano qualificati come gravi*.

Nella medesima prospettiva, infine, il legislatore europeo tenta di individuare, in altre disposizioni della su citata direttiva (ad es. i *consideranda* 11 e 12), una serie di criteri di ordine generale per poter qualificare “gravi” gli illeciti di manipolazione del mercato e quelli di abuso di informazioni privilegiate, muovendo dal presupposto (*considerandum* 6) che è “essenziale rafforzare il rispetto delle norme sugli abusi di mercato istituendo sanzioni penali, che dimostrino una forma più forte di disapprovazione sociale rispetto alle sanzioni amministrative. Introducendo sanzioni penali almeno per le forme gravi di abusi di mercato, si stabiliscono confini chiari per i tipi di comportamenti che sono ritenuti particolarmente inaccettabili e si trasmette al pubblico e ai potenziali contravventori il messaggio che tali comportamenti sono considerati molto seriamente dalle autorità competenti”.

10.

Le prime risposte della giurisprudenza nazionale.

Muovendo ora il piano delle riflessioni sul diritto interno, v'è da osservare che le prime risposte della Corte di Cassazione sembrano orientarsi nel senso di una decisa valorizzazione della rilevanza tradizionalmente assunta dai tratti costitutivi del principio di legalità formale accolto nella nostra Costituzione.

10.1. Con sentenza del 17 dicembre 2013 – precedente al deposito, avvenuto il 4 marzo 2014, della decisione emessa dalla Corte EDU nella causa “Grande Stevens e altri contro

²¹ G.U.U.E., 12 giugno 2014, L 173/1 pp. ss.

Italia” – la Prima Sezione della Corte di Cassazione ha affermato, riguardo alla definizione della vicenda in esame, che, sulla base del diritto vigente, l’azione penale non è improcedibile, perché preclusa ai sensi dell’art. 649 cod. proc. pen., in seguito alla irrogazione definitiva di una sanzione amministrativa per il medesimo fatto²².

Proprio muovendo dalla valorizzazione degli enunciati interpretativi della sentenza Fransson, la Corte di Cassazione ha ritenuto infondata la richiesta volta ad ottenere una declaratoria di improseguibilità dell’azione penale, osservando che il presupposto formale del divieto di un secondo giudizio e della preclusione della *res iudicata* è costituito dalla sentenza penale – di condanna o di proscioglimento – ovvero dal decreto penale divenuti irrevocabili, “atteso l’incontestabile tenore dell’art. 649, comma 1, cod. proc. pen.”, presupposto che, nel caso in esame, è stato ritenuto pacificamente carente.

La Corte ha significativamente aggiunto, poi, che sulla base del diritto vigente non è “plausibilmente prospettabile per l’interprete alcuno spiraglio per una diversa ermeneutica” nel senso, prospettato dalla difesa, di una interpretazione adeguatrice costituzionalmente orientata dell’art. 649 c.p.p., che miri ad estendere il divieto in relazione ai pregressi giudizi relativi al medesimo fatto sanzionato come violazione amministrativa, ossia nel senso di ritenere la nozione di “reato” sostanzialmente equipollente al concetto di “infrazione”.

Un’esegesi di tal fatta, dunque, viene ritenuta “*in contrasto col dato testuale della legge nazionale*”.

10.2. Sostanzialmente non dissimile, nella *ratio* e nei contenuti argomentativi, appare un altro epilogo decisivo, maturato però nel diverso settore del diritto tributario.

Con una pronuncia della sez. VI civile, inoltre, la Corte di Cassazione ha pronunciato sul ricorso di un cittadino che, sul presupposto della irragionevole durata di una controversia tributaria, aveva chiesto l’equa riparazione²³.

Il presupposto del ricorso era fondato sulla “sostanza penale” da riconoscere alle sanzioni tributarie particolarmente afflittive, secondo quanto enunciato nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo e, dunque, sul connesso rilievo che il relativo processo tributario, proprio in quanto vertente su una “materia penale”, legittimasse l’assimilazione del processo tributario a quello penale, sia pure ai limitati fini dell’equa riparazione e a prescindere dalla soglia di imposta evasa e dalla sussistenza o meno della rilevanza anche penale dei fatti oggetto di controversia nel giudizio tributario.

La Corte di Cassazione ha ritenuto di disattendere la domanda muovendo proprio dall’indirizzo interpretativo seguito dalla Corte di Giustizia nel caso Akerberg Fransson, ai cui principi ha inteso conformarsi.

Pur rilevando, infatti, che la Corte di Giustizia ha ampliato il novero degli elementi alla stregua dei quali il giudice nazionale è chiamato a decidere se le sanzioni tributarie assumano o no natura penale, la Suprema Corte ha osservato che il nostro sistema costituzionale è retto dal principio di stretta legalità nell’individuazione degli illeciti e delle sanzioni penali (art. 25 Cost.), principio recepito anche in sede di legislazione ordinaria nell’art. 1 cod. pen., e che è quindi demandato solo ed esclusivamente al legislatore il compito di procedere all’individuazione del tipo penale.

Discende da tale affermazione il logico corollario secondo cui “pare assai più conferente ancorare l’assimilabilità di una sanzione amministrativa (o tributaria) ad una sanzione penale solo in presenza di un riferimento normativo e non esclusivamente in base al requisito – che presenta indubbi caratteri di relatività – della afflittività della sanzione”, con l’ulteriore, significativo, rilievo che “*la decisione Aklagaren c. Hans Akerberg Fransson si pone in perfetta armonia con i principi costituzionali dell’ordinamento italiano*”.

Conclusivamente, dunque, la Corte di Cassazione ha ritenuto, nel caso di specie, del tutto corretta la decisione della Corte d’Appello di escludere che il giudizio tributario in questione fosse ascrivibile all’ambito della materia penale.

²² Sez. 1, 17 dicembre 2013, dep. 14 maggio 2014, n. 19915, in <http://www.cortedicassazione.it>.

²³ Sez. VI, 13 gennaio 2014, n. 510, A.S. c. Ministero dell’Economia e delle Finanze.

10.3. Nella medesima prospettiva, poi, si colloca un'ulteriore pronuncia della Suprema Corte (8 aprile-15 maggio 2014, n. 20266), la quale, ponendosi in linea con quanto già affermato in una recente decisione delle Sezioni unite (28 marzo 2013, n. 37425, Favellato), ha escluso che il concorso tra sanzioni amministrative e penali previste in caso di omesso versamento di ritenute (*ex art. 10-bis del d. lgs. 10 marzo 2000, n. 74 e art. 13 del d. lgs. 18 dicembre 1997, n. 471*) possa costituire una violazione del principio del *ne bis in idem* fissato dalla Convenzione dei diritti dell'uomo.

Nel caso ora richiamato, l'imputato era stato assolto in primo grado dal reato di omesso versamento delle ritenute (*ex art. 10-bis del d. lgs. n. 74/2000*) e la sentenza era stata impugnata *per saltum* dal P.G. Dinanzi alla Corte di Cassazione il ricorrente ha sostenuto che, essendo intervenuta una sanzione per la stessa violazione della disciplina fiscale ai sensi dell'illecito amministrativo di cui all'art. 13 del d. lgs. 471/1997, l'eventuale condanna anche per il reato avrebbe comportato una violazione del principio del *ne bis in idem* come interpretato dalla sentenza della Corte EDU nel caso Grande Stevens c. Italia, poiché l'omesso versamento delle ritenute sarebbe stato punito sia come illecito amministrativo sia come illecito penale.

La Corte di Cassazione ha ritenuto inconferente il richiamo al precedente giurisprudenziale della Corte EDU, respingendo la tesi del *bis in idem* sul rilievo che la sanzione amministrativa tributaria non può essere considerata una sanzione avente natura penale e che l'omesso versamento-illecito amministrativo e l'omesso versamento-illecito penale, essendo caratterizzati da elementi costitutivi parzialmente divergenti, non si trovano in un rapporto di specialità, bensì di progressione illecita, con la conseguenza che al trasgressore devono essere applicate entrambe le sanzioni²⁴.

11.

Il necessario raccordo con gli obblighi di fonte convenzionale ed eurounitaria.

Sullo sfondo, peraltro, sembra progressivamente emergere un problema di non poco momento, giacché una normativa di recepimento degli obblighi di fonte eurounitaria che risulti incompatibile con l'*acquis* CEDU può comportare il rischio che lo Stato si trovi convenuto in giudizio dinanzi alla Corte di Strasburgo per l'ipotizzata violazione del sistema convenzionale nell'esecuzione degli atti dell'Unione.

Se, da un lato, il trasferimento di competenze ad un'organizzazione internazionale non esime tale Stato dal rispetto della Convenzione e se l'azione degli Stati è ritenuta compatibile, in via presuntiva, con gli obblighi CEDU (nella misura in cui la protezione offerta dal sistema UE possa ritenersi "equivalente" rispetto a quella garantita dal sistema CEDU sul piano sostanziale e procedurale), dall'altro lato la Corte europea²⁵ ritiene comunque possibile esercitare il suo scrutinio sugli statali di esecuzione ogni qual volta l'organizzazione lasci allo Stato un margine di discrezionalità circa le misure da adottare, ossia quando non si tratti di atti dotati di efficacia diretta, come ad es., i regolamenti.

Negli altri casi, dunque, la legislazione nazionale non è sottratta all'eventuale controllo internazionale operato dalla Corte in via sussidiaria rispetto a quello esercitato dai giudici nazionali.

Sotto altro, ma connesso profilo, va considerata anche la posizione in linea generale espressa dalla Corte di Giustizia sin dal caso Kamberaj, dove si riconosce che, ai sensi dell'articolo 6, par. 3, TUE, i diritti fondamentali, così come garantiti dalla CEDU e quali risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali²⁶.

Siffatta disposizione del Trattato UE, secondo la Corte di Giustizia, consacra il suo tradizionale orientamento giurisprudenziale, che vede nei diritti fondamentali una parte integrante dei principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l'osservanza.

L'art. 6, par. 3, tuttavia, non disciplina il rapporto tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici

²⁴ V., sul punto, la nota critica di [M. Dova, Ne bis in idem in materia tributaria: prove tecniche di dialogo tra legislatori e giudici nazionali e sovranazionali](#), in *Dir. pen. cont.*, 5 giugno 2014.

²⁵ Corte EDU, 30 giugno 2005, *Bosphorus c. Irlanda*, § 154.

²⁶ Corte Giust., 24 aprile 2012, *Kamberaj*, C-571/10.

degli Stati membri e nemmeno determina le conseguenze che un giudice nazionale deve trarre nell'ipotesi di conflitto tra i diritti garantiti da tale Convenzione ed una norma di diritto nazionale.

Discende da tale affermazione, dunque, che il rinvio operato da quella disposizione normativa alla CEDU non impone al giudice nazionale, in caso di conflitto tra una norma di diritto nazionale e quella Convenzione, di applicare direttamente le disposizioni di quest'ultima, disapplicando la norma di diritto nazionale in contrasto con essa.

12. Le possibili soluzioni interpretative.

Nel caso in esame si è avuto modo di rilevare che la Corte EDU, dopo aver ricondotto l'illecito amministrativo previsto dall'art. 187-ter t.u.f. alla *matière pénale*, con il conseguente effetto di assimilazione del relativo procedimento a quello vertente su una "*accusation en matière pénale*", ha concluso nel senso della medesimezza dei fatti, stabilendo il principio secondo cui non rileva accertare se gli elementi costitutivi del fatto tipizzato dalle due norme siano o meno identici, ma solo il diverso profilo che i fatti sussunti in esse, e giudicati nei due procedimenti, siano o meno i medesimi (§ 224).

Dal richiamo, sia pur parziale, ma in più occasioni operato dalla Corte EDU agli orientamenti giurisprudenziali della Corte di Giustizia, sembra possibile evincere che ad essere messa in discussione – ed il rilievo può agevolmente estendersi anche al di là della materia degli abusi di mercato – non è tanto la possibilità che un sistema normativo preveda in taluni casi un doppio binario sanzionatorio, quanto la concreta configurazione che esso ha assunto nella disciplina adottata dal legislatore italiano²⁷.

12.1. Entro questa prospettiva, per sciogliere i dubbi originati dalle situazioni di possibile antinomia normativa sembra comunque assumere un ruolo di centrale rilevanza il ricorso ad una estesa applicazione del principio di specialità sulla base della regola generale dettata nell'art. 9 della l. n. 689/1981.

È la strada già intrapresa dalla Corte di Cassazione nel 2006, quando ha mostrato di valorizzare la clausola di salvezza posta in apertura dell'art. 187-ter t.u.f. per escludere in concreto il cumulo sanzionatorio sullo stesso fatto manipolativo, attraverso l'individuazione, sul piano dell'inquadramento giuridico delle due fattispecie, del confine tra illecito penale e illecito amministrativo²⁸.

La S.C. ha infatti affermato che il reato di "manipolazione del mercato", previsto dall'art. 185 del d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, così come modificato dalla L. 18 aprile 2005, n. 62, si caratterizza, differenziandosi dall'omologo illecito amministrativo di cui all'art. 187-ter del d. lgs. cit., anch'esso denominato di manipolazione del mercato, per la presenza di condotte *lato sensu* qualificabili come truffaldine o artificiose, idonee a concretizzare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari, ed ha conseguentemente ritenuto corretta, sia pure in un caso di estradizione processuale, la qualificazione giuridica della Corte d'Appello, che aveva collocato nell'ambito dell'art. 185 del d. lgs. cit. la condotta di "conspiracy" dell'estradando finalizzata alla commissione di truffe e frodi in operazioni di borsa.

In applicazione del principio di specialità, la Corte di Cassazione ha incentrato il suo argomentare sulla disamina delle fattispecie in astratto tipizzate dal legislatore, facendo riferimento, per risolvere il problema della sovrapposizione normativa, al dato quantitativo dell'alterazione del prezzo degli strumenti finanziari causato dalle operazioni poste in essere sul mercato, presente solo nella disposizione penale, ed alla natura di fattispecie a tutela anticipata di pericolo astratto dell'illecito amministrativo di cui all'art. 187-ter del d. lgs. n. 58 del 1998, che non postula, alla stregua dell'omologa fattispecie penale, condotte qualificabili come truffaldine, idonee a concretizzare una sensibile modifica del prezzo degli strumenti finanziari.

²⁷ F. D'ALESSANDRO, *Tutela dei mercati finanziari e rispetto dei diritti umani fondamentali*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, pp. 628 ss.

²⁸ Sez. 6, n. 15199 del 16 marzo 2006 – 3 maggio 2006, Rv. 234508.

Muovendo da tale linea interpretativa si è proposto in dottrina²⁹ di “rileggere” la stessa clausola di salvezza con cui si aprono gli illeciti amministrativi di abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato nel senso di circoscrivere questi ultimi ai soli casi non regolati dalle corrispondenti fattispecie penali.

Valorizzando, pertanto, la clausola, pur di ambigua formulazione, contenuta nell’art. 187-ter, secondo cui sono fatte “*Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato*”, l’illecito penale dovrebbe applicarsi in via esclusiva come norma speciale più grave rispetto all’illecito amministrativo, quando siano ravvisabili in concreto quegli elementi aggiuntivi o ulteriori già enucleati dalla Cassazione nel 2006, rispetto alla fattispecie di illecito amministrativo descritta nella norma di cui all’art. 187-ter del d. lgs. n. 58 del 1998.

Non v’è dubbio, infatti, che il confronto tra le rispettive fattispecie, astrattamente considerate, induce a ritenere che la norma con elementi specializzanti è quella penale, che deve pertanto prevalere quando quegli elementi sussistano e siano ricavabili dai contenuti del tema d’accusa.

Una soluzione, questa, sostanzialmente incentrata sul regime di alternatività tra fattispecie potenzialmente concorrenti, che potrebbe risultare conforme al quadro convenzionale, ma che, per altro verso, lascerebbe aperta la strada, sempre sotto il profilo di un contrasto con il principio del *ne bis in idem*, per una possibile questione di illegittimità costituzionale – ex art. 117 Cost. – della connessa disposizione di cui all’art. 187-terdecies t.u.f., che introduce un meccanismo limitativo della esazione della pena pecuniaria e della sanzione pecuniaria dipendente da reato alla parte eccedente quella riscossa dall’autorità amministrativa, quando per lo stesso fatto è stata applicata, a carico del reo o dell’ente, una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell’art. 187-septies³⁰.

Al riguardo, tuttavia, è necessario riflettere sul fatto che la nostra giurisprudenza tende ad applicare il principio di specialità sulla base del confronto tra elementi costitutivi di fattispecie tipiche in astratto considerate, e non tra fattispecie concrete (v., ad es., Sez. Un., n. 1963 del 2011, P.G. in proc. De Lorenzo, Rv. 248722), in ossequio al dato testuale dell’art. 9 della l. n. 689/81, che fa riferimento al “fatto tipico”, ed in linea con gli stessi orientamenti interpretativi della Corte costituzionale (v., ad es., Corte cost., n. 97/1987).

Una linea interpretativa, questa, la cui percorribilità rischia di porsi in contrasto con l’approccio “sostanzialistico” privilegiato dalla Corte EDU, la quale, per determinare se il nuovo procedimento si basi sui medesimi fatti che sono stati oggetto di una precedente condanna definitiva, ritiene che la questione da risolvere non sia quella di stabilire se gli elementi costitutivi degli illeciti previsti dagli articoli 187-ter e 185, punto 1, del decreto legislativo n. 58 del 1998 siano o meno identici, ma se i fatti ascritti ai ricorrenti dinanzi alla CONSOB e ai giudici penali siano riconducibili o meno alla stessa condotta.

In senso critico rispetto ad un’interpretazione “convenzionalmente conforme” della clausola di riserva con cui si aprono le norme sanzionatorie amministrative in materia di *market abuse* si è espressa, peraltro, parte della dottrina, secondo cui l’opzione interpretativa volta ad applicare la sanzione amministrativa nei soli casi in cui il fatto non costituisce illecito penale rischia di apparire di “dubbia compatibilità” con il sistema del diritto eurounitario, poiché, se pure in rapporto alle ipotesi di manipolazione del mercato vi è un qualche (modesto) scostamento tra fattispecie sanzionatoria penale e amministrativa, per l’abuso di informazioni privilegiate (ex artt. 184 e 187-bis t.u.i.f.) la sovrapposizione, almeno sul piano oggettivo, risulta pressoché totale, con la conseguenza che la previsione degli illeciti amministrativi resterebbe “sostanzialmente svuotata di senso”³¹.

12.2. Una diversa possibilità, specie nelle evenienze in cui vi sia una condanna definitiva in sede amministrativa e risulti ancora pendente il procedimento penale, è quella legata all’in-

²⁹ Cfr. A. F. TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L’Italia condannata per violazione del bis in idem in tema di manipolazione del mercato*, in *Dir. pen. cont.*, 9 marzo 2014, pp. 3 ss.; cfr. F. D’ALESSANDRO, *cit.*, p. 630; v., inoltre, la Relazione dell’Ufficio del Ruolo e del Massimario presso la Corte Suprema di Cassazione, n. 35/2014, 8 maggio 2014, in www.cortedicassazione.it, p. 27.

³⁰ F. D’ALESSANDRO, *cit.*, p. 630.

³¹ G. FLICK-V. NAPOLEONI, «Materia penale», *giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse*, rinvenibile sul sito www.abi.it, Relazione introduttiva – in corso di pubblicazione su *Rivista delle Società* – all’incontro di studio organizzato dall’Associazione Bancaria Italiana sulla sentenza Corte EDU, II Sezione del 4 marzo 2014, Roma, 4 giugno 2014, pp. 13 ss. del dattiloscritto.

interpretazione conforme della disposizione di cui all'art. 649 c.p.p., che secondo una parte della dottrina potrebbe leggersi, quanto al riferimento alla tipologia di illecito, secondo la visione "contenutistica" elaborata nella giurisprudenza della Corte EDU³².

L'art. 649 c.p.p., si sostiene, afferma un principio di garanzia ed è norma di portata generale, non certo eccezionale, che può essere interpretata estensivamente, nel senso di ricomprendere nel concetto «di sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili» anche i provvedimenti di condanna definiti "penali" dalla Corte di Strasburgo. In definitiva, si tratterebbe di attribuire all'elemento normativo «sentenza penale» di cui all'art. 649 c.p.p. il significato indicato dalla fonte convenzionale, facendovi rientrare l'ipotesi in cui per lo stesso fatto, oggetto di un'azione penale e di una parallela procedura amministrativa, sia stata applicata una sanzione "sostanzialmente penale", perché tale classificata dalla Corte EDU, come avvenuto nell'ipotesi regolata dal su citato art. 187-ter.

Un'interpretazione, questa, apparentemente orientata in senso "convenzionalmente conforme", ma in realtà basata su una estensione, o forse dilatazione, del dato letterale e sistematico, che sembra difficilmente percorribile non solo alla luce delle prime prese di posizione assunte dalla Corte di Cassazione (v. sent. n. 19915/2014, *cit.*), ma anche in ragione del rispetto del margine di apprezzamento nazionale – inevitabilmente riservato ad uno Stato parte nella definizione, "sovrana", delle sue fondamentali scelte di politica criminale – e del collegamento funzionale tra l'effetto preclusivo introdotto dall'art. 649 e la salvaguardia della oggettiva incontrovertibilità del *dictum* penale da cui quell'effetto deriva secondo la correlata disposizione processuale di cui all'art. 648 c.p.p.

Alle regole della cognizione penale non possono equipararsi *sic et simpliciter* quelle proprie di una procedura amministrativa sanzionatoria non assistita dal medesimo quadro di principi e garanzie, se non a patto di sacrificare l'irretrattabilità dell'azione penale in favore di quella avviata da un organo amministrativo, determinando in tal modo una violazione del principio costituzionale scolpito nell'art. 112 Cost. e dello stesso principio di soggezione alla legge di cui all'art. 101, comma 2, Cost., per l'effetto di disapplicazione di una norma penale sul cui carattere imperativo sarebbe destinato a prevalere, per la sua anteriorità, il definitivo accertamento, in altra e meno garantita sede di giudizio, di un fatto illecito ritenuto "sostanzialmente" penale.

La non procedibilità, infatti, è un effetto conseguente alla preclusione determinata dalla consumazione del potere già esercitato dal P.M. (Sez. Un., n. 34655 del 28/06/2005, dep. 28/09/2005, Rv. 231800) e si delinea all'esito di una valutazione che presuppone, e richiede, la preventiva disamina del contenuto di un provvedimento "tipico" emesso dal giudice, non certo da un'autorità amministrativa.

Un ostacolo insormontabile, dunque, che potrebbe esser superato solo attraverso la proposizione di una questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. per contrasto con l'art. 117, comma primo, Cost., assumendo quale norma interposta quella di cui all'art. 4 del Prot. 7 CEDU, secondo l'interpretazione che ne fornisce la Corte di Strasburgo.

Né, sotto altro ma connesso profilo, sembra potersi riconoscere carattere di decisività all'argomento – pur fondatamente prospettabile – incentrato sul rilievo della, peraltro pacifica, applicabilità diretta del diritto fondamentale sancito nell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali³³, per ricavarne l'effetto di una generale disapplicazione delle norme interne con esso contrastanti.

È certo che il contenuto di tale diritto – che comunque deve trovare la sua realizzazione entro uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia chiamato a rispettare non solo i "diversi ordinamenti giuridici" e le "diverse tradizioni giuridiche" degli Stati membri (*ex* art. 67, par. 1, TFUE), ma anche "l'identità nazionale" degli stessi, "insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale" (*ex* art. 4, par. 2, TUE) – presenta un carattere non condizionato e soddisfa anche i requisiti della chiarezza e della precisione³⁴, riflettendo "lo stesso significato e la stessa portata del corrispondente diritto sancito dalla CEDU"³⁵.

Al suo effetto diretto, tuttavia, non sembra potersi "meccanicamente" correlare un'automatica disapplicazione delle su citate disposizioni processuali interne, il cui contenuto, non in

³² A. TRIPODI, *cit.*, 3 ss.; F. D'ALESSANDRO, *cit.*, pp. 629 ss.

³³ In giurisprudenza, da ultimo, v., anche per ulteriori richiami, Sez. 6, ud. 22 maggio 2014, dep. 26 maggio 2014, n. 21323, in <http://www.cortedicassazione.it>.

³⁴ N. LAZZERINI, *cit.*, pp. 912.

³⁵ Si esprime in tal senso la *Spiegazione* relativa all'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali.

contrasto formale con il quadro delle garanzie europee, rappresenta il secolare deposito di un insieme di garanzie che, come si è avuto modo di osservare, traducono la sostanza di principi di assoluto rilievo costituzionale³⁶: la loro ineludibile applicazione, dunque, deve essere opportunamente valorizzata, *ex art. 6, par. 3, TUE*³⁷, nel più ampio contesto di un necessario bilanciamento, da operare per via normativa ed interpretativa, tra gli interessi generali dell'Unione e le esigenze imperative che derivano dal rispetto del patrimonio costituzionale degli Stati membri, senza escludere la possibilità di investire la Corte costituzionale o rivolgersi subito, in via pregiudiziale, alla Corte di Giustizia.

12.3. Nella diversa ipotesi in cui tanto il procedimento per l'illecito amministrativo che quello per l'illecito penale, aventi ad oggetto il medesimo fatto, risultino già definiti con sentenze passate in giudicato, si configurano ulteriori questioni problematiche legate, da un lato, al principio di intangibilità del giudicato, e, dall'altro lato, ai limiti di proponibilità dell'incidente di costituzionalità per il fatto che ormai si discute di "rapporti esauriti".

Si ripropongono, evidentemente, alternative analoghe a quelle già prospettate, con riguardo, non più all'art. 649 c.p., ma alla diversa disposizione di cui all'art. 669 c.p.p., in tema di «pluralità di sentenze [irrevocabili] per il medesimo fatto contro la stessa persona»: evenienza nella quale il primo comma della disposizione ora citata prevede che il giudice dell'esecuzione debba rimuovere la sentenza meno favorevole.

Anche in tal caso, come sottolineato da una parte della dottrina³⁸, si potrebbe procedere per la via di un'interpretazione "convenzionalmente conforme", ovvero, più verosimilmente, tramite la proposizione di un incidente di legittimità costituzionale, poiché si tratterebbe di estendere la portata applicativa di tale precetto all'ipotesi in cui la sentenza definitiva riguardi l'accertamento di un illecito amministrativo la cui "essenza" risulti connotata dai medesimi tratti identitari di una condotta penalmente rilevante.

Si è altresì posto l'accento, ed il rilievo appare senz'altro condivisibile, sulla difficoltà di invocare con successo la sperimentabilità delle ipotesi di revoca della sentenza da parte del giudice dell'esecuzione ai sensi dell'art. 673 c.p.p., stante il carattere eccezionale, e quindi tassativo, attraverso cui vengono individuate dal legislatore le ipotesi di superamento del giudicato³⁹.

Sembra certo, tuttavia, il riproporsi della delicatissima tematica relativa alla possibile "recessività" del giudicato di fronte all'esigenza di rimuovere la compromissione di diritti fondamentali della persona, anche quando si tratti di soggetti diversi da quello che ha proposto ricorso dinanzi alla Corte di Strasburgo, ma che versino in una situazione consimile: tematica che ha visto significative aperture da parte della giurisprudenza, tanto costituzionale (sentenza n. 210 del 2013) che ordinaria (Sez. un., 24 ottobre 2013 - 7 maggio 2014, n. 18821), in rapporto alla ben nota vicenda dei cd. "fratelli minori di Scoppola"⁴⁰.

12.4. Nella prospettiva di un utile dialogo tra la Corte di Giustizia e le autorità giudiziarie nazionali potrebbe rivelarsi opportuna, invece, la proposizione di un rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE* in merito all'effettiva portata e all'ambito di applicazione della materia, di diretto interesse euro-unitario, oggetto delle disposizioni interne di cui agli artt. 187-*ter*, 187-*duodecies* e 187-*terdecies* del d. lgs. n. 58/1998, trattandosi di una questione di interpretazione nuova, che presenta un interesse generale per l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione, con particolare riferimento alle implicazioni riconosciute allo "spazio" da assegnare in concreto all'esercizio del diritto affermato nell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali.

Se è vero, infatti, che la Corte di Giustizia si è già pronunciata nel senso che il concorso tra sanzioni amministrative e sanzioni penali può determinare situazioni di *bis in idem*, è pur

³⁶ V., inoltre, quanto si dirà, *infra*, nel successivo paragrafo 13.

³⁷ Cfr., al riguardo, R. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Milano, 2014, 71 ss., secondo cui l'art. 6, par. 3, TUE, non considera i diritti CEDU da soli, ma in rapporto a quelli derivanti dalle tradizioni costituzionali comuni, dei quali invece non fa parola la Carta di Nizza. Proprio il carattere indefinito di tale formula consente una "preziosa flessibilità", mantenendo aperto il catalogo di quei diritti "in ragione della loro evoluzione nel diritto vivente".

³⁸ G. FLICK-V. NAPOLEONI, *cit.*, pp. 12 ss.

³⁹ A. TRIPODI, *cit.*, 3 ss.; F. D'ALESSANDRO, *cit.*, pp. 629 ss.

⁴⁰ In tal senso, v. G. FLICK-V. NAPOLEONI, *cit.*, pp. 12 ss.

vero che la stessa – specie in presenza di un orientamento giurisprudenziale parzialmente divergente della Corte EDU, le cui applicazioni negli ordinamenti dei diversi Stati parti possano dunque determinare differenti epiloghi decisori – può essere sollecitata a chiarire quali siano in concreto i criteri di valutazione cui il giudice nazionale possa fare ricorso in merito ai profili di compatibilità del cumulo delle sanzioni con il principio del *ne bis in idem*, tenuto conto della concorrente esigenza di non inficiare sia il livello di protezione assicurato dalla Carta dei diritti fondamentali, che il principio del primato del diritto dell'Unione europea.

È evidente che, in tali situazioni, una pronuncia della Corte di Giustizia, oltre ad avere efficacia interpretativa delle regole oggetto di rinvio, produrrebbe conseguenze particolari sulla disposizione interna, con effetti di tipo “espansivo” su quelle ad essa oggettivamente collegate o ritenute affini.

13. Un quadro problematico tuttora aperto.

S'impongono, a questo punto, alcune osservazioni conclusive sugli effetti “di sistema” che tale pronuncia, pur non ancora definitiva, può determinare.

È chiaro, infatti, che la possibilità di qualificare in senso sostanzialmente “penale” una sanzione che presenti un particolare grado di severità (nel caso di specie, un massimo edittale pari a cinque milioni di euro, assieme ad altre misure di tipo interdittivo) ed un connotato evidentemente repressivo, unitamente a quello preventivo e riparatorio dei pregiudizi di natura finanziaria cagionati dalla condotta, pone in discussione ed induce a rimeditare l'intero sistema della depenalizzazione, sollecitando il legislatore, anche sulla base dei paradigmi di riferimento offerti dalla nuova direttiva sugli abusi di mercato, ad individuare nuove tecniche selettive dell'intervento sanzionatorio, restituendo razionalità ed effettività alle scelte della depenalizzazione, all'interno di una prospettiva organicamente finalizzata ad evitare indebite duplicazioni di procedimenti e sanzioni.

È altrettanto evidente, tuttavia, la problematicità dello scenario entro cui si muovono il legislatore e, ancor prima, l'interprete, stretto nella morsa di una delicata operazione di bilanciamento fra obblighi di diversa origine e natura, da soddisfare attraverso un dialogo che, da un lato, deve consentire il travaso nel sistema nazionale di principi frutto di elaborazioni giurisprudenziali “esterne”, dall'altro lato deve evitare il rischio di possibili collisioni con l'intero quadro costituzionale, ossia con qualunque norma costituzionale, non solo con i “principi supremi” che fungono da “controlimiti” all'ingresso delle fonti sovranazionali nell'ordinamento interno.

In tal senso, basti solo pensare alla differente lettura che, nelle più diverse situazioni, può darsi del concreto utilizzo, da parte della Corte EDU, degli “elastici” criteri indicati per l'iscrizione di un fatto illecito alla “materia penale”, nonché delle specifiche conseguenze che tali scelte possono determinare nel raccordo fra i sistemi nazionali e quello convenzionale.

Muovendosi all'interno di una prospettiva legata all'obiettivo di una massima espansione delle forme di tutela, è possibile escludere che la lettura dell'art. 4 del Protocollo n. 7 offerta dalla sentenza della Corte EDU si ponga in contrasto con i precetti costituzionali interni, ed in particolare con il principio della riserva di legge in materia penale (*ex art. 25, comma secondo, Cost.*), quando la Corte di Strasburgo, in questo come in altri casi, abbia ritenuto di qualificare «penale», agli effetti della Convenzione, una sanzione che la legge interna configura invece come amministrativa⁴¹.

Si tratterebbe, entro tale impostazione ricostruttiva, di una qualificazione funzionale ad un incremento del tasso delle garanzie, secondo la logica del sistema “multilivello” di protezione dei diritti fondamentali, che punta alla massima espansione delle tutele. Quello che si richiede, in sostanza, dai Giudici di Strasburgo è che determinati presidi – propri della materia penale – siano resi operanti anche in rapporto a violazioni formalmente qualificate come amministrative dal diritto nazionale.

In tal senso, dunque, il canone costituzionale della legalità formale rappresenterebbe un possibile argine alla penetrazione dei principi convenzionali nel sistema nazionale “solo nella misura in cui si traducesse in una “valvola di garanzia” aggiuntiva”, correlata all'esigenza di

⁴¹ G. FLICK-V. NAPOLEONI, *cit.*, pp. 11 ss.

“legittimazione democratica” del soggetto investito del potere di normazione.

D’altro lato, tuttavia, deve ritenersi parimenti legittima, e per certi versi addirittura necessitata, la scelta di un modello interpretativo incentrato sulla decisa valorizzazione del carattere formale dei vincoli costituzionali che scaturiscono dal principio di stretta legalità in materia penale⁴².

Sembra difficile, infatti, ritenere che, al di fuori di criteri oggettivi, preventivamente fissati e generalmente applicabili a tutti i cittadini (*ex art. 3 Cost.*), possa delegarsi al giudice nazionale, o ad altri per lui, il compito di individuare i tratti ontologici della “risposta” ordinamentale ad un determinato tipo di illecito, muovendosi liberamente nel “giardino” dell’apparato sanzionatorio statuale, e marchiando con il “bollo” della materia penale quello che il legislatore ha formalmente tipizzato in altro modo, all’esito di un processo decisionale frutto di scelte deliberate in sede parlamentare.

Per il nostro sistema, si è osservato, quello che la CEDU identifica come il primo criterio “formale” (e che dalla Corte di Strasburgo viene sostanzialmente svilto), vale a dire la definizione normativa del fatto come reato o illecito amministrativo, è l’unico ad assumere valore costituzionale, in ragione del principio di stretta legalità scolpito nell’art. 25 Cost.⁴³.

Sembra dunque necessario, in definitiva, un intervento del legislatore che, valorizzando i criteri di ordine generale dettati dalla direttiva 2014/57/UE del 16 aprile 2014 in tema di sanzioni penali per gli abusi di mercato, introduca efficaci meccanismi di raccordo nello sviluppo delle forme procedurali di “diversa” origine ed individui le fattispecie “gravi” cui assegnare valenza penale, disegnando le linee di un doppio binario sanzionatorio che renda oggettive, oltre che ragionevolmente percepibili dal senso comune, le esigenze di tutela legate alla previsione di una doppia modulazione della sanzione, nel rispetto del principio del *ne bis idem* e degli altri diritti fondamentali del cittadino europeo.

Da ultimo, è opportuno ricordare che la Corte di Cassazione (Sez. V, ord. n. 3333/14 del 10 novembre 2014, la cui motivazione non è ancora depositata) ha ritenuto la rilevanza e non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell’art. 187-*bis*, comma 1, d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, per violazione dell’art. 117, comma 1, Cost., in relazione all’art. 4 Prot. n. 7 CEDU, nella parte in cui prevede “salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato”, anziché “salvo che il fatto costituisca reato”.

Con la medesima ordinanza, inoltre, la S.C. ha proposto, in via subordinata, la questione di legittimità costituzionale dell’art. 649 c.p.p., per violazione dell’art. 117, comma 1, Cost., in relazione all’art. 4 Prot. n. 7 CEDU, nella parte in cui non prevede l’applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio al caso in cui l’imputato sia stato giudicato, con provvedimento irrevocabile, per il medesimo fatto nell’ambito di un procedimento amministrativo per l’applicazione di una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale ai sensi della CEDU.

⁴² V. l’analisi di P. GAETA, *cit.*, pp. 22 ss.

⁴³ P. GAETA, *cit.*, pp. 22 ss.

DOPPIO BINARIO SANZIONATORIO E *NE BIS IDEM*: VERSO UNA DIRETTA APPLICAZIONE DELL'ART. 50 DELLA CARTA?*

A margine di Corte EDU, Sez. II, sent. 4 marzo 2014,
Grande Stevens e a. c. Italia, ric. n. 18640/10 e a.

Francesco Viganò

ABSTRACT

Una recente sentenza della Corte EDU, ormai divenuta irrevocabile, giudica incompatibile con il diritto fondamentale al *ne bis in idem*, riconosciuto dall'art. 4 Prot. 7 CEDU, il sistema di 'doppio binario' tra sanzione amministrativa e sanzione penale (e tra i relativi procedimenti applicativi) in materia di abusi di mercato. Ferma restando la necessità di una profonda revisione di tale sistema da parte del legislatore, il presente contributo si interroga sulle ricadute di tale sentenza nell'ordinamento italiano, al di là dello specifico caso concreto deciso a Strasburgo, prospettando due strade alternative per conformarsi – già *de iure condito* – agli obblighi convenzionali: l'una che chiama in causa la Corte costituzionale, attraverso il meccanismo dell'art. 117, comma 1, Cost.; l'altra che presuppone invece la diretta applicazione, da parte dello stesso giudice ordinario, dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che è norma di rango primario suscettibile di produrre effetto diretto negli ordinamenti degli Stati membri, e che sancisce il diritto al *ne bis in idem* nella stessa estensione riconosciuta dall'art. 4 Prot. 7 CEDU.

SOMMARIO

1. I problemi sul tappeto. – 2. Per cominciare, il caso. – 2.1. La procedura innanzi alla CONSOB e i relativi giudizi di opposizione ex art. 187-*septies* t.u.f. – 2.2. Il procedimento penale. – 2.3. Il ricorso a Strasburgo e la sentenza della Corte EDU. – 2.4. In particolare: la ritenuta violazione dell'art. 4 Prot. 7 CEDU. – 3. Le ripercussioni della sentenza della Corte europea nell'ordinamento italiano: illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p.? – 3.1. Alcune premesse. – 3.2. I termini della questione di legittimità costituzionali (e alcuni ipotetici 'controlimiti'). – 3.3. (Segue): la (presunta) illegittimità comunitaria (oggi, 'euorounitaria') della soluzione imposta da Strasburgo come ipotetico 'controlimite'? – 3.3.1. Un primo punto fermo: la necessità che gli obblighi euorounitari siano essi stessi compatibili con i diritti convenzionali. – 3.3.2. Nel merito: sul preteso contrasto tra la direttiva 2003/6/CE e l'art. 4 Prot. 7 CEDU come interpretato dalla Corte europea. – 3.3.3. Il mutato quadro normativo: il regolamento n. 596/2014 e la direttiva 2014/57/UE. – 3.4. Prima conclusione provvisoria. – 4. Una strada alternativa: la diretta applicazione dell'art. 50 della Carta da parte del giudice penale italiano. – 4.1. La disciplina degli abusi di mercato rientra nell'ambito di applicazione della Carta? – 4.2. L'art. 50 della Carta e l'art. 4 Prot. 7 CEDU hanno la medesima estensione? – 4.3. Seconda conclusione. – 4.4. Appendice: i procedimenti penali già conclusi con sentenza passata in giudicato (cenni). – 5. Conclusioni e prospettive (in tema di diritto penale tributario, e di possibili direttrici di riforma).

* Il presente contributo costituisce la relazione da me svolta all'incontro di studio svoltosi il 23 giugno 2014 presso la Suprema Corte di Cassazione su *Il principio del ne bis in idem tra giurisprudenza europea e diritto interno* (sentenza Corte Edu del 4 marzo 2014, Grande Stevens c/Italia).

1.

I problemi sul tappeto.

Con la sentenza *Grande Stevens*, del marzo scorso¹, la Corte EDU assesta l'ennesimo colpo al sistema penale italiano, denunciando come incompatibile con i diritti umani tutelati dalla Convenzione e dai suoi protocolli il sistema di doppio binario, amministrativo e penale, attorno al quale è strutturata nel nostro paese la repressione degli abusi di mercato in seguito alle modifiche apportate dalla legge n. 62/2005 al d.lgs. 58/1998 (testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria: di seguito t.u.f.).

Nessuna sorpresa, verrebbe subito da dire: le innovazioni apportate nel 2005 erano state, dopo tutto, subissate di critiche da parte dalla dottrina, che aveva in effetti colto nel *novum* legislativo molti dei profili ora rimproveratici dalla Corte europea²; sennonché le implicazioni delle sentenze – peraltro a tutt'oggi non ancora definitiva – sembrano trascendere, e di molto, la materia degli abusi di mercato, giungendo a porre in discussione la compatibilità con il sistema convenzionale di tutti i settori ordinamentali (quello penale tributario *in primis*) analogamente strutturati attorno a un doppio, e parallelo, binario di tutela, i quali si espongono anch'essi a una delle critiche capitali formulate dalla Corte europea: quella, cioè, di creare le condizioni per una violazione 'sistemica' del diritto individuale al *ne bis in idem*, riconosciuto dall'art. 4 Prot. 7 CEDU.

Perno della censura è, come vedremo, la qualificazione anche della procedura amministrativa, e delle sanzioni alla cui essa è funzionale, come *sostanzialmente penale*, nonostante il *nomen iuris* adottato dal legislatore nazionale; con conseguente attrazione di tutte le garanzie che il sistema convenzionale prevede per la materia penale, tra cui i principi del processo *penale* equo di cui all'art. 6 CEDU (considerati parimenti violati nel caso di specie) e, appunto, il divieto di un secondo giudizio su fatti già giudicati in via definitiva: divieto, quest'ultimo, che la Corte considera giustamente violato allorché il soggetto, già giudicato in via definitiva in sede (formalmente) 'amministrativa', venga o resti successivamente sottoposto a processo penale per fatti (storici!) che sono sostanzialmente i medesimi.

Nelle pagine seguenti, dopo una breve ricapitolazione dello specifico caso esaminato dalla Corte (*infra*, 2), cercheremo di valutare l'impatto che la sentenza potrebbe provocare nell'ordinamento italiano, in relazione – in particolare – ai *processi penali in corso*, o che saranno prossimamente aperti, per fatti di abuso di mercato, qualora i fatti siano *già stati sanzionati* (o comunque *giudicati*) con provvedimenti ormai definitivi, pronunciati in esito allo speciale procedimento amministrativo avanti alla CONSOB ed eventualmente avanti alla giurisdizione civile in fase di opposizione ai sensi dell'art. 187-*septies* t.u.f.

Al riguardo, posto il generale obbligo a carico della giurisdizione italiana di adeguarsi alle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza di Strasburgo in modo da evitare ulteriori violazioni dei diritti convenzionali, esploreremo due possibili strade alternative per raggiungere tale obiettivo. La prima, più consolidata nella recente esperienza giuridica italiana, che si sostanzia nella proposizione di una questione di legittimità costituzionale *ex* art. 117 co. 1 Cost. (in relazione all'art. 4 Prot. 7 CEDU) dell'art. 649 c.p.p., e cioè della norma che oggi pare ostare a una definizione anticipata di questi processi penali (*infra*, 3); la seconda, meno familiare agli interpreti nostrani, che passa attraverso il riconoscimento dell'effetto diretto dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE) che, nell'ambito del diritto dell'Unione (o 'eurounitario') fa da *pendant* all'art. 4 Prot. 7 CEDU, enunciando essa pure il principio del *ne bis in idem* (*infra*, 4).

In primo piano sarà dunque, ancora una volta, il grande tema delle tecniche di adeguamento del nostro sistema penale agli obblighi sovranazionali, che sempre più si incuneano anche in una materia tradizionalmente riservata alla potestà legislativa nazionale³, rispetto a una

¹ Già pubblicata in *Dir. pen. cont.*, con nota di [TRIPODI, Uno più uno \(a Strasburgo\) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato](#), 9 marzo 2014.

² Cfr., tra i contributi più significativi, ALESSANDRI, *Un esercizio di diritto penale simbolico: la c.d. tutela penale del risparmio*, in *Scritti per Federico Stella*, II, Napoli, 2007, 930 ss.; FOFFANI, *Artt. 180-185 d.lgs. n. 58/1998*, in Palazzo, Paliero, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, II ed., 2007, p. 713 ss.; MIEDICO, *Illecito penale o illecito amministrativo*, in *Le società*, 2007, p. 623 ss.; PALIERO, *Nuove prospettive degli abusi di mercato?*, in AA.Vv., *La crisi finanziaria: banche, regolatori, sanzioni*, Milano, 2010, p. 61 ss.; VIZZARDI, *Manipolazione del mercato: un doppio binario da ripensare?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 704 ss.

³ In generale, sulla tematica, si consenta il rinvio a VIGANÒ, *L'adeguamento del sistema penale italiano al "diritto europeo" tra giurisdizione ordinaria e costituzionale*, in *questa Rivista*, n. 2/2014, p. 167 ss.

questione concreta in cui viene specialmente allo scoperto la fitta trama di interrelazioni esistenti tra il sistema di tutela convenzionale dei diritti e quello, 'interno' all'Unione europea ma congenitamente 'aperto' all'influsso di Strasburgo, della Carta dei diritti fondamentali di Nizza. Una Carta, si noti, il cui particolare *rango giuridico* di *norma di diritto primario dell'Unione*, dotata come tale di *primato* sulle norme nazionali, è in grado di scardinare i sinora consolidati meccanismi di risoluzione delle antinomie tra norma interna e norma internazionale imperniati sul ruolo 'centralizzato' della Corte costituzionale, in favore di un modello di applicazione diretta, e 'diffusa', dei diritti fondamentali da parte del giudice ordinario.

Chiuderemo, infine, con qualche cursoria riflessione su alcune delle molte questioni che restano aperte, e che non possono essere affrontate adeguatamente in questa sede: dalle linee auspicabili di una futura, e ormai ineludibile, riforma del sistema di contrasto agli abusi di mercato, alle possibili ricadute dei principi espressi in *Grande Stevens* sulla materia delicata, e di assai maggiore rilievo prasseologico rispetto a quella degli abusi di mercato, del diritto penale tributario (*infra*, 5).

2.

Per cominciare, il caso.

2.1.

La procedura innanzi alla CONSOB e i relativi giudizi di opposizione ex art. 187-septies t.u.f.

Nel febbraio 2006 la Divisione mercati e consulenza economica della CONSOB contestava a Gianluigi Gabetti – nella sua duplice qualità di presidente della IFIL Investment (poi Exor s.p.a.) e della Giovanni Agnelli s.a.a. –, a Virgilio Marrone, nella sua qualità di procuratore di quest'ultima società, all'Avv. Franco Grande Stevens e alle società medesime di avere commesso l'illecito amministrativo di manipolazione del mercato cui all'art. 187-ter d.lgs. 58/1998 (t.u.f.) e il corrispondente illecito amministrativo dell'ente di cui all'art. 187-quinquies, per avere concorso a vario titolo nella diffusione al mercato, il 23 agosto 2005, di un comunicato stampa asseritamente falso, con il quale le società in questione affermavano di non avere ancora assunto alcuna iniziativa in relazione alla imminente scadenza di un contratto di finanziamento a suo tempo concesso da otto banche alle società, allo scadere del quale – in mancanza di rimborso del prestito – le banche in questione avrebbero compensato il loro credito sottoscrivendo un aumento di capitale di FIAT, acquisendo così il 28% del capitale sociale (con correlativa riduzione della partecipazione di IFIL a FIAT, che si sarebbe ridotta dal 30 al 22% circa). La Divisione della CONSOB contestava in particolare alle predette persone fisiche e giuridiche che, alla data del comunicato, fossero già in stato avanzato le trattative relative alla sottoscrizione, da parte di IFIL, di un contratto di *equity swap* con una banca d'affari inglese, che avrebbe consentito a IFIL, alla scadenza del contratto di finanziamento con le otto banche italiane, di sottoscrivere essa stessa un aumento di capitale, in modo da mantenere la propria quota del 30% di partecipazione a FIAT – cosa poi puntualmente avvenuta.

In esito al procedimento di cui all'art. 187-septies t.u.f., la CONSOB irroga nel **febbraio 2007** pesanti sanzioni pecuniarie amministrative alle persone fisiche e agli enti (5.000.000 di euro a Gabetti, 3.000.000 di euro a Grande Stevens, 500.000 euro a Marrone, 4.500.000 di euro a Ifil e 3.000.000 di euro a Giovanni Agnelli s.a.s.), oltre a sanzioni interdittive nei confronti delle persone fisiche.

Avverso tale provvedimento tutti gli interessati propongono opposizione ai sensi dell'art. 187-septies t.u.f. avanti alla Corte d'appello di Torino, la quale – nel **gennaio 2008** – riduce significativamente talune sanzioni irrogate dalla CONSOB alle persone fisiche (rideterminandole in 600.000 per Giovanni Agnelli s.a.s., 1.000.000 per IFIL e 1.200.000 per Gabetti), nonché la durata della sanzione interdittiva per lo stesso Gabetti, rigettando nel resto tutte le altre doglianze dei ricorrenti.

Con sentenza pronunciata nel **giugno 2009** (e depositata il 30 settembre dello stesso anno), la Corte di cassazione rigetta tutti i ricorsi, e le sanzioni irrogate dalla CONSOB (così come modificate dalla Corte d'appello) divengono definitive.

2.2.

Il procedimento penale.

Nel frattempo, sin dal **novembre 2008** Gabetti, Marrone, Grande Stevens e le due società Giovanni Agnelli e Ifil (divenuta Exor a partire da febbraio 2009) vengono rinviati a giudizio innanzi al Tribunale di Torino con l'accusa di avere commesso il delitto di manipolazione del mercato di cui all'art. 185 t.u.f., per avere diffuso il 23 agosto 2005 il comunicato stampa già ritenuto falso dalla CONSOB, creando così un pericolo di sensibile alterazione dei prezzi delle azioni FIAT.

Subito dopo il deposito della sentenza della Cassazione che rende definitive le sanzioni irrogate dalla CONSOB, il 30 settembre 2009 gli imputati chiedono che sia pronunciata *sentenza di non doversi procedere* in forza del principio *ne bis in idem*; e all'udienza del 7 gennaio 2010 chiedono che venga sollevata questione di legittimità costituzionale delle disposizioni pertinenti del t.u.g. e dell'art. 649 c.p.p., nella parte in cui tali disposizioni consentono la prosecuzione di un processo penale per i medesimi fatti già sanzionati in via definitiva dall'autorità amministrativa, per contrasto con l'art. 117 co. 1 Cost. in relazione all'art. 4 Prot. 7 CEDU.

Con sentenza pronunciata il **21 dicembre 2010**⁴ il Tribunale di Torino rigetta anzitutto l'istanza degli imputati in quanto *manifestamente infondata*. Il Tribunale da un lato sottolinea la diversità tra l'illecito amministrativo di cui all'art. 187-ter e il delitto di cui all'art. 185 t.u.f. (l'uno strutturato secondo lo schema del pericolo astratto e punibile anche a mero titolo di colpa, l'altro concepito quale reato di pericolo concreto e punibile solo a titolo di dolo); e dall'altro rileva come la coesistenza di sanzioni penali e amministrative per fatti di manipolazione del mercato sia imposta dal diritto comunitario, e segnatamente dalla direttiva 2003/6/CE. Nel merito, tuttavia, il Tribunale assolve gli imputati dai fatti loro ascritti: Marrone per non aver commesso il fatto, e tutti gli altri (persone fisiche e, conseguentemente, gli enti per il cui interesse essi avevano agito) perché non era stato provato che la loro condotta avesse provocato alcuna alterazione significativa dei prezzi degli strumenti finanziari.

Adita *per saltum* dalla pubblica accusa, la Cassazione annulla con sentenza del 2 giugno 2012 la pronuncia del Tribunale torinese con riferimento alle posizioni di Gabetti e Grande Stevens nonché delle due società imputate, affermando in sostanza che – stante la natura di reato di pericolo concreto e non di danno del delitto di manipolazione del mercato – la mancata prova dell'effettiva alterazione del prezzo degli strumenti FIAT non escludesse di per sé la sussistenza del reato, come erroneamente ritenuto dal giudice di merito.

In sede di rinvio, il 28 febbraio 2013 la Corte d'appello torinese condanna le due persone fisiche imputate, ritenendo altamente probabile che, senza le false informazioni contenute nel comunicato stampa diffuso nell'agosto 2005, il prezzo delle azioni FIAT sarebbe calato in maniera assai più significativa. Assolve, invece, le due società imputate *ex d.lgs. 231/2001*. Quanto, infine, all'eccezione delle difese relativa al *ne bis in idem*, la Corte territoriale conferma nella sostanza le valutazioni del Tribunale, ritenendo dunque manifestamente infondata la relativa eccezione di illegittimità costituzionale⁵.

Contro tale sentenza interpongono ricorso i due imputati condannati, reiterando tra l'altro l'eccezione di illegittimità costituzionale delle norme pertinenti del t.u.f. e dell'art. 649 c.p.p. per contrasto con il principio convenzionale del *ne bis in idem*.

Con sentenza pronunciata il **17 dicembre 2013** (e depositata lo scorso 14 maggio 2014, n. 19915), la Corte di cassazione dichiara estinto il reato per intervenuta prescrizione, rigettando ancora una volta l'eccezione di illegittimità costituzionale riproposta dalle difese⁶.

2.3.

Il ricorso a Strasburgo e la sentenza della Corte EDU.

Durante il processo penale di primo grado – e più precisamente il **27 marzo 2010** – le tre persone fisiche e le due società imputate avevano presentato ricorso innanzi alla Corte europea, lamentando tra l'altro:

⁴ In *Dir. pen. cont.*, 21 dicembre 2010.

⁵ In *Dir. pen. cont.*, con ampia scheda illustrativa di [MODUGNO, SASSAROLI, TRINCHERA, Manipolazione del mercato e giudizio di accertamento del pericolo concreto: il caso FIAT](#), 24 settembre 2013, cui si rinvia anche per ult. rif.

⁶ Cass. pen., Sez. I, sent. 17 dicembre 2013, dep. 14 maggio 2014, n. 19915, Pres. Cortese, Rel. Vecchio, Imp. Gabetti e a.

- la violazione di una serie di parametri del ‘processo equo’ di cui all’art. 6 CEDU nel procedimento amministrativo avanti alla CONSOB e nel successivo giudizio di opposizione avanti alla Corte d’appello torinese;

- la violazione del loro diritto di proprietà, garantito dall’art. 1 Prot. 1 CEDU, in conseguenza dell’irrogazione delle sanzioni amministrative pecuniarie da parte della CONSOB, così come modificate dalla Corte d’appello e rese irrevocabili dalla sentenza del giugno 2009 della Cassazione;

- la violazione del diritto a non subire un secondo processo per il medesimo reato, garantito dall’art. 4 Prot. 7 CEDU, in relazione al rifiuto del Tribunale di Torino di pronunciare immediatamente sentenza di non doversi procedere una volta divenuta irrevocabile la decisione relativa all’infrazione delle sanzioni amministrative per l’illecito di cui all’art. 187-ter t.u.f.

Con sentenza pronunciata il 4 marzo 2014, la seconda sezione della Corte EDU dichiara:

- all’unanimità, che vi è stata violazione dell’art. 6 CEDU nei confronti di tutti i ricorrenti, peraltro non già sotto la totalità dei profili da questi ultimi sollevati, bensì sotto il limitato profilo del difetto di pubblicità del procedimento di opposizione all’irrogazione delle sanzioni amministrative da parte della CONSOB svoltosi avanti alla Corte d’appello di Torino;

- a maggioranza (per sei voti contro uno), che non vi è stata violazione dell’art. 6 § 3 CEDU nei confronti di Grande Stevens, il quale aveva lamentato una illegittima *mutatio libelli* da parte della Corte di appello torinese in sede di opposizione alle sanzioni irrogate dalla CONSOB;

- ancora a maggioranza (questa volta per cinque voti contro due), che non vi è stata violazione dell’art. 1 Prot. 1 CEDU in relazione all’infrazione delle sanzioni amministrative da parte della CONSOB, così come rideterminate dalla Corte d’appello;

- di nuovo all’unanimità, che vi è stata violazione dell’art. 4 Prot. 7 CEDU, in relazione al rifiuto del Tribunale di Torino e poi delle istanze successive di giudizio di por fine al procedimento penale contro i ricorrenti, una volta divenuto definitivo – in seguito alla pronuncia della Cassazione del giugno 2009 – il provvedimento di accertamento dell’illecito amministrativo di manipolazione del mercato e di irrogazione delle relative sanzioni.

Sulla base delle ultime informazioni ricevute dal governo nel giugno 2013, che attestavano che il procedimento penale era in quella data ancora pendente di fronte alla Corte di cassazione, la Corte EDU ingiunge quindi allo Stato italiano – in via di misura c.d. individuale mirante alla *restitutio in integrum* – di assicurare nel più breve tempo possibile la chiusura dei procedimenti penali eventualmente ancora in corso nei confronti dei ricorrenti; e liquida, infine, una somma – per il vero comparativamente modesta rispetto alle richieste – a titolo di risarcimento dei danni morali e delle spese sostenute dai ricorrenti.

Le due opinioni parzialmente dissenzienti dei giudici Karakaş e Pinto de Albuquerque pongono anzitutto in rilievo che l’importanza di questo caso supera largamente i confini dell’ordinamento giuridico italiano, dal momento che vari altri ordinamenti giuridici europei conoscono modelli di ‘doppio binario’ di sanzioni penali e amministrativo-penali per fatti sostanzialmente identici. A loro avviso, il cuore della violazione dell’art. 6 CEDU non risiede soltanto – come ritenuto dalla maggioranza – nel difetto di pubblicità del procedimento giurisdizionale di opposizione alle sanzioni irrogate dalla CONSOB, bensì nel carattere radicalmente ‘iniquo’ del procedimento amministrativo, che non prevede alcun esame in contraddittorio delle prove testimoniali di fronte a un organo giudicante imparziale; carattere iniquo al quale la successiva fase giurisdizionale non aveva potuto porre rimedio. E l’iniquità complessiva del procedimento non può che riflettersi, a loro avviso, sull’illegittimità delle sanzioni pecuniarie irrogate, che rappresentano così – contrariamente all’opinione della maggioranza – una illegittima interferenza con il diritto al rispetto della proprietà di cui all’art. 1 Prot. 1 CEDU. Di qui la conclusione: la Corte ha reso giustizia ai ricorrenti soltanto a metà, limitandosi ad accertare la violazione e ad accordar loro un modesto indennizzo, mentre avrebbe dovuto – a fronte di violazioni così importanti dei diritti processuali e sostanziali dei ricorrenti – ordinare un nuovo procedimento, da celebrarsi in conformità agli standard di cui all’art. 6 CEDU, per l’accertamento dell’illecito amministrativo e per l’eventuale nuova irrogazione delle relative sanzioni.

2.4.

In particolare: la ritenuta violazione dell'art. 4 Prot. 7 CEDU.

Focalizzando ora l'attenzione sui profili attinenti al *ne bis in idem*, oggetto specifico di questo contributo, conviene anzitutto ripercorrere brevemente il percorso argomentativo della Corte europea, prima di interrogarsi sul tema cruciale dell'impatto della sentenza nel nostro ordinamento, al di là dei confini dello specifico caso esaminato.

La Corte ricorda anzitutto (§ 220) come la garanzia consacrata nell'art. 4 Prot. 7 CEDU tuteli l'individuo non già contro la possibilità di essere *sanzionato due volte* per lo stesso reato, ma ancor prima di essere *sottoposto una seconda volta a processo* per un reato per il quale è stato già *giudicato*, non importa se con esito assolutorio o di condanna.

Una garanzia identica, saremmo tentati immediatamente di chiosare, a quella riconosciuta nell'ordinamento italiano dall'art. 649 c.p.p., che è significativamente rubricato “divieto di *secondo giudizio*” e che dispone l'immediata pronuncia di una sentenza di proscioglimento, in ogni stato e grado del giudizio, ogniqualevolta il giudice penale abbia contezza della sussistenza di un provvedimento irrevocabile di condanna o di proscioglimento per il “medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze”.

Con due importanti differenze, però, che è bene che il lettore italiano tenga presenti *in limine*. Nell'ordinamento italiano, il *ne bis in idem* ha certamente lo *status* di principio sotteso alla legislazione ordinaria, ma non ha di per sé rango costituzionale; mentre nell'ordinamento convenzionale, del quale lo Stato italiano è parte, esso ha natura di *diritto fondamentale* dell'individuo – e di diritto fondamentale dal rango particolarmente elevato, dal momento che nessuna deroga a tale diritto è consentita, nemmeno in tempo di guerra o in situazioni di emergenza (art. 4 § 3 Prot. 7).

Seconda cruciale differenza: il *ne bis in idem* convenzionale non presuppone la formale qualificazione come “penale”, da parte dell'ordinamento nazionale, del provvedimento definitivo che chiude il primo procedimento sul medesimo fatto, né la formale qualificazione come “reato” dell'illecito che ne è stato l'oggetto. Come è noto anche a chi abbia non più che un'infarinatura della giurisprudenza di Strasburgo, la Corte adotta a partire dalla sentenza *Engel* – uno dei grandi *leading cases* di quella giurisprudenza – un criterio di qualificazione ‘autonomo’ e ‘sostanziale’ di ciò che deve considerarsi, ai fini dell'applicazione delle garanzie convenzionali, come *matière pénale*: e dunque di ciò che si deve considerare come ‘reato’ (*infraction* nel testo francese e *offence* in quello inglese), di ciò che si deve considerare come ‘procedimento’ o ‘condanna’ *penale*, e di ciò che si deve considerare come ‘pena’. La Corte valuta dunque *essa stessa*, sulla base appunto dei criteri enunciati in *Engel* e sviluppati dalla giurisprudenza successiva, che cosa sia la *matière pénale* alla quale applicare l'insieme delle garanzie previste, appunto, per il diritto e il processo penale: garanzie del ‘processo penale equo’ (*volet pénal* dell'art. 6), *nul-lum crimen* e corollari (art. 7), diritto al doppio grado di giurisdizione, diritto alla riparazione dell'errore giudiziario e – appunto – *ne bis in idem* (artt. 2, 3 e 4 Prot. 7). Rammentavamo di recente tutto ciò discutendo delle ricadute della sentenza *Varvara* in materia di applicazione della confisca urbanistica: considerata sanzione amministrativa dalla costante giurisprudenza della nostra Cassazione, giudicata sanzione *penale* dalla Corte EDU ai fini – tra l'altro – della presunzione di innocenza posta dall'art. 6 § 2 e del principio di legalità in materia penale di cui all'art. 7 CEDU⁷.

Proprio a tale proposito, un importante problema che si poneva alla Corte, nel caso *Grande Stevens*, era però rappresentato dalla *riserva* apposta dall'Italia all'atto della ratifica del Prot. 7, avvenuta nel 1991: “*La République italienne déclare que les articles de 2 à 4 du protocole ne s'appliquent qu'aux infractions, aux procédures et aux décisions qualifiées pénales par la loi italienne*”. Un evidente tentativo, da parte del nostro governo, di sottrarsi alle conseguenze della dottrina *Engel*, e di vincolare la Corte europea alla qualificazione formale degli illeciti, delle procedure e delle decisioni secondo l'ordinamento nazionale.

Come pronosticato da attenta dottrina anche sulla base di precedenti concernenti altri Stati⁸, peraltro, la Corte ha ritenuto *invalida* tale riserva ai sensi dell'art. 57 CEDU, che consente agli Stati di formulare riserve su una specifica disposizione della Convenzione o dei suoi

⁷ VIGANÒ, *Confisca urbanistica e prescrizione: a Strasburgo il re è nudo*, in *Dir. pen. cont.*, 9 giugno 2014.

⁸ ALLEGREZZA, *Art. 4 Prot. 7*, in Bartole, Conforti, Zagrebelski, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, 2012, p. 897 s.

protocolli nella misura in cui *una legge in vigore sul loro territorio al momento della ratifica* non sia conforme a tale disposizione, escludendo peraltro la validità di *riserve di carattere generale*: come, per l'appunto, quella formulata dal governo italiano, che non indicava alcuna specifica disposizione dell'ordinamento giuridico interno da escludere dall'ambito di applicazione dell'art. 4 Prot. 7.

La Corte non ha dubbi, allora, nel qualificare le sanzioni (pecuniarie e interdittive) comminate per l'illecito amministrativo di cui all'art. 187-ter t.u.f. come sanzioni *sostanzialmente penali*, e conseguentemente nel qualificare come afferente alla *matière pénale* il complessivo procedimento funzionale all'accertamento dell'illecito e alla loro irrogazione; e ciò ai fini sia dell'applicazione al procedimento medesimo delle garanzie di cui all'art. 6 CEDU nel suo *volet pénal*, sia – per quanto in questa sede rileva – ai fini della garanzia del *ne bis in idem* di cui all'art. 4 Prot. 7. Dei tre criteri originari enunciati in *Engel* (qualificazione giuridica della sanzione nell'ordinamento nazionale, natura dell'illecito e natura e grado di severità della sanzione), la Corte valorizza in particolare il terzo criterio (§ 97-99), alla luce non solo dell'obiettivo gravità delle sanzioni amministrative pecuniarie e interdittive in concreto irrogate, ma anche e soprattutto di quelle *astrattamente comminate* dal t.u.f., che prevede (nel testo oggi vigente) un importo massimo di 25.000.000 di euro, elevabili però sino al triplo o fino al maggiore importo di dieci volte il profitto o il profitto conseguito dall'illecito, allorché esse appaiano inadeguate anche se applicate nel massimo (art. 187-ter co. 1 e 5 t.u.f.); e che prevede altresì pesanti sanzioni interdittive a carico delle persone fisiche (art. 187-*quater*) e alla confisca anche per equivalente del prodotto o del profitto dell'illecito (art. 187-*sexies*). Simili parossistici livelli sanzionatori evidenziano secondo la Corte la natura schiettamente *repressivo-punitiva* dell'apparato sanzionatorio, con un'evidente funzione *dissuasiva* che è, per l'appunto, tipica delle sanzioni sostanzialmente penali, indipendentemente dalla loro qualificazione dall'ordinamento nazionale (§ 96).

La Corte richiama, del resto, una serie ormai nutrita di precedenti con i quali ha ritenuto afferenti alla materia penale le sanzioni (e i relativi procedimenti applicativi) disposte da autorità amministrative francesi in materia di concorrenza, banca, mercati finanziari, controllo sulla trasparenza dei bilanci; e richiama, altresì, la sentenza *Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italia*, con la quale aveva pure riconosciuto la natura 'penale' dei provvedimenti sanzionatori adottati dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, sulla base di argomenti identici a quelli ora utilizzati (§ 100).

Se, dunque, il procedimento amministrativo avanti alla CONSOB – e i successivi procedimenti giurisdizionali avanti alla Corte d'appello e alla Cassazione di opposizione al provvedimento della CONSOB – avevano natura sostanzialmente penale; e se, come era incontestato in punto di fatto, tali procedimenti si erano ormai conclusi con un provvedimento definitivo, non suscettibile di impugnazioni ordinarie (la sentenza della Cassazione del giugno 2009); restava soltanto da verificare, ai fini dell'accertamento della lamentata violazione dell'art. 4 Prot. 7, se il procedimento penale, pendente avanti al Tribunale di Torino alla data della pronuncia definitiva della Cassazione sul procedimento di opposizione alle sanzioni irrogate dalla CONSOB, avesse ad oggetto il *medesimo fatto* già giudicato nel primo procedimento.

La Corte richiama qui l'evoluzione della propria giurisprudenza sull'interpretazione del concetto di “reato per il quale [il soggetto] è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva”; giurisprudenza culminata nel caso *Zolotoukhine c. Russia*, del 2009, nel quale la Grande Camera – risolvendo i precedenti dubbi interpretativi – affermò con nettezza che l'espressione ‘reato’ utilizzata nel testo della norma deve intendersi come equivalente, a tutti gli effetti, a *fatto storico*, sì da attribuire la massima estensione possibile alla garanzia convenzionale. Ciò che conta ai fini della garanzia del *ne bis in idem* è, insomma, che il secondo procedimento abbia ad oggetto *fatti che sono nella sostanza i medesimi* che hanno costituito l'oggetto del primo procedimento, già conclusosi con un provvedimento definitivo.

Ed allora, sulla base di un tale criterio – costantemente adottato dalla Corte dal 2009 in poi –, nessun dubbio poteva sussistere sull'affermazione che i ricorrenti fossero processati in sede penale esattamente per il *medesimo fatto storico* – le *falsità contenute nel comunicato stampa diffuso il 23 agosto 2005* – per il quale erano già stati giudicati e sanzionati dalla CONSOB, con provvedimento divenuto definitivo nel giugno 2009 in seguito al rigetto, da parte della Corte

⁹ Per una puntuale ricostruzione di questa giurisprudenza, cfr. ancora ALLEGREZZA, *op. cit.*, p. 900 ss.

di cassazione, del ricorso avverso la sentenza della Corte di appello di Torino pronunciata in sede di opposizione contro l'originario provvedimento della CONSOB (§ 227); a nulla rilevando, in proposito, l'obiezione del governo italiano secondo cui gli elementi costitutivi del delitto di cui all'art. 185 e dell'illecito amministrativo di cui all'art. 187-ter sarebbero diversi.

Nell'opinione parzialmente dissenziente dei giudici Karakaş e Pinto de Albuquerque si osserva ad ogni buon conto che – anche ove la nozione di ‘medesimo reato’ fosse ricavabile da un mero raffronto tra le norme in gioco – non residuerebbe alcun dubbio sulla *sovrapponibilità almeno parziale delle fattispecie disegnate*, rispettivamente, dagli artt. 185 e 187-ter t.u.f. È vero infatti – come sottolineato dal governo, in adesione all'orientamento dottrinale unanime e dallo stesso insegnamento della S.C. italiana – che l'illecito penale si caratterizza, rispetto a quello amministrativo, per la necessaria dimensione di pericolo concreto (*sub specie* di pericolo di alterazione sensibile del prezzo degli strumenti finanziari) e per la necessaria presenza del dolo; ma tali elementi, come esattamente rilevano i giudici di minoranza, non sono altro che *elementi specializzanti* rispetto alla fattispecie *generale* di manipolazione del mercato prevista dall'art. 187-ter t.u.f.

Per inciso: i giudici Karakaş e Pinto de Albuquerque hanno qui ragioni da vendere. La diversa tecnica normativa utilizzata dal legislatore – in particolare l'uso delle *clausole sintetiche* “operazioni simulate” e “altri artifici” nell'art. 185 e, invece, di una tecnica di *enumerazione casistica* delle operazioni suscettibili di essere abbracciate dall'art. 187-ter – non rende immediatamente evidente tale rapporto di specialità, che tuttavia si coglie non appena si consideri che *tutti i casi pensabili* di manipolazione del mercato *ex art. 185 non possono non costituire*, al tempo stesso, anche *illeciti amministrativi* ai sensi dell'art. 187-ter. Graficamente, quest'ultima norma abbraccia pertanto un *insieme* di casi, nell'ambito del quale è enucleabile un *sottoinsieme* che comprende i casi (riferibili a condotte *dolose e concretamente pericolose*) riconducibili, *anche*, al paradigma delittuoso di cui all'art. 185. Il che costituisce la migliore, e definitiva, riprova di un rapporto di specialità tra le norme, e – ciò che più conta ai nostri fini – della circostanza che, rispetto al sottoinsieme di casi abbracciato sia dall'art. 185 sia dall'art. 187-ter, la sovrapposizione tra il procedimento (formalmente) amministrativo e quello penale, e tra le sanzioni irrogate nei due procedimenti, costituirà non un'evenienza occasionale ma la *regola*.

Con conseguente natura *sistemica* della violazione accertata dalla Corte, stante l'attuale quadro normativo (§ 27-28 dell'opinione parzialmente dissenziente).

3. Le ripercussioni della sentenza della Corte europea nell'ordinamento italiano: illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p.?

3.1. Alcune premesse.

Voltiamo pagina, e chiediamoci a questo punto quali effetti la sentenza *Grande Stevens* sia suscettibile di produrre nell'ordinamento italiano.

Il problema non si pone tanto in relazione allo *specifico caso* oggetto della pronuncia, giacché la dichiarazione da parte della Cassazione della *prescrizione* del reato – con la sentenza a suo tempo menzionata, pronunciata nel dicembre 2013 e depositata nel maggio scorso – sdrammatizza in larga misura il problema. Secondo la valutazione della maggioranza Corte EDU, il vizio riscontrato nella procedura di opposizione alle sanzioni irrogate dalla CONSOB non inficia di per sé la legittimità delle sanzioni amministrative, che dovrebbero dunque ritenersi ormai irrevocabili; mentre, per ciò che concerne il *ne bis in idem*, con la sentenza dichiarativa della prescrizione lo Stato italiano ha comunque posto fine al processo penale, ottemperando così indirettamente alla misura individuale imposta dalla Corte¹⁰.

Il problema riguarderà, semmai, tutti i *casi identici a quello deciso dalla Corte*, nei quali sia in corso un processo penale per i medesimi fatti già sanzionati dalla CONSOB, con provvedi-

¹⁰ Per ulteriori rilievi sul punto, cfr. peraltro FLICK, NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?*, relazione all'incontro di studio organizzato dall'ABI sulla sentenza *Grande Stevens*, in corso di pubblicazione su *Rivista delle società*, § 6.

mento ormai definitivo, o viceversa.

Al riguardo, occorre qui preliminarmente ribadire quanto ormai le nostre supreme giurisdizioni (Sezioni Unite della Cassazione e Corte costituzionale) hanno all'unisono riconosciuto, in occasione della nota vicenda concernente i 'fratelli minori di Scoppola'¹¹: e cioè che gli obblighi discendenti dalle sentenze della Corte hanno una portata che *trascende lo specifico caso concreto deciso*, vincolando lo Stato – e i suoi organi giurisdizionali, che sono i 'primi giudici' della Convenzione nell'ordinamento interno – *ad assicurare la medesima tutela a tutti coloro che si trovano in una situazione identica*.

Una seconda premessa è poi necessaria: una questione di *ne bis in idem* ai sensi dell'art. 4 Prot. 7, così come interpretato in *Grande Stevens*, in tanto si pone in quanto si sia in presenza di un *provvedimento definitivo* (della CONSOB o del giudice penale), e dunque non più soggetto a mezzi di impugnazioni ordinari. Ineccepibile si presenta pertanto, sotto questo specifico profilo, una recente ordinanza di un GIP del Tribunale di Milano, alla quale la questione era stata sottoposta da imputati per il delitto di manipolazione del mercato *ex art. 185 t.u.f., in pendenza del giudizio in Cassazione* contro la sentenza della Corte d'appello che, a sua volta, aveva rigettato l'opposizione contro la delibera CONSOB di irrogazione delle sanzioni per l'illecito amministrativo di cui all'art. 187-ter t.u.f.¹². Anche se, naturalmente, resta il disagio di negare ogni rilievo alla contemporanea pendenza di due procedimenti paralleli, con la prospettiva di dover comunque arrestare quello che si trovi nella fase più arretrata (nel caso di specie, quello penale) non appena si chiuda definitivamente il primo procedimento.

Che fare, però, in una situazione identica a quella esaminata in *Grande Stevens*?

3.2.

I termini della questione di legittimità costituzionale (e alcuni ipotetici 'controlimiti')

L'indicazione che proviene da Strasburgo, dicevo, è univoca: una volta chiuso con provvedimento definitivo il primo procedimento di natura 'sostanzialmente' penale (comunque qualificato dall'ordinamento nazionale), la *pendenza di un secondo processo* avente ad oggetto gli stessi fatti è *lesivo del diritto fondamentale al ne bis in idem* di cui all'art. 4 Prot. 7 CEDU, ratificato dal nostro Paese in forza della l. 9 aprile 1990, n. 98. E se la perdurante pendenza del processo è convenzionalmente illegittima, allora – come la Corte ha specificamente ordinato al nostro paese nella sentenza *Grande Stevens* – occorrerà in questi casi trovare il modo di *por fine immediatamente al processo*.

Il problema è che nessuna norma processuale consente, nel nostro ordinamento processuale, la definizione anticipata del processo penale, in questa specifica ipotesi: non, in particolare, l'art. 649 c.p.p., che prevede per il giudice l'obbligo di pronunciare sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere soltanto nel caso in cui l'imputato sia stato prosciolto o condannato con "sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili": e dunque – secondo quanto comunemente si riconosce – in presenza di un provvedimento irrevocabile pronunciato dal giudice *penale* italiano. Specifiche norme di diritto internazionali ratificate dal nostro paese, tra le quali spicca per importanza l'art. 54 della Convenzione di Schengen, estendono l'effetto preclusivo di un nuovo giudizio a provvedimenti definitivi di giudici penali stranieri; ma nessuna norma prevede espressamente l'ipotesi, che qui rileva, di un provvedimento, afferente alla *matière pénale* secondo i criteri *Engel*, ma formalmente qualificato come amministrativo ai sensi del sistema normativo italiano.

Laddove si dovesse ritenere impraticabile la strada di un'interpretazione *convenzionalmente conforme* dell'art. 649 c.p.p. tale da estendere la sua portata anche all'ipotesi qui in esame – strada, peraltro, per nulla stravagante¹³, stante la portata di *principio generale* del *ne bis in idem*, che certamente autorizza anche interpretazioni interpretative di natura *analogica*, come quella

¹¹ Su cui cfr., da ultimo, VIGANÒ, *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la saga dei "fratelli minori" di Scoppola*, in *questa Rivista*, n. 1/2014, p. 250 ss, e *ivi* per ogni ult. rif.

¹² GIP Trib. Milano, ord. 5 giugno 2014, giud. Di Censo.

¹³ Per una significativa apertura in questo senso, cfr. anche FLICK, NAPOLEONI, *Cumulo*, cit., § 7.

già effettuata dalle Sezioni Unite nella sentenza *Donati*¹⁴ –, resterebbe però possibile¹⁵ la strada della proposizione di una *questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p.* per contrasto con l'art. 117 co. 1 Cost. in riferimento all'art. 4 Prot. 7 CEDU così come interpretato in *Grande Stevens*, nella parte in cui la disposizione impugnata non prevede che il giudice debba pronunciare sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere anche nell'ipotesi in cui l'imputato sia già stato giudicato per il medesimo fatto, con provvedimento ormai irrevocabile, in un procedimento che – seppur formalmente qualificato come amministrativo dal diritto italiano – debba ritenersi di natura penale ai sensi della Convenzione europea e dei suoi protocolli.

Difficile negare la *fondatezza* di una simile questione, a fronte dell'inequivoca indicazione proveniente da Strasburgo¹⁶: che bolla, per l'appunto, come *illegittima* la perdurante pendenza del processo dopo che la prima decisione sia divenuta definitiva. A meno che, naturalmente, la Corte costituzionale non riesca a individuare un qualche 'controlimite' in grado di opporsi alla vincolatività del *dictum* della Corte per l'ordinamento italiano, dimostrando in particolare la *contrarietà a qualche principio della Costituzione italiana* della soluzione proveniente da Strasburgo, secondo la nota riserva affermata già nelle sentenze 'gemelle' 348 e 349 del 2007.

Tuttavia, anche a voler interpretare in maniera molto estesa i 'controlimiti' opponibili alla penetrazione del diritto di Strasburgo nel diritto italiano – magari con l'aiuto della dottrina della "massima espansione delle garanzie" messa a punto a partire dalle sentenze 311 e 317 del 2009, e della connessa idea del dovere di rispettare la "sostanza" della giurisprudenza di Strasburgo, restando però libera la Corte costituzionale di valutare come i principi ivi enunciati si inseriscano nel sistema giuridico italiano "in maniera sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro"¹⁷ –, proprio non si vede per quali cogenti ragioni la Corte costituzionale dovrebbe opporsi alle istanze di tutela del diritto al *ne bis idem* di cui si fa portatrice la Corte europea.

Certamente *non* costituirebbero valide ragioni le contrapposte istanze di tutela degli interessi tutelati dalle norme in materia di abusi di mercato¹⁸: interessi ai quali deve certamente essere riconosciuta una copertura costituzionale (basti pensare al rilievo che assume il 'rispar-

¹⁴ Che, come è noto, ha esteso il principio del *ne bis in idem* ben oltre i confini dell'art. 649 c.p.p. (che presuppone l'esistenza di una sentenza o di un decreto penale di condanna divenuti ormai *definitivi*), stabilendo che non può essere nuovamente promossa l'azione penale per un fatto e contro una persona per i quali un processo sia semplicemente *pendente* (anche se in fase o grado diversi) nella stessa sede giudiziaria e su iniziativa del medesimo ufficio del p.m., di talché nel procedimento eventualmente duplicato dev'essere disposta l'archiviazione oppure, se l'azione sia stata esercitata, dev'essere rilevata con sentenza la relativa causa di improcedibilità (Cass., sez. un. pen., 28 giugno 2005, n. 34655). In quella occasione, il supremo collegio ha sottolineato che "al di fuori dell'area del diritto penale sostanziale per il quale vigono il principio costituzionale di stretta legalità e la riserva assoluta di legge (art. 25, comma 2 Cost.), la mancanza di una esplicita disposizione non può fare considerare esaurito il compito dell'interprete, il quale, prima di optare per una conclusione di 'non liquet' o di negare l'esistenza di una norma, ha il dovere di sperimentare tutti gli altri strumenti ermeneutici dei quali dispone, verificando, in particolare, la praticabilità della via additata dall'art. 12, comma 2, delle Disposizioni sulla legge in generale, a norma del quale 'se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato'". Conseguentemente, la Corte ha enucleato il principio di diritto surriferito "non attraverso l'applicazione diretta della predetta disposizione [l'art. 649 c.p.p.], la cui configurazione normativa risulta tracciata in confini ben precisi e delimitati, ma facendo leva, invece, su un *principio che la trascende* ed è collocato a monte della stessa, corrispondendo l'art. 649 ad una delle plurime specificazioni di una direttiva generale alla quale è conformato tutto il sistema processuale". Un simile percorso argomentativo ben potrebbe essere sperimentato rispetto alla questione ora all'esame, che pone un problema di adeguamento dell'ordinamento processuale nazionale al *sistema integrato* dalle fonti sovranazionali vincolanti per l'Italia, tra le quali si iscrive il Prot. 7 così come interpretato dalla Corte di Strasburgo: adeguamento che ha tra i suoi essenziali strumenti proprio l'*interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, che costituisce un preciso obbligo per il giudice nazionale, *préalable* alla stessa proposizione di una questione di legittimità costituzionale delle norme di legge *prima facie* incompatibili con le norme sovranazionali (ampiamente in tema di interpretazione conforme cfr., volendo, VIGANÒ, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, in Corso, Zanetti (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, La Tribuna, 2010, pp. 617 ss. nonché, sui rapporti tra interpretazione conforme e questione incidentale di legittimità costituzionale, Id., *L'adeguamento del sistema penale italiano*, cit.).

¹⁵ Ed anzi *doverosa*, a fronte dell'obbligo di "rispettare" i diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico italiano (art. 1 CEDU) nell'estensione loro attribuita dalla Corte di Strasburgo (art. 32 CEDU): salvo che, naturalmente, non si ritenga – secondo quanto sostenuto più innanzi nel testo (*infra*, 4) – che allo stesso risultato si possa e si debba pervenire attraverso la strada della diretta applicazione della Carta.

¹⁶ In questo senso anche, in dottrina, FLICK, NAPOLEONI, *Cumulo*, cit., § 7.

¹⁷ C. cost. 264/2012. Per un'ampia analisi critica dei criteri cui si fa riferimento nel testo si consenta, ancora, il rinvio a VIGANÒ, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche: Corte costituzionale italiana e Corte di Strasburgo tra "guerra" e "dialogo"*, in *Dir. pen. cont.*, 14 luglio 2014.

¹⁸ Secondo il modello argomentativo sperimentato dalla terza sezione penale della Cassazione nell'ordinanza relativa alla confisca di terreni abusivamente lottizzati (cfr. Cass., sez. III pen., ord. n. 20636, in *Dir. pen. cont.*, con nota di F. VIGANÒ, *Confisca urbanistica e prescrizione: a Strasburgo il re è nudo*, 9 giugno 2014), nella quale parimenti il giudice *a quo* suggerisce alla Consulta di opporre un *fin de non recevoir* alle istanze di tutela di diritti fondamentali inerenti in senso lato al 'giusto processo' in nome dell'effettività della tutela di una serie di controinteressi costituzionalmente rilevanti, protetti dalla norma penale.

mio' ai sensi dell'art. 47 Cost.), ma che non si vede perché debbano essere tutelati con modalità lesive del diritto fondamentale dell'individuo a non essere sottoposto a due o più procedimenti per uno stesso fatto, in ipotesi offensivo di quell'interesse. Un processo, esso stesso rispettoso delle garanzie di cui all'art. 6 CEDU, basta e avanza per proteggere gli interessi in gioco, così come basta e avanza per tutti gli interessi più rilevanti che l'ordinamento conosca – a cominciare dalla vita umana¹⁹.

Nemmeno potrebbe costituire un possibile 'controlimite' il principio dell'*obbligatorietà dell'azione penale* ex art. 112 Cost., talvolta invocato nelle discussioni suscitate dalla sentenza *Grande Stevens*. L'azione penale è, certo, obbligatoria nell'ordinamento italiano, in forza dell'esplicito (e a mio avviso sacrosanto) imperativo costituzionale; ma lo è *fintanto che la potestà punitiva non sia già stata esercitata, e non si sia consumata in altro procedimento*, come riconosce del resto l'art. 649 c.p.p. Nelle situazioni che qui ci occupano, l'idea di fondo – che discende dalla qualificazione come 'sostanzialmente penale' del procedimento amministrativo avanti alla CONSOB – è che la potestà punitiva statale *sia stata già esercitata*, sia pure da parte di un'istituzione diversa (ma sotto molti profili non meno temibile!) rispetto a quelle alle quale lo *ius puniendi* è normalmente affidato nell'ordinamento italiano. Un po' come accade, *mutatis mutandis*, rispetto al *ne bis in idem* internazionale, dove parimenti la potestà punitiva italiana deve cedere a fronte dell'avvenuto esercizio della potestà punitiva da parte di altro Stato in relazione ai medesimi fatti.

D'altra parte, e mi si perdoni la banalità dell'osservazione, l'obbligatorietà dell'azione penale presuppone pur sempre la *legittimità* dell'azione penale stessa²⁰; mentre nelle ipotesi che qui ci occupano il suo esercizio sarebbe *illegittimo*, in quanto lesivo di un diritto fondamentale dell'individuo che l'Italia si è obbligata, nelle due sedi europee, a rispettare. Nessun *vulnus* al principio costituzionale di cui all'art. 112 Cost. nemmeno sotto questo profilo, dunque: esattamente come nessun *vulnus* all'obbligatorietà dell'azione penale sussiste in tutte le più diverse situazioni in cui l'esercizio dell'azione medesima risulta impossibile per effetto di prescrizione del reato, amnistia, indulto, immunità interna o internazionale, etc. – situazioni le quali rendono anch'esse *illegittima* un'eventuale azione penale per fatti che, pure, costituirebbero reato in assenza della situazione medesima.

3.3.

(Segue): la (presunta) illegittimità comunitaria (oggi, 'eurounitaria') della soluzione imposta da Strasburgo come ipotetico 'controlimite'?

Una delle obiezioni sollevata avanti alla Corte dal governo italiano – che immaginiamo sia stata riproposta nella richiesta di rinvio alla Grande Camera del caso già presentata dal nostro governo – è che il sistema a doppio binario amministrativo e penale, strutturato attorno a due procedimenti paralleli e indipendenti, sfocianti in sanzioni altrettanto indipendenti e suscettibili pertanto di cumularsi in capo agli stessi individui ed enti, sarebbe stato *imposto dal diritto comunitario*, e segnatamente dalla direttiva 2003/6/CE sugli abusi di mercato.

Una simile obiezione potrebbe essere riproposta dalla difesa erariale anche in un ipotetico giudizio avanti alla Corte costituzionale, in chiave questa volta di 'controlimite' rispetto agli obblighi di adeguamento imposti da Strasburgo: l'obbligo di rispettare il diritto comunitario (e, ora dell'Unione europea) dovrebbe – questo l'ipotetico argomento – essere considerato *prevalente* rispetto agli obblighi di adeguamento alla Convenzione e ai suoi protocolli, in quanto soltanto nei confronti dell'Unione europea lo Stato italiano ha accettato una vera e propria *limitazione della propria sovranità* ai sensi dell'art. 11 Cost., sempre negata invece della Corte

¹⁹ Né potrebbe invocarsi quale ipotetico 'controlimite' un principio di *legalità formale* discendente, in materia sostanziale, dall'art. 25 co. 2 Cost. e, in materia processuale, dall'art. 111 co. 1 Cost., assumendosi che solo la *legge statale* potrebbe stabilire che cosa costituisca 'pena', 'sentenza penale' e 'processo penale'. Se accolto dalla Corte costituzionale, un simile argomento getterebbe alle ortiche cinquant'anni di giurisprudenza convenzionale, la cui costante – e comprensibile – preoccupazione è stata quella di evitare che gli Stati, attraverso il 'classico' espediente dell'*Etikettenschwindel*, si sottraggano alle garanzie convenzionali in materia di diritto e processo penale semplicemente qualificando come 'amministrative' sanzioni che abbiano tutta la sostanza (e la carica lesiva dei diritti fondamentali dell'individuo) di una vera e propria pena. La riserva di legge in materia sostanziale e processuale è una *garanzia* per l'individuo contro il rischio di arbitri del potere esecutivo e giudiziario; e sarebbe assurdo venisse trasformata in un argomento per *limitare* la tutela effettiva dei diritti fondamentali.

²⁰ Per un espresso riferimento al 'vincolo di legalità insito nel carattere di obbligatorietà ex art. 112 Cost.' cfr. anche la già citata Cass. sez. un. pen., 28 giugno 2005, n. 34655, Donati, § 5.1.

costituzionale rispetto al ‘diritto di Strasburgo’. Si profilerebbe così un sinora inedito scenario, in cui l’art. 11 verrebbe invocato come ‘controlimite’ rispetto al dovere di rispettare gli ‘obblighi internazionali’ di cui all’art. 117 co. 1 Cost.

3.3.1. *Un primo punto fermo: la necessità che gli obblighi eurounitari siano essi stessi compatibili con i diritti convenzionali.*

Al riguardo, e prima di immaginare scenari fantascientifici che tanto appassionerebbero i cultori di questa materia, conviene però fare chiarezza su un primo punto fondamentale, apparentemente dimenticato tanto dal governo italiano quanto dai giudici che – da ultima la Cassazione nella sentenza che ha chiuso il caso Gabetti-Grande Stevens – sembrano dare per scontata la possibilità di un contrasto tra obblighi eurounitari e obblighi convenzionali.

Anzitutto, dal punto di vista della Corte EDU, l’eccezione sollevata dal governo italiano (“se abbiamo violato il diritto convenzionale, lo abbiamo fatto perché ce lo ha imposto l’Unione”) è del tutto *irricevibile*. La sentenza *Grande Stevens* ha buon gioco nel rilevare, sul punto, che il compito della Corte è quello di interpretare non già il diritto comunitario, bensì la Convenzione e i suoi protocolli (§ 229): precisazione ovvia, che sottende l’altrettanto ovvia considerazione – non esplicitata probabilmente soltanto per ragioni di *political correctness* – che *gli Stati parte della Convenzione restano vincolati al rispetto degli obblighi che dalla stessa discendono anche quando danno attuazione al diritto comunitario*, secondo i principi statuiti nella notissima sentenza *Bosphorus c. Irlanda*.

Ma anche dal punto di vista del diritto UE – ed è ciò che conta nel nostro contesto –, è pacifico che *tutti gli atti normativi dell’Unione devono essi stessi rispettare i diritti della Convenzione e dei suoi protocolli*, dal momento che tali diritti costituiscono *principi generali del diritto UE* (art. 6 TUE) e costituiscono al tempo stesso il *contenuto minimo dei corrispondenti diritti della Carta* (art. 52 § 3 CDFUE).

Non solo: il rispetto dei diritti convenzionali è *condizione di validità degli atti dell’Unione*, tanto che tali atti potranno essere *annullati* dalla Corte di giustizia (come è accaduto recentissimamente alla direttiva sulla c.d. *data retention*) proprio in ragione del loro contrasto con i diritti fondamentali riconosciuti dalla Convenzione e dai suoi protocolli (nonché della stessa Carta, che di quei diritti ripete il contenuto minimo).

Laddove, dunque, la direttiva 2003/6/CE avesse *davvero* imposto allo Stato italiano un risultato *in contrasto con i diritti fondamentali riconosciuti dalla Convenzione* (e segnatamente dall’art. 4 del suo Prot. 7), la direttiva – lungi dal risultare vincolante per lo Stato italiano – sarebbe stata *invalida*, e qualsiasi giudice italiano avrebbe potuto formulare un rinvio pregiudiziale di validità alla Corte di giustizia ai sensi dell’art. 267 comma 1 lett. b) TFUE avente ad oggetto, appunto, il contrasto tra la direttiva e il principio del *ne bis in idem*.

Di talché nessun ‘controlimite’ ex art. 11 Cost. potrebbe mai essere opposto, per questa via, all’obbligo di conformità della legislazione interna agli obblighi convenzionali, fondato sull’art. 117 co. 1 Cost.

3.3.2. *Nel merito: sul preteso contrasto tra la direttiva 2003/6/CE e l’art. 4 Prot. 7 CEDU come interpretato dalla Corte europea.*

Ad ogni buon conto, l’assunto secondo cui la direttiva 2003/6/CE (oggi abrogata, come tra un attimo diremo) imponesse un *obbligo* di prevedere un sistema sanzionatorio di doppio binario, in termini contrastanti rispetto a quanto previsto dall’art. 4 Prot. 7 CEDU come interpretato in *Grande Stevens*, è anche nel merito errato.

L’art. 14 della direttiva in questione prevedeva: “*Fatto salvo il diritto degli Stati membri di imporre sanzioni penali*, gli Stati membri sono tenuti a garantire, conformemente al loro ordinamento nazionale, che possano essere adottate le opportune misure amministrative o irrogate le opportune sanzioni amministrative a carico delle persone responsabili del mancato rispetto delle disposizioni adottate in attuazione della presente direttiva. Gli Stati membri sono tenuti

a garantire che tali misure siano efficaci, proporzionate e dissuasive”.

La norma fissava dunque un obbligo a carico degli Stati membri di prevedere *in ogni caso* un sistema di sanzioni *amministrative* effettive proporzionate e dissuasive irrogabili dall'autorità centrale individuata ai sensi della direttiva per i fatti di abuso del mercato, lasciando però *liberi* gli Stati di sanzionare *anche* penalmente i responsabili: eventualità della quale peraltro la direttiva – che, in epoca pre-Lisbona, non aveva ad oggetto l'armonizzazione dei sistemi penali degli Stati membri – *non* si occupava affatto.

Contrariamente a quanto sostenuto dal governo italiano di fronte alla Corte EDU, dunque, *la direttiva non vincolava gli Stati membri ad adottare sanzioni penali nei confronti degli autori di fatti di abuso del mercato*; ed anzi, che una soluzione di doppio binario potesse risultare problematica proprio rispetto al principio del *ne bis in idem* di cui all'art. 4 Prot. 7 CEDU, non era sfuggito a taluni attenti e qualificati attori del diritto dell'Unione²¹.

3.3.3. *Il mutato quadro normativo: il regolamento n. 596/2014 e la direttiva 2014/57/UE.*

La situazione è, comunque, oggi del tutto mutata, in seguito alla recentissima pubblicazione del *regolamento UE n. 596/2014* relativo agli abusi di mercato, che abroga la direttiva 2003/6/CE, e della contestuale *direttiva 2014/57/UE* relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato: strumenti entrati entrambi in vigore il 2 luglio 2014.

Rinviando ad altra sede più appropriata l'esame dettagliato di queste relevantissime novità normative (la direttiva è, tra l'altro, il primo strumento post-Lisbona ad avere oggetto l'armonizzazione del diritto penale degli Stati membri in una materia di cui al paragrafo 2 dell'art. 83 TFUE), basti qui rilevare che il diritto dell'Unione fornisce, oggi, agli Stati membri *indicazioni in certo senso rovesciate* rispetto a quelli risultanti dalla vecchia direttiva 2003/6/CE: *obbligo* di adottare sanzioni *penali*, e mera *facoltà* di prevedere sanzioni *amministrative*.

La nuova direttiva vincola infatti all'adozione, *in ogni caso*, di sanzioni penali per i *fatti più gravi* di abusi di mercato *commessi con dolo* e definiti dagli articoli 3-6 della direttiva medesima; mentre il coevo regolamento prevede, all'art. 30, che gli Stati membri conferiscano alle autorità centrali competenti il potere di adottare *sanzioni amministrative* per i fatti di abuso di mercato analiticamente descritti nel regolamento, precisando peraltro (§ 1 secondo comma) che “gli Stati membri *possono decidere di non stabilire norme relative alle sanzioni amministrative di cui al primo comma se le violazioni [ivi descritte] sono già soggette a sanzioni penali, nel rispettivo diritto nazionale, entro il 3 luglio 2016*”, e cioè entro il termine biennale di trasposizione della direttiva negli ordinamenti degli Stati membri.

Il considerando n. 72 del regolamento chiarisce, in proposito, che “anche se nulla osta a che gli Stati membri stabiliscano regole per sanzioni amministrative oltre che sanzioni penali per le stesse infrazioni, gli Stati membri *non dovrebbero essere tenuti a stabilire regole in materia di sanzioni amministrative* riguardanti violazioni del presente regolamento che sono già soggette al diritto penale nazionale, entro il 3 luglio 2016. Conformemente al diritto nazionale, *gli Stati membri non sono tenuti a imporre sanzioni sia amministrative che penali per lo stesso reato, ma possono farlo se il loro diritto nazionale lo consente*”²². Coerentemente, il parallelo considerando n. 22 della direttiva stabilisce che “gli obblighi previsti dalla presente direttiva di prevedere pene per le persone fisiche e sanzioni per le persone giuridiche non esonerano gli Stati membri dall'obbligo di contemplare in tali ordinamenti nazionali sanzioni amministrative e altre misure per

²¹ Cfr., in particolare, l'opinione dell'Avvocato generale Kokott nella causa *Spectrum* (C-45/08), 10 settembre 2009, § 103: “La questione se in un procedimento penale svolto successivamente si debba tenere conto di una sanzione amministrativa precedentemente imposta non riguarda probabilmente solo la proporzionalità della sanzione, ma anche il divieto *ne bis in idem* [...]. Tuttavia, tale questione si porrebbe solo in un successivo procedimento penale, in seguito al procedimento amministrativo” (nel caso concreto all'esame della Corte, il rinvio pregiudiziale – avente ad oggetto, tra l'altro, l'entità delle sanzioni irrogabili in un caso di abuso di informazioni privilegiate – era stato disposto dall'autorità amministrativa, e il procedimento penale era prefigurato come mera eventualità futura).

²² In tal caso, il considerando in questione si preoccupa semplicemente – e comprensibilmente – di precisare che “tuttavia, il mantenimento delle sanzioni penali in luogo delle sanzioni amministrative per le violazioni del presente regolamento o della direttiva 2014/57/UE non dovrebbe ridurre o incidere altrimenti sulla capacità delle autorità competenti di cooperare, di avere accesso a informazioni o di scambiare informazioni tempestivamente con le autorità competenti di altri Stati membri ai fini del presente regolamento, anche dopo che le autorità giudiziarie competenti siano state adite per le violazioni in causa”.

le violazioni previste nel regolamento UE n. 596/2014, *salvo che gli Stati membri non abbiano deciso, conformemente al regolamento UE n. 596/2013, di prevedere per tali violazioni unicamente sanzioni penali nel loro ordinamento nazionale*".

L'impressione – inutile nascondere – è che il legislatore dell'Unione abbia per lungo tempo, anche nella fase di preparazione degli strumenti normativi che stanno ora per entrare in vigore, sottovalutato i profili di frizione con il *ne bis in idem* cui si sarebbe esposto un meccanismo chiaramente strutturato attorno a un doppio binario procedurale e sanzionatorio, plasticamente espresso dalla scelta di disciplinare in due distinti e paralleli strumenti normativi (il regolamento e la direttiva) ciascuno dei due binari; e che poi lo stesso legislatore europeo, di fronte ai venti di guerra provenienti da Strasburgo – la sentenza *Grande Stevens*, pubblicata all'inizio di marzo a direttiva e regolamento ormai approvati, era in effetti un epilogo largamente previsto anche nei mesi precedenti – abbia tentato di porre rimedio, riconoscendo agli Stati la possibilità... di non applicare affatto l'articolato sistema di sanzioni amministrative pure dettagliatamente disciplinate nel regolamento n. 596.

Non è difficile, del resto, immaginare che gli organi politici dell'Unione avrebbero preferito il mantenimento di un sistema a doppio binario rispetto agli stessi fatti di abuso di mercato. Tale sistema avrebbe coniugato i vantaggi – dal punto di vista repressivo – di entrambe le sanzioni, amministrative e penali: immediatezza dell'irrogazione, in esito a un procedimento assai poco formalizzato (e garantito), per quanto concerne le prime; e solenne effetto stigmatizzante, con annesso *surplus* di deterrenza legato alla pena detentiva, per le seconde. Ma, si sa, con i diritti fondamentali bisogna prima o poi fare i conti: e ciò vale tanto per il legislatore italiano, quanto per quello europeo.

Ed allora, tanto la nuova direttiva quanto il nuovo regolamento scelgono una via per così 'agnostica' (o pilatesca?), rimpallando semplicemente agli Stati membri la responsabilità di decidere se e come articolare un regime di doppio binario – fermo in ogni caso l'obbligo di prevedere sanzioni penali – in modo da non violare il principio del *ne bis in idem*: ad esempio, rinunciando del tutto alla sanzione amministrativa, ovvero prevedendo campi di applicazione distinti per l'illecito penale e quello amministrativo. Ed anzi la direttiva, pur non fornendo essa stessa soluzioni, mette esplicitamente in guardia gli Stati sull'esigenza di rispetto del *ne bis in idem* mediante il proprio considerando n. 23, ove si afferma che "nell'applicare la normativa nazionale di recepimento della presente direttiva, gli Stati membri dovrebbero garantire che l'irrogazione di sanzioni penali per i reati ai sensi della presente direttiva e di sanzioni amministrative ai sensi del regolamento (UE) n. 596/2014 non violi il principio del *ne bis in idem*".

Oggi come ieri, dunque, il diritto eurounitario *non impone alcuna soluzione contrastante con il diritto convenzionale al ne bis in idem*: proprio all'opposto, raccomanda agli Stati il rispetto di tale principio, che è anche – per le considerazioni poc'anzi svolte – *principio dello stesso diritto dell'Unione*.

3.4.

Prima conclusione provvisoria.

Possiamo quindi tirare le prime somme del percorso sin qui compiuto, e concludere serenamente per la piena *fondatezza* della questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. poc'anzi prospettata, essendosi rivelati inconsistenti tutti i possibili 'controlimiti' all'obbligo di conformazione del nostro ordinamento ai vincoli derivanti dal diritto internazionale (e dall'art. 4 Prot. 7 CEDU in particolare) fondato sull'art. 117 co. 1 Cost.

4.

Una strada alternativa: la diretta applicazione dell'art. 50 della Carta da parte del giudice penale italiano.

Ciò posto, credo però che ci si debba chiedere se tale questione di legittimità costituzionale sia proprio necessaria al fine di assicurare l'adeguamento del diritto processuale italiano al principio ora statuito a Strasburgo.

Come già anticipato, il diritto fondamentale al *ne bis in idem* è oggi enunciato a chiare lettere – oltre che dall'art. 4 Prot. 7 CEDU – anche dall'art. 50 CDFUE, che è *norma di diritto*

primario dell'Unione (art. 6 § 3 TUE) e che è pertanto idonea a produrre *effetto diretto* negli ordinamenti degli Stati membri, con carattere di *primazia* rispetto ad eventuali norme nazionali contrastanti.

Ciò deve indurre l'interprete ad esplorare anche una seconda possibile strada per adeguare il vigente diritto processuale all'obbligo sovranazionale ora esplicitato in *Grande Stevens*: quella, cioè, di consentire al giudice penale di pronunciare sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere *direttamente sulla base dell'art. 50 CDFUE*, senza alcun previo coinvolgimento della Corte costituzionale.

4.1.

La disciplina degli abusi di mercato rientra nell'ambito di applicazione della Carta?

Come è noto, i diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta sono vincolanti per le istituzioni dell'Unione e per gli stessi Stati membri *nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione* (e per gli Stati membri, in particolare, allorché *attuino* il diritto dell'Unione) ai sensi dell'art. 51 CDFUE; mentre non possono essere invocati al di fuori di tale ambito.

Ebbene, la materia degli abusi di mercato *rientra indubitabilmente nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione*, come dimostra la direttiva 2003/6/CE e, oggi, la coppia rappresentata dalla direttiva 2014/57/UE (che disciplina precisamente l'uso del diritto penale da parte degli Stati membri per contrastare tali fenomeni criminosi) e dal regolamento n. 596/2014. Conseguentemente, in questa materia trovano piena applicazione anche nell'ordinamento interno i diritti riconosciuti dalla CDFUE: con tutte le conseguenze che derivano dal rango di normativa di diritto primario della stessa CDFUE, tra le quali – appunto – il suo effetto diretto nell'ordinamento degli Stati membri.

Il punto che precede – di per sé non problematico – è stato affermato a chiare lettere dalla Grande Sezione della Corte di giustizia nella sentenza *Akeberg Fransson*²³, ove proprio con riferimento al diritto di cui all'art. 50 CDFUE si legge (§ 45): “*per quanto riguarda poi le conseguenze che il giudice nazionale deve trarre da un conflitto tra disposizioni del proprio diritto interno e diritti garantiti dalla Carta, secondo una costante giurisprudenza il giudice nazionale incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le norme di diritto dell'Unione ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale*”.

Identico principio si ricava, sia pure *a contrariis*, da quanto statuito dalla nostra Corte costituzionale nella sentenza n. 80/2011²⁴. In quella occasione, come si rammenterà, la Corte aveva escluso che il giudice ordinario italiano potesse dare diretta applicazione alle norme della Convenzione europea dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona; e, rilevato come l'art. 52 § 3 CDFUE attribuisca ai diritti riconosciuti dalla Carta quanto meno il contenuto delle corrispondenti disposizioni della CEDU, in tal modo ‘importando’ all'interno della Carta l'intero *acquis* di Strasburgo in materia di diritti fondamentali, aveva correttamente precisato che la Carta – ai sensi del suo art. 51 – è vincolante per gli Stati membri soltanto allorché essi attuino il diritto dell'Unione, mentre la questione *allora* in discussione – la pubblicità delle udienze di cassazione nel giudizio di prevenzione – ricadeva certamente *al di fuori* dell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione. Sulla base di questo stesso ragionamento, è però evidente che la conclusione è destinata a mutare laddove – come nel caso *ora* in discussione – si versi *all'interno dell'ambito di attuazione del diritto dell'Unione*: qui vigeranno appieno i principi consolidati tanto presso la giurisprudenza della Corte di giustizia quanto presso la giurisprudenza della Corte costituzionale, secondo i quali al diritto *primario* dell'Unione (comprensivo della Carta!) deve essere assicurata piena efficacia da parte dei giudici degli Stati membri, attraverso la sua *diretta applicazione* (e contestuale applicazione della normativa interna eventualmente contrastante), essendo addirittura *vietato* dal diritto dell'Unione subordinare tale

²³ In questa Rivista, con nota di VOZZA, *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, n. 3/2013, p. 294 ss.

²⁴ In *Dir. pen. cont.*, con ampia *nota di LEO*, 12 marzo 2011.

diretta applicazione a una pronuncia ablativa della norma contrastante da parte della Corte costituzionale²⁵.

4.2.

L'art. 50 della Carta e l'art. 4 Prot. 7 CEDU hanno la medesima estensione?

Il problema diviene, a questo punto, soltanto quello di stabilire se l'art. 50 CDFUE – rubricato “*Diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato*” e il cui testo recita “*Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è stato già assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge*” – abbia il medesimo contenuto dell'art. 4 Prot. 7 CEDU, e debba comunque essere interpretato in maniera conforme agli insegnamenti della Corte di Strasburgo: in particolare con riferimento alla nozione di “reato” come equivalente a “fatto storico” nonché, ciò che ancora più rileva nel nostro caso, alla lettura ‘autonoma’ di *matière pénale* in quella sede adottata.

Prima facie, il quesito non avrebbe neppure ragion d'essere: il già citato art. 52 § 3 CDFUE dispone infatti che “laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa”.

Le *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali*²⁶ (delle quali, ai sensi dell'art. 6 § 1 TUE, occorre “tener conto” nella sua interpretazione) chiariscono la portata della norma predetta nei termini seguenti: “Il riferimento alla CEDU riguarda sia la convenzione che i relativi protocolli. Il significato e la portata dei diritti garantiti sono determinati non solo dal testo di questi strumenti, ma anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e dalla Corte di giustizia dell'Unione europea. L'ultima frase del paragrafo è intesa a consentire all'Unione di garantire una protezione più ampia. La protezione accordata dalla Carta non può comunque in nessun caso situarsi ad un livello inferiore a quello garantito dalla CEDU”. Almeno due i punti rilevanti ai nostri fini, contenuti in questa sorta di interpretazione autentica dell'art. 52: da un lato, il riferimento alla CEDU comprende anche i suoi protocolli (e dunque anche il protocollo 7!); dall'altro, le norme della CEDU e dei relativi protocolli sono assunti come *contenuto minimo* dei corrispondenti diritti della Carta nell'estensione loro attribuita, anzitutto, dalla giurisprudenza del ‘loro’ giudice, e cioè dalla Corte di Strasburgo.

Il cerchio argomentativo parrebbe, dunque, chiudersi: l'art. 50 CDFUE dovrà essere letto come incorporante *almeno* l'insieme delle garanzie enucleate dalla Corte di Strasburgo in sede di interpretazione dell'art. 4 Prot. 7 CEDU (incluse quelle dedotte in *Grande Stevens*, se e in quanto – beninteso – la pronuncia divenga definitiva); e come tale dovrà essere direttamente applicato dal giudice ordinario italiano.

Un certo grado di cautela sulla conclusione appena raggiunta, invero, si impone. Che l'art. 50 CDFUE incorpori *tutte* le garanzie dedotte dalla Corte di Strasburgo dall'art. 4 Prot. 7 è stato, infatti, autorevolmente posto in dubbio dall'Avvocato generale Villalón nelle proprie conclusioni nella causa *Fransson*, nelle quali egli ha sottolineato come non tutti gli Stati membri dell'Unione abbiano ratificato il Prot. 7 – non lo hanno fatto, tra l'altro, la Germania, il Belgio, i Paesi Bassi e il Regno Unito –; e come numerosi altri Stati – tra i quali, come si è visto, l'Italia – abbiano formulato all'atto della ratifica riserve con lo scopo di circoscrivere la portata del principio ai casi in cui il soggetto sia stato previamente giudicato in un procedimento qualificato come *penale* anche ai sensi dell'ordinamento interno. Muovendo da tale considerazione, l'Avvocato generale ha sostenuto la necessità di discostarsi dal criterio generale, fissato dall'art. 52 § 3 CDFUE, di ‘equivalenza minima’ tra la tutela offerta dalle norme della Carta e quella offerta dalle corrispondenti norme della CEDU e dei suoi protocolli, in favore di una interpretazione a propria volta ‘autonoma’ dell'art. 50. Più in particolare, tale disposizione non implicherebbe che la previa esistenza di una sanzione definitiva, *considerata*

²⁵ Così già la arcinota sentenza *Simmenthal*, risalente al 1978. Il medesimo principio è stato poi ribadito dalla Grande Sezione in *Küçükdeveci*, sent. 19 gennaio 2010, causa C-555/07.

²⁶ Cito qui il testo aggiornato nel 2007.

come meramente amministrativa dall'ordinamento dello Stato membro, impedisca l'apertura di un procedimento dinanzi alla giurisdizione penale che possa eventualmente concludersi con una condanna, purché – in tal caso – il giudice penale sia messo in condizione di tenere conto della previa esistenza di una sanzione amministrativa, al fine di mitigare la pena che sarà inflitta in sede penale (§§ 81-96).

L'opinione dell'Avvocato generale, tuttavia, non è stata seguita dalla Grande Sezione nella sentenza, già più volte citata, che ha definito il procedimento *Fransson*: sentenza nella quale si invita il giudice nazionale a valutare egli stesso se l'avvenuta imposizione di una sovrattassa per un illecito tributario nel previo procedimento amministrativo abbia o meno natura "penale", alla luce dei noti criteri 'sostanziali' e 'autonomi' risalenti a *Engel* (qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, natura dell'illecito e grado di severità della sanzione in cui l'interessato rischia di incorrere), che la Corte di giustizia da tempo fa propri. Sia pure in termini non proprio adamantini²⁷, la pronuncia conferma in tal modo – in senso del tutto distorto rispetto alla proposta dell'Avvocato generale – la non decisività della qualificazione come 'sanzione amministrativa' ai sensi del diritto nazionale ai fini dell'applicazione del principio del *ne bis in idem* ai sensi dell'art. 50 CDFUE.

L'opinione dell'Avvocato generale Villalón è, inoltre, smentita anche dalle "Spiegazioni" all'art. 50, ove testualmente si legge: "*per quanto riguarda le situazioni contemplate dall'articolo 4 del protocollo 7, vale a dire l'applicazione del principio all'interno di uno Stato membro, il diritto garantito ha lo stesso significato e la stessa portata del corrispondente diritto sancito dalla CEDU*". L'inciso conferma così l'avvenuta incorporazione all'interno dell'art. 50 non solo dell'*acquis* dell'art. 54 di Schengen, ma anche dell'*acquis* giurisprudenziale della Corte di Strasburgo sull'art. 4 Prot. 7, indipendentemente dalla mancata ratifica di tale protocollo da alcuni importanti Stati membri dell'Unione.

Naturalmente, nulla vieterebbe al giudice penale italiano di proporre un *rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, mirante a sollecitare quest'ultima a precisare se l'art. 50 CDFUE si estenda alle situazioni in cui l'imputato in un procedimento penale sia già stato giudicato in via definitiva nel quadro di un procedimento interno formalmente qualificato come amministrativo, ma da considerare quale 'procedimento penale' secondo i criteri *Engel*. Ho però l'impressione che la Corte di giustizia non potrebbe in questa ipotesi che trarre le logiche conseguenze di quanto già detto in *Fransson*: e affermare dunque che, se il giudice del rinvio ritiene che il previo procedimento abbia in effetti natura 'penale' alla luce dei criteri *Engel* (e come potrebbe, ora, il giudice italiano ritenere diversamente, dopo la sentenza *Grande Stevens*?), la garanzia del *ne bis in idem* di cui all'art. 50 CDFUE dovrà trovare diretta applicazione ad opera dello stesso giudice nazionale – senza che questi possa né debba sollecitare una pronuncia ablativa da parte della Corte costituzionale.

4.3.

Seconda conclusione.

Ed allora, mi pare che la seguente conclusione si imponga: il giudice penale ben potrà – ed anzi dovrà – pronunciare immediatamente, *in diretta applicazione dell'art. 50 CDFUE*, una *sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere* strutturalmente identica a quella che il giudice ha già l'obbligo di pronunciare ai sensi dell'art. 649 c.p.p. e ai sensi dell'art. 54 della Convenzione di Schengen; così come analoga statuizione dovrà adottare l'autorità amministrativa o quella giurisdizionale adita in sede di opposizione nella (invero assai più improbabile) ipotesi in cui si sia già formato il giudicato in sede penale.

4.4.

Appendice: i procedimenti penali già conclusi con sentenza passata in giudicato (cenni).

Un ultimo cenno alla situazione dei condannati in sede penale con sentenza già passata

²⁷ Sulle ambiguità della sentenza in relazione alla definizione dell'ambito applicativo dell'art. 50 CDFUE, cfr. anche, più ampiamente, Vozza, *I confini applicativi*, cit.

in giudicato, nei confronti dei quali sia stato previamente esperito un procedimento ‘amministrativo’ da parte della CONSOB – con eventuali ‘code’ giurisdizionali avanti alla Corte d’appello e alla Cassazione –, non importa se conclusosi con l’irrogazione di una o più sanzioni ‘amministrative’.

Gli ormai raggiunti limiti di spazio di questo contributo non mi consentono di affrontare, in questa sede, questo complesso problema; valendo qui soltanto la pena di segnalare che il problema della sorte dei giudicati indubbiamente si porrà a fronte se non altro dell’intuitiva considerazione che una pena irrogata in esito a un processo... che non s’aveva da fare, e che era dunque in radice *illegittimo*, non può che essere considerata essa stessa *illegittima*²⁸.

5.

Conclusioni e prospettive (in tema di diritto penale tributario, e di possibili direttrici di riforma).

Ma *de hoc satis*, dicevamo. Sicché conviene, per ora, avviarci rapidamente a qualche (provvisoria) conclusione.

Il sistema del doppio binario in materia di sanzioni contro gli abusi di mercato disegnato dal legislatore in sede di trasposizione della direttiva 2003/6/CE è stato radicalmente sconfessato dalla sentenza *Grande Stevens*. Le pesantissime sanzioni ‘amministrative’ previste dal t.u.f. sono state, senza incertezza alcuna, qualificate come autentiche sanzioni *penali*, irrogate in esito a un procedimento che ripete la propria natura sostanzialmente *penale* dalle sanzioni alla cui applicazione è funzionale. Da tale essenziale – e in larga misura scontata – premessa la Corte ha dedotto la conseguenza che allo Stato che abbia già esercitato la propria pretesa sanzionatoria attraverso il procedimento ‘amministrativo’ resterà precluso aprire (e concludere) un processo anche formalmente qualificato come penale sui medesimi fatti, e viceversa; nonché l’ulteriore conseguenza che anche il procedimento finalizzato all’inflizione delle sanzioni ‘amministrative’ dovrà rispettare gli standard essenziali del processo *penale* equo.

Vero è che, su quest’ultimo versante, la maggioranza della Corte è stata cauta, ponendo in ampio rilievo le deficienze del procedimento avanti alla CONSOB, ma ritenendo poi che tali deficienze siano state in larga parte riparate nel successivo procedimento giurisdizionale di opposizione avanti alla corte d’appello; finendo così per ravvisare la sola violazione, in fondo marginale, relativa al difetto di pubblicità dell’udienza avanti alla Corte d’appello torinese. Ma il sistema disegnato oggi dal t.u.f. ne esce comunque a pezzi, anche sotto i colpi delle opinioni parzialmente dissenzienti, che denunciano nel procedimento avanti alla CONSOB una serie nutrita di profili critici: tra gli altri, la confusione delle funzioni inquirenti, requirenti e giudicanti in un unico organo; l’impossibilità per l’incolpato di essere personalmente sentito; l’impossibilità di addurre testimoni a propria difesa, e di controesaminare i testimoni d’accusa²⁹. Profili critici ai quali il procedimento giurisdizionale di opposizione può, all’evidenza, soltanto in parte porre rimedio.

Come rilevavo sin dalle battute introduttive, le censure di Strasburgo non giungono inaspettate, né dovrebbero suscitare sorpresa nell’osservatore italiano. Dopo tutto, il sistema a doppio binario disegnato dal legislatore del 2005 era stato oggetto delle critiche unanimi della dottrina penalistica³⁰ nonché della stessa Suprema Corte³¹, che già avevano colto tutti i profili problematici caduti sotto la scure di Strasburgo: che si rivela così, una volta di più, un farmaco prezioso per riparare alle più marchiane ingiustizie del sistema penale italiano.

Spetterà ora al legislatore intervenire, al duplice fine di adeguare il sistema di contrasto agli abusi di mercato alle indicazioni della Corte, e di adempiere gli obblighi ora imposti dalla direttiva 2014/57/UE e dal regolamento n. 596/2014 poc’anzi menzionati; possibilmente anche prima della scadenza del termine di trasposizione da essi fissato (3 luglio 2016).

²⁸ Per una prima analisi di questi profili, cfr. peraltro ancora FLICK, NAPOLEONI, *Cumulo*, cit., § 8.

²⁹ Profili ai quali potrebbe agevolmente aggiungersi l’inesistenza di un diritto al silenzio in capo all’incolpato, il quale rischia anzi di vedersi incriminato per ostacolo alle funzioni di vigilanza ove si rifiuti di collaborare o dica il falso in propria difesa.

³⁰ Cfr. *supra*, nota 2.

³¹ La quale nella sentenza della VI sez. 16 marzo 2006, n. 15199, Labella, aveva osservato che “l’intero intervento sanzionatorio nella materia del cd. *market abuse*, attuato dalla legge n. 62 del 2005, si caratterizza per una ricorrente replica di norme incriminatrici penali in identici illeciti amministrativi [...] secondo una tecnica legislativa inconsueta, destinata a creare sicuramente notevoli problemi applicativi”

Contrariamente all'avviso autorevole espresso dall'Ufficio Massimario della Cassazione³², non ritengo infatti che il dato normativo vigente del t.u.f. sia allo stato suscettibile di alcuna interpretazione conforme in grado di evitare la contemporanea apertura di un procedimento amministrativo e di un processo penale per lo stesso fatto: la clausola "salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato" con cui si apre l'art. 187-ter mi pare in effetti inequivocabilmente alludere al *cumulo* delle sanzioni amministrativa e penale nell'ipotesi (normale nell'ottica del legislatore) in cui lo stesso fatto integri *sia* gli estremi dell'illecito amministrativo, *sia* quelli del corrispondente delitto. Cumulo, del resto, positivamente disciplinato dal successivo art. 187-terdecies, a tenore del quale "quando per lo stesso fatto è stata applicata a carico del reo o dell'ente una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell'articolo 195, la esazione della pena pecuniaria e della sanzione pecuniaria dipendente da reato è limitata alla parte eccedente quella riscossa dall'Autorità amministrativa"³³.

A meno, dunque, di pensare che da oggi in poi la CONSOB si astenga *volontariamente* – nelle more della riforma legislativa – dall'applicare essa stessa sanzioni per gli illeciti amministrativi previsti dal t.u.f., tutti i procedimenti penali relativi a fatti già oggetto di un procedimento sanzionatorio da parte della CONSOB *saranno destinati ad una morte prematura*, legata alla fisiologica maggiore lentezza del processo penale: la sentenza definitiva sulla sanzione 'amministrativa' arriverà invariabilmente per prima, e il giudice penale non potrà far altro che arrestare il processo in ragione del *ne bis in idem*.

Come è stato subito colto da tutti i primi commentatori, d'altra parte, la sentenza *Grande Stevens* è destinata a produrre ripercussioni che trascendono la pur rilevante tematica degli abusi di mercato, e che potrebbero direttamente investire – nell'ordinamento italiano – il settore del *diritto penale tributario*. Un settore anch'esso caratterizzato da un sistema di *doppio binario* di procedimenti amministrativi e penali, che procedono ciascuno per proprio conto e sono reciprocamente impermeabili (art. 20 d.lgs. n. 74/2000): sia pure – in questo caso – con la presenza di meccanismi di coordinamento per quanto concerne l'esazione delle rispettive sanzioni, che evitano quanto meno il cumulo delle sanzioni (art. 21)³⁴.

Come è stato già autorevolmente rilevato, è dubbio che un sistema così congegnato possa essere considerato immune da censure ai sensi dell'art. 4 Prot. 7, soprattutto a fronte della comprovata inefficacia del principio di specialità *ex* art. 19 d.lgs. n. 74/2000 ad evitare il cumulo dei procedimenti e delle sanzioni per quelli che sarebbero, con ogni verosimiglianza, considerati come "i medesimi fatti" avanti alla Corte di Strasburgo³⁵.

Si pensi al delitto di cui all'art. 10-ter d.lgs. n. 74/2000 (omesso versamento di IVA). Come è noto, la Cassazione non ha qui ravvisato alcun ostacolo contro il cumulo delle sanzioni (e dunque, *a fortiori*, dei relativi procedimenti, tributario e penale) per l'omesso versamento dell'IVA, valorizzando in sostanza il diverso termine di adempimento degli obblighi amministrativamente e penalmente sanzionati³⁶. La circostanza, tuttavia, che il *debito tributario* il cui mancato pagamento si sanziona è in entrambi i casi *esattamente il medesimo* indurrebbe con ogni verosimiglianza la Corte di Strasburgo a riconoscere la violazione dell'art. 4 Prot. 7, a partire dal momento in cui uno dei due procedimenti (tributario o penale, non importa) sia divenuto definitivo: e ciò, ancora una volta, sulla base della qualificazione del procedimento tributario e delle relative sanzioni come sostanzialmente 'penali'. Qualificazione, quest'ultima, che appare pressoché certa, anche alla luce di altra recentissima pronuncia della Corte già segnalata sulle pagine di questa *Rivista*³⁷.

Rispetto proprio al delitto di cui all'art. 10-ter d.lgs. 74/2000, d'altra parte, vale appieno l'argomentazione sviluppata nelle pagine precedenti circa la diretta applicabilità dell'art. 50

³² Corte di cassazione. Ufficio del Ruolo e del Massimario. Settore penale, *Considerazioni sul principio del ne bis in idem nella recente giurisprudenza europea*, rel. n. 35/2014, in *Dir. pen. cont.*, 29 maggio 2014, § 6.

³³ Nello stesso senso qui sostenuto, cfr. anche FLICK, NAPOLEONI, *Cumulo*, cit., § 9.

³⁴ Salvo che – beninteso – l'imputato non preferisca pagare spontaneamente il debito tributario (comprensivo delle sanzioni amministrative irrogate) per ottenere a riduzione di pena ed evitare le pene accessorie ai sensi dell'art. 13, in tale ipotesi verificandosi appieno un cumulo delle due sanzioni.

³⁵ FLICK, NAPOLEONI, *Cumulo*, cit., § 11.

³⁶ Cass., sez. un. pen., 28 marzo 2013 (dep. 12 settembre 2013), n. 37424, Favellato, in *questa Rivista* con nota di Favellato, in *Dir. pen. cont.*, con nota di VALSECCHI, *Le Sezioni Unite sull'omesso versamento delle ritenute per il 2004 e dell'IVA per il 2005: applicabili gli artt. 10 bis e 10 ter, ma con un'interessante precisazione sull'elemento soggettivo*, 18 settembre 2013.

³⁷ C. eur. dir. uomo, Quarta Sezione, sent. 20 maggio 2014, Nykänen c. Finlandia, in *Dir. pen. cont.* con nota di DOVA, *Ne bis in idem in materia tributaria: prove tecniche di dialogo tra legislatori e giudici nazionali e sovranazionali*, 5 giugno 2014.

CDFUE. La materia dell'IVA rientra infatti nell'ambito di attuazione del diritto dell'Unione ai sensi dell'art. 51 CDFUE, come ha affermato a chiare lettere – anche in questo caso, contro il parere dell'Avvocato generale Villalón – la Grande Sezione della Corte di giustizia nella sentenza *Fransson*. Di talché, una volta qualificato il procedimento tributario ormai definitivamente concluso come procedimento nella sostanza 'penale', il giudice italiano dovrebbe anche in questo caso pronunciare sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, in diretta applicazione dell'art. 50 CDFUE.

Prospettive siffatte dovrebbero rendere evidente l'urgenza di un globale ripensamento, e una conseguente incisiva riforma, di *tutti* i settori dell'ordinamento caratterizzati dalla presenza di un *doppio binario procedurale e sanzionatorio per i medesimi fatti*: una riforma nell'accingersi alla quale, mi auguro, il nostro legislatore vorrà tenere nel debito conto i modelli derivanti da paesi, come la Germania, che da tempo fanno sul serio con la potestà sanzionatoria penale-amministrativa, e assieme con i diritti fondamentali dell'individuo.

Il tutto nella consapevolezza – assai ben espressa dalle conclusioni dell'opinione parzialmente dissenziente dei giudici Karakaş e Pinto de Albuquerque nella sentenza *Grande Stevens* – che i problemi sin discussi sollevano un dilemma cruciale per gli Stati europei oggi, e che investe direttamente il ruolo rispettivo del diritto sanzionatorio amministrativo e del diritto penale. Quest'ultimo è il settore dell'ordinamento che possiede il maggiore potenziale lesivo dei diritti fondamentali della persona, e che proprio per questo offre il più elevato livello di *garanzie* all'individuo, anche a costo di una minore prontezza ed efficacia della risposta repressiva. Prontezza ed efficacia che il legislatore contemporaneo affida sempre più alla sanzione amministrativa, che non tocca la libertà personale e che per questo è di solito ritenuta di solito compatibile con un minor livello di garanzie, in particolare sul versante procedimentale. Ebbene, proprio questa logica per così dire 'compensativa' è oggi in crisi: la Corte di Strasburgo evidenzia giustamente l'incidenza a volte imponente delle sanzioni 'amministrative' su diritti fondamentali della persona (ancorché diversi dalla sua libertà personale); e conseguentemente richiede l'adozione di standard di garanzia identici a quelli che caratterizzano la materia penale, finendo così – però – per appesantirne il procedimento applicativo e in definitiva per ridurre i vantaggi, in termini di prontezza ed efficacia repressiva, della sanzione amministrativa, ridotta a una sorta di duplicato *minor* della pena.

"Il est clair" – osservano perspicuamente i due giudici, con riferimento specifico alle scelte dei legislatori europei in materia di repressione degli abusi di mercato, ma con considerazioni che potrebbero essere agevolmente riferite a tutti i settori dell'ordinamento caratterizzati da un sistema repressivo di 'doppio binario' – "que la tentation a été de déléguer à ces 'nouvelles' procédures administratives la répression de conduites qui ne peuvent pas être traitées avec les instruments classiques du droit pénal et de la procédure pénale. Néanmoins, *la pression des marchés ne peut prévaloir sur les obligations internationales de respect des droits de l'homme qui incombent aux États liés par la Convention. On ne peut éluder la nature répressive des infractions et la sévérité de la peine, qui appellent clairement le bénéfice de la protection apportée par les garanties procédurales et matérielles que consacrent les articles 6 et 7 de la Convention*".

Se, in queste condizioni, valga davvero la pena di perseverare sulla via di un doppio binario (ripensato però *ab imis*, in modo da evitare in ogni caso il cumulo di procedimenti e di sanzioni per lo stesso fatto); o se piuttosto – secondo quanto ci consente la stessa Unione europea – convenga tornare *soltanto* al buon vecchio diritto penale, anche nei settori più caratteristici della 'modernità' come la tutela dei mercati finanziari, mi pare sia quesito cruciale, con il quale anche il legislatore italiano non potrà esimersi nell'immediato futuro dal confrontarsi.

LA RINNOVAZIONE DELLA PROVA DICHIARATIVA IN APPELLO ALLA LUCE DELLA CEDU

Salvatore Tesoriero

ABSTRACT

Nella giurisprudenza della Corte EDU si è progressivamente affermato il diritto alla riassunzione della prova dichiarativa quando oggetto della cognizione e decisione del giudice dell'impugnazione sia l'integrale (ri) valutazione della responsabilità dell'imputato. Sviluppando il proprio itinerario interpretativo, in una serie di recenti pronunce la Corte di Strasburgo ha censurato come violazione dell'art. 6 CEDU l'omessa rinnovazione della prova nell'ipotesi di ribaltamento – in sede d'impugnazione – della sentenza di assoluzione in condanna. Nel presente lavoro si delineano presupposti e caratteri del diritto “convenzionale” alla rinnovazione della prova e se ne indaga l'impatto sull'ordinamento nazionale alla luce dei consolidati obblighi d'interpretazione conforme. Muovendo dall'analisi della più recente giurisprudenza della Corte di cassazione, l'indagine si snoda attraverso tre linee direttrici: (ri)definizione dell'ambito di operatività, nell'ordinamento domestico, delle *rationes decidendi* proposte dalla Corte EDU; praticabilità di un'interpretazione dell'art. 603 c.p.p. conforme alla Convenzione; ricostruzione delle cadenze del vaglio in appello sulla rinnovazione della prova decisiva e controllo della relativa decisione in sede di legittimità. A livello sistematico, infine, il riconoscimento in sede europea del diritto alla rinnovazione della prova fa riemergere la scarsa coerenza dell'attuale struttura dell'appello nel sistema processuale penale e costituisce una preziosa occasione per una riflessione de iure condendo.

SOMMARIO

1. Dalla giurisprudenza della Corte EDU nuova linfa al dibattito sulla disarmonia strutturale dell'appello penale. – 2. Lo “statuto convenzionale” del diritto alla rinnovazione della prova in appello. – 2.1. Preliminari spunti di riflessione sulla tutela apprestata dalla Corte di Strasburgo all'immediatezza nei giudizi d'impugnazione. – 3. L'ordinamento italiano alla prova dei principi “convenzionali”: considerazioni introduttive. – 4. La rilettura delle *rationes decidendi* “convenzionali” da parte della Corte di cassazione. – 4.1. Distinzioni artificiali tra casi interni ed europei: un confronto emblematico. – 5. L'interpretazione conforme dell'art. 603 c.p.p.: una strada accidentata, ma percorribile. – 5.1. Il vaglio sulla decisività della prova da parte del giudice d'appello. – 5.2. Compatibilità dell'interpretazione conforme con l'ordinamento nel suo complesso. – 6. Il sindacato di legittimità sull'omessa rinnovazione della prova tra inquadramento nei motivi di ricorso e controllo sulla decisività. – 6.1. Il regime di rilevabilità del vizio nel giudizio di cassazione. – 7. Il ruolo dell'appello nel processo informato all'immediatezza: cenni sulle prospettive di riforma.

1.

Dalla giurisprudenza della Corte EDU nuova linfa al dibattito sulla disarmonia strutturale dell'appello penale.

Sullo sfondo dei rapporti tra il primo e il secondo grado di giudizio nel sistema processuale penale campeggia una disarmonia già denunciata all'indomani dell'entrata in vigore dell'attuale codice: ad un primo grado ispirato al principio del contraddittorio, tendenzialmente attuato nel rispetto dei canoni di oralità e immediatezza attraverso la formazione della prova davanti al giudice chiamato a decidere¹, fa da contraltare un giudizio d'appello meramente cartolare, in cui la conoscenza giudiziale è – di regola – ottenuta attraverso la lettura dei protocolli probatori formati in primo grado².

L'attuale struttura dell'appello penale, nei cui epiloghi decisori tipici figura l'ipotesi di riforma – anche integrale – della decisione impugnata, fa assurgere l'indicata disarmonia a potenziale indice di incoerenza dell'intero ordinamento processuale penale.

Il ribaltamento in seguito ad un appello “cartolare” di sentenze emesse sulla base di un accertamento in contraddittorio è stato analizzato e criticato, in primo luogo, sul versante epistemologico: l'adozione in primo grado del contraddittorio assistito da oralità e immediatezza in quanto metodo più accreditato, a livello euristico, per raggiungere il livello più elevato di conoscenza giudiziale (lo strumento «meno imperfetto per la ricerca della verità», come è stato efficacemente scritto³), mal si concilierebbe con l'obliterazione del risultato giudiziale figlio di quel metodo all'esito di un appello che, fondandosi sul riesame cartolare degli atti, si gioverebbe di strumenti gnoseologici meno affidabili.

Lo scarto tra i due gradi di giudizio appare non meno problematico se si pone lo sguardo sulla dimensione etico-politica del contraddittorio⁴ che ne illumina la scelta in quanto metodo ideale per il raggiungimento del «giusto processo», da intendersi come valore in sé, eticamente e socialmente non meno importante di una «giusta decisione»⁵. In questo senso, il ribaltamento in appello, all'esito di un giudizio a bassa intensità dialettico-probatoria, di un risultato maturato in uno spazio giuridico in cui, al contrario, tale dialettica aveva trovato piena espressione, da un lato depotenzia, rispetto all'imputato, il significato del contraddittorio come scelta di civiltà⁶ e come argine al potere punitivo del giudice⁷, dall'altro, non contribuisce certamente a rafforzare l'elaborazione e, quindi, l'accettazione della decisione nella collettività.

Le tratteggiate interazioni tra gradi di giudizio vanno svincolate da presunte simmetrie tra modelli astratti: nel rapporto tra i canoni della conoscenza giudiziale nei due gradi non si coglie, infatti, alcuna implicazione logica necessaria⁸. Dalle interazioni stesse emerge, invece, uno

¹ L'assunzione in contraddittorio della prova nel pieno rispetto dell'oralità e dell'immediatezza rappresenta, come rilevato in dottrina, «la forma più diretta e qualificata» di attuazione del contraddittorio. V., per tutti, ILLUMINATI, voce *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, in *Enc. giur.*, vol. I, Roma, 1988, pag. 7; sul binomio oralità-immediatezza, v. FERRUA, *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*, Milano, 1981, p. 282 s.

² V., in particolare, FASSONE, *L'appello: un'ambiguità da sciogliere*, in *Quest. Giust.*, 1991, p. 623 s.; NAPPI, *Il nuovo processo penale: un'ipotesi di aggiornamento del giudizio di primo grado*, in *Cass. pen.*, 1990, p. 974. Si tratta di una disarmonia nella quale trova espressione la disomogeneità culturale che plasma i due gradi di giudizio: tendenzialmente accusatorio il primo grado; legato alla tradizione inquisitoria il secondo. V., in questo senso, SPANGHER, voce *Appello, II) diritto processuale penale*, in *Enc. giur.*, II, Agg., 1991, 1; cfr., anche, CHIAVARIO, *Nel nuovo regime delle impugnazioni i limiti e i mancati equilibri di una riforma*, in AA.Vv., (a cura di CHIAVARIO), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, VI, Torino, 1991, p. 15 s.

³ GIOSTRA, *Valori ideali e prospettive metodologiche del contraddittorio in sede penale*, in *Pol. Dir.*, 1986, p. 17; ID., voce *Contraddittorio (principio del)*, in *Enc. Giur.*, 1988, p. 4; v., anche, FERRUA, *Contraddittorio e verità nel processo penale*, in *Studi sul processo penale*, II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino, 1992, p. 45 s.

⁴ Sottolinea la doppia anima del contraddittorio, al contempo scelta gnoseologica ed etico politica, CORDERO, *Ideologie del processo penale*, Milano, 1966, p. 218 s.; per un'efficace ricostruzione delle radici etico-politiche del contraddittorio, v., RAFARACI, *La prova contraria*, Torino, 2004, in particolare p. 8 s.

⁵ O. DOMINIONI, *L'imputato tra protagonismo dell'accusa e subalternità della difesa*, in *Arch. pen.*, 1982, p. 79.

⁶ V. GIOSTRA, voce *Contraddittorio*, cit., p. 5; l'Autore, nell'enucleare la dimensione del contraddittorio come scelta di civiltà giuridica, osserva: «verificare l'ipotesi accusatoria in contraddittorio con l'imputato significa ravvisare nella dignità del singolo un bene non meno prezioso dell'accertamento dei fatti e delle responsabilità».

⁷ Per una riflessione sul valore politico del contraddittorio come limite al potere decisionario del giudice, v. ORLANDI, *Trasformazione dello Stato e crisi della giustizia penale*, in *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino, 2008, p. 248-249.

⁸ Nella disciplina positiva di molti sistemi processuali sono riscontrabili nessi tendenziali tra conformazione del primo e del secondo grado di giudizio. Tali tendenze vanno apprezzate, tuttavia, sul mero versante delle scelte di politica legislativa, sono condizionate da ragioni di carattere storico-culturale e sfuggono ad ogni automatismo logico-giuridico; in questo senso, appare non condivisibile ogni ricostruzione volta a far derivare dall'adozione dei canoni del contraddittorio vuoi un giudizio d'appello necessariamente e integralmente improntato al medesimo canone epistemologico vuoi, in senso opposto, l'automatica inutilità (e quindi l'abolizione) del secondo grado di giudizio.

spunto fecondo per indagare in concreto i delicati equilibri sottesi ai citati rapporti; equilibri percorsi da tensioni laceranti, se non tragiche, ogni qual volta si riflettano sui fondamentali valori della libertà e della dignità dell'imputato.

E' quanto accade nell'ipotesi in cui oggetto del giudizio di ribaltamento in appello sia una sentenza di assoluzione. In questo caso, la condanna, all'esito del secondo grado, "fulmina" un imputato paradossalmente relegato ai margini del processo in conseguenza della previa dichiarazione di innocenza: stando alla disciplina codicistica, nella sede processuale che lo vede per la prima volta soccombere, l'imputato non partecipa alla definizione del *devolutum*, non sarebbe ammesso a presentare richieste istruttorie, è tendenzialmente impossibilitato ad ottenere la formazione in contraddittorio della prova davanti al giudice che decide; in un crescendo di paradossi gli è poi preclusa un'impugnazione di merito della sentenza di condanna emessa in appello.

Le descritte problematiche, ampiamente segnalate in dottrina⁹, hanno animato l'articolato, e talvolta farraginoso, percorso ortopedico-riparatore della giurisprudenza di legittimità e innervato un dibattito sull'opportunità politica oltre che sulla compatibilità costituzionale e sistematica dell'appello del pubblico ministero avverso la sentenza di proscioglimento. Si tratta di un dibattito all'interno del quale, com'è noto, si è incastonato un radicale intervento legislativo (l. 20 febbraio 2006, n. 46, nota come legge Pecorella) introduttivo di estesi limiti al potere del pubblico ministero di impugnazione delle sentenze di proscioglimento; un intervento che aveva sullo sfondo, tra l'altro, proprio l'esigenza di superare le distonie derivanti dalle condanne maturate per la prima volta in appello¹⁰. Le suddette modifiche normative – come si sa – sono state spazzate via dalla Corte costituzionale, con sostanziale riviviscenza della disciplina previgente e delle distonie denunciate¹¹.

Il tema torna oggi al centro del dibattito, soprattutto giurisprudenziale, per effetto di una serie di pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo che, posta di fronte al ribaltamento di una sentenza di assoluzione in condanna, ha individuato un ingrediente indefettibile del processo equo nella rinnovazione del contatto diretto tra il giudice dell'impugnazione e la prova, censurandone l'omissione come violazione dell'art. 6 CEDU.

Illuminato nella dimensione soggettiva, ovvio riflesso delle funzioni tipiche svolte dalla Corte sovranazionale, si affaccia alle porte dell'ordinamento nazionale un vero e proprio diritto dell'imputato all'ammissione e alla conseguente riassunzione in sede di impugnazione di prove già acquisite in primo grado alle condizioni tratteggiate dai giudici di Strasburgo.

Il presente lavoro si propone di ricostruire lo "statuto sovranazionale" di tale diritto e di indagarne l'impatto sull'ordinamento interno alla luce dei consolidati obblighi d'interpretazione

⁹ Tra i tanti contributi, si segnala come crocevia del dibattito il seminario di studio organizzato da Magistratura Democratica (Sasso Marconi, 12-13 dicembre 2003), i cui atti sono raccolti in AA.Vv. (a cura di NUNZIATA), *Principio accusatorio, impugnazioni, ragionevole durata del processo*, in *Diritto e giustizia*, 2004, suppl. al fasc. 29; Per una recente ricognizione delle problematiche in esame e delle varie posizioni maturate in dottrina, v. BELLUTA, *Prospettive di riforma dell'appello penale, tra modifiche strutturali e microchirurgia normativa*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 1059 s., ora anche in BARGIS – BELLUTA, *Impugnazioni penali: assestamenti del sistema e prospettive di riforma*, Torino, 2013, p. 235 s.

¹⁰ Sottolinea questo aspetto VICOLI, *Irragionevoli i limiti all'appello del pubblico ministero, ma labili i confini tra norma illegittima e norma inopportuna*, in *Giur. it.*, 2008, I, p. 260: «anche nell'accezione descrittiva di *ratio legis* i vincoli previsti dalla legge n. 46/2006 all'appellabilità delle sentenze dibattimentali di contenuto assolutorio nascevano da premesse che hanno un fondamento logico sistematico [...] in tal senso si lamenta come l'impianto complessivo risulti affetto da una palese distonia nella misura in cui consente che all'accertamento scaturito dal contraddittorio e dall'oralità nella formazione della prova possa essere sovrapposto quello meramente cartolare tipico della fase di gravame».

¹¹ Il riferimento è, ovviamente, alla nota sentenza della Corte Costituzionale 6 febbraio 2007, n. 26, con la quale è stato dichiarato illegittimo l'art. 1 della l. 20 febbraio 2006, n. 46 nella parte in cui, sostituendo l'art. 593 c.p.p., escludeva che il pubblico ministero potesse appellare le sentenze di proscioglimento, fatta eccezione per i casi nei quali fosse stata scoperta o fosse sopravvenuta una nuova prova decisiva. Sulla legge Pecorella e la sentenza n. 26/2007, pubblicata su un novero vasto di riviste (per tutte, *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 605), si registra una copiosa letteratura che, in questa sede, non può essere integralmente riportata. V., in particolare, i seguenti volumi collettanei: BARGIS – CAPRIOLI (a cura di), *Impugnazioni e regole di giudizio nella legge di riforma del 2006. Dai problemi di fondo ai primi responsi costituzionali*, Torino, 2007; SCALFATI (a cura di), *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio*, Milano, 2006; GAITO (a cura di), *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la legge Pecorella*, Torino, 2006; ed inoltre, almeno, BARGIS – GAITO, *Il ritorno della consulta alla cultura processuale inquisitoria (a proposito della funzione del p.m. nelle impugnazioni penali)*, in *Giur. Cost.*, 2007, p. 240 s.; CORDERO, *Un'arma contro due*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 807 s.; CAPRIOLI, *I nuovi limiti all'appellabilità delle sentenze di proscioglimento tra diritti dell'individuo, obbligatorietà dell'azione penale e "parità" delle armi*, in *Giur. it.*, 2007, 01, p. 254 s.; ID., *Inappellabilità delle sentenze di proscioglimento e "parità delle armi" nel processo penale*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 250 s.; CERESA – GASTALDO, *I limiti all'appellabilità delle sentenze di proscioglimento: discutibili applicazioni e gravi problemi di costituzionalità*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 827 s.; FERRU, *Riforma disorganica era meglio rinviare*, in *Dir. giust.*, 2006, n. 9 p. 81 ID., *La sentenza costituzionale sull'inappellabilità del proscioglimento e il diritto al "riesame" dell'imputato*, in *Dir. pen. proc.*, n. 5, 2007, p. 611 s.; KOSTORIS, *Le modifiche al codice di procedura penale in tema di appello e di ricorso per Cassazione introdotte dalla legge Pecorella*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, pag. 634; SPANGHER, *Legge Pecorella, l'appello si sdoppia, tra l'eccezionale ed il fisiologico*, in *Dir. giust.*, 2006, n. 9, p. 69; VICOLI, *Irragionevoli i limiti all'appello del pubblico ministero*, cit., p. 257 s.

conforme. In questo senso, l'indagine si muoverà attraverso l'itinerario tracciato dalla giurisprudenza più recente della Corte di cassazione per rilevarne orientamenti e disorientamenti. A margine di tale ricognizione, raccolti gli spunti maturati, si tenterà di riposizionare l'obiettivo sulla struttura del giudizio d'appello, per abbozzare qualche riflessione *de iure condendo*.

2.

Lo “statuto convenzionale” del diritto alla rinnovazione della prova in appello.

Nel lungo itinerario interpretativo tracciato dalla Corte di Strasburgo il diritto dell'imputato alla riassunzione della prova nel giudizio di impugnazione ha progressivamente preso forma dall'innesto e contaminazione degli arresti giurisprudenziali maturati su una duplice direttrice: il diritto all'udienza pubblica e il diritto all'ammissione delle prove.

Sul primo versante, la Corte EDU ha originariamente enucleato il diritto alla rinnovazione del contatto diretto tra giudice e prova come estrinsecazione del diritto all'udienza pubblica nel giudizio d'impugnazione; da quest'ultimo ha, per l'effetto, mutuato i presupposti. Nella sentenza *Ekkbatani c. Svezia* i giudici di Strasburgo, chiamati a pronunciarsi in relazione ad un procedimento nazionale in cui era stata negata la fissazione dell'udienza d'appello all'imputato condannato in primo grado, misurano la sussistenza della denunciata violazione dell'art. 6 par. 1 CEDU attraverso un duplice vaglio: l'amputazione dell'udienza è ritenuta inconciliabile con i canoni dell'equo processo quando, da un lato, nell'ordinamento nazionale il giudice dell'impugnazione sia funzionalmente investito del potere di esaminare il caso in fatto e in diritto e, dall'altro, l'oggetto in concreto devoluto alla sua cognizione concerna il giudizio di fatto sulla reg Giudicanda, nelle forme dell'integrale rivalutazione della responsabilità penale dell'imputato proclamatosi innocente. Alle medesime condizioni, la Corte EDU fa derivare un diritto difensivo alla rinnovazione della prova: se l'oggetto principale devoluto alla cognizione e decisione di un giudice d'appello – funzionalmente titolare del potere di esaminare il caso anche in fatto – è rappresentato dall'integrale valutazione della responsabilità dell'imputato «*that question could not, as a matter of fair trial, have been properly determined without a direct assessment of the evidence given in person by the applicant – who claimed that he had not committed the act alleged to constitute the criminal offence – and by the complainant*»¹².

Nel medesimo solco, fecondando il seme ermeneutico depositato dalla sentenza *Ekkbatani*, si muove la più nota sentenza della Corte EDU sul diritto alla rinnovazione probatoria¹³: nel caso *Dan c. Moldavia*, i giudici di Strasburgo, chiamati a misurarsi con le doglianze di un ricorrente che denunciava la violazione dell'art. 6 par. 1 CEDU per essere stato condannato per la prima volta in appello senza che fossero stati ri-ascoltati i testimoni dell'accusa, pongono al vertice delle *rationes decidendi* l'oggetto in concreto del giudizio d'impugnazione, calibrandovi il compasso operativo della riassunzione della prova: qualora tale oggetto consista nell'esame in fatto e in diritto e nella valutazione completa dei profili concernenti la colpevolezza o l'innocenza dell'imputato, il giudice dell'impugnazione non può determinare correttamente tali questioni senza un contatto diretto con le prove¹⁴.

Il perimetro primitivo del diritto alla rinnovazione probatoria è quindi tratteggiato dalla relazione devolutiva misurata in concreto, con particolare riguardo ai poteri di cognizione e di decisione del giudice d'appello: in un processo equo, alla possibilità di rivalutare, anche integralmente, il fatto storico e pronunciare una sentenza di riforma in ordine alla responsabilità

¹² Corte EDU, 26 maggio 1988, *Ekkbatani c. Svezia*, § 32, consultabile, come tutte le decisioni della Corte EDU che verranno citate, sul sito istituzionale all'indirizzo internet: hudoc.echr.coe.int; Secondo SACCUCCI, *L'art. 6 della Convenzione di Roma e l'applicazione delle garanzie del giusto processo ai giudizi d'impugnazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 590 s., la Corte pone così «le premesse per una dipendenza funzionale

¹³ Corte EDU, 5 luglio 2011, *Dan c. Moldavia*. Una fama ritenuta immeritata da P. GAETA, *Condanna in appello e rinnovazione del dibattimento*, in *Libro dell'anno del diritto 2014*, Roma, 2014, consultabile alla pagina <http://www.treccani.it/enciclopedia>: «la (immeritata) fama della pronuncia Dan ha – paradossalmente – offuscato, nella riflessione dottrinale ed, in parte, in quella giurisprudenziale, gli ulteriori sviluppi (probabilmente più importanti) di tale tematica: a dimostrazione che anche il diritto non si sottrae alla modernità liquida delle mode, per dirla con Zygmunt Bauman».

¹⁴ Corte EDU, *Dan c. Moldavia*, cit., § 30: «Where an appellate court is called upon to examine a case as to the facts and the law and to make a full assessment of the question of the applicant's guilt or innocence, it cannot, as a matter of fair trial, properly determine those issues without a direct assessment of the evidence»; la massima della sentenza è pubblicata in *Arch. pen.*, 2012, I, p. 349 con nota di GAITO, *Verso una crisi evolutiva per il giudizio di appello*, *ivi*, p. 349 s.

dell'imputato deve accompagnarsi il diritto alla riassunzione della prova dichiarativa.

Diverso si presenta il percorso tracciato sulla direttrice dell'ammissione delle prove.

Su questo versante, i giudici di Strasburgo hanno individuato nel ribaltamento in appello della sentenza di assoluzione sulla base di un riesame meramente cartolare una di quelle «*circonstances exceptionnelles*» che autorizzano il sindacato da parte della Corte europea del rigetto della richiesta di (ri)ammissione della prova operato dal giudice interno¹⁵. Nel caso *Destrethem c. Francia*¹⁶ la Corte EDU, investita della violazione dei canoni del processo equo per la mancata rinnovazione in appello delle testimonianze a discarico richiesta dal ricorrente, ha censurato l'operato dei giudici nazionali rilevando l'incompatibilità con l'art. 6 par. 1 CEDU della rivalutazione delle prove dichiarative, prodromica al ribaltamento del giudizio di assoluzione in condanna, senza l'audizione delle relative fonti. Con un canone argomentativo dal forte valore evocativo destinato ad affermarsi anche oltre i confini "convenzionali", la Corte osserva come l'imputato sia stato condannato in appello sulla base di quelle medesime prove ritenute in primo grado insufficienti a confermare l'accusa: condizioni al verificarsi delle quali la mancata rinnovazione della fonte dichiarativa ha determinato una sensibile riduzione dei diritti della difesa.

Pur negli istituzionali confini di un vaglio circoscritto al caso di specie, la Corte tratteggia il perimetro dell'attività cognitiva e valutativa del giudice d'appello e, specularmente, del diritto alla rinnovazione: nell'ipotesi della riforma dell'assoluzione in condanna, la mancata rinnovazione della prova dichiarativa decisiva ai fini della pronuncia sulla responsabilità finisce per vincolare il percorso cognitivo e decisorio del giudice d'appello, che tale protocollo testimoniale non potrà legittimamente rivalutare e porre a fondamento della sentenza senza la riassunzione della relativa fonte, pena la violazione del diritto di difesa.

L'incontro tra i due descritti percorsi ermeneutici definisce l'attuale volto "convenzionale" della rinnovazione probatoria nei giudizi d'impugnazione.

L'apparato motivazionale di gran parte delle più recenti decisioni della Corte europea (tutte emesse nei confronti della Romania) si articola su un duplice *test*, operato in sequenza successiva, che cumula i parametri proposti partitamente dalla sentenza *Ekbatani* e dalla sentenza *Destrethem*¹⁷. La Corte EDU opera il vaglio di equità della procedura accertando, prima, la natura prevalentemente fattuale del giudizio di impugnazione nell'ambito del quale il giudice ha in concreto deciso nel merito la regiudicanda, rivalutando integralmente il tema della responsabilità dell'imputato; poi, isolando le circostanze eccezionali che attivano il sindacato, da parte dei giudici di Strasburgo, sull'amputazione del diritto alla rinnovazione della prova.

E' nella transizione tra i due stadi della valutazione, nel passaggio argomentativo che funge da cinghia di trasmissione consegnando al secondo i risultati del primo, che le sentenze cristallizzano il dato interpretativo più rilevante, individuando l'enunciato fattuale devoluto al giudice dell'impugnazione e illuminandone la portata dirimente nelle sequenze del controllo postumo sull'equità della procedura: è su tale enunciato fattuale, quale oggetto sul quale ricade in definitiva la diversa interpretazione del giudice dell'impugnazione, che va correttamente misurato l'obbligo di rinnovazione probatoria¹⁸.

Infatti, il nuovo giudizio sull'enunciato di fatto decisivo, prodromico al ribaltamento della sentenza di assoluzione, presuppone a livello logico-giuridico una rivalutazione dei relativi

¹⁵ L'apprezzamento operato dal giudice nazionale sulla richiesta di ammissione della prove rappresenta, com'è noto, un campo d'indagine tradizionalmente proibito ai giudici di Strasburgo. Con la sentenza *Bricmont c. Belgio* (Corte EDU, 7 luglio 1989, *Bricmont c. Belgio*, § 89) la Corte ha aperto un varco al sindacato del giudizio domestico sull'ammissione della prova in termini di compatibilità con i principi del processo equo: «*il incombe en principe au juge national de décider de la nécessité ou opportunité de citer un témoin [...], des circonstances exceptionnelles pourraient conduire la Cour à conclure à l'incompatibilité avec l'article 6 de la non-audition d'une personne comme témoin*».

¹⁶ Corte EDU, 18 maggio 2004, *Destrethem c. Francia*.

¹⁷ Corte EDU, 26 giugno 2012, *Gaitanaru c. Romania*; Corte EDU, 9 aprile 2013, *Flueraș c. Romania*; Corte EDU, 4 giugno 2013, *Hanu c. Romania*; Corte EDU, 29 ottobre 2013, *Hogea c. Romania*; Corte EDU, 25 febbraio 2014, *Văduva c. Romania*; continuano, al contrario, a muoversi sul solco tradizionale delle sentenze *Ekbatani*: Corte EDU, 5 marzo, 2013, *Manolachi c. Romania*; Corte EDU, 17 dicembre 2013, *Ion Tudor c. Romania*; Corte EDU, 14 gennaio 2014, *Cipleu c. Romania*.

¹⁸ Corte EDU, *Hanu c. Romania*, cit., § 37: «*the Supreme Court had to establish if the applicant had requested money from the complainants in order to assist them with their enforcement proceedings [...] the Court notes that the Supreme Court gave its own interpretation of the factual situation in the case. Its decision was not therefore limited to matters of law*»; nella sentenza *Manolachi* (che pur continua a muoversi sul solco tradizionale della sentenza *Ekbatani* sfuggendo al duplice *test* descritto) la Corte misura comunque sull'enunciato fattuale devoluto al controllo del giudice d'appello il proprio giudizio complessivo sull'equità della procedura, preoccupandosi inoltre di saggiarne la decisività nell'economia della decisione giudiziaria: «*cet élément factuel était décisif pour la détermination de la culpabilité du requérant*» (Corte EDU, *Manolachi c. Romania*, cit., § 47).

risultati di prova.

E' quest'ultima attività di rivalutazione che la Corte – sulla scia della sentenza *Destrehem c. Francia* – ritiene compatibile con l'art. 6 CEDU solo se preceduta da una nuova assunzione della fonte dichiarativa, dal momento che quegli stessi elementi di prova erano stati ritenuti in primo grado insufficienti a provare la responsabilità penale dell'imputato.

Così operato il duplice livello di vaglio, va rilevato come il cumulo dei criteri ritagli la saggoma dell'obbligo di rinnovazione della prova sul riesame dell'enunciato fattuale decisivo per la pronuncia sulla responsabilità, circoscrivendola alle ipotesi di ribaltamento della decisione ai danni dell'imputato¹⁹.

Tra le maglie delle *rationes decidendi* adottate nel tempo dai giudici di Strasburgo vengono in rilievo, oltre ai presupposti, anche gli elementi e i caratteri della fattispecie in questione.

Innanzitutto, nelle sentenze degli ultimi anni, la Corte fa emergere la *ratio* della rinnovazione probatoria, per lungo tempo latente, evocando espressamente il principio di immediatezza attraverso l'importazione di canoni argomentativi formati nell'interpretazione di garanzie "convenzionali" diverse, seppur affini: l'osservazione diretta della fonte testimoniale da parte del giudice chiamato a pronunciarsi sulla responsabilità dell'imputato va garantita, ove possibile, al fine di tutelare la correttezza di una valutazione giudiziale complessa come quella relativa all'attendibilità di un testimone²⁰. Canoni che, come si argomenterà tra breve, non illuminano integralmente il fondamento giuridico della garanzia.

Quanto all'oggetto sul quale ricade il diritto alla rinnovazione, esso va individuato in ogni prova dichiarativa²¹ decisiva ai fini del giudizio sulla responsabilità dell'imputato²². L'affermazione del parametro della decisività, inizialmente trascurato anche perché spesso non necessario nel percorso logico-argomentativo²³, riflette, all'evidenza, l'influenza esercitata sull'intera materia probatoria "convenzionale" dal super-criterio della «prova determinante», di cui mutua ovviamente anche le criticità concettuali intrinseche²⁴.

Nell'area dell'irripetibilità (oggettiva e – discutibilmente – anche soggettiva) dell'esame dichiarativo s'inscrivono le eccezioni al diritto, tratteggiate in via esemplificativa nella sentenza *Dan. c. Moldavia*: «*there are cases when it is impossible to hear a witness in person at the trial because, for example, he or she has died, or in order to protect the right of the witness not to incriminate him or herself*».

Il carattere di maggior rilievo della garanzia in esame va individuato, tuttavia, nella sua natura officiosa, tale per cui, alle condizioni descritte, la rinnovazione probatoria s'impone come condizione oggettiva di equità della procedura indipendentemente dalla richiesta probatoria

¹⁹ Il ribaltamento di una decisione di condanna in assoluzione all'esito di un riesame "ai danni" della parte pubblica non potrebbe formare, infatti, oggetto di un ricorso individuale alla Corte EDU.

²⁰ Così Corte EDU, *Dan. c. Moldavia*, cit., § 33 in cui sono visibili gli echi delle argomentazioni coniate dalla Corte europea rispetto all'immutabilità del giudice (Corte EDU, 9 luglio 2002, *P.K. c. Finlandia*) e alle testimonianze anonime (C. EDU, 23 aprile 1997, *Van Mechelen e altri c. Olanda*, § 59-62); Nella sentenza *Hanu c. Romania* (§ 40), la *ratio* della rinnovazione è fotografata nei termini che seguono: «*the judge's observations on the demeanour and credibility of a certain witness may have consequences for the accused*».

²¹ Con la sentenza *Dan. c. Moldavia*, indicando nella prova (*evidence*) l'oggetto della rinnovazione – senza specificazioni relative al segno o al mezzo (a carico, a discarico, esame dell'imputato o dei testimoni) – la Corte europea supera le precedenti locuzioni ritagliate sul caso oggetto d'esame (di «*evidence given by the applicant in person and by certain witnesses*» si parla in Corte EDU, 15 luglio 2003, *Sigurþór Arnarsson c. Islanda*, § 36 e in Corte EDU, 27 novembre 2007, *Popovici c. Moldavia*, § 72; di «*témoignages présentés en personne par l'accusé qui soutient qu'il n'a pas commis l'acte tenu pour une infraction pénale*» in Corte EDU, 29 aprile 2008, *Spinu c. Romania*, § 52). Nell'ottica della CEDU, com'è noto, la nozione di testimonianza comprende ogni contributo dichiarativo offerto al giudice, senza differenze tipologiche. In questo senso, va ricompreso quale oggetto del diritto alla rinnovazione anche l'esame dell'imputato. Quest'ultimo, anzi, sembrerebbe dotato di una tutela "rafforzata", slegata dal ribaltamento della decisione, essendo stata riconosciuta la violazione dell'art. 6 CEDU per la lesione del diritto dell'imputato ad essere risentito personalmente in appello nell'ambito di procedimenti definiti con una doppia sentenza di condanna nel merito: v. Corte EDU, 20 giugno 2013, *Abdulgadirov c. Azerbaijan*; Corte EDU, 25 marzo 1998, *Belziuk c. Polonia*.

²² Nel caso *Dan. c. Moldavia*, la Corte misura, da un lato, il rapporto tra la prova e l'enunciato fattuale, dall'altro il "peso specifico" della prova nella piattaforma degli elementi della decisione, rilevando che il contributo dichiarativo non rinnovato costituiva la *main evidence* sulla quale si era determinato il giudizio nel caso concreto, mentre le altre prove avevano il carattere di *indirect evidence*, v. Corte EDU, *Dan. c. Moldavia*, cit., § 31: «*the Court notes that the main evidence against the applicant was the witness statements to the effect that he solicited a bribe and received it in a park. The rest of the evidence was indirect evidence which could not lead on its own to the applicant's conviction [...] Therefore the witness testimonies and the weight given to them were of great importance for the determination of the case*».

²³ In molti dei casi trattati, infatti, il compendio probatorio era costituito esclusivamente da prove dichiarative, la cui rinnovazione era stata radicalmente omessa.

²⁴ Il concetto di prova determinante, com'è noto, matura in seno alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in relazione al valore delle dichiarazioni dei testi assenti al dibattimento (v., in particolare, Corte EDU, 20 novembre 1989, *Kostovski c. Olanda*). Sulla natura problematica del concetto di prova determinante v., *infra*, par. 4.

delle parti²⁵.

Può dirsi, a questo punto, tendenzialmente delineato ad oggi un vero e proprio “statuto convenzionale” dell’istituto della rinnovazione della prova nell’ambito dei giudizi di impugnazione: una fattispecie processuale, avente ad oggetto ogni tipo di prova dichiarativa decisiva per l’accertamento dell’enunciato fattuale devoluto, che assume i caratteri del diritto dell’imputato ogni qual volta il giudice dell’impugnazione – funzionalmente investito di tale prerogativa dall’ordinamento – operi in concreto il riesame integrale del predetto enunciato a sua volta decisivo per il giudizio sulla responsabilità dell’imputato, ribaltando la decisione ai suoi danni; derogabile solo in ipotesi che s’inscrivono nella irripetibilità dell’esame dichiarativo; fattispecie, infine, rilevabile d’ufficio.

2.1.

Preliminari spunti di riflessione sulla tutela apprestata dalla Corte di Strasburgo all'immediatezza nei giudizi d'impugnazione.

Due riflessioni s’impongono alla luce della giurisprudenza “convenzionale” nel suo complesso.

In primo luogo, il tratteggiato “statuto” va letto e maneggiato con la consapevolezza del carattere flessibile dei criteri che lo compongono e dei risultati giuridici conseguenti, portato della logica non monotonica che contraddistingue il ragionamento della Corte EDU. Bandita ogni rigida regola di esclusione di tipo binario, il discorso deve collocarsi, pertanto, sul piano della «logica sfumata o del terzo incluso»²⁶: l’inserimento e/o la valorizzazione nel novero delle premesse di nuove informazioni ben potrebbe, così, condurre alla modifica e finanche alla revoca delle conclusioni fin qui assunte.

In quest’ottica, andrà, ad esempio, misurata la “capacità di resistenza” del diritto all’immediatezza nell’ambito del giudizio d’impugnazione nei casi in cui la fonte dichiarativa di cui s’invoca la rinnovazione sia rappresentata da un soggetto con specifiche esigenze di protezione²⁷, con particolare riferimento ai minori e alle vittime di reati sessuali: esigenze tradizionalmente valorizzate dalla giurisprudenza della Corte EDU come fattore in grado di giustificare la compressione di alcune garanzie difensive²⁸. Non è escluso che la Corte possa ritenere compatibile con i canoni dell’equo processo la mancata riconvocazione davanti al giudice dell’impugnazione di un teste vulnerabile proprio nei casi in cui la ricostituzione del contatto con la sede processuale, e quindi con l’imputato, potrebbe tradursi in una intollerabile situazione di vittimizzazione secondaria.

In secondo luogo, è necessario sfuggire alla tentazione di rilevare contraddizioni a prima lettura tra la tutela “convenzionale” del diritto all’immediatezza nei diversi gradi di giudizio: ad un primo grado in cui il contatto diretto tra prova e decidente è valutato dalla Corte di Strasburgo, vuoi come ingrediente non necessario del diritto al contraddittorio²⁹, vuoi come

²⁵ Corte EDU, *Hanu c. Romania*, cit., § 38: «the Court reiterates that the domestic courts are under an obligation to take positive measures to such an end even if the applicant has not requested it»; nello stesso senso, v., Corte EDU, 19 febbraio 1996, *Botten c. Norvegia*, § 53; Corte EDU, 8 marzo 2007, *Danila c. Romania*, § 41; Corte EDU, *Spinu c. Romania*, cit., § 62; Corte EDU, *Gaitanaru c. Romania*, cit., § 34; Corte EDU, *Manolachi c. Romania*, cit., § 50.

²⁶ VOGLIOTTI, *La logica floue della Corte Europea dei diritti dell’uomo tra tutela del testimone e salvaguardia del contraddittorio: il caso delle «testimonianze anonime»*, in *Giur. it.*, 1998, c. 851 e s. (e in particolare c. 858 in cui si sottolinea come «tale tipo di logica sia tipica espressione di un paradigma epistemologico della complessità»); v., anche, ID., *Tra fatto e diritto: oltre la modernità giuridica*, Torino, 2007, in cui la tesi viene sviluppata nell’ambito della riflessione sulla natura del fenomeno giuridico (v., in particolare, p. 195-205).

²⁷ La nozione in esame trova radice nella «Direttiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, 25 ottobre 2012», che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio del 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale (2001/220/GAI); in quest’ultima (art. 8 comma 4) si adottava la diversa nozione di vittima vulnerabile, ampiamente utilizzata in sede dottrina e giurisprudenziale; sulla tutela “convenzionale” delle specifiche esigenze di protezione della vittima nel processo penale, v., in dottrina, AA.VV., *Lo scudo e la spada, esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Torino, 2012; cfr., anche, UBERTIS, *La prova dichiarativa debole: problemi e prospettive in materia di assunzione della testimonianza della vittima vulnerabile alla luce della giustizia sovranazionale*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4048 s.

²⁸ Cfr., sul contiguo terreno del diritto al confronto (art. 6 par. 3 lett. d), Corte EDU, Grande Camera, 15 dicembre 2011, *Al Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, § 118 s.

²⁹ Com’è noto, la Corte europea dei diritti dell’uomo non esige l’instaurazione di un contraddittorio “forte” che operi necessariamente nel momento di formazione della prova, ritenendo rispettato il diritto al contraddittorio «purché venga accordata all’accusato un’occasione adeguata e sufficiente di contestare una testimonianza a carico e di interrogarne l’autore, al momento della deposizione o più tardi», così, testualmente, UBERTIS, *La prova dichiarativa*, cit., p. 4052.

garanzia ad alto tasso di derogabilità in caso di mutamento del giudice³⁰, si vorrebbe contrapposto un secondo grado contraddistinto, alle condizioni su riportate, dalla piena tutela del diritto all'immediatezza³¹. Se così fosse, ci troveremmo di fronte ad un quadro – si potrebbe dire – opposto rispetto a quello dell'ordinamento italiano, ma non meno problematico.

Ora, non è possibile prendere posizione in generale sul tema, che può essere approfonditamente scandagliato solo attraverso un raffronto delle singole decisioni della Corte EDU³²; d'altra, parte non vanno taciuti almeno due spunti d'analisi.

L'indagine sul (presunto) scarto di tutela "convenzionale" della garanzia dell'immediatezza andrebbe condotto sul terreno delle eccezioni più che su quello delle regole dal momento che la prospettiva del vaglio operato dai giudici di Strasburgo è quella della compatibilità con l'equità processuale di ipotesi in cui il contatto diretto tra giudice e prova non si sia stabilito: su questo versante – a prima lettura – sembrerebbe prematuro escludere la simmetria tra le deroghe all'immediatezza "tollerate" in primo e secondo grado. Il catalogo delle eccezioni al diritto di ristabilire il contatto tra giudice dell'impugnazione e prova – affacciato solo in via esemplificativa dalle sentenze esaminate (e quindi destinato ad evolversi) – sembra muoversi pienamente nel solco delle situazioni particolari già scrutinate e "tollerate" in primo grado in quanto compatibili con l'art. 6 CEDU.

Va, inoltre, isolato e sottolineato un carattere del diritto all'immediatezza nei gradi d'impugnazione autonomo e peculiare rispetto all'operatività della medesima garanzia in primo grado. In sede di impugnazione, il diritto sembra "sorgere" dalla emanazione di una sentenza di assoluzione e si giustificerebbe nella prospettiva del ribaltamento della decisione sulla responsabilità dell'imputato; una prospettiva divenuta certezza nel controllo postumo operato dalla Corte EDU.

Il giudizio operato nella sentenza di primo grado sull'enunciato di fatto cristallizzerebbe sui relativi elementi di prova (a carico/a discarico) una presunzione, a livello valutativo, di (in) affidabilità intrinseca³³ che può essere superata solo attraverso la riassunzione della fonte, ove possibile. In questo senso si potrebbe dare forma giuridica ad un canone argomentativo centrale nei ragionamenti della Corte: *«le requérant a été reconnu coupable sur la base des témoignages mêmes qui avaient suffisamment fait douter les premiers juges du bien-fondé de l'accusation contre le requérant pour motiver son acquittement en première instance»*³⁴.

Si tratta di un carattere che non sembra in grado di "rafforzare" la garanzia nell'ambito dei giudizi di impugnazione tanto da potervi richiedere l'instaurazione per la prima volta di un contatto diretto tra giudice e prova anche nelle ipotesi in cui lo stesso è stato precedentemente omesso per una ragione autonomamente ritenuta dalla Corte EDU idonea a limitare i diritti della difesa.

Esso, tuttavia, dà forma all'immediatezza nell'ambito dei giudizi d'impugnazione ogni qual volta l'attuazione della stessa non sia impossibile o neutralizzata dalla necessità di dar spazio a esigenze contrapposte e appaia, quindi, condizione di equità del processo.

Se, infatti, il contatto diretto con la fonte rappresenta il metodo attraverso il quale il giudice dell'impugnazione potrà eventualmente superare la presunzione valutativa sui risultati di prova dando fondo alle risorse della prova rimaste ai margini nel ragionamento del primo giudice, allora non si vede alcuna ragione perché – qualora possibile e equo, considerato il procedimento nel suo complesso – tale garanzia non vada attuata nella sua accezione più qualificata: l'assunzione orale della prova in contraddittorio davanti al giudice chiamato a decidere sulla responsabilità dell'imputato.

³⁰ V. TAMIETTI, *Il principio dell'immutabilità del giudice nella giurisprudenza europea: divergenze e similitudini con la disciplina interna*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 699 s. e giurisprudenza *ivi* citata; non va, d'altra parte, taciuta la crescente attenzione mostrata dalla Corte di Strasburgo per il rispetto del principio di immediatezza in caso di mutamento dell'organo giudicante, ritenuto canone importante di un processo equo: in questo senso, v., Corte EDU, 18 marzo 2014, *Beraru c. Romania*.

³¹ Cfr. RECCHIONE, *La rivalutazione in appello della testimonianza cartolare: la posizione della Corte di Strasburgo e quella della Cassazione a confronto*, in *Dir. Pen. Cont.*, 17 giugno 2013, la quale rileva una distonia tra la tolleranza – da parte della Corte EDU – del sacrificio dell'oralità-immediatezza in primo grado quando il contraddittorio si sviluppa di fronte ad un giudice diverso da quello che decide (con particolare riferimento alla sentenza della Corte EDU, 20 gennaio 2005, *Accardi c. Italia*) e l'affermata violazione dell'art. 6 CEDU in caso di mancata rinnovazione della prova in appello nell'ipotesi di ribaltamento del giudizio assolutorio di primo grado.

³² Non potendosi escludere, in questo senso, distonie tra le sentenze che hanno riconosciuto un diritto alla rinnovazione della prova e il vasto novero di casi in cui in primo grado l'amputazione del principio di immediatezza è stato ritenuto conforme all'art. 6 CEDU.

³³ La presunzione opererebbe seguendo il segno della prova nell'economia del giudizio assolutorio: prova a carico ritenuta inaffidabile; prova a discarico ritenuta affidabile.

³⁴ Corte EDU, *Destrehem c. Francia*, cit., § 45.

La prova è un volano di risorse informative, persuasive, argomentative. Il giudice dell'impugnazione – attraverso la propria libera attività valutativa – può ricavarne conclusioni diverse, anche opposte rispetto a quelle del giudice di primo grado. Ma per farlo deve riassumerla, perché solo con la riproposizione dell'esperimento probatorio in contraddittorio potrà scandagliare fino in fondo quelle risorse, viceversa condannate a non avere voce nel processo, ma solo nel ragionamento proiettato in sentenza. Sullo sfondo si staglia un giudice non solo direttamente a contatto con la prova, ma in qualche modo attivo nella selezione di quelle risorse probatorie. Un'impostazione che sembrerebbe avvalorata anche dalla natura officiosa della garanzia, che fisiologicamente la proietta oltre i confini dei diritti individuali, lambendo i canoni oggettivi della conoscenza giudiziale.

Seppur preferibile, non è questa, ovviamente, l'unica lettura plausibile della garanzia, nella quale convivono sottotraccia, anche a livello "convenzionale", due anime riflesse di opposte tradizioni culturali: alla descritta dimensione "forte" dell'immediatezza, attuata nei gradi d'impugnazione come garanzia di un contatto diretto nelle forme del contraddittorio "supplementare", può giustapporsi l'idea "psicologica" di immediatezza come contatto senza mediazioni tra giudice e prova realizzabile anche in assenza di replica dell'atto in contraddittorio³⁵.

Comunque s'intenda il principio d'immediatezza, va rilevato, d'altra parte, lo iato tra ordinamento "convenzionale" e interno: la Corte EDU fa derivare dall'assoluzione in primo grado, alle condizioni descritte, la necessità di garantire in sede d'impugnazione un contatto diretto tra giudice e prova; contatto, come anticipato, tendenzialmente precluso nel nostro ordinamento.

3.

L'ordinamento italiano alla prova dei principi "convenzionali": considerazioni introduttive.

Lo "statuto convenzionale" della rinnovazione della prova assume rilevanza all'interno dell'ordinamento italiano in relazione ad uno specifico mezzo d'impugnazione – l'appello, con particolare riferimento alla disciplina della riapertura dell'istruttoria dibattimentale nel relativo giudizio³⁶ – e in virtù dell'autorevolezza riflessa dal rango sub-costituzionale riconosciuto alla CEDU nel sistema delle fonti disegnato dalla Consulta³⁷.

Sul primo versante, va da subito registrato come, al di là di ogni questione classificatoria³⁸, l'attuale conformazione dell'appello nel nostro ordinamento imponga un'indagine sulla compatibilità dell'istituto con la Convenzione europea, così come interpretata dai giudici di Strasburgo. Infatti, nella morfologia astratta dei poteri cognitivo-decisori del giudice d'appello, alla cui definizione in concreto il codice vuole partecipi l'impugnante, può sempre rientrare il giudizio di fatto sulla regiudicanda, di cui è ammessa la riforma anche integrale; nelle ipotesi rilevanti ai fini della presente indagine, poi, sarebbe addirittura escluso ogni limite alla devoluzione, dal momento che, stando agli insegnamenti tradizionali di dottrina e giurisprudenza, l'appello del pubblico ministero avverso una sentenza di assoluzione investe la decisione nella

³⁵ Si pensi alla proiezione in appello degli esami dei dichiaranti video-registrati nell'ambito del giudizio di primo grado; modalità, questa, che in astratto realizzerebbe pienamente le finalità che animano la garanzia dell'immediatezza, se ci si limita a riconoscerne il fondamento nella necessità di garantire l'osservazione diretta del teste.

³⁶ Nell'ambito delle impugnazioni ordinarie il grado d'appello è il solo nel quale è ammessa un'attività istruttoria: si tratta di un'attività regolata – come ampiamente si argomenterà – dai presupposti di cui all'art. 603 c.p.p. ovvero dall'art. 627 comma 2 c.p.p. nell'ipotesi di giudizio di rinvio dopo l'annullamento da parte della Corte di cassazione; nell'ordinamento italiano – a differenza di alcuni altri ordinamenti processuali di Stati compresi nell'area CEDU – nessuna attività di rinnovazione istruttoria è prevista, invece, nel giudizio davanti alla Corte di cassazione.

³⁷ Tale collocazione, com'è noto, deriva dal fondamentale percorso interpretativo inaugurato dalla Corte costituzionale con le famose "sentenze gemelle" (nn. 348 e 349 del 2007) e coltivato – nel solco di una continuità che non ha escluso alcuni importanti "aggiustamenti" ermeneutici – con le sentenze n. 317 del 2009 e n. 80 del 2011.

³⁸ Accede ormai agli studi classici l'indagine sulla natura dell'appello penale, un istituto sospeso tra la logica tipica dei gravami e quella dell'azione di annullamento: v., BARGIS, *Impugnazioni*, Aa.Vv., (a cura di) G. CONSO-V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2012, p. 899; l'alternativa dogmatica gravame – azione d'annullamento si rifà alla tradizionale distinzione tra gravame ed azione d'impugnativa proposta da CALAMANDREI, *Cassazione civile*, II, Milano, 1920, p. 184 e s.

sua interezza³⁹. Il giudice di secondo grado, in questi casi, è quindi dotato di pieni poteri di cognizione e decisione, anche sul fatto: circostanza, come visto, propedeutica all'operatività delle *rationes decidendi* "convenzionali" fin qui analizzate.

Sul secondo versante, com'è noto, le norme della Convenzione, scolpite nel loro significato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, integrerebbero, quali parametri interposti, l'art. 117 comma 1 Cost. nella parte in cui impone alla legislazione interna di conformarsi ai vincoli derivanti dagli «obblighi internazionali». L'ordinamento interno, attraverso la valvola costituzionale dell'art. 117, si aprirebbe, pertanto, all'adeguamento alla Convenzione con gli strumenti tipici dell'interpretazione conforme e – nel caso estremo della non componibilità per via ermeneutica del contrasto tra norma interna e "convenzionale" – dello scrutinio di costituzionalità.

A fronte dell'apparente linearità, il percorso interpretativo si configura – in realtà – scandito da una sequenza di operazioni ermeneutiche la cui estrema delicatezza deriva dalla problematicità genetica della definizione del parametro interposto; questo, infatti, forgiato sul caso concreto trattato dalla Corte di Strasburgo, transita nell'ordinamento interno come principio, esponendosi alle tensioni (e torsioni) interpretative – spesso occultate tra le maglie del *distinguishing* tra i casi – che si accompagnano alle operazioni di astrazione funzionali alla costruzione di un parametro generale⁴⁰.

Non è questa ovviamente la sede in cui approfondire un tema di tale portata. Ai nostri fini, è sufficiente rilevare come la mera constatazione della genesi delle criticità che avvolgono la definizione del parametro orienti la bussola metodologica dell'indagine verso il contesto in cui le *rationes decidendi* "convenzionali" sono maturate: contesto dal quale deriva, a monte, un diverso grado di attitudine alla generalizzazione.

In questo senso, lo "statuto convenzionale" della rinnovazione probatoria si presta ad un triplice ordine di rilievi preliminari.

In primo luogo, la constatazione dell'assenza di casi che abbiano visto l'Italia convenuta davanti alla Corte EDU per violazione del diritto alla rinnovazione delle prove nell'ambito del giudizio di impugnazione – pur non esimendo il nostro ordinamento dal rispetto della lettura "convenzionale"⁴¹ – impone un *surplus* di cautela nell'interpretazione di un principio maturato, evidentemente, in relazione ad ordinamenti terzi⁴².

In secondo luogo, la rinnovazione della prova ha i caratteri dell'istituto di confine, riflettendo la natura ibrida storicamente derivante dall'innesto e dalla fusione dei due diritti alla base della garanzia "convenzionale": diritto alla udienza pubblica e diritto alla prova; incline alla generalizzazione il primo, esposto alle tensioni particolaristiche e alla flessibilità del caso concreto il secondo⁴³. Ne deriva la progressiva cedevolezza del generale obbligo di rinnovazione probatoria (tratto dal diritto all'udienza) quando si scivoli verso le scelte selettive sulle fonti di prova in concreto da rinnovare e, a quel punto, in definitiva sulla necessità stessa della riassunzione.

Infine – ed in particolare – va illuminato un carattere strutturale che ipotizza *ab origine*

³⁹ In dottrina v., già rispetto al codice previgente, DEL POZZO, *L'appello nel processo penale*, Torino, 1957, p. 213; in giurisprudenza, v., per tutte, Sez. un., 12 luglio 2005, Mannino, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3732: «L'appello del P.M. contro la sentenza di assoluzione emessa all'esito del dibattimento [...] ha effetto pienamente devolutivo, attribuendo al giudice "ad quem" gli ampi poteri decisori previsti dall'art. 597 comma secondo lett. b) cod. proc. pen.. Ne consegue che, da un lato, l'imputato è rimesso nella fase iniziale del giudizio e può riproporre, anche se respinte, tutte le istanze che attengono alla ricostruzione probatoria del fatto ed alla sua consistenza giuridica; dall'altro, il giudice dell'appello è legittimato a verificare tutte le risultanze processuali e a riconsiderare anche i punti della sentenza di primo grado che non abbiano formato oggetto di specifica critica, non essendo vincolato alle alternative decisorie prospettate nei motivi di appello e non potendo comunque sottrarsi all'onere di esprimere le proprie determinazioni in ordine ai rilievi dell'imputato».

⁴⁰ Sulle connotazioni peculiari del *judicial transplant* nell'ordinamento domestico dei principi convenzionali interpretati dalla giurisprudenza di Strasburgo, v., per tutti, MANES, *La lunga marcia della Convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in MANES-ZAGREBELSKY (a cura di), *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, p. 20 s.

⁴¹ Com'è noto, la giurisprudenza della Corte europea implica un vincolo indiretto per tutti gli Stati contraenti non convenuti dal momento che l'interpretazione delle disposizioni della CEDU è enunciata *erga omnes*; in questo senso v. V. ZAGREBELSKY, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in *ius17@unibo.it*, n. 1/2009, p. 58.

⁴² Sottolinea la necessità di un particolare rispetto per il contesto in cui s'inscrivono le decisioni della Corte europea pronunciate nei confronti di altro Stato, CARTABIA, *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici* ([Osservazione a] *Corte cost., sent., 24 ottobre 2007 n. 349*), in *Giur. Cost.*, 2007, p. 3573; cfr., anche, GAETA, *Dell'interpretazione conforme alla Cedu: ovvero, la ricombinazione genica del processo penale*, in *Arch. Pen.*, 2012, I, p. 73; MANES, *La lunga marcia della Convenzione europea*, cit., p. 21.

⁴³ Cfr. FERRUA, *Le dichiarazioni dei testi assenti: criteri di valutazione e giurisprudenza di Strasburgo*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, n. 4, p. 395, che, con riferimento al momento della valutazione della prova, rileva l'impossibilità di ridurre le motivazioni della Corte di Strasburgo a «formule categoriche».

la ricostruzione della *ratio decidendi* elaborata dalla Corte EDU e la conseguente operazione interpretativa nel caso interno. Il parametro “convenzionale” origina, infatti, tra le maglie di un giudizio in cui i piani dell’ammissione e della valutazione della prova finiscono per intersecarsi e sovrapporsi in un groviglio concettualmente inestricabile, frutto sia della scarsa sensibilità rispetto all’autonomia dei singoli momenti della sequenza probatoria, sia della posizione funzionale dei giudici di Strasburgo, che intervengono come custodi postumi dell’equità della procedura.

Al contrario, nel nostro ordinamento il procedimento probatorio è connotato da cadenze formalmente distinte: ammissione, acquisizione e valutazione della prova costituiscono passaggi formali la cui autonomia giuridico-concettuale si riflette su una disciplina codicistica *ad hoc* dei relativi presupposti, delle modalità e delle sanzioni processuali.

L’operazione di trapianto della *ratio decidendi* “convenzionale” nell’ordinamento interno sconta, pertanto, un’originaria disarmonia: la portata del parametro riflette inevitabilmente componenti valutative proprie dell’area concettuale indistinta in cui è plasmato, ma estranee al vaglio preliminare sull’ammissibilità della prova che lo stesso parametro è chiamato a presiedere nell’ordinamento interno.

Il rilievo si pone come chiave di lettura privilegiata del tema che ci occupa.

Nel giudizio di trasposizione – e in particolare sulla strada dell’interpretazione conforme a Convenzione del dettato legislativo interno – è necessario contenere, per quanto possibile, la tensione centrifuga del vaglio verso giudizi prematuri e indebiti (propri della fase valutativa) sulle ipotesi di fatto prospettate dalle parti. Va, infatti, tutelata la rituale funzione di preliminare deliberazione sull’ammissibilità di una prova, pur già assunta dal giudice di primo grado.

Le accennate criticità sembrano rimanere ai margini dell’interpretazione proposta dalla giurisprudenza interna, stando almeno alle numerose sentenze della Corte di cassazione degli ultimi due anni.

Si tratta di un novero di decisioni connotato da lacune, incertezze e contraddizioni, riflesso di una ermeneutica ancora immatura ed in costante evoluzione, oltretutto inadeguata nel calibrare strumenti d’interpretazione efficaci.

Nell’ampia gamma di recenti pronunce dell’organo di legittimità non si rintracciano, invece, due o più orientamenti contrastanti, bensì un reticolo disordinato di affermazioni e criteri, espressione di approcci – anche ideologici – profondamente diversi. Misurandosi su piani distinti dell’interpretazione essi talvolta si incrociano, fino a confluire in statuizioni in concreto di segno opposto.

4. La rilettura delle *rationes decidendi* “convenzionali” da parte della Corte di cassazione.

Il primo (e più significativo) livello su cui si è esercitata l’interpretazione della Corte di cassazione è costituito dalla ridefinizione dell’ambito di operatività dei criteri proposti dalla Corte EDU.

Com’è noto, ad essere discussa – a monte – è la stessa possibilità, per il giudice interno, di dare una propria interpretazione ai principi formulati dalla giurisprudenza di Strasburgo⁴⁴. D’altra parte, ai margini del dibattito teorico sulla natura vincolante o meno delle interpretazioni della Corte europea, non può che constatarsi come la genesi casistica delle *rationes* “convenzionali” doti comunque il giudice domestico di un potere interpretativo incompressibile: spetta infatti a quest’ultimo stabilire se sussiste o meno quell’analogia tra fattispecie interna e sovranazionale propedeutica all’applicazione del principio “convenzionale”.

E’ tra le maglie di questa operazione interpretativa, spesso condotta con malcelate forzature della tecnica del *distinguishing*, che si annida il vero rischio di arbitrarie disapplicazioni delle *rationes* “convenzionali”: l’operatività del principio tratteggiato dalla Corte EDU è

⁴⁴ Cfr., per le opposte opinioni, UBERTIS, *La Corte di Strasburgo quale garante del giusto processo*, in *Dir. pen. proc.*, n. 3/10, p. 371 s.; ID., *La “rivoluzione d’ottobre” della Corte Costituzionale e alcune discutibili reazioni*, in *Cass. pen.*, 2012, p.19 e FERRUA, *Il contraddittorio nella formazione della prova a dieci anni dalla sua costituzionalizzazione: il progressivo assestamento della regola e le insidie della giurisprudenza della Corte europea*, in *Arch. pen.*, 2008, n. 3, p. 29; ID., *Le dichiarazioni dei testimoni “assenti”*, cit., p. 393 s.; ID., *La prova nel processo penale: profili generali*, in AA.VV. (a cura di FERRUA, MARZADURI, SPANGHER, *La prova penale*, Torino, 2013, p. 41 s.

neutralizzata dalla frapposizione di artificiali distinzioni tra il caso interno e quello oggetto delle decisioni della Corte di Strasburgo; distinzioni che – specularmente – si proiettano sul principio “convenzionale”, circoscrivendone indebitamente la portata.

Così avviene nella tematica che ci occupa.

Chiamata a misurarsi con l'eccezione di legittimità costituzionale dell'art. 603 c.p.p., per contrasto con l'art. 117 Cost. e con l'art. 6 par. 1 CEDU nella parte in cui non prevede l'obbligo di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nell'ipotesi di ribaltamento in appello della sentenza di assoluzione in condanna, la Cassazione ha, in più occasioni, ritenuto la questione manifestamente infondata, subordinando l'operatività delle *rationes decidendi* “convenzionali” ad un duplice requisito, distillato dalla casistica della Corte europea e considerato insussistente nei casi di specie: la decisività della prova non rinnovata, da un lato; la rivalutazione della prova (non rinnovata) in termini di attendibilità, dall'altro⁴⁵.

I due presupposti disegnerebbero la linea di confine tra i casi affrontati dalla Corte di Strasburgo e dai giudici interni: l'analogia tra le fattispecie presuppone la sussistenza di entrambi; in assenza, i casi sono diversi e, per l'effetto, lo “statuto convenzionale” è devitalizzato.

In altri termini, l'obbligo di rinnovazione scatterebbe esclusivamente di fronte ad una prova dichiarativa⁴⁶ decisiva della quale il giudice d'appello intende fornire un diverso apprezzamento in termini di attendibilità.

I due criteri – decisività e diversa valutazione in ordine all'attendibilità della prova – sollevano problematiche intimamente connesse che vanno tuttavia analizzate partitamente.

In primo luogo, il vaglio di decisività delle prove da rinnovare – inizialmente ai margini del ragionamento dei giudici di Strasburgo⁴⁷ – si è progressivamente affacciato nelle maglie delle decisioni europee, in parallelo con la crescente attenzione al rapporto tra il mezzo di prova omesso e l'enunciato fattuale devoluto al giudice dell'impugnazione⁴⁸.

A ben vedere, tuttavia, la ragione profonda dell'adozione nell'ordinamento interno del parametro della decisività travalica gli angusti confini della tematica in questione e le esaminate decisioni della Corte EDU. Con esso la giurisprudenza di legittimità importa un canone connaturato alla stessa *ratio* della giurisdizione della Corte di Strasburgo, antiformalistica e funzionale all'accertamento di pregiudizi effettivamente patiti dai ricorrenti⁴⁹: un criterio, quindi, dotato di un significato generale ed espansivo che replica nell'ordinamento nazionale la medesima *ratio* selettiva fondata sull'effettività del pregiudizio, configurandosi come condizione generale di causalità tra la violazione dichiarata a livello europeo e la qualità dell'accertamento penale interno e, in definitiva, della rilevabilità stessa della violazione nell'ordinamento

⁴⁵ Così, Sez. V, 5 luglio 2012, n. 38085, Luperi e altri, in *C.E.D. Cass.* n. 253543, in cui si legge testualmente: «La Corte Europea, pertanto, ancora la violazione, con riferimento al giudizio di appello, dell'art. 6, par. 1, Cedu, al duplice requisito della decisività della prova testimoniale e della rivalutazione di essa da parte della Corte di appello, in termini di attendibilità, in assenza di nuovo esame dei testimoni dell'accusa per essere la diversa valutazione di attendibilità stata eseguita non direttamente, ma solo sulla base della lettura dei verbali delle dichiarazioni da essi rese»; in senso conforme, Sez. VI, 26 febbraio 2013, n. 16566, Morzenti, in *C.E.D. Cass.*, n. 254623 e, in estratto, su *Dir pen. proc.*, n. 2/2014, p. 191 s. con commento di COMI, *ivi*, p. 195 s.; Sez. II, 8 novembre 2012, n. 254726, Consagra, in *C.E.D. Cass.* n. 254726; Sez. V, 11 gennaio 2013, n. 10965, Cava e altro, in www.archiviopenale.it, con nota di SCACCIANOCE, *Riforma in peius della sentenza di assoluzione senza rinnovare la prova orale: una decisione che fa discutere*, in *Arch. pen.*, 2013, III, p. 1047 s.

⁴⁶ Rimangono, pertanto, fuori dall'obbligo di rinnovazione “convenzionale” le prove documentali; cfr., Sez. II, 17 maggio 2013, n. 29452, Marchi e altri, in *C.E.D. Cass.* n. 256467 in cui la Corte ha escluso l'applicabilità alle intercettazioni dei principi tratteggiati dalla giurisprudenza di Strasburgo.

⁴⁷ Come visto (*infra*, par. 2), il vaglio di decisività risulta – nella maggior parte dei casi affrontati dalla Corte EDU – implicito a fronte di una panorama probatorio di matrice dichiarativa la cui rinnovazione risultava integralmente omessa.

⁴⁸ In quest'ottica, nella famosa pronuncia *Dan c. Moldavia*, la Corte ricorre alle nozioni di “*main evidence*” e “*indirect evidence*” per connotare il peso degli elementi probatori nell'economia della decisione, e così – indirettamente – il perimetro dell'obbligo di rinnovazione, riservato alla prova cd. principale (“*main*”).

⁴⁹ Un criterio che, come notato in dottrina, costituisce «una sorta di filo rosso capace di legare ogni questione su cui la Corte EDU venga chiamata a pronunciarsi» e che oggi, dopo l'entrata in vigore del XIV Protocollo costituisce la condizione preliminare della cognizione stessa dei ricorsi, dal momento che, ai sensi dell'art. 35 CEDU, la domanda deve essere dichiarata inammissibile quando il ricorrente «*has not suffered a significant disadvantage*»; per tali rilievi e in generale per un inquadramento dei rapporti tra la CEDU e il parametro del pregiudizio effettivo, v. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, Bologna, 2012, p. 144 s.

nazionale⁵⁰.

Nessun dubbio, pertanto, residua sull'opportuna adozione del parametro della decisività, i cui profili critici, di natura concettuale, attengono alla matrice "relativa" della nozione. In ambito "convenzionale" il concetto di prova decisiva (o determinante) designa il peso della singola prova nell'economia della decisione adottata: è decisiva (o determinante) la prova che ha influito in modo preminente sulla deliberazione del giudice. Siamo di fronte – come osservato in dottrina⁵¹ – ad una categoria connotata da una vaghezza irriducibile, che va letta nella logica *fuzzy* tipica del giudizio della Corte EDU. Nell'ordinamento interno, al contrario, la matrice relativa della nozione esclude l'opportunità di una ricostruzione univoca: la portata del parametro, come vedremo⁵², andrà correttamente calibrata in relazione al momento processuale in cui si radica il sindacato giudiziale e agli strumenti interpretativi adottati nel relativo vaglio.

Ben più complessa si profila l'analisi del secondo criterio.

La Corte di cassazione, come rilevato, enuclea un autonomo parametro di ammissibilità della rinnovazione istruttoria, subordinandola alla «necessità di una rivalutazione da parte del giudice d'appello dell'attendibilità dei testimoni»⁵³. Si tratta di un criterio la cui portata si coglie nell'interpretazione autentica proposta dallo stesso organo di legittimità: sussisterebbe un obbligo di rinnovazione della prova solo qualora il giudice intenda variare il giudizio sulla attendibilità «intrinseca» della prova dichiarativa; al contrario, qualora il giudice non modifichi il giudizio di attendibilità della prova ma si limiti ad una «interpretazione delle dichiarazioni» alla luce del diverso apprezzamento di altri elementi di prova non vi sarebbe alcuna necessità di rinnovazione⁵⁴.

A prima vista, va rilevato come nel criterio su descritto si registri una "esplosione" dell'indebita sovrapposizione tra ammissione e valutazione della prova: la tipologia di scrutinio disegnata dalla Corte di cassazione, farebbe scivolare inesorabilmente il vaglio preliminare operato dal giudice d'appello in un pre-giudizio di chiara matrice valutativa.

Ma a ben guardare le criticità del vaglio proposto sono ben più profonde.

Si legge nella motivazione della sentenza Morzenti⁵⁵ che il giudice del primo grado (all'esito del quale l'imputato era stato assolto) «non risultava aver negato la attendibilità della persona offesa ma ha rilevato che alcuni altri elementi esterni di contrasto della tesi di accusa non consentivano di ricostruire con ragionevole certezza la vicenda così come contestata. La Corte di appello, confermando sostanzialmente la valutazione di attendibilità del testimone principale (pur se con maggior attenzione dovendola utilizzare per la affermazione di responsabilità) ha sminuito la portata degli elementi "esterni" di contrasto con la sua versione dei

⁵⁰ In questo senso, in un quadro di analisi sui possibili rimedi interni alle condanne provenienti dalla Corte di Strasburgo, v., già, ALLEGREZZA, *Violazione della Cedu e giudicato penale. Quali contaminazioni? Quali rimedi?*, in AA.VV. (a cura di BIN, BRUNELLI, PUGIOTTO, VERONESI), *All'incrocio tra Costituzione e Cedu*, Torino, 2007, p. 22, che osserva: «sembra prioritario stabilire quale debba essere il legame "causalistico" tra le difformità riscontrate dalla Corte europea e l'epilogo interno, versione inedita del principio di decisività; sia la Corte europea, sia il Comitato dei Ministri nelle sue Raccomandazioni, sia il legislatore nazionale nei vari disegni di legge presentati dal 1998 ad oggi condizionano l'ammissibilità del rimedio al fatto che il vizio accertato dalla Corte europea abbia avuto un'incidenza rilevante sulla decisione. Non solo, quindi, un'influenza diretta sul cuore dell'accertamento penale, ma anche dal valore non trascurabile»; si tratta di riflessioni ancora più attuali dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 113 del 7 aprile 2011, con la quale – com'è noto – è stata dichiarata l'illegittimità dell'art. 630 c.p.p. nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, par. 1 CEDU, per conformarsi ad una decisione della Corte di Strasburgo: in questo senso, v. KOSTORIS, *La revisione del giudicato iniquo e i rapporti tra violazioni convenzionali e regole interne*, in *Rivista dell'associazione italiana dei costituzionalisti*, n. 2/2011, p. 7 s.

⁵¹ FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., p. 45 s.; cfr., anche, DANIELE, *La formazione digitale delle prove dichiarative. L'esame a distanza tra regole interne e diritto sovranazionale*, Torino, 2012, p. 46 s.

⁵² V., *infra*, par. 5.1.; par. 6.

⁵³ Sez. VI, Morzenti, cit.; il parametro in esame compare, per la prima volta, in Sez. V, Luperi, cit.

⁵⁴ Così, nello stesso solco, Sez. V, Luperi, cit. («la Corte genovese non ha operato una diversa valutazione delle varie testimonianze, pervenendo ad un diverso giudizio di attendibilità dei testi di accusa, ma ha invece tratto dalle dichiarazioni di alcuni testimoni [...] conseguenze in tema di responsabilità [...] sulla base della interpretazione delle dichiarazioni testimoniali che non è andata ad involgere quel giudizio di valore delle stesse dichiarazioni ritenuto precluso dalla Corte europea ai giudici di appello») e Sez. VI, Morzenti, cit. («laddove la prova essenziale consista in una o più prove orali che il primo giudice abbia ritenuto, dopo averle personalmente raccolte, non attendibili, il giudice di appello per disporre condanna non può procedere ad un diverso apprezzamento della medesima prova sulla sola base della lettura dei verbali ma è tenuto a raccogliere nuovamente la prova innanzi a sé per poter operare una adeguata valutazione di attendibilità [...] si tratta, comunque, di una questione di attendibilità intrinseca. Diverso il caso nel quale il giudice di primo grado non abbia negato l'attendibilità della prova orale e, quindi, non è su questo che si incentra la discorde valutazione del giudice di secondo grado. In tale diverso caso non può ritenersi alcuna necessità di una nuova raccolta della prova non essendovi alcuna divergenza nei due giudizi. Si tratta di casi in cui, evidentemente, la differente decisione in punto di ricostruzione dei fatti è conseguenza di diverso apprezzamento o mancato apprezzamento di altri elementi probatori, documenti etc.»).

⁵⁵ Sez. VI, Morzenti, cit.

fatti ritenendo l'errore della sentenza di primo grado nell'esaltare tali elementi ed ha, inoltre, valorizzato circostanze non considerate dal primo giudice».

La Corte di cassazione istituisce così una partizione tra giudizio sull'attendibilità intrinseca dell'elemento di prova e interpretazione dello stesso alla luce degli altri elementi estrinseci che sconta una visione statica e atomistica della valutazione della prova, risolvendosi in una *factio* estranea alla dinamica unitaria e complessa della conoscenza giudiziale e, quindi, priva di valore informativo/distintivo in ordine all'obbligo di rinnovazione⁵⁶.

Lessenza dello sforzo conoscitivo del giudice – in appello come in primo grado⁵⁷ – è rappresentata dal giudizio sulla verità dell'affermazione di esistenza degli enunciati fattuali che costituiscono l'oggetto di uno o più elementi di prova⁵⁸. Tale giudizio si nutre fisiologicamente del confronto con altre proposizioni probatorie al fine di verificare se, e in che misura, le asserzioni coincidono.

Rispetto al momento valutativo, ciò equivale a dire che la conclusione probatoria nonché il valore di tale conclusione nel novero delle prove concernenti la stessa proposizione fattuale sono il frutto di un reticolo di inferenze giudiziali che si nutre del rapporto con altre sequenze probatorie⁵⁹.

Volendo posizionare l'obiettivo esclusivamente sul giudizio di attendibilità del singolo elemento di prova, deve, quindi, rilevarsi come l'attività di riscontro esterno (operata attraverso gli altri elementi probatori) sull'attendibilità della dichiarazione si risolva necessariamente in

⁵⁶ La strutturazione della valutazione probatoria su più sequenze autonome (attendibilità intrinseca soggettiva, attendibilità intrinseca oggettiva, attendibilità estrinseca), originata sul terreno delle dichiarazioni rese dai soggetti di cui all'art. 192 comma 3 c.p.p. ma estensibile ad ogni tipo di prova dichiarativa, riflette una scansione meramente logico-artificiale, che non trova riscontro nell'esperienza concreta della conoscenza giudiziale, nell'ambito della quale la valutazione è necessariamente unitaria, come autorevolmente riconosciuto dalla stessa Corte di cassazione; v., Sez. un., 29 novembre 2012, n. 20804, Aquilina, in *Giur. it.*, 2013, f. 6, p. 1249 e s.: «ai fini della corretta valutazione del mezzo di prova di cui si discute, infatti, la metodologia a cui il giudice di merito deve conformarsi non può che essere quella a tre tempi indicata da Sez. un., n. 1653 del 21/10/1992, dep. 22/02/1993, Marino, Rv. 192465: a) credibilità del dichiarante, desunta dalla sua personalità, dalle sue condizioni socio-economiche e familiari, dal suo passato, dai suoi rapporti col chiamato, dalla genesi remota e prossima delle ragioni che lo hanno indotto all'accusa nei confronti del chiamato; b) attendibilità intrinseca della chiamata, in base ai criteri della precisione, della coerenza, della costanza, della spontaneità; c) verifica esterna dell'attendibilità della dichiarazione, attraverso l'esame di elementi estrinseci di riscontro alla stessa. E' il caso tuttavia di aggiungere [...] che la detta sequenza non deve essere – per così dire – rigorosamente rigida, nel senso cioè che il percorso valutativo dei vari passaggi non deve muoversi lungo linee separate. In particolare, la credibilità soggettiva del dichiarante e l'attendibilità del suo racconto, influenzandosi rigidamente, al pari di quanto accade per ogni prova dichiarativa, devono essere valutate unitariamente»; per una disamina delle cadenze combinate che contraddistinguono la dinamica della valutazione probatoria, v. UBERTIS, *Prova (in generale)*, in *Dig. pen.*, X, Torino, 1995, p. 330-331.

⁵⁷ Si tratta di una identità che origina sul versante "puro" della conoscenza nel processo penale. Nell'ottica di chi scrive, tuttavia, va evidenziato come, sul versante del secondo giudizio, tale identità sia concettualmente ipotecata dalla attuale strutturazione dell'appello come giudizio con epilogo decisorio di natura (anche) rescissoria e dalla peculiare situazione processuale analizzata (il ribaltamento dell'assoluzione in condanna in appello) che inevitabilmente incanalano i poteri del giudice d'appello verso una attività di cognizione piena. Estremamente feconda (anche nell'ottica del superamento della supposta ipoteca), ma impossibile nell'economia del presente lavoro, potrebbe risultare un'analisi sulle sequenze della conoscenza giudiziale in relazione ad un secondo grado diversamente strutturato come giudizio a critica vincolata e solo rescindente.

⁵⁸ L'affermazione evoca acquisizioni classiche sull'oggetto della conoscenza giudiziale (v. già, CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, III, cit., par. 900, 201 e CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, 1936, vol. I, p. 676), poste a fondamento di ogni successiva definizione rigorosa del lessico probatorio: v., in particolare, TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, p. 92 («nel processo il fatto è in realtà ciò che si dice intorno ad un fatto: è l'enunciazione di un fatto, non l'oggetto empirico che viene enunciato»); CORDERO, *Il procedimento probatorio*, in *Id.*, *Tre studi sulle prove penali*, 1963, p. 4 e s.; UBERTIS, *Prova*, cit., p. 300; nell'ottica di una messa a punto del lessico, il presente scritto mutua dalla nota costruzione di Taruffo (*Id.*, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 97-105; 426-432), da un lato, le nozioni di fatto principale (ovvero quello «indicato nella protasi della norma applicabile, e che quindi rappresenta la condizione o il presupposto per il verificarsi degli effetti giuridici previsti dalla norma») e fatto secondario (quello, ricavato per esclusione, che pur non ricevendo alcuna qualificazione giuridica può divenire rilevante nel processo «in quanto se ne possa trarre qualche argomento intorno alla verità o falsità di un enunciato vertente su un fatto principale»); dall'altro, la distinzione tra prova diretta e prova indiretta, che esprime le due modalità fondamentali con cui può sussistere il rapporto tra il fatto che deve essere provato e l'oggetto della prova (da intendersi come «l'asserzione fattuale su cui la prova verte»): la prova può definirsi diretta quando le due enunciazioni hanno ad oggetto lo stesso fatto, ossia quando la prova verte sul fatto principale; si avrà, invece, prova indiretta quando l'oggetto della prova sia costituito da un fatto secondario dal quale, tuttavia, possono trarsi inferenze sul fatto da provare. Nella costruzione di Taruffo solo i fatti principali possono integrare il *thema probandum*, mentre i fatti secondari, privi di qualificazione giuridico-normativa, rientrerebbero esclusivamente tra gli oggetti di prova (*Id.*, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970, p. 40 s.).

⁵⁹ UBERTIS, *Prova*, cit., p. 3: «per la scelta di derivare una conclusione probatoria da un singolo esperimento conoscitivo è possibile che l'esame dei relativi fatti secondari implichi un loro rapportarsi a momenti di altre sequenze probatorie. Ad esempio può essere necessario determinare l'affidabilità di una fonte di prova attraverso il raffronto tra differenti strumenti gnoseologici, applicando nella sua accezione più specifica la cosiddetta tecnica della "riprova" e quindi effettuando eventuali "controlli incrociati" o verificando l'esistenza di "elementi di riscontro"».

un particolare aspetto del controllo di attendibilità intrinseca⁶⁰.

La distinzione proposta dalla Cassazione perde allora ogni significato. Delle due l'una, infatti.

Se la diversa valutazione operata dal giudice d'appello sugli altri elementi di prova è tale da attribuire agli stessi un valore autonomo e decisivo si scivola sul versante del "peso" delle prove nell'economia della decisione e il secondo parametro proposto dalla Cassazione finisce per coincidere con il primo, perdendo ogni autonomia concettuale: la rinnovazione va esclusa perché la prova dichiarativa è ritenuta non decisiva alla luce del diverso apprezzamento degli altri elementi non dichiarativi (che assurgono, quindi, a prova decisiva sui fatti principali).

Se, al contrario, la rivalutazione degli altri elementi probatori non è tale da confinare la prova dichiarativa nell'alveo della non decisività, allora non si potrà negare, a meno di una forzatura priva di fondamento giuridico-razionale, che i fatti da cui dipende il ribaltamento del giudizio di responsabilità dell'imputato sono stati accertati per mezzo della prova dichiarativa non rinnovata dal giudice d'appello, le cui conclusioni probatorie sono variate in conseguenza di un diverso apprezzamento in termini di attendibilità, dovuto, a sua volta, al diverso giudizio sugli enunciati relativi agli altri elementi probatori (che mantengono così la configurazione di prove indirette non decisive su fatti secondari o comunque di prove dirette dal peso non decisivo).

La rivalutazione operata dal giudice d'appello attraverso un nuovo apprezzamento degli altri elementi probatori esterni al contributo dichiarativo, insomma, è destinata comunque a risolversi in un diverso giudizio di attendibilità intrinseca della prova dichiarativa a meno che la stessa non sia relegata nell'alveo degli elementi non decisivi per la pronuncia.

Inidoneo a connotare insiemi logico-giuridici autonomi, il criterio proposto dalla Cassazione si rivela, pertanto, parallelamente incapace di giustificare razionalmente la scelta in ordine all'operatività (o meno) dell'istituto processuale che su quella pretesa distinzione si fonda. In altri termini, non ha alcun senso far dipendere l'ammissibilità o meno della rinnovazione istruttoria dal tipo di sequenza (interna, esterna) che muove la valutazione della prova, dal momento che tale valutazione si risolve comunque in un'attività concernente l'attendibilità intrinseca della conclusione probatoria di quella determinata prova dichiarativa, di cui – pertanto – deve considerarsi in ogni caso doverosa (o meno) la rinnovazione.

La controprova della fondatezza del ragionamento proposto può essere ricavata misurando l'efficacia (e quindi l'opportunità nell'ottica di scelte giuridiche razionali) del ricorso – nelle situazioni di cui la Cassazione asserisce la diversità – allo strumento cognitivo sottostante l'istituto processuale, ovvero il contraddittorio orale di fronte al giudice decidente.

Se la *ratio* della rinnovazione risiede nella opportunità di garantire il massimo *standard* euristico in funzione del riesame dell'attendibilità intrinseca della prova dichiarativa, allora va da sé che nessuna differenza vi sia in ordine all'efficacia del metodo (e quindi all'opportunità di ricorrervi), vuoi che il controllo si eserciti a partire da altre sequenze probatorie (riscontri), vuoi che si muova all'interno dell'elemento di prova dichiarativo. Nel primo caso, il diverso apprezzamento dei riscontri, prospettato dall'impugnante o rilevato in un vaglio *prima facie* d'ufficio, costituirà la traccia iniziale del riesame dell'attendibilità intrinseca della dichiarazione. Nel contraddittorio orale di fronte al giudice verrà indagato lo specifico profilo dell'attendibilità della fonte o della dichiarazione inciso appunto dalla sequenza probatoria estrinseca. Nel secondo caso, il controllo avrà origine e si muoverà all'interno della prova dichiarativa.

Lo sgretolamento logico del criterio distintivo fa emergere ideologie latenti nelle argomentazioni proposte dalla Cassazione: attenzione alle esigenze di economia processuale miste al disagio per lo scivolamento dell'appello verso una riedizione del giudizio di primo grado, nonché – a tratti – una concezione asfittica del principio di immediatezza inteso quale strumento di controllo della sola attendibilità intrinseca soggettiva del dichiarante. Impostazione – quest'ultima – in cui finisce per risultare svilito il senso profondo del principio che può

⁶⁰ Così, in riferimento alle dichiarazioni rese dal coimputato nel medesimo reato o da persona imputata in un procedimento connesso (art. 192 comma 3 c.p.p.), ma con argomentazione, come detto, che può essere estesa ad ogni tipo di prova dichiarativa, v., già, GREVI, *Le dichiarazioni rese dal coimputato nel nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 1181; cfr., anche CAPRIOLI, *Le Sezioni Unite e il caso Calabresi: ancora segnali confusi sul tema dei riscontri alla chiamata in correità*, in *Giur. it.*, 1993, II, c. 793.

cogliersi solo nel rapporto intimamente connesso al contraddittorio sulla dichiarazione⁶¹.

4.1.

Distinzioni artificiali tra casi interni ed europei: un confronto emblematico.

Privo di fondamento logico-giuridico razionale, il criterio proposto dalla Cassazione si risolve in uno strumento radicalmente inadeguato a tracciare un *distinguishing* convincente tra casi giurisprudenziali sottoposti al vaglio dei giudici domestici e quelli affrontati dalla Corte di Strasburgo.

Esemplare, in questo senso, il raffronto tra i fatti giuridicamente rilevanti sottostanti, da un lato, alla pronuncia della Corte di cassazione nella vicenda Caboni – Morzenti, dall'altro, alla sentenza della Corte Edu *Dan c. Moldavia*.

Nel primo, gli imputati erano stati assolti dal delitto di concussione all'esito di un giudizio di primo grado il cui quadro probatorio era costituito da un elemento di prova dichiarativo sul fatto principale – la testimonianza della persona offesa – e da altri elementi di prova non dichiarativi. Il primo giudice – così si legge nella motivazione della sentenza della Cassazione – «non risulta aver negato la attendibilità della persona offesa», ma sarebbe giunto alla pronuncia assolutoria valorizzando alcuni elementi contrastanti con l'ipotesi di accusa. Il giudice d'appello, investito dell'impugnazione proposta dal pubblico ministero, senza procedere alla rinnovazione dell'istruttoria, riformava la sentenza condannando gli imputati: «la differente decisione in punto di ricostruzione dei fatti», per quanto risulta, sarebbe «conseguenza di diverso apprezzamento o mancato apprezzamento di altri elementi probatori, documenti etc.», mentre la valutazione di attendibilità del «testimone principale» risulterebbe «sostanzialmente confermata».⁶² Va, tuttavia, rilevato come le citate prove diverse da quella dichiarativa non avessero comunque ad oggetto il fatto principale⁶³. La Corte di cassazione, escluso ogni vizio di motivazione nelle argomentazioni dei giudici di merito, rigettava il ricorso confermando la condanna.⁶⁴

Anche nel procedimento nazionale sul quale si innesta la pronuncia della Corte EDU *Dan c. Moldavia*, l'imputato, accusato di corruzione, era stato assolto in primo grado. Il Tribunale interno aveva ritenuto non attendibile la testimonianza della persona offesa e contraddittori gli altri elementi di prova dichiarativi⁶⁵ in un quadro probatorio che contemplava una ripresa video dell'operazione sotto-copertura (ritenuta non utile in quanto interrotta proprio durante l'incontro tra l'imputato e la persona offesa), una consulenza tecnica sulle modalità di trasmissione delle tracce del reato⁶⁶, oltre alla denuncia e ai verbali delle fasi precedenti e successive all'operazione⁶⁷.

La Corte d'appello, nel riformare la sentenza di assoluzione, condannando l'imputato,

⁶¹ E' il caso della più volte citata sentenza Morzenti nella quale l'idea della rinnovazione come strumento necessario a vagliare esclusivamente l'attendibilità della fonte dichiarativa affiora, *a contrario*, nel giudizio di corrispondenza che escluderebbe l'obbligo di rinnovazione, avente ad oggetto la sola valutazione di attendibilità della fonte testimoniale.

⁶² Sez. VI, Morzenti, cit., in cui si legge testualmente: «La Corte di Appello, conferma(ndo) sostanzialmente la valutazione di attendibilità del testimone principale».

⁶³ L'intercettazione ambientale, non tenuta in considerazione dal giudice di primo grado e, al contrario, valorizzata come «rilevante elemento» dal giudice d'appello, potrebbe, infatti, al più provare un fatto secondario, dal quale possono essere tratte inferenze relative all'ipotesi sul fatto principale: l'imputato, nel corso della conversazione intercettata, farebbe riferimento alla persona offesa «quale persona che aveva aiutato».

⁶⁴ Rilevando, tra l'altro, che «nel caso in esame non ricorrevano affatto le condizioni che integrano, alla luce della interpretazione adeguata alla Cedu, la assoluta necessità di nuova audizione dei testimoni ai sensi dell'art. 603 cod. proc. pen., comma 3».

⁶⁵ Si fa riferimento alle deposizioni dei quattro agenti di polizia protagonisti dell'operazione sotto-copertura, testimoni dell'incontro tra la persona offesa e l'imputato e dello scambio del denaro, le cui modalità, tuttavia, sono ricostruite in modo diverso dai singoli dichiaranti, con risultati contraddittori; Corte EDU, *Dan. C. Moldavia*, cit., § 12: «noted that C. and four other prosecution witnesses, all of whom were police officers, gave different accounts of the moment of the applicant and C. had met and, in particular, of the manner in which the bribe money had been transmitted. In that respect the court noted that according to three witnesses the money had been inserted by C. into the applicant's file, which had been placed on the bench between the two men, while according to another witness the money had been handed by C. directly to the applicant. One of the witnesses, who was positioned directly in front of C. and the applicant during the undercover operation, did not see the money being transmitted at all. The court also found contradictions in the accounts concerning the shaking of hands by the applicant and C.».

⁶⁶ Corte EDU, *Dan c. Moldavia*, cit., § 13: «In so far as the presence of traces of special dust on the applicant's fingers was concerned, the court considered that it could not be ruled out that the traces appeared as a result of his shaking hands with C., picking up the money from the ground after apprehension or using a pen given to him by the police to sign the arrest report. In reaching this conclusion, the court relied on an expert report stating that the special dust could have been transmitted in any of the above-mentioned ways».

⁶⁷ Si trattava, nello specifico, di verbali di perquisizione dell'ufficio e dell'abitazione dell'imputato.

operava una diversa valutazione dell'attendibilità delle dichiarazioni testimoniali, non preceduta da una nuova audizione delle fonti⁶⁸. La sentenza d'appello veniva confermata dalla Corte Suprema⁶⁹.

In entrambe le vicende, pertanto, la prova dichiarativa è la sola prova diretta sul fatto principale. Gli altri elementi di prova (non dichiarativi) si configurano come prove indirette (aventi la natura di fatto secondario) vuoi nella forma di indizio, vuoi nella forma del fatto sussidiario⁷⁰. Non vi sono, inoltre, dubbi sul fatto che la prova dichiarativa abbia mantenuto – nei due casi – anche nell'economia dei giudizi di appello i caratteri della prova principale, dotata di peso “decisivo” ai fini della condanna⁷¹.

L'affacciata diversità tra i casi – stando al testo della sentenza della Cassazione – risiederebbe, a questo punto, esclusivamente nella (asserita) mancanza di una diversa valutazione dell'attendibilità della prova dichiarativa da parte dei giudici di merito nel caso Morzenti; diversa valutazione, al contrario, acclarata nel caso sottoposto ai giudici di Strasburgo. In altri termini, nel caso interno vi sarebbe corrispondenza tra le valutazioni di attendibilità del teste operate dai giudici di merito; nel caso sottoposto al vaglio dei giudici di Strasburgo tali valutazioni sarebbero divergenti.

E' stato già segnalato il vizio originario che si riverbera – anche in concreto – sulla affermazione di corrispondenza tra i giudizi di attendibilità certificati nei due gradi di merito, negandone il fondamento giuridico-razionale in caso di ribaltamento di una decisione di assoluzione in condanna: se nell'economia della decisione d'appello l'elemento dichiarativo rimane prova decisiva, allora il diverso apprezzamento da parte del giudice d'appello degli altri elementi probatori esterni al contributo dichiarativo non può che essersi tradotto in una rivalutazione dell'attendibilità intrinseca della prova dichiarativa stessa⁷².

La proiezione dell'analisi sul versante della comparazione tra caso nazionale e decisione “convenzionale” schiude d'altra parte orizzonti interpretativi ulteriori.

Quale potrebbe essere, in chiave prognostica, il livello di resistenza al vaglio dei giudici di Strasburgo del giudizio di corrispondenza tra le valutazioni di attendibilità della prova dichiarativa enucleato dalla Corte di cassazione?

E' indispensabile indagare a monte, insomma, se, nell'ottica della Corte europea, nel caso nazionale considerato nella sua interezza effettivamente emerga la predetta corrispondenza, tanto da potersi ritenere che la mancata rinnovazione della prova sia in linea con il diritto di difesa non essendo intervenuta alcuna rivalutazione della prova dichiarativa decisiva.

Su questo versante, l'analisi sulle due valutazioni giudiziali di attendibilità intrinseca, finora condotta per linee esterne⁷³, va proiettata all'interno dei due termini della relazione, e prioritariamente sul giudizio di attendibilità della prova in primo grado, dal momento che tale giudizio interverrebbe (nell'ottica della Cassazione) sulla prova principale a carico in un giudizio che si è concluso con l'assoluzione dell'imputato.

Gli indicatori che denotano la difficile replicabilità, a livello “convenzionale”, delle conclusioni fatte proprie dal giudice di legittimità interno emergono dalla stessa sentenza della

⁶⁸ Corte EDU, *Dan. c. Moldavia*, cit., § 15: «the Court of Appeal did not hear the witnesses anew but merely gave a different assessment to the testimonies given by them by the first-instance court. The Court of Appeal considered all the witness statements to be reliable and did not find any major contradictions between them».

⁶⁹ Nel caso di specie il condannato presentò anche un'impugnazione straordinaria alla Suprema Corte di Giustizia nazionale per violazione dell'art. 6 CEDU; impugnazione che fu rigettata.

⁷⁰ La natura indiretta della prove diverse da quelle testimoniali è esplicitata nella sentenza *Dan c. Moldavia*, cit., § 31: «the rest of the evidence was indirect evidence which could not lead on its own to the applicant's conviction»; In dottrina, Taruffo (Id, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 426) sottolinea come la distinzione tra prova diretta e indiretta si ritrovi «con varie formulazioni e con vari nomi in tutte le culture giuridiche». La nozione di prova indiretta va utilmente coordinata con quella di fatto secondario. Nel novero dei fatti secondari, come precedentemente definiti (nt. 52), possono distinguersi i fatti da cui trarre inferenze sul fatto principale (indizi) e quelli da cui trarre inferenze sulla credibilità e attendibilità della prova: «in entrambi i casi si ha prova indiretta, ma nel primo di essi si ha una prova che, sia pure indirettamente, è finalizzata alla dimostrazione del fatto da provare, mentre nel secondo si ha una prova sussidiaria in quanto finalizzata a fondare la valutazione circa l'attendibilità di un'altra prova»; così, ancora, Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 431.

⁷¹ Con formule lessicali la cui corrispondenza è altamente significativa la fonte dichiarativa è, tra l'altro, definita «testimone principale» nella sentenza Morzenti, «main evidence» nella sentenza *Dan c. Moldavia*.

⁷² Come rilevato da Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 421, infatti: «la prova si configura come il fondamentale punto di riferimento per la determinazione dell'ipotesi più attendibile, poiché è razionale appunto la scelta a favore dell'ipotesi dotata di un grado più elevato di conferma probatoria, mentre sarebbe irrazionale considerare come vera un'asserzione di fatto non sostenuta da prove, falsificata da prove contrarie, o contraddetta da un'altra asserzione sostenuta da prove prevalenti».

⁷³ Analizzando cioè, a partire dall'esterno, le conseguenze sul giudizio di attendibilità della singola prova dell'interazione con gli altri elementi di prova.

Cassazione. Ai margini della affermazione in cui l'organo di legittimità scolpisce il giudizio di sintesi sulla prova dichiarativa («sostanzialmente attendibile») affiorano, qua e là, brandelli delle valutazioni operate dal primo giudice, estremamente indicativi dei dubbi avanzati in ordine all'attendibilità della stessa⁷⁴.

Il giudizio di «sostanziale attendibilità» assume, così, i contorni di una patente connotativa che la Cassazione – per interposto organo (il giudice di primo grado) – conferisce ad un elemento di prova di cui quel primo giudice aveva, tuttavia, valorizzato contraddizioni e parziali smentite provenienti dagli altri elementi di prova, tanto da assolvere gli imputati.

Così facendo, la Corte di cassazione si muove nei solchi rigidi della logica proposizionale a due valori applicando un'etichetta artificiale alla proposizione probatoria vagliata: attendibile o inattendibile, *tertium non datur*.

Si tratta di un metodo di cui da tempo si denuncia l'inadeguatezza sul terreno della conoscenza giudiziale: quello sulla attendibilità dell'elemento di prova, in particolare, costituisce sempre un complesso giudizio di natura inferenziale che mal si presta ad alternative assolute (attendibile/inattendibile)⁷⁵, residuando nella maggior parte dei casi margini più o meno consistenti di dubbio con i quali il giudice è chiamato a misurarsi in sede di valutazione probatoria complessiva nella prospettiva della decisione concernente l'ipotesi sul fatto.

Ma soprattutto, è altamente probabile che impostazioni di tal tipo si rivelino scarsamente in sintonia con il metodo che contraddistingue il giudizio in sede “convenzionale”; ambito nel quale le cadenze del ragionamento sono tradizionalmente improntate, come si è già osservato, ad una logica *fuzzy* e antiformalistica, volta a razionalizzare e ridurre la vaghezza e la complessità del giudizio attraverso valutazioni globali, multifattoriali, che abbandonano la definizione della situazione giuridica in termini assoluti (positivi e negativi) in favore di determinazioni per gradi⁷⁶.

Rispetto al giudizio di credibilità di un teste, è, in questo senso, prevedibile che la Corte EDU rifiuti le rigide etichette formulate nelle sentenze (attendibile/non attendibile), limitandosi a registrare gli elementi di dubbio in ordine alla credibilità del teste d'accusa che hanno condotto il primo giudice all'assoluzione e spingendosi, al massimo, a “graduare il peso” di quei dubbi nell'economia della decisione.

In ambito “convenzionale”, il vaglio sul rapporto tra le valutazioni in tema di credibilità formulate dai giudici di merito sarebbe, così, destinato al massimo a risolversi nella (possibile) rilevazione di un diverso “grado di attendibilità” attribuito alla prova dichiarativa nei due giudizi di merito: una rilevazione che – qualora effettuata – appare comunque talmente poco significativa al fine di orientare l'operatività o meno delle garanzie sottese da rivelarsi intrinsecamente inidonea a determinare le opzioni giudiziali sulla necessità della rinnovazione della prova e, per l'effetto, sull'equità (o meno) del procedimento nell'ambito del quale tale rinnovazione non abbia trovato spazio.

In altri termini, appare poco razionale ed estranea al compasso giudiziale tipico dei giudici di Strasburgo l'idea di agganciare conseguenze giuridiche importanti come il riconoscimento del diritto alla rinnovazione della prova in appello ad un parametro flebile quale la rivalutazione della credibilità del teste da parte dei giudici di merito; simile operazione, infatti, si risolverebbe, nell'ottica “convenzionale”, in un apprezzamento (solo eventuale) sul diverso grado di credibilità della fonte nei due giudizi di merito.

In definitiva, l'affermata esclusione del diritto alla rinnovazione della prova nelle ipotesi in cui il giudice d'appello interpreti la prova dichiarativa – comunque ritenuta decisiva nell'economia della decisione di condanna – alla luce del diverso apprezzamento di altri elementi di prova è frutto di una distinzione priva di fondamento giuridico-razionale e, comunque,

⁷⁴ Sez. VI, Morzenti, cit., «il giudice di primo grado non risulta aver negato la attendibilità della persona offesa»; «il Tribunale rilevava, quale ostacolo alla ricostruzione della responsabilità dei ricorrenti in base a queste accuse, la parziale smentita in ordine alle risultanze sulla trattativa per gli immobili della “Lift”»; «il giudice di primo grado a fronte della affermata attendibilità del testimone di accusa riteneva però un dato esterno di ostacolo alla utile valutazione di tale prova la parziale smentita quanto alla vicenda della trattativa»; «la Corte d'appello confermando la attendibilità [...] valuta anche i punti, che ritenuti comunque nella lettura del giudice di primo grado fonte di dubbio».

⁷⁵ TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 238 s.

⁷⁶ Com'è noto, la logica degli «insiemi vaghi» si muove nell'ottica di costruire procedimenti razionali aventi ad oggetto concetti vaghi. Formulata per la prima volta da Lofti Zadeh (ZADEH, *Fuzzy sets*, in *Information and control*, 1965, p. 338 s.), la teoria ha conosciuto un'amplissima elaborazione. Per una approfondita disamina applicativa in ambito giuridico, v. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 204 e s.; le modalità con le quali l'impostazione *fuzzy* è adottata nella logica del giudizio della Corte europea sono efficacemente ripercorse in VOGLIOTTI, *La logica floue della Corte europea*, cit., p. 851 s.

estranea alle *rationes decidendi* della Corte di Strasburgo.

A ben vedere, si tratta inoltre di un'esclusione in grado di svilire patologicamente il significato garantistico del diritto alla rinnovazione nella gran parte delle ipotesi tipiche: paradossalmente, l'istituto sarebbe devitalizzato proprio nei casi in cui risulterebbe più opportuno ricorrervi. Il ribaltamento in appello delle sentenze di assoluzione in condanna si innesta spesso, infatti, su vicende processuali "difficili", il cui quadro probatorio annovera frequentemente prove dichiarative per loro natura problematiche o deboli (si pensi alle chiamate in reità o coreità, ovvero a testi non privi di interesse nella vicenda il cui ruolo processuale è quindi mobile – ad es. persone offese nei reati di concussione – ed in generale alle persone offese, ovvero ai cd. testi vulnerabili). Tale tipologia di prova fisiologicamente richiede una valutazione integrata con gli altri elementi probatori estrinseci; una valutazione tanto più pregnante quanto meno la fonte risulti disinteressata alla vicenda processuale. In quest'ottica, l'apprezzamento di quegli elementi probatori periferici, illuminati proprio per elevare lo *standard* di rigore valutativo della dichiarazione, si porrebbe paradossalmente come limite alla rinnovazione proprio nelle ipotesi in cui la prova dichiarativa si presenta in astratto meno attendibile e quindi più esposta alla necessità di essere rinnovata.

5. L'interpretazione conforme dell'art. 603 c.p.p.: una strada accidentata, ma percorribile.

Non meno criticabile si presenta la risposta offerta dalla giurisprudenza di legittimità nelle ipotesi in cui è stata rilevata l'analogia tra la fattispecie interna e quella sovranazionale.

Registrata l'identità tra le fattispecie, l'interprete domestico è posto di fronte ad un percorso ineludibile: misurare, in riferimento all'istituto che viene in rilievo nel caso di specie, la compatibilità tra l'ordinamento sovranazionale e quello interno.

E' un percorso breve, se si accerta la simmetria tra i due ordinamenti; ben più accidentata e impegnativa, al contrario, può rivelarsi la strada da percorrere nel tentativo di comporre la riscontrata diastasi tra il diritto interno e quello sovranazionale. Qui fungerà da bussola lo strumentario offerto dall'interpretazione conforme.

Posta di fronte al descritto vaglio di compatibilità, la giurisprudenza di legittimità ha imboccato la prima strada, escludendo che vi sia alcuna carenza strutturale dell'ordinamento italiano in materia di rinnovazione della istruttoria dibattimentale in appello: l'art. 603 c.p.p. – si rileva – è assolutamente compatibile con l'art. 6 CEDU così come interpretato dalla Corte di Strasburgo⁷⁷.

Com'è noto, ai sensi dell'art. 603 comma 1 c.p.p., le parti sono ammesse, nell'atto di appello o nei motivi nuovi, a richiedere la riassunzione di prove già acquisite nel dibattimento di primo grado: sulla scorta dell'insegnamento delle Sezioni unite della Cassazione, tale prerogativa è riconosciuta anche all'imputato assolto in primo grado, attraverso memorie o istanze che fungano da surrogato all'atto di appello o ai motivi nuovi della difesa che si assumono inammissibili⁷⁸. La delibazione di ammissibilità di tali richieste è ancorata all'impossibilità per il giudice «di decidere allo stato degli atti» (art. 603 comma 1 c.p.p.). La rinnovazione delle medesime prove è, poi, prevista come prerogativa officiosa qualora il giudice la ritenga «assolutamente necessaria» (art. 603 comma 3 c.p.p.).

Dottrina e giurisprudenza concordano sulla sostanziale assimilazione dei due parametri, «non vedendosi come una valutazione d'impossibilità di decidere allo stato degli atti non si

⁷⁷ Sez. II, Consagra, cit.; Sez. IV, 6 dicembre 2012, n. 4100, Bifulco, in *C.E.D. Cass.*, n. 254950.

⁷⁸ Sez. un., 12.7.2005, Mannino, cit., p. 3732. L'art. 593 comma 2 c.p.p. così come ricostruito dopo l'ennesimo intervento della Corte costituzionale (C. Cost., 4 aprile 2008, n. 85, in *Giur. cost.*, 2008, p. 1032 con la quale è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 1 l. 20 febbraio 2006 n. 46 nella parte in cui, sostituendo l'art. 593 c.p.p., escludeva che l'imputato potesse appellare contro le sentenze di proscioglimento relative a reati diversi dalle contravvenzioni punite con la sola ammenda o con pena alternativa) non sembra di per sé escludere l'appellabilità oggettiva delle sentenze di proscioglimento con formula piena. L'inammissibilità dell'appello, in queste ipotesi, deriverebbe – per quanto ricavabile implicitamente dalla stessa *ratio* della sentenza della Corte costituzionale – dall'assenza del requisito dell'interesse ad impugnare: v. BARGIS, *L'imputato può nuovamente appellare (con un limite) le sentenze dibattimentali di proscioglimento: la Corte costituzionale elimina (e nel contempo crea) asimmetrie*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 1050; sulle problematiche connesse ai limiti all'impugnazione delle sentenze assolutorie per difetto di interesse, v. CARNEVALE, *L'interesse ad impugnare nel processo penale*, Torino, 2012, in particolare, p. 180 s.

risolva anche in un giudizio di assoluta necessità della rinnovazione istruttoria e viceversa»⁷⁹.

Consolidata è anche la portata interpretativa del vaglio: deve ritenersi impossibile decidere allo stato degli atti, e pertanto, assolutamente necessaria la riassunzione della prova in appello «quando i dati già acquisiti siano incerti nonché quando l'incombente richiesto rivesta carattere di decisività nel senso che lo stesso possa eliminare le eventuali suddette incertezze ovvero sia di per sé oggettivamente idoneo ad inficiare ogni altra risultanza»⁸⁰.

Così interpretata, la disciplina della rinnovazione istruttoria di cui all'art. 603 c.p.p., risulterebbe – nell'ottica della Cassazione – «perfettamente coincidente e sovrapponibile con il principio di diritto enunciato dalla Corte EDU secondo il quale il giudice d'appello non può decidere sulla base delle testimonianze assunte nel giudizio di primo grado limitandosi ad una mera rivalutazione – in termini di attendibilità – delle medesime (in senso peggiorativo per l'imputato) quando siano decisive»⁸¹. Non si registrerebbe, pertanto, alcuna asimmetria con i principi «convenzionali».

La via breve appare in questo caso, tuttavia, il modesto prodotto della miopia dell'interprete più che dell'assenza di profondità del percorso da tracciare.

A ben guardare, infatti, va rilevato come sullo sfondo dell'attuale statuto domestico dell'attività probatoria in appello campeggi la presunzione di completezza del quadro probatorio (che ha fondato una sentenza, come quella di primo grado, potenzialmente irrevocabile). Gli spazi della ri-ammissione sono, pertanto, misurati sull'attitudine integrativa degli incombeni istruttori richiesti, sotto lo specifico profilo della (assoluta) necessità di surrogare l'incertezza del quadro probatorio, che, appunto, non consente la decisione allo stato degli atti. Nel diritto vivente, la rinnovazione opera, pertanto, come istituto eccezionale, fondato sulla necessità di superare l'incertezza accidentale del quadro probatorio offerto al giudice d'appello, che si assume ordinariamente completo⁸².

Al contrario, nell'ottica della Corte EDU – come ampiamente argomentato – la rinnovazione è condizione di equità del processo ogni qual volta il giudice d'appello, chiamato ad una cognizione completa dei profili di responsabilità dell'imputato, finisca per ribaltare una pronuncia assolutoria condannando l'imputato sulla base delle stesse prove dichiarative assunte in primo grado, così certificando la decisività della rivalutazione delle prove stesse. La rinnovazione, a queste condizioni e nell'ipotesi data, è un requisito di equità del procedimento, la cui *ratio* deve essere rinvenuta nella necessità di ristabilire un contatto diretto tra il giudice che decide e la prova dichiarativa, indipendentemente da una situazione di incertezza del quadro probatorio accertata *ex ante*; un'incertezza, a voler darle rilevanza, che può presumersi al contrario certificata *ex post* dal ribaltamento della valutazione sulla attendibilità della prova decisiva e quindi del giudizio sulla responsabilità.

La diastasi tra i due ordinamenti appare evidente: la rinnovazione assume – nell'ordinamento domestico – i connotati di un istituto eccezionale finalizzato a completare il quadro probatorio accidentalmente incerto, mentre in sede «convenzionale», nelle ipotesi di ribaltamento della sentenza di assoluzione in condanna in appello, diviene condizione ordinaria di equità della procedura che prescinde dall'incertezza del quadro probatorio in quanto diretta a soddisfare esclusivamente il principio di immediatezza.

E' uno iato colmabile in via interpretativa?

La risposta all'interrogativo va svincolata dalle ipoteche derivanti dalle tradizionali parti-

⁷⁹ ZAPPALÀ, *Sub art. 603*, in (a cura di CHIAVARIO) *Commento al nuovo codice*, VI, cit., p. 205 il quale rileva il fondamento normativo comune dei due presupposti nell'art. 2 n. 94 della legge delega che pone l'iniziativa officiosa sullo stesso piano di quella di parte («rinnovazione del dibattimento nel giudizio di appello su richiesta delle parti o d'ufficio, se il giudice ritiene di non essere in grado di decidere allo stato degli atti»); Cfr., anche, CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, p. 1125, secondo il quale la formula dell'art. 603 comma 3 c.p.p. «ripete ciò che abbiamo letto nel comma 1: l'istruzione reiterata o accresciuta presuppone che allo stato degli atti sia impossibile decidere; a richiesta di una delle parti (appellante o no) ovvero ex officio, bisogna procedervi ogniquale volta possano uscirne dati utili»; in giurisprudenza, tra le tante, v. Sez. III, 5 marzo 2003, n. 2292, Capuozzo, in *Guida dir.*, 2003, f. 27, p. 102: «nel giudizio di appello, l'ipotesi di rinnovazione del dibattimento disposta d'ufficio, ai sensi del comma 3 dell'art. 603 del c.p.p., è subordinata alla condizione che il giudice d'appello la ritenga, secondo la sua valutazione discrezionale, assolutamente necessaria, ossia si trovi nell'impossibilità di decidere allo stato degli atti».

⁸⁰ Così, Sez. III, Capuozzo, cit., p. 102; v., anche, Sez. III, 7 aprile 2004, n. 21687, Modì, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1862.

⁸¹ Cass., Sez. II, Consagra, cit.

⁸² Cfr., PERONI, *L'istruzione dibattimentale nel giudizio di appello*, Padova, 1995, p. 200; in giurisprudenza, fra le tante, v., già, Sez. I, 27 maggio 1991, n. 7329, Silvestri, in *A. n. proc. pen.*, 1992, 109; recentemente, v. Sez. II, 27 settembre 2013, n. 41808, Mongiardo, in *C.E.D. Cass.*, n. 256968.

zioni tra tipologie facoltative e obbligatorie di rinnovazione⁸³. Non è, infatti, in gioco la natura di una situazione soggettiva del giudice (anche ammesso, e vi è da dubitarne, che nel processo penale e nella rinnovazione in particolare vi sia spazio per poteri meramente facoltativi dell'organo giudicante), bensì la latitudine ermeneutica del relativo presupposto.

Il punto di partenza dell'indagine, comune ad ogni tipo di interpretazione adeguatrice, è rappresentato, pertanto, dall'esame del tenore letterale delle disposizioni⁸⁴: lo spazio semantico schiuso dalle locuzioni legislative in questione («non essere in grado di decidere allo stato degli atti» e «assolutamente necessaria») è idoneo a ricomprendere le condizioni tratteggiate dallo «statuto convenzionale» della rinnovazione istruttoria? In altri termini, devoluta alla cognizione del giudice d'appello una sentenza di assoluzione, può – in via interpretativa – assumersi integrata una situazione di non decidibilità allo stato degli atti e un conseguente obbligo di rinnovazione ogni qual volta la prova ritenuta decisiva sia di natura dichiarativa?

Le locuzioni in esame sono costruite su scelte lessicali evidentemente carenti di determinatezza. La portata concettuale della *littera legis* – non decidibilità e necessità – è, infatti, chiara solo nell'evocazione di situazioni processuali non fisiologiche; se si passa a circoscriverne il perimetro logico-processuale il dettato normativo diviene muto, non rintracciandosi alcun referente letterale delle nozioni di non decidibilità o necessità. Così, in assenza di ogni specificazione in ordine alle ipotesi al verificarsi delle quali il giudice si trova impossibilitato a decidere e quindi nell'assoluta necessità di riassumere la prova, intuitivamente (ma frettolosamente) si sarebbe portati a concludere che la latitudine dei parametri è tale da comprendere certamente la rinnovazione obbligatoria della prova decisiva nelle ipotesi di cognizione di una sentenza di assoluzione.

E' un'intuizione che conduce a risultati conformi a quelli che si proporranno in questo lavoro, ma l'*iter* ermeneutico è ben più accidentato e illumina le condizioni alle quali tale risultato è accettabile, nonché le criticità e i limiti comunque insiti nel risultato stesso; criticità, che, lo si anticipa, suggerirebbero in materia l'intervento del legislatore.

Il dettato legislativo, infatti, pur indeterminato, istituisce comunque un duplice ordine di limiti logici all'interpretazione convenzionalmente conforme.

In primo luogo, se le locuzioni legislative in questione presidiano in modo univoco, pur senza determinarne esattamente il perimetro, situazioni processuali non fisiologiche e oggetto comunque di un vaglio giudiziale, deve, allora, considerarsi vietata in sede interpretativa quella ricostruzione che configuri la rinnovazione probatoria come una fattispecie generale e automatica agganciata ad ipotesi tipiche e prevedibili di devoluzione. In questo senso, l'interprete che si spingesse fino a spogliare il giudice d'appello di ogni onere deliberativo sulla rinnovazione della prova nel caso (tipico e prevedibile) di impugnazione della sentenza di assoluzione finirebbe inevitabilmente per sostituirsi al legislatore travalicando i limiti dell'interpretazione conforme.

In secondo luogo, tanto più in assenza di referenti lessicali «di relazione», il confine logico dei segni linguistici può (e deve) essere ricostruito alla luce dell'ordinamento processuale complessivamente inteso, indagando le interazioni, a livello di significato, tra l'enunciato normativo e l'ambiente giuridico in cui è inserito. Su questo versante, il grado di tenuta dell'interpretazione si misura sulla razionalità giuridica e sulla coerenza a livello sistematico dell'esito ermeneutico proposto. D'altra parte, una lettura della disciplina della rinnovazione in contrasto con l'ordinamento deve considerarsi, a monte, vietata poiché proprio quest'ultimo contribuisce in

⁸³ Siffatto criterio distintivo risulta ampiamente utilizzato dalla dottrina in relazione al codice previgente: cfr., per tutti, BELLAVISTA, voce Appello (dir. proc. pen.), in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, 1958, p. 777-778; DEL POZZO, *L'appello*, cit., p. 309.

⁸⁴ In questo senso, MANES, *Metodo e limiti*, cit., p. 17. Il testo è l'imprescindibile punto di partenza dell'itinerario ermeneutico, indipendentemente dal valore e dallo spazio da riconoscere all'apporto creativo dell'interprete: cfr., VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino, 2011, p. 65, in cui l'Autore, dopo aver spiegato che il testo è «ciò che abbozza l'itinerario ermeneutico» ma mai «un punto di arrivo, tale da impedire la prosecuzione del processo ermeneutico di comprensione del diritto» respinge l'idea scettica «che vorrebbe dissolvere il testo nel flusso dell'interpretazione»; sul significato letterale degli enunciati, fuori dal contesto giuridico, v., già, ECO, *I limiti dell'interpretazione*, Milano, 1990, p. 9: «continuo a pensare che all'interno dei confini di una certa lingua ci sia un senso letterale delle voci lessicali, che è quello elencato al primo posto dei dizionari, ovvero quello che ogni uomo della strada definirebbe per primo quando gli venga chiesto cosa significa una determinata parola. [...] Nessuna teoria delle ricezioni potrebbe evitare questa restrizione preliminare. Qualsiasi atto di libertà del lettore può venire solo dopo e non prima dell'applicazione di questa restrizione».

modo decisivo a dar forma al dettato normativo, che ne risulterebbe indirettamente stravolto⁸⁵.

5.1.

Il vaglio sulla decisività della prova da parte del giudice d'appello.

Il terreno su cui va misurato il primo limite logico su descritto è quello della decisività della prova dichiarativa da rinnovare. In fin dei conti, infatti, data l'ipotesi di un appello avente ad oggetto una sentenza di assoluzione e passate al setaccio le condizioni tratteggiate dai giudici di Strasburgo, è questo l'unico parametro del vaglio giudiziale: se la prova dichiarativa è ritenuta decisiva ai fini del giudizio di responsabilità dell'imputato, infatti, il giudice d'appello è chiamato a rinnovarla. Tale sindacato, comunque riservato al giudice, allontana il risultato interpretativo dalle secche di una rinnovazione automatica e integrale incompatibile, come visto, con gli attuali parametri codicistici.

D'altra parte, non può non rilevarsi la natura intrinsecamente "problematica" del vaglio, che risente di una originaria disarmonia, già denunciata: il giudice d'appello domestico vi provvede, infatti, in sede di (nuova) ammissione delle prove dovendosi servire di un criterio – la decisività – la cui portata origina in sede "convenzionale" su un terreno ibrido, dominato dalla dimensione valutativa della prova.

In quest'ottica, va preliminarmente esclusa ogni taratura del giudizio di ammissibilità sul peso che la prova da rinnovare potrà assumere, in chiave prognostica, nell'economia della futura decisione, essendo fin troppo evidente come un vaglio siffatto non potrebbe che risolversi in un'indebita anticipazione del giudizio di merito.

Così, in astratto, non residuano che due modalità di strutturazione del vaglio, diversamente calibrate in relazione all'oggetto: il giudice potrebbe muovere la propria delibazione nell'ambito della motivazione della sentenza di primo grado, vincolando il giudizio sulla decisività della prova di cui viene richiesta la rinnovazione al peso attribuito alla stessa dal giudice di prime cure; oppure, in una diversa prospettiva, operare il giudizio direttamente sugli atti probatori.

Nel primo caso ci troveremmo di fronte ad un filtro a maglie strette, funzionalmente teso ad una marcata selezione dei mezzi di prova da rinnovare e, all'apparenza, evocativo della portata attribuita dai giudici di Strasburgo alla nozione di decisività della prova, da intendersi come prova dal peso decisivo.

A ben guardare, tuttavia, tale soluzione appare non convincente, esponendosi ad esiti finanche paradossali rispetto alle *rationes decidendi* "convenzionali", dal momento che il giudice d'appello risulterebbe ostaggio delle opzioni decisorie fatte proprie dalla sentenza di primo grado; le ipotesi ricostruttive accolte dal primo giudice, tracciando i solchi della (ri)ammissione della prova, sarebbero, infatti, destinate a vincolare altresì il percorso cognitivo-decisorio dell'appello⁸⁶. Chiamato ad emettere una decisione sul merito della reg Giudicanda, il giudice di secondo grado, così, potrebbe trovarsi di fronte ad una alternativa illogica: se in camera di consiglio ritenesse dotata di maggiore conferma razionale un'ipotesi ricostruttiva del fatto diversa rispetto a quella operata in primo grado, nella quale emerga la decisività di una prova dichiarativa rimasta ai margini nel primo giudizio (e quindi non rinnovata), non gli resterebbe che emettere una sentenza viziata, ma che ritiene giusta o una sentenza valida, ma ingiusta.

Non rimane, quindi, che svincolare le scelte sulla rinnovazione istruttoria dal peso attribuito alle prove dal primo giudice, ipotizzando un vaglio giudiziale che si relazioni direttamente con gli atti probatori.

Il giudice di secondo grado sarebbe chiamato a rinnovare ogni prova dichiarativa che – anche alla luce delle prospettazioni delle parti – ritenga utile per la decisione, potendo con-

⁸⁵ Il doppio vaglio che la più attenta dottrina pone come limite "logico" ad ogni forma di interpretazione adeguatrice (divieto di esiti ermeneutici *contra legem*; divieto di interpretazioni in contrasto con l'ordinamento nel suo complesso) tende, così, a sovrapporsi in un contesto delibativo unitario; sul "limite logico" dell'interpretazione conforme come primo argine a forme di "normazione mascherata", vedi, in particolare, MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione*, cit., p. 17; sull'operatività del limite logico anche nel caso in cui l'interpretazione determini un contrasto con l'ordinamento nel suo complesso, v. NISCO, *Persona giuridica vittima di reato ed interpretazione conforme al diritto comunitario*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 84 s.

⁸⁶ Il fenomeno descritto – si badi – apparirebbe assolutamente coerente con la strutturazione dell'appello penale in una logica pura di controllo. Tuttavia, volgendo lo sguardo al sistema di diritto positivo che contempla epiloghi decisorii di natura rescissoria (compresa la riforma della sentenza di assoluzione in condanna), l'eventuale vincolo rigido ai percorsi cognitivo-decisori del giudice d'appello condurrebbe ai risultati inaccettabili segnalati nel testo.

correre a determinarla. Rimarrebbero, al contrario, escluse dall'orbita della rinnovazione le prove dichiarative che si sono rivelate, all'esito dell'acquisizione in primo grado, superflue e non pertinenti.

Accertata la non superfluità⁸⁷, il vaglio sulla decisività della prova sarebbe, pertanto, destinato a risolversi in un giudizio sulla rilevanza della prova stessa⁸⁸: una rilevanza "qualificata" potrebbe dirsi, trattandosi di un controllo strutturalmente diverso da quello previsto in sede di ammissione della prova in primo grado (art. 190 c.p.p.) o anche in appello di fronte a prove sopravvenute o scoperte dopo il giudizio di primo grado (art. 603 comma 2 c.p.p. che, rimandando all'art. 495 comma 1 c.p.p., richiama l'art. 190 c.p.p.). Nell'ipotesi interpretativa qui proposta, infatti, il vaglio in negativo di non manifesta superfluità e irrilevanza in cui si sostanzia il diritto alla prova (art. 190 c.p.p.) andrebbe rovesciato in un giudizio positivo di rilevanza che può e deve giovare dell'esito dell'esperimento probatorio condotto in primo grado⁸⁹.

L'indagine sulla relazione tra la proposizione fattuale oggetto di prova e uno dei *facta probanda* indicati nell'art. 187 c.p.p. che, quando non escluda la corrispondenza tra i due elementi, giustifica l'ammissione della prova in primo grado andrebbe rimodulata – in appello – alla luce del risultato di prova maturato all'esito del procedimento di acquisizione in primo grado: sarebbe, così, da ritenersi rilevante e come tale rinnovabile ogni prova il cui risultato abbia confermato, in tutto o in parte, la sussistenza di un rapporto di corrispondenza con i fatti da provare⁹⁰.

Tale corrispondenza può assumersi venuta meno quando l'esperimento probatorio abbia – in sé – dato esito negativo, risultando l'affermazione oggetto di prova non coincidente con il risultato maturato all'esito dell'acquisizione della prova⁹¹. In questi casi, l'esito negativo dell'escussione in primo grado graverebbe la prova di una presunzione di irrilevanza in sede di rinnovazione, superabile solo in forza di una sua diversa collocazione in una alternativa ricostruzione dei fatti che è onere della parte istante argomentare nel dettaglio.

Al di fuori della descritta portata del risultato di prova va collocata – si badi – ogni consi-

⁸⁷ Al giudice d'appello spetta comunque una preliminare ri-valutazione della non superfluità della prova, collegata al giudizio complessivo di utilità della rinnovazione, che andrà effettuata alla luce dei risultati maturati all'esito dell'escussione, rigettando le richieste istruttorie concernenti il medesimo fatto oggetto di altra prova di cui s'intende disporre la rinnovazione.

⁸⁸ In ambito processualciviltico la prova è tradizionalmente ritenuta rilevante «quando il fatto su cui essa verte rappresenta un elemento utilizzabile per l'accertamento di un *factum probandum*», così, TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, cit., p. 54; in ambito processualpenalistico, la dottrina maggioritaria qualifica rilevante la prova pertinente, da intendersi come quella il cui oggetto appartiene al novero dei *facta probanda*; per tutti, ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in AA.Vv., *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2010, p. 84; diversa l'impostazione di UBERTIS, *Prova (in generale)*, cit., p. 329, il quale distingue tra pertinenza e rilevanza della prova: la prima certifica la corrispondenza tra oggetto di prova e fatti appartenenti alla regiudicanda; con il vaglio di rilevanza si misurerebbe, invece, l'idoneità delle fonti o dei mezzi di prova a verificare l'affermazione probatoria. Agli Autori richiamati si deve la messa a punto anche del lessico che si adotterà nel testo: in particolare, per fatto da provare s'intende la proposizione che afferma l'esistenza (o meno) di un fatto giuridicamente rilevante per la decisione, la cui verità è oggetto dell'accertamento giudiziale (l'insieme delle siffatte proposizioni costituisce il *thema probandum*); per oggetto di prova va intesa «la proposizione che descrive il risultato cui la singola prova può pervenire in modo autonomo, indipendentemente dalla mediazione del procedimento logico che il giudice dovrà porre in essere per trarne conclusioni relative ad altri fatti» (così TARUFFO, *Studi sulla rilevanza*, p. 34 e s.); specularmente, il risultato di prova è rappresentato appunto dalla proposizione probatoria formulabile all'esito dell'acquisizione; dal risultato di prova va tenuta distinta, infine, la conclusione probatoria derivata dal giudice all'esito di una valutazione che mette capo anche ai cd. fatti secondari (attendibilità della fonte e/o del mezzo di prova e comprensibilità del mezzo di prova).

⁸⁹ ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova*, cit., p. 102 individua nella valutazione rovesciata rispetto a quella tipica dell'art. 190 c.p.p. la peculiarità del giudizio di cui all'art. 507 c.p.p.: «ben lungi dall'essere pleonastico, questo criterio indica che si resta fuori dall'ambito del vero e proprio diritto alla prova, poiché, di fronte ad una richiesta di parte, la valutazione va rovesciata rispetto a quella tipica di non manifesta superfluità o irrilevanza; e comunque se ne desume che la prova può essere acquisita solo se appare decisiva o serve a risolvere i dubbi determinati da un'istruzione dibattimentale insufficiente»; il vaglio tratteggiato nell'art. 507 c.p.p. si presenta – rispetto a quello proposto nel testo – analogo nel parametro, ma non sovrapponibile stante il diverso grado del procedimento in cui interviene e l'oggetto tipico (rappresentato da prove nuove e non dalla rinnovazione di prove già acquisite, che pur non esclusa, costituisce ipotesi residuale).

⁹⁰ L'affermazione concerne sia le prove dirette che quelle indirette: l'utilità della riassunzione delle prime è *in re ipsa* trattandosi di prove che anche dopo l'acquisizione hanno confermato un rapporto di corrispondenza con un fatto principale; anche le prove indirette, d'altra parte, in quanto veicolo di accertamento di un fatto secondario dal quale, tuttavia, possono trarsi inferenze sul fatto da provare appaiono idonee a determinare la decisione del giudice d'appello. Come tali, sono in linea di principio da rinnovare, indipendentemente dalla collocazione dei fatti secondari nella motivazione della sentenza di primo grado, nell'ambito della quale ben potrebbero risultare irrilevanti. Il giudice d'appello, infatti, dovrà misurarsi con la ricostruzione alternativa proposta dal pubblico ministero, nella cui tela inferenziale – non accolta in primo grado – quei fatti secondari risultavano, al contrario, rilevanti, tanto da costituire oggetto di una prova positivamente escussa. E' altamente probabile che gli stessi fatti siano riproposti come oggetto di un esperimento probatorio in appello che il giudice sarà chiamato a rinnovare proprio in quanto utile alla decisione.

⁹¹ La prova può aver dato un esito negativo «sia quando l'esperimento probatorio si è rivelato vano perché da esso non è derivato nulla di fruibile per la ricostruzione fattuale (ad esempio perché il teste non ha ricordato o non ha riferito alcunché di utile) sia quando si sono conseguiti risultati incompatibili rispetto all'oggetto di prova»; così, UBERTIS, *Prova (in generale)*, cit., p. 307.

derazione in ordine all'attendibilità soggettiva o oggettiva della prova⁹², che, pertanto, va ritenuta inidonea a condizionare il vaglio di ri-ammissione, essendone, anzi, come ampiamente argomentato, il caso tipico.

L'ipotesi interpretativa descritta – come anticipato – non è priva di profili critici.

Alle cadenze più ortodosse della delibazione si accompagna un allargamento delle maglie del parametro di rilevanza, tale da spingere il secondo grado nell'orbita di un integrale nuovo giudizio in gran parte delle ipotesi date, con implicazioni non insignificanti sul terreno sistematico e della durata dei processi.

In quest'ottica, possono preconizzarsi, poi, le reazioni degli operatori. Questo tipo di vaglio, infatti, è per sua natura esposto al rischio di risolversi in un giudizio anticipato sul merito della regiudicanda: è facilmente prevedibile che i giudici d'appello, comprensibilmente attenti alle esigenze di efficienza della giurisdizione, siano portati a sacrificare l'ortodossia delle cadenze del procedimento probatorio rinnovando l'istruttoria esclusivamente nei casi in cui valutino dotata di preliminare fondatezza l'ipotesi ricostruttiva del pubblico ministero non accolta dalla sentenza di primo grado, così anticipando indebitamente – se pur non *expressis verbis* ovviamente – una valutazione estranea al momento ammissivo della prova.

D'altra parte, pur con le segnalate difficoltà, il risultato ermeneutico derivante dalla trasposizione in ambito domestico dello "statuto convenzionale" non stravolge il dettato normativo di cui all'art. 603 commi 1 e 3 c.p.p. e, come tale, rispetta il primo limite logico-lessicale dell'interpretazione conforme: è, infatti, lessicalmente e logicamente sostenibile – in via interpretativa – che si integri una situazione di non decidibilità allo stato degli atti e quindi la necessità di rinnovare la prova dichiarativa ogni qual volta il giudice d'appello, investito di un'impugnazione sulla sentenza di assoluzione, ritenga la prova dichiarativa decisiva per la decisione, in quanto può concorrere a determinarla.

5.2.

Compatibilità dell'interpretazione conforme con l'ordinamento nel suo complesso.

Come anticipato, il grado di tenuta giuridico-processuale dell'interpretazione dell'art. 603 c.p.p. su delineata può essere correttamente misurato solo valutando la sostenibilità del risultato ottenuto alla luce del sistema processuale inteso nella sua globalità.

Si tratta di una valutazione complessa, che risente più di altre degli approcci ideologici dell'interprete. Nell'economia del presente studio è possibile isolarne una chiave di lettura particolarmente significativa.

Il risultato interpretativo proposto può essere ritenuto compatibile e coerente con il sistema processuale se e nella misura in cui vi risulti compatibile la *ratio* che giustifica il risultato ermeneutico e coerente la relativa applicazione.

Sul primo versante, il principio di immediatezza, che informa lo statuto della rinnovazione della prova tratteggiato in sede "convenzionale", appare compatibile con l'attuale ordinamento processuale. Prescindendo da analisi metagiuridiche⁹³ e limitandoci alle direttive fondamentali dell'ordinamento, va rilevato infatti come, pur non direttamente recepita in Costituzione⁹⁴, l'immediatezza sia enunciata dalla legge delega tra i caratteri del sistema accusatorio che dovrebbero trovare attuazione nel nostro processo penale⁹⁵. Inoltre, il diritto «all'assunzione della prova davanti al giudice chiamato a decidere» è ritenuto – dalla stessa Corte costituzionale – non privo di raccordi costituzionali e autonomo rispetto a ipoteche fondate sulla comple-

⁹² Il giudizio di attendibilità della prova, in termini di valutazione di un fatto secondario, ben potrebbe condurre, infatti, a conclusioni probatorie negative.

⁹³ Su questo terreno si muove, al contrario, l'originale e suggestiva, seppur non condivisibile, tesi dottrina di M. MASSA (*Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, Milano, 1964, p. 135 s.; Id., *Contributo allo studio dell'appello nel processo penale*, Milano, 1969, p. 254). Secondo l'Autore l'oralità-immediatezza non sarebbe un ritrovato tecnico e quindi una scelta di politica processuale, bensì un principio naturale del giudizio. In quest'ottica sarebbe estraneo alla logica del giudizio ogni meccanismo della conoscenza non immediato: il giudizio sarebbe attività irripetibile e l'appello non potrebbe – di conseguenza – giustificarsi se non come attività di controllo.

⁹⁴ Cfr., al riguardo, in senso critico, CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, Milano, 2005, p. 9 s.; V., anche, CAPRIOLI, *I nuovi limiti all'appellabilità delle sentenze di proscioglimento tra diritti dell'individuo e parità delle armi*, in *Giur. it.*, 2007, pag. 253 s.

⁹⁵ Art. 2 n. 66, l. 16 febbraio 1987, n. 81 in *G.U.*, 16 marzo 1987, n. 62, *Supplemento ordinario*: v., in dottrina, ILLUMINATI, *I principi generali del sistema processuale penale italiano*, in *Pol. dir.*, 1999, p. 301 s.

tezza del quadro probatorio: in definitiva, appunto, «uno degli aspetti essenziali del modello processuale accusatorio, espresso dal vigente codice di procedura penale»⁹⁶.

E' pur vero che nell'attuale ordito codicistico non vi sono norme che ne tutelino esplicitamente l'operatività in appello, a differenza del giudizio di primo grado in cui il mancato rispetto del principio di immediatezza è sanzionato dalla più grave delle sanzioni processuali, la nullità assoluta (art. 525 comma 2 c.p.p.). Tuttavia, non si vede come la prospettazione di una prerogativa (come la riassunzione della prova decisiva in appello) fondata su un modulo epistemologico strettamente collegato al principio accusatorio possa ritenersi incompatibile con l'ordinamento che a quest'ultimo principio è tendenzialmente informato.

Ciò non significa – si badi bene – che sul piano dell'opportunità (e quindi delle scelte di politica del diritto) l'estensione all'appello dell'operatività del principio di immediatezza sia prospettiva auspicabile⁹⁷, ma semplicemente che la stessa non è in radice incompatibile con l'attuale sistema processuale.

Sul secondo versante, va, da ultimo, indagata la coerenza della rinnovazione probatoria fondata sul principio d'immediatezza, al fine di illuminarne la peculiare funzionalità nell'ipotesi di appello contro le sentenze di assoluzione, dal momento che – viceversa – il trapianto dello «statuto convenzionale», limitato a tale ipotesi (con esclusione della rinnovazione nei casi di appello avverso sentenze di condanna), esporrebbe l'ordinamento complessivamente inteso a trattare irragionevolmente ipotesi identiche in modo diverso.

In quest'ottica, la cognizione di una sentenza di assoluzione da parte di un giudice d'appello dotato del potere di riformare nel merito il giudizio sulla responsabilità dell'imputato ben può costituire – sulla scia della *ratio decidendi* «convenzionale» – una situazione processuale certamente gravida di peculiarità.

Come sottolineato in dottrina, solo in questo caso il giudice d'appello, percorrendo il proprio itinerario cognitivo è inevitabilmente esposto alle cadenze tipiche della rinnovazione del giudizio.

Infatti, mentre alla prospettiva di ribaltamento di una decisione di condanna non si accompagna alcuna forzatura degli argini cognitivi di un vaglio meramente critico, potendo l'assoluzione derivare dalla mera confutazione di una prova determinante, la prospettazione dello scenario inverso attira fatalmente il giudice verso una ricostruzione integrale del fatto, certificata ogni qual volta si sostituisca all'assoluzione una condanna all'esito del giudizio di appello⁹⁸.

Nel primo caso, l'attività sufficiente ad una corretta statuizione è di matrice cognitivo-confutatoria, da intendersi come tecnica idonea a proporre ipotesi alternative a quelle assunte come fondamento del giudizio di primo grado, circoscritta ad un controllo degli atti processuali. Nel secondo, al contrario, il riesame sulle risorse persuasive della prova travisate o non colte dal giudice di primo grado è certamente idoneo a fungere da indicatore dell'ingiustizia della prima decisione, ma non può esaurire l'attività cognitiva del giudice⁹⁹. La regola di giu-

⁹⁶ C. Cost., 7 giugno 2010, (ord.) n. 205, in cui si afferma, da un lato, che «il diritto all'assunzione della prova davanti al giudice chiamato a decidere [...] si raccorda, almeno per quanto attiene all'imputato, anche alla garanzia prevista dall'art. 111, terzo comma, Cost., nella parte in cui riconosce alla persona accusata di un reato [...] la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico e di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa»; dall'altro che «la *ratio* giustificatrice della rinnovazione della prova non si richiama, dunque, ad una presunta incompletezza o inadeguatezza della originaria escussione, ma si fonda sulla opportunità di mantenere un diverso e diretto rapporto tra giudice e prova, particolarmente quella dichiarativa, non garantito dalla semplice lettura dei verbali: vale a dire la diretta percezione, da parte del giudice deliberante, della prova stessa nel momento della sua formazione, così da poterne cogliere tutti i connotati espressivi, anche quelli di carattere non verbale, particolarmente prodotti dal metodo dialettico dell'esame e del controesame; connotati che possono rivelarsi utili nel giudizio di attendibilità del risultato probatorio, così da poterne poi dare compiutamente conto nella motivazione ai sensi di quanto previsto dall'art. 546 comma 1, lettera e), cod. proc. pen.».

⁹⁷ Al contrario, come vedremo, *infra*, par. 7, vi sono molte ragioni per escludere che, *de iure condendo*, la strutturazione di un appello informato al medesimo statuto epistemologico del primo grado sia prospettiva da accogliere.

⁹⁸ V. NAPPI, *Adeguamenti necessari per il sistema delle impugnazioni*, AA.Vv. (a cura di NUNZIATA), *Principio accusatorio, impugnazioni, ragionevole durata del processo*, cit., p. 151 s. il quale rileva: «mentre per giustificare la trasformazione di una condanna in assoluzione basta inficiare anche una soltanto delle prove che sorreggono la costruzione dell'accusa, invece per poter trasformare una sentenza di assoluzione in una sentenza di condanna occorre che si ricostruisca *ex novo* l'impianto accusatorio. E quindi la trasformazione di una condanna in assoluzione può conseguire anche al mero controllo della correttezza della decisione impugnata, mentre la trasformazione di una assoluzione in condanna richiede un nuovo accertamento del fatto».

⁹⁹ I «risvolti confutatori» e le «risorse persuasive» come portato del coefficiente argomentativo della prova sono immortalati da Siracusano, che pur giunge a conclusioni diverse da quelle qui proposte: SIRACUSANO, *Ragionevole durata del processo e giudizi di impugnazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 18 s.

dizio – tarata sulla presunzione d'innocenza e sull'assenza di un ragionevole dubbio (art. 533 comma 1 c.p.p.) – impone al giudice un nuovo accertamento avente ad oggetto ogni profilo concernente la responsabilità dell'imputato.

E' la necessità di tale accertamento che fatalmente finirebbe per attrarre nell'orbita del giudizio d'appello lo statuto cognitivo tipico del primo grado: se il fatto va ricostruito, non vi sarebbe alcun motivo per derogare ai principi del contraddittorio-immediatezza nell'assunzione della prova¹⁰⁰.

Solo in quest'ultima ipotesi, così, si giustificerebbe l'impossibilità da parte del giudice d'appello di decidere allo stato degli atti e la necessità di ristabilire un rapporto di immediatezza con l'esperimento probatorio orale.

In definitiva, pertanto, pur non priva di criticità, l'interpretazione convenzionalmente conforme degli artt. 603 commi 1 e 3 c.p.p. appare possibile e come tale doverosa.

6. Il sindacato di legittimità sull'omessa rinnovazione della prova tra inquadramento nei motivi di ricorso e controllo sulla decisività.

Nell'itinerario d'indagine sono rimaste ai margini quelle pronunce della Corte di cassazione che, rilevata l'analogia tra il caso interno e quelli decisi dalla Corte di Strasburgo, censurano la mancata rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, spingendosi a farne derivare «l'illegittimità della decisione impugnata»¹⁰¹.

Si tratta di un novero eterogeneo di decisioni che può essere ricostruito seguendo una duplice linea direttrice tratteggiata in funzione della diversa collocazione del tema nella struttura devolutiva delle decisioni stesse.

Su un primo versante si collocano le sentenze in cui la questione è affrontata in via incidentale o supplementare, non costituendo il motivo unico o principale dell'annullamento.

I profili di contrasto tra queste decisioni e gli orientamenti già esaminati si risolvono – quasi integralmente – nel perimetro di massime imprecise, tendenti a generalizzare l'obbligo di rinnovazione in appello della prova dichiarativa – ritenuta inattendibile – in ogni ipotesi di riforma della sentenza di assoluzione, includendovi persino il caso in cui il procedimento di primo grado sia stato definito nelle forme del rito abbreviato¹⁰². Da una lettura approfondita emerge come le sentenze in questione non si misurino in profondità con il parametro “convenzionale”, finendo per accoglierne acriticamente la lettura proposta dalla giurisprudenza fin qui analizzata (e censurata)¹⁰³; ovvero limitandone il richiamo a conferma di conclusioni già

¹⁰⁰ V., CHINNICI, *Verso il “giusto processo” d'appello: se non ora quando? Dalla irriducibile staticità nello ius positum italiano al dinamismo cognitivo nel “diritto vivente” europeo*, in *Arch. Pen.*, 2012, III, p. 921; e più diffusamente, Id., *Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo*, Torino, 2008.

¹⁰¹ Così, Sez. V, 7 maggio 2013, n. 28061, Marchetti, in *C.E.D. Cass.*, n. 255580; una massima delle sentenze è pubblicata in *Arch. pen.*, 2013, III, con nota di MARCHESE, *La reformatio in peius della sentenza di assoluzione tra vincoli europei e diritto ad un equo processo*, p. 1035.

¹⁰² Sez. III, 29 novembre 2012, n. 5854, R., in *C.E.D. Cass.*, n. 254850 la cui massima recita: «Il giudice di appello qualora intenda riformare la precedente sentenza di assoluzione deve procedere alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale per l'audizione dei testimoni ritenuti inattendibili, a nulla rilevando che il procedimento in primo grado sia stato definito con il rito abbreviato»; cfr., anche le massime delle altre sentenze riconducibili a questo “filone”: Sez. V, 7 maggio 2013, Marchetti, cit. («È illegittima la pronuncia del giudice di appello che riformi la decisione assolutoria assunta in primo grado sulla base di un diverso apprezzamento dell'attendibilità della testimonianza della persona offesa, senza procedere alla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale»); Sez. III, 9 luglio 2013, n. 42344, Polimeno, in *C.E.D. Cass.* n. 256856, le cui massime sono pubblicate anche in *Arch. pen.*, 2013, n. 3, con note di CIANFARONI, *Le Corti superiori e il divieto di reformatio in peius senza la rinnovazione delle prove orali*, *ivi*, p. 1023 e SCACCIAOCE, *Una ventata di «legalità probatoria» nel giudizio di seconda istanza*, in www.archiviopenale.it, Archivio penale (web), fasc. n. 3 («La Corte di appello qualora intenda riformare in “peius” una sentenza di assoluzione, emessa a seguito di un'istruttoria dibattimentale nell'ambito della quale il giudice aveva assunto solo alcune delle prove testimoniali richieste dalla difesa escludendone altre perché sovrabbondanti, non può valutare le medesime testimonianze in senso sfavorevole all'imputato, ritenendole inattendibili sulla scorta di incoerenze e contrasti sui quali l'esame in primo grado non si era sviluppato essendo, invece, tenuto – in base al principio di cui all'art. 6 CEDU, come interpretato dalla conforme giurisprudenza della Corte EDU – a rinnovare l'istruttoria dibattimentale, per consentire ai testimoni di spiegare le imprecisioni ed i contrasti rilevati»).

¹⁰³ E' il caso della sentenza Marchetti (Sez. V, Marchetti, cit.), in cui sono richiamate – senza alcuna originale motivazione a supporto della scelta adesiva – le sentenze Luperi (Sez. V, Luperi, cit.) e Caboni-Morzenti (Sez. VI, Caboni-Morzenti, cit.) dalle quali, pertanto, la decisione in esame si differenzia semplicemente nella conclusioni, risultando integrati nel caso di specie «entrambi i presupposti individuati da questa Corte per affermare l'obbligo del giudice di rinnovare l'istruttoria, la necessità di una rivalutazione da parte del giudice d'appello dell'attendibilità dei testimoni e la decisività della prova testimoniale».

assunte sulla base di un sindacato meramente “domestico”¹⁰⁴; o ancora – con censurabile superficialità – evocando il parametro “convenzionale” come spunto argomentativo incidentale¹⁰⁵.

Come anticipato, d'altra parte, la reale portata di queste sentenze non può essere colta senza considerarne l'impianto devolutivo.

In nessuno dei ricorsi si lamentava, infatti, la mancata rinnovazione di una prova già acquisita. E' la stessa Corte di cassazione – consapevole delle scadenze officiose del sindacato designato dai giudici di Strasburgo nella materia *de qua* – a misurarsi con l'omessa rinnovazione, una volta accertata la sussistenza del vizio principale dedotto dal ricorrente.

Sul versante dell'oggetto, questo potrebbe spiegare (pur non giustificandolo) l'approccio scarsamente problematico alla questione, la cui risoluzione non si configura comunque decisiva per la statuizione; rispetto ai soggetti, invece, è indice di attenzione alla dimensione sovranazionale. I giudici di legittimità, infatti, non si limitano a richiamare la giurisprudenza di Strasburgo al fine di tracciare il perimetro della nuova assunzione probatoria in sede di rinvio, ma affacciano i contorni di un vizio processuale autonomo costruito su quei richiami. All'apprezzabile intuizione non segue, tuttavia, un'adeguata elaborazione. Non è dato sapere, infatti, a quale dei casi di ricorso di cui all'art. 606 c.p.p. si riconduca l'«ulteriore e assorbente» vizio processuale costituito dalla mancata rinnovazione, idoneo ad inficiare la decisione «in radice e in via pregiudiziale»: nell'argomentazione della Corte, questo figura, genericamente, vuoi come «ragione di illegittimità della decisione», vuoi come «erroneo accertamento dei fatti»¹⁰⁶.

Un euro-entusiasmo “innocente”¹⁰⁷ – fecondo nell'intuizione, ma immaturo nell'analisi – anima queste decisioni.

Su un secondo e diverso versante vanno registrati, invece, gli arresti della più recente giurisprudenza di legittimità, che ha elevato l'omessa rinnovazione della prova dichiarativa decisiva a motivo di per sé solo sufficiente a condurre all'annullamento della decisione impugnata¹⁰⁸.

Su questo terreno, è netta la sensazione di assistere ai primi passi (incerti) di una creatura giurisprudenziale in progressiva evoluzione; passi – a ben vedere – che disegnano traiettorie a loro volta non sempre convergenti.

Una spinta evolutiva certamente affiora nell'apertura di una breccia nella consolidata “dottrina Morzenti”: in una recente sentenza, infatti, la Cassazione si spinge a rilevare, seppur con uno spunto argomentativo privo di approfondimento, la necessità della rinnovazione probatoria anche nell'ipotesi di una «diversa valutazione e valorizzazione dei riscontri a quanto affermato dalla fonte»¹⁰⁹.

¹⁰⁴ Così, Sez. III, 9 luglio 2013, Polimeno, cit., in cui si legge «le conclusioni cui la Corte giunge in applicazione dei principi e delle regole del nostro ordinamento appare conforme anche alla recente giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo».

¹⁰⁵ Sez. III, R., cit.: «vale ricordare che anche la CEDU (da ultimo Terza Sezione [...] ricorso n. 8999/07) è orientata nel senso che la riforma di una sentenza assolutoria debba tendenzialmente seguire ad un esame diretto degli elementi di prova da parte del giudice di appello, con l'ovvio limite della impossibilità di ripetere l'atto»; da tale passaggio argomentativo la Corte di cassazione sembrerebbe trarre un argomento a supporto della formale “esortazione” rivolta al giudice del rinvio affinché lo stesso valuti «nei limiti dallo stesso ritenuti necessari di procedere alla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale per fare definitivamente luce, tra l'altro, anche attraverso l'esame della madre e della zia della minore sulla fase iniziale della vicenda». L'invocata rinnovazione probatoria, tuttavia, origina dalla constatazione – da parte dei giudici di legittimità – di una lacuna probatoria su una circostanza di fatto ritenuta decisiva ai fini della ricostruzione della responsabilità dell'imputato (il possibile condizionamento delle dichiarazioni iniziali della bambina, persona offesa dal reato di cui all'art. 609 *bis* e *ter* c.p., per effetto delle iniziative della madre). La ragione della rinnovazione risiede, quindi, nell'incompletezza dell'istruttoria e non nella necessità di stabilire un contatto diretto tra giudice e prova, ritualmente inibito in primo grado dalla stessa scelta difensiva del rito abbreviato. In quest'ottica, il *dictum* della Corte è volto a rimuovere ogni resistenza in ordine alla rinnovazione in sede di rinvio della prova necessaria ai fini del superamento della citata incertezza del quadro probatorio, mentre il fugace riferimento all'applicazione dello “statuto convenzionale” della rinnovazione, fondato sul principio di immediatezza, addirittura nell'ambito di un procedimento definito con le forme del giudizio abbreviato, sarebbe niente più che una “voce dal sen sfuggita”; il contesto giuridico-argomentativo in cui la Cassazione vi perviene, ma soprattutto il radicale silenzio sulle delicatissime implicazioni di una siffatta affermazione suggeriscono, infatti, di interpretare il significato della affermazione come un mero, superficiale spunto argomentativo privo di ogni significato cogente.

¹⁰⁶ Così, rispettivamente, Sez. V, Marchetti, cit. e Sez. III, Polimeno, cit.

¹⁰⁷ Con l'espressione «euro-entusiasmo all'italiana (moderato, opportunistico)» etichetta l'approccio di una parte della giurisprudenza interna ai *dicta* della Corte EDU V. VALENTINI, *Legalità penale convenzionale e obbligo d'interpretazione conforme alla luce del nuovo art. 6 TUE*, in *Dir. pen. cont. - Riv. Trim.*, 2, 2012, p. 167 s.; l'evocativa immagine dell'età dell'innocenza è utilizzata, invece da Michele Caianiello (Id, *L'adeguamento italiano alle sollecitazioni europee in materia penale. Brevi cenni introduttivi*, in *Terzo e quarto grado. Ovvero, quando c'è chi cassa la Cassazione*, I convegno di studio annuale sulla evoluzione della giurisprudenza della suprema Corte di Cassazione, Roma, 25-26 ottobre, 2013, in http://www.camerepenali.it/public/file/Convegno/Convegno%20Cassazione_Relazione%20Caianiello.pdf) per descrivere l'approccio ideale e metodologico di quelle sentenze la cui aspirazione a recepire la soluzione europea è tale da oscurare ogni critica alle soluzioni interpretative importate, che sembrano imporsi “costi quel che costi”.

¹⁰⁸ Sez. II, 15 ottobre 2013, n. 45971, Corigliano, in *C.E.D. Cass.*, n. 257502; Sez. V, 25 settembre 2013, n. 47106, Donato e altri, in *C.E.D. Cass.*, n. 257585; Sez. III, 7 gennaio 2014, n. 5907, F.R., inedita.

¹⁰⁹ Sez. III, F.R., cit.

Al contrario, decisamente meno avanzata (ed anzi, a tratti involuta) si configura la riflessione sull'inquadramento della questione tra i motivi tipici di ricorso e sul relativo regime di rilevanza. La suprema Corte muove ora dalla riqualificazione dei motivi dedotti nei termini di un generico vizio motivazione¹¹⁰, ora da interpretazioni estensive del *devolutum*, ritenendosi investita della questione anche in ipotesi in cui i motivi concernevano esclusivamente la manifesta illogicità delle premesse inferenziali dei risultati probatori posti a fondamento delle sentenze impugnate¹¹¹; così evitando tra l'altro, come vedremo, di misurarsi preliminarmente con la delicata questione relativa alla fonte officiosa dei poteri di cognizione del giudice di legittimità¹¹².

Nell'incedere indistinto del ragionamento, il vizio processuale derivante dall'omessa rinnovazione è, così, acriticamente attratto nell'orbita di un generico difetto di motivazione, obliando ogni indagine sui profili peculiari e autonomi della patologia.

A dispetto della scarsa elaborazione dei giudici di legittimità, la ricostruzione del vizio processuale derivante dalla patologica menomazione in appello della rinnovazione istruttoria di matrice "convenzionale" costituisce uno snodo indispensabile – e, per molti versi, "di chiusura" – dell'indagine intrapresa.

Partiamo – com'è ovvio – dalla norme.

Sono tre le categorie codicistiche con le quali, a prima lettura, appare indispensabile misurarsi: l'inosservanza di una norma processuale stabilita a pena di nullità o di inutilizzabilità (art. 606 comma 1 lett. c) c.p.p.); la mancata assunzione di una contro-prova decisiva (art. 606 comma 1 lett. d) c.p.p.); la mancanza, contraddittorietà o manifesta illogicità della motivazione (art. 606 comma 1 lett. e) c.p.p.).

Sul primo versante, appare non convincente l'inquadramento del vizio in esame nell'*error in procedendo* di cui all'art. 606 comma 1 lett. c).

E' vero che l'eventuale omissione argomentativa dell'ordinanza con la quale il giudice è chiamato a provvedere sulla rinnovazione istruttoria (art. 603 comma 5 c.p.p.) è sanzionata con una nullità (art. 125 comma 3 c.p.p.); tuttavia, la radicale mancanza di motivazione copre solo una delle manifestazioni patologiche prospettabili nell'ipotesi di mancata rinnovazione della prova, rimanendo esclusi i casi in cui un provvedimento motivato vi sia, seppur viziato. D'altra parte, la deduzione del vizio *sub specie nullitatis* appare in radice da escludere alla luce dell'orientamento, ormai consolidato in dottrina e giurisprudenza, secondo cui il difetto di motivazione può essere censurato in sede di legittimità esclusivamente alla stregua dell'art. 606 comma 1 lett. e), che, in quanto previsione specifica, renderebbe inapplicabile quella di carattere generale di cui all'art. 606 comma 1 lett. c)¹¹³.

Scarsamente convincente risulta anche il richiamo all'inosservanza di una norma processuale stabilita a pena di inutilizzabilità. Leggendo e utilizzando gli atti concernenti la prova dichiarativa assunta in primo grado e non rinnovata il giudice d'appello non viola, infatti, alcun divieto probatorio. Inoltre, appare forzata a monte l'enucleazione dalle *rationes decidendi* "convenzionali" dell'inutilizzabilità dell'atto come vizio derivante dalla mancata rinnovazione. Come visto¹¹⁴, la Corte EDU non esclude l'utilizzabilità della prova dichiarativa non rinnovata ai fini del ribaltamento, ma si limita a censurarne la valutazione come prova decisiva ai fini della condanna¹¹⁵.

Sul secondo versante, appare difficile ricondurre la violazione in esame nell'alveo dell'art. 606 comma 1 lett. d) senza operare una lettura della nozione di contro-prova tratteggiata dall'art. 495 comma 2 c.p.p. palesemente forzata, ai limiti del travisamento normativo. L'oggetto della rinnovazione probatoria di cui si ipotizza la violazione, infatti, è rappresentato da

¹¹⁰ V., ancora, Sez. III, F.R., cit.: «il ricorrente ha censurato la decisione impugnata in quanto affetta da un presunto vizio motivazionale (peraltro erroneamente richiamando l'art. 606 c.p.p., lett. c), in quanto i limiti all'ammissibilità delle doglianze connesse alla motivazione, fissati specificamente dall'art. 606, comma 1, lett. e), non possono essere superati ricorrendo al motivo di cui all'art. 606, comma 1 lett. c), nella parte in cui consente di dolersi dell'inosservanza delle norme processuali stabilite a pena di nullità»).

¹¹¹ Sez. V, Donato, cit.; Sez. II, Corigliano, cit.

¹¹² Valutazione, in questo caso, ineludibile dal momento che l'epilogo decisorio deriva proprio dalla rilevazione dell'omessa rinnovazione della prova; vizio che – stando al testo delle sentenze – non risulterebbe direttamente devoluto.

¹¹³ Per una ricognizione dell'evoluzione degli orientamenti di dottrina e giurisprudenza fino all'ipotesi ormai consolidata e accolta nel testo, v. CAPRIOLI, *sub art. 606*, in CONSO – GREVI (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova, 2010, p. 2093-2094.

¹¹⁴ V., *infra*, par. 2.

¹¹⁵ A conclusioni diverse giunge la sentenza Basile (Sez. V, Basile, cit.), nella quale la Cassazione, sia pur con uno spunto argomentativo incidentale, riconduce la censura nell'ambito della «violazione di legge ex art. 606 lett. c)».

qualunque prova già acquisita in primo grado decisiva per il giudizio; mentre – come da chiara *littera legis* – il vizio di cui all'art. 606 comma 1 lett. d) è limitato alla mancata assunzione della «prova indicata a discarico sui fatti costituenti oggetto delle prove a carico ovvero a carico sui fatti costituenti oggetto delle prove a discarico». Ora, uno spazio, seppur circoscritto, d'intersezione tra i due vizi potrebbe essere aperto da una interpretazione estensiva che ricomprenda nell'oggetto della tutela dell'art. 606 comma 1 lett. d) anche la contro-prova decisiva già assunta in primo grado e patologicamente non rinnovata¹¹⁶. Rimarrebbero, d'altra parte, irragionevolmente prive di tutela processuale le patologiche omissioni di rinnovazione della prova in quelle ipotesi in cui appare oggettivamente ardita la torsione del concetto di contro-prova. Si pensi alla mancata rinnovazione dell'unica prova dichiarativa portata dall'accusa e sulla quale è fondata in modo determinante la sentenza di condanna in appello: siamo fuori dall'area della contro-prova mentre rimangono inalterate sullo sfondo le esigenze della rinnovazione erroneamente negata che rimarrebbero prive di tutela.

Ben più articolato il rapporto della patologia in esame con il vizio di motivazione.

Su questo versante, si rintraccia un importante spunto di analisi nella messa a punto della relazione che la giurisprudenza ha tradizionalmente istituito tra la violazione dell'art. 603 c.p.p. e il vizio di cui all'art. 606 comma 1 lett. e) c.p.p.

Ora, come visto, l'art. 603 comma 5 c.p.p. impone al giudice di provvedere sulla rinnovazione istruttoria in appello «con ordinanza, assunta nel contraddittorio delle parti». La giurisprudenza maggioritaria ha finito, tuttavia, per svuotare il significato di tale disposizione legittimando una pratica – tanto diffusa quanto patologica – come quella della motivazione implicita del provvedimento di rigetto della richiesta di rinnovazione probatoria: le ragioni della mancata rinnovazione – si afferma – possono ritualmente ricavarsi dalla stessa struttura argomentativa posta a base della pronuncia di merito ogni qual volta la stessa «evidenzi la sussistenza di elementi sufficienti per una valutazione in senso positivo o negativo sulla responsabilità con la conseguente mancanza di necessità di rinnovare il dibattimento»¹¹⁷.

Il sindacato di legittimità sull'omessa rinnovazione si rivolge, per l'effetto, in un controllo sulla motivazione del provvedimento impugnato: vi è violazione dell'art. 603 c.p.p. se e nella misura in cui la ricostruzione argomentativa del giudizio di responsabilità dell'imputato risulti mancante, contraddittoria o manifestamente illogica (art. 606 comma 1 lett. e))¹¹⁸.

Non è possibile in questa sede approfondire i risvolti – invero problematici – di detta assimilazione; essi sembrano più che altro investire l'ipotesi di nuove prove rigettate in quanto

¹¹⁶ E' contraria ad un'ipotesi di questo tipo la giurisprudenza che, pur ammettendo l'operatività del vizio di cui all'art. 606 comma 1 lett. d) anche nell'ipotesi di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello, ne limita l'oggetto alla prova nuova: Sez. V, 8 maggio 2008, n. 34643, De Carlo e altri, in *C.E.D. Cass.* n. 240995.

¹¹⁷ Così Sez. V, 10 dicembre 2009, n. 15320, Pacini, in *C.E.D. Cass.*, n. 246859; nello stesso senso, v., tra le tante, Sez. V, 20 gennaio 2005, n. 12443, Unis, in *C.E.D. Cass.* n. 231682 in cui la Cassazione ha rilevato la manifesta infondatezza della proposta questione di legittimità costituzionale dell'art. 603 comma 5 c.p.p. così argomentando: «E' manifestamente infondata, in riferimento agli articoli 3, 24 e 111 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 603, comma quinto, cod. proc. pen., nella parte in cui non prevede la nullità assoluta nell'ipotesi di omessa pronuncia dell'ordinanza di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, in quanto tale disciplina costituisce peculiare espressione di discrezionalità del legislatore, che non viola alcun principio costituzionale; la disposizione che prevede la pronuncia dell'ordinanza di cui al predetto art. 603, comma quinto, ha, infatti, carattere ordinatorio e non vincolante ed, in ogni caso, non può che riferirsi all'ipotesi in cui il giudice si determini nel senso dell'ammissibilità della rinnovazione, sul presupposto della non decidibilità allo stato degli atti, mentre nell'ipotesi inversa di mancata rinnovazione, il giudice non è tenuto ad adottare il relativo provvedimento di reiezione e può differirne la motivazione al momento di redazione della sentenza, nella quale può, peraltro, essere contenuto e solo implicitamente, il che trova pieno riscontro nella particolare fisionomia del processo di appello, nel vigente ordinamento processuale, in cui non è configurabile un illimitato diritto alla prova ma solo nei limiti e con le forme espressamente previsti dall'art. 603 cod. proc. pen.»; cfr., anche, Sez. IV, 2 dicembre 2009, n. 47095, Sergio e a., in *C.E.D. Cass.*, n. 245996; Sez. III, 7 aprile 2010, n. 24294, D.s.b.s.m., in *C.E.D. Cass.*, n. 247872; *contra*: Sez. VI, 2 dicembre 2002, n. 68, Pg. in proc. Raviolo, in *C.E.D. Cass.*, n. 222977 in cui si afferma: «la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale di cui all'art. 603 cod. proc. pen. è istituito di carattere eccezionale che presuppone l'impossibilità di decidere allo stato degli atti; tuttavia il giudice, ove ritenga, nella sua discrezionalità, di non accogliere la richiesta di parte deve motivare in modo congruo e logicamente corretto il rigetto della stessa».

¹¹⁸ In questo senso, Sez. VI, 21 maggio 2009, n. 40496, Messina, in *C.E.D. Cass.*, n. 245009; Sez. VI, 5 giugno 1998, n. 7519, Zietek, in *Guida dir.*, 1998, f. 31, 73: «Quanto alla doglianza relativa alla mancata rinnovazione d'ufficio dell'istruzione dibattimentale ex art. 603.3 c.p.p., va ricordato che trattasi di potere da esercitare solamente nel caso in cui lo stesso giudice d'appello ritenga la rinnovazione «assolutamente necessaria», ossia nel caso in cui egli si trovi nell'impossibilità di decidere allo stato degli atti. Ovviamente non si tratta di discrezionalità sottratta a controllo, ma per verificare la correttezza della decisione del giudice d'appello di non utilizzare tale eccezionale potere va innanzitutto controllata la correttezza della motivazione della sentenza. L'esito positivo di tale verifica, ai sensi dell'art. 606 lett. e c.p.p., implica, infatti, che il giudice d'appello era nella oggettiva condizione di decidere allo stato degli atti e che, pertanto, la rinnovazione non si presentava come «assolutamente necessaria». Quando invece dal predetto controllo emerga una motivazione mancante o apodittica o apparente ovvero risultino manifeste contraddizioni, lacune o aporie non risolvibili all'interno del quadro probatorio indicato dalla stessa sentenza, possono assumere rilievo le censure in relazione all'esercizio del potere di cui all'art. 603 comma 3 c.p.p.».

ritenute non utili rispetto al quadro probatorio acquisito: un caso, a ben guardare, in cui le ragioni della mancata rinnovazione non paiono potersi correttamente misurare *ex post* sulla base delle argomentazioni proposte a sostegno della decisione sulla responsabilità dell'imputato.

Ai nostri fini è, tuttavia, rilevante notare come simile opinabile sovrapposizione sarebbe dovuta alla simmetria tra la *ratio* della rinnovazione e le scadenze del controllo sulla motivazione: se la prima è ammessa in quanto funzionale a colmare una lacuna probatoria, allora va da sé che la mancanza di giustificazione che derivi dall'assenza di prova su uno degli enunciati fattuali decisivi nella motivazione del giudizio sulla responsabilità suggelli l'irritualità del rigetto.

Il discorso si pone su basi diverse rispetto alla rinnovazione probatoria di matrice "convenzionale".

In questo caso, come ampiamente rilevato, la rinnovazione ha ad oggetto prove già acquisite e si impone per rispettare il principio di immediatezza.

Nell'impossibilità di scandagliare in profondità i rapporti tra il principio di immediatezza e la motivazione sul giudizio di responsabilità dell'imputato, ci si può limitare a fotografarne alcune interferenze, rilevanti ai fini dell'indagine qui condotta. Occorre a tal fine tenere presente un arco ideale – frutto di astrazione concettuale – di cui vanno censurate e, per l'effetto rifiutate, le opzioni collocabili alle due estremità.

Ad una di esse, può collocarsi l'idea secondo la quale immediatezza e motivazione sarebbero due entità giuridiche radicalmente prive di relazione: la prima, tecnica di formazione della prova che si nutre di intuizione e percezione, caratterizzata da una struttura emozionale; la seconda, attività di matrice esclusivamente razionale, funzionale alla giustificazione del giudizio. In mezzo rimarrebbe la decisione giudiziale, destinata – nelle molteplici articolazioni concettuali prospettate – a comunicare esclusivamente con una delle due entità, tra le quali pertanto determinerebbe un'incolmabile cesura¹¹⁹.

Sull'estremità speculare, si colloca l'istituzione di un automatismo logico-concettuale tra principio di immediatezza e motivazione, tale per cui l'assenza della prima si tradurrebbe necessariamente in un vizio della seconda. L'ipoteca si fonda sulla combinazione "esasperata" di una lettura "forte" dell'immediatezza come metodo che informa la conoscenza giudiziale¹²⁰ e l'idea della motivazione come rappresentazione fedele dell'elaborazione mentale del giudice, insomma uno specchio del giudizio¹²¹. La prima – quando replicata – sarebbe destinata a produrre esperimenti probatori mai uguali ai precedenti e potenzialmente sempre in grado di fornire elementi di prova nuovi: l'assenza di un contatto diretto tra giudice e prova in appello priverebbe, quindi, il giudice di secondo grado di quel patrimonio informativo. Una mancanza che sarebbe destinata a tradursi in una lacuna del suo ragionamento e quindi della motivazione della sentenza, che ne sarebbe fedele estrinsecazione.

Si tratta di concettualizzazioni inidonee a cogliere la realtà giuridica delle relazioni tra immediatezza e motivazione perché frutto di un incrocio nel quale, alternativamente, le due entità riflettono opzioni meramente artificiali, che obliterano patologicamente la dimensione normativa: ora dell'immediatezza, che, nel nostro sistema processuale, è accolta come metodo

¹¹⁹ Corollario dell'approccio alla conoscenza giudiziale come fenomeno esclusivamente emozionale e irrazionale, fondato sul principio di immediatezza inteso come canale di contatto per il giudice con la realtà percettiva sprigionata dalla prova, è un giudizio dominato da componenti alogiche e intuitive, che non possono essere trasfuse nella motivazione: in quest'ottica, l'immediatezza "comunica" con la decisione, plasmandola, ma è refrattaria ad ogni relazione con la motivazione (cfr. M. MASSA, *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, cit., p. 238). Al contrario, rilevata la natura esclusivamente razionale della decisione, si è ritenuto che la stessa possa "comunicare" esclusivamente con la motivazione, che partecipa della medesima componente razionale, confinando l'immediatezza – entità intrisa di componenti emozionali – nell'alveo della mera tecnica di formazione della prova, inidonea a interferire con le successive scadenze della decisione: in questo senso, v., F.M. IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Milano, 1997, p. 148 s.; sulle relazioni descritte, si veda la critica acuta di AMODIO, voce *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano, 1977, p. 214 s.

¹²⁰ Una conoscenza giudiziale, s'intende, fondata sul principio del contraddittorio al quale l'immediatezza dovrebbe considerarsi inscindibilmente collegata.

¹²¹ Si tratta di un'impostazione che ha segnato lo studio della motivazione in ambito amministrativistico: (v., in particolare, IACCARINO, *Studi sulla motivazione: con speciale riguardo agli atti amministrativi*, Roma, 1933), le cui influenze si colgono anche nella dottrina processualpenalistica (G. SABATINI, *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, Torino, 1953, p. 658; CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova, 1937); Per una ricognizione degli Autori che hanno sposato tale orientamento v., TARUFFO, *La motivazione*, cit., p. 121 e s.; coglie in questa concezione della motivazione una «fallacia descrittivistica», frutto dell'erronea contrapposizione tra l'episodio mentale e l'accadimento fisico, AMODIO, voce *Motivazione della sentenza*, cit., p. 214.

di formazione del giudizio e non come tecnica di assunzione delle prove¹²²; ora della motivazione, la cui struttura argomentativo-razionale, tratteggiata a livello normativo, non necessariamente ricalca l'*iter* logico seguito dal giudice¹²³.

I due poli concettuali descritti, d'altra parte, tracciano coordinate indispensabili per cogliere potenzialità e criticità interpretative della relazione che, fotografata nel diritto vivente, appare sospesa tra "spunti" interpretativi e "spinte" patologiche.

Ora, è ben possibile che la mancata riproposizione dell'esame del testimone davanti al giudice chiamato a decidere in appello privi quest'ultimo, oltre che delle preziosissime percezioni derivanti dal contatto diretto, anche di un adeguato corredo informativo, a tal punto da indebolire l'impianto delle inferenze logiche, ad esempio confluenti in massime di esperienza, riflesse nella motivazione della sentenza e sottoposte al vaglio di legittimità. E ciò è tanto più probabile se si misura il *deficit* informativo potenzialmente derivante dall'omessa rinnovazione della prova in rapporto all'accresciuto *standard* argomentativo imposto dalla stessa giurisprudenza di legittimità ai giudici d'appello, chiamati, com'è noto, nel caso di riforma di una sentenza di assoluzione in condanna, a «confutare specificamente i più rilevanti argomenti della motivazione della prima sentenza, dando conto delle ragioni della relativa incompletezza o incoerenza, tali da giustificare la riforma del provvedimento impugnato»¹²⁴: un obbligo "rafforzato" di motivazione, insomma – collegato dalla giurisprudenza più recente al canone normativo di cui all'art. 533 comma 1 c.p.p., ma che più correttamente deve intendersi derivato dalla presunzione di innocenza – in forza del quale il giudice d'appello ha «l'obbligo di dimostrare specificamente l'insostenibilità sul piano logico e giuridico degli argomenti più rilevanti della sentenza di primo grado, con rigorosa e penetrante analisi critica seguita da completa e convincente motivazione che, sovrapponendosi a tutto campo a quella del primo giudice, dia ragione delle scelte operate e della maggiore considerazione accordata ad elementi di prova diversi o diversamente valutati»¹²⁵, sicché non sarebbe sufficiente «per la riforma caducatrice di un'assoluzione, una mera diversa valutazione caratterizzata da pari o addirittura minore plausibilità rispetto a quella operata dal primo giudice, occorrendo invece [...] una forza persuasiva superiore, tale da far cadere "ogni ragionevole dubbio", in qualche modo intrinseco alla stessa situazione di contrasto. La condanna, invero, presuppone la certezza della colpevolezza, mentre l'assoluzione non presuppone la certezza dell'innocenza ma la mera non certezza della colpevolezza»¹²⁶.

Accolta in appello un'ipotesi ricostruttiva opposta rispetto a quella di primo grado, è ben probabile che si possa osservare *ex post* come la mancata rinnovazione abbia precluso alla fonte dichiarativa di sprigionare tutte le potenzialità dimostrative a sostegno della negata tesi difensiva.

E – lo si ripete – è altamente probabile che tale mancanza – frutto della amputazione di un contraddittorio "supplementare" – illumini un vizio logico-argomentativo del giudizio sulla responsabilità. Ma deve essere chiaro che si tratta di un errore dotato di propria autonomia logico-giuridica, rispetto al quale le lacune derivanti dall'omessa rinnovazione probatoria si attecchiscono ad indice sintomatico della mancanza di un'accettabile giustificazione della decisione. Si pensi alla giustificazione razionale delle massime di esperienza adottate dal giudice in sentenza, in particolare di quelle sull'agire umano, con riferimento specifico al giudizio sull'attendibilità dei testimoni: l'assenza del contraddittorio "supplementare" davanti al giudice d'appello zavorra l'apparato giustificativo della sentenza di omissioni argomentative la cui intensità si può assumere direttamente proporzionale alla rilevanza delle informazioni potenzialmente ricavabili dal teste sottratte alla conoscenza giudiziale per via della mancata rinnovazione della prova. La corretta individuazione di una massima presuppone, infatti, una delicatissima opera di selezione giudiziale delle condizioni fattuali che ritagliano l'ambito di

¹²² L'art. 525 c.p.p. comma 2 c.p.p. vincolando alla deliberazione gli stessi giudici che hanno partecipato al dibattimento sancisce l'adesione del nostro ordinamento al principio di immediatezza come canone imprescindibile della deliberazione; in dottrina, cfr., ILLUMINATI, voce *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, cit., p. 7; FERRUA, *Oralità del giudizio*, cit., p. 282 s.; CAIANIELLO, *Mutamento del giudice dibattimentale e rinnovazione del giudizio*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 1394 s.

¹²³ Sui rapporti tra l'*iter* della decisione e la motivazione, v. AMODIO, voce *Motivazione della sentenza*, p. 215; per una riflessione sulla diversa logica che presiede il contesto della decisione e della motivazione, v. TARUFFO, *La motivazione*, cit., p. 205.

¹²⁴ In questo senso l'insegnamento, ormai divenuto classico, delle Sezioni Unite (Sez. Un., 30 ottobre 2003, n. 45276, Andreotti, in *Cass. pen.* 2004, pag. 811 s.; Sez. Un., 12 luglio 2005, Mannino, cit., cui si deve la citazione riportata in virgolettato nel testo).

¹²⁵ Sez. V, 5 maggio 2008, n. 35762, Aleksy e altri, in *C.E.D. Cass.*, n. 241169.

¹²⁶ Sez. VI, 3 novembre 2011, n. 40159, Galante, in *C.E.D. Cass.*, n. 251066.

operatività della massima stessa; il giudice non può procedervi senza scandagliare *funditus* il caso concreto, pena l'adesione a massime intrinsecamente illogiche perché assertive di risultati esperienziali razionalmente controvertibili. Nel processo, d'altra parte, tale controvertibilità si pone in un rapporto d'interferenza – seppur non di dipendenza – con le lacune informative eventualmente certificate dall'assenza della rinnovazione dell'atto probatorio ogni qual volta nel caso specifico l'alternativa logica che inficia autonomamente la massima generale è “suggerita” o, comunque, rafforzata dalle omissioni nella formazione della prova, risultando la sentenza larvamente percorsa da ipotesi alternative che avrebbero potuto (e dovuto) trovare spiegazione attraverso le risposte del teste amputate dalla mancata rinnovazione della prova¹²⁷. L'illogicità della massima è annunciata dall'assenza di una nuova assunzione della prova in contraddittorio davanti al giudice che decide.

Ora, come si intuisce, le interferenze poste in evidenza risentono in modo decisivo della “geometria variabile” del sindacato di legittimità. Rispetto ad una sentenza d'appello che condanna per la prima volta l'imputato, infatti, finiscono per esacerbarsi le ambiguità e le criticità del sindacato della Corte di cassazione, tradizionalmente sospeso tra il rituale controllo esterno della razionalità della massima di esperienza e quel giudizio di valore sulle inferenze probatorie interne (che conducono al risultato di prova), che dovrebbe costituire terreno precluso all'indagine in sede di legittimità. Impedita, infatti, l'impugnazione di merito, il ricorrente è fisiologicamente portato a riversare nel ricorso in cassazione le doglianze sul valore attribuito alla prova e il giudice di legittimità, istituzionalmente non estraneo alle esigenze di giustizia del caso concreto, è inevitabilmente portato a misurarvisi, snaturando la tipologia del proprio controllo¹²⁸.

D'altra parte, ancorato il sindacato di legittimità ad un rigoroso (e senza dubbio anche un po' artificiale) “dover essere”, va rilevato come, fuori dalle illustrate interferenze, non sembra potersi istituire alcun automatismo tra l'omissione della rinnovazione della prova, da un lato, e la manifesta illogicità della motivazione sul giudizio di responsabilità dell'imputato, dall'altro.

Giustificati razionalmente i criteri di valutazione e posto a base della motivazione della decisione un risultato di prova opposto rispetto a quello assunto dal giudice di primo grado, in sé non vi sarebbe alcuna automatica smagliatura logica derivante dalla mancata rinnovazione.

Escluse le indebite sovrapposizioni, pertanto, il discorso può proficuamente essere (ri)condotto sui presupposti della rinnovazione probatoria di matrice “sovranaazionale” e sui presidi processuali posti a tutela degli stessi.

Se, come ampiamente sostenuto finora, il presupposto della rinnovazione è rappresentato dalla decisività della prova, il sindacato di legittimità non potrà che avere ad oggetto tale parametro ed è destinato a riflettere i limiti insiti nella nozione di decisività, comuni, come

¹²⁷ Emblematico, al riguardo, è il rapporto tra la massima adottata dal giudice d'appello (censurata dalla Cassazione) e i risultati di prova nella sentenza Polimeno (Sez. III, Polimeno, cit.): il giudice d'appello ribalta il giudizio di attendibilità di due testi della difesa senza procedere ad una nuova audizione degli stessi, ritenendo le relative dichiarazioni non veritiere perché imprecise e contrastanti; la Cassazione, nel censurare gli «evidenti vizi logici» della sentenza, rileva, tra l'altro, come il fatto che i due testimoni, sentiti a distanza di anni dai fatti, «non rendano dichiarazioni perfettamente coincidenti non può essere considerato da solo elemento di sospetto o, meglio di falsità». Ad essere tacciata di illogicità è, pertanto, la massima di esperienza secondo la quale “due testimoni, le cui dichiarazioni sono imprecise e non coincidenti, è probabile che mentano”. Ai nostri fini, d'altra parte, va colta la relazione evidentissima tra la massima di esperienza censurata e la mancata rinnovazione della prova. Osserva la Corte: «il rovesciamento del giudizio circa l'attendibilità dei testimoni della difesa deve essere sostenuto da elementi pressoché incontrovertibili e non dovrebbe mai essere effettuato evidenziando incoerenze o contrasti sui quali l'esame in primo grado non si è sviluppato. La corte di appello in tal modo opera, infatti, una valutazione negativa di attendibilità senza che i testimoni siano stati chiamati a spiegare le imprecisioni o i contrasti di cui vengono rimproverati nel secondo giudizio e senza che siano stati richiesti di chiarire i punti che la corte di appello ritiene controversi. Ciò rende gli esami incompleti e parziali, e come tali non suscettibili di trasformarsi in elemento positivo che smentisce la versione difensiva che il primo giudice ha ritenuto, invece, fondata anche sulla base delle medesime dichiarazioni che egli ha giudicato sufficienti per escludere la responsabilità dell'imputato». Nella stessa sentenza si rintracciano ulteriori versanti della relazione indagata, meno evidenti, ma altrettanto importanti. Sullo sfondo di almeno una delle altre massime di esperienza censurate campeggia l'interrogativo che dà forma alle lacune dell'argomentazione descritte nel testo: il giudice di legittimità infatti rileva l'illogicità della massima secondo cui “è inverosimile che i dipendenti lavorino senza retribuzione”. Nel sottolineare la friabilità logica dell'assunto, la Corte esemplifica in chiave ipotetica alcune ragioni (alternative) che ben avrebbero potuto (e dovuto) trovare spiegazione attraverso un nuovo esame dei testimoni («le ragioni della crisi di liquidità asseritamente riferite dal titolare, la prevedibile difficoltà per i dipendenti di trovare altre occasioni di lavoro, la speranza che la situazione critica potesse trovare soluzione grazie ai rapporti da tempo esistenti con l'ente regionale»).

¹²⁸ Sembra – talvolta con censurabile disinvoltura – sconfinare nel “terreno proibito” la stessa sentenza Polimeno (Sez. III, Polimeno, cit.) che, come anticipato, si spinge a censurare l'«erroneo accertamento dei fatti» da parte del giudice d'appello; in dottrina, sottolinea come le esigenze di controllo sulle sentenze siano incompressibili e tali per cui, in un procedimento privo d'appello, inevitabilmente «si scaricherebbe sul ricorso per cassazione la richiesta di verificare la giustizia della decisione», ILLUMINATI, *Appello e processo accusatorio. Uno sguardo ai sistemi di common law*, in *Principio accusatorio, impugnazioni, ragionevole durata del processo*, cit., p. 115.

rilevato¹²⁹, ad ogni concetto di relazione.

D'altra parte, l'ambito di operatività in concreto del parametro dipende dagli strumenti interpretativi adottati nel relativo vaglio. In questo senso, la ricostruzione della nozione di decisività nell'ambito del giudizio di legittimità si giova dell'ampio e rodato bagaglio ermeneutico già sperimentato in relazione all'errore di fatto e di diritto, alla prova inutilizzabile, alla mancata assunzione della controprova e finanche al vizio di motivazione¹³⁰.

Le coordinate dell'indagine possono sintetizzarsi nei termini seguenti.

Come visto, la statuizione sulla rinnovazione della prova è punto necessario e autonomo nell'impianto argomentativo della sentenza d'appello: quando l'impugnazione ha ad oggetto una sentenza di assoluzione, il giudice di secondo grado – su istanza di parte o d'ufficio – è comunque investito incidentalmente della cognizione e decisione in ordine alla rinnovazione della prova dichiarativa decisiva; la relativa statuizione assume la forma tipica dell'ordinanza (art. 603 comma 5 c.p.p.) motivata a pena di nullità (art. 125 comma 3 c.p.p.).

Il sindacato di legittimità, d'altra parte, investe l'ordinanza di rigetto della rinnovazione probatoria solo in seconda battuta. Infatti, la portata del vizio attinente al procedimento probatorio, come anticipato¹³¹, va calibrata in dipendenza del momento processuale in cui si radica il sindacato giudiziale. Intervenuta la decisione d'appello, il controllo del giudice di legittimità sulla decisività della prova dovrà essere misurato sui risultati probatori posti a fondamento della motivazione della sentenza di secondo grado¹³².

In quest'ottica, mutuando le cadenze di un vaglio già tratteggiato in sede dottrina rispetto alla prova inutilizzabile, va considerata decisiva ogni prova che influenza la decisione, concorrendo a determinarla¹³³. Siamo nuovamente di fronte ad una forma qualificata di rilevanza della prova la cui latitudine va, in questo caso, ricostruita seguendo i sentieri del principio di causalità: è decisivo il risultato di prova che, nella struttura della motivazione della sentenza d'appello, è posto a fondamento dell'accertamento di uno degli enunciati fattuali rilevanti; mentre è da considerarsi non decisivo il risultato probatorio irrilevante o superfluo nella ricostruzione dei fatti accolta dal giudice di merito, o perché esplicitamente ritenuto tale o perché posto a mera conferma *ad abundantiam* di uno specifico fatto che il giudice di merito ha considerato autonomamente accertato tramite altre prove¹³⁴.

Sicché, ben potrà accadere che una prova dichiarativa, la cui rinnovazione è stata immotivatamente esclusa, risulti alla fine irrilevante nell'economia del giudizio di condanna: in quest'ipotesi, la Corte di cassazione non dovrebbe dichiarare alcun vizio, dal momento che una tutela retrospettiva del diritto alla rinnovazione, attraverso l'annullamento della sentenza, sarebbe giuridicamente irrazionale stante la certificata irrilevanza dell'attività in funzione della quale si vorrebbe far operare il drastico epilogo decisorio.

¹²⁹ V., *infra*, par. 4.

¹³⁰ Per una approfondita rassegna delle problematiche connesse al giudizio di decisività nelle ipotesi citate, v., A. CAPONE, *Il principio di decisività dei vizi della sentenza nel controllo della Corte di Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1463.

¹³¹ V., *infra*, 4.

¹³² Cfr., CAPONE, *op. cit.*, p. 1480.

¹³³ Cfr., CORDERO, *Scrittura e oralità*, in *Tre studi sulle prove penali*, cit., p. 188; GREVI, «*Nemo tenetur se detegere*» interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano, Milano, 1972, p. 188; ILLUMINATI, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, cit., p. 151; FERRUA, *Oralità del giudizio*, cit., p. 442-443.

¹³⁴ Il vaglio di decisività della prova dichiarativa non rinnovata è effettuato dalla Corte di cassazione con cadenze ed esiti non sempre rispettosi del principio di causalità: v., con percorsi e risultati diversi: Sez. II, 17 marzo 2013, n. 32368, Marotta, in *C.E.D. Cass.*, n. 255984 che esclude la rilevanza degli arresti convenzionali sulla rinnovazione della prova ritenendo non decisiva una prova testimoniale che fondava un enunciato di fatto comunque ritenuto rilevante per la determinazione dei giudici d'appello (nella specie l'accertamento dei reati di cui all'art. 369 e 642 commi 1 e 2 c.p. era transitato, tra l'altro, dalla prova dell'assenza di tracce del presunto incidente sulla sede stradale ricavabile dalla testimonianza del carabiniere intervenuto sul luogo dell'incidente; il medesimo elemento probatorio, in primo grado, era stato ritenuto, al contrario, inidoneo a considerare accertata la circostanza, dal momento che la mancata percezione delle tracce da parte del carabiniere si riteneva potesse giustificarsi alla luce delle concrete condizioni in cui era maturato il sopralluogo); la sentenza sembra seguire nel vaglio di decisività una valutazione sul "peso" della prova nell'accertamento complessivo più che il principio di causalità. Ben più attento e condivisibile appare il sindacato sulla decisività della prova effettuato nella sentenza Donato (Sez. V, Donato e altri, cit.) nell'ambito della quale la Corte, ricostruita, anche al netto di ogni prova dichiarativa, l'origine delittuosa dell'evento mortale ritiene comunque decisiva la prova testimoniale ai fini dell'individuazione in concreto dei responsabili della condotta. Del tutto peculiare, infine, il vaglio di decisività operato nella sentenza della Sez. III, 5 giugno 2013, n. 32798, N.S. e altro, in *C.E.D. Cass.*, n. 256906; in questo caso il vaglio di decisività conduce – con affermazione sconcertante che finisce per travisare gli arresti convenzionali – a ritenere non suscettibile di rinnovazione la prova dichiarativa proprio in quanto decisiva: «la decisività delle testimonianze [...] evidentemente non ha reso necessaria una loro nuova audizione». Nel caso di specie, la prova dichiarativa era rappresentata dalla testimonianza delle persone offese rispetto a reati di violenza sessuale; in astratto, pertanto, ben si sarebbe potuta comprendere una forma di resistenza alla rinnovazione di tali fonti dichiarative, che avrebbe dovuto suggerire, tuttavia, riflessioni di altro tipo (v., *infra*, par. 2.1.).

Non così nel caso opposto. Ritenuta la prova dichiarativa non rinnovata rilevante ai fini della decisione, la motivazione del rigetto tratteggiata in sede di ri-ammissione è automaticamente confinata nell'alveo del contrasto logico interno. Alla Corte di cassazione non rimarrebbe che rilevare la contraddittorietà della motivazione ai sensi dell'art. 606 comma 1 lett. e) poiché non potrà certamente dirsi dotata della necessaria coerenza interna l'argomentazione che, da un lato, neghi la decisività della prova al fine di precluderne la rinnovazione, dall'altro, tale ruolo decisivo riconosca ponendola a fondamento della decisione di merito.

La Corte di cassazione sarà, pertanto, chiamata a vigilare sulla coerenza, nell'ambito della sentenza d'appello, tra la motivazione dell'ordinanza che esclude la rinnovazione dell'istruttoria e la motivazione della decisione sulla responsabilità dell'imputato: il vaglio del giudice di legittimità – si badi – non potrà essere vincolato dalle etichette formali sulla rilevanza della prova attribuite nella sentenza di secondo grado, pena l'irrazionale neutralizzazione del sindacato stesso. Spetterà alla Cassazione, quindi, vagliare l'apporto causale effettivo della prova dichiarativa non rinnovata nell'economia della decisione impugnata, senza sconfinare in un giudizio di valore sull'atto e il risultato di prova.

Al sindacato di legittimità, ovviamente, non si sottraggono le ipotesi in cui addirittura l'ordinanza di rigetto manchi, sia radicalmente priva di motivazione o si risolva in scorciatoie argomentative (cripto-motivazioni, motivazione implicite): situazioni che, nella cognizione tipica del giudizio di legittimità, sono attratte nell'orbita del controllo sulla completezza della argomentazione. In tali patologiche ipotesi, in luogo della contraddittorietà, s'integrerebbe il vizio di mancanza della motivazione su un autonomo punto della sentenza, quale la statuizione incidentale sulla rinnovazione della prova da ritenersi doverosa in quanto funzionale all'accertamento di un enunciato di fatto decisivo.

Insomma, sembrerebbe potersi dire viziata da contraddittorietà ai sensi dell'art. 606 comma 1 lett. e) c.p.p. – quando non addirittura priva di motivazione – ogni sentenza d'appello che ribalti il giudizio di assoluzione in assenza di una nuova audizione della fonte dichiarativa decisiva ai fini della condanna, dal momento che risulterebbero in insanabile contraddizione la motivazione sulla responsabilità penale dell'imputato e quella sulla rinnovazione della prova.

6.1.

Il regime di rilevabilità del vizio nel giudizio di cassazione.

Residua un ultimo interrogativo, accennato in precedenza: la violazione del diritto alla rinnovazione della prova è rilevabile d'ufficio dalla Corte di cassazione?

In giurisprudenza, ad un orientamento che nega esplicitamente ogni potere officioso¹³⁵, si contrappone un novero di decisioni in cui la Cassazione, pur in assenza di motivi concernenti direttamente l'omessa rinnovazione, si ritiene investita della questione derivandola da un diverso vizio di motivazione dedotto¹³⁶; soluzione interpretativa – quest'ultima – che aggira, inopportuna, la questione ineludibile relativa al regime di rilevabilità del vizio in esame.

Ora, il quesito va analizzato a partire da due rilievi.

Da un lato, il carattere officioso della garanzia, delineato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, sembra investire ogni organo giurisdizionale chiamato a presidiarne l'attuazione, indipendentemente dalla tipologia o collocazione nell'ordinamento interno: *«the Court reiterates that the domestic courts are under an obligation to take positive measures to such an end, even if the applicant has not requested it»*¹³⁷.

Dall'altro, nell'area “supplementare” dei poteri di cognizione della Cassazione disegnata

¹³⁵ Sez. V, Basile, cit.; il quesito in ordine alla rilevabilità d'ufficio, nell'ambito del giudizio di legittimità, dell'omessa rinnovazione probatoria viene posto esplicitamente anche da Sez. II, 25 febbraio 2014, n. 13233, Trupiano, in www.cortedicassazione.it ma superato, senza una presa di posizione, attraverso la pronuncia di inammissibilità del ricorso per manifesta infondatezza dei motivi, che preclude la cognizione di ogni questione officiosa.

¹³⁶ Il vizio di motivazione – si legge nella sentenza Donato e altri (Sez. V, Donato, cit.) – è dedotto «con riferimento alla ritenuta sussistenza di elementi di prova»; nello stesso senso, v., Sez. II, Corigliano, cit.

¹³⁷ Così, testualmente, Corte EDU, *Hanu c. Romania*, cit., § 38; la Corte europea ha in più occasioni respinto l'eccezione formulata dai governi in ordine al mancato esaurimento delle vie interne di ricorso a fronte della omessa indicazione, nei motivi di impugnazione, di richieste e/o censure relative alla mancata rinnovazione della prova rilevando come sussista in capo al giudice dell'impugnazione l'obbligo di adottare d'ufficio misure positive in tal senso; scarsamente sensibile all'argomento appare, nella giurisprudenza interna, Sez. V, Basile, cit.: l'imputato si trova «nella condizione di non poter attivare il rimedio CEDU il quale presuppone la consumazione di tutti i rimedi del sistema processuale domestico sulla questione stessa».

dall'art. 609 comma 2 c.p.p. («la Corte decide altresì») rientrano, com'è noto, «le questioni rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del processo» e «quelle che non sarebbe stato possibile dedurre in grado di appello».

A prima vista, la mancata rinnovazione della prova dichiarativa decisiva sembrerebbe estranea al primo novero di ipotesi¹³⁸, ma a pieno titolo riconducibile nel secondo, trattandosi di questione che sorge, all'evidenza, con la decisione d'appello. Tuttavia, da una lettura più attenta emerge come quest'ultima tipologia di cognizione non configuri un'eccezione alla devoluzione ordinaria, risultando comunque dipendente dalle deduzioni operate attraverso i motivi proposti: in questo senso la norma tutelerebbe la deducibilità sopravvenuta, giustificandosi in quanto volta a neutralizzare la preclusione che l'art. 606 comma 3 c.p.p. pone rispetto alla conoscibilità di questioni non dedotte con i motivi di appello¹³⁹. Nessuno spazio di cognizione officiosa vi sarebbe, pertanto, per un'eventuale inottemperanza patologica della rinnovazione probatoria non devoluta attraverso i motivi.

Se così è, risulta evidente lo iato tra il principio «convenzionale», che grava gli Stati della necessità di approntare misure positive per tutelare, nella giurisdizione interna, il diritto alla rinnovazione e la norma nazionale che tale tutela subordina all'attivazione di parte.

Ai giudici di legittimità non rimarrebbe che attivare il tradizionale percorso di adeguamento «a due tempi»: nella specie, l'enunciato normativo di cui all'art. 609 comma 2 c.p.p., nel significato derivabile dal sistema, sembra costituire un limite alla cognizione officiosa non superabile attraverso l'interpretazione conforme¹⁴⁰; alla Cassazione spetterebbe, allora, sollevare in relazione all'art. 117 comma 1 Cost. una questione di legittimità costituzionale dell'art. 609 comma 2 c.p.p. nella parte in cui non prevede la rilevanza d'ufficio della violazione del diritto

¹³⁸ L'inquadramento tra le questioni rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del processo presupporrebbe, infatti, la preliminare qualificazione del vizio nei termini di una nullità assoluta o intermedia ovvero di un' inutilizzabilità; ipotesi scartate in precedenza osservando come nella patologica inottemperanza della rinnovazione di una prova decisiva si integri, piuttosto, un difetto di motivazione (contraddittorietà/mancanza) della sentenza d'appello, estraneo al regime di rilevanza in ogni stato e grado del processo.

¹³⁹ Così viene ricostruito il significato della norma nella relazione al progetto preliminare (*Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in G.U., 24 ottobre 1988, n. 250, *Serie generale, Supplemento ordinario*, n. 2, p. 303): il comma 2 dell'art. 602 c.p.p. (attuale art. 609 comma 2 c.p.p.) «fa venir meno la preclusione per le questioni non dedotte con i motivi di appello tutte le volte in cui la deducibilità sia resa possibile solo successivamente. [...] Il principio (è) volto a garantire la cognizione della Corte di cassazione nei casi di deducibilità sopravvenuta; principio del quale più volte la giurisprudenza ha fatto unilateralmente applicazione, specie per questioni nuove (o diversamente rilevanti) emerse in seguito a modificazioni legislative, ma che più in generale riguarda tutte le questioni deducibili esclusivamente rispetto alla decisione di secondo grado, perché ha riformato la decisione di primo grado o comunque si è differenziata da questa»; ancora più chiara è la Relazione (p. 301) rispetto al collegato art. 599 comma 3 c.p.p. (attuale art. 606 comma 3 c.p.p.): «la previsione va letta in collegamento con l'art. 602 ultimo comma, il quale ne segna i confini stabilendo che in ogni caso possono essere sottoposte alla Corte di cassazione le questioni rilevabili d'ufficio e quelle che non sarebbe stato possibile dedurre in grado d'appello». In dottrina, BARGIS, *Impugnazioni*, cit., p. 989; CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1152.

¹⁴⁰ La locuzione che definisce il primo novero di ipotesi («questioni rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del processo») osta ad ogni tentativo interpretativo volto a ricomprendervi il vizio di specie, che sorge con la sentenza d'appello (e quindi non era prima «rilevabile d'ufficio», men che meno «in ogni stato e grado»). Più articolato, ma non diverso nell'esito, il ragionamento rispetto alla seconda categoria. A livello semantico, il vizio di motivazione derivato dalla mancata rinnovazione della prova decisiva rientra certamente tra le questioni «che non sarebbe stato possibile dedurre in grado di appello» e che formano oggetto dei poteri di cognizione della Corte di cassazione. La *littera legis* non fornisce indicazioni univoche, invece, sul regime di rilevanza di tali questioni: esclusivamente su deduzione delle parti o anche d'ufficio? Sono le coordinate sistematiche ad orientare, pertanto, l'interpretazione. Il codice delinea la portata generale della cognizione della Cassazione limitandola «ai motivi proposti» (art. 609 comma 1 c.p.p.), in coerenza con il ruolo e le funzioni assegnate dall'ordinamento processuale all'organo di legittimità. La regola generale cede, coerentemente, di fronte alle questioni che, per l'eccezionale rilevanza riconosciuta dall'ordinamento ai relativi interessi sottesi, sono rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado. Oscura rimarrebbe, al contrario, la *ratio* della rilevanza officiosa di questioni (quali quelle che «non sarebbe stato possibile dedurre in grado d'appello») cui sono estranee esigenze di tutela rafforzata. Il carattere distintivo di queste ultime è la sopravvenienza, che ne ha oggettivamente inibito la deduzione in appello. E' un carattere che sostiene coerentemente una deroga ai confini della devoluzione di parte fissati dall'art. 606 comma 3 c.p.p. («il ricorso è inammissibile se è proposto [...] per violazioni di legge non dedotte con i motivi di appello»). Non vi sarebbe, al contrario, alcuna ragione sistematica per derogare alla regola generale che definisce i poteri di cognizione officiosa del giudice di legittimità. Un'eccezione a quanto detto potrebbe probabilmente cogliersi nella particolare ipotesi di questioni sorte dopo che sia decorso il termine per presentare motivi – anche aggiunti – di ricorso (art. 585 comma 4 c.p.p.), ma non è questo il caso della mancata rinnovazione probatoria, che viene in rilievo con la sentenza d'appello ed è quindi sempre deducibile attraverso i motivi. Certo, ben si potrebbe (e forse dovrebbe) sostenere che l'obbligo «convenzionale» partecipa a definire la trama delle relazioni ermeneutiche che attribuiscono significato alla norma. Ma è proprio questo il punto: la Corte di Strasburgo invoca una tutela officiosa della garanzia per il rango rivestito dalla stessa nel catalogo dei diritti umani. La norma interna, al contrario, tutelando la mera deducibilità sopravvenuta, struttura coerentemente su questo carattere oggetto e presupposto di operatività della fattispecie. Il collegamento tra principio «convenzionale» e norma nazionale è fortuito e ogni operazione volta a rendere la seconda valvola di adeguamento alla prima sconta una malcelata strumentalità. Così, una lettura dell'art. 609 comma 2 c.p.p. volta a recepire le istanze di tutela convenzionali sarebbe destinata a produrre un esito ermeneutico contrario al sistema. L'enunciato interpretato, infatti, sarebbe quello che definisce il regime del potere di cognizione, adeguandolo alle esigenze di rilevazione officiosa («la corte decide» d'ufficio). La cognizione *ex officio* così finirebbe, tuttavia, per abbracciare l'intero novero di questioni che non sarebbe stato possibile dedurre in grado d'appello, estendendosi ovviamente anche ad ipotesi diverse dalla mancata rinnovazione della prova, con esiti irragionevoli a livello sistematico.

sancito dalla Convenzione europea così come interpretata dai giudici di Strasburgo; questione che, ove rilevante nel caso di specie (oltre che fondata), potrebbe condurre a rimuovere il predetto ostacolo normativo¹⁴¹.

7.

Il ruolo dell'appello nel processo informato all'immediatezza: cenni sulle prospettive di riforma.

L'indagine proposta ha fatto emergere come, alle condizioni descritte, la tutela del contatto diretto tra giudice e prova nell'ambito del giudizio di appello – patrocinata dalla giurisprudenza di Strasburgo – possa, e quindi debba, essere garantita nell'ordinamento interno attraverso l'interpretazione conforme dell'art. 603 c.p.p.

Nel percorso interpretativo svolto, d'altra parte, sono affiorati (e non sono stati taciuti) gli obiettivi limiti di un assetto che rischia di imporre, in sostanza, la replica quasi integrale dell'istruzione probatoria orale, svolta nel giudizio di primo grado, in gran parte dei procedimenti d'appello originati dall'impugnazione della sentenza di assoluzione; un assetto che – pur compatibile con il sistema complessivamente inteso – non è privo di ricadute rilevanti vuoi sugli equilibri e sul risultato epistemologico dell'accertamento giudiziale, vuoi sulla ragionevole durata dei processi.

In questo senso, va rilevato come il livello di attendibilità del contraddittorio orale davanti al giudice decidente sia inevitabilmente destinato a degradare con la ripetizione dell'atto, che – all'evidenza – sconta il venir meno di quelle componenti di genuinità legate alla logica della sorpresa e del primo contatto¹⁴². Ciò – si badi – non vuol dire che il risultato probatorio della rinnovazione sia frutto di un metodo epistemologicamente meno accreditato rispetto a quello adottato in primo grado, perché, se così fosse, ricadremmo in una distonia non diversa da quella attualmente denunciata rispetto al metodo cartolare e verrebbe travolta in radice la *ratio* della rinnovazione. Il contraddittorio-immediatezza, in realtà, rimane anche in appello il più attendibile metodo di formazione della conoscenza giudiziale e la sua adozione è certamente preferibile – rispetto all'esame meramente cartolare – per vagliare ed eventualmente rivalutare quei risultati probatori maturati in primo grado che, ovviamente, rimangono utilizzabili ai fini della decisione.

Il tema è, in realtà, ben altro. Registrato, infatti, da un lato, che ripetizione dell'atto e tendenziale efficacia epistemologica del metodo in funzione del risultato sono inversamente proporzionali, dall'altro, che ad ogni replica di un incombente si accompagna un costo processuale in termini di durata, la rinnovazione andrebbe limitata alle ipotesi nelle quali effettivamente un nuovo giudizio di merito appare indispensabile. E' su questo livello che può cogliersi il più evidente limite dell'assetto derivante dall'importazione del diritto "convenzionale". In un

¹⁴¹ Non è compatibile con i limiti del presente lavoro una disamina degli eventuali e futuribili percorsi interpretativi o degli epiloghi decisori della Corte costituzionale. La natura della questione proposta consente, tuttavia, due riflessioni. In primo luogo, l'oggettiva complessità dei temi giuridici in esame candida la Corte costituzionale ad interlocutore privilegiato, se non necessario, degli organi giudicanti al di là di ogni condizione giuridico-formale che ne suggerisca o imponga l'investitura: in questo senso, una questione di costituzionalità dell'art. 609 comma 2 c.p.p. confermerebbe la comprensibile esigenza dei giudici di coinvolgere la Corte costituzionale nel percorso di attuazione dei diritti fondamentali sovranazionali ogni qual volta l'interpretazione non sia pienamente convincente oppure il diritto riconosciuto presenti qualche margine di incertezza o oscurità, indici tutti oggettivamente presenti nella questione di specie, al di là delle conclusioni proposte nel testo; in dottrina, sottolineano «il gioco di squadra» tra la Cassazione e la Corte costituzionale nell'attuazione del diritto di matrice "convenzionale": LAMARQUE – VIGANÒ, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola (ovvero: sul gioco di squadra tra Cassazione e Corte costituzionale nell'adeguamento del nostro ordinamento alle sentenze di Strasburgo)*, in *Giur. it.*, 2014, n. 2, p. 401 s., consultabile anche in *Dir. pen. Cont.*, 31 marzo 2014. In secondo luogo, sullo sfondo della questione direttamente devoluta alla Corte costituzionale si stagliano, come spesso accade, alcuni snodi di sistema, se non di pura "politica" del diritto, la cui risoluzione non potrà che riflettersi sugli esiti del controllo di costituzionalità: come ricalibrare il rango del principio di immediatezza nell'ordinamento interno alla luce della CEDU? Qual è il ruolo della Corte di cassazione in un ordinamento a più livelli in cui è destinata a erodersi progressivamente la sua funzione di giudice di ultima istanza? La Cassazione può ignorare – se non direttamente investita – violazioni che potrebbero condurre ad una condanna da parte della Corte europea e ad una riapertura del processo interno? Il giudice di legittimità è o non è il primo custode dell'equità della procedura così come intesa a Strasburgo?

¹⁴² V., già, PERONI, *L'istruzione dibattimentale*, cit., p. 219 che, a proposito della ripetibilità del contro-esame in appello, richiamando quanto osservato a proposito delle ricognizioni da Cordero (Id., *Procedura penale*, cit., p. 643) afferma: «il vero è che ci si trova dinanzi ad un atto per il quale valgono probabilmente rilievi in tutto analoghi a quelli prospettati da autorevole dottrina con riferimento alle ricognizioni: si tratta, nell'un caso come nell'altro, di operazioni il cui "autentico apporto cognitivo sta nell'originale", talché, "consumato l'effetto psicologico, svuotano l'eventuale messinscena allestita poi"».

sistema in cui il secondo grado di giudizio è strutturato su epiloghi decisori che contemplano la riforma – anche integrale – della decisione sulla responsabilità, impugnata la condanna, va rinnovata, come argomentato¹⁴³, ogni prova dichiarativa che il giudice ritenga preliminarmente rilevante in sede di ammissione: la rinnovazione, così, è svincolata dagli itinerari cognitivi di merito che ben potrebbero, invece, rivelarne la non utilità¹⁴⁴.

Ciò che va ripensato, in prospettiva, non è, pertanto, la disciplina della rinnovazione probatoria ma la struttura dell'appello, in termini di devoluzione e conformazione degli epiloghi decisori.

In questo senso, in relazione alla portata del principio d'immediatezza va focalizzato quanto osservato in dottrina sul terreno più generale del contraddittorio: la questione nodale non è tanto quella di stabilire quale spazio riconoscere all'immediatezza nell'appello, bensì quale spazio attribuire all'appello nell'innovata architettura dell'immediatezza, così come tratteggiata anche in sede "convenzionale"¹⁴⁵.

De iure condendo, così, appaiono di limitato respiro quelle proposte, avanzate in dottrina e incanalate in alcune iniziative di riforma, volte a ratificare la rinnovazione obbligatoria della prova dichiarativa ogni qual volta, a fronte dell'appello contro la sentenza di proscioglimento, sia richiesta una nuova valutazione della prova¹⁴⁶. Si tratta, infatti, di proposte che attraverso la generalizzazione della rinnovazione fanno venir meno le criticità segnalate in ordine al vaglio di rilevanza, ma, muovendosi esclusivamente all'interno della disciplina dell'art. 603 c.p.p., prestano il fianco ai predetti rilievi in termini di scarsa razionalità (anche sul versante della ragionevole durata) della replica incondizionata del contraddittorio estesa ad ipotesi in cui tale rinnovazione potrebbe rivelarsi alla prova dei fatti inutile.

Bandite le suggestioni abolizioniste dell'appello del pubblico ministero, non prospettabili a sistema immutato¹⁴⁷, più convincenti appaiono, allora, quegli interventi di riforma, da tempo avanzati in dottrina con articolazioni diversificate, volti a configurare l'appello come giudizio esclusivamente rescindente, cui seguirebbe una ulteriore fase rescissoria: in caso di accoglimento dell'impugnazione, all'attuale epilogo di riforma della sentenza si sostituirebbe l'annullamento¹⁴⁸.

Le *rationes decidendi* proposte dalla Corte di Strasburgo e le criticità dell'adeguamento interpretativo dell'ordinamento interno ripercorse nel presente lavoro illuminano un ulteriore effetto positivo della strutturazione dell'appello in forma rescindente, che si unisce ai tanti rilievi – non univoci a dire il vero – già formulati intorno a tale proposta¹⁴⁹.

Attraverso la separazione della fase rescindente da quella rescissoria il vaglio di rinnovazione della prova – tanto più razionale quanto maggiormente in grado di selezionare prove effettivamente rilevanti ed utili perché prodromiche ad un nuovo giudizio – trova, infatti, il grado di attuazione più coerente, funzionale e probabilmente in sintonia con le coordinate "convenzionali". All'esito del giudizio, infatti, la Corte d'appello potrà confermare la sentenza di assoluzione senza procedere ad alcuna rinnovazione ovvero annullare la sentenza, indicando, a quel punto, il novero delle prove dichiarative di cui può ritenersi rilevante la rinnovazione nella prospettiva alternativa di ricostruzione dei fatti che il giudice di secondo grado ha ritenuto di non poter escludere e che, per l'effetto, giustifica il nuovo giudizio. La collocazione del vaglio

¹⁴³ V., *infra*, par. 5.1.

¹⁴⁴ La rinnovazione apparirà certamente non utile, con cadenze postume, nelle ipotesi di conferma della sentenza di assoluzione.

¹⁴⁵ PERONI, *Giusto processo e doppio grado di giurisdizione nel merito*, in *Riv. dir. proc.*, n. 3, 2001, p. 722.

¹⁴⁶ Su questo solco si muove la proposta della Commissione di studio sul processo penale presieduta da Giovanni Canzio nella quale si ipotizza l'introduzione di un nuovo art. 4 *bis* nel testo dell'art. 603: «nel caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, il giudice dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale»; in dottrina, v., già, LOZZI, *Reformatio in peius del giudice di appello e cognitio facti ex actis della Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 641.

¹⁴⁷ Un nuovo intervento di abolizione dell'appello del pubblico ministero contro le sentenze di assoluzione, nel sistema vigente, sarebbe, all'evidenza, destinato a cadere sotto la (rinnovata) scure della Corte costituzionale. Ciò non vuol dire, tuttavia, che tentativi volti all'introduzione di radicali preclusioni alla legittimazione soggettiva e oggettiva all'appello non possano essere coltivati in un'ottica di più ampia rivisitazione dell'intero sistema delle impugnazioni penali, o meglio dell'intero sistema processuale: un'ottica che non può essere approfondita in questo lavoro, ma che ben potrebbe contemplare interventi sistematici in grado di neutralizzare ogni profilo di irragionevole disparità tra accusa e difesa, pur a fronte di innovativi divieti di impugnazione.

¹⁴⁸ NAPPI, *Adeguamenti necessari*, in *Principio accusatorio, impugnazioni, ragionevole durata del processo*, cit., p. 151-159; aderiscono a questa impostazione, tra gli altri, ILLUMINATI, *Appello e processo accusatorio*, in *Principio accusatorio, impugnazioni, ragionevole durata del processo*, cit., p. 115; PERONI, *Giusto processo e doppio grado*, cit., p. 730 s.; CORDERO, *Un'arma contro due*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 812, il quale prospetta l'attribuzione del giudizio rescissorio ad un collegio diverso della medesima Corte d'appello che ha emesso la decisione rescindente.

¹⁴⁹ Per una ricognizione del dibattito suscitato in dottrina dalla configurazione dell'appello in chiave rescindente v. BELLUTA, *Prospettive di riforma dell'appello*, cit., p. 1073.

nella fase rescindente, così, potrebbe consentire al giudice d'appello di operare una selezione attraverso un filtro a maglie strette, senza anticipare indebitamente un giudizio di merito.

Lo “statuto convenzionale” della rinnovazione della prova, come ampiamente argomentato gravido di conseguenze interpretative, sembrerebbe insomma poter contribuire, tra l'altro, a riproporre al centro del dibattito la riforma dell'appello penale, facendo filtrare nuova luce nella cassetta degli attrezzi del legislatore interno, da tempo ben fornita seppur impolverata per scarso utilizzo. Il tempo ci dirà se questa è la volta buona.

CONFISCA URBANISTICA E PRESCRIZIONE: A STRASBURGO IL RE È NUDO

Nota a Cass. pen., sez. III, ord. 30 aprile 2013 (dep. 20 maggio 2014), n. 20636, Pres. Mannino, Est. Scarcella, Imp. Alessandrini e a.

Francesco Viganò

ABSTRACT

La terza sezione della Cassazione tenta, con l'ordinanza qui commentata, di ribellarsi alla Corte di Strasburgo, che nella sentenza *Varvara c. Italia* dell'ottobre 2013 ha ritenuto incompatibile con i diritti convenzionali l'applicazione della confisca dei terreni abusivamente lottizzati mediante una sentenza dichiarativa della prescrizione del reato. In particolare, la Cassazione invita la Corte costituzionale a impugnare l'arma dei 'controlimiti' ai vincoli discendenti dall'art. 117, comma 1 Cost., in nome dell'effettività tutela degli interessi – anch'essi costituzionalmente rilevanti – protetti dalla norma penale, i quali dovrebbero prevalere, nell'ottica della nostra S.C., rispetto alle ragioni di tutela del diritto di proprietà. Così facendo, la Cassazione fraintende tuttavia il senso della sentenza europea, che – in piena continuità rispetto ad altri precedenti – muove piuttosto dal riconoscimento che la confisca urbanistica è una vera e propria 'pena' dal punto di vista del diritto convenzionale, e che conseguentemente la sua inflizione presuppone una dichiarazione di colpevolezza dell'imputato, per definizione assente in una pronuncia in cui l'imputato venga invece 'prosciolto' dall'accusa formulata a suo carico.

1.

L'ordinanza che qui brevemente si commenta rappresenta un esempio quasi scolastico delle difficoltà incontrate dalla nostra Suprema Corte nel comprendere il punto di vista della Corte europea dei diritti dell'uomo. Una difficoltà di comprensione, per il vero, favorita da una sentenza – *Varvara c. Italia*, dell'ottobre dello scorso anno¹ – supportata da una motivazione non del tutto perspicua, che forza entro l'alveo del principio di legalità penale di cui all'art. 7 CEDU principi che avrebbero avuto la propria naturale collocazione nell'ambito del principio (processuale) della presunzione di innocenza di cui all'art. 6 § 2 CEDU, rendendo così non immediatamente afferrabile una *ratio decidendi* che dovrebbe invece apparire di cristallina evidenza: l'infrazione di una pena presuppone una *dichiarazione di colpevolezza* dell'imputato consacrata in una *sentenza di condanna*, emessa in esito a un processo integralmente rispettoso delle garanzie convenzionali. *Ergo*, e specularmente, una pena non può essere inflitta mediante una *sentenza di proscioglimento* dell'imputato, che non presuppone strutturalmente alcun accertamento della sua colpevolezza idoneo a ribaltare la presunzione della sua innocenza, imposta dall'art. 6 § 2.

2.

L'oggetto del contendere è la c.d. confisca urbanistica di cui all'art. 44 co. 2 d.P.R. n. 380/2001 (t.u. edilizia), e cioè la confisca dei “*terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite*”, che il giudice penale è tenuto a disporre con la “*sentenza definitiva [...] che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva*”.

Rinviando ad altro lavoro pubblicato sulla nostra *Rivista* per una più dettagliata ricostruzione storica², basti qui rammentare che la Cassazione considera la misura ablatoria in parola come *sanzione accessoria amministrativa* anziché come pena in senso proprio: qualificazione dalla quale una giurisprudenza incontrastata sin quasi alla fine dello scorso decennio aveva dedotto una serie di conseguenze di grande momento, tra cui *a)* l'applicabilità della misura in conseguenza del solo accertamento della *materialità* dei fatti di reato, indipendentemente dalla prova dell'elemento soggettivo; *b)* l'applicabilità della misura anche ai terzi di buona fede; e, infine, *c)* l'applicabilità della misura anche mediante la sentenza di non doversi procedere – in particolare – per intervenuta prescrizione, allorché il fatto di reato risulti comunque accertato dal giudice penale.

Questi granitici orientamenti subirono, peraltro, un duro colpo all'impatto con la giurisprudenza di Strasburgo, in particolare in conseguenza della decisione sull'ammissibilità³ (del 2007) e poi della sentenza sul merito⁴ (del 2009) nel caso *Sud Fondi c. Italia*, relativo al noto caso dell'“ecomostro” di Punta Perrotti. In quell'occasione la Corte europea qualificò infatti senza equivoci la confisca in parola come autentica “pena” agli effetti delle garanzie convenzionali, in puntuale (e probabilmente scontata) applicazione dei criteri di valutazione sviluppati a partire dalla celeberrima sentenza *Engel* – uno dei grandi *leading cases* della giurisprudenza di Strasburgo –, ove la Corte aveva rivendicato il proprio potere di valutare *autonomamente* se una data sanzione – comunque qualificata nell'ordinamento nazionale – costituisca o meno sanzione “penale”: con tutte le conseguenze che una tale qualificazione comporta nel quadro convenzionale in termini di rispetto dei principi del *fair trial* di cui all'art. 6 CEDU, del *nullum crimen* e dei suoi corollari di cui all'art. 7 CEDU, nonché delle garanzie del doppio grado di giurisdizione, del risarcimento in caso di errore giudiziario e del *ne bis in idem* (artt. 2, 3 e 4 Prot. 7 CEDU).

Nel caso di specie, gli argomenti per qualificare come sostanzialmente penale la confisca urbanistica erano, del resto, un autentico esercizio: una tale misura infatti – pur non qualificata espressamente come sanzione penale dal legislatore italiano – *a)* consegue a un *fatto costituente reato*, *b)* è irrogabile unicamente dal *giudice penale* in esito a un processo penale per i reati richiamati dall'art. 44, *c)* è particolarmente *affittiva* nei confronti del diritto di proprietà, e soprattutto *d)* ha un'evidente *finalità punitiva* nei confronti del trasgressore, colpendo non solo i manufatti abusivi (il che potrebbe essere coerente con una mera logica di ripristino dello *status*

¹ Corte EDU, II Sezione, sent. 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*, ric. n. 17475/09, in *Dir. pen. cont.*, con nota di F. MAZZACUVA, *La confisca disposta in assenza di condanna viola l'art. 7 Cedu*, 5 novembre 2013.

² Cfr. A. GALLUCCIO, *Confisca “urbanistica” e legittimità costituzionale: cosa cambia dopo Varvara?*, in *Dir. pen. cont.*, 9 giugno 2014; ma cfr. anche la puntuale ricostruzione compiuta di recente da E. NICOSIA, *La confisca, le confische*, 2012, p. 39 ss.

³ Corte EDU, Seconda sezione, dec. 30 agosto 2007, ric. n. 75909/01.

⁴ Corte EDU, Seconda sezione, sent. 20 gennaio 2009, ric. n. 75909/01.

quo ante), ma anche i *terreni ineditificati*.

Sulla base di tale qualificazione, la Corte europea ritenne – nel caso *Sud Fondi* – che la giurisdizione penale italiana avesse violato le garanzie di cui all'art. 7 CEDU, disponendo la confisca dei terreni e dei manufatti nonostante l'avvenuta assoluzione (per difetto di elemento soggettivo) degli imputati, che la Cassazione aveva ritenuto versassero in una situazione di errore inevitabile sulla legge penale, ai sensi dell'art. 5 c.p. come risultante dalla sent. 364/1988 della Corte costituzionale. Una sanzione "penale" – questa l'ovvia conclusione della Corte europea – non può essere irrogata con una sentenza di assoluzione, nella quale si riconosca che il precepto era *ex ante* inconoscibile per i suoi destinatari: il *nullum crimen* sancito dall'art. 7 CEDU richiede che la norma penale sia formulata in modo da rendere ragionevolmente prevedibile per il cittadino la possibilità di essere assoggettato alla pena – confisca dei terreni compresa. Conseguentemente, anche il diritto di proprietà (art. 1 Prot. 1 CEDU) dei titolari dei terreni e dei manufatti confiscati fu ritenuto dalla Corte essere stato illegittimamente compresso dalla giurisdizione penale italiana: con annessa liquidazione – in separato giudizio – di danni milionari, a spese del contribuente italiano, in favore degli imputati assolti dalla Corte di cassazione⁵.

3.

Nel successivo caso *Varvara*, dell'ottobre 2013, la Corte europea si trovò ad affrontare la questione – non esattamente coincidente con quella decisa in *Sud Fondi* – se violasse o meno le garanzie convenzionali l'applicazione della confisca urbanistica non più mediante una sentenza di assoluzione (come nel caso *Sud Fondi*), bensì mediante una sentenza di *proscioglimento* per intervenuta prescrizione. Una ben sottile distinzione, dal punto di vista di osservatori stranieri, non avvezzi alle bizantinerie che costituiscono il pane quotidiano nell'ordinamento italiano, e per i quali l'unico dato rilevante rischiava di essere proprio l'assenza di una sentenza di condanna contenente un'inequivoca affermazione di colpevolezza dell'imputato, idonea come tale a supportare l'infrazione della pena rappresentata dalla confisca.

Ed infatti: ribadita (con il solo dissenso del giudice Pinto de Albuquerque⁶, autore di un'articolata opinione che sottolinea la necessità di un complessivo ripensamento della giurisprudenza della Corte in materia di confisca) la qualificazione della misura come sanzione "penale" ai fini della Convenzione e dei suoi protocolli, la Corte ritenne anche in questo caso violato il *principio di legalità in materia penale* di cui all'art. 7 CEDU, in tale violazione risultando assorbito il profilo di violazione – pure dedotto dai ricorrenti – dei principi del *fair trial* di cui all'art. 6 CEDU; e ritenne, conseguentemente, violato pure il *diritto di proprietà* di cui all'art. 1 Prot. 1 CEDU, in conseguenza dell'avvenuta compressione del diritto medesimo ad opera di una sanzione penale illegittimamente applicata⁷.

Per quanto concerne specificamente la violazione dell'art. 7 CEDU, la Corte osservò anzitutto che, a fronte dei principi generali dell'ordinamento italiano (desumibili in particolare dall'art. 240 c.p.) che subordinano l'applicazione della confisca alla sentenza di condanna, la disposizione di cui all'art. 44 t.u. edilizia era stata oggetto di un'inammissibile interpretazione estensiva, in pregiudizio dell'imputato, da parte della giurisprudenza italiana. Anche a prescindere però da tale argomento (invero discutibile, stante la peculiare formulazione dell'art. 44, che non parla di sentenza "di condanna", bensì di "sentenza definitiva che accerta" la lottizzazione abusiva, fornendo così un qualche appiglio testuale alla tesi della Cassazione), le ragioni essenziali della decisione si collocano sul piano dei principi: "*l'on ne peut pas non plus concevoir un système où une personne innocente ou, en tout cas, sans aucun degré de responsabilité pénale consignée dans un verdict de culpabilité subisse une peine*" (§ 67).

La Corte giunge a tale conclusione attraverso una lettura sistematica di più disposizioni

⁵ Corte EDU, sez. II, sent. 10 maggio 2012, ric. n. 75909/01, *Sud Fondi* e altri c. Italia, in *Dir. pen. cont.*, con nota di L. BEDUSCHI, *Confisca degli "ecomostri" di Punta Perotti: la Corte di Strasburgo condanna l'Italia a versare alle imprese costruttrici 49 milioni di euro a titolo di equa ripartizione*, 16 maggio 2012.

⁶ Il quale si dichiara invece convinto della natura puramente amministrativa della confisca in parola, dissentendo così anche rispetto alla valutazione compiuta dalla Corte in *Sud Fondi*.

⁷ Sulla violazione dell'art. 1 prot. 1 della Convenzione concorda anche il giudice Pinto de Albuquerque, sulla base però del carattere *sproporzionato* dell'ingerenza della misura con il diritto di proprietà dei ricorrenti nel caso di specie. Sottolinea in particolare il giudice come la misura – adottata in esito a una lunghissima vicenda giudiziaria, in cui era stata più volte affermata la legittimità della lottizzazione effettuata dagli imputati, rispetto alla quale la stessa sovrintendenza per i beni ambientali aveva escluso ogni impatto negativo sull'integrità del patrimonio forestale – abbia finito per colpire per oltre il 90% terreni ineditificati.

convenzionali, tra cui il principio cruciale della presunzione di innocenza di cui all'art. 6 § 2: *"le rapprochement de l'article 5 § 1 a) avec les articles 6 § 2 et 7 § 1 montre qu'aux fins de la Convention il ne saurait y avoir 'condamnation' sans l'établissement légal d'une infraction – pénale ou, le cas échéant, disciplinaire"* (§ 69). E ancora: *"la logique de la 'peine' et de la 'punition', et la notion de 'guilty' (dans la version anglaise) et la correspondante notion de 'personne coupable' (dans la version française), militent pour une interprétation de l'article 7 qui exige, pour punir, une déclaration de responsabilité par les juridictions nationales, qui puisse permettre d'imputer l'infraction et d'infliger la peine à son auteur. A défaut de quoi, la punition n'aurait pas de sens (Sud Fondi et autres, précité, § 116). Il serait en effet incohérent d'exiger, d'une part, une base légale accessible et prévisible et de permettre, d'autre part, une punition quand, comme en l'espèce, la personne concernée n'a pas été condamnée"* (§ 71).

Vale la pena di tradurre letteralmente quest'ultima affermazione: sarebbe incoerente esigere, da una parte, una base legale accessibile e prevedibile e permettere, d'altra parte, una punizione quando, come nella specie, la persona interessata non sia stata condannata.

Di talché, l'inevitabile conclusione: *"dans la présente affaire, la sanction pénale infligée au requérant, alors que l'infraction pénale était éteinte et que sa responsabilité n'a pas été consignée dans un jugement de condamnation, ne se concilie pas avec les principes de légalité pénale que la Cour vient d'explicitier et qui font partie intégrante du principe de légalité que l'article 7 de la Convention commande d'observer. Dès lors, la sanction litigieuse n'est pas prévue par la loi au sens de l'article 7 de la Convention et est arbitraire"* (§ 72).

Alla luce di tali passaggi, la logica della decisione appare trasparente: se la confisca urbanistica è una "pena" ai sensi della Convenzione, allora essa *potrà essere applicata soltanto nei confronti di una persona "dichiarata colpevole"*, e dunque nei confronti di una persona *condannata* in esito a un giudizio penale: non già nei confronti di una persona *prosciolta* dalle accuse per intervenuta *prescrizione* del reato.

La Corte inquadra tale principio – sotteso del resto anche alla *ratio decidendi* nel caso *Sud Fondi*, nel quale pure si discuteva di una confisca applicata in assenza di una sentenza di condanna – nell'alveo dell'art. 7 CEDU, valorizzando in particolare l'inciso "persona colpevole" contenuta nel testo francese. Ma, a ben guardare, la ragione della contrarietà alla Convenzione di una confisca in assenza di sentenza di condanna sta tutta nei *principi dell'"equo processo"* di cui all'art. 6 CEDU, e segnatamente nel principio, consacrato nel secondo comma di tale disposizione, secondo cui "ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata", laddove per "legalmente accertata" la Corte intende in esito a un processo integralmente rispettoso delle garanzie di cui ai paragrafi 1 e 3, che si concluda – per l'appunto – con una dichiarazione di colpevolezza dell'imputato.

4.

Contrariamente all'opinione espressa recentemente da un pur attento osservatore⁸, la sentenza *Varvara* non segna sotto questo profilo alcuna "discontinuità" rispetto alla giurisprudenza della Corte. Come una perspicua (e ignorata) dottrina aveva da tempo sottolineato⁹, il principio secondo cui è contrario alle garanzie convenzionali (e segnatamente all'art. 6 § 2) applicare una confisca con una sentenza di proscioglimento per intervenuta prescrizione era stato già affermato dalla Corte sin dal 2008 nel caso *Paraponiaris c. Grecia*¹⁰. In quell'occasione, la camera d'accusa della Corte d'appello greca competente aveva pronunciato sentenza di non doversi procedere, appunto, in ragione dell'ormai maturata prescrizione; ma, avendo comunque ritenuto "obiettivamente accertato" il reato di contrabbando contestato all'imputato, aveva applicato nei suoi confronti una sanzione pecuniaria di importo pari ai beni oggetto di contrabbando, di cui era stata impossibile la confisca diretta – e dunque gli aveva applicato una sanzione pecuniaria che l'osservatore italiano definirebbe a tutti gli effetti come una confisca per equivalente. I giudici di Strasburgo furono, in quell'occasione, perentori: *"la Cour note que nonobstant la fin des poursuites pénales engagées contre le requérant, celui-ci fut pourtant qualifié comme ayant 'objectivement' commis l'infraction dont il était accusé et écopa d'une peine pécuniaire. La Cour peut difficilement saisir la portée des termes utilisés ci-dessus, qui opèrent une distinction,*

⁸ A. BALSAMO, *La Corte europea e la "confisca senza condanna per la lottizzazione abusiva"*, in *Cass. pen.*, 2014, fasc. IV, p. 1395 ss.

⁹ M. PANZARASA, *Confisca senza condanna?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, pp. 1691 ss.

¹⁰ Corte EDU, *Prima sezione*, sent. 25 settembre 2008, *Paraponiaris c. Grecia*, ric. n. 42132/06.

à ses yeux artificielle, entre un constat de culpabilité et un constat de perpétration 'objective' d'une infraction. En effet, la Cour n'aperçoit pas comment elle pourrait ne pas considérer le raisonnement de la chambre d'accusation comme étant assimilable à une déclaration de culpabilité et donc incompatible avec le respect de la présomption d'innocence" (§ 33).

L'infrazione di una pena pecuniaria – come sono, a tutti gli effetti, la confisca per equivalente e, per le considerazioni poc'anzi svolte, la stessa confisca urbanistica – presuppone insomma necessariamente una formale dichiarazione di colpevolezza, che solo una sentenza di condanna può esprimere.

5.

Con l'ordinanza che qui si commenta, la terza sezione della Cassazione – dopo aver compiuto vari passi, in questi ultimi anni, nella direzione di un progressivo avvicinamento alle posizioni espresse dai giudici di Strasburgo¹¹ – si ribella apertamente a questi principi, sollecitando addirittura la Corte costituzionale ad azionare i 'controlimiti' evocati nelle sentenze gemelle n. 348 e 349/2007, rispetto al principio del rispetto degli obblighi discendenti dalla Convenzione consacrato nell'art. 117 co. 1 Cost.

La Cassazione richiama anzitutto la propria recente giurisprudenza – sviluppata proprio allo scopo di adeguarsi ai principi fissati dalla Corte EDU in *Sud Fondi* – secondo cui *“la confisca dei terreni può essere disposta anche in presenza di una causa estintiva del reato, purché sia accertata [...] la sussistenza della lottizzazione abusiva sotto il profilo oggettivo e soggettivo, nell'ambito di un giudizio che assicuri il contraddittorio e la più ampia partecipazione degli interessati, e che verifichi l'esistenza di profili quantomeno di colpa sotto l'aspetto dell'imprudenza, della negligenza e del difetto di vigilanza dei soggetti nei confronti dei quali la misura viene ad incidere”* (p. 17).

Vi può essere, dunque, pieno accertamento del fatto di reato e della responsabilità dei soggetti nei cui confronti la misura viene ad incidere anche nell'ambito di una sentenza di proscioglimento per intervenuta prescrizione; e ciò basta, secondo la Cassazione, a garantire la legalità della misura, dal punto di vista dell'ordinamento interno (a fronte di una norma che, ripetiamo, condiziona la confisca ad una sentenza definitiva del giudice penale che “accerta” il reato di lottizzazione abusiva) nonché dal punto di vista delle garanzie costituzionali, come declinate dalla sentenza n. 239/2008 della Corte costituzionale, la quale pure ha affermato – richiamando a sua volta un proprio precedente (la sent. n. 85/2008) – che *“fra le sentenze di proscioglimento ve ne sono alcune che pur non applicando una pena comportano, in diverse forme e gradazioni, un sostanziale riconoscimento della responsabilità dell'imputato o comunque l'attribuzione del fatto all'imputato medesimo”*. Identico principio si evincerebbe altresì dalla legislazione europea, e in particolare dalla recentissima direttiva 2014/42/UE¹², che pure impone agli Stati membri l'obbligo di procedere, in talune circostanze, alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato in assenza di sentenza di condanna.

Ma il fulcro dell'ordinanza, sviluppato nelle sue quindici pagine finali, sta nell'assunto secondo cui il principio espresso nella sentenza *Varvara* – divenuto definitivo, e dunque vincolante per lo Stato italiano ai sensi dell'art. 46 CEDU, in seguito all'avvenuto rigetto dell'istanza di rinvio alla Grande Camera formulata dal governo italiano – si porrebbe esso stesso in contrasto con una serie di principi costituzionali, discendenti più in particolare dagli articoli 2, 9, 32, 41, 42 e, addirittura, 117 co. 1 in relazione a fonti internazionali diverse dalla Convenzione europea: norme tutte che *“impongono che il paesaggio, l'ambiente, la vita e la salute siano tutelati quali valori costituzionali oggettivamente fondamentali, cui riconoscere prevalenza nel bilanciamento con il diritto di proprietà, ritenuto violato dalla sentenza Varvara con la condanna dell'Italia per contrasto con l'art. 1 del protocollo n. 1 della Convenzione e.d.u.”* (p. 23). La soluzione, insomma, di vietare al giudice penale italiano – il quale pure abbia “accertato” un fatto di lottizzazione abusiva, rispetto al quale sia decorso il termine di prescrizione – di procedere alla confisca dei terreni abusivamente lottizzati comporterebbe un'*ingiustificata prevalenza attribuita al diritto di proprietà*, riconosciuto e tutelato nell'ordinamento costituzionale italiano soltanto nei limiti della sua “funzione sociale” (art. 41 Cost.), rispetto all'intera gamma di controinteressi, di rango prevalente nell'ottica costituzionale, sottesi alla normativa di cui è questione, determinandone così il loro definitivo sacrificio.

¹¹ Cfr., sul punto, la puntuale ricostruzione di A. GALLUCCIO, *Confisca “urbanistica”*, cit.

¹² In *Dir. pen. cont.*, con breve scheda illustrativa di M. MONTANARI, 5 maggio 2014.

Sulla base di tale assunto, la Cassazione – riconoscendosi evidentemente vincolata al rispetto dei principi espressi dalla Corte EDU in *Varvara* – rimette la questione alla Corte costituzionale, sollecitandola a prendere posizione essa stessa sulla contrarietà dell'obbligo convenzionale di adeguamento dell'ordinamento nazionale ai superiori principi costituzionali evocati, in attuazione del criterio – costantemente enunciato dalla Consulta sin dalle sentenze gemelle – secondo cui l'ordinamento italiano è sì vincolato all'interpretazione della CEDU fornita dalla Corte di Strasburgo, nei limiti però in cui tale interpretazione risulti compatibile con l'insieme dei principi costituzionali italiani.

Più in particolare, la Cassazione solleva “*questione di legittimità costituzionale dell'art. 44, comma 2, del d.P.R. n. 380 del 2001, come interpretato dalla Corte EDU (sentenza Varvara) nel senso che la confisca ivi prevista non può applicarsi nel caso di dichiarazione di prescrizione del reato anche qualora la responsabilità penale sia stata accertata in tutti i suoi elementi, per violazione degli artt. 2, 9, 32, 41, 42, 117, primo comma, Cost. – i quali impongono che il paesaggio, l'ambiente, la vita e la salute siano tutelati quali valori costituzionali oggettivamente fondamentali, cui riconoscere prevalenza nel bilanciamento con il diritto di proprietà – in quanto la norma suddetta, come sopra interpretata, non tiene conto di tale bilanciamento, che deve essere sempre operato qualora siano in gioco opposti interessi costituzionalmente protetti, anche qualora gli uni trovino tutela nella Cedu e gli altri nella Costituzione italiana (v. Corte cost. n. 264 del 2012)*”.

6.

Così formulata, la questione si presta peraltro a qualche dubbio preliminare di ammissibilità, sotto il profilo della formulazione stessa del *petitum*. Il giudice remittente chiede alla Corte costituzionale di dichiarare l'illegittimità dell'art. 44 co. 2 d.P.R. n. 380/2001 “*così come interpretato dalla Corte EDU*” in *Varvara*, quando invece la Corte EDU non ha mai inteso interpretare una norma di legge italiana, non essendo tra l'altro suo compito farlo. La Corte EDU ha piuttosto il compito di interpretare e applicare le (sole) norme della Convenzione e dei suoi protocolli al caso di specie sottopostole dal ricorrente; e nel farlo essa si limita a prendere atto dell'interpretazione data alle norme interne dai giudici nazionali, valutando poi se tale interpretazione sia compatibile con gli obblighi convenzionali. Il che è proprio ciò che avvenuto in *Varvara*, ove la Corte EDU ha ritenuto che il ‘diritto vivente’ italiano (e più in particolare l'interpretazione fornita dalla Cassazione italiana all'art. 44, che consente l'adozione della confisca anche nel contesto di una pronuncia di proscioglimento per prescrizione) fosse in contrasto con gli artt. 7 e 1 prot. 1 CEDU¹³.

Per spingere la Corte costituzionale ad azionare i ‘controlimiti’ – *rectius*, ad affermare con effetto *erga omnes* nell'ordinamento italiano che gli obblighi derivanti dalle citate disposizioni convenzionali, così come interpretati dalla Corte EDU, producono un risultato contrario alla Costituzione italiana – la terza sezione della Corte di cassazione avrebbe forse dovuto sollevare, piuttosto, questione di legittimità costituzionale degli stessi articoli 7 e 1 prot. 1 CEDU, così come interpretati dalla Corte di Strasburgo nella sentenza *Varvara*, nonché dell'art. 46 CEDU (dal quale discende, come è noto, la forza obbligatoria delle statuizioni della Corte per lo Stato soccombente) – disposizioni tutte incorporate nell'ordinamento italiano in forza della clausola di “piena e intera esecuzione” di cui legge n. 848/1955 – *nella parte in cui da tali disposizioni discende il divieto per il giudice penale italiano di procedere alla confisca dei terreni oggetto di lottizzazione abusiva con una sentenza dichiarativa della prescrizione, che abbia tuttavia accertato il fatto di reato ai sensi dell'art. 44 co. 2 d.P.R. n. 380/2001*. Il quesito avrebbe avuto così anche formalmente ad oggetto il problema su cui la Cassazione intende chiamare in causa la Consulta: e cioè la compatibilità del divieto enucleato dalla Corte EDU in *Varvara* con l'insieme dei principi costituzionali evocati dalla stessa Cassazione quale parametri del giudizio di legittimità.

7.

A prescindere però dal problema della corretta formulazione del *petitum*, il nodo è – come anticipato – di sostanza: la presa di posizione della terza sezione, a mio sommo avviso,

¹³ Proprio sulla base di tale valutazione della Corte, il Tribunale di Teramo ha invece impostato una questione di legittimità in certo senso opposta e speculare dell'art. 44, assunto nel significato attribuitogli dal diritto vivente risultante dall'univoca giurisprudenza della Corte di cassazione, che consente al giudice di confiscare i terreni con la sentenza dichiarativa della prescrizione: significato del quale coerentemente il giudice *a quo* denuncia il contrasto con l'art. 117 co. 1 Cost. in relazione all'art. 7 CEDU, così come interpretato in *Varvara* (su tale questione, cfr. il citato contributo di A. GALLUCCIO, *Confisca “urbanistica”*, cit.).

frainde completamente il punto di vista della Corte europea, che non ha mai affermato, né in *Varvara* né altrove, che il diritto di proprietà – riconosciuto dall'art. 1 prot. 1 CEDU sia meritevole di una protezione prevalente rispetto ai controinteressi evocati dalla Cassazione.

La violazione del diritto di proprietà – nell'ottica, almeno, dei sei giudici di maggioranza del caso *Varvara* (giudice Raimondi compreso) – è la mera conseguenza dell'*illegittimità della sua inflizione mediante una sentenza di proscioglimento*, dal punto di vista dell'art. 7 CEDU (letto, come abbiamo rammentato, in combinato disposto con gli articoli 5 e 6 CEDU)¹⁴; mentre il solo giudice Pinto de Albuquerque, nella propria opinione di minoranza, ritiene illegittima in quanto (intrinsecamente) *sproporzionata* la confisca nel caso di specie. Il problema è, dunque, essenzialmente di carattere processuale: e sta – ripeto – nella difficoltà, per la Corte europea, di immaginare che un "accertamento" del fatto di reato (e della conseguente responsabilità degli imputati) possa essere compiuto in un provvedimento di *proscioglimento* dalle accuse, e comunque *diverso da una sentenza di condanna*.

A fronte di ciò, la strada che la Corte di cassazione avrebbe potuto logicamente imboccare – senza necessariamente chiamare in causa la Consulta – era quella di insistere nella propria consolidata giurisprudenza, cercando di persuadere i colleghi europei che, nell'ordinamento italiano, un *completo accertamento sulla commissione del reato e sulla responsabilità dell'imputato* (nonché dei terzi nei cui confronti la confisca venga disposta) *ben può essere compiuto anche nell'ambito di una sentenza dichiarativa della prescrizione del reato*.

Una simile impresa, tuttavia, non sarebbe stata per nulla agevole – come dimostra, del resto, l'insuccesso degli agenti nel governo italiano nel sostenere tale tesi di fronte alla Corte EDU, nel giudizio avanti alla seconda sezione e poi a sostegno della richiesta (respinta) di rinvio alla Grande Camera.

8.

Per cominciare, è vero che la possibilità di applicare una confisca senza condanna non è sconosciuta al panorama internazionale, ed è comunque ben nota nell'ordinamento italiano *sub specie* di misura di prevenzione patrimoniale; ma, proprio con riferimento alla confisca di prevenzione italiana, la Corte EDU ne ha sinora riconosciuto la legittimità affermandone la natura di misura meramente "preventiva"¹⁵, mentre nel caso della confisca in materia di lottizzazione abusiva la Corte EDU è ferma – con argomenti, si è visto, per nulla spregevoli – nel riconoscerne natura di autentica "pena", che come tale attrae su di sé l'intero impianto delle garanzie che la Convenzione e i suoi protocolli riservano alla materia penale: tra le quali la presunzione di innocenza *ex* art. 6 § 2 CEDU, e la conseguente necessità di una sentenza di condanna come presupposto per la sua inflizione.

L'argomento, speso dalla Cassazione, secondo cui il diritto dell'Unione europea prevede forme di confisca senza condanna, è poi pericolosamente scivoloso.

Anzitutto, e preliminarmente, gli obblighi fissati dal diritto derivato UE sono essi stessi soggetti ad una generale condizione di compatibilità con i diritti fondamentali riconosciuti dalla Convenzione europea, che sono a loro volta principi generali del diritto UE (art. 6 TUE) e che costituiscono il contenuto minimo dei corrispondenti diritti riconosciuti dalla Carta (art. 52 § 3 CDFUE): sicché la legittimità al metro dei diritti fondamentali delle disposizioni della recentissima direttiva 2014/42/UE in materia di confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato resta ancora tutta da dimostrare, e potrebbe comunque essere contestata avanti alla Corte di giustizia.

In secondo luogo, la Cassazione cita erroneamente a sostegno della propria tesi l'art. 5 della direttiva, che si riferisce ai c.d. poteri estesi di confisca (o, con terminologia più familiare all'interprete italiano, alla *confisca allargata*, prevista nel nostro ordinamento dall'art. 12-*sexies* d.l. 306/1992) da esercitare nei confronti di persona comunque "*condannata*" per uno dei reati previsti dallo stesso art. 5.

Più conferente sarebbe stato allora citare l'art. 4, che pure subordina in linea di principio l'obbligo di procedere alla confisca al presupposto di una sentenza definitiva *di condanna*,

¹⁴ Letteralmente: "La Cour vient de constater que l'infraction par rapport à laquelle la confiscation a été infligée au requérant n'était pas prévue par la loi au sens de l'article 7 de la Convention et était arbitraire (paragraphes 72-73 ci-dessus). Cette conclusion l'amène à dire que l'ingérence dans le droit au respect des biens du requérant était contraire au principe de la légalité et était arbitraire et qu'il y a eu violation de l'article 1 du Protocole no 1. Cette conclusion dispense la Cour de rechercher s'il y a eu rupture du juste équilibre" (§ 85).

¹⁵ Si vedano, in proposito, i precedenti citati nell'opinione parzialmente dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque più volte citata.

estendendo però al § 2 tale obbligo alle ipotesi in cui alla sentenza di condanna non si possa giungere in conseguenza della *malattia* e della *fuga* dell'imputato, "*laddove sia stato avviato un procedimento penale per un reato che può produrre, direttamente o indirettamente, un vantaggio economico e detto procedimento avrebbe potuto concludersi con una condanna penale se l'indagato o l'imputato avesse potuto essere processato*". Tuttavia, la disposizione è evidentemente pensata per gli ordinamenti che non consentono il processo *in absentia* (segnatamente nelle ipotesi di malattia e fuga dell'imputato), e non menziona affatto l'ipotesi in cui il processo, svoltosi alla presenza dell'imputato, si concluda anticipatamente in conseguenza della prescrizione del reato; tant'è vero che, nella proposta originaria della Commissione¹⁶, la norma corrispondente (il vecchio art. 5) precisava espressamente che la possibilità di disporre la confisca concernesse i casi in cui "*la malattia o la fuga dell'indagato o imputato prima dell'azione penale o dell'emissione della condanna non consenta di agire penalmente entro tempi ragionevoli e comporti il rischio grave che l'azione penale sia invalidata dalla prescrizione*".

Come dire: occorre procedere alla confisca *prima che la prescrizione maturi*; dandosi così per scontato, da parte del legislatore europeo, che una volta maturata la prescrizione non sia più possibile procedere all'applicazione di alcuna sanzione, confisca compresa.

9.

Indipendentemente però dal conforto che possa o meno provenire dal diritto sovranazionale, la convinzione della Cassazione (condivisa dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 239/2008) che il sistema processuale italiano consenta al giudice che pronuncia sentenza di non doversi procedere per intervenuta prescrizione di compiere un pieno accertamento sulla commissione del fatto e sulla responsabilità degli imputati (nonché dei soggetti colpiti dalla misura ablativa), nel rispetto di tutte le loro garanzie processuali riconosciute, tra l'altro, dall'art. 6 CEDU, appare quanto meno dubbia alla luce del diritto processuale vigente.

Il tema meriterebbe invero un più puntuale approfondimento da parte di chi, diversamente dal sottoscritto, possedesse specifiche competenze scientifiche in materia processuale, e certamente avrebbe meritato un maggiore approfondimento da parte della stessa Corte di cassazione. Ma qualche osservazione, magari un po' grossolana, può essere abbozzata già in questa sede¹⁷.

Concentriamo pure la nostra attenzione sulle sentenze pronunciate in sede dibattimentale, essendo evidente – anche alla luce della sentenza *Paraponiaris* poc'anzi citata – che la pronuncia di un g.u.p. di non luogo a procedere per intervenuta prescrizione non possa strutturalmente contenere un accertamento pieno della responsabilità degli imputati, in assenza di qualsiasi attività di acquisizione probatoria nel contraddittorio tra le parti. Ora, se la prescrizione matura già in primo grado *prima* dell'apertura della fase istruttoria, il giudice avrà certamente l'obbligo (ai sensi dell'art. 469 c.p.p. o, se del caso, dell'art. 129 c.p.p.) di dichiarare immediatamente la causa estintiva del reato, senza poter procedere all'acquisizione delle prove: con conseguente inesistenza, in questa ipotesi, di ogni "accertamento" sulla sussistenza del fatto e sulle relative responsabilità. Soltanto nella (assai più improbabile) ipotesi in cui la prescrizione dovesse maturare tra la chiusura dell'istruzione probatoria e la decisione, il giudice avrebbe effettivamente acquisito – nel contraddittorio tra le parti – le prove sulla cui base "accertare" fatto e relative responsabilità.

Affinché le garanzie convenzionali possano in tale ipotesi ritenersi pienamente rispettate, sarebbe però necessario che la sentenza di non doversi procedere per intervenuta prescrizione *ex* art. 531 c.p.p. sia corredata da una motivazione sull'*an* della responsabilità penale (allo standard dell'al di là di ogni ragionevole dubbio) in tutto e per tutto conforme ai requisiti di una vera e propria sentenza di condanna ai sensi dell'art. 533 c.p.p.; e contro tale sentenza il soggetto colpito dalla confisca dovrebbe poter proporre appello – ai sensi dell'art. 579 co. 3 c.p.p. – se del caso sollecitando la rivalutazione dell'intero materiale probatorio a sostegno dell'ipotesi accusatoria e delle allegazioni e prove della difesa sull'*an* della responsabilità penale, nei suoi elementi oggettivi e soggettivi, nonché dell'eventuale posizione dei terzi colpiti dalla confisca: *esattamente come se si trattasse di una sentenza di condanna*. Con ulteriore possibilità di un giu-

¹⁶ Parimenti pubblicata in questa Rivista, con note di [A.M. MAUGERI, Proposta di direttiva in materia di congelamento e confisca dei proventi del reato: prime riflessioni](#), n. 2/2012, p. 180 ss, e di [A. BALSAMO, Il "Codice antimafia" e la proposta di direttiva europea sulla confisca: quali prospettive per le misure patrimoniali nel contesto europeo?](#), in *Dir. pen. cont.*, 20 luglio 2012.

¹⁷ Per più articolati approfondimenti sul punto, cfr. ancora M. PANZARASA, *Confisca senza condanna?*, cit., § 8.

dizio di cassazione contro l'eventuale conferma della statuizione in punto "accertamento" del reato e delle responsabilità, come se si trattasse – ancora una volta – di vere e proprie sentenze di condanna.

Una simile interpretazione 'convenzionalmente orientata' delle norme processuali sarebbe però impossibile nell'ipotesi, statisticamente assai frequente, in cui la prescrizione maturi *nelle more del giudizio di appello*, o di un giudizio di rinvio. Qui il giudice sarebbe vincolato a pronunciare immediatamente sentenza di non doversi procedere *senza poter decidere nel merito sull'impugnazione*, a differenza di quanto accade nell'ipotesi in cui l'appello abbia ad oggetto una sentenza di condanna e vi siano domande civili, sulle quali il giudice avrà l'obbligo di pronunciarsi – in forza però dell'espressa previsione di cui all'art. 578 c.p.p. – nonostante l'intervenuta prescrizione¹⁸. Con il risultato che la pronuncia del giudice di appello verrà qui semplicemente a *cristallizzare l'accertamento del fatto e delle responsabilità compiuto in primo grado*, tenendo così ferma la confisca già disposta, *senza che sia possibile alla Corte d'appello esaminare le (magari fondatissime) doglianze dell'imputato contro le valutazioni del tribunale sull'an della responsabilità penale*; e ciò a meno che non risulti – addirittura – *l'evidenza dell'innocenza dell'imputato*, che sola potrebbe prevalere rispetto alla causa estintiva, secondo il consolidato insegnamento della giurisprudenza di legittimità.

Identico discorso vale per l'ipotesi in cui la prescrizione maturi nelle more del giudizio di cassazione: anche qui la Corte dovrà limitarsi a dare atto dell'intervenuta prescrizione, confermando però la confisca già disposta dai giudici di merito sulla base di accertamenti non più oggetto di scrutinio – nemmeno sotto il profilo della manifesta illogicità della motivazione – in sede di giudizio di legittimità, salvo anche qui il solo limite dell'evidenza dell'innocenza dell'imputato, che ne imporrebbe l'assoluzione con formula piena.

L'accertamento del fatto di lottizzazione abusiva su cui la confisca è fondata risulterebbe così – in tutti i casi in cui la prescrizione sia maturata dopo la sentenza di primo grado – *sottratto a tutti i successivi controlli di merito e di legittimità che il nostro sistema processuale ordinariamente prevede nei confronti di provvedimenti che infliggono sanzioni penali*.

Che le cose stiano effettivamente in questi termini, lo dimostra proprio la concreta vicenda processuale sottoposta ora all'esame della Cassazione, nella quale i supremi giudici si sono semplicemente rifiutati di esaminare le doglianze degli imputati relativi ai vizi della motivazione della sentenza impugnata relativamente all'*an* della loro responsabilità, non potendo ravvisarsi nella specie né una "assoluta assenza della prova di colpevolezza a carico di ciascun imputato" né la "prova positiva della sua innocenza" (p. 13): ipotesi che sole avrebbero legittimato la Corte all'annullamento del provvedimento impugnato, in forza del costante insegnamento delle Sezioni Unite secondo cui "in presenza di una causa di estinzione del reato [...] non sono rilevabili in sede di legittimità vizi di motivazione della sentenza impugnata in quanto il giudice del rinvio avrebbe comunque l'obbligo di procedere immediatamente alla declaratoria della causa estintiva" (p. 17).

Non è davvero un caso allora – e il dato dovrebbe far riflettere – che nel caso di specie deciso dalla Cassazione *alcuni imputati abbiano rinunciato alla prescrizione*. La ragione di una tale del tutto anomala e 'innaturale' scelta processuale è evidente: quegli imputati erano ben consapevoli che solo rinunciando alla prescrizione avrebbero avuto la possibilità di difendersi compiutamente dalle accuse nell'intero arco del procedimento, e di ottenere così una pronuncia liberatoria nel merito che – sola – li avrebbe posti al riparo della confisca dei terreni. In assenza di tale rinuncia, la loro sorte sarebbe stata invece in partenza segnata: i terreni sarebbero stati confiscati sulla base dell'ultimo accertamento precedente alla maturazione del termine, accertamento contro il quale essi non avrebbero più avuto alcuna efficace possibilità di difesa nei gradi successivi del giudizio.

¹⁸ In senso difforme, cfr. peraltro Cass., Sez. III pen., 12 gennaio 2010, n. 6261, Pres. Lupo, Est. Franco, ove si estende analogicamente l'obbligo del giudice di appello di compiere un pieno accertamento sul fatto di reato nonostante l'intervenuta prescrizione ai fini della conferma della confisca disposta in primo grado (peraltro con riferimento a un caso di specie limite, in cui il giudice di appello aveva addirittura dato atto, in motivazione, della insufficienza e contraddittorietà della prova sul fatto), in deroga rispetto al principio generale enunciato nella nota pronuncia delle Sezioni Unite, 28 maggio 2009, Tettamanti, n. 35490. Laddove tale orientamento si consolidasse, i profili di frizione tra disciplina processuale e diritto convenzionale risulterebbero effettivamente ridimensionati, anche se probabilmente non del tutto superati, come la concreta vicenda sottoposta all'esame della Cassazione nel caso che qui si commenta dimostra (cfr. subito *infra* nel testo).

10.

Quest'ultima osservazione ci consente, d'altra parte, di evidenziare che il problema qui in discussione non è soltanto quello della piena garanzia di un "giusto processo" in relazione all'accertamento del fatto e delle responsabilità individuali quali presupposto della misura ablatoria; ma anche quello, squisitamente *sostanziale*, del significato della declaratoria di *prescrizione del reato* dal punto di vista dell'imputato.

Qualunque sia la *ratio* che si voglia ascrivere alla prescrizione del reato, su un'affermazione almeno non può che registrarsi un universale consenso: l'avvenuta maturazione del termine prescrizionale segna il momento a partire dal quale, *secondo la valutazione del legislatore*, non sussistono più le ragioni che giustificano l'infrazione della pena nei confronti dell'imputato.

Ed allora, qualora si convenga con la Corte europea che la confisca urbanistica così come strutturata nell'ordinamento italiano deve essere qualificata come una "pena" ai sensi delle pertinenti disposizioni convenzionali – qualificazione dalla quale risulta difficile dissentire, a fronte quanto meno della sua pacifica estensibilità a terreni non edificati –, risulterà estremamente difficile, se non impossibile, spiegare ai nostri interlocutori europei che essa debba essere egualmente applicata *nonostante la maturazione della prescrizione del reato*, e cioè dopo il decorso del lasso di tempo che – secondo la valutazione dello stesso legislatore italiano – segna il *venir meno delle ragioni che giustificano l'infrazione di tutte le altre pene*. E ciò tanto più se si consideri che la confisca dei terreni è la *vera pena* per chi abbia commesso un fatto di lottizzazione abusiva, a fronte della natura poco più che cartacea delle pene detentive e pecuniarie formalmente comminate per un reato di natura contravvenzionale.

A Strasburgo, purtroppo, il re è nudo. La sottile retorica e le raffinate distinzioni della nostra giurisprudenza non valgono, avanti ai giudici europei, a difendere l'indifendibile: e cioè *l'infrazione di una pena per un reato che lo stesso ordinamento giuridico italiano ritiene estinto per prescrizione*, essendo ormai inutilmente trascorso il "tempo dell'oblio" legislativamente stabilito per quel medesimo reato.

11.

Ben comprensibili sono, naturalmente, i buoni propositi della terza sezione, preoccupata della tutela di valori collettivi di enorme rilevanza, calpestatosi da abusi edilizi attuate con la complicità di amministratori corrotti, che solo la magistratura penale sembra oggi in grado di combattere con un qualche grado di efficacia. Ma il bersaglio – individuato ora nella giurisprudenza della Corte europea – è a mio avviso sbagliato, così come sbagliata mi sembra la strategia adottata in questa occasione. Anche perché, quand'anche la Corte costituzionale ritenesse di seguire la Cassazione sulla strada impervia dei 'controlimiti', i giudici di Strasburgo conserverebbero pur sempre l'ultima parola, e finirebbero per condannare sistematicamente il nostro paese a risarcimenti pecuniari nei confronti di proprietari autori di scempi edilizi, con buona pace delle tasche di tutti noi contribuenti.

L'argomento della Cassazione è, in buona sostanza: la Corte europea ci obbliga irragionevolmente ad anteporre la tutela del patrimonio a quella del paesaggio, dell'ambiente, della stessa salute individuale. Ma così non è, come ho cercato sin qui di dimostrare: la Corte europea non solleva alcuna obiezione contro una tutela anche assai energica di questi beni; purché, però, vengano rispettate le garanzie fondamentali che presiedono la materia penale, e in particolare quelle del processo equo di cui all'art. 6 CEDU, che hanno tra i loro essenziali corollari il principio della presunzione dell'innocenza dell'imputato, sino a che la sua colpevolezza non sia accertata – oltre ogni ragionevole dubbio – con una sentenza di condanna.

A fronte di una tale (sensatissima) pretesa, il ragionamento della nostra Corte di cassazione suona un po' come l'argomento di chi volesse affermare che questa o quella garanzia del 'giusto processo' applicata ai processi per omicidio (ad es., la garanzia del contraddittorio nell'assunzione della prova) antepone irragionevolmente il diritto alla libertà personale dell'imputato rispetto alle istanze di tutela del diritto alla vita, protetto dalle norme che incriminano l'omicidio. Un argomento, all'evidenza, inaccettabile: perché il rispetto dei principi del giusto processo è condizione imprescindibile della (pure sacrosanta) tutela dei beni giuridici attuata mediante la sanzione penale.

Ed allora, la soluzione al dilemma va cercata altrove. Se è vero, come è vero, che cinque anni non bastano per accertare in tre gradi di giudizio (e spesso oltre, tenendo conto dei gradi di rinvio) un reato di accertamento assai complesso come la lottizzazione abusiva; e se è vero, altresì, che cinque anni non sono affatto sufficienti a far calare l'oblio su *questo* reato, perché gli

scempi edilizi restano per decenni, e continuano a riempire di indignazione chi abbia a cuore le sorti del nostro martoriato paesaggio: allora la strada maestra non è quella – a dir poco tortuosa – di tentare, in via pretoria, di neutralizzare gli effetti della prescrizione, tenendo ferma la sanzione della confisca nonostante il proscioglimento dell'imputato, bensì quella – semplice e lineare – di mettere finalmente mano, sul piano legislativo, a una *riforma della prescrizione*, che si appalesa con sempre maggiore evidenza come uno dei più gravi fattori distorsivi del funzionamento del nostro sistema penale. Una riforma che, a livello generale, ci viene ormai sollecitata a gran voce anche dall'Unione europea (si vedano in proposito le recentissime [raccomandazioni del Consiglio UE al nostro Paese](#), che al punto n. 3 includono la riforma della prescrizione del reato tra gli obiettivi da raggiungere entro la fine dell'anno in corso) e che, con riferimento specifico alla materia qui in discussione, consentirebbe finalmente alla nostra giurisdizione penale – una volta che fossero rimodulati in maniera più ragionevole i termini prescrizionali per il reato di cui all'art. 44 – di assicurare il proprio cruciale apporto alla difesa del territorio, nel rispetto però delle irrinunciabili garanzie che circondano la materia penale.

L'OBIETTIVO SU...

289	Il consenso dell'avente diritto nei percorsi del diritto penale "umano" Daniela Falcinelli
314	Congelamento di beni senza frontiere. Il caso Ucraina Désirée Fondaroli e Filippo Sgubbi
322	I delicati problemi applicativi di una norma che non c'è (a proposito di presunte ipotesi ostative alla liberazione anticipata speciale) Glauco Giostra
329	Le c.d. perquisizioni <i>online</i> tra nuovi diritti fondamentali ed esigenze di accertamento penale Federica Iovene
343	Evidenza epidemiologica di un aumento di mortalità e responsabilità penale Luca Masera
366	<i>Vecchie</i> soluzioni per <i>nuovi</i> problemi nella falsa attestazione del professionista Daniele Piva
376	Dal 2004 al 2014: lo sgretolamento necessario della legge sulla procreazione medicalmente assistita Paola Sanfilippo

IL CONSENSO DELL'AVENTE DIRITTO NEI PERCORSI DEL DIRITTO PENALE “UMANO”

Daniela Falcinelli

ABSTRACT

I principi costituzionali e i diritti umani sanciti nella CEDU pongono al centro del sistema dei valori la persona e la sua libertà di autodeterminazione in relazione alla gestione dei propri beni e dei propri diritti individuali. Si riattualizza così l'interrogativo sul ruolo penale del fattore “consenso dell'avente diritto” in un contesto giuridico moderno, globale, “umano”.

SOMMARIO

1. Decisioni della Vittima, tutela della Vittima: osservatorio sul sistema penale italiano integrato dalla CEDU. – 2. I “tre gradi” di rilievo penale del consenso del titolare del diritto, secondo la dogmatica tradizionale; a) Il consenso nelle singole fattispecie criminose: fattore di tipicità, negativo o positivo; b) Il consenso nella struttura generale del reato: l'art. 50 c.p. come causa di giustificazione; c) Il consenso dell'avente diritto come parte di una autonoma e complessa situazione scriminante (l'esercizio del diritto “altrui”). – 3. Un nuovo ruolo del consenso nella struttura generale del reato: l'art. 50 c.p. nella prospettiva, costituzionalmente orientata, dell'offesa “valida”. – 3.1. I diritti della persona: la “rivoluzione costituzionale”. – 3.2. La persona offesa e l'offesa “di valore”. – 3.2.1. Offensività: il livello strutturale che segue la tipicità. – 3.2.2. Art. 50 c.p.: l'Offesa compensata dal Valore. – 3.2.3. Il Valore dell'Offesa nella dimensione della minore età. – 4. La compensazione dell'offesa penale: due casi classici e paradigmatici, tra questioni problematiche e soluzioni ragionevoli. – 4.1. La “personalizzazione” dell'attività sportiva. – 4.2. La dignità dell'esistenza umana. – 4.2.1. Percorsi giurisprudenziali e punti di intersezione con l'Offesa di Valore. – 4.2.2. L'operatività del principio della compensazione dell'offesa penale.

1.

Decisioni della Vittima, tutela della Vittima: osservatorio sul sistema penale italiano integrato dalla CEDU.

Questione penale dell'epoca contemporanea, di trasversale rilievo – etico, morale, politico, sociale, giuridico – quella sulle decisioni di fine vita assume un impatto verticale nell'ordinamento italiano col calare di pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo che dividono animi ed opinioni: l'osservatorio sul ruolo della Vittima è da qui stimolato a concentrarsi sul peso strutturale che le scelte del soggetto passivo assumono nella fisionomia dell'illecito penale, al cospetto di “frammenti” del pensiero giuridico estratto dalla Convenzione EDU che indiziano la maturazione di una sensibilità diversa da quella dicotomica, di aristotelico rigore, della disponibilità/indisponibilità della vita, destinata ad essere recepita e gestita dal contesto assiologico dei singoli ordinamenti penali.

In quest'ottica il richiamo alla sentenza Gross¹ diventa di “epocale” rilievo, ivi affrontandosi un tema di peculiare modernità: il caso verte su una vicenda di suicidio assistito, scelta di una persona *compos sui* non affetta da alcuna malattia terminale di porre fine alla propria vita, che richiede assistenza medica attraverso la somministrazione di una sostanza letale. L'individuazione del parametro convenzionale, la cui violazione vagliarsi, nell'art. 8 CEDU, ha sin da subito implicato² l'accendersi del dibattito attorno al diritto al rispetto della vita privata, e alla sua “tolleranza” quanto a legittime interferenze finalizzate alla tutela di uno dei contro interessi menzionati nel § 2 dell'art. 8, esattamente dei diritti di terze persone.

Una recente svolta concettuale, che affonda in questo tralatizio pensiero, si segna già col caso [Koch c. Germania](#)³. La Corte EDU ha affrontato l'analisi di una fattispecie riguardante una paziente tetraplegica e totalmente dipendente dall'ausilio di un respiratore, non terminale avendo una aspettativa di vita di una quindicina di anni, la quale aveva chiesto all'autorità amministrativa tedesca la somministrazione di farmaci idonei a procurarsi la morte senza soffrire. Di fronte al rifiuto opposto dall'autorità amministrativa, la donna si era recata in Svizzera, dove era stata aiutata a morire in una clinica privata. La Corte europea ha affermato innovativamente come dall'art. 8 discenda quanto meno il diritto dell'individuo a che la propria richiesta relativa all'esecuzione di una decisione di fine vita venga esaminata nel merito dagli organi giurisdizionali interni, alla luce dei criteri desumibili dallo stesso art. 8. Nel caso di specie, dunque, la violazione dell'art. 8 CEDU risiedeva proprio nel non avere la giurisdizione nazionale esaminato nel merito il ricorso contro il diniego dei barbiturici da parte dell'autorità amministrativa, ricorso che legittimamente era stato proposto dal marito della donna dopo la morte di questa.

La sentenza Gross ha proseguito questo percorso di approfondimento evolutivo: la ricorrente, una cittadina svizzera di ottant'anni, non riuscendo ad accettare il decadimento delle proprie capacità fisiche e mentali legato all'invecchiamento, decide di porre fine alla sua vita. Fallisce un primo tentativo di suicidio, e sceglie allora di ricorrere a una sostanza letale, il pentobarbital di sodio, per evitare di fallire ancora.

La legislazione elvetica, il diritto vivente, e le linee guida mediche regolamentano la materia di somministrazione di sostanze letali e assistenza al suicidio in termini così sintetizzabili: il codice penale svizzero incrimina l'omicidio del consenziente e l'aiuto al suicidio se ed in quanto tali fatti siano commessi per motivi esecrabili, non compassionevoli ovvero per motivi egoistici; il diritto vivente applica questo dato normativo orientandosi ad escludere dall'ambito della incriminabilità la somministrazione di farmaci idonei a cagionare la morte sulla base di una regolare prescrizione medica; il codice deontologico sanitario, vale a dire le linee guida dell'Accademia Svizzera delle Scienze Mediche (A.S.S.M.), individua le condizioni a fronte delle quali il personale medico può effettuare la prescrizione, ammettendo la possibilità per questi di aiutare il suicidio dei pazienti nella fase terminale della loro malattia – e quindi anche di prescrivere la somministrazione di sostanze letali – quando la sofferenza sia diventata intollerabile, e il malato esprima una volontà in tal senso.

La signora Gross – dopo aver ottenuto risposta negativa da diversi medici, che non le

¹ C. eur. dir. uomo, 14 maggio 2013, *Gross c. Svizzera*, in *Dir. pen. cont.*, 6 giugno 2013.

² Fin dal *leading case* C. eur. dir. uomo, 29 aprile 2002, *Pretty c. Regno Unito*, ric. n. 2346/02.

³ C. eur. dir. uomo, 19 luglio 2012, *Koch c. Germania*, in *Dir. pen. cont.*, 19 febbraio 2013.

prescrivono la sostanza poiché non soffre di alcuna malattia, e giudicate legittime queste scelte dall'autorità giudiziaria elvetica – si rivolge alla Corte europea, lamentando una violazione dell'art. 8 CEDU.

I giudici europei declinano la complessità del ragionamento ribadendo che il diritto di un individuo di scegliere a che punto e in che modo porre fine alla propria vita sia uno degli aspetti del diritto al rispetto della vita privata garantito dall'art. 8 CEDU; limitazioni a questo diritto, qualora lo Stato ritenga che sussista una delle esigenze previste dal § 2 dell'art. 8 CEDU, devono essere previste dagli Stati in modo chiaro e comprensibile.

Ora, i Giudici di Strasburgo avvertono come nell'ordinamento svizzero manchino – le richieste e necessarie – chiare e comprensibili linee guida di fonte legale: con ciò si attesta violato il diritto garantito alla ricorrente dall'art. 8 CEDU. E avvalendosi del principio di sussidiarietà – in base al quale sono anzitutto gli ordinamenti nazionali a dover stabilire le condizioni alle quali i diritti convenzionali possono essere goduti – la Corte non decide se, nel caso di specie, la ricorrente avesse o meno diritto a ottenere la sostanza. Sul margine di questa discrezionalità nazionale si spende tuttavia il ragionamento – diametralmente opposto – seguito da tre giudici nella loro *dissenting opinion*: le condizioni richieste dall'ordinamento svizzero per la prescrizione di una sostanza letale sono sufficientemente chiare. Non v'è allora violazione dell'art. 8 CEDU: la normativa statale si dimostra in piena armonia con il margine d'apprezzamento che la giurisprudenza convenzionale riconosce agli Stati in una materia – quale quella del fine vita – sulla quale non c'è *consensus* tra gli Stati aderenti alla Convenzione. In estratto: è conforme alla CEDU la normativa che non riconosca tale diritto a soggetti che non siano in una fase terminale della loro malattia.

Voltando pagina, si apre un più generale spazio di approfondimento, in cui far maturare queste considerazioni e la portata assiologica che vi è sottesa: la tematica – delimitato l'osservatorio al panorama del sistema penale italiano – è quella del ruolo delle decisioni della vittima nella costruzione del reato.

2.

I “tre gradi” di rilievo penale del consenso del titolare del diritto, secondo la dogmatica tradizionale: a) Il consenso nelle singole fattispecie criminose: fattore di tipicità, negativo o positivo; b) Il consenso nella struttura generale del reato: l'art. 50 c.p. come causa di giustificazione; c) Il consenso dell'avente diritto come parte di una autonoma e complessa situazione scriminante (l'esercizio del diritto “altrui”).

L'art. 50 c.p. dispone che «non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto col consenso della persona che può validamente disporne», ed introduce così a livello di scrittura normativa una disposizione, sconosciuta a gran parte dei codici vigenti, che traduce il principio già espresso nel Digesto secondo cui *volenti non fit iniuria*. A fronte di una certa qual auto evidenza di tale principio, il consenso dell'avente diritto pone davanti a molteplici problemi, sia per quanto attiene al suo fondamento, cioè alle ragioni della liceità del fatto commesso in sua presenza, sia per quanto attiene alla sua natura giuridica – potendosi ben dubitare che il consenso dell'avente diritto costituisca davvero una causa di giustificazione – sia, infine, per quanto attiene ai suoi caratteri strutturanti⁴.

In direzione del dubbio orienta *prima facie* proprio il ventaglio di livelli sui quali può rilevare penalmente il consenso, costituendo alternativamente:

a) *Nelle singole fattispecie criminose: un fattore di tipicità, negativo o positivo*, quindi un elemento del fatto tipico, che concorre a fondare in termini positivi la tipicità, come è per il caso dell'usura, ove la vittima acconsente col *pactum* usurario alla corresponsione dei consecutivi e correlati interessi; come è altresì per il caso della truffa che ruota attorno al consenso (viziato) prestato dal truffato, succube delle astuzie del frodatore; come è per gli atti sessuali descritti

⁴ Cfr. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2013, 368 ss.

dall'art. 609 *quater* c.p. O piuttosto, il consenso costituisce un elemento negativo del fatto tipico: in tal caso il non-dissenso, esplicito o implicito, dell'offeso concorre ad escludere la tipicità del fatto, come è per la violazione di domicilio, l'aggressione sessuale *ex* art. 609 *bis* c.p., la sottrazione di cui alla fattispecie di furto.

b) *Nella struttura generale del reato: una causa di giustificazione ex art. 50 c.p.*, che rende prevalente un "interesse esterno" rispetto a quello vulnerato dal fatto di reato tipico ed offensivo, e pur sempre riconducibile alla vittima;

c) *Nella struttura generale del reato: parte di una autonoma e complessa situazione scriminante (l'esercizio del diritto "altrui")*, requisito di una fattispecie scriminante più ampia e complessa, come avviene nelle ipotesi di esercizio di attività rischiose lecite, ove il consenso di per sé non può avere efficacia giustificante eppure concorre come elemento essenziale a integrare le condizioni di liceità dell'esercizio di un'attività (di terzi) per il cui valore sociale si impone una regolamentazione fatta di una serie di discipline e cautele alla cui osservanza è pure subordinata la liceità del suo esercizio (così è per l'esercizio dell'attività medico-chirurgica, per lo svolgimento di una attività sportiva).

Si è detto quindi dell'opinione unanime: il consenso opererebbe condizionando la punibilità su due piani diversi, quale causa di esclusione del fatto tipico, da un lato, e quale causa di esclusione dell'antigiuridicità del fatto, dall'altro. Quale causa di esclusione dello stesso fatto tipico in tutte quelle ipotesi in cui la stessa norma incriminatrice preveda esplicitamente o implicitamente il dissenso del soggetto passivo in termini di elemento costitutivo del reato. In assenza del dissenso, dunque, il fatto tipico non si configurerebbe per mancanza di uno degli elementi costitutivi, operando così entro la dimensione minima dell'interesse tutelato dalla singola fattispecie criminosa, ed impedendo la formazione di un accadimento che finanche in linea generale ed astratta possa avere una immagine corrispondente ad una situazione ragionevolmente offendibile di una situazione di valore umano. D'altro canto, diversamente, il consenso opererebbe come causa di giustificazione, agendo, dunque su di un fatto completo dei suoi elementi costitutivi positivi, ed in questo senso corrispondente alla fattispecie tipica, escludendone tuttavia il connotato dell'antigiuridicità.

Così, per tracciare il fondamento sostanziale della assegnata efficacia esimente, si seguono altrettanti – duplici – percorsi.

Da un canto, si indica la mancanza di interesse dello Stato alla risposta punitiva, conseguente alla rinuncia del titolare del bene stesso alla sua tutela⁵. Tale punto di vista si basa sull'idea di una mancanza di meritevolezza di tutela del bene giuridico rispetto alle aggressioni di soggetti terzi conseguente alla rinuncia alla tutela da parte del titolare del bene stesso. Si dimostra in questa veste capace di adattarsi sia alla logica di una concezione pluralista del fondamento delle cause di giustificazione, per cui "speciale" sarebbe quello *ex* art. 50 c.p.; sia all'ottica del difetto di tipicità. Del resto, una volta fattasi strada una tesi interpretativa che inquadra il bene giuridico individuale come entità composta da due elementi, uno di natura materiale, uno di natura spirituale, ovvero la libertà di autodeterminazione, si è giunti ad affermare che il consenso validamente prestato da parte del titolare del bene escluderebbe lo stesso fatto tipico eliminando il disvalore dell'evento e della condotta⁶. Pure, una simile prospettiva non riesce ragionevolmente a spiegare il discrimine che corre tra l'ipotesi generale dell'art. 50 c.p., così ricostruita, ed i casi, fissati in specifiche fattispecie criminose, la cui tipicità si articola espressamente attraverso il consenso ovvero la mancanza del consenso. Né si riesce con ciò ad abbandonare la questionabile distinzione, entro l'unitaria categoria dei beni individuali, tra i diritti a seconda che risultino qualificabili in termini di disponibilità o indisponibilità: categorie che dimostrano tutta la loro fragilità al confronto con il diritto alla vita, problematicamente considerato come indisponibile alla luce degli artt. 579 e 580 c.p., e con i diritti personalissimi di libertà, destinati a subire più o meno ampie limitazioni di disponibilità in nome della *ratio* che alligna nell'art. 5 c.c.

D'altro canto, si attribuisce invece anche al consenso un fondamento analogo alle altre cause di giustificazione, ricondotto al generale criterio del bilanciamento di interessi. Nel caso del consenso – si annota – si è tuttavia in presenza di una sola persona (titolare di tutti i beni giuridici coinvolti) ed il conflitto tra beni non può che essere conflitto tra beni di una stessa

⁵ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, 250; MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2007, 264.

⁶ V. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008, *passim*.

persona; conflitto, infatti, che viene da taluni definito “interno” per distinguerlo da quello “esterno”, cioè corrente tra più beni di più soggetti, alla base delle altre situazioni giustificanti⁷.

Questa la sintesi. Sembra emergere la percezione, da parte dell'esegesi scientifica, di una diffusa, ricca, significativa presenza dell'elemento “consenso dell'offeso” entro le dinamiche dell'illiceità penale.

Eppure, l'analisi in ordine alla rilevanza penale da assegnare alla volontà della vittima sembrerebbe tenuta a muoversi da una osservazione antitetica, quella della sua tendenziale indifferenza di principio: tale volontà rimane infatti calata in un contesto pubblicistico, in cui il consenso del singolo sta in subordine al volere statale, portatore del superiore interesse della collettività, cui – per patto sociale – quello personale deve soggiacere, trovando significato solo se ed ove col primo coincidente, corrispondente ovvero conforme. Ciò nonostante il consenso ha sempre avuto riconosciuto uno spazio nel sistema criminale, storicamente variabile e variato, in relazione alle specifiche forme dello Stato.

Così, negli attuali ordinamenti democratici, soprattutto con l'entrata in vigore delle Costituzioni repubblicane – ove al centro del sistema dei valori sta la persona – si riscontra una tendenza nel senso di una sempre maggiore valorizzazione della libertà di autodeterminazione del soggetto in relazione alla gestione dei propri beni e dei propri diritti personali. Tendenza pienamente rispecchiata nello scenario della Costituzione italiana all'indomani della conclusa esperienza storica del fascismo, alla quale pur si deve, col codice Rocco, la prima introduzione di una disposizione *ad hoc*, l'art. 50 c.p.⁸.

Si tratta di norma comunemente inquadrata come espressiva della possibilità per la persona offesa di consentire efficacemente alla lesione del proprio bene, e così di incidere sulla punibilità, negandola, del comportamento criminale da altri commesso, ciò intendendosi una manifestazione della autonomia e della libertà di autodeterminazione dell'individuo.

Si badi del resto come si faccia espresso e tassativo riferimento ad un “diritto della persona”, che perimetra l'area operativa della disciplina ai soli diritti individuali e disegna così un binario di peculiare e differenziata rilevanza – rispetto agli altri beni giuridici penalmente significativi – quanto ai diritti che afferiscono “immediatamente” e direttamente alla persona. La previsione legislativa conferisce quindi veste giuridica ad un istituto i cui limiti rimangono particolarmente «influenzati dall'evoluzione dei valori socio-culturali e soprattutto dal tipo di rapporto che storicamente si instaura tra l'esigenza di dare ampio spazio alla libertà individuale e l'esigenza contrapposta di limitare questa libertà per il soddisfacimento di interessi collettivo-solidaristici⁹. Tant'è, la norma si è resa aderente già ed anche all'ideologia autoritaria, che segna il primato dello Stato sull'individuo¹⁰.

Si tratta allora di riattualizzare una domanda ancora aperta, circa il ruolo penale del fattore “consenso dell'avente diritto”, in un contesto giuridico moderno e globale, in cui il diritto penale si pone come parte di un reticolato internazionale elevato a garanzia di diritti umani fondamentali culturalmente condivisi.

3. Un nuovo ruolo del consenso nella struttura generale del reato: l'art. 50 c.p. nella prospettiva, costituzionalmente orientata, dell'offesa “valida”.

3.1. I diritti della persona: la “rivoluzione costituzionale”.

Paternalismo, liberalismo, diritto penale diventano così parole-chiave di un ragionamento che si interroga sulla legittimazione di regole che proibiscono l'atto dannoso realizzato ri-

⁷ ALBEGGIANI, *Profili problematici del consenso dell'avente diritto*, Milano, 1995, 30 ss.; ROMANO, *Art. 50*, in *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Milano, 2004, 442; VIGANÒ, *Art. 50*, in *Codice penale commentato*, a cura di Marinucci-Dolcini, Milano, 2006, 508.

⁸ Rappresentando uno dei rari esempi di disciplina del consenso dell'avente diritto contenuta nella parte generale di un codice penale.

⁹ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, 262.

¹⁰ V. Rocco, *Relazione al r.d. 19 ottobre 1930, n.1398, approvazione del testo definitivo del codice penale. Relazione a S.M. il Re del Ministro Guardasigilli Rocco*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. IV, parte III, Roma 1931, 16.

spetto ad un'altra persona con il suo libero consenso¹¹. L'alternativa va ben compresa. Secondo l'una ideologia – quella paternalistica – la ragione di un divieto penale si può fondare anche sulla sola necessità di prevenire un'offesa (“harm”) (fisica, psicologica o economica) a sé stesso da parte dell'autore¹². La “posizione liberale” (sui limiti morali del diritto penale) vuole invece delimitata la ragione dei precetti penali alla sola necessità ed efficacia rispetto alla prevenzione di un'offesa a persone diverse dall'autore¹³.

Nella Costituzione italiana, sia il principio di uguaglianza, siglato come indipendente dalle differenze di opinione, ed altresì dalle differenti condizioni sociali o personali, sia il principio di laicità e pluralismo, sia l'affermazione della libertà e dell'autonomia della persona come diritti fondamentali sono argomenti forti a favore di un liberalismo “laico”¹⁴ e “solidale” e quindi dell'anti-paternalismo.

Vengono difatti specificamente in considerazione, non solo il primato della persona e dei suoi diritti fondamentali (art. 2 Cost.); il richiamo alla sua dignità contenuto all'art. 3; l'inviolabilità della libertà personale sancita all'art. 13; il riconoscimento della salute, ex art. 32, quale diritto e non quale dovere, con il conseguente divieto assoluto di trattamenti sanitari obbligatori che violino «i limiti imposti dal rispetto della persona umana» (art. 32, comma 2); i principi del pluralismo e della laicità dello Stato, statuiti dagli artt. 7, 8, 19-21; più in generale l'affermazione della pari dignità ed eguaglianza di religioni, opinioni politiche, condizioni personali e sociali, ex art. 3, comma 1.

Ma anche il richiamo, nell'art. 2, a «doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale» e, nell'art. 3, comma 2, al «compito della Repubblica» di «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale» alla libertà, all'eguaglianza, al pieno sviluppo della persona ed ai diritti di partecipazione ivi menzionati.

In uno Stato laico così assiologicamente orientato, non è allora compito del diritto penale imporre concezioni morali ai cittadini¹⁵, ma soltanto tutelare i consociati da condotte altrui, offensive – dannose o pericolose – di beni giuridici riferibili ad una o più persone¹⁶.

La “rivoluzione” portata dal costituzionalismo entro la sistematica penale capovolge dunque – idealmente – l'ordine c.d. decrescente dei beni giuridici cui la codificazione dei primi del Novecento ha assegnato protezione penale, importando altresì, rispetto a quelli superindividuali, una revisione interpretativa che ne spiega il significato e lo spessore non più in senso meramente astratto ed ideale (così per l'ordine pubblico, la sicurezza, l'economia pubblica, la pubblica incolumità etc.) – in fin dei conti “prove di obbedienza” all'autorità statuale – ma in una ottica di materiale ed afferrabile bene strumentale a garantire una dimensione di libertà della persona.

¹¹ Sul tema, recentemente, v. CAVALIERE, *Paternalismo, diritto penale e principi costituzionali: profili di teoria generale*, in *i-lex*, 20, 2013, 421 ss. Nella vasta bibliografia in argomento v. anche FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. IV, New York-Oxford, 1984-1988; DWORKIN, *Paternalism*, in *The Monist*, 1972, 64 ss.; KLEINIG, *Paternalism*, Totowa, 1984; A.A.Vv., *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, a cura di Fiandaca-Francolini, Torino 2008; TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, cit., 101 ss., 273 ss.; CADOPPI, *Paternalismo e diritto penale: cenni introduttivi*, in *Criminalia*, 2011, 223 ss.; CANESTRARI-FAENZA, *Paternalismo penale e libertà individuale: incerti equilibri e nuove prospettive nella tutela della persona*, in A.A.Vv., *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, a cura di Cadoppi, Milano, 2010, 167 ss.; CORNACCHIA, *Placing care. Spunti in tema di paternalismo penale*, in *Criminalia*, 2011, 239 ss.; PULITANÒ, *Paternalismo penale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. I, Napoli 2011, 489 ss.; ROMANO, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 984 ss.; per una ricostruzione dell'evoluzione del dibattito a partire da John Stuart Mill, cfr. in particolare CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in A.A.Vv., *Sulla legittimazione del diritto penale*, cit., 90 ss.; FRANCOLINI, *Il dibattito angloamericano sulla legittimazione del diritto penale: la parabola del principio del danno tra visione liberale e posizione conservatrice*, ibidem, 7 ss.

¹² FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. III, *Harm to Self*, New York-Oxford, 1986, xvii; 3 ss., ove vengono distinti diversi significati e specie di paternalismo.

¹³ FEINBERG, *The Moral Limits*, cit., xvi-xvii.

¹⁴ Sul fondamento costituzionale del principio di laicità, cfr. nella letteratura penalistica CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in *Bioetica e diritto penale. Materiali per una discussione*, Torino 2012, 8 ss.; PULITANÒ, *Laicità e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 55 s.; in generale, su laicità e diritto penale, cfr. A.A.Vv., *Laicità, valori e diritto penale*, a cura di Balbi-Esposito, Torino, 2011; A.A.Vv., *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, a cura di Canestrari-Stortoni, Bologna 2009; A.A.Vv., *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law*, cit.; DOLCINI, *Laicità, 'sana laicità' e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1017 ss.; FIANDACA, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in *Studi in memoria di P. Nuvoletti*, vol. I, Milano 1991, 165 ss.; MANTOVANI, *Problemi della laicità nell'esperienza giuridico-penale*, in *Scritti in memoria di Renato Dell'Andro*, vol. I, Bari 1994, 519 ss.; MOCCIA, *Bioetica o "biodiritto"?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 863 ss.; ROMANO, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 477 ss.; STELLA, *Laicità dello Stato: fede e diritto penale*, in A.A.Vv., *Diritto penale in trasformazione*, a cura di Marinucci-Dolcini, Milano 1985, 309 ss.; sui nessi tra pluralismo ed antipaternalismo, v. spec. CANESTRARI-FAENZA, *Paternalismo penale e libertà individuale*, cit., 180 s.

¹⁵ ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin-New York 1973, 12.

¹⁶ CAVALIERE, *Paternalismo, diritto penale*, cit., 424.

Il primato costituzionale dei diritti fondamentali dell'individuo comporta in sostanza l'esclusione della sacrificabilità di tali diritti ad interessi statuali; quella sacrificabilità affermata, al contrario, in ordinamenti orientati ad un utilitarismo collettivistico, di tipo autoritario, ivi "decisa" dall'*humus* dei valori dominanti che discernono (in senso restrittivo) gli "interessi validamente disponibili" da parte del singolo rispetto a quelli indisponibili.

Così, la formula della "valida disposizione" contenuta nell'art. 50 c.p., al tempo della codificazione si è prestata ad una lettura esimente a seconda del diritto "alla cui offesa potersi acconsentire", inteso come interesse validamente gestibile dalla persona-titolare in termini di piena ed esclusiva autonomia: categoria dalla quale rimanevano esclusi un fitto novero di beni personali, ciò piegandosi esattamente agli obiettivi del sistema politico e giuridico del tempo.

Più in dettaglio.

Dalla osservata "concezione personale-costituzionale" del "moderno" bene giuridico deriva come i beni superindividuali vadano visti nel loro nesso inscindibile con la persona; quindi, "funzionalizzati" alla persona stessa. Si tratta del procedimento opposto a quello seguito nel codice Rocco, che tende a vederli e volerli tutelati nella misura in cui ciò sia funzionale ad interessi statuali, ovvero, e per l'inverso, li "funzionalizza" alla tutela di beni superindividuali, fino a procedere alla già citata pubblicizzazione artificiale degli oggetti della tutela. Per effetto di tale pubblicizzazione artificiale (ancora si pensi a beni giuridici quali l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica, l'economia pubblica, la moralità pubblica, l'integrità della stirpe) non solo il dato letterale del codice penale ha sancito la punibilità di condotte inidonee ad offendere in modo empiricamente verificabile beni, ma l'esegesi dogmatica e giurisprudenziale ha altresì destinato alla sottrazione rispetto alla disponibilità del titolare di ogni bene giuridico inteso, appunto, come superindividuale¹⁷. Basti considerare le norme in tema di omicidio del consenziente (art. 579 c.p.), e di istigazione o aiuto al suicidio (art. 580 c.p.), in rapporto alle quali, per giustificare l'indisponibilità del bene vita, se ne veniva affermando la portata anche statale¹⁸.

Oggi, e già "ieri", i principi costituzionali – secondo avvedute letture – scriverebbero di contro l'opzione fondamentale per cui alla persona non possono essere imposte dall'esterno le sue scelte esistenziali, fintanto che la sua condotta non offenda beni di altri consociati. Ciò significherebbe che il fondamentale diritto dell'autonomia della persona rimanga travolto e violato quando la persona stessa venga assoggettata a decisioni "non libere" perché etero dirette, in altre parole "altrui", e segnatamente, autoritative, fondate su ciò che gli Altri – l'opinione comune e maggioritaria – ritengano essere il suo "vero bene". Così, in taluni casi la dignità umana viene intesa come componente dell'ordine pubblico, principio assoluto che deve essere rispettato anche dal suo titolare in quanto sovraordinato ad altre libertà fondamentali¹⁹.

In questa prospettiva, «L'unico motivo per cui il potere può essere legittimamente esercitato su qualsiasi membro della comunità civilizzata, è quello di prevenire un danno agli altri (*harm to others*). Il bene dell'individuo, sia fisico sia morale, non costituisce una giustificazione sufficiente dell'interferenza. Un individuo non può essere costretto o impedito a fare qualcosa per il fatto che ciò sarebbe meglio per lui, o perché ciò lo renderebbe più felice, oppure perché agire così, almeno secondo l'opinione degli altri, sarebbe saggio e persino giusto [...]. Il solo aspetto della condotta per cui si è responsabili di fronte alla società è quello che concerne gli altri. Per la parte che riguarda solo se stesso, l'indipendenza dell'individuo è, di diritto, assoluta. Su se stesso, sul proprio corpo e sulla propria mente l'individuo è sovrano»²⁰.

In tal senso, il concetto, di per sé ambivalente, di dignità umana, impiegabile sia per fondare l'autonomia della persona, sia, al contrario, per negarla alla luce di superiori doveri morali dell'essere umano²¹, andrebbe univocamente nella direzione di rendere non conforme a Costituzione l'imposizione ad un individuo, nelle sue scelte esistenziali, di una certa concezione

¹⁷ CAVALIERE, *Paternalismo, diritto penale*, cit., 426 ss.

¹⁸ V. Corte cost., 11 luglio 1991, n. 333, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 293.

¹⁹ V. C. eur. dir. uomo, 16 ottobre 1996, Manuel Wackenheim c. Francia, ric. n. 29961/96. Sul tema LEVINET, *Dignité contre dignité. L'épilogue de l'affaire du "lancer de nains" devant le Comité des droits de l'homme des Nations Unies*, in *Rev. trim. dr. h.*, 2003, 1031 ss. Sul concetto di dignità, quale limite oggettivo ed invalicabile alla libertà individuale in quanto sinonimo di moralità pubblica, o come elemento della libertà dell'individuo, garanzia della sua autodeterminazione, v. BUSNELLI, *Bioetica e diritto privato*, Torino, 2001, 3 ss., 232 ss.

²⁰ Ciò corrisponde alla concezione 'liberale' elaborata da STUART MILL, *Sulla libertà* (1859), trad. it. della 4ª ed. con testo originale a fronte, Milano, 2010, 55.

²¹ Sul punto cfr. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e "post-secolarismo"*, in A.A.Vv., *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, cit., 342 ss.; HASSEMER, *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, in *Ars interpretandi*, 2005, 129 ss.

morale, per quanto dominante, perché considerata l'unica “degn”²². Sembrerebbe allinearsi a questa ideologia la tutela costituzionale della salute individuale, per come definita dall'art. 32, comma 1, Cost. nei termini di diritto e non di dovere, e protetta – giusto il secondo comma – dal divieto di trattamenti sanitari obbligatori contrastanti con il rispetto della persona. In questo senso, allora, andrebbe pure considerato il richiamo agli artt. 2, 3, 13, 32 Cost., che nella nota sentenza Welby, resa in tema di eutanasia²³, conducono ad affermare il diritto del paziente-vittima di rifiutare le cure decidendo con ciò di morire e, corrispondentemente, la non punibilità del medico che interrompa un trattamento salvavita con il consenso del paziente²⁴.

Allo specchio, vanno certo osservati i principi di solidarietà e di eguaglianza sostanziale, che assegnano rispettivamente a consociati ed istituzioni pubbliche il compito di: garantire condizioni effettive di libertà e di autonomia della persona; di intervenire per affrontare e superare stati personali, economici e sociali di disagio; di fornire aiuto – e non di imporlo coattivamente – a persone in siffatte difficoltà²⁵.

3.2.

La persona offesa e l'offesa “di valore”.

Come recepire nell'interpretazione ed applicazione delle disposizioni penali vigenti queste direttive, non solo costituzionali ma anche europee ed internazionali – per tutte le norme valga il richiamo agli artt. 2 e 3 CEDU – è la questione che si intende affrontare. E che si appresta a trovare soluzione alla luce di una esegesi dell'art. 50 c.p. – per l'appunto – costituzionalmente orientata, nel cui svolgersi non può non essere valorizzato un peculiare dato linguistico letterale: ivi non si scrive di un “consenso validamente prestato da chi ha diritto di disporre del bene”²⁶, leso o messo in pericolo, ma sta sancita una formulazione sintetica – conforme alla tecnica espressiva adottata nella parte generale del codice – che inquadra la persona – il cui consenso ha efficacia esimente – come chi “può validamente disporre”.

Pare allora adottabile una interpretazione evolutiva della norma che la “validità” dell'atto di disposizione “valuta” rispetto alla lesione o messa in pericolo del bene giuridico, quanto a dire che oggetto della disposizione è l'offesa dell'interesse personale, nel senso che essa offesa risulta “negoziabile” – attraverso una apposita manifestazione di volontà (in tal senso) prestata dal titolare – in quanto alla stessa sia attribuibile un “valore”, da parte del membro del consesso civile e quindi anche dall'ordinamento giuridico vigente che quel valore fa proprio, riconoscendolo e garantendolo.

L'art. 50 c.p. diventa così “principio normativo di sutura”, capace di riflettere una prospettiva sinottica, e cioè di lettura del codice penale attraverso il filtro delle disposizioni della Costituzione, e di “fondere” le due – anzidette – antitetiche visioni, quella “personalistica”, che l'individuo intende proteso a realizzare il proprio interesse, e quella – diremmo – del “funzionalismo sociale”²⁷, per cui alle persone devesi guardare anche come “agency”, «ossia nella loro capacità “di dar forma a obiettivi, impegni, valori”». «Compito del diritto penale diverrebbe allora quello di recare un contributo a che si sia in grado di sviluppare le proprie potenzialità umane nelle forme dell'organizzazione sociale», concludendosi che «l'uomo realizza le proprie potenzialità nel modo più significativo proprio nel processo attraverso il quale giunge a sviluppare tali risorse e capacità, rendendosi un membro funzionante e partecipe della comunità»²⁸.

²² Nello stesso senso CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, cit., 105.

²³ Trib. Roma, 23 luglio 2007, n. 2049, R., in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 437 ss.; cfr. Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Foro it.*, 2007, I, 3025 ss., relativa al caso Englaro; in argomento v. spec. CANESTRARI-FAENZA, *Paternalismo penale e libertà individuale*, cit., 180 ss.; DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno “spazio libero dal diritto”*, in *Cass. pen.*, 2007, 902 ss.; SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 1561; VIGANÒ, *Esiste un “diritto a essere lasciati morire in pace”? Considerazioni in margine al caso Welby*, *ibidem*, 5 ss.

²⁴ V. FEINBERG, *op. ult. cit.*, 12 ss.; in proposito v. pure CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, cit., 93-94; cfr. in senso analogo CANESTRARI-FAENZA, *Paternalismo penale e libertà individuale*, cit., 185; FRANCOLINI, *Il dibattito angloamericano sulla legittimazione del diritto penale*, cit., 5, nota 11; ROMANO, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, cit., 987 s.

²⁵ CAVALIERE, *Paternalismo, diritto penale*, cit., 431 ss.

²⁶ V. art. 39 del codice penale sammarinese, Libro I, titolo III, capitolo IV (Le cause di giustificazione) – Consenso dell'avente diritto: «Non è punibile chi lede o pone in pericolo un bene col consenso validamente manifestato dalla persona che ha il diritto di disporne.

Il consenso non è valido se è estorto con violenza ovvero dato per errore facilmente riconoscibile, ottenuto con inganno o manifestato da persona minore degli anni diciotto o incapace d'intendere e volere».

²⁷ Cfr. FORTI, *Principio del danno e legittimazione “personalistica” della tutela penale*, in AA.Vv., *Sulla legittimazione del diritto penale*, cit., 72 s.

²⁸ FORTI, *op. ult. cit.*, 80.

Entrambe le impostazioni, anche quella paternalistica – pure se in versione “ragionevolmente tenue” – in fin dei conti appartengono sia alla dimensione costituzionale che a quella della codificazione penale. La prima dimensione in effetti lascia soggiacere la volontà individuale a quella autoritativa nel momento in cui disegna il singolo come parte della collettività, la cui salute ad esempio egli è chiamato a non mettere in pericolo, e con ciò è coartato nel disporre del proprio corpo sottoponendosi ad esempio a vaccinazioni obbligatorie per talune malattie infettive: il comma 2 dell'art. 32 fa difatti salva la liceità di quei (soli) trattamenti sanitari qualificati come obbligatori, e con ciò volti a tutelare in primo luogo e necessariamente se stessi, in secondo luogo ed eventualmente terzi da situazioni di pericolosità (così, di contagio)²⁹. Il codice penale riflette questo stesso orientamento di paternalismo “soft” nella tipizzazione – che segna già “indizio” di disvalore” penale – di fatti criminali articolati anche sul consenso dell'offeso: per tutti i richiami valga ancora quello all'omicidio del consenziente.

In questo scenario matura l'osservazione del disposto dell'art. 50 c.p. nei panni di codificatore (in effetti “recettore” costituzionale) di un ulteriore connotato dell'offesa penalmente rilevante, che non solo si ha da dimostrare (attualmente) tipica e reale – rispettivamente secondo le direttrici di cui all'art. 49, commi 1 e 2, c.p. – ma anche si deve qualificare come “offesa invalida” per il soggetto passivo, con ciò pur sempre rimanendosi nella fondamentale ed assestata logica di principio dell’“offensività sociale” quale sfondo e pregnante componente di tutta la sistematica criminale.

Le origini del diritto penale moderno e del costituzionalismo penale lasciano difatti assistere all'emersione del principio che vuole ancorato il disvalore del reato alla presenza di un requisito di effettiva dannosità sociale del reato, il cui parametro va calibrato su valori sociali-culturali, in quanto contenuto non costruito artificialmente in via legislativa bensì “trovato” preesistente nella c.d. coscienza e sensibilità sociale³⁰.

Indiscusso, difatti, che compito primario del diritto penale sia quello di tutelare beni giuridici³¹, offesi in senso oggettivo, in corrispondenza allo storico concetto di danno criminale³².

Il bene giuridico rappresenta invero, come noto, l'interesse individuale o sociale che viene leso o posto in pericolo dalla condotta tipica, distinto perciò dal disvalore dell'inosservanza in sé considerata: in negativo vale ad escludere dall'ambito di rilievo penale tutte quelle condotte che non siano offensive – lesive o seriamente pericolose – per beni giuridici di rango costituzionale e si manifestino invece come meri comportamenti inosservanti o violazioni di specifici doveri; in positivo conferisce caratteri necessari all'oggetto della tutela penale, alla stregua dei principi di materialità e offensività, di colpevolezza, di liceità³³.

3.2.1. *Offensività: il livello strutturale che segue la tipicità.*

È del resto pensiero di chi scrive che sia differenziabile – e debba essere differenziato – il ruolo assunto nel sistema da tipicità e offensività, sulla scorta degli eterogenei portati normativi degli artt. 49, commi 1 e 2, e 56, comma 1, c.p.³⁴.

L'obiezione concettuale più diffusa, rispetto a questa soluzione, sconta invero l'idea che l'offensività del fatto sia un carattere proprio della tipicità, per cui la mancanza della prima rende l'accadimento non corrispondente ai tratti tipici. Idea superabile osservando: su di un lato la tipicità penale del fatto, ove la descrizione normativa seleziona come rilevante un certo comportamento in quanto vicenda umana al cui apparire si accompagna d'ordinario un particolare e correlato significato offensivo, il cui accertamento opera in senso generale ed astratto e quindi *ex ante*; sull'altro lato l'offensività reale del fatto, già appurato come tipico, alla cui verifica procedere in concreto ed *ex post* per trovare effettiva conferma del disvalore che la legge

²⁹ Cfr. VINCENZI AMATO, *Art. 32 comma 2*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Roma-Bologna, 1976, 170 ss.

³⁰ Sul principio di dannosità sociale v. MOCCIA, *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli, 1979, 61; cfr. sul punto ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. I, München, 2006, 54.

³¹ Al riguardo si rinvia ai fondamentali contributi di BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIX, Torino, 1973, 7 ss.; DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, 140 ss.; MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005, 74 ss., 129 ss.

³² DONINI, *op. ult. cit.*, 197 ss.

³³ Per un vasto e recente approfondimento sul tema del bene giuridico, v. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *questa Rivista*, n. 4, 2013, 4 ss.

³⁴ Sia consentito rinviare a FALCINELLI, *L'attualità dell'offesa. Desistenza volontaria e genesi del disvalore penale*, Torino, 2009, *passim*.

penale ha immaginato implicato nella cornice umana di cui si discute.

Assunta questa impostazione, va riscritto il campo di contesa tra le due “storiche” concezioni del c.d. reato impossibile.

Tradizionalmente si sostiene che la norma *ex* art. 49, comma 2, c.p., nel momento in cui sancisce la non punibilità in caso di inidoneità dell'azione o di inesistenza del suo oggetto, non rappresenti altro che un rovescio negativo della disposizione sul tentativo – a sua volta prescrittiva dell'idoneità degli atti – sottratta all'accusa di superfluità per effetto della previsione della applicabilità della misura di sicurezza a carico dell'imputato prosciolto che si sia tuttavia dimostrato socialmente pericoloso³⁵.

La contrapposta soluzione assegna invece alla disposizione – ove si scrive di “inidoneità dell'azione” – una funzione “di sistema”: sulla scorta della c.d. concezione realistica del reato³⁶ si ritiene qua trascritto il principio di necessaria offensività dell'illecito penale, che preclude la positiva ricostruzione di una fattispecie concreta di reato quando l'accadimento, pur astrattamente conforme a quello descritto dalla norma incriminatrice (consumata), risulti in concreto inoffensivo rispetto al bene giuridico tutelato³⁷.

Quest'ultima interpretazione trae spunto dalle differenze normative che corrono tra il dettato del comma 1 dell'art. 56 c.p. ed il capoverso dell'art. 49 c.p. – didascalicamente, il richiamo a nozioni di “atti”, “evento in senso naturalistico” e “delitto” non identificabili in quelle di “azione”, “evento in senso giuridico” e “reato” – capaci di allontanare il campo operativo degli istituti, come del resto indizia la distanza topografica assegnatagli dal codice.

Una simile concezione alternativa del reato impossibile, che si sviluppa dalla presupposta esistenza di fatti inoffensivi conformi al tipo consumato, sebbene ampiamente avversata³⁸ ha in ultimo trovato un certo accoglimento in dottrina e nella giurisprudenza di legittimità³⁹, sfociando nella affermata necessità di verificare l'esistenza di un disvalore tangibile – *id est*, un'offesa di pericolo o di danno – in ogni episodio incriminato. Si tratta di una sensibilità giuridica moderna, che scinde le sorti del reato impossibile da quelle del tentativo, spronando a riapprezzare l'effettivo significato di questa distinzione.

Si è detto di una tipicità come componente del reato che si configura a sé stante rispetto all'offesa. La prima descrive del resto una situazione fenomenica, dotata quindi di una “forma storica” che la renda una entità dotata di apparenza percepibile tramite la sensorialità umana, punto di partenza per iniziare a vedere la “vera realtà” penalistica della vicenda concretizzatasi, in tutte le sue sfaccettature, fornendo spunti, indizi, che necessitano di apposite conferme quanto alla reale offensività, antigiuridicità, colpevolezza.

In breve, la situazione che dalla struttura tipica si desume rimane pur sempre fissata in una accezione statica, idonea a “fermare” un modello ed al contempo incapace di scontare quella specificità della dimensione storica che invece emerge, in prima battuta, in sede di concreta valutazione della lesività⁴⁰.

L'idea di una distinzione tra aspetto descrittivo e profilo valutativo del fatto di reato, che comporti una differente cronologia del relativo accertamento e di poi una diversificazione della risposta penale a fronte dell'assenza dell'uno o dell'altro versante, appare d'altronde puntualmente codificata. Nella consecuzione tra i primi due commi dell'art. 49 c.p., nella divaricazione che la norma prospetta tra la non assoggettabilità a pena derivante dalla commissione di un

³⁵ V. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, 421.

³⁶ La tesi qui discussa – c.d. concezione realistica del reato – risale come noto a GALLO, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, in *Studi Urbinati*, 1951-1952, 272 ss. Approfondita in particolare da NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Milano, 1965, l'impostazione è stata seguita anche da altri autorevoli giuristi, v. per tutti C. FIORE, *Il reato impossibile*, Napoli, 1959; BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., 72 ss. La teoria è stata sottoposta a critica da parte di quanti ritengono l'idoneità dell'azione *ex* art. 49 c.p. non esprimere altro che il contenuto tipico delle diverse fattispecie, così come il legislatore le ha costruite ritenendole incorporare l'offesa, cfr. STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 3 ss.

³⁷ Nella vastità della letteratura in argomento, per un approfondimento delle ragioni di questa impostazione si rinvia a NEPPI MODONA, *Reato impossibile*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1996, 259 ss.; GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. III, *Le forme di manifestazione del reato*, Torino, 2003, 92 ss.; CATERINI, *Reato impossibile e offensività. Un'indagine critica*, Napoli, 2004.

³⁸ Per tutti, si vedano le notazioni critiche di STELLA, *La teoria del bene giuridico*, cit., 20; MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1223.

³⁹ Cfr. Cass., sez. I, 15 maggio 1989, Lungaro, in *Cass. pen.*, 1991, 572 ss., con nota di CASTELLANI, *L'art. 49 c.p. tra tentativo e reato impossibile*, Trib. Roma, 2 maggio 2000, Ostensi, *ivi*, 2001, 2532 ss., con nota di GROSSO, *Proscioglimento per furto di cose di valore particolarmente esiguo*, cit., 2535 ss. Più recentemente, v. Cass., sez. un., 24 aprile 2008, Di Salvia, in *Cass. pen.*, 2008, 4503; Cass., sez. IV, 28 ottobre 2008, Nicoletti, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1529.

⁴⁰ Argomentazione sviluppata da BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., 7 ss.

reato putativo e la sanzionabilità confezionata invece in risposta ad un reato impossibile scorre e si articola, esattamente, il passaggio tra tipo ed offesa⁴¹. Esso segue un preciso ordine logico e temporale, e per un canto nega la concepibilità di una risposta punitiva in relazione a fatti – ancorché dotati di una certa, “sostanziale”, carica offensiva – non conformi al tipo (che rimane solo putativo *ex art. 49, comma 1, c.p.*⁴²), per l'altro stabilisce una peculiare reazione rieducativa a fronte di fatti tipici non effettivamente lesivi dell'interesse tutelato⁴³. L'assenza del *solo* requisito oggettivo dell'offesa – *quando, per la inidoneità dell'azione o per l'inesistenza dell'oggetto di essa, è impossibile l'evento dannoso o pericoloso*, *ex art. 49, comma 2, c.p.* – non esclude dunque fini di garanzia diversi da quelli serviti dalla pena, e sostanziabili nella misura di sicurezza, proprio per essere già stata accertata l'integrazione di una ipotesi tipica, e quindi rilevato un fatto che coincide “in apparenza” con il disvalore “immaginato” nella fattispecie astratta.

Facendo tesoro della descritta separazione tra tipo ed offesa pare dunque proponibile una segmentazione tra l'istituto del tentativo, da cui estrarre la *tipizzazione* di un fatto altrimenti “atipico”, perché carente quanto ad integrazione di tutti gli estremi propri della fattispecie delittuosa di forma consumata; e l'istituto del reato impossibile, ove invece e per l'appunto cogliere la regolamentazione dettata per un fatto rivelatosi *non offensivo* dell'interesse tutelato sebbene totalmente conforme al tipo⁴⁴, *rectius*, a qualsiasi forma tipica, tentata o consumata e in tal caso di danno come di pericolo⁴⁵.

In questa prospettiva non si tarda allora ad assegnare una natura normativa autonoma a ciascuno dei requisiti di idoneità ed inidoneità attribuiti rispettivamente della condotta tentata e del reato “impossibile”. Ad una immediata lettura questi sembrano porsi in un rapporto di speculare similitudine, e testimoni del fatto che l'idoneità del tentativo – nei cangianti panni ora della possibilità ora della probabilità⁴⁶ – si presti a servire la direttrice della necessaria offensività pure in mancanza di perfezionamento del delitto⁴⁷. Ma a guardar meglio essi trovano una eterogenea collocazione: l'uno, l'*idoneità degli atti*, concorre alla determinazione del tipo “presente” del delitto tentato, in particolare rapportandolo al “futuro” del fatto consumato, l'altro, l'*idoneità dell'azione* (non impossibile), implica l'accertamento della verifica dell'offesa dell'interesse tutelato, secondo un giudizio di lesività che assume a riferimento il “genere” di disvalore vietato a mente dell'astratta previsione legislativa.

3.2.2. *Art. 50 c.p.: l'Offesa compensata dal Valore.*

Ciò posto, l'art. 50 c.p. – non a caso collocato immediatamente dopo l'art. 49 c.p. – parrebbe scrivere, secondo l'idea avanzata in questo scritto, un *quid pluris* che logicamente segue l'accertata realtà dell'offesa penale, pretendendo la riconsiderazione di quell'offesa entro una visuale complessiva, la cui angolatura assuma a punto di riferimento la persona che l'offesa subisce.

Se l'offesa risulta difatti “compensata” dal “valore” che essa stessa possa esprimere per l'individuo (che con ciò la consente), allora l'ordinamento la considera completamente annullata,

⁴¹ Per l'approfondimento di questa prospettiva si rinvia a FALCINELLI, *L'attualità dell'offesa. Desistenza volontaria e genesi del disvalore penale*, cit., in part. 59 ss., 71 ss., 74 ss.

⁴² Sul tema del reato putativo PIACENZA, *Reato putativo*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIV, Torino, 1967, 1003 ss.; SERIANNI, *Reato impossibile e reato putativo*, in *Enc. giur.*, vol. XXVI, Roma, 1991, 1 s.; PETRINI, *Reato putativo*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XI, Torino, 1996, 348 ss.

⁴³ V. Russo, *Il problema della idoneità nel delitto tentato*, in *Giust. pen.*, 1971, II, 383.

⁴⁴ Cfr., con riguardo alla tematica del c.d. falso innocuo, DE MARSICO, *Falsità in atti*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Milano, 1967, 582; S. FIORE, *Ratio della tutela e oggetto dell'aggressione nella sistematica dei reati di falso*, Napoli, 2000, 112 s.

⁴⁵ Per una schematica riproposizione del vasto dibattito suscitato dall'affermarsi di un principio di necessaria lesività dell'illecito penale a fronte della previsione di reati di pericolo, si vedano le argomentazioni di C. FIORE, *Il principio di offensività*, in *Ind. pen.*, 1994, 275 ss.; MANTOVANI, *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 326 ss.; FERRARA, *Riflessioni in tema di offensività in concreto*, in *Giur. cost.*, 2000, IV, 3071 s.; CATENACCI, *I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., in part. 1427 ss.

⁴⁶ Per la definizione di idoneità come possibilità, cfr. C. FIORE, *Il reato impossibile*, cit., 112 s.; ALEO, *Il danno e il pericolo nel reato*, Catania, 1983, 151; ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, Milano, 1994, 257 ss. Quanto al significato probabilistico della idoneità, v. CONTENTO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, II, Roma-Bari, 1996, 421 s.; GIACONA, *Il concetto d'idoneità nella struttura del delitto tentato*, Torino, 2000, 113 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, 415 s.

⁴⁷ Per il generale affidamento alla nozione in esame del compito di garantire l'effettiva offensività della condotta tentata v. SEMINARA, *Contro una configurabilità “causale” del tentativo*, in *Leg. pen.*, 2002, 918; GIACONA, *Il tentativo tra passato e futuro*, *ibidem*, 923; DE FRANCESCO, *L'enigma del tentativo: vicende sistematiche ed interrogativi politico-criminali*, *ibidem*, 928.

e preclude quindi ogni punibilità dell'agente che il fatto tipico e realmente offensivo abbia commesso trovandosi al cospetto del consenso dell'avente diritto, in quanto alfine dimostratosi strumento per l'applicazione reale di un valore umano primario, protetto dai fondamenti di diritto del consenso civile storicizzato.

“Chi può validamente disporre” va allora tradotto non semplicemente nel titolare del diritto offeso ma piuttosto in chi “possa disporre” della lesione o messa in pericolo di quell'interesse, di chi possa disporre della “situazione offensiva” al proprio diritto, in quanto lesione o messa in pericolo che “abbia un valore”, per esso in quanto vittima. Validamente disponibile significa quindi che l'offesa è valutabile dal soggetto-vittima come valore, che ne possa disporre come un suo “bene”, situazione di fatto o giuridica arricchente il proprio patrimonio giuridico, quale “uomo del suo tempo”.

La non punibilità che ne discende, *ex art. 50 c.p.*, scrive dunque – secondo questa impostazione – un ulteriore ed indefettibile carattere dell'offesa penale eletta a fattore costituente del reato, che dopo essere stata vagliata come attualmente tipica e reale, non deve risultare attestabile come una Offesa che sia di per sé un Valore (di pari rilevanza costituzionale) per il soggetto offeso; ciò, alla stregua pur sempre di una considerazione “oggettiva”, di valore condiviso nel panorama socio-culturale storicamente determinato.

Non si tratta pertanto di un bilanciamento tra due interessi distinti, ovvero, non si tratta di quel giudizio di proporzione tra due realtà di interesse-bene giuridico ciascuna dotata di una propria individualità, titolarità e sfera applicativa, che l'ordinamento valuta in equivalenza ovvero subvalenza tanto da privare di reazione/tutela penale quello concretamente offeso. Un simile rapporto viene a pesarsi nella successiva sede dell'antigiuridicità, la cui analisi e considerazione interviene, per l'appunto, solo una volta apprezzato un fatto tipico ed offensivo. Del resto, proprio la diversità dei piani giuridici rispettivamente occupati dal dettato dell'art. 50 c.p. e dalle cause di giustificazione codificate negli artt. 51 ss. riesce a spiegare il mancato richiamo al “consenso dell'avente diritto” nella disciplina dell'eccesso colposo *ex art. 55 c.p.*

Si tratta piuttosto di una più lata “compensazione” tra l'offesa al bene giuridico ed il valore umano (interesse) di pari rilievo costituzionale che si specchia in quella offesa.

La ragionevole adeguatezza dell'intervento penale si bilancia così dall'interno dell'ente-reato: una offesa, ancorché tipica, è effettivamente da criminalizzare ammettendo all'applicazione della sanzione penale il suo autore a condizione che essa di per sé non esprima un valore per la persona interessata. Meglio: non esprima un valore che possa compensare – ed annullare – l'esistenza di un reale attacco all'interesse, alfine non risultando in essa osservabile una oggettiva dannosità sociale.

La centralità della persona umana, nella complessità e globalità delle sue dimensioni – fisica e morale, individuale e sociale, personale e patrimoniale – plasma quindi l'offensività penale dando al disvalore la levatura di proporzionata e sussidiaria gravità solo se è tale al netto della “totale” offesa subita dalla vittima.

La struttura di un simile principio – al tempo della sua scrittura senz'altro potente strumento della “cultura di regime”, che voleva il singolo piegato all'utilitarismo collettivistico – si adegua così, oggi, ad una visione costituzionale del diritto penale, dimostrandosi quindi conforme ai principi consacrati nel testo fondamentale.

Al contempo, con questa struttura il principio si dimostra applicabile anche alle fattispecie che conteggiano il consenso come elemento costitutivo: qui, il consenso svolge il ruolo di manifestazione di volontà adesiva alla realizzazione di un certo fatto tipico, quindi ad una certa dinamica comportamentale, cui consegua – ove lo pretenda la norma – un dato risultato naturalistico. Diventa quindi elemento che contribuisce a descrivere l'apparenza fenomenica di una immagine generale ed astratta di vicenda umana che, in termini altrettanto generali ed astratti, è suscettibile di impattare negativamente contro il bene giuridico protetto.

Di volta in volta, toccherà poi portarsi sul successivo livello dell'offensività, ove apprezzare le singole e specifiche pieghe “umane” dell'accadimento concreto: si tratterà di verificare l'effettività reale di questa offesa “pensata dal Legislatore” (*ex art. 49, comma 2, c.p.*) e la sua mancanza di valore per l'uomo-soggetto passivo (*ex art. 50 c.p.*), potendo “eccezionalmente” evidenziarsi una discrasia tra i due piani strutturali del reato – *sic*, tipo ed offesa –, sì da farne mancare la sussistenza.

È chiaro infatti – ancora una volta prendendo ad esempio la casistica dell'omicidio del consenziente – che taluni casi di eutanasia finiscano per rimanere filtrati da questo schema

di principio, e quindi lasciati fuori dall'area criminale, di contro confermandosi l'indizio di disvalore espresso dal genere di episodi *ex art.* 579 c.p. ove la certezza della irreversibilità della fine della vita non abbia a sfondo la prospettiva certa di una sopravvivenza priva di "dignità umana".

Tanto vale non solo a negare in assoluto la punibilità penale, con pena o con misura di sicurezza (come discende dal tenore dell'art. 50 c.p.), salvo altrimenti consentire una contraddizione interna al sistema. Si badi difatti come si abbia a che fare con un avvenimento che concretizza un valore umano primario: punirlo lederebbe tanto il principio della doverosa solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost., tanto il principio di ragionevolezza *ex art.* 3 Cost.

Vale anche a radicare la configurazione della tipicità che, permanendo visibile, e quindi attestando come "il fatto [di reato] sussiste", lascia accedere alla formula assolutoria "perché il fatto non costituisce reato", e alle conseguenze sul piano civilistico (segnatamente, risarcitorio) che alla stessa formula sono suscettibili di legarsi.

Per l'inverso, ogni qual volta sia il dissenso a fondare la tipicità, si avrà lettura di una anticipazione "strutturale" del principio in questione dalla dimensione dell'offesa a quella già del piano fenomenico generale ed astratto.

Si fanno così proprie, reinquadrandole entro l'impianto penale, le istanze di attualizzazione e modernizzazione dei diritti umani di emersione costituzionale, già in trasparenza nella decisione del G.u.p. di Roma che ha proscioltto in data 23 luglio 2007 il dott. Riccio dall'accusa di omicidio del consenziente riscontrando l'esistenza del diritto del paziente a rifiutare il trattamento e il correlativo dovere del medico a rispettare tale diritto⁴⁸. E puntualmente trascritte pure nella sentenza della Cassazione civile che si è pronunciata sulla vicenda di Eluana Englaro, riconducendo la scelta di sospendere un trattamento sanitario al diritto costituzionale di rifiutare le cure e dunque al diritto di autodeterminazione terapeutica. Si stabilisce il principio secondo il quale ove il malato giaccia da moltissimi anni in stato vegetativo permanente, su istanza del tutore che lo rappresenta e nel contraddittorio con il curatore speciale, il giudice possa autorizzare la disattivazione del presidio sanitario "salvavita", sulla base della volontà del paziente «tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero della sua personalità, ... unicamente in presenza dei seguenti presupposti: a) quando la condizione di stato vegetativo permanente sia ... irreversibile; b) sempre che tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti, dalla voce del paziente medesimo, tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona». Il soggetto che versa in stato vegetativo permanente è secondo la Corte «a tutti gli effetti, persona in senso pieno, che deve essere rispettata e tutelata nei suoi diritti fondamentali, a partire dal diritto alla vita e dal diritto alle prestazioni sanitarie, a maggior ragione perché in condizioni di estrema debolezza e non in grado di provvedere autonomamente»⁴⁹.

La valida disposizione dell'offesa, che trasporta il fatto tipico fuori dei confini penali per mancanza di offensività, si traduce quindi nella gestione dell'offesa come proprio – personale, della vittima – "valore fondamentale", riconoscibile in quanto tale dall'ordinamento che si fonda su quegli stessi dettami costituzionali che danno forma all'offesa penale, nel tradizionale senso di offesa ad un bene giuridico di rilievo costituzionale. In altri termini: l'offesa, per essere esclusa dall'area proporzionata e sussidiaria della punibilità penale costituzionalizzata – deve integrare, in sé e per chi la subisce, un valore giuridico primario, così come pare inquadrabile la protezione della propria dignità e della propria qualità di vita (salute in senso moderno) a fronte di situazioni cliniche irreversibilmente "disumanizzanti"; mentre non pare ad oggi emergere un valore di siffatta levatura nella gestione, fosse anche della propria libertà e personalità individuale, attraverso l'utilizzo/assunzione di sostanze stupefacenti/psicotrope. Si delinea così un potente e rigoroso discrimine tra offese c.d. disponibili ed offese c.d. non disponibili, che segue l'elaborazione culturale dei beni giuridici penalmente rilevanti, e per questo risulta saldabile ad un parametro oggettivo-materiale ragionevolmente certo.

⁴⁸ Vedi DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass. pen.*, 2007, 902 ss.; VICECONTE, *Il diritto di rifiutare le cure: un diritto costituzionale non tutelato? Riflessioni a margine di una discussa decisione del giudice civile sul "caso Welby"*, in *Giur. cost.*, 2007, 2359 ss.; VIGANÒ, *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"?*, cit., 5.

⁴⁹ Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007 n. 21748, cit.

3.2.3. *Il Valore dell'Offesa nella dimensione della minore età.*

L'offesa "valida" – "valutabile" in quanto dotata di oggettivo valore umano – deve peraltro risultare oggetto di una espressione comportamentale che significhi volontà, decisione di disposizione: deve essere difatti – specifica l'art. 50 c.p. – *oggetto di consenso*.

L'ordinamento (penale e costituzionale in particolare, ma si badi anche al sistema civilistico) vuole difatti garantire che i singoli atti di disposizione dei propri beni siano realmente espressione di libertà ed autonomia personale, di quella libertà ed autonomia che spetta alla persona in quanto tale: in tal senso vanno ricordati e ripensati i classici limiti richiamati nell'interpretazione dell'art. 50 c.p. in relazione ad età, capacità e legittimazione del consenziente ed all'assenza di violenza, errore ed inganno.

La considerazione dell'età dell'offeso consenziente acquisisce peraltro, in quest'ottica, un più esatto ruolo nel riconoscimento della spettanza o meno di un "valore umano" oggettivamente valutabile in questi termini, e quindi anche negoziabile: valga l'esempio della libertà di espressione della propria sessualità invocata da un soggetto di anni dieci, e l'osservazione conclusiva per cui questo valore si desume non consolidato nell'odierno sistema dei diritti fondamentali, posta la complessiva immaturità psico-fisica ascrivibile a tale soggetto.

Parrebbe invece potersi diversamente concludere in taluni altri casi, ove si ravvisi espressa nel rapporto di specie la personalità del minore, nella sua dimensione interiore, psico-fisica e morale, nella sua maturazione psicologica ovvero nella sua dimensione sociale, afferente cioè agli aspetti relazionali.

Sul punto il comma 3 dell'articolo 609 *quater* c.p. stabilisce che se un minore ultraquattordicenne compie, al di fuori delle ipotesi di cui all'art. 609-*bis*, atti sessuali con un minore che abbia compiuto i tredici anni, egli non è punibile purché la differenza d'età fra i minori non sia superiore a tre anni⁵⁰. L'irrelevanza penale "per atipicità" degli atti sessuali tra minorenni è senz'altro da considerarsi una soluzione compromissoria rispetto alle contrapposte tesi della liberalizzazione dei rapporti sessuali fra minori e della protezione ad oltranza della inviolabilità sessuale degli stessi; così si manifesta un seppur parziale riconoscimento del diritto dei minori alla sessualità⁵¹, suscettibile di trovare emersione (piuttosto che a livello di atipicità) sul piano dell'"offesa di valore" a seconda della singolare specificità del rapporto tra tredicenne e diciassettenne (con valutazione della individuale personalità e maturità di ciascuno dei partner).

A tal proposito è opportuno ricordare che la previgente disciplina limitava notevolmente la libertà sessuale dei minori, dato che l'abrogato art. 530 puniva chiunque – al di fuori dei casi previsti dagli artt. 519, 520 e 521 – compisse atti di libidine su persona minore di sedici anni non già moralmente corrotta. Con la novella del 1996 il legislatore ha ampliato l'area delle condotte lecite in materia sessuale, consentendo ai minori di manifestare maggiormente la propria sessualità. Si dà consentire l'affermazione di una più lata espressione di libertà individuale *rectius* libertà sessuale riconosciuta ed "apprezzata" con riguardo ai minorenni.

D'altro canto, il processo di verifica dell'esistenza del "consenso" sarà sempre da integrarsi con una valutazione di "vera" libertà morale, alla luce di assenza di minaccia, di costrizione psichica per la sussistenza di condizioni esterne di "bisogno", personali o economiche, che rendano "inesigibile" il dissenso.

La notazione trasporta l'osservazione nel parallelo campo di incriminazione posto a tutela della personalità individuale e sessuale del minore di età (meglio, teso a salvaguardare lo sviluppo fisico, psicologico, spirituale, morale e sociale del minore e, dunque, a proteggere la formazione dell'intera sua personalità, da gravi fatti di sfruttamento sessuale): quello che coinvolge le fattispecie delittuose *ex* artt. 600 *ter* e *quater* c.p.

Vero che il consenso dell'avente diritto non è un elemento che il legislatore ha inserito nella dimensione tipica delle fattispecie incriminatrici in richiamo; si tratta allora di vagliare la disponibilità del bene oggetto della tutela penale.

«Ed allora, nel nostro caso, il bene è disponibile o non disponibile? Non è agevole rispondere, proprio perché, in alcune ipotesi, il bene tutelato non si riesce ad afferrare. Ma anche se si riflette [...] sullo «sviluppo fisico, psicologico, spirituale morale e sociale» del minore, pare

⁵⁰ Russo, *Art. 609-quater c.p.*, in *Codice ipertestuale della famiglia*, a cura di Bonilini-Confortini, Torino, 2008, 2007.

⁵¹ Sul tema v. SPAGNOLO, *La problematica dei rapporti sessuali con minori e tra minori*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 78.

davvero curioso che una ragazza di diciassette anni e mezzo possa compiere atti sessuali con qualsiasi partner (tutore o genitore compreso), i quali godono di una evidente impunità rispetto a tali fatti, ma non possa acconsentire a farsi fotografare sfacciatamente nuda dall'innamorato, magari di propria ed esclusiva iniziativa, perché tale fatto, secondo il nostro legislatore, è presuntivamente offensivo del suo percorso di maturazione personale. Ed anzi, il povero innamorato rischia da 6 a 12 anni di galera!»⁵².

Orbene, secondo la maggior parte della dottrina il consenso del minore non riveste mai alcuna funzione esimente rispetto ai delitti di pornografia minorile⁵³. Taluno attribuisce tuttavia una limitata rilevanza al consenso dei minori, benché nella consapevolezza delle difficoltà di un accoglimento in sede giurisprudenziale, al fine di evitare una violazione del principio di ragionevolezza⁵⁴.

Si badi, peraltro, come nella versione primigenia della norma esistesse l'importante filtro selettivo costituito dalla necessità – quale elemento strutturale della tipicità – di uno «sfruttamento sessuale dei minori» rappresentati, il che poteva limitarne l'applicabilità escludendo la punibilità delle ipotesi bagatellari⁵⁵, e quindi, a rigore, taluna casistica in cui il minore, sessualmente maturo, lungi dall'essere assoggettato all'altrui volontà criminale, risultasse pienamente consapevole e volontario «attore» della vicenda avente come protagonisti esclusivamente minori.

Non a caso, il legislatore nel d.d.l. di iniziativa governativa n. 4599, presentato alla Camera il 13 gennaio 2004, che ha portato all'approvazione della legge di riforma n. 38/2006, al momento di sostituire la nozione di «sfruttamento» con quella di «utilizzo» dei minori, aveva opportunamente previsto di introdurre con l'art. 600-*quater*.3 una causa di non punibilità per il minore che produca materiale pornografico «utilizzando minori», quando questo materiale venga dallo stesso detenuto, ritragga un minore che abbia raggiunto l'età del consenso sessuale e sia rimasto nell'esclusiva disponibilità dei soli soggetti minori rappresentati. In tal modo si voleva opportunamente evitare la criminalizzazione della pornografia privata. La causa di non punibilità fu soppressa: si tratta dunque di comprendere se ora la sfera di punibilità per simili reati venga ad includere anche la produzione da parte di minori di materiale pornografico destinato esclusivamente ad uso privato e ritraente minori consenzienti⁵⁶.

Ci si è chiesti: a seguito della modifica risulta punibile il ragazzino minorenne che fotografa nuda la partner di 15/16 anni, e poi, quando la storia d'amore finisce male, divulga questo materiale, magari per vendetta o per astio mal sopito?

Una risalente pronuncia del Tribunale dei minori di Perugia⁵⁷ aveva dato risposta negativa.

Decisiva nel reindirizzare verso l'opposta soluzione si è posta invece una pronuncia del Giudice di legittimità⁵⁸, secondo la quale la nuova norma «nel suo complesso mira a sanzionare non soltanto le attività commerciali o comunque a sfondo economico che si relazionano a condotte pornografiche coinvolgenti minori, ma anche le condotte che comunque danno origine a materiale pornografico in cui sono utilizzate persone minori di età».

La questione appena prospettata richiama dunque il problema della rilevanza del consenso, in modo particolare di un minore tra 14 e 18 anni, a farsi ritrarre in pose pornografiche. La medesima sentenza, infatti, con riferimento alla trasmissione di una videoripresa di contenuto pornografico a più persone attraverso il telefono cellulare, in altro passo afferma che «la scelta del legislatore del 1998 [è stata] di non attribuire rilievo né al consenso eventualmente prestato della persona minore di età né al limite di 14 anni previsto in materia di atti sessuali».

Pari considerazioni sembrano valere per le fattispecie previste dall'art. 600 *quater* c.p.: si intende punibile anche il minore, che si procuri o detenga materiale pornografico realizzato utilizzando minori degli anni diciotto. Ciò vale anche nel caso in cui sia lo stesso minore de-

⁵² PETRINI, *La tutela del buon costume*, in *Dir. dell'informaz. e dell'inf.*, 2011, 451 s.

⁵³ IZZO, *Norme contro la pedofilia*, Napoli, 1998, 31 s.; SANTORO, *Mano pesante sul turismo sessuale infantile*, in *Guida dir.*, 1998, n. 33, 47; B. ROMANO, *La tutela penale della sfera sessuale*, Milano, 2000, 162.

⁵⁴ CADOPPI, *Commento art. 600 ter, I e II comma*, in *Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, a cura di Cadoppi, Padova, 2006, 149 s.

⁵⁵ CADOPPI, *L'assenza delle cause di non punibilità mette a rischio le buone intenzioni*, in *Guida dir.*, 2006, n. 9, 37 s.

⁵⁶ V. DEL SIGNORE, *Pornografia minorile*, in *I reati contro la persona*, diretto da Cadoppi-Canestrari-Papa, vol. III, *Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori*, a cura di Cadoppi, Torino, 2006, 421; DI GIOVINE, *Art. 600-ter*, in *Codice penale*, a cura di Padovani, Milano, 2007, 3611.

⁵⁷ Trib. Perugia, 31 dicembre 2003, in *Giur. merito*, 2004, 1168.

⁵⁸ Cass., sez. III, 5 giugno 2007, A.G., n. 27252, in *Guida dir.*, 2007, n. 34, 55 s.

tentore del materiale pornografico ad essere rappresentato insieme ad altro minore.

Ancora una volta, il legislatore nel progetto di riforma legislativa n. 4599, poi sfociato nella l. 6 febbraio 2006, n. 38 si era premurato di promuovere l'introduzione, con l'art. 600-*quater*.3, di una causa di non punibilità valevole anche per il sopradDETTO reato, e segnatamente per il minore che producesse materiale pornografico "utilizzando minori", nel caso in cui: questo materiale venisse dallo stesso detenuto; ritraesse un minore che avesse raggiunto l'età del consenso sessuale; fosse rimasto nell'esclusiva disponibilità dei soli soggetti minori rappresentati⁵⁹.

L'intento era di escludere "espressamente" la punibilità della detenzione riguardante la c.d. "pornografia intima", quantomeno se posta in essere da minori.

Il legislatore del 2006 ha tuttavia eliminato, in sede di approvazione definitiva della legge, tale causa esimente (in senso lato). Questa scelta, accompagnata dall'eliminazione del filtro selettivo rappresentato dalla nozione di "sfruttamento", ha convinto della attuale punibilità anche della semplice detenzione da parte di minori di materiale pornografico destinato esclusivamente ad uso privato e ritraente minori consenzienti.

Eppure, a ben leggere lo snodarsi della motivazione della richiamata pronuncia della sez. III della Corte di Cassazione, ci si avvede di una netta apertura verso l'accoglimento di casi "impuniti" afferenti alla dimensione dei rapporti infra-minorenni, che proprio all'insegna del principio di compensabilità dell'Offesa tramite il suo Valore – nel caso e per la vittima di specie – ben paiono "legittimati".

Spetterà difatti – vi si legge – «al giudizio di merito analizzare i singoli episodi e verificarne approfonditamente le caratteristiche, ma la Corte non può fare a meno di rilevare che sembra fuori dubbio che in più occasioni la persona offesa si trovò (anche prescindendo dalle modalità con cui tale situazione fu determinata) in luoghi pubblici appartati avendo attorno a sé un numero consistente di giovani, tutti di sesso maschile, che insistentemente le chiedevano di praticare rapporti sessuali e che si erano dati appuntamento e quindi organizzati per evitare il sopraggiungere di estranei. E tale constatazione ha evidenti riflessi anche sulla valutazione del reato ex art. 600 - *ter* c.p., come contestato a A.G. Spetterà sempre al giudizio di merito verificare quali livelli di pressione ambientale e quali margini di libera determinazione abbia conosciuto una giovane di neppure quattordici anni all'interno di una realtà socialmente ristretta in cui si era sparsa (a torto o ragione) la voce che fosse una ragazzina "disponibile", ma la Corte non può fare a meno di rilevare – con osservazione che riverbera effetti sui motivi di ricorso – che le azioni "collettive" poste in essere dagli indagati appaiono oggettivamente degradanti nei confronti della persona offesa e dimostrano l'assoluta frattura fra i rapporti sessuali e qualsiasi coinvolgimento di tipo affettivo – sentimentale, così riducendo la giovane a mero strumento di piacere, esibito e condiviso, con modalità di azione di cui qualunque giovane è oggi in grado di apprezzare il significato sociale e personale, fatti salvi gli approfondimenti che il giudizio di merito effettuerà sui singoli indagati. Sarà, dunque, compito del giudizio di merito verificare quale apporto di consapevole volontà (alla luce del livello di maturità personale che sarà accertato) la giovane abbia dato al verificarsi di questa situazione nelle sue linee generali e nei singoli episodi che la compongono».

Ad intendimento della Cassazione la sostituzione del verbo "sfruttare" con il verbo "utilizzare", *segno inequivoco della volontà del legislatore di ampliare la sfera della tutela penale, assume il senso di identificare la condotta attiva del reato nel fare uso di una persona che si trova oppure è messa in condizioni di non dare un proprio apporto volontario, vuoi per mancanza di comprensione vuoi per incapacità di resistere, così che essa diventa per l'agente un mero strumento (privo di personalità autonoma) per il raggiungimento delle finalità che suo tramite intende soddisfare*⁶⁰.

Queste affermazioni sono state peraltro ulteriormente approfondite, in primo luogo considerando che la mancata previsione da parte dell'art. 600 *ter* c.p., di una clausola di salvaguardia simile a quella conteggiata nell'ambito del delitto ex art. 609 *quater* c.p. imposta una

⁵⁹ Si noti che Corti canadesi e statunitensi sono intervenute per dichiarare incostituzionali norme che punivano simili condotte, v in proposito BIANCHI-DEL SIGNORE, *Detenzione di materiale pornografico*, in *I reati contro la persona*, cit., 503 ss.

⁶⁰ Scrive ancora la Corte in motivazione: «Il risultato è una norma che nel suo complesso mira a sanzionare non soltanto le attività commerciali o comunque a sfondo economico che si relazionano a condotte pornografiche coinvolgenti minori, ma anche le condotte che comunque danno origine a materiale pornografico in cui sono utilizzate persone minori di età. Già sotto la vigenza della l. n. 269 del 1998, le Sezioni Unite (Sezioni Unite Penali, 31 maggio - 5 luglio 2000, n. 13, P.M. in proc. Bove, RV. 216337) avevano chiarito che il concetto di "sfruttamento" non può essere limitato a condotte aventi finalità imprenditoriale o commerciale e ricomprende ogni ipotesi in cui si "trae frutto o utile", come dimostrerebbe l'espressione "sfruttamento sessuale" prevista dal testo allora vigente del successivo comma 4».

differenza di regime che risponde ad una logica convincente: mentre per i rapporti sessuali, che rappresentano in sé una fisiologica espressione della personalità, il legislatore ha inteso evitare l'intervento penale in caso di rapporti tra due minori che presentano, già alla stregua di una generale – in astratto – valutazione, condizioni personali simili, del tutto diversa è la situazione in caso di condotte che – in genere – presuppongono non solo una offesa alla dignità del minore coinvolto in realizzazioni pornografiche ma anche una evidente situazione di sproporzione nella posizione di forza dei soggetti coinvolti.

Salvo – qui si annota – potersi ravvisare gli estremi di un valore dell'offesa del caso – e del minore – concreto che valga a “sopprimere” il disvalore tipico prodottosi rispetto alla sessualità e personalità del soggetto passivo: con ciò si intende questi un minore (vittima) da considerarsi psicologicamente maturo e liberamente consapevole del suo atteggiamento, che si sia così posto in rapporto con altro minore (agente-reo) con cui vivere una situazione “proporzionata”.

In ultimo.

L'art. 50 c.p. ha la capacità di atteggiarsi a principio generale oggettivo, che non qualifica il consenso in sé ma il suo oggetto, e che al pari del principio di realtà dell'offesa si erige a cruciale strumento di costante adeguamento del diritto penale alla modernità dei valori umani fondamentali, una clausola in fin dei conti di adattamento automatico alle dinamiche socio-culturali che attraversano la collettività storicamente intesa.

4.

La compensazione dell'offesa penale: due casi classici e paradigmatici, tra questioni problematiche e soluzioni ragionevoli.

Assunta questa prospettiva dell'indagine, il “consenso” diventa dunque esteriore atto di disposizione del Valore in cui l'offesa consiste, espressione di quella volontà di compensazione dell'offesa reale arrecata al bene giuridico che l'ordinamento attende per confermare la riconoscibilità oggettiva di un diritto umano. Il consenso si chiarisce così come dotato di una precisa identità materiale: è comportamento che oggettivamente (per fatti concludenti o tramite comprensibili formulazioni linguistiche) esprime la *rinuncia al diritto a non essere aggredito dall'altro*.

Così, a seguire questa proposta impostazione, si disperdono le voci di discussione insorte sotto più profili della tradizionale ricostruzione esegetica dell'art. 50 c.p. In particolare ne discende il definitivo scollegamento dalla ambigua tri-articolazione tra diritti disponibili, indisponibili e limitatamente disponibili, ed il riconoscimento di una operatività dell'art. 5 c.c. («Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati, quando cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume») limitata ai confini della sistematica civilistica, entro la quale il disposto, del resto, “nasce” codificato. Peraltro, questa prospettiva esegetica si dimostra in linea (tendenziale) con la recente interpretazione dottrinale volta comunque a ridimensionare la portata dell'art. 5 c.c., proprio in riferimento alle difficoltà con cui oggi la regola in esso contenuta si concilia con i valori costituzionali ed in particolare con la libertà di autodeterminazione terapeutica⁶¹. Ci si orienta così a ritenere applicabile l'art. 5 c.c. solo agli atti negoziali ad effetti obbligatori, al fine di evitare che il corpo umano possa formare oggetto di diritti altrui, in un'ottica non di indisponibilità, ma di extrapatrimonialità del corpo umano nel rispetto della libertà di autodeterminazione del singolo individuo, in coerenza con le scelte effettuate a livello europeo ed internazionale a partire dalla Convenzione di Oviedo sulla Biomedicina del 1997, fino alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2001⁶².

Ciò conduce a rimettere in discussione la stessa consueta perimetrazione della categoria dei c.d. *diritti disponibili*, con le connesse problematiche insorte sulla riferibilità di siffatto concetto ai diritti personali, alla luce del parametro – maggiormente utilizzato – che si incentra sulla esistenza di un interesse alla tutela del diritto da parte dello Stato, così da renderlo

⁶¹ V. già ROMBOLI, *Art. 5 c.c.*, in *Commentario al codice civile*, a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1988, 229.

⁶² V. BESSONE-FERRANDO, *Persona fisica (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIII, Milano, 1983, 200 ss.; MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001, 64 ss.; RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della carta dei diritti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 807 ss.; TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione*, cit., 229 ss.

non disponibile, nel senso di sottratto alla libera disposizione del singolo titolare⁶³. In assenza di un tale interesse, il diritto è catalogato con l'opposta etichetta di disponibilità⁶⁴; secondo altra opinione, ciò risulta nella misura in cui la rinuncia alla loro tutela non contrasti con un interesse collettivo costituzionalmente rilevante⁶⁵.

L'esposta ripartizione crolla – letteralmente – col venire ad ancorare l'ambito operativo dell'istituto *ex art.* 50 c.p. ad una offensività di Valore per la persona umana che l'offesa accetta.

Con questo parametro si tacita pure il dibattito quanto alla riferibilità del “consenso” ai delitti colposi – infine positivamente attestata – che la giurisprudenza dominante esclude. Da tempo in effetti si è sostenuto come per un efficace consenso sia sufficiente l'adesione alla condotta pericolosa e sia ultroneo richiedere la volontà dell'evento lesivo, necessaria, invece, in riferimento ai reati dolosi di evento. Superata, infatti, la tesi che individuava la natura del consenso in un accordo, inteso come incontro di due volontà – tesi che portava inevitabilmente ad escludere l'applicabilità della scriminante ai delitti colposi – si è negata la stessa necessità che il consenziente voglia il fatto lesivo a suo danno dato che «il fatto si svolge al di fuori del suo raggio di azione», richiedendo, tuttavia, almeno, una accettazione del rischio di verificazione dello stesso⁶⁶. Pure, non convince una simile argomentazione, che solo nel campo dei reati colposi si diriga, per cercare il consenso “scriminante”, contro il dettato normativo, inquadrando l'oggetto del consenso non più nel fatto lesivo o nel fatto pericoloso ma nel rischio del loro rispettivo verificarsi.

Infine, lo si è detto, la questione dell'età del disponente – tradizionalmente lasciata alla fumosa formula della capacità a consentire, da accertarsi in concreto – viene a ricondursi propriamente e coerentemente entro questo seminato, servendo a parametro indicatore dell'esistenza o meno di un Valore dell'uomo⁶⁷.

4.1.

La “personalizzazione” dell'attività sportiva.

Discendere sul campo di specifiche sfere di attività consente di verificare coerenza ed effettività applicativa della soluzione esegetica proposta.

Il primo passaggio di verifica corre attraverso la tematica della non punibilità degli eventi lesivi che si verifichino nell'ambito delle attività sportive, sia necessariamente violente (es. boxe), sia eventualmente violente (es. il calcio).

In somma sintesi. Gran parte della dottrina fa riferimento – per fondare l'assenza di intervento penale – ad una scriminante non codificata⁶⁸; o piuttosto radica la liceità delle attività sportive violente conformi alle regole del gioco nell'art. 51 c.p., in quanto attività autorizzate dallo stesso ordinamento, lasciando residuare uno spazio per fare ricorso alla scriminante del consenso dell'avente diritto in riferimento a quelle attività prive di un riconoscimento statale,

⁶³ GROSSO, *Consenso dell'avente diritto*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VIII, Roma, 1988, 1 ss.; PEDRAZZI, *Consenso dell'avente diritto*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Milano, 1961, 140 ss.

⁶⁴ DELOGU, *Teoria del consenso dell'avente diritto*, Milano, 1936, 219.

⁶⁵ FIANDACA, *Artt. 50-58 bis*, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di Crespi-Stella-Zuccalà, Padova, 2003, 224; ROMANO, *Art. 50*, cit., 451; PALAZZO, *Persona (delitti contro)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIII, Milano, 1983, 312.

⁶⁶ BRICOLA, *Aspetti problematici del c.d. rischio consentito nei reati colposi*, in *Scritti di diritto penale*, a cura di Canestrari-Melchionda, Milano, 1997, vol. I., t. I, 67; GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, I, *La fattispecie*, Padova, 1993, 310; PEDRAZZI, *Consenso dell'avente diritto*, cit., 150 ss.; FIANDACA, *Artt. 50-58 bis*, cit., 227.

⁶⁷ V. BERTOLINO, *La minore età dalla parte della vittima*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, a cura di Dolcini-Paliero, vol. I, Milano, 2006, 846; CANESTRARI-CORNACCHIA-DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, 527; VALSECCHI, *Gli effetti giuridici del consenso del minore nel diritto penale. In particolare: il consenso del minore al trattamento medico*, in *Cass. pen.*, 2008, 1584.

⁶⁸ PEDRAZZI, *Consenso dell'avente diritto*, cit., 144.

seppure nei limiti dell'art. 5 c.c.⁶⁹. Quanti, d'altro canto, in dottrina⁷⁰ e giurisprudenza⁷¹, ammettono l'efficacia esimente del consenso dell'avente diritto, limitano una siffatta efficacia entro i limiti di disponibilità del diritto all'integrità fisica desunti dall'art. 5 c.c.⁷², ed a condizione dell'essersi svolta l'attività sportiva di specie nel rispetto delle regole del gioco⁷³.

La giurisprudenza, dal canto suo, fa per lo più riferimento ad una generica «scriminante dell'attività sportiva (comunque la si voglia qualificare: vuoi come causa di giustificazione atipica e non codificata ... vuoi richiamando quelle comuni del consenso dell'avente diritto ovvero dell'esercizio di un diritto)», precisando che in ogni caso ha efficacia solo in riferimento ai rapporti tra partecipanti all'attività sportiva e non rispetto ad un soggetto estraneo⁷⁴. D'altronde, l'avvertita operatività scriminante si considera svanire in tutti quei casi in cui si verifica il superamento della soglia del c.d. rischio consentito in quanto si ponga volontariamente in pericolo l'incolumità degli altri partecipanti, con comportamenti che violano il dovere di lealtà sportiva⁷⁵. Per l'effetto, l'azione antidoverosa del calciatore che colpisce l'avversario fratturandogli il setto nasale nel momento in cui l'arbitro sta assegnando un calcio di punizione, dunque a gioco fermo, non è considerata scriminata in quanto non funzionale alla attività agonistica, ed appalesantesi come una mera aggressione del tutto indipendente dalla dinamica del gioco⁷⁶.

Ancora. L'operatività della scriminante in questione si lima ritenendosi essa fondata «in virtù di una consuetudine integrativa della legge penale, riconosciuta dalla legge penale con l'art. 50 c.p., che autorizza a disporre della propria integrità personale per giochi sportivi»⁷⁷. In buona sostanza, la partecipazione alle competizioni sportive comporterebbe implicitamente l'accettazione dei rischi alla propria integrità fisica connessi a tale tipo di attività e, dunque, anche il consenso alle condotte violente necessariamente od eventualmente poste in essere dall'avversario durante la gara, purché nel rispetto delle regole del gioco⁷⁸.

Ancora si precisa come la scriminante del consenso dell'avente diritto non potrebbe comunque operare in presenza di eventi lesivi particolarmente gravi che dovessero comportare l'invalidità permanente o la morte della vittima, dato che l'art. 579 c.p. punisce l'omicidio del consenziente e l'art. 5 c.c. vieta atti di disposizione del proprio corpo che cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica⁷⁹.

All'obiezione fondata sul disposto dell'art. 5 c.c., da un canto si replica che nel campo dell'attività sportiva andrebbe riconosciuto un più ampio ambito operativo al principio di

⁶⁹ V. ALBEGGIANI, *Sport (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XLIII, Milano, 1990, 550; FIANDACA, *Artt. 50-58 bis*, cit., 228; MANTOVANI, *Esercizio di un diritto (dir. penale)*, in *Enc. dir.*, vol. XV, Milano, 1966, 647; DE FRANCESCO, *La violenza sportiva e i suoi limiti scriminanti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1983, 588.

⁷⁰ Tra gli altri, DELOGU, *La teoria del delitto sportivo*, in *Ann. dir. proc. pen.*, 1932, 1297; NOCCIOLI, *Le lesioni sportive nell'ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. sport.*, 1953, 261; PAOLUCCI, *La responsabilità penale nell'esercizio dello Sport*, in *Riv. pen.*, 1962, 599; MARINI, *Violenza sportiva*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XX, Torino, 1975, 987; RIZ, *Il consenso dell'avente diritto: lo sport*, Padova, 1979, 245; DE CUPIS, *Integrità fisica (diritto alla)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVII, Roma, 1989, 4; secondo PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2002, 145, il fondamento di liceità degli eventi lesivi può fondarsi sull'art. 50 c.p. limitatamente ai danni che non eccedano l'art. 5 c.c.; i casi di diminuzioni permanenti dell'integrità fisica andrebbero invece ricondotti alla scriminante dell'esercizio di un diritto prevista dall'art. 51 c.p., purché ricorranti le seguenti condizioni: a) la competizione si svolga sotto l'egida delle organizzazioni sportive preposte; b) i partecipanti siano stati previamente riconosciuti idonei alla gara da un punto di vista sanitario; c) l'attività che ha causato l'evento sia stata rispettosa delle regole del gioco.

⁷¹ Tra le altre, Cass., sez. V, 30 aprile 1992, n. 9627, Lolli, in *Cass. pen.*, 1993, 1002; Trib. civ. Monza, 22 luglio 1997, in *Riv. dir. sport.*, 1997, 758; Trib. civ. Aosta, 21 maggio 1997, in *Guida dir.*, 2000, n. 18, 81.

⁷² In senso critico VIGANÒ, *Art. 50*, cit., 530, che pone in evidenza come l'atleta non accetti affatto il rischio di morte o di menomazione permanente, ma i modesti pregiudizi che possano normalmente scaturire dalle condotte inserite nel contesto di gioco.

⁷³ *Contra*, vedi tuttavia VIGANÒ, *op. ult. loc. cit.*, secondo il quale l'eventualità di alcune violazioni del regolamento non può non essere messa in conto dallo sportivo quale rischio normale. Nello stesso senso ALBEGGIANI, *Sport*, cit., 552; DE FRANCESCO, *op. cit.*, 599.

⁷⁴ Cass., sez. IV, 27 maggio 2003, n. 34613, Zanon, in *Guida dir.*, 2003, n. 42, 75.

⁷⁵ Così Cass., sez. IV, 24 settembre 2003, n. 39204, in *Riv. pen.*, 2004, 194; Cass., sez. IV, 27 marzo 2001, n. 24942, in *Riv. pen.*, 2001, 727.

⁷⁶ Cass., sez. V, 7 febbraio 2008, n. 10734, Pietrogiaconi, in *Ced. Cass.*, n. 239475; già Cass., sez. V, 21 settembre 2005, n. 45210, Mancipopi, *ivi*, n. 232723.

⁷⁷ DELOGU, *La teoria*, cit., 1306; negli stessi termini, sostanzialmente, anche la Relazione Ministeriale al codice penale, in *Lavori preparatori al codice penale e di procedura penale*, vol. I, Roma, 1929, 23, ove così ci si esprime: «...nel nostro ordinamento (che - appena occorre avvertirlo - comprende anche il diritto consuetudinario) molteplici sono i casi in cui viene riconosciuta all'individuo la facoltà di disporre della propria integrità fisica: sia per sottoporsi ad operazioni chirurgiche o estetiche, sia per partecipare a manifestazioni sportive o a giuochi dei quali la violenza è elemento essenziale» e «la consuetudine, in questa ipotesi, conferisce all'individuo un diritto di disponibilità della propria persona e, in conseguenza, la facoltà di sottoporsi a talune menomazioni nella sfera della integrità fisica».

⁷⁸ Alcuni Autori, peraltro, estendono l'operatività della scriminante del consenso dell'avente diritto anche agli eventi dannosi conseguenti a violazioni delle regole del gioco, purché non esorbitino i limiti della violenza base, v. ALBEGGIANI, *Sport*, cit., 552; analogamente, MAZZON, *Le cause di giustificazione*, Padova, 2006, 207.

⁷⁹ Cfr. VIDIRI, *Violenza sportiva e responsabilità penale dell'atleta*, in *Cass. pen.*, 1992, 3158.

disponibilità in deroga parziale all'art. 5 c.c.⁸⁰ e che l'individuazione dei diritti disponibili *ex art. 50 c.p.* andrebbe fatta sulla base di «una valutazione globale delle fonti normative dell'ordinamento giuridico», così da tener conto anche della consuetudine⁸¹; d'altro canto, anche chi sostiene doversi escludere la superabilità dei limiti stabiliti dall'art. 5 c.c., tiene fermo che il consenso all'attività sportiva, sebbene inidoneo a scriminare, costituisca un indispensabile presupposto di fatto, di tal che «la lesione cagionata nel corso dell'attività sportiva potrà essere giustificata alla condizione che il soggetto contuso abbia aderito liberamente all'esercizio di tale attività»⁸².

La sfuggente demarcazione dello spazio lesivo giustificato che fuoriesce da questo quadro, e le tautologiche ragioni che di volta in volta si richiamano a fondare le ricordate proposte esegetiche, legittimano l'esperimento di una diversa impostazione, che modelli la non punibilità di fatti lesivi occorsi nello svolgimento di attività sportive alla luce del principio del Valore dell'Offesa, alla cui stregua si rende compensabile il pur tangibile disvalore implicato nel fatto tipico commesso.

Se è poco dubitabile che nel contemporaneo scenario culturale l'attività sportiva si ponga a fondamentale strumento di affermazione della personalità individuale dell'uomo, è altrettanto vero che tale Valore esiste e persiste fintantoché l'offesa realizzatasi consenta di esprimerlo, ovvero consenta di partecipare allo sport di specie. Gli unici danni/pericoli che scompaiono da un complessivo quadro di danno-pericolo penale sono pertanto quelli necessari allo svolgimento dell'attività stessa o funzionali alle dinamiche del gioco secondo le regole per esso vigenti: comunque, esclusivamente quelle lesività che permettano di continuare a partecipare/svolgere l'attività sportiva; tant'è che il consenso nella indagata categoria traduce la sua essenza di *rinuncia al diritto a non essere aggredito dall'altro* nel fatto stesso della partecipazione al gioco.

Salvo altrimenti vedere dissolversi quel Valore dell'Offesa che vale a compensare l'altrimenti delineatasi offensività reale (nella specie, dell'integrità fisica).

4.2. *La dignità dell'esistenza umana.*

4.2.1. *Percorsi giurisprudenziali e punti di intersezione con l'Offesa di Valore.*

L'altro settore di tradizionale – e centrale – rilievo, in questo campo d'argomentazione è quello che fa capo all'attività medico-chirurgica. Data per acquisita la necessità del consenso come requisito in senso lato legittimante la stessa attività medica⁸³, le questioni interpretative oggetto di imperituri interrogativi vertono in primo sulla deciptazione della natura giuridica del consenso prestato dal paziente, e cioè se sia riconducibile all'art. 50 c.p. ovvero ad un elemento che incide sulla stessa tipicità; in secondo sulla eventuale rilevanza penale del trattamento medico effettuato in assenza di consenso, per individuare l'eventuale fattispecie penale integrata.

I percorsi giurisprudenziali che hanno attraversato questo territorio tematico dimostrano di avere – nel tempo – intersecato in più punti la dimensione del Valore dell'Offesa, progressivamente allontanandosi dalla ricordata classica alternativa strutturale relativa al consenso del malato, percepita come “comunque” obiettabile, criticabile e insoddisfacente.

⁸⁰ Cfr., altresì, DE CUPIS, *Integrità fisica (diritto alla)*, cit., che, con particolare riferimento al pugilato, sostiene che il boxeur «consente alle lesioni che potranno essergli arrecate: egli accetta il pericolo di subirle, correlativo alla natura stessa di questo violento gioco sportivo, e se pure cercherà di evitarle, non potrà considerarle estranee alla propria volontà ove il pericolo abbia trovato attuazione col loro effettivo avveramento. Il pubblico riconoscimento degli incontri di pugilato rende indubitabile la legittimità ed efficacia di tale consenso. E può ritenersi che la pubblica tutela conferita allo sport violento del pugilato renda efficace il consenso anche rispetto a quei colpi che producono una diminuzione permanente dell'integrità fisica (art. 5 c.c.), purché contenuti entro il limite del rispetto delle regole del gioco (si ha, dunque, un allargamento del limite di efficacia del consenso). La legittimità del detto consenso non è neanche contrastata dalla morale corrente, dato che esso si riferisce ad una forma di sport che è penetrata nel costume sociale».

⁸¹ RAMPIONI, *Delitto sportivo*, cit., 4.

⁸² GROSSO, *Consenso dell'avente diritto*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VIII, Roma 1988, 7; CRUGNOLA, *La violenza sportiva*, in *Riv. dir. sport.*, 1960, 53.

⁸³ Per tutti GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 377 ss.

Dalla salda convinzione della traduzione del consenso entro i margini della causa di giustificazione *ex art. 50 c.p.*, per cui «soltanto il consenso, manifestazione di volontà di disporre del proprio corpo, può escludere in concreto l'antigiuridicità del fatto e rendere questo legittimo»⁸⁴, e pur sempre «solo nei limiti di cui all'articolo 5 c.c.»⁸⁵, si è così approdati al diffuso intendimento del consenso come «un presupposto di liceità dell'attività medico-chirurgica»⁸⁶. Ciò, consci di una indubitabile realtà giuridico-penale: allo stato attuale della legislazione il consenso prestato dal paziente appare del tutto irrilevante ai fini della giustificazione del fatto, posto che la disposizione (*art. 50 c.p.*) che ne richiede la presenza per escludere l'antigiuridicità di una vicenda astrattamente sussumibile nella previsione di una norma incriminatrice pone come limite insormontabile alla sua efficacia la disponibilità dei diritti di cui si prevede la lesione e, ad avviso della Corte, sia il diritto alla vita che quello all'integrità personale non presentano una tale caratterizzazione⁸⁷.

Piuttosto, la giurisprudenza di legittimità sottolinea che l'attività medico-chirurgica, se eseguita a scopo terapeutico, è in ogni caso lecita in quanto corrispondente ad un alto interesse sociale ed anzi aggiunge, quasi a dissipare ogni possibile obiezione, che sussiste uno stato di necessità generale, per così dire istituzionalizzato, idoneo a dissolvere ogni profilo di illiceità⁸⁸. Diremmo: una generale e generica giustificazione che già per questi caratteri si avverte inaccettabile, tanto è vistosamente – e volutamente – lasciata priva di una esatta configurazione strutturale pur necessaria per aversi cittadinanza penale.

Nondimeno, si percepisce netta, e rimane sancita come regola generale, la necessità del consenso (debitamente informato), il quale garantisce al paziente di porre in essere non solo una scelta consapevole tra le differenti opzioni terapeutiche prospettate, ma anche la possibilità di «rifiutare» la terapia e di interromperla (anche nei casi di fase terminale della malattia). Il criterio guida che deve illuminare la relazione medico-utente deve essere difatti quello della «libera disponibilità del bene salute da parte del paziente»⁸⁹.

L'ultimo intervento sul tema ad opera del Supremo Consesso a sezioni riunite, sulla scorta di questa radicata tradizione interpretativa, avvicina infine nettamente alla prospettiva esegetica intrapresa lungo queste riflessioni. La pronuncia ha difatti escluso che il consenso informato, chiave della stessa legittimazione della attività medica, possa essere ricondotto all'*art. 50 c.p.*, considerando un siffatto riferimento «riduttivo», dato che *il principio del consenso informato è ricavabile direttamente dalla Costituzione e dalla tutela dello stesso diritto alla salute quale diritto fondamentale dell'individuo*; ed ha parimenti escluso che, nell'attuale contesto legislativo, l'intervento medico-chirurgico arbitrario possa avere rilevanza penale, non essendo riconducibile ad alcuna delle fattispecie di reato esistenti nel nostro ordinamento. Solo se l'intervento venga effettuato in presenza di un dissenso esplicito del paziente, si potrà allora ipotizzare l'applicabilità dell'*art. 610 c.p.*⁹⁰.

Sullo sfondo della pronuncia sta un consolidato binario interpretativo. Una opzione è quella di considerare l'attività medico-chirurgica come fatto tipico di lesioni (l'incisione chirurgica, in quanto alterazione anatomica, integra una malattia) ed il consenso una scriminante: in tal modo, dell'intervento arbitrario emerge il profilo dell'offesa all'integrità fisica, giustificata in presenza del consenso del paziente. In mancanza di consenso il fatto può dar luogo al delitto di lesioni personali, colpose⁹¹ o addirittura dolose⁹².

Una seconda opzione consiste nel considerare l'attività medica come fatto in sé lecito e

⁸⁴ Cfr. Cass., sez. V, 13 maggio 1992, Massimo, in *Cass. pen.*, 1993, 63.

⁸⁵ Cass., sez. IV, 12 luglio 2001, Barese, in *Riv. pen.*, 2001, 806.

⁸⁶ Cass., sez. IV, 3 ottobre 2001, Firenzani, in *Cass. pen.*, 2002, 2041. V. già Pret. Arezzo, sez. dist. Montevarchi, 24 marzo 1997, Gervino, in *Riv. it. med. leg.*, 1997, 1103: «la liceità di ogni accertamento o trattamento sanitario presuppone un valido consenso»; Trib. Venezia, 4 febbraio 1998, Chinello, *ivi*, 1999, 965: «il consenso è condizione imprescindibile di legittimità dell'atto medico, in quanto l'ordinamento giuridico non vuole esporre l'integrità fisica dell'avente diritto all'unilaterale e arbitrario intervento di un estraneo, ancorché medico».

⁸⁷ Cfr. Cass., sez. I, 11 luglio 2002, Volterrani, in *Riv. pen.*, 2002, 751.

⁸⁸ Cass., sez. IV, 10 ottobre 2001, Cicarelli, in *Riv. pen.*, 2002, 364.

⁸⁹ Cass., sez. IV, 26 maggio 2010, n. 34521, Huscher, in *www.leggiditalia.it*.

⁹⁰ Così Cass., sez. un., 18 dicembre 2008, n. 2437, Giulini e altro, in *Ced. Cass.*, n. 241752; per un commento alla sentenza, TORDINI CAGLI, *Profili penali del trattamento medico-chirurgico in assenza di consenso*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 5, 1061 ss. Parzialmente conforme, nel senso che la rilevanza penale del trattamento medico arbitrario può aversi, *ex art. 610 c.p.*, solo in caso di dissenso al trattamento e, comunque, in caso di esito infausto, Cass., sez. I, 29 maggio 2002, n. 26446, P.G. in proc. Volterrani, in *Ced. Cass.*, n. 222581.

⁹¹ Cass., sez. IV, 8 maggio 2008, n. 32423, Giachero, in *Ced. Cass.*, 241003.

⁹² Cass., sez. IV, 9 marzo 2001, Barese, in *Cass. pen.*, 2002, 517 con nota di IADECOLA, *Sulla configurabilità del delitto di omicidio preterintenzionale in caso di trattamento medico con esito infausto, praticato al di fuori dell'urgenza e senza consenso del paziente*.

nell'attribuire al consenso il ruolo di presupposto di liceità del trattamento medico. Questa seconda soluzione, che oggi è la più accreditata in giurisprudenza⁹³, non risolve, però, si è obiettato, il problema della qualificazione giuridica dell'intervento medico arbitrario, in quanto dottrina e giurisprudenza hanno talvolta ritenuto preminente nel fatto la violazione dell'integrità fisica⁹⁴, talaltra hanno ravvisato la sola violazione della libertà di autodeterminazione del paziente, escludendo che il fatto, in presenza di un esito fausto dell'intervento, potesse comportare una lesione dell'integrità fisica: di qui il richiamo agli artt. 610 e 613 c.p., con l'eventuale applicazione dell'art. 586 c.p. in caso di esito infausto dell'intervento. Non sono, infine, mancate posizioni che hanno evidenziato l'impossibilità di ravvisare gli estremi di un reato, considerate le difficoltà di far rientrare l'intervento medico arbitrario in una delle fattispecie richiamate.

La sentenza delle Sezioni Unite⁹⁵ dirompe nella complessità della questione, che aveva – *rectius*, ha – così diviso la dottrina e disorientato le soluzioni giurisprudenziali, volgendosi a definire «se abbia o meno rilevanza, e nel caso di risposta affermativa quale ipotesi delittuosa configuri, la condotta del sanitario che in assenza di consenso informato del paziente, sottoponga il medesimo ad un determinato trattamento chirurgico nel rispetto delle “regole dell'arte” e con esito fausto».

L'inquadramento giuridico del fatto delineato dipende quindi, essenzialmente, dal significato attribuito all'esercizio dell'attività medica in funzione del ruolo del consenso del paziente.

Immerse in questo scorcio le Sezioni Unite sembrano far propria la lettura proposta dalla più recente giurisprudenza che considera il consenso presupposto di liceità dell'intervento medico⁹⁶, anche se i passaggi argomentativi, non limpidi, lasciano un ragionevole spazio per agganciarvi la soluzione intrapresa in queste riflessioni, che vede fissata, in ogni caso di intervento medico-chirurgico, la tipicità oggettiva e soggettiva del fatto di lesioni (o piuttosto della morte): da qua, poi, si legherà alla specifica circostanziazione di un corretto circuito informativo tra medico e paziente, e senz'altro alla verifica della natura fausta o infausta dell'esito dell'intervento, l'accertamento di quel danno ingiusto che solo integra l'illiceità civile e la connessa risarcibilità delle conseguenze pregiudizievoli.

A secondo passaggio sta la verifica complessiva dell'offensività penale, in primo volta a pesare la reale concretezza della lesione/pericolo tipizzata/o, in secondo portata sulla più ampia angolatura della compensabilità di quell'offesa – in tal caso annullata di ogni rilievo penale – con il Valore umano che essa stessa oggettivamente esprima. Si badi, Valore umano che – identificato nella Dignità del proprio benessere psico-fisico – deve calcolare sia gli effetti benefici già materialmente conseguiti e osservabili sia quelli che siano ragionevolmente (ancora) ottenibili nel prosieguo (eventuale) di stabilizzazione delle condizioni di salute.

Valore che – conformemente alla soluzione cui perviene il Supremo Consesso ma per ben diverso percorso – sempre sussiste in caso di c.d. esito fausto: ciò, in quanto è evidentemente riscontrabile, in ogni materiale attività chirurgica cui si sottoponga consapevolmente il paziente, quel consenso di cui all'art. 50 c.p. “riletto e ripensato” nei panni di una rinuncia a contrapporsi all'altrui aggressione; salvo quindi il caso in cui si attesti la presenza di un esplicito dissenso formulato dal paziente, che, dice proprio la Corte, ben potrà lasciare margine alla configurabilità del delitto *ex* art. 610 c.p.

Più in dettaglio.

Nell'evidente insoddisfazione concettuale tanto dell'orientamento esegetico che colloca il consenso informato entro il modello di un consenso scriminante, quale si intende comunemente regolato dall'art. 50 c.p.⁹⁷, tanto della tendenza interpretativa che lo riconduce a causa

⁹³ Si veda Cass., sez. IV, 11 luglio 2001, Firenzani, in *Cass. pen.*, 2002, 2041, con nota di IADECOLA, *Sugli effetti penali della violazione colposa della regola del consenso nell'attività chirurgica*; Cass., sez. IV, 6 novembre 2008, n. 45126, Ghisellini, in *Ced. Cass.*, n. 241908.

⁹⁴ V. Cass., sez. IV, 11 luglio 2001, Firenzani, cit., che ha riconosciuto le lesioni colpose.

⁹⁵ Cass., sez. un., 18 dicembre 2008, n. 2437, cit., con commento di PELISSERO, *Intervento medico e libertà di autodeterminazione del paziente*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 447; e in *Foro it.*, II, 2009, c. 305 ss., con nota di FIANDACA, *Luci ed ombre della pronuncia a Sezioni Unite sul trattamento medico-chirurgico arbitrario*; e in *Cass. pen.*, 2009, con nota di VIGANÒ, *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio?) delle Sezioni Unite*, 1793.

⁹⁶ FRESA, *La responsabilità penale in ambito sanitario*, in *I reati contro la persona, I reati contro la vita e l'incolumità individuale*, a cura di Canestrari, Torino, 2006, 628 ss.

⁹⁷ In dottrina, VIGANÒ, *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 176.

di esclusione della stessa tipicità del fatto⁹⁸, la ricerca di una corretta posizione teorica non può che avere a snodo centrale la riconducibilità degli effetti dell'operato medico-chirurgico al concetto di malattia, evento del reato della fattispecie di lesioni personali. Se anche, infatti, si voglia rifiutare con la maggioranza della dottrina, l'interpretazione più rigorosa, accolta invece spesso in giurisprudenza, che identifica la malattia con qualsiasi alterazione anatomica o funzionale, ancorché localizzata e non impegnativa delle condizioni organiche generali, che sarebbe evidentemente idonea a ricomprendere anche la mera incisione dei tessuti, e si accolga l'interpretazione che richiede, invece, un processo atto a determinare una apprezzabile menomazione funzionale dell'organismo, dalla quale estromettere la predetta incisione, alla stessa ultima nozione rimarrebbero riconducibili le altre conseguenze necessarie del trattamento chirurgico: tale, dunque, pur in caso di esito fausto, sembra non poter che integrare per lo meno dal punto di vista oggettivo, gli estremi del reato di lesioni personali.

Un dato fenomenico, questo, inconfutabile, che non riesce ad essere obliato da una argomentazione di tipo teleologico, ai sensi della quale ritenere escluso l'intervento medico-chirurgico dal novero dei comportamenti che possano offendere il bene giuridico tutelato dalle norme in tema di lesioni personali, identificabile non con l'integrità fisica ma con la salute, da intendersi come complessivo benessere fisiopsichico, alla cui tutela lo stesso intervento sarebbe invece funzionale⁹⁹. Anche le Sezioni Unite in menzione fanno del resto propria la nozione clinica, già accolta dalla dottrina¹⁰⁰ e, di recente, anche da sentenze di legittimità¹⁰¹, della malattia come «processo patologico evolutivo». Secondo questo punto di vista, dunque, a prescindere dalle conseguenze fisiologiche, l'intervento che non abbia cagionato un complessivo peggioramento della salute del paziente, pur se effettuato in assenza del suo consenso, non offenderebbe il bene giuridico tutelato dagli artt. 582 e 583 c.p., ma tutt'al più, il diritto alla autodeterminazione del soggetto. Ritorna, in buona sostanza, l'argomento della non assimilabilità dell'incisione con bisturi praticata dal chirurgo ad una ferita da arma da taglio¹⁰².

Nondimeno – si accennava – l'accoglimento della nozione funzionale di malattia non consente di «occultare» la verifica di una lesione fisica in senso materiale, quand'anche si tratti di processo patologico–esito di un atto operatorio reso strumento per il raggiungimento di un obiettivo finale dato dal «beneficio per la salute del paziente».

Da un lato, si avverte come un simile profilo soggettivo–finalistico non possa – ontologicamente – intaccare la materialità del fatto; dall'altro rimane di tutta evidenza come, prendendo in considerazione il dato oggettivo delle conseguenze «ultime» dell'atto, ci si apra a consentire alla paradossale soluzione della non configurabilità di una lesione tipica *ex* art. 582 c.p. ogni qual volta l'evoluzione finale del processo patologico in questione attesti l'esistenza di un ritrovato o finanche migliorato benessere psicofisico, a prescindere dalla specificità del contesto, medico o non medico in cui l'aggressione fisica sia stata volontariamente perpetrata.

4.2.2. *L'operatività del principio della compensazione dell'offesa penale.*

L'obiezione dà allora ragione alle presenti considerazioni: ferma la tipicità del fatto, si tratta di vagliare non l'esistenza–inesistenza di una oggettiva contraddizione tra tale disposizione astratta di incriminazione ed altro precetto che facoltizzi o imponga la commissione del medesimo fatto da parte dell'agente in concreto (così da far assumere alla situazione i contorni della liceità, dimostrando l'assenza dell'antigiuridicità); ma un profilo dell'offensività penale che sta al di là del confine della effettiva, reale, in una parola concreta lesione del bene

⁹⁸ Cass., sez. VI, 14 febbraio 2006, n. 11640, Caneschi, in *Ced. Cass.*, n. 233851; Cass., sez. IV, 16 gennaio 2008, n. 11335, Huscer e altri, in *Ced. Cass.*, n. 238968; Cass., sez. IV, 24 giugno 2008, n. 37077, Ruocco e altro, in *Ced. Cass.*, n. 240963. In dottrina soprattutto MANNA, *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, Milano, 1984; Id., *Trattamento sanitario arbitrario: lesioni personali e/o omicidio, oppure violenza privata?*, in *Ind. pen.*, 2004, 449 ss.; con motivazioni diverse, TORDINI CAGLI, *Profili penali*, cit., 1073.

⁹⁹ C. FIORE-S.FIORE, *Diritto penale, Parte generale*, Torino, 2008, 355; ROMANO, *art. 50*, cit., 532.

¹⁰⁰ Si vedano a riguardo le osservazioni di FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, t. I, *I delitti contro la persona*, Bologna, 2007, 55; SALCUNI, *Artt. 582–583*, in *Reati contro la persona*, a cura di Manna, Torino, 2007, 105 ss.; LORETO, *I delitti di percosse e lesioni personali*, in *I reati contro la persona, I reati contro la vita e l'incolumità individuale*, a cura di Canestrari, Torino, 2006, 528 ss.; PANNAIN, *Lesioni personali e percosse (diritto penale comune)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. IX, Torino, 1963, 746.

¹⁰¹ Cass., sez. IV, 19 marzo 2008, n. 17505, Pagnani, in *Ced. Cass.*, n. 239541; Cass., sez. II, 12 marzo 2008, n. 15420, Amendola, *ivi*, n. 240012.

¹⁰² MANNA, *Trattamento sanitario*, cit., 450; EUSEBI, *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico-penali*, in *Riv. it. med. leg.*, 1995, 729.

integrità fisica. Profilo di offensività che il principio generale dettato dall'art. 50 c.p. sigla nella compensabilità dell'offesa tipica con un Valore della persona umana immanente nel medesimo disvalore prodottosi, e riconosciuto tanto dal sistema quanto dall'offeso. Così, l'occorsa lesione all'integrità fisica ben può esprimere il Valore della tutela del proprio (del singolo individuo) stato complessivo di benessere psico-fisico (salute): ma solo se, ed in quanto, assuma questo spessore assiologico – di valore che entra nel patrimonio giuridico dell'interessato, e come tale riconosciuto dall'ordinamento – allora “compensa” e quindi esclude la punibilità dell'offesa reale tipizzata.

In effetti si dimostrano inclinate verso questa direzione esegetica anche le riflessioni, e le perplessità, giurisprudenziali emergenti in pronunce successive a quella delle Sezioni unite del 2008.

Va allora citata la decisione del 28 gennaio 2010, avente ad oggetto il caso di un medico che aveva praticato un intervento per curare un'elevata miopia ad entrambi gli occhi ed astigmatismo¹⁰³. Il sanitario, dopo aver effettuato una normale visita oculistica, aveva suggerito al paziente di sottoporsi ad un intervento di tipo correttivo, definito routinario, al quale questi si era effettivamente sottoposto, prestando il proprio consenso affinché l'intervento venisse realizzato con la tecnica di tipo lasik, ed esprimendo un deciso rifiuto a che l'intervento fosse effettuato con la metodica di tipo PRK: all'esito, con il metodo PRK, il paziente riportava l'indebolimento permanente del senso della vista.

V'è una prima basilare considerazione: il consenso del paziente a parere dei Supremi Giudici non si identifica con quello *ex* art. 50 c.p., ma si erge a indefettibile presupposto di legittimità del trattamento medico chirurgico, essendo il paziente libero di effettuare scelte autonome e consapevoli. Argomenta sul punto la Corte che, stabilito come il consenso rende lecito l'intervento del medico, «deve rilevarsi come non si possa al contempo addivenire a soluzioni ermeneutiche che vanificano radicalmente tale principio, assumendo che il medico sia comunque e sempre legittimato all'espletamento di quella attività terapeutica in ossequio al fine curativo perseguito in favore del paziente». Rimane, perciò, del tutto irrilevante che l'atto terapeutico, che ha cagionato la malattia finale, sia stato posto in essere al fine di guarirne un'altra o assicurare un più appagante assetto psico-fisico «sul piano della valutazione complessiva della salute»: determinazioni, queste, di esclusiva competenza del paziente. Si apprezza allora un notevole spunto: la determinazione relativa all'esito complessivo della salute è scelta riservata esclusivamente al paziente; in sostanza, sembra affermare la pronuncia più implicitamente che esplicitamente, è solo il paziente (*dominus membrorum suorum*) a dover/poter stabilire quale opzione intraprendere, e quindi se sottoporsi o meno ad un intervento chirurgico; al di là che, nel concreto, l'intervento stesso si sia rivelato fausto, all'esito di una complessiva valutazione da effettuarsi sulla base dei canoni della scienza medica e privilegiando, quindi, una concezione oggettiva del concetto salute.

Tirando le fila, c'è dunque margine di ragionevolezza nell'intendere – come vale per l'attività sportiva – il consenso necessario e sufficiente ad integrare il principio *ex* art. 50 c.p. nei termini di “semplice” comportamento del soggetto passivo di consapevole e volontario assoggettamento all'altrui atteggiamento aggressivo, da cui l'offesa reale si produce.

Nella formulazione linguistico-letterale, del resto, si scrive (parafrasando) di un consenso “col quale”, quindi, per mezzo del quale, sia commesso il fatto lesivo-pericoloso. Vale a dire che attraverso il consentito svolgimento dell'attività medico-chirurgica ovvero il consentito assoggettamento all'attività medico-chirurgica, si produce un dato esito offensivo, che dovrà essere immediatamente dopo valutato dall'ordinamento, prima in senso “quantitativo” per verificarne la realtà-concretezza penale, e poi in comparazione qualitativa con il Valore che quell'offesa possa esprimere, per dirsi essa confermata o intendersi annullata.

D'altronde, lo schema di pensiero utilizzato dal Giudice di Legittimità non nasconde di cercare una “terza via” tra mancanza di antigiuridicità e difetto di tipicità: il Supremo Consesso, si è detto, aderisce all'inquadramento dogmatico maggioritario quando afferma che «sarebbe davvero eccentrico continuare a rinvenire nella sola scriminante del consenso dell'avente diritto, di cui all'art. 50 c.p., la base di semplice “non antigiuridicità” della condotta del medico» (punto 4 motivazione). Però, in un passo successivo della motivazione (punto 8), soffermandosi sulla applicabilità del delitto di lesioni personali, scrive che l'atto chirurgico integra «ove

¹⁰³ Cass., sez. IV, 28 gennaio 2010, n. 5076, P.G.A.T., in <http://www.leggiditalia.it>.

isolato dal contesto del trattamento medico-terapeutico – la tipicità del fatto lesivo, rispetto al quale l'antigiuridicità non può che ricondursi alla disamina del corretto piano relazionale tra medico e paziente: in una parola, al consenso informato, che compone la "istituzionalità" della condotta "strumentale" del chirurgo, costretto a "ledere" per "curare". Il versante problematico si sposta, dunque, dalla antigiuridicità, derivante dal mancato consenso al diverso tipo di intervento chirurgico in origine assentito, alla "tipicità" delle lesioni dell'intervento in sé e delle conseguenze che da tale intervento sono scaturite».

L'ambiguità della impostazione rivela dunque l'incapacità di giungere ad una piena comprensione giuridico-penale della fenomenologia dell'atto chirurgico alla luce di queste richiamate classiche categorie strutturali del reato.

In ogni caso, rimane ferma una lettura *a contrario* dell'art. 5 c.c., non come limite al potere di disporre, ma come «libertà di disporre del proprio corpo, stante il valore unitario e inscindibile della persona come tale», ossia «libertà di decidere e di autodeterminarsi in ordine a comportamenti che in vario modo coinvolgono e interessano il proprio corpo»¹⁰⁴.

Le Sezioni Unite sembrano dunque porsi "a chiusura" di una stagione giurisprudenziale sviluppata proprio secondo una direttrice evolutiva. E sembrano infine accogliere due principi fondamentali che, integrandosi a vicenda, dettano linee guida non lontane da quelle che si estraggono da una lettura dell'art. 50 c.p. come "principio di non punibilità dell'Offesa di Valore": l'attività medica si giustifica da sé, in nome dell'alto interesse sociale che è destinata a soddisfare, in quanto volta a "garantire" la salute dell'individuo; il consenso opera come condizione di legittimazione di ogni intervento che incida sull'integrità fisica o psichica del soggetto, al quale è assicurata, in base a principi costituzionale, la piena disponibilità del bene salute¹⁰⁵.

Ancora una nota: la lettura dell'art. 50 c.p. nei termini sopra chiariti fa disperdere il connotato delimitativo che varrebbe all'impunità del solo medico quale soggetto agente del reato. Per un verso, al diritto-bene della salute spetta una garanzia *erga omnes*, per altro verso l'art. 50 c.p. trova esplicita applicazione indipendente da ogni considerazione relativa al soggetto attivo-reo dell'offesa (consentita, il cui Valore andare a verificare), e quindi ai rapporti tra *colpevole* e (non) *offeso*. Vale a dire che anche il non-medico (che sia in rapporto terapeutico-professionale con il malato) – e il richiamo va in primo luogo alle figure del coniuge e del parente del paziente, come anche all'amico oppure al "terzo incaricato" – può realizzare un fatto tipico omicidiario (del consenziente), realmente offensivo, che pur si dimostri conforme al Valore assegnato dall'ordinamento all'Offesa acconsentita, e pertanto non punibile per complessiva mancanza di disvalore.

Piuttosto, pare che il punto di forza dell'argomentazione delle Sezioni unite per come soggettivamente delimitata alla figura-agente del medico si indirizzi a ribadire l'importanza del consenso del paziente, nella gestione del proprio bene-salute, anche rispetto a qualsiasi intervento medico, salvi i casi di stato di necessità o di incapacità di manifestazione del volere¹⁰⁶.

I passaggi concettuali allora si saldano in unità: riemerge ancora una volta, a questo punto del ragionamento, la portata materiale-oggettiva del consenso, il cui significato nella relazione terapeutica assume le sembianze dell'alleanza terapeutica¹⁰⁷, e diventa primariamente funzionale all'attuazione del diritto alla salute quale fondamentale Valore Umano del paziente¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Trib. Roma, 23 luglio 2007, R., in *Dir. pen. proc.*, 2008, 59, con nota di VALLINI, *Rifiuto di cure "salvavita" e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*. Su questa vicenda v. altresì SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby*, cit., 1561 ss.; VIGANÒ, *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"?*, cit., 5 ss.; CUPELLI, *Il "diritto" del paziente (di rifiutare) e il "dovere" del medico (di non perseverare)*, in *Cass. pen.*, 2008, 1807. Sulla vicenda giudiziaria del caso Englaro, (Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, cit.) in dottrina v. VIGANÒ, *Riflessioni sul caso di Eluana Englaro*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 1035; SEMINARA, *Le sentenze*, cit., 1561 ss.

¹⁰⁵ Cass., sez. IV, 16 gennaio 2008, n. 11335, Huscer. e altri, cit.; *contra* IADECOLA-FIORI, *Stato di necessità medica, consenso del paziente e dei familiari, cosiddetto "diritto di morire", criteri per l'accertamento del nesso di causalità*, in *Riv. it. med. leg.*, 1996, 313.

¹⁰⁶ Si veda Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438, in *Giur. cost.*, 2008, 4945.

¹⁰⁷ Su questo principio v. PAGNI, *Sul Codice deontologico dei medici*, in *Bioetica*, 2000, 597.

¹⁰⁸ FERRANDO, *Chirurgia estetica, "consenso informato" del paziente e responsabilità del medico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, 945 s.

CONGELAMENTO DI BENI SENZA FRONTIERE. IL CASO UCRAINA

Désirée Fondaroli e Filippo Sgubbi

SOMMARIO

1. Riflessione introduttiva. - 2. La Decisione 2014/119/PESC ed il Regolamento (UE) n. 208/2014, in materia di "misure restrittive nei confronti di talune persone, entità e organismi in considerazione della situazione in Ucraina". - 3. (segue) Il congelamento dei fondi e delle risorse economiche. - 4. I destinatari. - 5. La Decisione 2014/145/PESC ed il Regolamento (UE) n. 269/2014, concernenti "misure restrittive relative ad azioni che compromettono o minacciano l'integrità territoriale, la sovranità e l'indipendenza dell'Ucraina". - 6. (segue) I destinatari. - 7. Alcune considerazioni.

1.

Riflessione introduttiva

La normativa europea commentata in queste brevi note sollecita al penalista un'inquieta attenzione. Siamo di fronte a "misure restrittive" che rientrano a pieno titolo nella *materia penale*, secondo la consolidata prospettazione della Corte Europea dei diritti dell'Uomo: invero, con tali misure, indubbiamente 'autoritative' e afflittive, si sacrificano in modo significativo taluni diritti soggettivi di persone fisiche e giuridiche e si espongono gli interessati a sanzioni che, per natura e livello di gravità, rientrano in linea generale nell'ambito, appunto, della materia penale¹.

Sono misure, pertanto, che dovrebbero sottostare alle regole e alle garanzie proprie dell'"accusa in materia penale", quali disposte dalle Carte Costituzionali dei singoli Stati membri dell'Unione e dello Stato di appartenenza dei soggetti interessati nonché dalla Convenzione dei diritti dell'uomo.

Per contro, tali sanzioni:

sono applicate a soggetti in assenza di una qualunque ipotesi di reato a loro addebitabile, ma basate soltanto sulla cittadinanza dei soggetti stessi (e con riferimento ad una sommaria enunciazione della loro adesione alle scelte politiche del Governo del loro Paese);

sono applicate senza alcun controllo giurisdizionale, né preventivo né successivo, cioè senza neppure la parvenza di un giusto processo;

sono applicate a determinati soggetti sulla base di criteri non del tutto chiari, anche se si può intuire una selezione basata essenzialmente sul censo.

È facile allora percepire, nei provvedimenti in questione, l'eco di alcune concettualizzazioni contemporanee, paradossalmente estremizzate.

In primis, la figura del diritto penale del nemico: con la particolarità, però, che la sanzione colpisce il soggetto "nemico" non per un fatto di reato da lui commesso, bensì per la sua appartenenza allo Stato con il quale è in essere una conflittualità politico-diplomatica. Non si può – o non si vuole – colpire con sanzioni lo Stato (ad esempio, con il c.d. embargo) e si ripiega sui suoi cittadini.

Poi, l'idea della c.d. guerra asimmetrica: dove cioè uno Stato sovrano si pone guerra non contro un altro Stato sovrano, ma contro uno o più individui singoli.

In entrambi i casi, sono categorie forgiate nell'ambito della lotta al terrorismo internazionale e, oggi, applicate ad una fenomenologia ontologicamente diversa: applicata cioè a fatti leciti.

Il modello 'democratico' – con le correlate garanzie proprie per i diritti degli individui – a cui l'Europa dice di ispirarsi sembra gravemente tradito.

2.

La Decisione 2014/119/PESC ed il Regolamento (UE) n. 208/2014, in materia di "misure restrittive nei confronti di talune persone, entità e organismi in considerazione della situazione in Ucraina"

Le notizie relative alle recenti vicende che hanno teatro in Ucraina hanno indotto il Consiglio dell'Unione europea, nel febbraio del 2014, ad appellarsi al governo ed ai leader dell'opposizione a favore della tutela dei diritti umani e delle libertà fondamentali.

Nell'arco di breve tempo si sono susseguiti diversi provvedimenti, a partire dalla Decisione 2014/119/PESC (ai sensi dell'art. 29 del Trattato sull'Unione europea) e del Regolamento (UE) n. 208/2014 del 5 marzo (in forza dell'art. 215 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea), entrambi relativi a "misure restrittive nei confronti di talune persone, entità e organismi in considerazione della situazione in Ucraina", con cui si sono disposte "misure restrittive sul congelamento e sul recupero dei beni delle persone identificate come responsabili dell'appropriazione indebita di fondi statali ucraini e delle persone responsabili di violazioni di diritti umani".

¹ Si veda da ultimo: Corte EDU, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri contro Italia*. Il passo citato è ripreso dal paragrafo 94 di tale sentenza.

In particolare, nell'art. 1 della Decisione 2014/119/PESC si stabilisce il congelamento di “tutti i fondi e le risorse economiche appartenenti, posseduti, detenuti o controllati da persone identificate come responsabili dell'appropriazione indebita di fondi statali ucraini e dalle persone responsabili di violazioni di diritti umani in Ucraina, e da persone fisiche o giuridiche, entità od organismi a essi associate, elencati nell'allegato”.

Analoga previsione, frammentata negli artt. 2 e 3, è contenuta nel Regolamento, che è “obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri” (art. 18, comma 2).

Di fatto, però, sembra necessaria una normativa interna di raccordo, anche mediante rinvio ad altra disciplina già esistente, per individuare le autorità competenti e gli strumenti utilizzabili per il congelamento dei beni e delle risorse economiche dei soggetti (persone fisiche, giuridiche, enti) indicati nell'elenco². Il Regolamento, infatti, richiama l'espressione “autorità competenti” (definite dall'art. 1, lett. c) del Regolamento stesso attraverso il rinvio al sito web dello Stato di riferimento, espresso nell'allegato II)³, solo per quanto riguarda l'autorizzazione allo svincolo di taluni beni o risorse in deroga a quanto previsto dal regolamento (art. 4)⁴.

Nel sito del Ministero degli Esteri italiano cui rinvia l'allegato al Regolamento si legge che “a seconda della natura del regime di sanzioni specifico, gli Stati membri sono chiamati a svolgere determinati compiti per quanto riguarda l'attuazione delle misure restrittive. Per l'Italia, l'autorità competente responsabile di monitorare il funzionamento del sistema di prevenzione e di sanzioni del finanziamento del terrorismo e del riciclaggio è il Comitato di Sicurezza Finanziaria (CSF), presieduto dal Direttore generale del Tesoro e composto da rappresentanti del Ministero degli Affari Esteri, del Ministero dell'Interno, del Ministero della Giustizia, della Banca d'Italia, della Commissione nazionale per le Società e la Borsa, dell'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private e di interesse collettivo, dell'Unità di Informazione Finanziaria, della Guardia di Finanza, della Direzione Investigativa Antimafia, dell'Arma dei Carabinieri e della Direzione nazionale antimafia”.

Attesa la competenza di tale autorità (“monitorare il funzionamento del sistema di prevenzione e di sanzioni del finanziamento del terrorismo e del riciclaggio”), si potrebbe ipotizzare di ascrivere le attività attribuite ai soggetti indicati nell'elenco alla categoria del “finanziamento del terrorismo” e del “riciclaggio”. Tuttavia la disciplina europea non contiene alcun esplicito riferimento in tal senso, sebbene qualche norma dei Regolamenti n. 208 e n. 269 del 2014 evidenzia punti di contatto con le strategie di contrasto a tali forme di criminalità (si pensi all'art. 8 dei due provvedimenti, in ordine agli obblighi di fornire informazioni circa i conti e gli importi congelati).

Di contro, una interpretazione letterale delle disposizioni in commento, nei confronti delle persone e alle condizioni elencate, porterebbe a ritenere che il congelamento sia disposto “d'ufficio” in forza del Regolamento, e debba essere applicato da qualunque persona fisica o giuridica, ente o organismo tenuto all'osservanza della normativa europea (si veda la causa di esenzione di cui all'art. 10 del Regolamento UE n. 208/2014), ma non è così chiaro se debba sussistere una sorta di “provvedimento di esecuzione” da parte di quell'autorità che è indicata come titolare del potere di autorizzazione allo svincolo.

3. (segue) Il congelamento dei fondi e delle risorse economiche

L'ambito delle previsioni *de quibus* è molto ampio, e concentra in sé alcuni principi sedimentatisi in materia di ablazione di beni nell'esperienza internazionale.

² Così, ad esempio, l'art. 1 *bis* (Congelamento dei beni) della legge n. 431/2001, introdotto dall'art. 14 D.l. 25 luglio 2005, n. 144, conv. con mod. dalla Legge 31 luglio 2005, n. 155, orientato ad espandere l'arsenale delle misure cautelari patrimoniali: “1. Quando sulla base delle informazioni acquisite a norma dell'articolo 1 sussistono sufficienti elementi per formulare al Comitato per le sanzioni delle Nazioni Unite o ad altro organismo internazionale competente proposte per disporre il congelamento di fondi o di risorse economiche, quali definiti dal regolamento CE 881/2002 del Consiglio del 27 maggio 2002, e successive modificazioni e sussiste il rischio che i fondi o le risorse possano essere, nel frattempo, dispersi, occultati o utilizzati per il finanziamento di attività terroristiche, il presidente del Comitato di sicurezza finanziaria ne fa segnalazione al procuratore della Repubblica competente ai sensi dell'articolo 2 della legge 31 maggio 1965, n. 575”.

³ Precisamente: “le autorità competenti degli Stati membri identificate nei siti web elencati nell'allegato II”; per quanto concerne l'Italia, [clicca qui](#).

⁴ Invero una previsione generica è contemplata dall'art. 16, che impone agli Stati membri di designare le autorità competenti “di cui al presente regolamento” e di identificarle sui siti web di cui si è detto.

Ad esempio, il concetto di “congelamento dei beni”, sconosciuto al nostro ordinamento (che opera attraverso il sequestro – in genere cautelare – e la confisca), è di evidente derivazione sovranazionale. Basti pensare alle Risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite n. 1267/1999 e n. 1333/2000 in materia di adozione di misure nei confronti dei Talebani in Afghanistan, nonché al Regolamento CE n. 467/2001 del Consiglio del 6 marzo 2001⁴⁸, in osservanza delle quali si è introdotta nel sistema italiano la l. 14 dicembre 2001, n. 431, contenente “misure urgenti per reprimere e contrastare il finanziamento del terrorismo internazionale”.

La disciplina prevede una ipotesi di “congelamento” dei beni⁴⁹ che, al pari delle altre nuove figure di confisca, si discosta, anche sotto il profilo del *nomen iuris*, dalle categorie classiche, ma, non diversamente da queste, svolge una funzione di interdizione dall'utilizzo di determinati beni da parte dei soggetti destinatari.

Ai fini del Regolamento (UE) n. 208/2014 (art. 1, lett. f), il “congelamento di fondi” si sostanzia nel “divieto di spostare, trasferire, alterare, utilizzare o gestire i fondi o di avere accesso a essi in modo da modificarne il volume, l'importo, la collocazione, la proprietà, il possesso, la natura, la destinazione o da introdurre altri cambiamenti tali da consentire l'uso dei fondi in questione, compresa la gestione di portafoglio”.

Il Regolamento, oltre a recepire i principi della Decisione e l'elenco delle persone cui è applicato, contiene, secondo l'impostazione tradizionale dei provvedimenti europei e sovranazionali, anche altre definizioni.

Ad esempio, quella di “fondi” congelabili, che abbraccia “tutte le attività e i benefici finanziari di qualsiasi natura, compresi (...) i) i contanti, gli assegni, le cambiali, i vaglia postali e gli altri strumenti di pagamento; ii) i depositi presso istituti finanziari o altre entità, i saldi sui conti, i debiti e le obbligazioni di debito; iii) i titoli negoziati a livello pubblico e privato e i prestiti obbligazionari, compresi le azioni, i certificati azionari, le obbligazioni, i pagherò, i warrant, le obbligazioni ipotecarie e i contratti finanziari derivati; iv) gli interessi, i dividendi o altri redditi o di valore provenienti o generati dalle attività; v) il credito, il diritto di compensazione, le garanzie, le fidejussioni o altri impegni finanziari; vi) le lettere di credito, le polizze di carico e gli atti di cessione, e vii) i documenti da cui risulti un interesse riguardante capitali o risorse finanziarie”.

Si tratta peraltro di un “elenco non limitativo” (non tassativo, per meglio dire), come si affretta a precisare la lett. g) del citato art. 1. E, analogamente, si rinviene la nozione di “risorse economiche” (intese quali “attività di qualsiasi tipo, tangibili o intangibili, mobili o immobili, che non sono fondi ma che possono essere utilizzate per ottenere fondi, beni o servizi”: art. 1, lett. d)), suscettibili anch'esse di “congelamento”, consistente nel “divieto di utilizzare risorse economiche per ottenere fondi, beni o servizi in qualsiasi modo, anche ma non esclusivamente attraverso la vendita, la locazione e le ipoteche” (art. 1, lett. e).

L'art. 10 introduce una causa di esenzione da “ogni genere di responsabilità” per la persona fisica o giuridica, l'entità o l'organismo che, “ritenendo in buona fede che tale azione sia conforme” al regolamento, attui il congelamento o rifiuti di mettere a disposizione fondi o risorse economiche, “salvo che si dimostri che i fondi e le risorse sono stati congelati o trattenuti per negligenza”⁵⁰.

Per contro, “è vietato partecipare, consapevolmente e deliberatamente, ad attività aventi l'obiettivo o il risultato di eludere le misure relative al congelamento” (art. 9 del Regolamento n. 208/2014, confermato dall'art. 9 del Regolamento n. 269/2014), mentre subisce consistenti limitazioni (a cominciare dall'inversione dell'onere della prova) l'esercizio di diritti in relazione a contratti o transazioni, sulla cui esecuzione abbia inciso, direttamente o indirettamente, integralmente o in parte, il congelamento (art. 11 Regolamento UE n. 208/2014, riprodotto dall'art. 11 Regolamento UE n. 269/2014).

È previsto un meccanismo di “sblocco” dei fondi e delle risorse economiche necessarie

⁴⁸ Per alcune considerazioni sul punto cfr. D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, Bologna, 2007, 79 ss.

⁴⁹ Il secondo paragrafo dell'art. 10 aggiunge che “le azioni compiute da persone fisiche o giuridiche, entità od organismi non comportano alcun genere di responsabilità a loro carico se non sapevano, e non avevano alcun motivo ragionevole di sospettare, che le loro azioni avrebbero violato i divieti previsti dal presente regolamento”, aprendo la via ad una causa di esclusione della colpevolezza rispetto alla commissione di qualunque illecito incentrato sulla illegittima restrizione della libertà economica.

per la conduzione di una esistenza ordinaria e per l'esercizio del diritto di difesa⁷, sul quale si esprimerà qualche riflessione successivamente⁸.

4.

(segue) I destinatari

Ai sensi dell'art. 17 il Regolamento si applica nel territorio dell'Unione, compreso il suo spazio aereo e tutti gli aeromobili o di tutti i natanti rientranti nella giurisdizione di uno Stato membro, sotto il profilo dell'ambito spaziale; a qualsiasi cittadino di uno Stato membro che si trovi all'interno o all'esterno del territorio dell'Unione, a qualsiasi persona fisica, entità od organismo che si trovi all'interno o all'esterno del territorio dell'Unione e sia costituito conformemente al diritto di uno Stato membro (lett. d) e a qualsiasi persona fisica, entità od organismo relativamente ad attività economiche esercitate, interamente o parzialmente, all'interno dell'Unione (lett. e), sotto il profilo dell'ambito personale.

Il congelamento dei beni, destinato ad operare nei confronti di "persone identificate come responsabili dell'appropriazione indebita di fondi statali ucraini e dalle persone responsabili di violazioni di diritti umani in Ucraina, e da persone fisiche o giuridiche, entità od organismi a essi associate" (art. 1, comma 1 Decisione 2014/119/PESC), viene disposto nei riguardi di soggetti, elencati negli (identici) allegati alla Decisione 2014/219/PESC ed al Regolamento (UE) n. 208/2014⁹, che coincidono con persone (solo) fisiche, ma dispiega i propri effetti anche rispetto alle persone giuridiche, entità od organismi ad esse "associate".

L'allegato include, oltre ai nominativi, le motivazioni che ne giustificano l'inserimento nella lista (le medesime per tutti), e consistenti nell'essere "persona sottoposta a procedimento penale in Ucraina allo scopo di indagare su reati connessi alla distrazione di fondi dello Stato ucraino e al loro trasferimento illegale al di fuori dell'Ucraina".

Mentre la tecnica della "*black list*" costituisce il portato delle strategie di contrasto al terrorismo internazionale ed alla prevenzione e repressione del suo finanziamento, l'estensione dell'efficacia del congelamento nei confronti di "persone giuridiche, entità od organismi (...) associate" non manca di suscitare alcune riflessioni.

Si tratta infatti di una tanto letterale quanto infelice traduzione del termine "*associated*" impiegato nella versione inglese, che consente di estendere l'ambito di operatività della misure a beni di persone fisiche o giuridiche "comunque", e quindi anche solo indirettamente, ricollegabili ai soggetti elencati.

Come prevedibile, e peraltro consentito dall'art. 14, par. 4 del Regolamento (UE) n. 208/2014, si è verificata una progressiva dilatazione del novero dei soggetti interessati.

La Decisione di esecuzione 2014/216/PESC (adottata ai sensi dell'art. 31, par. 2 del trattato sull'Unione) ed il Regolamento di esecuzione (UE) n. 381/2014¹⁰ del Consiglio (entrambi del 14 aprile scorso), infatti, hanno successivamente aggiornato, sotto il profilo di alcune delle informazioni personali, ed integrato la *black list*, modificando altresì la formula della motivazione in "persona sottoposta a indagine in Ucraina per coinvolgimento in reati connessi alla distrazione di fondi dello Stato ucraino e al loro trasferimento illegale al di fuori dell'Ucraina"

⁷ Secondo il par. 3 dell'art. 1 della Decisione 2014/119/PESC ribadita nel Regolamento, "alle condizioni che ritiene appropriate, l'autorità competente di uno Stato membro può autorizzare che taluni fondi o risorse economiche congelati siano sbloccati o che taluni fondi o risorse economiche siano messi a disposizione, previa determinazione che i fondi o le risorse economiche in questione sono:

a) necessari per soddisfare le esigenze di base delle persone fisiche elencate nell'allegato e dei familiari a loro carico, compresi i pagamenti relativi a generi alimentari, locazioni o garanzie ipotecarie, medicinali e cure mediche, imposte, premi assicurativi e utenze di servizi pubblici; b) destinati esclusivamente al pagamento di onorari congrui e al rimborso delle spese sostenute per la prestazione di servizi legali; c) destinati esclusivamente al pagamento di diritti o di spese connessi alla normale gestione o alla custodia dei fondi o delle risorse economiche congelati; o

d) necessari per coprire spese straordinarie, purché prima dell'autorizzazione l'autorità competente abbia notificato alle autorità competenti degli altri Stati membri e alla Commissione i motivi per cui ritiene che debba essere concessa un'autorizzazione specifica almeno due settimane prima dell'autorizzazione.

Lo Stato membro interessato informa gli altri Stati membri e la Commissione in merito alle autorizzazioni concesse a norma del presente paragrafo".

⁸ Cfr. *infra* par. 7.

⁹ Di tali persone (fisiche o giuridiche) l'allegato dovrebbe indicare tutti i dati relativi alla corretta identificazione, inclusi quelli relativi al numero del passaporto e della carta di identità (art. 3, par. 3 del Regolamento UE n. 208/2014, onde garantire la "massima certezza giuridica all'interno dell'Unione" (considerando n. 9 del Regolamento UE n. 208/2014).

¹⁰ Anche in tal caso "obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri".

(il corsivo è nostro).

La procedura per la modifica dell'elenco allegato, nonostante il rinvio alla preminenza dei diritti fondamentali, la comunicazione della decisione del Consiglio all'interessato e la previsione di ricorso ad un giudice imparziale, costituisce un contrappeso non sufficiente in rapporto alla potenziale incisività di misure così significative.

5.

La Decisione 2014/145/PESC ed il Regolamento (UE) n. 269/2014, concernenti “misure restrittive relative ad azioni che compromettono o minacciano l'integrità territoriale, la sovranità e l'indipendenza dell'Ucraina”

A breve distanza dalla Decisione 2014/119/PESC, ed in considerazione della recrudescenza delle violazioni della sovranità ed integrità territoriale da parte della Federazione russa denunciate dall'Ucraina (in particolare, lo svolgimento di un referendum in Crimea ritenuto contrario alla costituzione ucraina, e, quindi, illegale), il Consiglio dell'Unione europea il 17 marzo 2014 ha assunto la Decisione 2014/145/PESC, stabilendo che “dovrebbero essere imposti restrizioni di viaggio e il congelamento dei beni nei confronti delle persone responsabili di azioni che compromettono o minacciano l'integrità territoriale, la sovranità e l'indipendenza dell'Ucraina, comprese le azioni sul futuro statuto di qualsiasi parte del territorio contrarie alla Costituzione ucraina, nonché delle persone, entità od organismi ad esse associate” (*considerando* n. 4).

L'Unione europea ha rafforzato il proprio intervento, consolidando il meccanismo del congelamento dei fondi e delle risorse economiche, ed aggiungendo la previsione relativa alle restrizioni di viaggio.

La Decisione 2014/145/PESC, da un lato, impone agli Stati di adottare “le misure necessarie per impedire l'ingresso o il transito nel loro territorio delle persone fisiche responsabili di azioni che compromettono o minacciano l'integrità territoriale, la sovranità e l'indipendenza dell'Ucraina, nonché delle persone fisiche ad esse associate elencate nell'allegato” (art. 1, par. 1); dall'altro, ripropone il sistema del congelamento dei fondi e delle risorse economiche.

Il rigore della disposizione relativa alle restrizioni della libertà di circolazione delle persone, che costituisce una delle punte di diamante della (già Comunità, oggi) Unione europea, tuttavia, è temperato da due indicazioni: si precisa che infatti la disposizione non obbliga gli Stati membri a vietare ai loro cittadini l'ingresso nel proprio territorio” (art. 1, par. 2), e che la stessa “lascia impregiudicate le situazioni in cui uno Stato membro sia vincolato da un obbligo derivante dal diritto internazionale, segnatamente” – tra le altre – il trattato di conciliazione del 1929 (Patti Lateranensi) concluso tra la Santa Sede (Stato della Città del Vaticano) e l'Italia”¹¹.

Lo strumento del congelamento dei beni, invece, si colloca nel solco della precedente Decisione, stabilendo analoghe possibilità di autorizzazione allo svincolo parziale e mirato di taluni fondi o risorse economiche congelate.

Nel *considerando* n. 3 della Decisione si anticipa anche che l'Unione deciderà, oltre ai divieti di viaggio ed al congelamento dei beni, l'annullamento del vertice UE-Russia, a seguito della sospensione già deliberata dei “colloqui bilaterali con la Federazione russa concernenti i visti e i colloqui con la Federazione russa concernenti un nuovo accordo globale che dovrebbe sostituire l'esistente accordo di partenariato e di cooperazione” (*considerando* n. 2).

Il Regolamento UE n. 269/2014, adottato anch'esso il 17 marzo 2014, precisa al *considerando* n. 5 che (soltanto) “alcune” delle misure disposte dalla Decisione 2014/145/PESC “rientrano nell'ambito di applicazione del trattato e, pertanto, in particolare al fine di garantirne l'applicazione uniforme in tutti gli Stati membri, la loro attuazione richiede un'azione normativa a livello dell'Unione”.

La disciplina attuativa coincide con quella del precedente Regolamento (UE) n. 208/2014 in materia di congelamento di fondi e risorse economiche, incluse le definizioni, l'ambito di

¹¹ Trattato peraltro in parte sostituito ed integrato dall'Accordo tra la Santa Sede e la Repubblica italiana del 1984.

applicazione nonché la previsione dell'obbligo degli Stati membri di stabilire norme in relazione alle sanzioni alle violazioni del regolamento.

6.

(segue) I destinatari

Sin dalla rubrica della Decisione 2014/145/ PESC e del Regolamento (UE) n. 269/2014 si evince un mutamento di registro: il *focus* dell'intervento si trasferisce dalle “misure restrittive nei confronti di talune persone, entità e organismi in considerazione della situazione in Ucraina” alle “misure restrittive relative ad azioni che compromettono o minacciano l'integrità territoriale, la sovranità e l'indipendenza dell'Ucraina”.

Il cambio di passo emergente dalla delimitazione della materia regolata è prodromico ai criteri di individuazione dei nominativi elencati nell'allegato alla Decisione ed al Regolamento, ovvero “persone responsabili di azioni che compromettono o minacciano l'integrità territoriale, la sovranità e l'indipendenza dell'Ucraina, comprese le azioni sul futuro statuto di qualsiasi parte del territorio contrarie alla Costituzione ucraina, nonché delle persone fisiche o giuridiche, delle entità o degli organismi ad esse associati”.

Il bacino di riferimento ha confini così flessibili e scarsamente determinati da sfociare nell'inesistenza: per verificare la carenza di tassatività dei presupposti normativi è sufficiente scorrere l'elenco dei soggetti inseriti nell'allegato alla Decisione 2014/145/PESC ed al Regolamento (UE) n. 269/2014, e successivamente implementato dalla Decisione di esecuzione 2014/151/PESC e dal Regolamento di esecuzione (UE) n. 284/2014 del 21 marzo 2014, nonché dalla Decisione di esecuzione 2014/238/PESC e dal Regolamento di esecuzione (UE) 433/2014 del Consiglio del 28 aprile 2014.

Nelle liste compaiono i vertici “politici” della Crimea (quali il neoelitto “Primo ministro” ed il Presidente del Consiglio Supremo) e della Federazione russa (ad es., il vicepresidente del Consiglio Federale, i Vicepresidenti della Duma di Stato), nonché le principali autorità militari russe (quali il Comandante della flotta del Mar Nero, il Comandante del distretto militare occidentale della Russia, il Direttore della GRU – Direzione principale dell'intelligence), responsabili della presenza militare in Crimea¹².

Ma non solo. Della lista fanno parte, oltre ad alcuni *leaders* separatisti¹³, il primo vicepresidente della Commissione per le questioni parlamentari, che – si legge nella motivazione dell'inserimento – “ha espresso pubblicamente, in sede di Consiglio federale, sostegno allo schieramento di forze russe”¹⁴; il capo dell'agenzia di stampa “Rossiya Segodnya” dello Stato federale russo, “figura centrale della propaganda governativa a sostegno dello schieramento delle forze russe in Ucraina” (allegato al Regolamento UE n. 284/2014, n. 5); i responsabili dell'organizzazione del referendum in Crimea (allegato al Regolamento UE n. 284/2014, nn. 9 e 10); un deputato della Duma di Stato, “artefice e cofautore di recenti proposte legislative in Russia che avrebbero consentito alle regioni di altri paesi di aderire alla Russia senza il preventivo accordo delle relative autorità centrali” (allegato al Regolamento UE n. 284/2014, n. 12); una persona definita “leader attivo della ‘Guardia di Lugansk’”, che “ha partecipato alla conquista dell'edificio sede dell'ufficio regionale del servizio di sicurezza a Lugansk, ha registrato un videomessaggio rivolto al presidente Putin e alla Russia dall'edificio occupato” ed ha “stretti legami con l'«Esercito del sud-est»” (allegato al Regolamento UE n. 433/2014, n. 10).

7.

Alcune considerazioni

Le misure adottate dall'Unione per i “fatti dell'Ucraina” determinano una restrizione della libertà personale ed economica particolarmente significativa, operante a fronte del mero inserimento di una persona fisica o giuridica in un elenco di proscritti, che se nella prima fase

¹² Non escluso il “comandante *di fatto* delle truppe russe schierate sul terreno in Crimea (che la Russia continua a chiamare ufficialmente ‘milizie locali di autodifesa’)” – il corsivo è nostro: allegato al Regolamento UE n. 284/2014, n. 11.

¹³ Allegato al Regolamento UE n. 433/2014, nn. 11-14.

¹⁴ Al fine di agevolare la lettura, i riferimenti agli elenchi, identici nella Decisione e nel Regolamento “abbinato”, sono citati con riferimento a quest'ultimo.

sono stati individuati sulla base di (per quanto presunte, tuttavia almeno ipotizzate) violazioni in corso di accertamento da parte dell'Autorità giudiziaria, nella seconda vengono identificati sulla scorta di ragioni meramente politiche (oggettivamente o soggettivamente politiche, a voler richiamare in via analogica la definizione dell'art. 8 del codice penale italiano), ovvero per l'attribuzione di fatti *lato sensu* riconducibili alla manifestazione di opinioni.

A prescindere dal problema della limitazione della libertà di circolazione, riconosciuta come fondamentale, la misura del congelamento dei beni sulla base dell'inserimento di un soggetto in una lista in ragione di una posizione occupata o delle opinioni espresse, indipendentemente dall'apertura di una indagine o di un procedimento penale, testimonia dell'utilizzo del meccanismo ablativo come strumento sostitutivo dell'azione militare: il conflitto si trasferisce dal "campo di battaglia" in senso proprio al contesto economico.

In una prospettiva strettamente penalistica, è l'apoteosi dei principi elaborati in ordine alle misure di prevenzione patrimoniali: il congelamento concerne fondi e risorse economiche "appartenenti, posseduti, detenuti o controllati da persone fisiche (...), nonché da persone fisiche o giuridiche, entità o organismi ad esse associate", sicché direttamente, o più spesso solo indirettamente, riconducibili al soggetto¹⁵, e presuppone l'appartenenza ad una lista, stilata sulla base di una valutazione di pericolosità astratta, anzi, di una pericolosità "di posizione".

E ciò anche *pro futuro*, atteso il divieto di mettere a disposizione o di fare beneficiare i soggetti indicati di nuovi fondi o risorse economiche (si veda, ad es., l'art. 1, comma 2 della Decisione 2014/119/PESC).

Un elemento di particolare interesse è dato dalla dettagliata previsione di un meccanismo idoneo alla salvaguardia delle esigenze fondamentali di vita attraverso l'autorizzazione delle autorità competenti allo svincolo o alla messa a disposizione di taluni fondi o risorse, previo accertamento e verifica dei presupposti.

Per un verso, si evidenzia una impostazione che, a differenza di quella tipica del sistema italiano (che richiede l'attivazione della parte interessate per la giustificazione delle richieste di esclusione di taluni beni o "risorse" dalla espropriazione)¹⁶, riconosce *ab origine* l'illegittimità della "confisca generale", stabilendo un sistema orientato alla tutela dei diritti fondamentali della persona (diritto ad un ordinario "potere di spesa", diritto allo scorporo delle risorse necessarie alla gestione dei fondi congelati, diritto alla difesa legale).

Per altro verso, tuttavia, tale regolamentazione conferma che il congelamento non opera come sanzione penale (pur determinandone sostanzialmente gli effetti).

Né potrebbe esserlo: infatti non è contestato alcun fatto illecito specifico; per i fondi e le risorse congelati non è richiesta alcuna pertinenzialità rispetto ad un qualsiasi reato; non è prevista l'attivazione di un procedimento (amministrativo o penale che sia, e fatta salva la garanzia del ricorso)¹⁷.

Insomma, sotto le vesti di una misura *ad personam*, che trova fondamento nella mera posizione occupata, ovvero nella manifestazione del pensiero espresso, ed è estensibile *ad libitum*, si cela una sanzione (prevalentemente) economica diretta a colpire uno Stato (la Federazione russa e la Crimea "separatista") per interventi militari nella crisi politico-sociale sviluppatasi in uno Stato indipendente (l'Ucraina), a fronte della quale è prevedibile l'innescio di una equivalente reazione di natura economico-finanziaria *versus* l'Unione europea ed i suoi Stati membri.

¹⁵ Orienta l'interpretazione in tal senso anche il riferimento alla interposizione soggettiva in tema di esercizio di diritti relativi a contratti o transazioni, sulla cui esecuzione abbia inciso, direttamente o indirettamente, integralmente o in parte, il congelamento (art. 11 dei Regolamenti UE n. 208 e n. 269 del 2014).

¹⁶ Così nell'ambito delle misure di prevenzione patrimoniali *ex d.lgs. n. 159/2011*, ma anche in relazione delle diverse figure di confisca, che, a seconda della disciplina prevista, escludono la "parte" che deve essere restituita al danneggiato, o comunque fanno salvi i diritti dei terzi.

¹⁷ Nemmeno la destinazione finale dei beni congelati e la relativa gestione è oggetto di specifica previsione, presumibilmente in considerazione delle differenti regolamentazioni nazionali. Nel nostro sistema è probabile che i beni e le risorse *de quibus* siano affidati all'Agenzia Nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata, peraltro, come noto, al centro di una riflessione critica che evidenzia l'inefficienza dello strumento.

IL I DELICATI PROBLEMI APPLICATIVI DI UNA NORMA CHE NON C'È (A PROPOSITO DI PRESUNTE IPOTESI OSTATIVE ALLA LIBERAZIONE ANTICIPATA SPECIALE)

Glauco Giostra

ABSTRACT

Il contributo affronta il controverso tema della concedibilità del beneficio della liberazione anticipata speciale ai condannati per taluno dei delitti previsti dall'art. 4-bis ord. penit., con riferimento alla condotta tenuta prima dell'entrata in vigore della legge n. 10/2014. L'A. rileva come – a differenza di quanto presumibilmente il Parlamento si riprometteva di prevedere e di quanto la giurisprudenza prevalente ritiene – il secondo comma dell'art. 4 della legge citata, dedicato appunto al passato, non sancisca alcuna preclusione per tale categoria di condannati. Né sarebbe possibile ricavarla in via analogica dall'esclusione prevista dal primo comma, con riguardo alla condotta tenuta dopo l'entrata in vigore della legge, essendo questa disposizione di natura eccezionale. L'A. comunque afferma che – anche a voler ammettere per ipotesi che questa operazione interpretativa sia praticabile, e che quindi si possa ritenere che la legge n. 10/2014, nel convertire il d.l. n. 146/2013 abbia introdotto un divieto di concessione della liberazione anticipata speciale ai condannati di cui all'art. 4-bis, anche con riguardo ai periodi pregressi – non si possa negare la concessione del beneficio a questa categoria di condannati quando la loro richiesta si basa su fatti verificatisi nel vigore del decreto-legge. Reputa, infatti, che la norma riguardante la liberazione anticipata speciale abbia natura sostanziale e che la mancata conversione del decreto legge ne vanifichi l'efficacia solo con riguardo a fatti ad esso pregressi (Corte cost. n. 51/85).

1.

Uno dei problemi più delicati e controversi emerso nei primi mesi di applicazione della l. n. 10/2014 riguarda la concedibilità del beneficio della liberazione anticipata speciale ai condannati per taluno dei delitti previsti dall'art. 4-*bis* ord. penit. (d'ora in avanti, per comodità espositiva, "condannati 4-*bis*"), qualora la richiesta sia stata avanzata, ma non "decisa", durante la vigenza del d.l. n. 146/2013.

Il dubbio che sta dividendo gli interpreti, e che ha avuto già soluzioni giurisprudenziali marcatamente difformi¹, attiene alla possibilità di concedere il beneficio con riguardo al triennio 2010-2013, nonostante la norma in vigore al momento della decisione, introdotta in sede di conversione del decreto, lo precluda. Problema che *sarebbe* molto delicato e complesso: ci consentiamo la licenza di un condizionale, perché una norma del genere, a nostro avviso, non esiste. Probabilmente a causa di una sorta di distorsione percettiva generale, infatti, l'art. 4 l. n. 10/2014 è stato sinora letto per come verosimilmente il legislatore avrebbe voluto scriverlo e non già per come l'ha scritto. Tanto è stata enfaticamente gridata – nel corso dei lavori di conversione del d.l. n. 146/2013 – la volontà politica di estromettere i "condannati 4-*bis*" dal perimetro applicativo della nuova liberazione anticipata speciale, che poi non ci si è più preoccupati di verificarne la traduzione normativa², l'unica che conti. A rilevare, infatti, non sono le "intenzioni" del legislatore – peraltro non sempre univoche o comunque di agevole individuazione – bensì le "intenzioni" della legge, desunte dal significato letterale della disposizione normativa, precisato, là dove plurivoco, dalla relazione che essa intrattiene con le altre disposizioni del sistema, prime fra tutte quelle costituzionali e convenzionali.

In effetti, basta collazionare la formulazione del decreto legge e quella della legge di conversione per rendersi conto che – infortunio tecnico o scelta politica³ che sia – non vi è alcuna disposizione che vieta di concedere ai "condannati 4-*bis*" il beneficio della liberazione anticipata speciale con riferimento al periodo pregresso.

Tanto il decreto legge, quanto la legge di conversione disciplinano al primo comma dell'art. 4 i presupposti di applicazione della liberazione anticipata speciale *per il futuro* («*per un periodo di due anni*»): «*la detrazione di pena concessa con la liberazione anticipata prevista dall'articolo 54 della legge 26 luglio 1975, n. 354 è pari a settantacinque giorni per ogni singolo semestre di pena scontata*». Tanto il decreto legge, quanto la legge di conversione disciplinano al secondo comma del medesimo art. 4 i presupposti di applicazione del beneficio *per il passato* («*a decorrere dal 1° gennaio 2010*»): a coloro che abbiano già usufruito della liberazione anticipata «*è riconosciuta per ogni singolo semestre la maggiore detrazione di trenta giorni, sempre che nel corso dell'esecuzione successivamente alla concessione del beneficio abbiano continuato a dare prova di partecipazione all'opera di rieducazione*». Su questo canovaccio comune, poi, si inseriscono le specifiche previsioni riguardanti i "condannati 4-*bis*": il decreto legge, all'art. 4 comma 4, li ammetteva al beneficio sia *de futuro*, sia *de praeterito* («*a norma dei commi precedenti*»), purché avessero «*dato prova, nel periodo di detenzione, di un concreto recupero sociale, desumibile da comportamenti rivelatori del positivo evolversi della personalità*»; la legge di conversione, dopo aver soppresso il citato comma 4, li estromette dal beneficio per il futuro, introducendo un apposito *incipit* esclusivamente al comma 1 dell'art. 4. Né si vede come, volendo stabilire questa preclusione solo per il biennio a venire, si sarebbe potuto precisarla con maggiore nettezza (il comma 1, che "guarda al futuro", inizia con «*ad esclusione dei condannati per taluno dei delitti...*», il comma 2 che "guarda al passato", inizia con «*ai condannati che, a decorrere dal 1° gennaio 2010, abbiano già usufruito...*»). Per precludere ai condannati 4-*bis* l'accesso al beneficio della liberazione anticipata speciale anche per il triennio pregresso si sarebbe dovuto o premettere al secondo comma dell'art. 4 una clausola eccezzuativa analoga a quella con cui si apre il primo comma, oppure, invece di sopprimere il comma 4, cambiarne il segno, aggiungendo un "non": «*Ai condannati per taluno dei delitti previsti dall'articolo 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354 la liberazione anticipata non può essere concessa nella misura di settantacinque giorni a norma dei commi precedenti*». Il Parlamento, invece, non solo non ha ritenuto di seguire quest'ultima via,

¹ V., al riguardo, l'interrogazione parlamentare presentata il 2 luglio 2014 dall'on. Giachetti.

² Un controllo sempre doveroso, ma ancor più avendo a che fare con un legislatore "emotivo" e tecnicamente corrivo come il nostro.

³ Non si può certo escludere, infatti, che le forze politiche contrarie alla svolta restrittiva in sede di conversione ne abbiano appoggiato la versione definitiva nella consapevolezza che, almeno per il passato, la novità preclusiva non fosse operante. Semmai si potrebbe far notare come si sia probabilmente verificata una sorta di eterogenesi dei fini, poiché la soppressione del comma 4 dell'art. 4 del decreto legge ha comportato che per i "condannati 4-*bis*" non sia più richiesta quella particolare partecipazione all'opera rieducativa – peraltro di difficile giustificazione e interpretazione – ivi prevista.

la più lineare, ma, dopo aver eliminato l'unica disposizione che disciplinava compiutamente il rapporto tra condannati 4-*bis* e beneficio della liberazione anticipata sia per i semestri futuri (comma 1) che per quelli pregressi (comma 2), ha emblematicamente disgiunto queste due ipotesi, prevedendo soltanto per la prima l'esclusione dei condannati 4-*bis*. Quand'anche il tenore letterale dell'attuale disciplina presentasse margini di opinabilità – e non sembra proprio – basterebbe quindi la sua “genesì” a fugare ogni dubbio.

1.1.

Si potrebbe obiettare che una lettura rispettosa dell'inequivocabile dato letterale ci restituisce una normativa di scarsa coerenza interna⁴. Ma anche a voler concedere che il dato normativo evidenzia una inspiegabile discrasia⁵, all'interprete non è consentito far dire alla norma, quasi fosse plastilina linguistica liberamente modellabile, ciò che essa non dice⁶. Tanto più che nel caso di specie dovrebbe esercitare una discrezionalità politica che non gli compete, non essendo affatto detto che la coerenza vada recuperata introducendo al secondo comma dell'art. 4 una clausola eccezzuativa analoga a quella presente nel primo. Non solo, ad essere meno in linea con la *ratio* della novella legislativa – cioè, la deflazione della popolazione penitenziaria – e con il suo impianto complessivo è proprio tale clausola eccezzuativa, ma soprattutto essa si pone in stridente contrasto con la finalità rieducativa della pena⁷: ove cercassimo di restituire coerenza al sistema interpretando il secondo comma come se contenesse l'esclusione per i “condannati 4-*bis*”, ne daremmo una lettura “costituzionalmente disorientata”. Si aggiunga, sul piano formale, che mentre rappresenterebbe una forzatura di pari gravità sia “introdurre” per via esegetica una esclusione dei “condannati 4-*bis*” nel secondo comma, sia eliminarne l'esclusione nel primo, sul piano dei principi ermeneutici quella sarebbe di gran lunga più grave di questa, in quanto estenderebbe in via analogica l'ambito di applicabilità di una disposizione a carattere eccezionale.

Dunque, atteso l'inequivoco tenore letterale del dato legislativo, anche ove si ritenesse la disciplina connotata da irriducibile e intollerabile irragionevolezza, non sarebbe ammessa alcuna operazione di ortopedia interpretativa.

1.2.

Resterebbe un'unica via percorribile: quella di sollevare una questione di legittimità costituzionale, ma non già con riguardo al secondo comma dell'art. 4, bensì al primo. Se, infatti, essi sono reciprocamente distonici, solo quest'ultimo – come si è appena visto – è anche in contrasto con lo spirito dell'intera legge, costituendone una deroga qualitativamente e quantitativamente vistosa, e con l'art. 27, comma 3 Cost., poiché esclude dalla premialità rieducativa alcuni condannati non in base al merito, ma alla tipologia del reato commesso. La Corte costituzionale ha già da molto tempo affermato, non a caso pronunciandosi proprio sull'art. 4-*bis* ord. penit., che inibire «l'accesso alle misure alternative alla detenzione dei condannati per determinati gravi reati» comporti «una rilevante compressione della finalità rieducativa della pena»; in particolare, «la tipizzazione per titoli di reato non appare consona ai principi di proporzione e di individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario, mentre appare preoccupante la tendenza alla configurazione normativa di “tipi di autore”, per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita». In quella circostanza, e con malcelato imbarazzo, la Consulta aveva “salvato” le preclusioni imposte dall'art. 4-*bis* ord. penit., in considerazione del fatto che non è comunque esclusa «la possibilità (...)»

⁴ Obiezione, sia detto incidentalmente, dettata da uno scrupolo che di questi tempi, con una legislazione abborracciata e caotica, sembra un lusso che l'interprete può consentirsi con qualche difficoltà.

⁵ Ciò che, avendo ancora nelle orecchie l'eco della scomposta polemica parlamentare, può *prima facie* apparire uno iato normativo, ben potrebbe avere altre plausibili spiegazioni. A voler immaginare un legislatore preoccupato e lungimirante, si potrebbe pensare che abbia inteso precludere ai condannati 4-*bis* l'accesso alla liberazione anticipata speciale solo per il futuro, temendo che anche in questo caso la normativa, nata come temporanea, sia prorogata *ad libitum* o, peggio, vada a regime (va ricordato che con l'articolo successivo a quello relativo alla liberazione anticipata speciale, si è stabilizzata l'esecuzione della pena detentiva presso il domicilio a norma dell'art. 1 l. n. 199/2010, originariamente destinata a non operare oltre il 31 dicembre 2013). A voler immaginare un legislatore consapevole e tecnicamente provvisto, si potrebbe benissimo pensare che non abbia voluto introdurre la preclusione “a ritroso”, sapendo che sarebbe rimasta di fatto inoperante per la doverosa ultrattività della disciplina prevista dal decreto legge (v. oltre in testo).

⁶ Sarebbe operazione, infatti, non meno forzata di quella intesa a leggere il primo comma dell'art. 4 come se non prevedesse alcuna preclusione per i “condannati 4-*bis*”. V. *postea* in testo.

⁷ Sulla funzione anche rieducativa della liberazione anticipata speciale, *infra* par. 2.3.

di fruire della riduzione di pena per la liberazione anticipata» (Corte cost. n. 306/1993). Oggi, si vorrebbe sostenere che i “condannati 4-bis”, a parità di meritevolezza con gli altri, dovrebbero essere esclusi dall’abbuono speciale di pena collegato alla liberazione anticipata. Come può essere costituzionalmente difendibile una scelta del genere? Non certo, come sovente si risponde, in considerazione della gravità dei reati preclusivi: l’eterogenea congerie dell’art. 4-bis ord. penit. ne annovera alcuni di assai modesta rilevanza⁸ e non ne annovera altri, per ciò stesso non preclusivi, di ben maggiore gravità⁹. D’altra parte, a togliere plausibilità alla suddetta giustificazione, è la stessa Corte costituzionale che ha già dichiarato da più di trent’anni l’illegittimità costituzionale dell’art. 54 ord. penit. «nella parte in cui non prevede la possibilità di concedere anche al *condannato all’ergastolo* la riduzione di pena» (Corte cost. n. 274/1983). Se la Corte saprà resistere, come non dubitiamo, alle demagogiche pressioni provenienti da quella parte della politica che cavalca, quando non induce, un cieco populismo penale¹⁰, la sorte costituzionale della preclusione incistata nel primo comma dell’art. 4 l. n. 10/2014 è segnata.

1.3.

Anche a non voler condividere che questo debba essere l’esito di una verifica di legittimità costituzionale della legge sul punto, resta difficilmente controvertibile che allo stato siano da considerare ammissibili, e vadano decise nel merito, tutte le domande per la concessione della liberazione anticipata speciale presentate – non rileva se durante la vigenza del decreto o successivamente – ai sensi dell’art. 4, comma 2, l. n. 10/2014 dai “condannati 4-bis”. Se continuiamo a ragionare come se ci fosse una disposizione che preclude a questi condannati di ottenere una riduzione suppletiva di pena rispetto a quella già ottenuta con la liberazione anticipata ordinaria rendiamo un cattivo servizio al metodo interpretativo e – a seconda degli esiti – alla giustizia, ma anche un omaggio postumo all’acuta ironia di Ennio Flaiano, secondo il quale «in Italia, tra due punti, la via più breve è sempre l’arabesco».

2.

Poiché la mente umana è più incline a persistere nell’errore piuttosto che ad ammetterlo, sarebbe velleitario aspettarsi che le poche righe che precedono possano indurre a cambiare avviso rispetto alla lettura che sinora si è data della normativa *de qua*, oltretutto di recente avallata anche dalla Corte di cassazione¹¹. La situazione assume quindi aspetti un po’ surreali: se vogliamo confrontarci con la realtà, siamo costretti a ragionare “virtualmente”, cioè come se il secondo comma dell’art. 4 l. n. 10/2014 fosse scritto così: «*Ad esclusione dei condannati per taluno dei delitti previsti dall’articolo 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, a decorrere dal 1° gennaio 2010, a chi abbia già usufruito della liberazione anticipata, è riconosciuta per ogni singolo semestre la maggiore detrazione di trenta giorni...*».

Proviamo dunque ad applicare questa norma che non c’è. Quale sorte dovrebbe avere una domanda di liberazione anticipata presentata da un “condannato 4-bis” in base all’art. 4, comma 2, d.l. n. 146/2013, prima che la legge di conversione la interpolasse nei termini ipotizzati? La soluzione sarebbe tutt’altro che semplice e non privo di ostacoli il percorso per raggiungerla.

2.1.

La prima difficoltà da affrontare sarebbe quella di resistere alla tentazione di imboccare la strada più comoda, più conosciuta e più condivisa: quella secondo cui, non potendo le norme relative all’esecuzione penale considerarsi di natura sostanziale, ci si dovrebbe attenere al principio *tempus regit actum*¹². In quest’ottica, se al momento della decisione i “condannati 4-bis” sono esclusi per legge dal novero dei beneficiari della liberazione anticipata speciale, la loro domanda sarebbe inammissibile, ancorché presentata durante la vigenza del decreto legge, che

⁸ Come, ad esempio, il reato di associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri.

⁹ Come, ad esempio, il reato di strage.

¹⁰ Per brevità espositiva ci si permette di rinviare alle considerazioni svolte in *Questione carceraria, governo dell’insicurezza sociale e politica criminale*, in *Quest. Giust.*, 2014, n. 2, p. 11 e ss.

¹¹ Cass., sez. I, 31 luglio 2014, n. 34073.

¹² Per la verità, nel caso di specie potrebbe anche non profilarsi un fenomeno di successione di leggi penali nel tempo. Come vedremo più avanti nel testo, infatti, la Corte costituzionale ha chiarito con una fondamentale pronuncia di quasi trent’anni fa che di regola la norma introdotta con decreto legge debba considerarsi, ove non confermata nella legge di conversione, *tamquam non esset* (Corte cost. n. 51/1985).

invece non poneva alcuna preclusione all'accesso al beneficio (*a fortiori*, se presentata dopo la conversione in legge, sebbene con riferimento al periodo di espiazione precedente). Soluzione coerente, la cui condivisibilità dipende dalla condivisibilità della premessa in ordine alla natura non sostanziale della disposizione in esame. Coerente, ma non ineluttabile. Suscita, infatti, consistenti dubbi di costituzionalità, in relazione agli artt. 3 e 27 Cost., un sistema normativo che finisce per determinare casualmente in modo diverso la pena di due condannati, a parità di merito e di tempistica nell'esercizio del diritto a chiederne una riduzione. Anche il magistrato che ritenesse preferibile l'opzione interpretativa di cui si è detto, quindi, potrebbe – e secondo noi dovrebbe – sollevare questione di legittimità costituzionale.

Ma sembra esserci una via esegetica alternativa a quella indicata. Si tratta, bisogna riconoscerlo, di un sentiero stretto ed in salita, ma si ha il dovere di ascenderlo se consente di evitare che la durata della pena detentiva possa dipendere dalle più variegate accidentalità. Prima di imboccarlo si deve “rimuovere” la premessa da cui prende avvio il ragionamento sopra ricordato. La costante affermazione giurisprudenziale secondo cui alle norme che presiedono all'esecuzione della pena non potrebbe riconoscersi natura sostanziale sembra, invero, in crescente difficoltà di senso rispetto all'evoluzione dell'ordinamento. Di certo, non è pensabile trattare in modo uniforme, dal punto di vista ontologico e tassonomico, disposizioni che attengono, ad esempio, alla corrispondenza del detenuto, ai permessi premio o alla durata della pena. Niente impedisce, naturalmente, di scegliere un parametro discrezionale – ad es.: tutto ciò che attiene strettamente al precetto e alla sanzione edittale – che tracci un solco per separare ciò che ha natura penale sostanziale da ciò che ha natura processuale, o “non sostanziale”, come si dice con un pilatesco *non liquet* terminologico. Ma il rischio è quello di “imbozzolarci” in un formalismo impermeabile alla realtà. Quale differenza – sostanziale, appunto – può ravvisarsi tra la riduzione di pena per l'applicazione di un'attenuante e la riduzione di pena per la liberazione anticipata? Oppure tra la sospensione condizionale della pena di cui agli artt. 163 e ss. c.p. e la sospensione condizionale della pena detentiva di cui agli artt. 1 e ss. l. n. 207/2003? Sebbene non sfuggano differenze di presupposti e di effetti tra queste misure, sembra possibile individuare nella idoneità ad incidere sugli elementi nucleari del trattamento punitivo il loro denominatore comune, che rende assai difficile ascriverle a famiglie diverse quanto alla loro natura. In particolare, quando una norma relativa alla fase dell'esecuzione penale incide sul trattamento punitivo in modo così qualificante che, ove potesse operare alla fine del processo di cognizione, si rifletterebbe sul dispositivo della sentenza di condanna, per negarle natura di norma penale ci vuole un non comune talento di bizantinismo classificatorio.

2.2.

A voler considerare superato questo primo ostacolo – non senza qualche eccesso di ottimismo, attesa la comprensibile vischiosità di un risalente e consolidato orientamento di segno contrario – ci si imbatte tuttavia in un'altra asperità esegetica: riconoscere natura di norma penale sostanziale alla disciplina della liberazione anticipata speciale, infatti, non garantisce di per sé la sua ultrattività; non basta, cioè, a farla ritenere applicabile ai “condannati 4-*bis*” che ne hanno fatto richiesta durante la vigenza del decreto legge, se la pronuncia sulla richiesta è intervenuta dopo che la legge di conversione del decreto li ha esclusi dai possibili beneficiari. L'ultrattività di una norma penale più favorevole estromessa dall'ordinamento si può configurare soltanto in presenza di un fenomeno di successione di leggi penali nel tempo, mentre la Corte costituzionale ha chiarito che la norma contenuta in un decreto legge non convertito non ha attitudine «alla stregua del terzo e ultimo comma dell'art. 77 Cost. ad inserirsi in un fenomeno successorio», poiché i decreti perdono efficacia sin dall'inizio, se non convertiti» (Corte cost. n. 51/1985). Nella medesima pronuncia, peraltro, la Corte ha precisato che tale principio vale per i «fatti pregressi», e non «per l'operatività della “norma penale favorevole” introdotta con decreto legge, relativamente ai fatti commessi durante il vigore – anche se provvisorio – di esso»¹³. Proiettato sulla fattispecie in esame, il principio sta a significare che la norma sulla liberazione anticipata speciale opera, nella versione più liberale introdotta con la decretazione di urgenza, anche dopo l'entrata in vigore della più restrittiva legge di conversione, se

¹³ Soltanto con riguardo ai «fatti pregressi» – precisa significativamente la Corte – «è avvertita con particolare intensità l'esigenza di una visuale riduttiva degli effetti del decreto-legge, in quanto connessa a quella di impedire manovre governative “indirette”, discriminatrici o mitigatrici del trattamento di fatti costituenti reato individuati o individuabili, destinate altrimenti al successo malgrado l'esito negativo del controllo parlamentare».

referita a condotte¹⁴ tenute durante la vigenza del decreto legge. Ebbene, il comma 4 dell'art. 4 d.l. n. 146/2013 prevedeva che ai "condannati 4-*bis*" la liberazione anticipata potesse «essere concessa nella misura di settantacinque giorni, a norma dei commi precedenti», soltanto nel caso in cui avessero dato prova «di un concreto recupero sociale, desumibile da comportamenti rivelatori del positivo evolversi della personalità». Disposizione che andava, per espresso rinvio, inquadrata nella regola generale – di cui costituisce pregnante specificazione – fissata dal comma secondo del medesimo articolo, secondo cui ai condannati che abbiano già fruito della liberazione anticipata va riconosciuta per ogni singolo semestre la maggiore detrazione di trenta giorni, sempre che «successivamente alla concessione del beneficio abbiano continuato a dare prova di partecipazione all'opera di rieducazione». Quindi, i condannati per taluno dei delitti previsti dall'art. 4-*bis* potevano usufruire della maggiore detrazione, se avevano già ottenuto la liberazione anticipata ordinaria (condizione necessaria, ma non sufficiente) e se successivamente avevano tenuto una condotta particolarmente qualificata sotto il profilo rieducativo. Il decreto legge, in sostanza, riconosceva l'abbuono speciale di pena al "condannato 4-*bis*" solo ove la sua condotta sino a quel momento fosse stata conforme a quanto più rigorosamente richiesto per gli autori di questa tipologia di reati. Nessun magistrato di sorveglianza, d'altra parte, l'avrebbe mai concesso se il condannato avesse tenuto, vigente il decreto legge, una condotta incompatibile con la dimostrazione del suo recupero sociale (si pensi alla commissione di un illecito disciplinare o penale). Rilevano, quindi, anche fatti verificatisi durante la vigenza del decreto legge non convertito e ciò – secondo il ricordato insegnamento della Corte costituzionale – consentirebbe l'ultrattività della norma penale più favorevole con esso introdotta.

2.3.

Durante l'accidentata ascesa interpretativa, ci ha costantemente accompagnato il "parapetto", ad un tempo protettivo e conducente, costruito da sempre più consapevoli pronunce della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo. Dalle nebbie della controversia sulla natura sostanziale o processuale o "terza" delle norme che incidono sulla qualità e quantità della pena nel corso della sua esecuzione si è ormai venuto profilando il principio del divieto della regressione trattamentale «in assenza di motivi di demerito del condannato» (Corte cost. n. 306/1993). Nell'ipotesi di una normativa sopravvenuta che escluda da un beneficio una data categoria di soggetti, l'applicazione della nuova restrizione a chi aveva già maturato, secondo la previgente disciplina, le condizioni per goderne, rappresenta, rispetto all'*iter* rieducativo, «una brusca interruzione, senza che ad essa abbia in alcun modo corrisposto un comportamento colpevole del condannato» (Corte cost. n. 445/1997). Tale interruzione pone nel nulla le positive esperienze già registrate ed ostacola il raggiungimento della finalità rieducativa della pena prescritta dalla Costituzione (Corte cost. n. 137/1999). In tal modo «l'opzione repressiva finisce per relegare nell'ombra il profilo rieducativo [...] al di fuori di qualsiasi concreta ponderazione dei valori coinvolti» (Corte cost. n. 257/2006). Sono pertanto illegittime le norme restrittive sopravvenute nella parte in cui non prevedono che i benefici possano essere concessi, sulla base della normativa previgente, ai condannati che «abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato ai benefici richiesti» (Corte cost. n. 79/2007). La funzione rieducativa della pena, quindi – secondo la condivisibile giurisprudenza della Corte costituzionale – comporta che il percorso trattamentale non possa subire regressioni non ascrivibili alla condotta del condannato. È pur vero che sinora la Corte ha affermato il principio con riguardo al fenomeno della successione di norme nel tempo, ma la irrinunciabile esigenza ad esso sottesa, di non frustrare i positivi esiti dell'opera rieducativa, induce a ritenere che la Corte manterrebbe un simile orientamento anche là dove la più restrittiva norma sopravveniente fosse contenuta in una legge di conversione, come nel caso di specie. Si potrebbe giustamente obiettare che la liberazione anticipata speciale si iscrive in una novella legislativa più attenta alla deflazione carceraria che alla risocializzazione del condannato; ma ciò non toglie che a tale misura si possa, anzi si debba, riconoscere valenza rieducativa, consistendo in una riduzione della durata della pena concessa non già linearmente a tutti i condannati (come per l'indulto), ma soltanto a quelli che, avendo già avuto un analogo beneficio in passato,

¹⁴ La citata sentenza della Corte costituzionale, come si è visto, faceva riferimento a «fatti commessi» durante la vigenza del decreto legge, poiché l'oggetto delle ordinanze di rimessione riguardava fatti di reato. Tuttavia, dall'impianto argomentativo della pronuncia si desume che la Consulta intendesse fissare il principio secondo cui debba essere tutelato l'affidamento del soggetto che ha tenuto comportamenti la cui rilevanza ai fini del trattamento punitivo era (più favorevolmente) disciplinata dal decreto legge, poi non convertito.

hanno continuato ad offrire prova di una particolare partecipazione all'opera rieducativa. Sostanzialmente nella stessa direzione muove la recentissima giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha ritenuto inammissibili peggioramenti *in itinere* della condizione del condannato non ascrivibili ad una sua condotta, sebbene spostando l'accento dalla finalità rieducativa della pena alla necessità di tutelare l'affidamento del condannato in ordine alla sue legittime aspettative di libertà. La Grande Camera, infatti, pur dopo aver ribadito che la materia dell'esecuzione penale rimane esclusa in via di principio dal concetto di "*matière pénale*" (e non è pertanto assoggettata al principio di irretroattività di cui all'art. 7 CEDU), ha affermato che la distinzione tra pena ed esecuzione della pena non è decisiva quando le misure nel corso di questa possono incidere sulla sua durata e sul diritto alla restituzione anticipata della libertà, come nel caso preso in esame dai giudici di Strasburgo, riguardante l'applicazione del beneficio della *redención de penas por trabajo* (che consentiva uno sconto di pena di un giorno ogni due giorni di lavoro intramurario)¹⁵. Da notare che la Corte europea ha voluto con la sua pronuncia "proteggere" le aspettative del condannato non già da una sopravvenienza legislativa, ma addirittura da un improvviso *revirement* giurisprudenziale.

2.4.

Ci sembra di poter dire, in conclusione, che anche a voler ipotizzare esistente nell'art. 4, comma 2, l. n. 10/2014 una preclusione per i "condannati 4-*bis*", a questi vada riconosciuto il diritto al beneficio della liberazione anticipata speciale, quando ne abbiano maturato i requisiti prima dell'entrata in vigore della legge. E ciò a prescindere dalla circostanza che la relativa istanza sia stata già avanzata nella vigenza del decreto legge o venga presentata dopo la sua conversione.

3.

Infine, ci si consenta un'ultima considerazione. Una considerazione cui giustamente si disconoscerà pregio giuridico; ma quando si parla di carcere non si può rimanere rigorosamente all'interno di coordinate tecnico-formali, all'interno di «quelle architetture logiche» – per dirla con Calamandrei – «in cui par che non circoli l'aria del mondo», in cui certo non giunge neppure l'eco della sofferenza. Quando lo sconcertato condannato chiederà ragione del fatto che il compagno di cella nelle sue identiche condizioni è stato dimesso per aver fruito della riduzione speciale di pena, mentre lui deve scontare ancora otto mesi di detenzione¹⁶, lo Stato non se la potrà cavare con il *latinorum* di manzoniana memoria: «*tempus regit actum*»! Dovrà spiegare a quel cittadino, di cui ha preso in carico – dopo averlo legittimamente privato della libertà – il trattamento rieducativo, che i suoi otto mesi di detenzione sono dovuti al ritardo con cui è arrivato un documento o al sovraccarico di lavoro del magistrato di sorveglianza o ad un *black out* elettrico che ha messo fuori uso i computer. Otto mesi di galera¹⁷, sopportati per un accidente cui neppure indirettamente si è dato causa, non sono certo un efficace viatico per tornare ad aver rispetto delle istituzioni e a sentirsene rispettato. Sono, anzi, il più irreparabile tradimento della funzione rieducativa della pena: perché niente è più diseducativo di una ingiustizia. Tanto più se subita da quello stesso Stato che in nome della giustizia ti sta punendo.

¹⁵ Corte EDU, Grande Camera, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*.

¹⁶ Emblematica al riguardo, la lettera dei detenuti di Rebibbia pubblicata su *Il Manifesto* del 20 agosto 2014.

¹⁷ Sono infatti otto i mesi di riduzione di pena di cui il condannato potrebbe fruire con riguardo alla sua condotta passata, ove ammesso al beneficio della liberazione anticipata speciale.

LE C.D. PERQUISIZIONI *ONLINE* TRA NUOVI DIRITTI FONDAMENTALI ED ESIGENZE DI ACCERTAMENTO PENALE

Federica Iovene

ABSTRACT

Le c.d. perquisizioni *online* rappresentano un istituto di natura ibrida e di difficile inquadramento giuridico, oggetto di crescente attenzione a livello europeo ed internazionale. Muovendo dalla preliminare individuazione dei diritti fondamentali della persona coinvolti, il presente contributo si propone di vagliare l'ammissibilità di tale strumento di indagine nell'ordinamento italiano.

SOMMARIO

1. Premessa. – 2. Le *online searches* nel panorama europeo e internazionale. – 3. Verso il superamento della distinzione tra segretezza e riservatezza. – 4. Il diritto fondamentale alla riservatezza informatica. – 5. Le c.d. perquisizioni *online* nell'ordinamento italiano. – 6. (segue) Prova atipica o prova incostituzionale? – 7. Conclusioni: quale disciplina?

1.

Premessa.

L'effettività di un'efficace lotta contro gravi forme di criminalità dipende sempre più frequentemente dall'uso di strumenti d'indagine ad alto contenuto tecnologico.

Tra questi, le c.d. perquisizioni *online* occupano uno spazio che impegna la riflessione del processualista per la peculiarità del diritto fondamentale che la loro pratica comprime e per il fatto di assommare le caratteristiche di diversi strumenti di indagine. L'espressione allude all'insieme di operazioni volte ad esplorare e monitorare un sistema informatico, rese possibili dall'infiltrazione segreta nello stesso, che consentono sia di acquisire dati salvati sul *computer*, e quindi precostituiti, sia di captare flussi di dati in tempo reale¹. Attraverso l'installazione, in locale o in remoto, di uno specifico *software*² sul *computer* oggetto di osservazione è infatti possibile, ogniquale volta l'utente si colleghi a *Internet*, "perquisire" l'*hard disk* ed ottenerne copia, rilevare e registrare i siti *web* che vengono visitati, decifrare quel che viene digitato sulla tastiera, "intercettare" le comunicazioni *VoIP*, acquisire *e-mail*, attivare le periferiche audio e video per sorvegliare il luogo in cui si trova il *computer*³.

In questo contesto è quindi particolarmente avvertita la necessità di una sinergia tra informatica e diritto: solo un'adeguata comprensione del funzionamento dei sistemi informatici e degli strumenti di *computer forensics* permette infatti di apprestare idonee garanzie a tutela dei diritti fondamentali di chi è sottoposto a procedimento penale e di introdurre le misure opportune per preservare la genuinità della *digital evidence* e garantire la sua utilizzabilità.

2.

Le online searches nel panorama europeo e internazionale.

Le perquisizioni *online* vengono condotte attraverso l'invio, generalmente tramite *e-mail*, di un c.d. *trojan* (di qui l'espressione ricorrente di *Trojan di Stato*), ossia di un programma – *backdoor* – con funzionalità note all'utente ma che cela al suo interno un codice "segreto" che viene eseguito sul *computer*, creando un particolare collegamento tra il *computer* su cui è installata la *backdoor* e un *computer* remoto, che fa sì che l'utente di quest'ultimo abbia il pieno controllo del primo sistema informatico⁴.

Già questi primi cenni sono sufficienti a mettere in evidenza da un lato le enormi potenzialità per la repressione – e in ipotesi prevenzione – dei reati insite in tale poliedrico strumento di indagine, dall'altro la particolare invasività di simile mezzo di ricerca della prova, capace di minare le fondamenta dei "classici" diritti fondamentali.

Che non sia più possibile rinviare una seria riflessione su questi temi, emerge con chiarezza sol se si volge lo sguardo oltre i confini nazionali.

Rimanendo in Europa, la possibilità di utilizzare questo specifico *software* per condurre attività di *intelligence* è stata per la prima volta introdotta in Germania, in particolare nel *Land Nord Rhein Westfalen*, dove attraverso una modifica della Legge sulla protezione della Costituzione del *Land* si autorizzava un organismo di *intelligence* a "protezione della costituzione" (*Verfassungsschutzbehörde*) ad effettuare due tipi di indagine: il monitoraggio e la ricognizione segreti di *Internet* e l'accesso segreto a sistemi informatici (§ 5 Abs. 2, n. 11).

Già prima dell'introduzione di tale norma, la dottrina e la giurisprudenza tedesche si interrogavano sui delicati rapporti tra *Online Durchsuchung* e diritti costituzionalmente garantiti e su come in ipotesi armonizzare tale strumento con il dettato codicistico.

Come noto, sulla questione è intervenuta nel 2008 la Corte costituzionale tedesca che, pur dichiarando la suddetta normativa incostituzionale in quanto non rispettosa dei principi di proporzionalità e determinatezza, non ha escluso in assoluto l'ammissibilità di tale

¹ Si spiega così la scelta di utilizzare il plurale per riferirsi a tale particolare strumento di indagine.

² Il programma in questione è una *backdoor* che può essere installata in locale o in remoto sul *computer* che si intende perquisire. La *backdoor* è un particolare tipo di *malware* (dall'inglese *malicious software*, ovvero sia "programma malvagio") che consente di prendere il controllo di un altro *computer*, sfruttando una connessione *Internet*, quando l'utente vi si colleghi (di qui il termine perquisizioni *online*).

³ Anche se che con l'installazione di un unico *software* si possono porre in essere diverse attività di indagine, è bene comunque tenere ferma la distinzione tra modalità statiche e modalità dinamiche di apprensione dei dati digitali perché diversi sono nei due casi gli strumenti di *computer forensics* utilizzati, appartenendo la seconda ipotesi alla c.d. *Live Forensics Analysis*.

⁴ Possono essere utilizzati altresì *keyloggers*, *spywares* o *sniffers*. La *backdoor* può essere inoltre installata fisicamente – in locale anziché in remoto – sul *computer*, in maniera del tutto simile all'installazione di microspie ai fini delle intercettazioni ambientali.

strumento di indagine⁵. Interessante l'argomento reputato decisivo per la citata declaratoria di illegittimità. Ritenendo insufficienti le garanzie offerte dalle norme costituzionali a tutela della segretezza delle telecomunicazioni (art. 10 *Grundgesetz*, d'innanzi *GG*) e dell'inviolabilità del domicilio (art. 13 *GG*) e, altresì, del diritto all'autodeterminazione informativa⁶, il *Bundesverfassungsgericht* ha preso atto dell'esistenza di un nuovo diritto fondamentale "alla garanzia della segretezza e integrità dei sistemi informatici" (*Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme*). Un diritto di rango costituzionale, ricavato da quella sorgente di diritti inviolabili che è la *Menschenwürde* (artt. 1, comma 1 e 2, comma 1 *GG*).

Consapevole delle peculiarità proprie dello strumento informatico rispetto ai tradizionali mezzi di comunicazione, la Corte Costituzionale tedesca ha quindi ritenuto opportuno predisporre una tutela ulteriore e sussidiaria rispetto a quella già vigente. Di fronte alle sfide lanciate dal progresso tecnologico, infatti, la semplice, quanto doverosa, interpretazione evolutiva del dettato costituzionale non basta, le tradizionali garanzie della segretezza delle telecomunicazioni e dell'autodeterminazione informativa non sono sufficienti.

Sulla base di queste premesse, la Corte ha stabilito che operazioni investigative suscettibili di comprimere tale nuovo diritto della personalità possono essere giustificate, non solo da finalità di repressione di reati, ma anche da finalità preventive⁷, a condizione che siano rispettati il principio di proporzionalità – la Corte fa un elenco di beni giuridici per tutelare i quali è consentita l'intromissione in sistemi informatici o telematici⁸ – e la riserva di giurisdizione – occorre un provvedimento autorizzativo del giudice, che poi sorvegli tale attività, come peraltro è normalmente previsto per le altre operazioni limitative della libertà personale –.

Non solo, ma il *Bundesverfassungsgericht*, rivolgendosi al legislatore tedesco che voglia disciplinare questo particolare strumento, ha auspicato l'adozione di un adeguato sistema di misure tecniche preventive idoneo ad impedire di avere accesso a dati personali, irrilevanti per le indagini o comunque la previsione di garanzie *ex post* consistenti nell'immediata cancellazione di tali dati e nella loro inutilizzabilità processuale.

In tempi più recenti, anche in Olanda è stata proposta l'introduzione del c.d. *Trojan* di Stato, che consentirebbe alla polizia, su autorizzazione del giudice, di monitorare l'uso del sistema informatico, copiare i dati in esso contenuti e addirittura distruggerli, se illegali. Tale possibilità sarebbe riconosciuta alla polizia olandese anche qualora non fosse possibile localizzare il *computer* oggetto di indagine, essendo quindi consentito un accesso transfrontaliero diretto a dati informatici, mentre qualora fosse nota la sede del sistema informatico, occorrerebbe servirsi dei tradizionali meccanismi di cooperazione giudiziaria⁹.

Analoga proposta è stata avanzata dal Ministro della giustizia spagnolo nel febbraio dello scorso anno. Attraverso una modifica degli artt. 350, 351, 352 del *Código Procesal Penal* si prevede infatti la possibilità di installare da remoto uno specifico *software* di indagine che permetta di avere accesso ai dati contenuti in un sistema informatico, all'insaputa dell'utente, e di "perquisirlo" (*registros remotos sobre equipos informáticos*). Tale forma di monitoraggio dovrebbe essere autorizzata dal *Tribunal de Garantías*, per una durata massima di dieci giorni, qualora la misura appaia necessaria e proporzionata per l'accertamento di un reato di particolare gravità. La proposta si preoccupa altresì di specificare quale debba essere il contenuto del mandato, ossia, oltre alla motivazione in ordine alla idoneità, necessità e proporzionalità della misura, l'indicazione dello specifico dispositivo oggetto d'indagine, dei dati ricercati, dei soggetti autorizzati a condurre l'indagine e l'eventuale autorizzazione ad effettuare copia, con misure idonee a garantirne l'integrità, dei dati rilevanti. È presa altresì in considerazione l'eventualità

⁵ *BVerfG*, 27 febbraio 2008, *BVerfGE* 120, 274 ss. Per un commento alla sentenza si veda R. FLOR, *Brevi riflessioni a margine della sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla c.d. Online Durchsuchung. La prospettiva delle investigazioni ad alto contenuto tecnologico e il bilanciamento con i diritti inviolabili della persona. Aspetti di diritto penale sostanziale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2009, p. 697 ss.

⁶ *Informationelles Selbstbestimmungsrecht*, messo a punto nel 1983 con la nota sentenza sul censimento (*Volkszählungsurteil*). *BVerfG*, 15 dicembre 1983, *BVerfGE* 65, 1 ss.

⁷ Il passaggio è molto delicato perché rimanda al pericolo che le perquisizioni si trasformino in mezzi di ricerca della *notitia criminis*, pericolo peraltro che nell'ordinamento tedesco è ridimensionato dall'esistenza di una norma specifica, il § 108 *StPO*, che disciplina il sequestro di cose, rinvenute nel corso della perquisizione, pertinenti ad un reato diverso da quello per cui si procede.

⁸ La vita, l'incolumità fisica, la libertà dei singoli, e i beni della collettività la cui minaccia tocca il fondamento dello Stato, il suo mantenimento o la base dell'esistenza umana. Il rispetto del principio di proporzionalità richiede infatti che la compressione dei diritti fondamentali persegua uno scopo legittimo e sia idonea, necessaria ed opportuna quale mezzo per il raggiungimento di questo scopo.

⁹ La proposta proviene dal Ministro della Giustizia olandese Ivo Opstelten e risale all'ottobre 2012.

che l'autorità procedente abbia ragione di ritenere che i dati e le informazioni ricercate siano contenute in un diverso sistema informatico. In tal caso, se quest'ultimo è comunque situato nel territorio spagnolo, si ammette l'estensione dell'indagine, sempre se autorizzata dal *Tribunal de Garantías*, altrimenti si pretende il ricorso ai meccanismi di cooperazione giudiziaria.

Spostando lo sguardo oltre i confini europei, da segnalare è il caso statunitense, dove già da alcuni anni è stato messo a punto uno specifico *software*, denominato "*Magic Lantern*" che consente di decriptare i *files* e renderli quindi leggibili. Si tratta di un c.d. *keylogger*, inviato tramite *e-mail* o installato in locale, in grado di memorizzare i tasti schiacciati dall'utilizzatore del *computer* e quindi di rivelare le *passwords* poste dall'utente a protezione di cartelle e documenti. Sulla base di questi dati, sarà poi possibile sequestrare il *computer* e avere accesso ai *files* che interessano.

L'ammissibilità di tali strumenti di indagine, e in particolare la necessità che essi siano autorizzati con mandato del giudice (*judicial warrant*), dipende dal riconoscimento dell'esistenza di una *reasonable expectation of privacy* rispetto ai dati e alle informazioni contenute in un *computer*¹⁰. Infatti, solo laddove l'attività investigativa interferisca con la ragionevole aspettativa di *privacy* del destinatario, essa potrà essere qualificata quale *search* con conseguente applicazione della c.d. *Fourth Amendment Doctrine*, e quindi necessità di un mandato, supportato da un fondato motivo (*probable cause*)¹¹.

È altresì noto il caso *Ivanov-Gorshkov* in cui agenti *FBI* di Seattle si sono "infiltrati" in *computers*, fisicamente localizzati in Russia e appartenenti a cittadini russi, per poi scaricare sul loro *computer*, negli Stati Uniti, *files* utili per le indagini in corso¹². Questo esempio, oltre a dimostrare che tali *softwares* di indagine sono utilizzati nella pratica, ne mette in luce una delle caratteristiche fondamentali, ossia la dimensione ontologicamente transnazionale. Le c.d. *remote computer searches* consentono infatti di avere accesso a *computers* ovunque essi siano localizzati, quindi anche al di fuori dei naturali confini della giurisdizione di uno Stato. Di qui la necessità di un approccio globale al fenomeno.

L'importanza di strumenti d'indagine quali le *online searches* è avvertita anche a livello di Unione Europea, sia ai fini della cooperazione giudiziaria, sia nel contesto delle nuove competenze penali ad essa attribuite col Trattato di Lisbona, tra cui rientra la criminalità informatica (art. 83 TFUE).

Sotto il primo profilo si segnalano le conclusioni del Consiglio del 27 novembre 2008 relative ad una strategia di lavoro concertata e a misure pratiche di lotta alla criminalità informatica¹³, che contengono un espresso invito agli Stati membri ad agevolare la perquisizione a distanza, se prevista dalla legislazione nazionale, in quanto essa consente ai servizi investigativi, con l'accordo del Paese ospite, di accedere rapidamente alle informazioni. Tale disposizione sembra infatti fare indiretto riferimento all'istituto delle perquisizioni *online* (*remote computer searches*).

Quanto al secondo profilo, va ricordata la direttiva sulla lotta alla pedopornografia¹⁴, che al *considerandum* 27 auspica che gli Stati membri mettano a disposizione dell'autorità inquirente strumenti investigativi efficaci, tra cui «controlli a distanza anche con uso di strumenti

¹⁰ Cfr. S. W. BRENNER, *Fourth Amendment Future: Remote Computer Searches and the Use of Virtual Force*, in 81 *Miss. L. J.*, 1 (2011), che dà atto di come le Corti riconoscano generalmente una legittima aspettativa di *privacy* rispetto al contenuto dell'*hard disk* del *computer*.

¹¹ *Katz v. United States*, 389 U. S. 347 (1967). In tale precedente è stato elaborato il *reasonable expectation of privacy test*. Tale *test*, secondo la formulazione risultante dalla *concurring opinion* del giudice Harlan, esige una doppia valutazione: per stabilire se un'attività d'indagine sia qualificabile come *search*, occorre verificare innanzitutto se il soggetto che ne è destinatario abbia manifestato un'aspettativa soggettiva di *privacy*, e in secondo luogo, se si tratti di un'aspettativa che la società è disposta a riconoscere come ragionevole. In assenza di leggi processuali positive, il compito di stabilire quando un'attività d'indagine sia ragionevole e quando si debbano applicare le garanzie costituzionali è stato naturalmente assunto dalla Corte Suprema, il cui *case law* ha progressivamente delineato un sistema di regole volto a tracciare un equo bilanciamento tra esigenze investigative e tutela dei singoli, che passa attraverso la qualificazione di una determinata attività come perquisizione o sequestro.

¹² Il caso risale al 2001. *United States v. Gorshkov*, 23 May 2001, WL 1024026, U.S. Dist. Gli agenti *FBI* non erano in origine in possesso di un mandato di perquisizione, hanno però aspettato di ottenerlo prima di leggere e copiare i *files* scaricati. La *District Court* di Washington ha ritenuto non sussistente una violazione del IV Emendamento in quanto «esso non si applica a perquisizioni e sequestri di cose di proprietà di stranieri non residenti [negli Stati Uniti] e che avvengano al di fuori del territorio nazionale. Nel caso di specie, i *computers* a cui gli agenti hanno avuto accesso erano situati in Russia, così come i dati copiati. Fino quando i dati copiati non sono stati trasmessi negli Stati Uniti, essi si trovavano fuori dal territorio di questo Paese e quindi non erano soggetti alla tutela del IV Emendamento». Cfr. J. R. HERRERA-FLANIGAN, *Cybercrime and Jurisdiction in the United States*, in B. J. KOOPS – S. W. BRENNER (a cura di), *Cybercrime and Jurisdiction. A Global Survey*, TMC Asser Press, The Hague, 2006, p. 313 ss.

¹³ G.U.U.E. 17 marzo 2009, C 62/16.

¹⁴ Direttiva 2011/92/UE, che sostituisce la DQ 2004/68/GAI, G.U.U.E. 17 dicembre 2011, L 351/1.

elettronici di sorveglianza, [...] tenuto conto del principio di proporzionalità e del carattere e della gravità dei reati oggetto di indagine» – anche in questo caso il riferimento sembra essere alle *online searches* –.

L'Unione Europea si sta muovendo nel senso di stimolare il rinnovamento e l'armonizzazione dei sistemi processuali nazionali per quanto riguarda gli strumenti di indagine¹⁵. Come emerso dai lavori preparatori delle *Model Rules* elaborate dall'Università del Lussemburgo per l'istituendo Pubblico Ministero Europeo¹⁶, il livello di armonizzazione raggiunto a livello europeo varia in ragione del tipo di mezzo di ricerca della prova, e per quanto riguarda le misure di *surveillance* cui appartengono anche le *online searches*, «l'unico elemento che pare accomunare le legislazioni nazionali è l'assenza di una disciplina puntuale nelle legislazioni nazionali»¹⁷. In quest'ambito è infatti diversa la sensibilità degli ordinamenti: alcuni reagiscono prima, in via legislativa o giurisprudenziale, riconoscendo la peculiarità dei nuovi strumenti investigativi ed apprestando una disciplina *ad hoc*; altri ricorrono all'applicazione analogica di norme dettate per misure affini o alla categoria della prova atipica. Il fenomeno non è nuovo, ma sviluppa criticità nuove in un contesto in cui sempre più spesso vi sono occasioni di confronto tra sistemi giuridici diversi a causa della transnazionalità della criminalità e della natura digitale della prova¹⁸.

È pertanto opportuna una riflessione di ampio respiro, che tenga conto dei due interessi in gioco, da bilanciare: da un lato l'esigenza di repressione e prevenzione dei reati (sempre più spesso a dimensione transnazionale), dall'altro quella di tutela e rispetto dei diritti fondamentali della persona¹⁹. Riflessione che deve essere condotta non solo a livello nazionale, ma anche a quello europeo ed internazionale. Ciò sia perché lo spazio informatico (e quindi sia la criminalità informatica che le indagini informatiche) è globale e refrattario a limitazioni territoriali, sia perché, in considerazione del valore che oggi la Carta di Nizza e la CEDU hanno nell'ordinamento interno, la tutela dei diritti fondamentali è garantita da un sistema integrato di protezione che si articola per l'appunto sui tre livelli nazionale, europeo ed internazionale.

All'interno di tale panorama, il presente articolo si propone di vagliare l'ammissibilità delle c.d. perquisizioni *online* nell'ordinamento italiano.

Poiché in una concezione liberale del rito penale il potere investigativo costituisce un'eccezione alla regola della libertà, occorre prendere le mosse dall'individuazione dei diritti fondamentali coinvolti. Ciò consentirà innanzitutto di verificare se sia possibile, e – in caso di risposta affermativa – in che termini, inquadrare codesto strumento di acquisizione probatoria nell'ambito di istituti tipici. In secondo luogo, nel caso di esito negativo, si potrà vagliare la possibilità di considerarlo un mezzo di ricerca della prova atipico, tenendo a mente che il primo limite di ammissibilità di una prova «non disciplinata dalla legge» (art. 189 c.p.p.) è

¹⁵ In tal senso è apprezzabile la proposta di Regolamento per l'istituzione della Procura Europea che, all'art. 26, contiene un elenco degli strumenti di indagine che gli Stati membri devono mettere a disposizione del Pubblico Ministero Europeo, obbligandoli ad introdurli nell'ordinamento interno se non previsti. Cfr. S. ALLEGREZZA, *Verso una Procura europea per tutelare gli interessi finanziari dell'Unione. Idee di ieri, chances di oggi, prospettive di domani*, in *Dir. Pen. Cont.*, 31 ottobre 2013. Lo scorso aprile è stata inoltre approvata la Direttiva relativa all'Ordine Europeo di Indagine Penale (2014/41/UE, in G.U.U.E. 1 maggio 2014, L 130/1). Tale strumento, basato sul principio del mutuo riconoscimento, consente all'autorità competente di uno Stato membro di ottenere che l'autorità competente di un altro Stato membro compia uno o più atti di indagine specifici e si presta a ricomprendere anche le misure di *electronic surveillance*. Apprezzabile è quindi la previsione della possibilità per lo Stato ricevente di ricorrere ad un diverso strumento di indagine qualora sia in grado di garantire lo stesso risultato, ma in maniera meno intrusiva (proporzionalità).

¹⁶ Il progetto è stato coordinato dalla Professoressa Katalin Ligeti dell'Università del Lussemburgo. Le *Model Rules* e la Relazione introduttiva della Prof. Katalin Ligeti sono disponibili all'indirizzo <http://www.eppo-project.eu/index.php/EU-model-rules> e saranno pubblicate insieme al report finale in K. LIGETI (ed.), *Toward a Prosecutor for the European Union. Draft Rules of procedure, Volume 2*, Oxford, 2013 (in corso di pubblicazione).

¹⁷ S. ALLEGREZZA, *Le misure coercitive nelle «Model Rules for the Procedure of the European Public Prosecutor's Office»*, in F. RUGGIERI, T. RAFARACI, G. DI PAOLO, S. MARCOLINI, R. BELFIORE (a cura di), *Processo penale, lingua e Unione Europea*, Padova, 2013, p. 151 ss.

¹⁸ S. ALLEGREZZA, *Le misure coercitive*, cit.

¹⁹ Come recentemente ribadito dalla Corte di Giustizia nella sentenza sulla c.d. *data retention*, la lotta contro gravi forme di criminalità rappresenta un interesse per il cui perseguimento sono ammissibili limitazioni dei diritti fondamentali, purché esse avvengano nel rispetto dei presupposti fissati dalla legge e del principio di proporzionalità. Cfr., Giustizia dell'Unione Europea, 8 aprile 2014, (C-293/12, C-594/15), *Digital Rights Ireland Ltd.*, par. 42-46, con nota di R. FLOR, *La Corte di Giustizia considera la direttiva europea 2006/24 sulla c.d. "data retention" contraria ai diritti fondamentali. Una lunga storia a lieto fine?*, in *Dir. Pen. Cont.*, 28 aprile 2014 e di E. COLOMBO, "Data retention" e Corte di Giustizia: riflessioni a prima lettura sulla declaratoria di invalidità della direttiva 2006/24/CE, in *Cass. pen.*, 2014, p. 2705 ss.

proprio la sua legittimità costituzionale²⁰.

3.

Verso il superamento della distinzione tra segretezza e riservatezza.

L'accesso "segreto" ad un sistema informatico è suscettibile di ledere a più livelli la sfera privata di ogni individuo. Vengono in rilievo delicati profili di garanzia della libertà e segretezza delle comunicazioni (art. 15 Cost.) e dell'inviolabilità del domicilio (art. 14 Cost.), di tutela della riservatezza (artt. 2 Cost., 8 CEDU, 7 Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea – di seguito CDFUE) e dei dati personali (art. 8 CDFUE, art. 16 TFUE).

Infatti, come riconosciuto dalla Corte costituzionale tedesca nella sentenza sulla *Online Durchsuchung*, i dispositivi informatici hanno acquisito un'importanza fondamentale quali strumenti di sviluppo della personalità. E quindi, così come il domicilio è tutelato in quanto proiezione spaziale della persona, luogo in cui essa svolge la propria vita privata lontano da occhi indiscreti, anche i "luoghi" *informatici* o *virtuali* in cui sono salvati dati, meritano protezione costituzionale. A tal fine, tuttavia, i diritti fondamentali già esistenti si rivelano inadeguati.

Occorre infatti considerare che il sistema informatico è un sistema complesso, contenente una moltitudine diversificata di dati e che d'altro canto non è ancora possibile un accesso selettivo al dispositivo tecnologico. Il termine dati informatici è riassuntivo di una pluralità di informazioni, di diversa natura, in grado di circolare con grande facilità e rapidità, prive di una dimensione fisica, duplicabili su più supporti²¹. Nel contesto tecnologico odierno è quindi superata la distinzione tra dati intimi e dati sociali, tra informazioni segrete e informazioni riservate. Un dato apparentemente innocuo, collegato ad altri dati altrettanto apparentemente innocui può in realtà rivelare aspetti della vita di una persona che si desiderano sottrarre alla conoscenza altrui. La promiscuità dei dati e il tipo di intromissione da parte dell'autorità pubblica fanno quindi sì che il pericolo per il diritto della personalità in generale sia qualitativamente e quantitativamente diverso da quello di una *semplice* raccolta di dati, a cui fa da baluardo il diritto all'autodeterminazione informativa, quale filiazione del diritto alla *privacy*.

Si rende quindi necessario tutelare il sistema informatico in quanto spazio in cui il singolo manifesta la sua personalità, a prescindere dalla natura delle informazioni che vi si affidano.

Nel mondo del *Web 2.0*, delle comunicazioni globali e del *cloud computing*, non si può più distinguere tra sfera privata e sfera pubblica²², e la stessa nozione di *privacy* muta e si arricchisce di contenuti nuovi. Da un lato, l'originario *right to be let alone*²³ perde ogni riferimento alla realtà fisica; dall'altro, il *right to control the information about oneself*, acquista il significato di un diritto di controllo sui pacchetti di dati che viaggiano nel *web*. Sebbene quindi una definizione di *privacy* come diritto di essere lasciato solo abbia da tempo perso valore generale,

²⁰ Non si dubita dell'applicabilità dell'art. 189 c.p.p. anche alla fase delle indagini preliminari; come correttamente osservato in dottrina, le disposizioni generali collocate nel titolo I del libro III costituiscono un catalogo di principi guida in materia probatoria, come tali applicabili «all'intero arco del procedimento, anche in via analogica, fuorché nei casi in cui norme speciali dettate per le diverse fasi, o peculiari previsioni di legge, non le derogano». Cfr. M. NOBILI, sub art. 189 c.p.p., in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. CHIAVARO, tomo II, Torino, 1990, p. 387. Anche la giurisprudenza ammette che l'art. 189 c.p.p. sia applicabile alle indagini atipiche, in quanto «il contraddittorio previsto dall'art. 189 c.p.p. non riguarda la ricerca della prova, ma la sua assunzione e interviene dunque [...] quando il giudice è chiamato a decidere sull'ammissione della prova». Così, in tema di riprese visive, Cass., Sez. un. 28 marzo 2006, n. 26795, Prisco, con nota di M. L. DI BITONTO, *Le riprese video domiciliari al vaglio delle Sezioni Unite*, e di F. RUGGERI, *Riprese visive e inammissibilità della prova*, in Cass. pen. 2006, p. 3937 s.; e di A. CAMON, *Le Sezioni unite sulla videoregistrazione come prova penale: qualche chiarimento ed alcuni dubbi nuovi*, in Riv. it. dir. e proc. pen. 2006, p. 1550 ss.

²¹ I dati digitali sono immateriali, si risolvono in informazioni espresse in codice binario (c.d. *bit*, sequenze di 0 e 1), ma per essere fruibili e intelleggibili hanno bisogno di un supporto fisico, di una *res* in cui essere incorporati. Essi sono, tuttavia, indipendenti e scindibili dal supporto informatico che li contiene, possono essere duplicati un'infinità di volte su supporti diversi e rimangono sempre uguali a se stessi.

²² Ben si comprende quindi come non si possa più fare ricorso alla nota teoria delle sfere (*Sphärentheorie*), elaborata dalla dottrina tedesca verso la metà del secolo scorso e secondo la quale in base al grado di intimità delle informazioni, l'*allgemeines Persönlichkeitsrecht*, il generale diritto della personalità, oppone una resistenza più o meno maggiore a forme di intromissione da parte dei pubblici poteri. Sarebbe quindi possibile distinguere tra *Privatsphäre*, che comprende le notizie private, ed è quella più ampia, *Vertrauenssphäre*, al cui interno sono ricomprese le notizie confidenziali, e *Gebemnisphäre* o *Intimsphäre* che riguarda notizie segrete e che costituisce il nocciolo duro, il nucleo inviolabile del diritto della personalità. Tale teoria è stata elaborata da H. HUBMANN, *Das Persönlichkeitsrecht*, Münster-Köln-Böhlau, 1953, p. 17, e ripresa da Bricola nel noto scritto *Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1967, p. 1083 ss.

²³ Elaborato da S. D. WARREN, L. D. BRANDEIS, *The Right to Privacy*, in Harv. L. Rev., 4 (1890), p. 193 ss.

essa continua a cogliere un aspetto essenziale del problema²⁴. Si avverte infatti la necessità di riaffermare l'esistenza di quella sfera di riservatezza, i cui classici confini, legati agli spazi fisici e al tipo di informazioni che si vuole sottrarre alla conoscenza altrui, sfumano e si dissolvono²⁵.

Occorre pertanto prendere atto dell'esistenza di un nuovo bene giuridico, meritevole di protezione costituzionale.

A tal proposito illuminanti sono le riflessioni dei penalisti intorno al bene giuridico tutelato da alcune delle nuove norme in materia di criminalità informatica (artt. 615 *ter*, 615 *quater*, 617 *quater*, 617 *quinquies*, 617 *sexies* c.p.)²⁶. Inizialmente, e in considerazione del tenore letterale della relazione alla legge 574 del 1993, secondo la quale il legislatore intendeva tutelare i sistemi informatici e telematici quali «espansione ideale dell'area di rispetto pertinente al soggetto interessato, garantita dall'art. 14 della Costituzione e penalmente tutelata nei suoi aspetti essenziali agli articoli 614 e 615 del codice penale»²⁷, si era individuato il bene giuridico protetto dagli artt. 615 *ter* e 615 *quater* nel c.d. domicilio informatico. Tuttavia, come evidenziato da acuta dottrina «il parallelismo con il domicilio, bene eminentemente privato e personale, coglie solo parzialmente il contenuto dell'interesse all'esclusione di terzi da determinate «sfere di disponibilità e rispetto», create e rese fruibili dalla tecnologia informatica»²⁸.

L'intuizione, che si condivide, consiste nel riconoscere che l'interesse dell'utilizzatore di sistemi informatici e telematici è quello alla tutela dei propri dati, a prescindere dal «luogo» in cui si trovino, o dal mezzo di comunicazione prescelto. Tale affermazione è ben esemplificata attraverso il ricorso alla teoria c.d. assiomatica, anziché concentrica, delle sfere di tutela della vita privata²⁹. Secondo tale ricostruzione, all'interno di un sistema informatico o telematico non ha più senso distinguere tra sfera individuale e sfera privata, ma occorre prendere atto dell'esistenza di «spazi virtuali di manifestazione della personalità, che coincidono con l'interesse sostanziale alla protezione di informazioni «riservate» e al loro controllo nello svolgimento di rapporti giuridici e personali *online* o in altri spazi «informatici»»³⁰.

Il discorso si sposta quindi dal domicilio alla riservatezza, ma non per arrivare ad una distinzione, quanto a copertura costituzionale, circa limiti e presupposti di ingerenza da parte degli investigatori, come hanno fatto le Sezioni Unite in materia di videoriprese³¹, bensì per teorizzare, assieme alla più attenta dottrina penalistica³², l'esistenza di un diverso bene giuridico tutelato: la *riservatezza informatica*³³. Tale diritto nasce come espansione del domicilio per

²⁴ S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, p. 104 ss.

²⁵ Sostiene S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma, 2012, p. 319, che «nella dimensione tecnologica l'identità personale sembra dilatarsi, [...] disperdersi, [...] sino a diventare inconfondibile da parte dello stesso interessato». Infatti, «le informazioni riguardanti la stessa persona sono contenute in banche dati diverse, ciascuna delle quali restituisce soltanto una parte o un frammento dell'identità complessiva». Talvolta addirittura lo stesso interessato non sa dove siano dislocati i propri dati personali. Si tratta quindi di apprestare idonee forme di tutela di questa «identità esterna, [...] frutto di un'operazione nella quale sono gli altri a giocare un ruolo decisivo, con la presenza continua di elaborazione e controllo».

²⁶ Per la distinzione dei reati informatici in tre diverse categorie a seconda del bene giuridico tutelato (e delle modalità di aggressione) si rinvia a L. PICOTTI, *Sistematica dei reati informatici, tecniche di formulazione legislativa e beni giuridici tutelati*, in ID. (a cura di), *Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di Internet*, Padova, 2004, p. 53, 54.

²⁷ Così, la Relazione ministeriale al disegno di legge, p. 9.

²⁸ Testualmente, L. PICOTTI, *Sistematica dei reati informatici*, cit., p. 80.

²⁹ L'elaborazione di tale teoria si deve a R. FLOR, *Phishing, identity theft, e identity abuse. Le prospettive applicative del diritto penale vigente*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 899 ss.; ID., *Brevi riflessioni a margine della sentenza del Bundesverfassungsgericht*, cit.; ID., *Lotta alla «criminalità informatica» e tutela di «tradizionali» e «nuovi» diritti fondamentali nell'era di Internet*, in *Dir. Pen. Cont.*, 22 settembre 2012.

³⁰ R. FLOR, *Brevi riflessioni a margine della sentenza del Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 705.

³¹ Come noto, il «mero» carattere riservato di luoghi diversi dal domicilio giustifica presupposti meno stringenti per un'eventuale limitazione rispetto a quelli richiesti dall'art. 14 Cost. per intromissioni nel domicilio. E quindi, mentre le videoriprese in ambito domiciliare, in mancanza di una specifica disposizione di legge, sono illegittime, quelle in luoghi riservati, tutelati dall'art. 2 Cost., sarebbero possibili se autorizzate da un provvedimento del pubblico ministero, rientrando nell'ampia previsione dell'art. 189 c.p.p. Cfr. Cass., sez. un., 28 marzo 2006, Prisco, cit.

³² L. PICOTTI, *Sistematica dei reati informatici*, cit., p. 87 ss.; ID., *I diritti fondamentali nell'uso ed abuso dei social network. Aspetti penali*, in *Giur. merito*, 2012, p. 2532; R. FLOR, *Lotta alla «criminalità informatica»*, cit.; ID., *Verso una rivalutazione dell'art. 615 ter c.p.*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 2/2012, p. 126 ss.; ID., *Sull'accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico: il concetto di «domicilio informatico» e lo jus excludendi alios*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 81 ss.

³³ La riservatezza informatica è definita quale «interesse al godimento e controllo esclusivo sia di determinati dati e informazioni, che dei relativi mezzi e procedimenti informatici e telematici di trattamento, che pur configurandosi sempre quale «diritto di escludere» i terzi non legittimati dal corrispondente accesso e utilizzo, prescinde in tutto o in parte dai tradizionali limiti e presupposti dei concetti civilistici di proprietà o possesso, ovvero dalle condizioni che fondano la rilevanza giuridica del segreto o della riservatezza personale in genere». Così, L. PICOTTI, (voce) *Reati informatici*, in *Enc. giur. Treccani*, agg. VIII, Roma, 2000, p. 20 ss. Si veda anche R. FLOR, *Phishing, identity theft*, cit., secondo cui «il bene giuridico «riservatezza informatica», protetto dall'art. 615-ter c.p., si può configurare come interesse esclusivo, giuridicamente riconosciuto, di godere, disporre e controllare le informazioni, i procedimenti, i sistemi e «spazi» informatizzati e le relative utilità».

acquistare autonomia in un ambito, quello digitale, in cui non ci sono confini, non ci sono luoghi *fisici* che possano riflettere il carattere privato o riservato delle attività che ivi si svolgono o di ciò che vi sia custodito³⁴.

Nell'ottica del processualpenalista si pone a questo punto il problema di individuare il fondamento costituzionale di tale diritto, al fine di stabilire i presupposti per una sua legittima limitazione da parte dell'autorità pubblica. Infatti, si tratta pur sempre di un diritto soggetto al bilanciamento con contrapposti interessi ed esigenze, tra cui vanno senz'altro annoverate quelle di repressione dei reati.

4.

Il diritto fondamentale alla riservatezza informatica.

Tradizionalmente il diritto alla riservatezza viene ricondotto all'art. 2 Cost., quale fattispecie "aperta", fonte di nuovi diritti della personalità³⁵. Tuttavia, quando si tratta di bilanciare tale diritto con le esigenze di repressione dei reati, il richiamo al solo art. 2 Cost. mostra i suoi limiti. Tale norma, infatti, contrariamente agli artt. 13, 14 e 15 Cost., non individua i presupposti di una limitazione da parte della pubblica autorità dei diritti inviolabili ivi sanciti³⁶.

L'impostazione tradizionale deve oggi essere integrata alla luce del valore che è riconosciuto nel nostro ordinamento all'art. 8 CEDU che tutela il diritto al rispetto della vita privata. Infatti, secondo l'insegnamento della Corte costituzionale³⁷, i diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU, così come interpretati dalla Corte di Strasburgo, integrano quali "norme interposte" il parametro costituzionale espresso dall'art. 117, comma 1 Cost., nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli ordinamenti internazionali, e da questo ripetono il loro rango all'interno del sistema delle fonti³⁸.

Il valore aggiunto dell'ancoraggio del fondamento costituzionale del diritto alla riservatezza all'art. 8 CEDU deriva dal fatto che tale norma individua le condizioni che devono sussistere affinché un'intromissione da parte della pubblica autorità nell'esercizio del diritto stesso sia legittima. Si deve trattare di un'ingerenza prevista dalla legge, che costituisca «una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, per la sicurezza pubblica, per il benessere economico del paese, per la difesa dell'ordine e per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale, per la protezione dei diritti e delle libertà degli altri» (art. 8, par. 2 CEDU)³⁹.

Affinché un'attività d'indagine sia considerata «prevista dalla legge», occorre, secondo la Corte di Strasburgo, che essa abbia una base nel diritto interno – di creazione legislativa o giurisprudenziale – sia conoscibile dall'interessato e, soprattutto, che questi sia in grado di prevedere le conseguenze derivanti dall'applicazione della misura nei suoi confronti.

³⁴ La matrice del nuovo diritto è quindi pur sempre l'esigenza di riservatezza del titolare dello *ius excludendi alios*, ma essa va oltre la dimensione originaria della *privacy* e della tutela del domicilio, pur nella sua accezione di domicilio informatico. Cfr. R. FLOR, *Brevi riflessioni a margine della sentenza del Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 705.

³⁵ Come noto, la discussione sulla natura "aperta" o "chiusa" di questa norma è stata al centro di un acceso dibattito tra i costituzionalisti. Da un lato vi era chi la considerava una clausola riassuntiva di diritti di libertà espressamente tutelati nelle altre norme costituzionali (P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 54 ss.; A. PACE, *Diritti «fondamentali» al di là della Costituzione*, in *Pol. dir.* 1993, p. 3 ss.), dall'altro si attribuiva all'art. 2 Cost. la funzione di tutela ora di diritti naturali non presenti nel testo costituzionale, ora di quei valori di libertà emergenti a livello di costituzione materiale (A. BARBERA, *Art. 2*, in A. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali*, Bologna, 1975, p. 65 ss.).

³⁶ F. B. MORELLI, *La giurisprudenza costituzionale italiana tra diritto alla riservatezza e potere di controllo sulle informazioni personali*, in D. NEGRI (a cura di), *Protezione dei dati personali e accertamento penale. Verso la creazione di un nuovo diritto fondamentale?*, Roma, 2007, p. 41.

³⁷ C. cost., 24 ottobre 2007, n. 348, in *Giur. cost.*, 2007, p. 3475 ss., con nota di C. PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti*; C. cost., 24 ottobre 2007, n. 349, *ivi*, 2007, p. 3535 ss., con nota di M. CARTABIA, *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici*. Precisano che norme costituzionali e norme convenzionali danno vita ad un sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali, il quale mira alla massima espansione delle garanzie, C. cost., 26 novembre 2009, n. 311, *ivi*, 2009, p. 4657 ss., con nota di M. MASSA, *La "sostanza" della giurisprudenza europea sulle leggi retroattive* e C. cost. 4 dicembre 2009, n. 317, *ivi*, 2009, p. 4747 ss., con nota di G. UBERTIS, *Sistema multilivello dei diritti fondamentali e prospettiva abolizionista del processo contumaciale*.

³⁸ Diversamente da quanto accade per il diritto dell'Unione, cui è riconosciuto primato sul diritto interno, i diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU sono quindi privi di effetto diretto. Da ciò deriva che eventuali contrasti tra norme interne e diritti convenzionali debbano essere risolti dalla Corte costituzionale, adita dal giudice *a quo*, nel caso in cui non sia possibile un'interpretazione convenzionalmente conforme. Cfr. Così, M. CARTABIA, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, in A. BALSAMO, R. E. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008, p. 54.

³⁹ L'ingerenza, per essere compatibile con la Convenzione deve rispondere a un «bisogno sociale imperativo» ed essere proporzionata al perseguimento di uno scopo legittimo. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Leander v. Sweden*, 26 marzo 1987, ric. n. 9248/81.

La nozione di vita privata fatta propria dall'art. 8 CEDU e dalla giurisprudenza di Strasburgo «è ampia e non suscettibile di una definizione esaustiva»⁴⁰. La stessa Corte infatti evita di dare una definizione di vita privata ma, seguendo un approccio “in negativo”⁴¹ e casistico, si impegna a qualificare le possibili interferenze nel suddetto diritto, fornendone un'interpretazione aperta ed evolutiva. Tale norma si presta quindi a fungere da baluardo nei confronti di diverse attività di indagine: intercettazioni telefoniche⁴², acquisizione dei tabulati⁴³, intercettazione di *e-mail* e di comunicazioni via *Internet*⁴⁴, sorveglianza via *GPS*⁴⁵ costituiscono altrettante ingerenze nell'art. 8 CEDU. A seconda, tuttavia, dell'intensità dell'ingerenza nel suddetto diritto, la Corte EDU tollera una maggiore discrezionalità del legislatore nazionale nel fissare i requisiti del singolo mezzo di ricerca della prova.

Quanto all'ordinamento italiano, la giurisprudenza della Cassazione considera interpretazione conforme alla Convenzione l'applicazione ad attività d'indagine non tipizzate dal legislatore, suscettibili di ledere la vita privata dell'individuo, di quel “livello minimo di garanzie”, rappresentato da un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria⁴⁶. Tale orientamento è stato seguito in materia di acquisizione dei tabulati telefonici⁴⁷, di videoriprese eseguite in luoghi riservati diversi dal domicilio⁴⁸, e infine di registrazioni fonografiche eseguite da uno degli interlocutori con strumenti di captazione forniti dalla polizia giudiziaria⁴⁹, e muove dall'assunto che in questi casi il grado di intrusione nella sfera privata sarebbe inferiore rispetto a quello causato dallo strumento tipico, ossia le intercettazioni, e giustificerebbe quindi un livello di garanzia minore, soddisfatto da un decreto motivato del pubblico ministero. Il presupposto è quindi che la riservatezza costituisca un *minus* rispetto alla segretezza delle comunicazioni o all'inviolabilità del domicilio.

Questo ragionamento, tuttavia, non può essere applicato alla c.d. riservatezza informatica, che pure si ritiene tutelata dall'art. 8 CEDU. Infatti, come si è visto, essa rappresenta un bene giuridico nuovo, tipico di un contesto, quello digitale e informatico, in cui non è possibile distinguere tra attività o informazioni riservate e segrete. Pertanto, se si segue l'impostazione della Corte di Strasburgo, secondo cui i presupposti di legittimità delle diverse attività di indagine variano in relazione al grado di intrusività della misura stessa, mezzi di ricerca della prova, quali le perquisizioni *online*, che limitano il diritto alla riservatezza informatica, devono essere disciplinati in maniera puntuale e rigorosa dal legislatore.

L'analisi non può tuttavia arrestarsi alla sola Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Infatti, i c.d. diritti di *privacy* sono tutelati anche dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE), a cui il Trattato di Lisbona ha attribuito lo stesso valore giuridico dei Trattati, ossia efficacia giuridica vincolante per gli Stati membri, seppur nelle sole materie di competenza dell'Unione⁵⁰.

Le norme che vengono in rilievo, ai fini che qui interessano, sono gli articoli 7 e 8 della Carta che tutelano rispettivamente il diritto al rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e delle comunicazioni, e il diritto alla protezione dei dati personali.

Ai sensi dell'art. 52, comma 3 CDFUE «laddove la [...] Carta contenga diritti corrispon-

⁴⁰ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Pretty v. United Kingdom*, 29 aprile 2002, ric. n. 2346/02.

⁴¹ Così, V. ZENOVICH, sub *Art. 8*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2011, p. 309.

⁴² Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Klass v. Germany*, 6 settembre 1978, ric. n. 5029/71.

⁴³ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Malone v. United Kingdom*, 2 agosto 1984, ric. n. 8691/79.

⁴⁴ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Copland v. United Kingdom*, 3 aprile 2007, ric. n. 62617/00.

⁴⁵ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Uzun v. Germany*, 2 settembre 2010, ric. n. 35623/05.

⁴⁶ Esse vengono quindi ricondotte all'art. 189 c.p.p.

⁴⁷ Cass., sez. un., 23 febbraio 2000, D'Amuri, in *Giur. it.*, 2001, p. 1707 ss. La materia è oggi regolata dall'art. 132 codice *privacy* (d. lgs. 196/2003), da ultimo modificato dal d. lgs. 109/2008 di attuazione della direttiva c.d. *data retention* 2006/24/CE, oggetto della recente sentenza della Corte di Giustizia (*Digital Rights Ireland Ltd.*, cit.), che l'ha ritenuta incompatibile con gli artt. 7 e 8 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea. Per una prima riflessione sulle possibili conseguenze di tale decisione sull'art. 132 codice *privacy*, si veda R. FLOR, *La Corte di Giustizia considera la direttiva europea*, cit. In merito, sia consentito rinviare inoltre a F. IOVENE, *Data retention tra passato e futuro. Ma quale presente?* in corso di pubblicazione in *Cass. pen.*, n. 12/2014.

⁴⁸ Cass., sez. un., 28 marzo 2006, Prisco, cit.

⁴⁹ Cass., sez. IV, 7 aprile 2010, Angelini, in *C.E.D. Cass.*, n. 247384. In tale pronuncia la Cassazione afferma espressamente che «il provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria, sia esso giudice o pubblico ministero, è altresì idoneo a garantire il rispetto dell'art. 8 della CEDU, nella interpretazione che ne è stata data dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, offrendo un'adeguata tutela contro le ingerenze arbitrarie dei pubblici poteri nella vita privata». Cfr. il commento di P. GAETA, *Per utilizzare registrazioni fra presenti fatte dalla Pg è sufficiente un decreto del pubblico ministero*, in *Guida dir.*, 2010, p. 75 ss.

⁵⁰ L'art. 51 della Carta precisa ulteriormente che essa si applica agli Stati membri «esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione».

denti a quelli garantiti dalla [CEDU], il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione» (c.d. clausola di equivalenza). E quindi, gli articoli 7 e 8 CDFUE vanno riempiti di significato alla luce dell'art. 8 CEDU e della relativa giurisprudenza della Corte di Strasburgo, soprattutto per quanto riguarda i presupposti di un'ingerenza legittima negli stessi da parte della pubblica autorità⁵¹.

Tuttavia, la circostanza che gli articoli 7 e 8 CDFUE, in quanto filiazione dell'art. 8 CEDU, siano tra loro intimamente connessi tanto da integrare un «diritto alla vita privata con riguardo al trattamento dei dati personali»⁵², non deve tradursi in una mancata valorizzazione delle differenze.

Infatti, proprio con riferimento alla tutela della riservatezza informatica, a venire in rilievo è l'art. 7 della Carta e non l'art. 8. Non si tratta tanto di garantire all'interessato il controllo sulle modalità di trattamento dei propri dati personali, quanto, prima ancora, di tutelare la persona in un contesto nel quale gli aspetti più variegati della propria vita si sono tradotti in dati, suscettibili di trattamento informatico⁵³. In un ambito nel quale non è più possibile distinguere tra dati intimi, dati riservati e dati sociali, l'art. 8 CDFUE risulta inapplicabile e tornerà ad operare l'ampia protezione offerta dall'art. 7 a tutela della vita privata.

La riservatezza informatica può quindi essere ricondotta all'art. 7 CDFUE, con la conseguenza che eventuali limitazioni all'esercizio di tale diritto dovranno essere previste dalla legge, rispettarne il contenuto essenziale e, nel rispetto del principio di proporzionalità, potranno essere apportate solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui (art. 52, comma 1 CDFUE).

Si può in conclusione affermare che il diritto fondamentale alla riservatezza informatica è riconosciuto e tutelato dagli artt. 2 Cost., 117 Cost. e 8 CEDU, 7 e 52 CDFUE e che, al pari dei tradizionali diritti fondamentali (libertà personale, libertà domiciliare, libertà e segretezza delle comunicazioni), esso potrà essere limitato solo nel rispetto della riserva di legge e di giurisdizione, alla luce del principio di proporzionalità.

5.

Le c.d. perquisizioni *online* nell'ordinamento italiano.

Le c.d. perquisizioni *online* rappresentano un istituto di natura ibrida e di difficile inquadramento giuridico.

Esse non sono disciplinate nell'ordinamento giuridico italiano, tuttavia è opportuno segnalare due casi affrontati dalla giurisprudenza di legittimità in cui si è fatto uso di tecniche di indagine in senso lato assimilabili alla *Online Durchsuchung*. Il primo riguarda l'utilizzo di un c.d. captatore informatico (*gotsh*), in grado di acquisire in remoto copia dei *files* esistenti sul computer e di registrare in tempo reale i *files* elaborandi⁵⁴. Il secondo è il più noto caso *Ryanair*, avente ad oggetto la perquisizione *ex art.* 247 c.p.p. e successivo sequestro delle credenziali di accesso al sistema *online* di prenotazione dei voli della suddetta compagnia aerea⁵⁵.

In entrambe le ipotesi, attraverso l'utilizzo di strumenti tipici si realizzava in realtà un monitoraggio continuativo – ed occulto nel primo caso – del sistema informatico oggetto di indagine.

⁵¹ Tale equivalenza è stata ribadita dalla stessa Corte di Giustizia in due recenti pronunce in materia di tutela di diritti d'autore in *Internet*. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 24 novembre 2011 (C-70/10) e Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 16 febbraio 2012, C 360/10, caso "*SABAM v. Netlog*". In merito si rinvia a R. FLOR, *Lotta alla "criminalità informatica"*, cit. Ciò tuttavia ancora non significa che il diritto CEDU trovi diretta applicazione negli Stati membri, come accade per le norme della CDFUE che hanno lo stesso valore giuridico dei Trattati. Infatti, la Carta rimane soggetta al sindacato della Corte di Giustizia, che potrà eventualmente operare un diverso bilanciamento degli interessi in gioco. Cfr. C. SORIS, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto comunitario*, in V. MANES, V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, p. 144.

⁵² Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke e Eifert*, C-92/09 e C-93/09.

⁵³ Nella recente sentenza sulla direttiva c.d. *data retention* (C-293/12, C-594/15, *Digital Rights Ireland Ltd*) la Corte di Giustizia ha riconosciuto che la conservazione dei dati di traffico telefonico e telematico costituisce un'interferenza con l'art. 7 della Carta. Infatti, affinché scatti la protezione offerta da tale norma si prescinde dalla natura sensibile o meno dei dati e dall'apprensione del contenuto della comunicazione. Cfr. R. FLOR, *La Corte di Giustizia considera la direttiva europea*, cit.

⁵⁴ Cass., sez. V, 14 ottobre 2009, n. 16556, in *C.E.D. Cass.*, n. 246954. Cfr. S. ATERNO, *Le investigazioni informatiche e l'acquisizione della prova digitale*, in *Giur. merito*, 2013, p. 955 ss.

⁵⁵ Cass., sez. IV, 17 aprile 2012, n. 19618, in *Cass. pen.*, 2013, p. 1523 ss.

Per quanto riguarda il c.d. captatore informatico, infatti, l'acquisizione dei *files* era stata disposta con decreto del pubblico ministero ai sensi dell'art. 234 c.p.p.

La Suprema Corte ha respinto le eccezioni sollevate dal ricorrente, il quale sosteneva innanzitutto che si sarebbe dovuta applicare la disciplina delle intercettazioni informatiche, e che in ogni caso l'attività posta in essere violava gli artt. 14 e 15 Cost. e doveva pertanto considerarsi una prova incostituzionale, e i relativi risultati inutilizzabili ai sensi dell'art. 191 c.p.p.

Quanto alla prima eccezione, la Corte ha ritenuto che correttamente i giudici di merito avessero escluso l'applicazione della disciplina di cui agli artt. 266 ss. c.p.p., in quanto il decreto del pubblico ministero non aveva ad oggetto un flusso di comunicazioni, bensì «una relazione operativa tra microprocessore e video del sistema elettronico, ossia un flusso unidirezionale di dati confinato all'interno dei circuiti del personal computer». Non trattandosi di comunicazione, non trovava quindi applicazione la tutela di cui all'art. 15 Cost. Né la Corte riscontra una violazione dell'art. 14 Cost. in quanto il *computer* monitorato non si trovava all'interno del domicilio – inteso come luogo di privata dimora – ma in un luogo aperto al pubblico.

Se si può convenire sull'esclusione della garanzia di cui all'art. 15 Cost., l'argomentazione con cui la Corte esclude l'applicabilità dell'art. 14 Cost. appare troppo frettolosa. In ogni caso poi, tali prescrizioni costituzionali non esauriscono il novero dei diritti fondamentali che simile attività di indagine comprime. Se anche, nelle parole della Corte, «quanto riprodotto in copia non era un testo inoltrato e trasmesso col sistema informatico, ma soltanto predisposto per essere stampato su supporto cartaceo e successivamente consegnato sino al suo destinatario», persistono comunque esigenze di tutela della riservatezza, *sub specie* di riservatezza informatica, bene giuridico di rango costituzionale, che avrebbero richiesto un esame più approfondito della vicenda.

Oltre alle riserve di carattere costituzionale, anche la riconduzione dell'attività in questione all'acquisizione della prova documentale lascia perplessi. Infatti, se è vero che l'art. 234 c.p.p., per il richiamo in esso contenuto a «qualsiasi altro mezzo», è una norma a struttura aperta, idonea a ricomprendere anche i documenti informatici⁵⁶, bisogna fare attenzione a non confondere il contenuto con il contenitore: i dati digitali non sono prove documentali e non seguono le regole di ammissione per questi dettate dagli artt. 495, co. 3 e 515 c.p.p., valgono per essi, in considerazione della loro natura volatile e modificabile, regole di raccolta e utilizzo dibattimentale diverse.

Ad ogni modo, anche a voler ammettere l'applicabilità dell'art. 234 c.p.p., tale norma non può che riferirsi a documenti, ancorché informatici, preesistenti al provvedimento acquisitivo stesso e non a quelli costituendi. Ora, è ben vero che il decreto del pubblico ministero prevedeva l'acquisizione dei *files* memorizzati sul *computer*, ma è altresì vero che tale generica formula, unitamente al fatto che il monitoraggio si è protratto per otto mesi, fanno ritenere del tutto verosimile l'apprensione di documenti formati dopo il provvedimento *de quo*.

Per quanto riguarda invece la vicenda *Ryanair*, molto opportunamente la Cassazione ha confermato l'annullamento da parte del Tribunale del riesame del decreto di perquisizione e sequestro. Infatti, la Suprema Corte ravvisa in simile provvedimento un inammissibile strumento a carattere esplorativo, «che mirava non tanto ad acquisire elementi di conoscenza in ordine ad una o più *notitiae criminis determinate*, quanto a monitorare in modo illimitato, preventivo e permanente il contenuto di un sistema informatico onde pervenire per suo tramite all'accertamento di reati non ancora commessi, ma dei quali si ipotizzava la futura commissione da parte di soggetti ancora da individuarsi». Pertanto, conclude la Corte, «è da escludere un preventivo ed indefinito monitoraggio del sistema predetto in attesa dell'eventuale e futura comparsa del dato da acquisire a base delle indagini: si verrebbe altrimenti ad integrare un nuovo ed anomalo strumento di ricerca della prova, con finalità nettamente esplorative, di mera investigazione (paragonabile alle intercettazioni), che nulla ha a che fare con la perquisizione». Con ciò si coglie uno tra i tanti aspetti problematici del monitoraggio di un sistema informatico realizzato attraverso specifici *softwares* di indagine, ossia l'alto rischio che esso si trasformi in un mezzo di ricerca di notizie di reato. Ne è evidente quindi l'eterogeneità e non riconducibilità alla disciplina delle perquisizioni, che trovano il loro naturale campo di applicazione nella ricerca di prove relative ad una preesistente *notitia criminis*.

⁵⁶ In tal senso, F. CORDERO, sub art. 234, in *Codice di procedura penale commentato*, 2^a ed., Torino, 1992.

6.

(segue) Prova atipica o prova incostituzionale?

Con il termine perquisizioni *online* si fa riferimento ad un'attività di indagine che assomma le caratteristiche e le funzioni di diversi mezzi di ricerca della prova tipici, pur non essendo riconducibile ad alcuno di essi, e che presenta altresì caratteri di originalità. Esse infatti non sono riconducibili né alla disciplina delle perquisizioni, né a quella delle ispezioni, né infine a quella delle intercettazioni, configurando piuttosto un *tertium genus*.

Anche dopo le modifiche introdotte con la legge di ratifica della Convenzione *Cybercrime*, l'art. 247 c.p.p. non pare applicabile a questo innovativo strumento di indagine. Tale norma, infatti, si limita a rendere possibili le tradizionali perquisizioni, volte alla ricerca del corpo del reato o di cose pertinenti al reato anche in ambiente informatico, autorizzando la perquisizione di sistemi informatici o telematici «quando vi è motivo di ritenere che ivi si trovino dati, informazioni, programmi informatici o tracce comunque pertinenti al reato». Ma la relativa disciplina rimane quella classica di uno strumento di indagine a sorpresa, ma «palese», e che non può essere condotto a distanza⁵⁷.

Ma nemmeno pare potersi applicare la norma relativa alle ispezioni informatiche, novellata nel 2008. Infatti, esse servono a fotografare la realtà esistente, senza alcuna apprensione di dati⁵⁸.

Il carattere segreto della perquisizione *online* potrebbe allora indurre a ritenere tale attività assimilabile a quella di intercettazione informatica o telematica (art. 266 *bis* c.p.p.). Tale disciplina è *prima facie* sicuramente più adatta a soddisfare le esigenze di tutela della riservatezza del destinatario della perquisizione *online*. Essa prevede innanzitutto una delimitazione dei reati per la repressione dei quali tale strumento può essere utilizzato e rigidi presupposti di applicazione (gravi indizi di reato e indispensabilità dell'intercettazione ai fini della prosecuzione delle indagini). Inoltre, contempla una serie di disposizioni poste a vario titolo a tutela del destinatario della misura: da quelle che dispongono in merito al quando e al come questi è ammesso a conoscere prima dell'esistenza dell'intercettazione e poi del suo contenuto, a quelle che prevedono divieti di utilizzazione e conseguenti obblighi di distruzione dei risultati di intercettazioni eseguite in violazione delle disposizioni di legge. Tuttavia, le intercettazioni hanno ad oggetto l'apprensione occulta e in tempo reale di *comunicazioni*, laddove con riferimento alle intercettazioni informatiche per comunicazioni si intende non qualsiasi comunicazione intercorrente tra sistemi informatici, ma solo lo scambio di dati digitali determinato da un'attività umana, ossia un'attività di comunicazione o di altro genere riconducibile ad una persona⁵⁹. Ne deriva che lo strumento in esame può essere utilizzato per l'apprensione di messaggi scritti come le *e-mail*, di conversazioni via *chat*, ovvero per la captazione di collegamenti con siti *web*.

Tuttavia, come si è già sottolineato, ciò non esaurisce il novero delle attività che possono essere compiute attraverso questo specifico *software* d'indagine.

Il fatto che le perquisizioni *online* non siano riconducibili ad alcuno dei mezzi di ricerca della prova specificamente disciplinati dal codice di rito non significa che si possa automaticamente concludere nel senso della loro ammissibilità alle condizioni stabilite dall'art. 189 c.p.p. quale prova atipica. Infatti, il primo presupposto di validità di una prova atipica è la sua legittimità costituzionale.

Occorre quindi verificare quali diritti fondamentali siano coinvolti in tale attività di indagine, al fine di delineare i presupposti e i confini entro cui iscrivere tale mezzo di ricerca della

⁵⁷ Stabilisce l'art. 250 c.p.p. che «nell'atto di iniziare le operazioni copia del decreto di perquisizione locale è consegnata all'imputato, se presente, e a chi abbia l'attuale disponibilità del luogo, con l'avviso della facoltà di farsi rappresentare o assistere da persona di fiducia purché questa sia prontamente reperibile e idonea». Inoltre, in base al disposto dell'art. 365 c.p.p., il destinatario della perquisizione viene invitato a nominare un difensore di fiducia – se ne è privo gliene viene assegnato uno d'ufficio – il quale ha diritto a partecipare al compimento dell'atto, pur senza preavviso. Tali disposizioni sono inapplicabili alle c.d. perquisizioni *online* che vengono condotte all'insaputa dell'interessato.

⁵⁸ S. MARCOLINI, *Le cosiddette perquisizioni online (o perquisizioni elettroniche)*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2855 ss. Così già, R. FLOR, *Brevi riflessioni a margine della sentenza del Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 695 ss.

⁵⁹ Infatti, le intercettazioni informatiche rientrano nel più ampio *genus* delle intercettazioni di comunicazioni, la cui essenza è ravvisata dalla giurisprudenza «nella captazione occulta e contestuale di una comunicazione o conversazione tra due o più soggetti che agiscano con l'intenzione di escludere altri e con modalità oggettivamente idonee allo scopo, attuata da soggetto estraneo alla stessa mediante strumenti tecnici di percezione tali da vanificare le cautele ordinariamente poste a protezione del suo carattere riservato». Cfr. *Cass.*, sez. un., 24 settembre 2003, n. 36747, Torcasio, in *Cass. pen.*, 2004, p. 21. Si veda anche G. DI PAOLO, (voce) *Prova informatica (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Annali VI, Milano, 2013, p. 736 ss.

prova.

Viene innanzitutto in rilievo il diritto alla libertà e segretezza delle comunicazioni (art. 15 Cost.) che, tuttavia, estende il suo ambito di tutela alle sole comunicazioni che avvengano tramite il *computer* (conversazioni *VoIP*, *e-mail*, *chat*), nonché sulla base della giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di tabulati telefonici, anche ai dati esterni di tali comunicazioni, ossia ai dati di traffico telematico.

Quanto all'art. 14 Cost., se per domicilio si intende «uno spazio isolato dall'ambiente esterno, adibito allo svolgimento di atti della vita privata e dal quale il soggetto o i soggetti titolari abbiano inteso normalmente escludere la presenza di terzi»⁶⁰, difficilmente può negarsi la sua operatività nella fase di intromissione nel sistema informatico⁶¹. Infatti, in considerazione dell'importanza essenziale nella vita di tutti i giorni che il *computer* è venuto assumendo, al punto che la Corte costituzionale tedesca lo ha considerato uno strumento attraverso cui l'individuo sviluppa liberamente la propria personalità, esso può considerarsi un «domicilio informatico», soprattutto quando sia protetto da *password*.

L'analisi non si può tuttavia arrestare a questa prima e più immediata interpretazione estensiva della tutela del domicilio tradizionale. Come si è visto nella prima parte del presente lavoro, il sistema informatico viene in rilievo quale perimetro ideale di una serie di informazioni che si vogliono sottrarre alla conoscenza altrui. Oggetto di protezione è quindi lo spazio informatico o virtuale, cui queste ultime sono affidate. In quest'ottica, la tutela del domicilio si rivela inadeguata: pur tutelando «la persona riflessa in una certa sfera spaziale volta a preservare il carattere intimo, domestico, o quanto meno privato di determinati comportamenti soggettivi», essa rimane pur sempre legata ad un ambiente fisico, all'interno del quale si svolge la vita privata. A venire in rilievo è piuttosto l'esigenza di riservatezza, *sub specie* di riservatezza informatica, dell'utilizzatore di un sistema informatico.

Se si accoglie l'idea che tale diritto fondamentale è tutelato dagli artt. 2, 117, comma 1 Cost., 8 CEDU e 7 CDFUE, eventuali limitazioni dello stesso ad opera della pubblica autorità potranno avvenire solo se rispettose delle prescrizioni di cui agli articoli 8, comma 2 CEDU e 52, comma 1 CDFUE. Esse dovranno quindi essere previste dalla legge, perseguire uno scopo legittimo e rispettare il principio di proporzionalità, fatta salva l'intangibilità del nucleo essenziale di tale diritto fondamentale.

Attualmente, pertanto, nell'assenza di una specifica disciplina legislativa, le c.d. perquisizioni *online* darebbero vita ad una prova inutilizzabile in quanto incostituzionale (o inammissibile se si accoglie l'idea, fatta propria dalla Cassazione nella sentenza Prisco⁶², che l'art. 189 c.p.p. presuppone la formazione lecita della prova e che quindi nel caso delle attività atipiche il vaglio di ammissibilità è attività preliminare e precede quello di inutilizzabilità)⁶³.

7.

Conclusioni: quale disciplina?

L'affermare che le c.d. perquisizioni *online* sono attualmente una prova incostituzionale non rappresenta una conclusione, ma un punto di partenza. Infatti, l'obiettivo non è quello di negare cittadinanza a tale strumento nel nostro ordinamento, ma di stabilire a quali condizioni sia da considerarsi legittimo, tenuto conto dell'importanza che lo stesso va acquisendo ai fini di indagine e della crescente attenzione che a livello europeo e internazionale viene dedicata al tema.

È quindi compito del legislatore intervenire, dettando una disciplina *ad hoc*, che raggiunga

⁶⁰ Così, G. BORRELLI, *Riprese filmate nel bagno di un pubblico esercizio e garanzie costituzionali*, in Cass. pen., 2001, p. 2453ss.

⁶¹ Come precisato anche dalla Corte costituzionale nella sentenza 24 aprile 2002, n. 135, in *Giur. cost.*, 2002, p. 1062 ss., con osservazioni di F. CAPRIOLI, *Riprese visive nel domicilio e intercettazioni «per immagini»*, l'elenco dei mezzi di ricerca della prova attraverso cui la pubblica autorità può interferire nella libertà domiciliare non è tassativo. Argomenti in tal senso non si possono desumere nemmeno dall'art. 8 CEDU o dagli artt. 7 e 52 CDFUE. Inoltre, l'art. 14 Cost. «nell'ammettere intrusioni nel domicilio per finalità di giustizia non prende posizione sul carattere palese o occulto delle intrusioni stesse. La configurazione di queste, e in particolare delle ispezioni, come atto palese», prosegue la Corte, «emerge esclusivamente a livello di legislazione ordinaria».

⁶² Cass., sez. un., 28 marzo 2006, Prisco, cit.

⁶³ In tal senso già S. MARCOLINI, *Le cosiddette perquisizioni*, cit., p. 2861, secondo il quale se le perquisizioni *online* «fossero effettuate in un procedimento penale italiano, [esse] dovrebbero essere dichiarate inammissibili come prova perché, non previste dalla legge, verrebbero ad incidere su di un bene giuridico – la riservatezza della vita privata – la cui lesione, alla luce del nuovo combinato costituzionale-sovrannazionale [...] esige la previa determinazione, da parte del legislatore ordinario, dei casi e dei modi di aggressione di quel bene».

un equo bilanciamento, alla luce del principio di proporzionalità, tra diritti costituzionalmente protetti: quello alla riservatezza informatica da un lato e quello alla repressione dei reati dall'altro. Disciplina che dovrà innanzitutto individuare i casi e modi dell'intromissione in un sistema informatico: elenco di gravi reati presupposto⁶⁴, provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria – del giudice su richiesta del pubblico ministero – modalità dell'intromissione e di svolgimento dell'attività di indagine. Dovranno in particolare essere introdotte specifiche garanzie a tutela dei dati personali irrilevanti per le indagini, e apposite sanzioni di inutilizzabilità del materiale probatorio acquisito illegittimamente o irrilevante. Inoltre, è opportuno stabilire se il ricorso a tale strumento sia consentito anche per finalità preventive.

Occorre infine considerare un ultimo, importantissimo aspetto, quello della formazione degli operatori che in concreto si troveranno a svolgere questo tipo di attività di indagine. La scarsa comprensione o la sottovalutazione delle potenzialità delle innovazioni tecnologiche può infatti tradursi in minori garanzie per chi è sottoposto a procedimento penale.

⁶⁴ Quanto all'individuazione di tali gravi forme di criminalità, anche in considerazione del possibile utilizzo di codesto strumento d'indagine nell'ambito di indagini a carattere transnazionale, si può senz'altro fare riferimento a quanto stabilisce l'art. 83 TFUE con riferimento all'ambito di intervento dell'Unione nel settore del diritto penale sostanziale, ossia: «terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata». La stessa Corte di Giustizia nella sentenza sulla c.d. *data retention* ha individuato nella lotta contro gravi forme di criminalità, tra cui il terrorismo e la criminalità organizzata, un obiettivo di carattere generale che può essere realizzato attraverso l'uso di strumenti di indagine ad alto contenuto tecnologico, purché nel rispetto dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta (8 aprile 2014, C-293/12, C-594/15, *Digital Rights Ireland Ltd.*, cit., par. 51).

EVIDENZA EPIDEMIOLOGICA DI UN AUMENTO DI MORTALITÀ E RESPONSABILITÀ PENALE*

Alla ricerca della qualificazione penalistica
di una nuova categoria epistemologica

Luca Masera

ABSTRACT

Il lavoro si interroga sul ruolo da attribuire nel giudizio di responsabilità penale all'evidenza epidemiologica di un eccesso di mortalità in una popolazione esposta ad un determinato fattore di rischio. Vengono in primo luogo analizzati in chiave critica gli attuali indirizzi giurisprudenziali: il tradizionale orientamento che attribuisce rilievo al dato epidemiologico nel giudizio di accertamento della causalità individuale in processi per omicidio o lesioni colpose, ed il nuovo orientamento di merito che sussume invece il dato epidemiologico in fattispecie di reato contro l'incolumità pubblica, ed in particolare nella figura del disastro doloso. Viene poi avanzata una diversa soluzione del problema, basata sulla contestazione di fattispecie di danno attraverso l'istituto dell'accertamento alternativo, e vengono vagliate le reazioni che tale tesi ha suscitato in dottrina. Infine, vengono svolte alcune riflessioni di sintesi sul significato politico-criminale del tema oggetto di analisi.

SOMMARIO

1. Premessa. – 2. La qualificazione a titolo di omicidio o lesioni e le difficoltà di accertamento della causalità individuale. – 3. La contestazione di reati dolosi di pericolo contro l'incolumità pubblica (disastro doloso). – 3.1. La posizione della giurisprudenza. – 3.2. Le critiche della dottrina. – 4. La responsabilità per l'evento sulla base del solo dato epidemiologico: la tesi dell'accertamento alternativo. – 5. Conclusioni.

* Il presente lavoro riprende e sviluppa un saggio pubblicato in *Quest giust.*, 2014, n. 2, *Dal caso eternit al caso ILVA: nuovi scenari in ordine al ruolo dell'evidenza epidemiologica nel diritto penale*.

1.

Premessa.

Nella storia delle scienze bio-mediche, l'introduzione del *metodo epidemiologico* ha rappresentato una delle novità più significative degli ultimi decenni. Sino agli anni Quaranta, infatti, la scienza medica limitava la nozione di causa alla sussistenza di una relazione deterministica tra un certo fattore di rischio e la verifica di un *singolo* evento patologico. Oggi, accanto a questa accezione individualizzante delle relazioni eziologiche, viene comunemente utilizzato – in ambito tanto di ricerca clinica, quanto di salute pubblica – anche lo strumento epidemiologico di accertamento causale, che applica il criterio della *condicio sine qua non* tra il fattore di rischio e le sue conseguenze sulla *popolazione* degli esposti, e grazie all'utilizzo di un articolato complesso di strumenti logico-matematici conduce a rilevare rapporti causa-effetto che rimarrebbero ignoti quando oggetto di osservazione fosse solo la singola evenienza lesiva.

In altri termini, un affidabile studio epidemiologico è in grado di accertare *con ragionevole certezza* che un certo numero di soggetti esposti ad un certo fattore di rischio ha contratto una certa patologia proprio in ragione dell'esposizione, anche se non è possibile individuare, tra tutti gli esposti che hanno contratto la patologia, chi si sarebbe ammalato ugualmente, e che si non si sarebbe ammalato in mancanza dell'esposizione. Un *caso esemplare* è quello del rapporto tra *fumo di sigaretta e tumore al polmone*. Ancora oggi è impossibile stabilire se quel singolo soggetto fumatore, che ha contratto un carcinoma polmonare, non si sarebbe ammalato se non avesse fumato, in quanto come noto il tumore polmonare ha un'incidenza significativa anche tra i non fumatori; eppure, già a partire dai fondamentali studi di Doll e Peto degli anni Cinquanta, che in tutti i manuali di epidemiologia sono considerati gli studi fondatori dell'epidemiologia moderna, sappiamo con *assoluta certezza* che una quota molto importante dei casi di tumore polmonare che si riscontrano in una certa popolazione (intorno almeno al 70%) non si sarebbe verificata in assenza del rischio legato al fumo di sigarette.

Le capacità euristiche del metodo epidemiologico hanno dunque portato all'emersione di una nozione, quella di *danno alla popolazione*, che era sconosciuta quando sono state elaborate le categorie concettuali in cui si articola la responsabilità penale negli ordinamenti moderni. Nel codice penale italiano, come in tutti i codici penali stranieri, la tutela della vita e dell'integrità fisica si esplica in *fattispecie di danno*, quando è provata una lesione personale a tali beni giuridici; o in *fattispecie di pericolo*, quando la potenzialità di danno riguarda una pluralità indeterminata di persone. Il *danno alla vita* o alla salute è tradizionalmente, almeno in sede penale, una categoria che si declina *solo al singolare*, nel senso che in termini penalistici si può parlare di omicidio o di lesioni personali solo quando sia provata la causazione della morte o della malattia di una persona determinata. Rispetto alla salute della popolazione nel suo complesso, esiste la categoria del pericolo (quando il fattore di rischio ha interessato una pluralità di soggetti), ma non quella del danno. Se il pericolo si è trasformato in un danno alla vita o all'integrità fisica di qualche soggetto determinato, il reato di pericolo contro l'incolumità pubblica concorre con quelli di omicidio o lesioni; ma la prova del danno ad una pluralità di soggetti, senza possibilità di individuare le singole vittime, non è un esito gnoseologico preso in considerazione dalla tradizione giuridica penalistica.

I *reati di danno*, per punire eventi lesivi della vita o della salute di *specifiche persone* offese; i *reati di pericolo* contro la salute o l'incolumità pubblica, per sanzionare condotte non ancora offensive di singoli soggetti, ma che hanno esposto a pericolo una *pluralità indeterminata* di persone: il "danno alla popolazione" – inteso come numero di soggetti non univocamente determinabili che però sicuramente hanno subito un danno (la patologia contratta) dalla condotta illecita (l'esposizione al fattore di rischio) – esprime invece un binomio ignoto allo strumentario concettuale del penalista.

Se, dunque, il contenuto euristico tipico delle indagini epidemiologiche è privo di immediato riscontro nelle categorie penalistiche, ciò non significa che l'epidemiologia sia rimasta estranea all'orizzonte del diritto penale; anzi, negli ultimi decenni, il giurista italiano (ed in specie il penalista) è stato chiamato sempre più di frequente ad osservare la realtà tramite le "lenti" dell'epidemiologo. Il terreno in cui più evidente è emersa la necessità per il giudice penale di tenere in considerazione gli esiti di ricerche scientifiche a carattere epidemiologico è rappresentato nel nostro Paese dai *moltissimi processi penali* legati ai danni derivanti dall'*esposizione a sostanze tossiche* (in particolare da esposizione ad *amianto*), che a partire dagli anni

Ottanta sono stati (e vengono tuttora) celebrati nelle nostre Corti, di merito e di legittimità.

Avendo tali procedimenti prevalentemente ad oggetto l'imputazione di patologie oncologiche (in particolare per l'amianto il mesotelioma pleurico ed il tumore al polmone), che come noto non si prestano ad essere spiegate secondo paradigmi individualizzanti a ragione della complessità del loro *web of causation*, nella gran parte di essi il *dato probatorio* a disposizione dell'accusa consiste proprio nella disponibilità di *studi epidemiologici* da cui emerge l'esistenza di una sicura relazione causale tra l'esposizione (di solito di origine lavorativa) ad una sostanza chimica e l'*aumento dell'incidenza* di determinate patologie nella popolazione degli esposti.

La giurisprudenza italiana in materia di esposizione a sostanze tossiche rappresenta quindi il terreno in cui per la prima volta si è assistito al tentativo di *tradurre* la nozione epidemiologica di causa nelle categorie concettuali del diritto penale. Non che la nostra giurisprudenza si sia in maniera esplicita e consapevole assunta questo compito; anzi, come vedremo, in una prima fase, e per certi versi ancora oggi, la peculiarità gnoseologica dell'evidenza epidemiologica non emerge con chiarezza dalle decisioni dei nostri giudici, che spesso non si dimostrano affatto consapevoli del peculiare contenuto euristico di tale disciplina scientifica. Semplicemente, la scelta di ricondurre la causazione di patologie oncologiche ad opera di sostanze chimiche nel perimetro della *responsabilità penale* invece che di quella civile (come avviene negli altri ordinamenti), ha fatto sì che la nostra giurisprudenza si sia trovata per prima a dover concretamente decidere se ed in quali fattispecie penali fosse sussumibile l'evidenza di danno alla popolazione veicolata dal metodo epidemiologico.

In questo breve saggio non intendiamo dare conto in maniera esaustiva dei problemi emersi in giurisprudenza ed in dottrina in relazione alla configurazione della responsabilità penale da esposizione a tossici (nella grande maggioranza dei casi ad amianto). Le tematiche sono molteplici ed assai complesse (tanto sotto il profilo dell'imputazione causale, che del coefficiente soggettivo), ed il materiale è ormai talmente copioso, che per una sua ricostruzione analitica non possiamo che rinviare ai numerosi e pregevoli contributi in materia.

Il nostro percorso all'interno del dibattito è piuttosto guidato da un obiettivo specifico: la nostra intenzione è capire come la giurisprudenza, pur in mancanza di una meditata riflessione sul punto, abbia fornito veste giuridica all'evidenza epidemiologica. Crediamo che questa chiave di lettura sia di particolare interesse, perché coglie un aspetto che rileva ben al di là della specifica materia delle malattie professionali nel sistema penale italiano.

Sono sempre più numerose le occasioni in cui la ricerca epidemiologica evidenzia *eccessi di mortalità eziologicamente riconducibili a condotte umane* che in vario modo incidono sullo stato di salute di una popolazione. Il contesto più frequentemente studiato (ed in cui è più avanzato il livello degli studi, e dunque sono più affidabili le relazioni causali su di essi fondate) è quello degli aumenti di mortalità dovuti a fattori di *inquinamento ambientale*: le ricerche sugli effetti a livello di popolazione di una determinata fonte di inquinamento (in ambito lavorativo od ambientale) sono talmente numerosi a livello internazionale, da identificare da alcuni decenni degli specifici settori della ricerca epidemiologica (cd. epidemiologia occupazionale ed ambientale).

Lostacolo che ha sino ad ora impedito, fuori dal nostro Paese, l'apertura di procedimenti penali volti a contestare ai responsabili dell'esposizione i danni alla salute da essi è cagionato, è stata in primo luogo la difficoltà di individuare la fattispecie sotto cui sussumere tali danni. La domanda cui preliminarmente bisogna rispondere è proprio quella che fa da filo conduttore a questo saggio: la causazione, scientificamente accertata in modo affidabile, di un aumento dell'incidenza di mortalità in ragione di una certa esposizione, configura o no gli estremi di una fattispecie penale? e nel caso di risposta positiva, sono da contestare reati di danno contro la vita e l'integrità fisica, o reati di pericolo contro l'incolumità e la salute pubblica?

In ogni situazione concreta, vi saranno poi una serie infinita di problemi specifici da risolvere per ipotizzare una responsabilità penale. Solo a titolo di esempio, sarà oggetto di discussione l'affidabilità degli studi scientifici che attestano il danno alla salute; sarà difficile individuare le responsabilità personali dei singoli in contesti che di norma si articolano in processi decisionali molto complessi; oppure ancora sarà da valutare, ai fini dell'elemento soggettivo, la conoscibilità della potenzialità lesiva dell'esposizione al momento in cui questa è avvenuta, considerando il lungo periodo di latenza che spesso connota i fenomeni patologici oggetto di imputazione (si pensi alle forme tumorali).

Tutti questi problemi presuppongono però che prima si sia individuata la fattispecie penale

da contestare ai soggetti giuridicamente responsabili del danno alla salute riscontrato dall'evidenza epidemiologica. L'ordinamento italiano è il primo, ed a quanto ci consta ancora l'unico, in cui tale problema è stato affrontato in sede giudiziale (tra l'altro in un numero ingentissimo di procedimenti), e rappresenta dunque un laboratorio di estremo interesse per valutare le possibili soluzioni ad un problema che in futuro, vista la sempre crescente sensibilità per le tematiche ambientali, con ogni probabilità sarà oggetto di attenzione anche al di fuori dei nostri confini.

Nel prossimo paragrafo andremo quindi ad analizzare in chiave critica le risposte che la giurisprudenza italiana ha fornito negli ultimi vent'anni alla questione qui allo studio: vedremo come, accanto alla tradizionale sussunzione del dato epidemiologico nelle fattispecie di omicidio o lesioni (colposi) in relazione ai singoli eventi patologici, stia iniziando ad affermarsi, sulla scia del notissimo processo Eternit celebrato presso gli uffici giudiziari di Torino, l'ipotesi di contestare reati dolosi di pericolo contro l'incolumità pubblica. Nel terzo paragrafo proporremo una diversa soluzione del problema, basata sulla contestazione di fattispecie di danno attraverso l'istituto dell'accertamento alternativo, ed analizzeremo le reazioni che tale tesi ha suscitato in dottrina. Nell'ultimo paragrafo svolgeremo infine alcune riflessioni di sintesi sulla posta in gioco nel dibattito qui allo studio.

2.

La qualificazione a titolo di omicidio o lesioni e le difficoltà di accertamento della causalità individuale.

2.1) Le prime occasioni in cui la giurisprudenza penale italiana ha modo di confrontarsi con la conoscenza epidemiologica risalgono ai primi anni Novanta, e riguardano casi di lavoratori esposti alle polveri di *amianto*, che hanno contratto patologie oncologiche dell'apparato respiratorio (mesotelioma pleurico e tumore polmonare) note per avere un'incidenza significativamente più alta tra i soggetti esposti a tale sostanza.

I primi orientamenti giurisprudenziali valorizzano il dato epidemiologico nella sua capacità esplicativa del *singolo evento* patologico. E' vero infatti, come abbiamo a più riprese sottolineato, che l'epidemiologia ha come peculiare caratteristica metodologica quella di studiare le relazioni eziologiche a livello di popolazione, e non di singoli individui; tuttavia, il riscontro dell'aumento di incidenza di una patologia in una popolazione di esposti significa anche, nell'ottica del *singolo*, che l'esposizione ha *aumentato il suo rischio* di contrarre la patologia. Si tratta di forme diverse per esprimere il medesimo dato scientifico. Il riscontro di una relazione epidemiologica sostanza-malattia può essere espresso con un indicatore relativo alla popolazione (in termini tecnici, il cd. *rischio attribuibile*, che esprime la percentuale di eventi patologici che sono attribuibili all'esposizione), o con un indicatore relativo al singolo (il *rischio relativo*, cioè l'aumento per il singolo esposto del rischio di contrarre la patologia).

Implicitamente, e per così dire naturalmente, i nostri giudici si orientano verso l'utilizzo di quest'ultimo indicatore per veicolare la conoscenza epidemiologica nel tessuto del processo penale. I primi processi hanno ad oggetto pochi casi di lavoratori malati, non – come in seguito – intere coorti (decine o centinaia) di lavoratori, e la soluzione più semplice è quella di contestare *reati di omicidio o lesioni*, ritenendo che l'aumento, per il singolo esposto, del rischio di contrarre la patologia sia sufficiente per l'attribuzione dell'evento lesivo effettivamente verificatosi. Valorizzando le peculiarità strutturali della causalità omissiva, la giurisprudenza dei primi anni Novanta teorizza la possibilità (almeno in ambito omissivo, ambito cui vengono ricondotti i casi qui in esame) che il riscontro di un *aumento del rischio* per il singolo di sviluppare la patologia equivalga a provare la *natura condizionalistica* dell'omesso impedimento dell'esposizione rispetto al *singolo* caso di malattia. Il dato epidemiologico di un aumento del rischio relativo prova quindi la derivazione causale del singolo evento, e consente l'imputazione oggettiva dell'evento nelle fattispecie di omicidio o lesioni: è questa la prima risposta, come evidente molto estensiva dell'area della rilevanza penale, all'ingresso dell'epidemiologia sulla scena del processo penale¹.

¹ Per un rassegna delle principali decisioni ascrivibili a questo indirizzo, sia consentito il rinvio a L. MASERA, *Nesso di causalità e malattie professionali nella giurisprudenza penale: un difficile equilibrio tra tutela dei lavoratori e garanzie dell'imputato*, in *Come cambia l'ambiente di lavoro*, L. GUAGLIANONE - F. MALZANI, (a cura di) 2007, p. 156 ss.

2.2) Sin dalla sua comparsa, tale indirizzo ha suscitato gravi perplessità in dottrina. È apparso già ai primi commentatori evidente che l'identificazione del criterio penale di imputazione causale nell'aumento del rischio comportasse una gravissima violazione del contenuto garantistico della formula condizionalistica. Sostituire il criterio *ex post* della *conditio sine qua non* con il parametro prognostico dell'*aumento del rischio* significa trasformare surrettiziamente reati di danno come l'omicidio in reati di pericolo, in cui non si condanna più per avere cagionato un evento lesivo, ma per aver *aumentato il rischio* che tale evento si verifici².

La giurisprudenza dei primi anni Novanta non risponde a tali critiche, ed anzi, riecheggiando a sostegno della propria tesi il ruolo centrale che il criterio dell'aumento del rischio riveste nella teorica tedesca dell'*imputazione oggettiva dell'evento*, l'indirizzo rigoristico si afferma diffusamente. Anche nel settore della *responsabilità medica* (che rappresentava e tuttora rappresenta l'altro contesto-chiave per la giurisprudenza in materia di causalità) sono frequenti le sentenze della Cassazione che esplicitamente, anche se su base dogmatiche tutt'altro che solide, ritengono sufficiente per la responsabilità a titolo di omicidio (colposo) la prova che l'omissione colpevole dell'imputato (nel caso delle malattie professionali, che qui ci interessa, l'omessa adozione delle cautele richieste dalla legge per ridurre nell'ambiente di lavoro l'esposizione dei lavoratori al contatto con polveri pericolose) abbia aumentato per il singolo lavoratore il rischio di sviluppare la patologia, da cui poi è effettivamente risultato affetto.

La svolta da cui prende avvio il superamento di tale indirizzo coincide proprio con il procedimento più significativo delle sue fortissime potenzialità incriminatrici, il processo del Petrolchimico di Porto Marghera. Applicando in materia di imputazione causale proprio il criterio dell'aumento del rischio, la Procura di Venezia istruisce nel 1998 un processo-*monstre*, dove, oltre ad una serie di altri reati, viene contestato ai massimi dirigenti della chimica italiana l'omicidio colposo in relazione a ciascuno delle *centinaia di lavoratori* che avevano contratto patologie oncologiche (angiosarcoma e tumore epatico) di cui era nota la correlazione epidemiologica rispetto alla sostanza tossica presente nell'ambiente di lavoro (il cloruro di vinile monomero, CVM).

Il processo ha un enorme impatto mediatico, il numero delle vittime e la notorietà degli imputati attirano per la prima volta l'attenzione dell'opinione pubblica sul tema della risposta penale al fenomeno delle malattie professionali. Nel collegio difensivo sono presenti alcuni tra i più autorevoli penalisti italiani, ed in particolare il prof. Federico Stella, il più noto studioso italiano della causalità penale, che nel 2001 pubblica una monografia destinata a lasciare un segno profondo nel dibattito.

L'autore adotta, mutuandolo dalla letteratura nordamericana, il *modello bifasico* di accertamento causale fondato sulla distinzione tra "*causalità generale* (o idoneità lesiva o aumento del rischio)" e "*causalità specifica o individuale*", e ritiene che una condotta possa essere ritenuta in sede penale causa di un evento solo quando risulti provato *oltre ogni ragionevole dubbio* che essa sia *conditio sine qua non* del singolo evento patologico o letale. L'evidenza epidemiologica potrebbe allora essere utilizzata per accertare la causalità generale, ma *non basta* per affermare una relazione eziologica penalmente rilevante, in quanto ha ad oggetto gli effetti dell'esposizione su popolazioni, e non su singoli individui, e non può per definizione condurre a quell'accertamento causale individuale, in cui si sostanzia invece la *conditio sine qua non* in sede penale. Anche quando emerge che la sostanza tossica abbia cagionato un significativo aumento di mortalità tra gli esposti, ciò non è dunque sufficiente per fondare una sentenza di condanna sino a che non sia possibile accertare quali singoli soggetti, tra coloro che hanno contratto la patologia correlata alla sostanza, si sia ammalato proprio in ragione dell'esposizione. Con una formula sintetica ma efficace, "*l'epidemiologia serve ma non basta*" per accertare la causalità penalmente rilevante³.

² Per una esaustiva analisi critica di tale orientamento, cfr. per tutti C. E. PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, p. 821 ss. e M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione "per l'aumento del rischio" - Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 32 ss.

³ Per questi passaggi, cfr. in particolare la parte II (dal titolo *I tentativi di flessibilizzazione del diritto penale d'evento e l'impossibilità di una tutela penalistica delle vittime della società del rischio*) del lavoro di F. STELLA, *Giustizia e modernità - La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, 2001.

2.3) Pochi mesi dopo la pubblicazione del libro di Stella, arriva la sentenza del *Tribunale di Venezia*⁴, che riprende in larga misura l'impostazione di tale lavoro, ed *assolve* i vertici del Petrolchimico dall'imputazione di omicidio proprio in ragione della mancanza di prova del nesso causale.

Le tesi di Stella trovano ben presto conferma anche in sede di legittimità. Tre notissime sentenze della Cassazione del 2000 arrivano ad affermare non solo che l'aumento del rischio non è sufficiente per l'accertamento della causalità penale, ma addirittura che tale accertamento deve fondarsi esclusivamente su leggi scientifiche con *coefficiente probabilistico prossimo al 100%*, conducendo così in sostanza ad escludere sempre la responsabilità penale per l'evento nel settore delle malattie professionali⁵.

Il netto contrasto tra l'indirizzo dell'aumento del rischio, prevalente negli anni Novanta, ed il nuovo orientamento del 100%, viene risolto dalle Sezioni Unite della Cassazione nel 2002 con la notissima sentenza *Franzese*, che rappresenta ancora oggi il punto di riferimento obbligato per ogni giudice italiano cui avvenga di doversi occupare di causalità⁶. La decisione presenta innumerevoli spunti di interesse, che non abbiamo qui lo spazio per approfondire. Per quanto riguarda lo specifico problema del ruolo dell'epidemiologia nel diritto penale, le Sezioni Unite, pur senza prendere *ex professo* posizione sul tema⁷, mostrano di condividere la limitazione considerazione dell'evidenza epidemiologica cristallizzata dalla formula del "serve ma non basta".

Il modello euristico delineato nel 2002 alla Cassazione consente sì al giudice di utilizzare le leggi epidemiologiche nel giudizio di accertamento causale, in quanto anche leggi scientifiche dal (basso) contenuto probabilistico come quelle dell'epidemiologia possono venire in considerazione nel giudizio sulla causalità generale (viene quindi respinto l'indirizzo "estremo" del 100%); ma per affermare il nesso causale è altresì necessario escludere che, in relazione alla singola patologia, siano disponibili *spiegazioni alternative* della sua insorgenza, così da fornire una *prova individualizzante* che l'aumento del rischio descritto dall'evidenza epidemiologica si sia effettivamente tradotto in un evento lesivo imputabile all'esposizione.

2.4) Almeno in termini di principio, dopo *Franzese* non vi è più sentenza di merito o di legittimità che affermi la possibilità di accertare il nesso causale sulla base del solo parametro epidemiologico dell'aumento del rischio (per il singolo esposto) di contrarre la patologia, senza passare da un esame *ex post* della riconducibilità dell'insorgenza della *singola* malattia proprio all'esposizione, e non ad altri fattori di rischio.

La sentenza della Cassazione *Cozzini* del 2010, in materia di patologie correlate all'inhalazione di *amianto*, costituisce la più lucida e compiuta esposizione del modello di accertamento eziologico oggi adottato in sede di legittimità e del ruolo che riveste al suo interno la conoscenza epidemiologica⁸. Se (come accade pressoché inevitabilmente) l'evidenza epidemiologica di una correlazione sostanza-patologia ha contenuto probabilistico lontano dal 100%, anche quando tale relazione risulti scientificamente accertata oltre ogni ragionevole dubbio a livello di *causalità generale*, per sostenere l'accertamento eziologico essa deve essere supportata da un giudizio di *alta probabilità logica* circa la riconducibilità alla sostanza del singolo evento concreto (*causalità individuale*).

E' chiaro come tale modello di accertamento causale renda assai gravoso il compito dell'accusa. Quando la patologia da imputare abbia *natura multifattoriale* (come la grandissima maggioranza della patologie oncologiche), oppure quando, pur trattandosi di patologie monofat-

⁴ Trib. Venezia, 2.11.2001, Cefis, in *Cass. pen.*, 2003, p. 267 ss.

⁵ Le nuove tendenze giurisprudenziali in materia di accertamento causale trovano per la prima volta espressione nel settore della responsabilità medica (cfr. Cass. 28.9.2000, Baltrocchi; Cass. 29.11.2000, Musto; Cass. 29.11.2000, Di Cintio, tutte in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 277 ss., con nota (adesiva) di F. CENTONZE, *Causalità attiva e causalità omissiva: tre rivoluzionarie sentenze della giurisprudenza di legittimità*, 2001, p. 289 ss.), per poi estendersi al settore dell'esposizione professionale a sostanze tossiche: cfr. in particolare Cass. 13.2.2002, Covili, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 737 ss., con nota (adesiva) di F. D'ALESSANDRO, *La certezza del nesso causale: la lezione 'antica' di Carrara e la lezione 'moderna' della Corte di Cassazione sull'oltre ogni ragionevole dubbio*, p. 743 ss., e in *Foro it.*, 2002, II, 289 ss., con nota (critica) di G. FIANDACA.

⁶ Cass. S.U. 10.7-10.9.2002, Franzese, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 1133 ss., le cui argomentazioni si mostrano debitorie di quanto sostenuto in dottrina da O. DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 634 ss. e M. DONINI, *La causalità omissiva*, cit.

⁷ Si ricordi che la sentenza aveva ad oggetto un caso di responsabilità medica, e non di malattie professionali, e la conoscenza scientifica su cui nel caso concreto si basava l'accertamento non aveva natura epidemiologica.

⁸ Cass., sez. IV, 17.9.2010, Cozzini, n. 43786.

toriali (come il mesotelioma oggetto della sentenza *Cozzini*), l'imputato sia responsabile solo di una *frazione temporale* dell'esposizione (perché nel corso della vita lavorativa della vittima si sono succeduti più soggetti ai vertici dell'impresa), il pubblico ministero, dopo aver provato la correlazione epidemiologica tra la sostanza e la patologia in questione, si troverà nella imperiosa situazione di dover altresì dimostrare che il singolo evento patologico non sia addebitabile ad un fattore di rischio diverso da quello lavorativo (esempio classico è il fumo di sigarette per il tumore al polmone), oppure che il protrarsi dell'esposizione abbia accelerato l'insorgenza della singola patologia (nel caso di successione nel tempo dei soggetti responsabili per l'esposizione).

Nelle sentenze (soprattutto di merito) che pervengono comunque ad una decisione di condanna, tali problemi vengono superati mediante il ricorso alla categoria delle *concause*. Quelle che le difese allegano come spiegazioni alternative dell'evento (il fattore di rischio estraneo all'attività lavorativa, in un caso; le prime fasi di esposizione lavorativa, nell'altro), vengono interpretate dal giudicante come concause, che hanno interagito con l'esposizione addebitabile all'imputato e sono da ritenersi *conditiones sine quibus non* dell'evento concreto, in quanto hanno abbreviato il termine di latenza o hanno aggravato il quadro patologico.

Più ancora che la nozione dogmatica di causalità, risulta poi spesso decisiva la ricostruzione del *dato scientifico* cui il giudice intenda aderire. Specie in materia di malattie asbesto-correlate, è frequente che le *questioni più dibattute* nel corso del processo siano quelle *scientifiche* relative agli effetti dell'amianto sull'insorgenza delle singole patologie. Il problema più ricorrente è se il *mesotelioma* pleurico (la patologia oncologica più comunemente associata all'amianto) sia una malattia *dose-dipendente* (cioè se il decorso della malattia è influenzato dalla durata dell'esposizione) oppure *dose-indipendente* (cioè se, una volta avvenuta la prima esposizione all'amianto, il decorso della patologia non è influenzato dal protrarsi dell'esposizione): aderire alla prima tesi significa ritenere possibile l'imputazione dell'evento concreto (la malattia come si è *hic et nunc* verificata) anche a soggetti responsabili di periodi di esposizione successivi al primo, aderire alla seconda comporta al contrario l'assoluzione dei responsabili delle esposizioni più recenti.

Il tema è lontano dall'aver trovato uno stabile punto d'approdo in giurisprudenza. Al momento in cui si scrive (settembre 2014) sono in corso – in tutti i gradi di giudizio, e presso Corti di ogni parte della penisola – decine di processi per omicidio o lesioni colpose in relazione a malattie di origine lavorativa, in grandissima parte legate all'amianto. Il modello elaborato dalla sentenza *Cozzini* è alla base di moltissime sentenze di assoluzione; ma non mancano decisioni che, giocando sull'ampiezza semantica del criterio dell'*alta probabilità logica*, pervengono comunque a condannare, ritenendo accertata la causalità individuale anche in relazione a patologie di natura oncologica e multifattoriale.

In questa sede non abbiamo spazio per soffermarci oltre su tali questioni⁹. In ogni caso – ed è questa la sola questione che qui ci interessa puntualizzare – l'evidenza epidemiologica che la sostanza ha provocato un *eccesso di mortalità* negli esposti *non basta*, secondo il modello individualizzante adottato in giurisprudenza dalla sentenza *Franzese* in poi, per ritenere provato il nesso causale rilevante ai fini dell'accertamento dei reati di omicidio o lesioni.

3. La contestazione di reati dolosi di pericolo contro l'incolumità pubblica (disastro doloso).

3.1. La posizione della giurisprudenza.

⁹ Per una ricostruzione di tali problematiche, cfr. *ex multis*, e senza alcuna pretesa di completezza, R. BARTOLI, *La responsabilità penale da esposizione dei lavoratori ad amianto*, in *Dir. Pen. Cont.*, 25 gennaio 2011; ID., *Causalità e colpa nella responsabilità penale per esposizione dei lavoratori ad amianto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 597 ss.; ID., *La recente evoluzione giurisprudenziale sul nesso causale nelle malattie professionali da amianto*, in *Dir. Pen. Cont.*, 22 luglio 2014; S. CAVALLINI - L. PONZONI, *La responsabilità penale da esposizione dei lavoratori ad amianto: il diritto penale tra conservazione, tensione e trasfigurazione di causalità e colpa*, in *Ind. pen.*, 2013, p. 144 ss.; F. CENTONZE, *Il problema dell'accertamento del nesso di causalità tra esposizione professionale ad amianto e mesotelioma pleurico*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, p. 1523 ss.; M. FONTANELLA, *L'accertamento del nesso causale tra condotta del datore di lavoro ed evento morte per mesotelioma maligno: linee di un'evoluzione giurisprudenziale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, p. 1537 ss.; S. ZIRULIA, *Ancora oscillazioni nella giurisprudenza di legittimità sulle "morti da amianto"*, in *Dir. Pen. Cont.*, 11 ottobre 2012.

3.1.1) Negli ultimi anni la giurisprudenza di merito ha iniziato a percorrere una strada diversa da quella appena descritta, attribuendo rilievo all'evidenza epidemiologica non più nella prospettiva di accertare nessi causali singolari rilevanti per le fattispecie di omicidio o lesioni, ma come base probatoria su cui fondare l'accertamento di un *pericolo per l'incolumità pubblica*, rilevante per l'integrazione dei delitti (dolosi) contro tale bene giuridico.

Il *leading case* di questo nuovo indirizzo, sul quale vale ora la pena soffermare l'attenzione, è senza dubbio il procedimento celebrato in primo e secondo grado presso gli uffici giudiziari di Torino in relazione al cd. *caso Eternit*.

Il compendio probatorio su cui si è fondato tale processo è comune, per quanto qui di interesse, a quello dei procedimenti "classici" descritti al paragrafo precedente: diverse e convergenti consulenze epidemiologiche attestavano, tra coloro che avevano lavorato o abitato nelle vicinanze degli impianti facenti parti del gruppo Eternit (il più grande produttore di amianto nella storia industriale del nostro Paese), un drammatico *aumento di incidenza* di diverse patologie di cui è nota la correlazione con l'esposizione ad amianto (*in primis* mesotelioma pleurico e carcinoma polmonare).

Invece di imputare ai responsabili dell'esposizione, come di consueto in questo tipo di processi, i delitti di omicidio o lesioni colpose in relazione alle singole vittime, la pubblica accusa ha deciso per la prima volta di contestare i reati di *disastro doloso* e di *omissione dolosa di cautele* sul lavoro. L'intento della Procura torinese era chiaro.

Adottare la soluzione tradizionale avrebbe comportato la necessità di provare la derivazione causale dall'amianto di ciascuna delle centinaia di decessi che, secondo le risultanze delle consulenze epidemiologiche, erano riferibili alla sostanza: un processo lunghissimo e defaticante all'esito del quale, anche qualora esso si fosse concluso con l'accertamento causale in relazione ad almeno alcune delle vittime, sarebbe stato concreto il rischio di una dichiarazione di estinzione del reato per prescrizione, almeno per le morti meno recenti¹⁰. Nel capo di imputazione, allora, l'eccesso di mortalità addebitabile all'amianto non si traduce nella contestazione di tante fattispecie di omicidio quante sono le vittime dell'amianto, ma viene utilizzato al solo fine di ritenere integrata la *circostanza aggravante speciale* del delitto di omissione dolosa di cautele sul lavoro (art. 437 co. 2 c.p.) e di disastro doloso (art. 434 co. 2 c.p.).

Si contestano, in altri termini, *reati di pericolo contro l'incolumità pubblica*, in relazione ai quali *non è necessaria* la prova della *causalità individuale* circa le singole patologie, bastando la prova scientifica (nel caso di specie inconfutabile) che la sostanza (l'amianto) è *pericolosa per la salute pubblica*; dal momento però che gli studi epidemiologici condotti sulla popolazione degli esposti hanno evidenziato non solo un pericolo per gli esposti, ma altresì un significativo *eccesso di mortalità* per tutte le principali patologie asbesto-correlate, nel capo di imputazione l'elenco nominativo di tutte le persone decedute o ammalatesi per tali patologie si traduce nella contestazione del delitto di cui all'art. 437 nella forma *aggravata* per essersi verificata una *pluralità di eventi* di malattia-infortunio¹¹, e di cui all'art. 434 nella forma *aggravata* dalla *verificazione del disastro* (consistente, stando all'imputazione, nella diffusione dell'amianto nell'ambiente e nelle morti da questo causate nella popolazione)¹².

3.1.2) La *sentenza di primo grado*¹³, che perviene ad una decisione di condanna in relazione ad entrambi i reati contestati, mostra di *condividere l'impianto accusatorio*, pur non mancando alcune significative prese di distanza in relazione al tema (qui unicamente oggetto di analisi) del ruolo attribuito all'evidenza epidemiologica nel giudizio di responsabilità penale.

Quanto all'art. 437 c.p., la differenza rispetto al capo di imputazione consiste nella qualificazione della fattispecie di cui al secondo comma non già come ipotesi circostanziata del

¹⁰ Per questa considerazione, cfr. S. ZIRULIA, *Caso Eternit: luci ed ombre nella sentenza di condanna in primi grado*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 489.

¹¹ Così testualmente recita il capo di imputazione relativo all'aggravante di cui all'art. 437 co. 2: "con l'aggravante che dal fatto *derivano più casi di malattia infortunio* in danno di lavoratori addetti presso i suddetti stabilimenti ad operazioni comportanti esposizione incontrollata e continuativa ad amianto, e deceduti o ammalatisi per patologie riconducibili ad amianto, e, in particolare (segue elenco di centinaia di lavoratori morti o malati)".

¹² Così l'imputazione rispetto all'art. 434 co. 2: "con l'aggravante che il disastro è avvenuto, in quanto l'amianto è stato immesso in ambienti di lavoro e in ambienti di vita su vasta scala e per più decenni mettendo in pericolo e danneggiando la vita e l'integrità fisica sia di un numero indeterminato di lavoratori sia di popolazioni e *causando il decesso* (corsivo nostro) di un elevato numero di lavoratori e di cittadini, e, in specie, delle seguenti persone" (segue un elenco di più di 2000 nominativi di soggetti ammalati o deceduti per patologie correlate all'amianto).

¹³ Trib. Torino, 13 febbraio 2012, Pres. Casalbore, imp. Schmidheiny e altro con nota di L. MASERA, [LA SENTENZA ETERNIT: UNA SINTESI DELLE MOTIVAZIONI](#), in *Dir. Pen. Cont.*, 30 maggio 2012,

reato-base, ma come autonoma fattispecie delittuosa; mentre il reato di cui al primo comma è un reato di pericolo, quello del secondo comma secondo il Tribunale è un *reato d'evento* (l'evento è la malattia-infortunio¹⁴), e si configurano tanti reati ex art. 437 co. 2 c.p. quanti sono gli infortuni-malattia che si sono verificati tra i lavoratori: senza necessità di procedere all'accertamento eziologico sui singoli soggetti malati, il *dato epidemiologico* circa la correlazione tra amianto e determinate patologie *basta* dunque per condannare *per reati d'evento*, e non solo – come nell'impianto accusatorio – per un reato di pericolo aggravato dall'evento.

Decisamente minore è il ruolo giocato dall'evidenza epidemiologica dell'eccesso di mortalità nel giudizio relativo all'art. 434 c.p. Riprendendo i requisiti della *nozione di disastro* fissati dalla giurisprudenza di legittimità e costituzionale ("evento distruttivo di proporzioni straordinarie, che ha provocato un pericolo per la vita o per l'integrità fisica di un numero indeterminato di persone"), il Tribunale ritiene di riscontrare gli elementi di tale nozione nella *contaminazione ambientale* dovuta alle fabbriche di Eternit, ed il dato dell'*eccesso di mortalità* serve solo per ritenere, quasi come *obiter dictum*, che "nel caso in esame non si è verificato soltanto il grave ed immane pericolo per l'incolumità e la salute di un numero indeterminato di persone, di per sé già sufficiente a qualificare come disastro l'avvenuta contaminazione ambientale, perché nel nostro caso il disastro ambientale ha prodotto una *serie veramente impressionante di danni alle persone* in tutti i siti coinvolti".

La circostanza che non siano stati oggetto di accertamento i singoli nessi causali, ma la condanna sia stata fondata solo su studi di popolazione, non è infine d'ostacolo per il Tribunale al riconoscimento del *risarcimento del danno* non solo agli enti esponenziali (enti territoriali, sindacati, ong), ma anche alle *singole persone offese*, cui si perviene valorizzando la differenza di standard probatorio tra il giudizio di responsabilità penale, che richiede la prova oltre ogni ragionevole dubbio, e quello di *responsabilità civile*, ove vige la regola di giudizio del "*più probabile che non*", rispetto alla quale l'aumento del rischio per il singolo, testimoniato dall'evidenza epidemiologica, può reputarsi sufficiente per la concessione del risarcimento.

3.1.3) La *sentenza d'appello*¹⁵ contiene, sempre in relazione allo specifico tema che qui interessa, diverse novità di rilievo. In relazione all'art. 437, la Corte afferma, all'esito di un'articolata argomentazione cui qui non vi è nemmeno lo spazio per accennare, che la fattispecie di cui al co. 2 configura un'ipotesi circostanziata, e non un reato autonomo; si tratta allora di un *reato di condotta, aggravato dalla verifica dell'evento*, e la condotta tipica è quella omissiva descritta al primo comma, che è cessata quando l'ultimo stabilimento è stato chiuso, nel 1986: il reato viene dunque dichiarato *prescritto*.

Di particolare interesse ai nostri fini è la motivazione relativa al disastro. La sentenza d'appello reputa che tale nozione non si esaurisca, come aveva ritenuto la decisione di primo grado, nella contaminazione ambientale (cd. *immutatio loci*), cui aveva fatto seguito un pericolo per la salute pubblica; secondo la sentenza, "un'altra *componente essenziale dell'evento di disastro* oggetto del presente procedimento¹⁶ è rappresentata dall'*eccezionale fenomeno di natura epidemica* che il capo di imputazione assume essersi verificato durante un lungo lasso di tempo". L'*eccesso di mortalità e morbidità* (che la sentenza definisce "fenomeno epidemico") non rappresenta dunque più, come si desumeva dalla decisione di primo grado, una mera conseguenza ulteriore del disastro, irrilevante ai fini della qualificazione giuridica dei fatti, ma è a tutti gli effetti un *elemento costitutivo* dell'evento-disastro, in cui si sostanzia la fattispecie contestata¹⁷. In relazione all'evento così descritto andrà poi accertata la *relazione causale*, secondo il tradizionale *processo di eliminazione mentale*; a differenza dal consueto, però, oggetto dell'indagine eziologica non sono più i singoli eventi patologici, ma l'*evento* costituito dall'*eccesso di patologie*, ed in relazione a tale evento le indagini epidemiologiche sono sufficienti ai fini dell'accertamento

¹⁴ Per la nozione di malattia-infortunio adottata dalla giurisprudenza di legittimità a partire da Cass., Sez. I, 9.7.1990, Chili, n. 2639, cfr. per tutti S. CORBETTA, *Art. 437*, in *Codice penale commentato*, E. DOLCINI - G. MARINUCCI (a cura di), III ed., 2011, p. 4489.

¹⁵ C. app. Torino, 3.6.2013 (dep. 2.9.2013), con nota di S. ZIRULIA, *Processo Eternit: a che punto siamo?* in *Dir. Pen. Cont.*, 18 novembre 2013.

¹⁶ La sentenza reputa il secondo comma dell'art. 434 una fattispecie autonoma, di cui è appunto elemento costitutivo la verifica dell'evento-disastro: per l'articolata argomentazione a sostegno di tale qualificazione, cfr. p. 471 ss.

¹⁷ "Il fenomeno epidemico non rientra tra gli effetti del disastro ma è, al contrario, insieme con l'*immutatio loci*, uno degli elementi che concorrono ad integrare l'evento del reato (...) considerare il complesso delle patologie insorte in un lungo arco di tempo un mero effetto dell'evento, anziché un elemento di esso, oltre ad essere inappropriato sul piano logico, ne tradisce l'essenza sul piano ontologico. Infatti, come premesso, l'evento del reato contestato di identifica con il fenomeno epidemico e questo non può che necessariamente manifestarsi attraverso la sua proiezione nel tempo": p. 328 ss.

causale (in sentenza si usa al riguardo la terminologia di *causalità collettiva*)¹⁸.

La ridescrizione dell'evento-disastro risulta decisiva anche ai fini dell'individuazione del *tempus commissi delicti*. La sentenza di primo grado, che aveva individuato il disastro solo nell'*immutatio loci* consistente nella diffusione delle polveri al di fuori degli impianti, aveva ritenuto prescritto il reato in relazione agli stabilimenti in cui tale diffusione era legata allo svolgimento dell'attività produttiva (cessata sin dagli anni Novanta) ed aveva condannato solo per il disastro relativo ai due stabilimenti (Casale Monferrato e Cavagnolo) dove i residui di amianto erano stati utilizzati nella costruzione di strade ed abitazioni, e dunque la popolazione risultava tuttora esposta al contatto con le polveri nocive (il Tribunale parla in questi casi di *disastro perdurante*, considerando il reato ancora in fase di consumazione). Per la Corte d'appello, invece, il *disastro* è costituito anche dal "*fenomeno epidemico*", per cui il reato è da ritenersi ancora perdurante in relazione a tutti e quattro gli stabilimenti oggetto del processo, il termine di prescrizione iniziando a decorrere solo "nel momento in cui l'eccesso numerico dei casi di soggetti deceduti o ammalati rispetto agli attesi, specificamente rilevato dalle indagini epidemiologiche, sarà venuto meno".

Diverse sono, infine, le conclusioni della decisione d'appello in ordine alle statuizioni civili. Secondo la Corte, dal momento che le singole morti e lesioni non rappresentano elementi costitutivi dei reati contestati, "i danni ad esse conseguenti non possono considerarsi danni *ex delicto* risarcibili in questa sede", tanto più che la condanna al *risarcimento per i singoli eventi* avrebbe richiesto "un accertamento in termini di *causalità individuale*, non pertinente all'oggetto di questo processo, che è rappresentato da un fenomeno unitario, riferibile a gruppi di persone e non ai singoli individui che compongono tali gruppi, e la cui incidenza è stata rilevata e studiata attraverso l'applicazione del diverso concetto di *causalità collettiva*". A tutte le persone offese, malate e non, viene però risarcito il cd. *danno da esposizione*, derivante dal mero contatto con le fibre di amianto, a prescindere dallo sviluppo o meno di una patologia ad esse correlata.

3.1.4) Abbiamo dedicato così ampio spazio alle decisioni torinesi sul caso Eternit, perché sono le prime (a quanto ci risulta) in cui la scelta della sussunzione dell'evidenza epidemiologica in delitti contro l'incolumità pubblica sia stata ampiamente motivata.

In attesa che tra pochi mesi la Cassazione valuti la legittimità della decisione della Corte d'appello torinese, l'opzione per tale qualificazione è stata adottata da altre Procure, che sulla sua base hanno aperto diversi procedimenti (non ancora giunti a dibattimento), alcuni di enorme impatto mediatico.

Il caso più eclatante è quello relativo al polo siderurgico di Taranto. All'esito di una *perizia epidemiologica* disposta in sede di incidente probatorio, era emerso un rilevante *aumento di incidenza di diverse patologie* tra coloro che abitavano in alcuni quartieri della città adiacenti all'enorme impianto industriale ed erano quindi particolarmente esposti alle sue emissioni nocive (si tratta dei una delle acciaierie più grande d'Europa, di estensione pari al doppio della superficie dell'intera città di Taranto!). Sulla base di tale materiale probatorio, nel luglio 2012 la Procura tarantina ha chiesto ed ottenuto dal GIP il *sequestro di interi settori dell'impianto* (oltre che la custodia cautelare per i proprietari ed i gestori dello stesso), ritenendo che l'accertamento tecnico effettuato ponesse in evidenza la commissione dei reati già contestati a Torino in relazione all'amianto (disastro doloso e omissione dolosa di cautele sul lavoro)¹⁹.

Molto simile la vicenda anche essa molto nota di una grande centrale elettrica a Vado Ligure. Nel marzo 2014 la Procura di Savona – sulla base di una consulenza epidemiologica da cui risultava che centinaia di persone, negli anni dal 2000 al 2007, erano morte per patologie causalmente riconducibili alle emissioni dell'impianto – ha ottenuto dal GIP il sequestro dello stesso e l'interruzione di una parte consistente dell'attività produttiva, ritenendo configurarsi

¹⁸ "Le leggi epidemiologiche, quindi, non sono, per solito, da sole considerate sufficienti a giustificare il riconoscimento del nesso di causalità con riferimento agli eventi che concernono gli individui, essendo soltanto idonee a fondare un giudizio di probabilità, ma lo sono, invece, con riferimento ai gruppi di persone che si considerano rappresentativi delle popolazioni prese in esame dalle indagini epidemiologiche" (p. 323); "se fossero eliminate mentalmente le condotte degli imputati che hanno contribuito alla diffusione dell'amianto negli ambienti di lavoro e all'esterno di essi, la messa in pericolo delle popolazioni prese in esame dalle indagini epidemiologiche dovrebbe essere esclusa (o meglio, dovrebbe, in tal caso, essere esclusa la quota parte della complessiva messa in pericolo addebitabile alla loro condotta)" (p. 325).

¹⁹ Per una sintesi delle complesse vicende legate alla vicenda tarantina, cfr. il lavoro di S. PALMISANO, *Del "diritto tiranno" – Epitome parziale di un'indagine su cittadini già al di sopra di ogni sospetto*, in corso di pubblicazione su *Quest. giust.*

nell'aumento di mortalità i medesimi reati di pericolo contro l'incolumità pubblica ipotizzati a Torino ed a Taranto²⁰.

Queste ed altre vicende simili sono al centro, come noto, di un intenso dibattito pubblico sulla legittimità di un intervento della magistratura penale così invasivo da permettere in sede cautelare la sospensione di attività produttive che danno lavoro, come nel caso di Taranto, addirittura a migliaia di persone. Proprio la vicenda tarantina ha portato ad uno scontro durissimo tra l'autorità giudiziaria ed il Governo, che ha adottato ben due decreti-legge (poi convertiti in legge dal Parlamento) per consentire la prosecuzione dell'attività, nonostante il provvedimento di sequestro emesso dalla magistratura; i giudici tarantini hanno sollevato questione di legittimità dell'intervento legislativo di fronte alla Corte Costituzionale, che ha respinto la questione ritenendo legittimo il bilanciamento operato dal potere legislativo tra l'interesse alla salute pubblica e lo svolgimento di un'attività produttiva strategica nel contesto locale e nazionale²¹.

Nonostante dunque i procedimenti che hanno ripreso la qualificazione giuridica dell'aumento di mortalità formulata per la prima volta a Torino abbiano avuto un fortissimo impatto mediatico ed abbiano sollevato una infinità di commenti, da un punto di vista strettamente processuale la *fase* in cui tali procedimenti si trovano è ancora alquanto *preliminare*. A Taranto, ad esempio la Procura ha solo formulato le richieste di rinvio a giudizio, che saranno discusse nell'udienza preliminare che inizierà a settembre e durerà presumibilmente diverse settimane (se non mesi); a Savona siamo in una fase ancora più preliminare, non avendo la Procura ancora proceduto ad emettere la richiesta di rinvio a giudizio.

Lo fase ancora cautelare dei procedimenti ha come conseguenza che il tema della qualificazione giuridica dell'evidenza epidemiologica, che a noi qui interessa e la cui soluzione sarà decisiva nello svolgersi del processo, non sia stato oggetto sinora di una trattazione approfondita paragonabile a quella delle sentenze torinesi, che vengono infatti prese a riferimento dagli estensori dei provvedimenti che dispongono i sequestri.

Per quanto riguarda il procedimento di Taranto, il provvedimento in cui la questione del rilievo dell'epidemiologia è sviluppata in modo più disteso è quello del Tribunale del riesame del 7 agosto 2012²². In ordine al delitto di cui all'art. 434 co. 2, il Tribunale ripercorre le cadenze della sentenza torinese di primo grado, ritenendo integrato l'*evento-disastro* dalla *dispersione nell'ambiente di fumi nocivi* e dalla contaminazione di terreni ed acque circostanti, in modo da cagionare un rilevante pericolo per la salute pubblica; gli *eventi di morte o lesioni* attribuiti dalla perizia epidemiologica all'inquinamento ambientale *non sono elementi strutturali del reato* contestato, e non ne deve quindi essere provata dall'accusa la derivazione causale, risultando "indicati nella contestazione esclusivamente per *mera finalità descrittiva* dell'entità del disastro ambientale in oggetto". Anche in relazione al reato di cui all'art. 437, contestato nella forma aggravata dalla verifica di un disastro, il dato dell'*eccesso di mortalità* viene valorizzato *solo a conferma della gravità del disastro*, che consiste nella dispersione di polveri pericolose per la salute, a prescindere dai danni effettivamente seguiti a tale dispersione.

Il provvedimento di sequestro del Tribunale di Savona aderisce invece all'impostazione della sentenza d'appello torinese. L'*evento-disastro*, la cui causazione è contestata agli imputati ex art. 434 co. 2, è composto di *due elementi*: il "*danno ambientale*", rappresentato dalla massiccia diffusione di polveri nocive, ed il "*danno alla salute*", inteso quale "significativo aumento della morbidità e mortalità". Dunque, *l'eccesso di patologie è elemento costitutivo del reato*, e ne deve essere provata la derivazione causale dalla condotta degli imputati, secondo lo schema di accertamento eziologico tracciato dalla sentenza *Franzese*, trattandosi però di provare la causalità non rispetto alle singole patologie, ma rispetto all'eccesso di morbidità, *l'evidenza epidemiologica* è da sola in grado di condurre "alla *certezza processuale del nesso di causalità* tra l'evidenziato aumento e l'esercizio della centrale, attese, da un lato, la sussistenza di un collegamento scientificamente certo delle patologie riscontrate con le emissioni della centrale, e, dall'altro, la radicale implausibilità di tutte le possibili spiegazioni alternative".

²⁰ Trib. Savona, 11.3.2014, con scheda di S. ZIRULIA, *FUMI DI CIMINIERE E FUMUS COMMISSI DELICTI: SEQUESTRAITI GLI IMPIANTI TIRRENO POWER PER DISASTRO "SANITARIO" E AMBIENTALE* in *Dir. Pen. Cont.*, 8 maggio 2014.

²¹ Per una puntuale ricostruzione di tali vicende, cfr. ancora S. PALMISANO, cit.

²² Trib. riesame Taranto, 7.8.2012, inedita.

3.2.

Le critiche della dottrina.

Il quadro che si delinea in *giurisprudenza* è dunque ancora molto *incerto*. La tesi innovativa proposta dalle sentenze torinesi su Eternit riguardo al rilievo dell'eccesso di mortalità a titolo di disastro (doloso) ha sinora riscosso successo in diverse altre decisioni di merito, che tuttavia, per la loro natura cautelare, si sono limitate a motivare in conformità alle sentenze torinesi di primo e di secondo grado, senza aggiungere nulla di significativo alla discussione in materia. L'imminente decisione della Cassazione proprio sul caso Eternit sicuramente contribuirà a fare chiarezza sulla legittimità della nuova qualificazione, anche se è difficile che una sola decisione della Cassazione, specie se non a sezioni unite, possa orientare in maniera definitiva quello che si preannuncia un dibattito in futuro assai acceso.

In *dottrina*, le sentenze torinesi sul caso Eternit sono state sottoposte dai primi commentatori ad una serie di *argomentazioni critiche*, che andremo ora rapidamente ad analizzare e sviluppare, partendo da quelle relative all'art. 434 c.p. (disastro doloso), e passando poi a quelle riguardanti l'art. 437 (omissione dolosa di cautele sul lavoro).

3.2.1) La prima perplessità sollevata dalla dottrina riguarda la legittimità di ricondurre le ipotesi di cd. *disastro ambientale* al paradigma *oggettivo* dell'art. 434: questione non nuova ed estranea al tema qui oggetto di specifica attenzione, ed alla quale è possibile quindi ora limitarsi ad un rapido accenno.

Come noto, nel 2008 la Corte Costituzionale, in una sentenza invariabilmente ripresa da tutta la giurisprudenza ordinaria successiva, ha individuato due requisiti del disastro: "sul piano dimensionale, un *evento distruttivo* di proporzioni straordinarie, anche se non necessariamente immani", che abbia cagionato "sul piano della proiezione offensiva, un *pericolo per la vita o l'integrità fisica di un numero indeterminato di persone*, senza che peraltro sia richiesta l'effettiva verifica della morte o delle lesioni di uno o più soggetti"²³.

Il problema che sorge in relazione alla riconduzione a tale nozione delle ipotesi di *disastro ambientale* concerne il primo requisito dell'*evento distruttivo*. Un ormai cospicuo orientamento giurisprudenziale ritiene integrato tale elemento intermedio tra la condotta ed il pericolo anche in ipotesi (come quella dell'emissione di fumi nocivi, o di diffusioni di polveri, o di interrimento di rifiuti tossici), in cui in realtà manca alcuna compromissione violenta della realtà materiale, in sostanza arrivando a reputare sussistente il *disastro* ogniqualvolta un'attività industriale abbia provocato un *grave pericolo per la salute pubblica*²⁴.

La sentenza torinese di primo grado (ed il capo di imputazione nel procedimento di Taranto) si colloca sulle orme di tale orientamento, reputando – come si ricorderà – il disastro integrato dalla diffusione nell'ambiente delle polveri d'amianto e dal conseguente pericolo per la salute pubblica, e considerando l'eccesso di mortalità una mera conferma di tale pericolo. La decisione della Cassazione sul caso Eternit rappresenterà allora, anche in ragione dell'importanza della vicenda, una significativa occasione per verificare se i giudici di legittimità vorranno confermare l'indirizzo attualmente dominante, o se accoglieranno le critiche mossegli da una parte della dottrina, che a tale indirizzo rimprovera una violazione del *principio di legalità*, derivante dall'aver in sostanza eliminato dalla nozione di disastro quel contenuto di *violenta ed immediata offesa alle cose*, che rappresenta il tratto comune a tutti quei disastri "tipici" (incendio, naufragio, frana, ecc.), ai quali, secondo l'insegnamento della Corte Costituzionale, è necessario invece fare riferimento per connotare in modo preciso i contorni del disastro "innominato" di cui all'art. 434²⁵.

La questione presenta profili di novità – e interessa più da vicino l'oggetto di questo lavoro – qualora, invece, si ritenga di accogliere la nozione di *disastro* fatta propria dalla sentenza

²³ C. cost., 1.8.2008, n. 327, § 6 delle considerazioni in diritto.

²⁴ Tra le sentenze di legittimità più rappresentative di tale orientamento, cfr. Cass., sez. V, 11.10.2006, Pellini, n. 40330; Cass., sez. III, 16.1.2008, Agizza, n. 9418; Cass., sez. IV, 9.3.2006, Romagnoli, n. 18974; per una recente ricostruzione critica della giurisprudenza in tema di disastro innominato, cfr. N. CECCHINI, *Attribuzione causale e imputazione colposa di un disastro*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 282 ss.

²⁵ Per una critica alla riconducibilità delle ipotesi di disastro ecologico o ambientale al paradigma dell'art. 434, cfr. in particolare A. BELL, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, in *Il libro dell'anno del diritto Treccani*, 2013, p. 171.; S. CORBETTA, *Il 'disastro' provocato dall'ILVA di Taranto, tra forzature giurisprudenziali e inerzie di legislatore*, in *Corr. mer.*, 2012, n. 10, p. 867 ss.; A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, Tomo I, 2008, p. 468 ss.; R. MARTINI, *Il disastro ambientale tra diritto giurisprudenziale e principi di garanzia*, in *Leg. pen.*, 2008, p. 350 ss.; F. VIGANÒ, cit., p. 22; a favore dell'orientamento giurisprudenziale, cfr. invece C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, 2011, p. 180.

d'appello del processo Eternit (e dal Gip di Savona), secondo cui l'eccesso di mortalità (il cd. *fenomeno epidemico*) è elemento costitutivo del disastro, insieme all'*immutatio loci* consistente nella diffusione delle polveri d'amianto. L'evento collettivo rappresentato dall'eccesso di mortalità può integrare quell'"evento distruttivo", elemento intermedio tra condotta e pericolo, che in dottrina si rimprovera alla giurisprudenza di avere eliminato dalla scena nelle ipotesi di disastro ambientale?

La risposta a tale interrogativo è a nostro avviso negativa, per una duplice ragione. Nella struttura del reato di cui all'art. 434 co. 2, l'evento "disastro" connota una modificazione della realtà che presenta caratteri di pericolosità per l'incolumità o la salute pubblica: il *pericolo* è un *elemento essenziale* della nozione di *disastro*, individuandone la proiezione offensiva nei confronti di una pluralità indeterminata di soggetti. Il dato dell'eccesso di mortalità individua invece un *danno* subito da una determinata popolazione di soggetti, il "fenomeno epidemico" altro non riscontrando che il numero di soggetti che sono morti o si sono ammalati in ragione dell'esposizione: non dunque una valutazione prognostica di pericolosità, ma il riscontro *ex post* che un danno si è verificato.

E' vero, certo, che la medesima evidenza epidemiologica che fonda l'accertamento dell'eccesso di mortalità esprime anche un pericolo per la futura salute degli esposti, ma ciò non significa che sia impossibile concettualmente distinguere tra l'aspetto *prognostico* di tale evidenza (da valorizzare nel giudizio di pericolo, come faceva già la sentenza di primo grado) e quello *retrospettivo* (il fenomeno epidemico, posto invece in evidenza dalla sentenza d'appello). L'evento dannoso rappresentato dall'eccesso di mortalità non può dunque integrare quell'"evento distruttivo" di cui parla la giurisprudenza costituzionale sul disastro, perché quest'ultimo è necessariamente connotato da un *quid* di pericolosità assente nel dato di mortalità.

Un ulteriore ostacolo alla riconduzione dell'eccesso di mortalità all'interno del concetto di disastro deriva dal *trattamento sanzionatorio* previsto per tale reato. La pena massima comminata all'art. 434 co. 2 (applicabile quando l'agente ha commesso un fatto diretto a cagionare il disastro, e questo si è effettivamente verificato) è di dodici anni; la pena massima prevista per l'omicidio colposo plurimo è di quindici anni. Se all'interno del disastro noi riconduciamo il "fenomeno epidemico" consistente nell'eccesso di mortalità, significa che nel disastro sono comprese delle morti causalmente riconducibili alla condotta dell'imputato: ma ciò conduce al risultato paradossale che chi ha dolosamente cagionato un "fenomeno epidemico", cioè una pluralità di morti, è punito meno gravemente di chi solo per colpa ha provocato la morte di più persone. I limiti edittali di cui all'art. 434 ci paiono indicare in modo inequivocabile che all'interno della nozione di disastro non possa essere sussunta la causazione di una pluralità di morti; e del resto nessuno ha mai dubitato che, qualora dal disastro fosse derivata la morte di più persone (e cioè dal pericolo per la salute pubblica si fosse giunti ad un danno per la vita di più persone), il reato di cui all'art. 434 concorresse con le fattispecie di cui agli artt. 575 o 589²⁶.

L'evento *distruttivo* di cui alla nozione di disastro *non* può dunque essere identificato nell'eccesso di mortalità, ed il problema di compatibilità con il principio di legalità sollevato dall'estromissione dell'evento intermedio tra condotta e pericolo nelle ipotesi di disastro ambientale non risulta superato dal tentativo di inserire tra gli elementi costitutivi del disastro l'eccesso di mortalità.

3.2.2) Un altro aspetto controverso di entrambe le sentenze torinesi è quello relativo all'*elemento soggettivo*: tema che esula completamente dall'oggetto del nostro lavoro, e che tuttavia merita almeno un cenno visto che rappresenta uno degli aspetti più discussi del nuovo orientamento.

Il dato testuale dell'art. 434 al riguardo è esplicito. Secondo una costante interpretazione dottrinale e giurisprudenziale, la formula legislativa "fatto *diretto* a cagionare il disastro" impone di limitare l'imputazione soggettiva del reato alle sole ipotesi di *dolo intenzionale*, connotate "dalla direzionalità della condotta a realizzare il disastro, che deve quindi porsi come lo *scopo* verso cui la condotta è orientata"²⁷. Accogliendo tale interpretazione, nelle ipotesi che qui interessano l'imputazione del disastro a titolo di dolo sarebbe stata evidentemente da esclu-

²⁶ Per l'indicazione di alcune decisioni di legittimità e di merito che riconoscono il concorso tra tali reati, cfr. S. ZIRULIA, *Il caso Eternit*, p. 488, nota 54.

²⁷ Così F. VIGANÒ, cit., p. 22; in giurisprudenza, cfr. in particolare Cass., Sez. I, 7.10.2009, Scola, n. 41306, richiamata dalla stessa sentenza del tribunale torinese.

dere, posto che può essere al più ipotizzabile un dolo eventuale o diretto, per avere inquinato nonostante la previsione in termini di certezza dell'evento-disastro, ma non è in alcun modo sostenibile che gli imputati abbiano inquinato proprio al fine di cagionare tale evento.

Per superare tale ostacolo, le sentenze torinesi ricostruiscono il dolo dell'art. 434 in modo inedito. La sentenza di primo grado ritiene, all'esito di una argomentazione che non vi è qui lo spazio per riferire, che l'espressione "fatto diretto a" vada intesa in *sensu oggettivo*, come "attitudine causale a cagionare il disastro", ed il dolo del delitto in esame possa quindi consistere in qualsiasi forma di dolo generico, ivi compreso anche il dolo eventuale (nel caso di specie, la sentenza ritiene poi configurabile il *dolo diretto*, stante la rappresentazione in termini di quasi certezza della verifica dell'evento). La sentenza d'appello segue un diverso percorso argomentativo. La Corte reputa la fattispecie di cui al secondo comma una figura autonoma di reato, e ritiene che la locuzione "fatto diretto a", contenuta al primo comma, non vada riferita anche alla figura di reato di cui al comma successivo; tale reato, di conseguenza, è compatibile con tutte le forme del dolo generico, e non con il solo dolo intenzionale.

Considerato l'oggetto di questo lavoro, non intendiamo qui prendere posizione sul tema appena riferito, limitandoci a constatare come la posizione delle decisioni torinesi sia eterodossa rispetto ad un consolidato orientamento interpretativo, e sia stata ritenuta insostenibile dall'unico autore che (a quanto ci risulta) abbia espressamente affrontato la questione²⁸.

3.2.3) Venendo ora ai profili di criticità della qualificazione *ex art. 437* (omissione dolosa di cautele sul lavoro), l'aspetto più interessante riguarda la scelta del Tribunale torinese di ritenere la fattispecie di cui al secondo comma un *reato autonomo e d'evento*, e di reputare l'evidenza epidemiologica sufficiente per condannare per tanti reati d'evento quante erano le malattie-infortunio correlate all'amianto e verificatesi tra gli esposti; opzione che, come si ricorderà, è stata poi smentita dalla sentenza d'appello, che ha proceduto ad una più tradizionale qualificazione del reato come fattispecie di condotta aggravata dall'evento.

La tesi del Tribunale torinese è stata in dottrina aspramente criticata. Un autorevole commentatore ha definito tale tentativo di fondare la responsabilità per i singoli eventi sulla base della mera evidenza epidemiologica come "il principale e più radicale attacco ai principi affermati nella sentenza delle Sezioni Unite *Franzese*, sancendo la piena equiparazione di un fattore di rischio a una causa"²⁹; altri autori hanno sottolineato come la sentenza ometta di motivare sulla base di quale ragionamento ritenga possibile pervenire all'imputazione dei singoli eventi lesivi senza in alcun modo affrontare il tema della causalità individuale, che è in effetti del tutto assente dall'apparato motivazionale³⁰.

La decisione dei giudici torinesi avrebbe senz'altro richiesto un più articolato impianto argomentativo. Come vedremo nel prossimo paragrafo, a nostro giudizio la scelta di imputare singoli eventi lesivi sulla base del solo dato epidemiologico non è affatto implausibile, ma avrebbe richiesto una ben precisa presa di posizione sulle ragioni che rendevano possibile imputare i singoli eventi lesivi senza accertare la causalità individuale.

Una volta poi che si fosse deciso di intraprendere questa strada, non si vede come si potesse evitare di ritenere sussistenti anche i reati di lesioni personali o di omicidio³¹. La sentenza risolve il problema affermando che gli eventi oggetto di imputazione sono gli infortuni (l'art. 437 co. 2 fa riferimento appunto alla causazione di infortuni), che non necessariamente comportano una malattia rilevante ai fini del reato di lesioni personali. Ma è agevole osservare come, nel caso di specie, gli infortuni siano stati intesi dalla stessa sentenza secondo l'accezione di malattia-infortunio adottata dalla giurisprudenza maggioritaria, e dunque ritenere sussistente il nesso causale rispetto all'infortunio equivallesse sotto ogni profilo a ritenere sussistente anche l'elemento oggettivo del reato di lesioni.

²⁸ Il riferimento è a F. VIGANÒ, cit., p. 22.

²⁹ Così M. DONINI, *Reati di pericolo e salute pubblica – Gli illeciti di prevenzione alimentare al crocevia della riforma penale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2013, p. 64.

³⁰ Per questa osservazione cfr. in particolare S. ZIRULIA, *Caso Eternit*, cit., p. 493, secondo cui la sentenza "lascia del tutto vuoto il quadro probatorio relativo alla cd. causalità individuale" e A. BELL, cit., p. 170.

³¹ Sottolinea come l'ascrizione causale degli infortuni comportasse le medesime difficoltà dell'imputazione degli eventi di morte o lesioni, F. VIGANÒ, cit., p. 23.

4.

La responsabilità per l'evento sulla base del solo dato epidemiologico: la tesi dell'accertamento alternativo.

4.1) Prima che giurisprudenza aprisse la strada della contestazione di reati di pericolo, in una monografia del 2007, dedicata proprio al tema dei *rapporti tra epidemiologia e diritto penale*³², abbiamo cercato di mettere in discussione la fondatezza dell'indirizzo per cui, per quanto concerne la responsabilità per i reati di omicidio e lesioni, l'epidemiologia "serve ma non basta". Non ci convinceva (e non ci convince) l'idea per cui il dato di un eccesso di mortalità, anche se scientificamente provato oltre ogni ragionevole dubbio, non sarebbe sufficiente per ritenere integrato l'elemento oggettivo del reato di omicidio; e abbiamo provato ad individuare una strada che, senza ledere i principi di garanzia affermati nella sentenza *Franzese*, consentisse di attribuire rilievo in sede penale all'evidenza epidemiologica, anche in mancanza di prova circa la derivazione causale delle singole ipotesi di decesso.

L'avvio del nostro lavoro è stata la lapalissiana constatazione che, se uno studio scientificamente affidabile afferma che l'esposizione ad un fattore di rischio ha cagionato un aumento di mortalità, ciò significa che *un certo numero di persone sono morte* in ragione dell'esposizione. La domanda che ci si deve porre, come penalisti, è allora la seguente: è possibile che, di fronte all'evidenza scientifica che un'esposizione ha cagionato delle vittime, il diritto penale non sia in grado di esprimere un giudizio di responsabilità per l'evento per la sola ragione che non è possibile accertare, all'interno del novero complessivo di esposti che hanno contratto la patologia, quali si sarebbero ammalati ugualmente, e quali invece si sono ammalati proprio in ragione dell'esposizione? Comunque, sappiamo con *ragionevole certezza* che una *certa quota* di soggetti si è ammalata ed è morta proprio a causa dell'esposizione: perché questo non può bastare ai fini del giudizio di responsabilità penale per l'evento?

La risposta che abbiamo fornito nel nostro lavoro del 2007 è che l'orientamento tradizionale non sarebbe imposto dal rispetto di inviolabili principi garantistici, ma deriverebbe piuttosto dalla difficoltà di esprimere la peculiare cifra euristica della scienza epidemiologica attraverso le tradizionali categorie dogmatiche in tema di causalità. Lo strumento concettuale capace a nostro avviso di superare questo ostacolo è quello dell'*accertamento alternativo*. Tale istituto – da lungo tempo saldamente consolidato nella dottrina e nella giurisprudenza tedesche, e quasi dimenticato invece dalla nostra letteratura – rappresenta uno strumento di *gestione del dubbio* nell'ambito del processo penale, che interviene quando, all'esito dell'istruzione probatoria, risulti *provata al di là di ogni ragionevole dubbio la colpevolezza* dell'imputato, ma permangano delle *incertezze* riguardo alla *ricostruzione del fatto* costituente reato. Contrariamente dunque a quanto d'ordinario accade nei casi di dubbio sulla ricostruzione del fatto – nei quali l'esito processuale deve essere quello dell'assoluzione dell'imputato, in applicazione del principio costituzionale della presunzione di innocenza –, in queste ipotesi si ritiene possibile (e doveroso) pervenire egualmente a una sentenza di condanna, essendosi *sicuramente esclusa l'ipotesi dell'innocenza* dell'imputato: il quale, comunque si ricostruiscano i fatti, ha *certamente commesso un reato*.

Il caso di *scuola*, deciso anche dalla nostra giurisprudenza, è quello di un soggetto che in due distinte occasioni fornisca all'autorità generalità differenti. Qualora non risulti possibile accertare la sua reale identità anagrafica, non è neppure possibile escludere con ragionevole certezza che una delle due dichiarazioni sia effettivamente vera, e dunque il giudice *non può indicare univocamente la condotta* con cui l'imputato ha realizzato la fattispecie di cui all'art. 495 c.p. ("falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sulla identità"); eppure, è certo che almeno in una occasione egli si è reso responsabile di tale reato. In una simile situazione, non vi sono perplessità (non solo in Germania, ma neppure nella nostra giurisprudenza³³, che pure non fa riferimento per risolvere il caso alla categoria dell'accertamento alternativo) circa la legittimità di una pronuncia di condanna pur in mancanza di individuazione univoca della condotta colpevole.

La categoria dell'*accertamento alternativo della vittima* (o, con formula più precisa, dell'accertamento alternativo dell'evento per quanto concerne l'individuazione della vittima) è una

³² L. MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale – Gestione del dubbio e profili causali*, 2007.

³³ Cfr. in particolare Cass., sez. V, 5.2.2004, Ali Rafour.

species del *genus* accertamento alternativo. Tanto che oggetto di accertamento alternativo sia la condotta dell'imputato, come nel caso delle false dichiarazioni appena analizzato; quanto, invece, che si accerti *in via alternativa la vittima* dell'azione delittuosa (è certo che Tizio ha cagionato la morte di un uomo, ma non sappiamo se quella di Caio o quella di Sempronio), la struttura del giudizio rimane la medesima: un'incertezza sulla ricostruzione del fatto (la vittima del reato è accertabile solo in modo alternativo, così come negli altri casi di accertamento alternativo è alternativa la determinazione della condotta colpevole), da cui però non deriva alcun dubbio né in ordine alla colpevolezza dell'imputato, né in ordine alla qualificazione giuridica della sua responsabilità.

Il tipo di accertamento fondato su *conoscenze epidemiologiche*, non accompagnate dalla prova della causalità individuale, si inquadra perfettamente, a nostro avviso, in questo schema concettuale³⁴. Il giudice che disponga di un valido studio epidemiologico può accertare *oltre ogni ragionevole dubbio* che una *quota dei soggetti* che hanno contratto quella certa patologia *non si sarebbero ammalati* in mancanza dell'esposizione; ma non può precisare – a ragione dei limiti euristici intrinseci al metodo di ricerca epidemiologico – quali soggetti abbiano contratto la malattia proprio a causa dell'esposizione, e quali invece si sarebbero ammalati ugualmente. Adottando l'approccio tradizionale su base individualizzante la soluzione non potrebbe che essere assolutoria; nella prospettiva dell'accertamento alternativo, al contrario, è legittimo condannare, a seconda dell'evento verificatosi, per omicidio o lesioni personali (qualora ovviamente ne risultino integrati gli estremi soggettivi) anche in assenza di individuazione univoca della vittima, risultando comunque *scientificamente certo* che alla condotta dell'imputato sono *causalmente riconducibili un certo numero di eventi patologici*, pari alla quota di eventi che l'evidenza epidemiologica ricollega all'effetto della sostanza (in termini tecnici, la quota di *rischio attribuibile*).

Una volta intrapresa questa strada, i *passaggi logici* che il giudice deve seguire sono quelli *consueti in materia di accertamento causale*. In primo luogo va individuata una *affidabile indagine epidemiologica* che correli in generale l'esposizione all'aumento di una (o più) determinate patologie; poi va accertato che l'aumento di incidenza della patologia a causa dell'esposizione, noto a livello generale, abbia davvero trovato riscontro nella popolazione dei soggetti concretamente esposti, *escludendo la sussistenza di possibili spiegazioni alternative* di tale aumento, e va individuata la *quota di eventi* che, sulla base di una stima prudenziale, sono attribuibili con ragionevole certezza all'esposizione. La struttura dell'imputazione causale rimane quella impostata da *Franzese* in termini bifasici (accertamento della causalità generale, prima, e della causalità nel caso concreto, poi): ciò che cambia è che *oggetto del giudizio controfattuale* non è più il singolo evento-morte, ma l'*aumento di mortalità* nella popolazione, cui l'accertamento alternativo permette di dare autonomo rilievo in sede penale.

Se delle persone sono morte a causa di una condotta umana, la qualificazione penale di tale condotta non può che essere l'omicidio, anche se non è possibile individuare per nome e cognome, ma solo in termini alternativi, le vittime attribuibili alla condotta: questa è la conclusione cui eravamo giunti nel lavoro del 2007.

4.2) La nostra tesi secondo cui l'evidenza epidemiologica può bastare per l'accertamento del nesso causale rilevante ai fini della configurazione dei reati di omicidio o lesioni ha suscitato in dottrina una *molteplicità di reazioni*³⁵, in larga maggioranza negative. Di seguito andremo ad analizzare (e a cercare di confutare) le principali obiezioni che ad essa sono state mosse,

³⁴ La strada della riconduzione dell'evidenza epidemiologica all'accertamento alternativo era stata già abbozzata dalla letteratura tedesca degli anni Settanta ed Ottanta in materia di responsabilità penale nell'attività di sperimentazione di farmaci sull'uomo: per una ricostruzione del dibattito in materia, sia consentito il rinvio a L. MASERA, *Accertamento*, cit., p. 299 ss.

³⁵ La tesi dell'accertamento alternativo della vittima è stata espressamente oggetto di discussione, per quanto riguarda la letteratura giuridica, in particolare in F. BARTOLI, *Il problema della causalità penale – Dai modelli unitari al modello differenziato*, 2010, p. 82 ss.; C. BRUSCO, *Il rapporto di causalità – Prassi ed orientamenti*, 2012, p. 212 ss.; F. D'ALESSANDRO, *Art. 40*, in *Codice penale commentato*, E. DOLCINI – G. MARINUCCI (a cura di), III ed., 2011, p. 411 s.; A. DELLA BELLA, *Il problema del nesso causale nel sistema penale e processuale*, in *Le malattie da lavoro*, C. SMURAGLIA (a cura di), 2008, p. 66 s.; O. DI GIOVINE, *Probabilità statistica e probabilità logica nell'accertamento del nesso di causalità*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2183; M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, in *Enc. dir.*, *Annali*, III, 2010, p. 703 s.; IDEM, *Il garantismo della condicio sine qua non e il prezzo del suo abbandono – Contributo all'analisi dei rapporti tra causalità ed imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 514 s.; A. GARGANI, *La 'flessibilizzazione' giurisprudenziale delle categorie classiche del reato di fronte alle esigenze di controllo penale delle nuove fenomenologie di rischio*, in *Leg. pen.*, 2011, p. 397; A. MANNA, *I rapporti tra sapere scientifico e sapere giudiziario*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 3636; A. SERENI, *Causalità e responsabilità penale*, 2008, p. 355 ss.; C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 486 ss.; F. VIGANÒ, *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *questa Rivista*, 3, 2013, p. 380 ss.; S. ZIRULIA, *Caso Eternit*, cit., p. 503 ss.

passando poi ai contributi che invece mostrano di condividere la nostra impostazione.

4.2.1) La prima critica riguarda non tanto il ragionamento giuridico che sta alla base della nostra tesi, quanto ancora a monte la possibilità di fare affidamento per un giudizio di responsabilità penale su una disciplina scientifica, come l'*epidemiologia*, che anche in relazione alle relazioni causali a livello di popolazione, e non di singoli individui, non sarebbe comunque in grado di garantire lo standard di *affidabilità* dell'oltre ogni ragionevole dubbio³⁶.

Non abbiamo ovviamente spazio in questa sede per affrontare *funditus* il tema dell'affidabilità metodologica dell'epidemiologia, in relazione al quale ci sia consentito rinviare al capitolo della nostra monografia espressamente dedicato a tale argomento³⁷. Ci pare tuttavia che questa posizione di radicale sfiducia nelle capacità euristiche di tale disciplina derivi da un fraintendimento tra l'*affidabilità della disciplina* nel suo complesso, e l'*affidabilità dei singoli studi* oggetto dei diversi processi. In tutti i procedimenti cui sinora abbiamo fatto riferimento, le difese hanno vivamente contestato l'affidabilità degli studi su cui l'accusa ha fondato i propri addebiti, come del resto avviene in quasi tutti i processi è coinvolta la conoscenza scientifica. Che, tuttavia, il metodo di indagine epidemiologico sia affidabile, è confermato dal fatto che *tutta la moderna ricerca biomedica* (dalla sperimentazione dei farmaci, alla formulazione dei protocolli terapeutici, alla valutazione di pericolosità di una sostanza) *si fonda proprio sul metodo statistico-epidemiologico*, la cui affidabilità non è da alcuno posta seriamente in discussione. Del resto, anche la giurisprudenza tradizionale ritiene di poter utilizzare le indagini epidemiologiche per l'accertamento della causalità generale, e tale operazione non sarebbe giustificabile ove tali indagini non fossero ritenute affidabili al pari delle altre discipline scientifiche.

Un conto, quindi, sono le difficoltà che si possono incontrare nel valutare se un determinato studio epidemiologico è affidabile, altro è dubitare dell'affidabilità dell'epidemiologia nel suo complesso. Il nostro ragionamento relativo all'accertamento alternativo si basa ovviamente sull'assunto che, nel caso concreto, vi sia una ragionevole certezza che lo studio su cui si basa l'evidenza dell'eccesso di mortalità sia affidabile: se tale condizione è rispettata, si può fondatamente sostenere che la *relazione causale su popolazione* sia da ritenersi accertata anche alla stregua dei rigorosi standard probatori peculiari del processo penale.

4.2.2) Un'ulteriore critica mossa alla nostra tesi consiste nel ritenere che essa surrettiziamente conduca ad uno stravolgimento del modello di accertamento causale, riproponendo gli esiti inaccettabili cui era pervenuta, in violazione dei principi di legalità e di personalità della responsabilità penale, la *teoria dell'aumento del rischio* adottata dalla giurisprudenza degli anni Novanta e definitivamente abbandonata a partire da *Franzese*³⁸.

Si tratta, per la verità, di una critica alla quale avevamo preventivamente risposto già nella monografia del 2007³⁹. L'utilizzo dell'evidenza epidemiologica per fondare la relazione eziologica in relazione al caso singolo, come faceva l'orientamento dell'aumento del rischio, comportava effettivamente l'abbandono del modello condizionalistico, che veniva sostituito con un criterio prognostico quale l'aumento del rischio. Nella nostra prospettiva, invece, il dato epidemiologico serve per accertare la relazione causale non rispetto all'evento singolo, ma rispetto all'*eccesso di mortalità*, che rileva ai fini del reato di omicidio attraverso lo strumento dell'accertamento alternativo: in relazione a questo diverso evento, il paradigma condizionalistico elaborato da *Franzese* non subisce distorsioni, perché ad una previa verifica circa l'idoneità della sostanza a cagionare certe patologie (che esauriva l'indagine eziologica nel paradigma dell'aumento del rischio), segue il riscontro che, nella concreta popolazione oggetto di analisi, la sostanza abbia davvero cagionato tale aumento, non emergendo alcuna plausibile spiegazione alternativa dell'eccesso. Non quindi una valutazione *ex ante*, ma un giudizio *ex post*, che garantisce il rispetto del principio di personalità della responsabilità penale, imputando all'autore solo la *quota* di eventi da lui sicuramente cagionati. Sul punto è molto chiara la

³⁶ Per questa osservazione cfr. in particolare A. SERENI, cit., p. 358; F. D'ALESSANDRO, cit., p. 412, secondo cui le indagini epidemiologiche possono al più "fornire un contributo in tema di formulazione di *ipotesi causali*"; F. BARTOLI, cit., p. 83 ss., che ritiene inutilizzabili le leggi epidemiologiche, perché, a differenza delle leggi statistiche utilizzabili dal giudice penale, si applicano in ipotesi "in cui non è stato possibile individuare tutte le cause possibili".

³⁷ Cfr. L. MASERA, *Accertamento*, cit., cap. 2 (*Affidabilità, metodologia e contenuto euristico delle ricerche epidemiologiche*), p. 105-178.

³⁸ Così in particolare A. GARGANI, cit., p. 397; A. MANNA, cit., p. 3636; A. SERENI, cit., p. 359.

³⁹ Cfr. cap. 6, par. 4.1, intitolato appunto *Differenze tra l'individuazione alternativa della vittima e la teoria dell'aumento del rischio* (p. 423-429).

sentenza d'appello del caso Eternit, nel passaggio che abbiamo riferito sopra: se il giudizio di eliminazione mentale proprio della *condicio sine qua non* viene riferito non all'evento singolo, ma all'eccesso di mortalità, l'evidenza epidemiologica è in grado di garantire un accertamento eziologico affidabile secondo le medesime cadenze logiche usualmente utilizzate dalla giurisprudenza post-Franzese.

4.2.3) Altre osservazioni sono più interne alla logica dell'*accertamento alternativo*. Si sostiene che tale istituto non sarebbe utilizzabile perché presuppone "la certezza che un reato sia stato commesso", mentre nel caso dell'evidenza epidemiologica tale certezza per definizione non sussiste, non essendo possibile un accertamento causale individuale⁴⁰; oppure che "non è possibile ipotizzare un'imputazione alternativa in relazione a vittime individuali, in quanto nessuna delle alternative è 'accertabile', supponendosi l'impossibilità di verifiche di casualità individuale, essendo solo epidemiologiche le spiegazioni"⁴¹.

Quanto al primo argomento, la *certezza della commissione di un reato*, che rappresenta un elemento necessario per l'applicabilità dell'istituto, deriva nel caso dell'evidenza epidemiologica dalla *certezza scientifica* che la condotta dell'imputato ha cagionato un *certo numero di morti*, anche se non univocamente individuabili: la realizzazione di un reato è certa, anche se non è possibile precisare univocamente un elemento di tale reato (la vittima), circostanza che rappresenta proprio la cifra distintiva dei casi di accertamento alternativo.

Il secondo argomento fa leva sul fatto che *nessuna delle alternative è accertabile* con ragionevole certezza, non essendo possibile stabilire l'identità delle vittime in modo univoco. L'impossibilità di accertare univocamente alcuna delle alternative è, tuttavia, proprio la *situazione-tipo* da cui scaturisce la necessità di un accertamento alternativo, tanto che nella dottrina tedesca tale elemento (l'impossibilità di provare univocamente alcuna delle alternative) rappresenta il primo requisito per l'applicabilità dell'istituto. La necessità di un accertamento alternativo sorge appunto quando sia certo che un fatto illecito sia stato commesso, ma residui un'insuperabile incertezza quanto alla ricostruzione di un elemento dell'illecito: esattamente la situazione che si verifica quando sia scientificamente certo che un certo numero di morti sono attribuibili ad un'esposizione, ma non sia possibile individuare in modo univoco le vittime riconducibili a tale esposizione.

4.2.4) Altra critica è quella relativa al paradosso che si verificherebbe ammettendo mediante il ricorso all'accertamento alternativo la legittimità di una condanna in sede penale, cui non seguirebbe la possibilità di un *risarcimento alle singole vittime*, posto che non ne risulterebbe accertata in modo univoco l'identità⁴².

Anche a tale argomento avevamo anticipato una risposta nel lavoro del 2007⁴³, ed una risposta, come abbiamo appena visto, è stata fornita nelle sentenze relative al caso Eternit. Nella nostra monografia avevamo ricordato come gli *standard di prova* per l'affermazione di responsabilità penale o civile siano *diversi* (da una parte l'oltre ogni ragionevole dubbio, dall'altra il "*più probabile che non*"), e sarebbe ben possibile che l'evidenza epidemiologica, che ai fini della responsabilità penale non è sufficiente per accertare oltre ogni ragionevole dubbio il nesso causale individuale, possa invece bastare per concedere il risarcimento in sede civile, quando l'aumento del rischio per la singola vittima renda "*più probabile che non*" la derivazione causale della sua patologia dall'esposizione: esattamente il ragionamento sviluppato dal Tribunale di Torino nella sentenza Eternit⁴⁴. La sentenza della Corte d'appello, invece, risolve il problema del mancato accertamento dei nessi eziologici individuali concedendo alle singole persone offese il risarcimento non per l'evento, ma per l'esposizione a pericolo (il cd. *danno da esposizione*).

Quale che sia la prospettiva che si preferisca adottare, il problema pare dunque agevolmente risolvibile mediante un corretto uso delle tradizionali categorie civilistiche; e comunque, l'argomento relativo alle difficoltà che l'applicazione di una categoria penalistica come l'accer-

⁴⁰ O. DI GIOVINE, cit., p. 2183.

⁴¹ M. DONINI, *Il garantismo*, cit., p. 514.

⁴² Cfr. C. BRUSCO, cit., p. 214 e A. SERENI, cit., p. 357, secondo cui ciò comporterebbe "un ineluttabile rovesciamento degli standard di garanzia, per cui all'atto pratico la condanna penale risulterebbe relativamente agevole mentre la condanna al risarcimento in sede civile praticamente impossibile".

⁴³ Cfr. cap. 6, par. 4.2, dal titolo *Accertamento alternativo della vittima e risarcimento del danno in sede civile* (p. 433-436).

⁴⁴ Riprendono adesivamente questa tesi anche F. VIGANÒ, cit., p. 25 e S. ZIRULIA, *Caso Eternit*, cit., p. 484..

tamento alternativo potrebbe provocare in sede civile di risarcimento, non può di per sé costituire un motivo per negare legittimità a tale categoria, posto che ogni settore dell'ordinamento persegue le proprie specifiche finalità e risponde alle proprie logiche interne⁴⁵.

4.2.5) Venendo ora agli *autori più aperti verso la tesi* dell'accertamento alternativo, secondo un'autorevole opinione tale istituto può effettivamente condurre a dare rilievo all'evidenza epidemiologica dell'eccesso di mortalità⁴⁶; tuttavia, tale dato non potrebbe bastare ad imputare in via alternativa la commissione di reati contro la vita o l'integrità fisica individuale, posto che "si tratterebbe di accollare eventi individuali non cagionati con certezza a qualche singolo e le regole processuali vigenti impedirebbero l'imputazione, anche senza arrivare a sostenere una violazione della responsabilità per fatto proprio", ma potrebbe servire per imputare un "*evento collettivo*" nei "*reati di comune pericolo* o di disastro conseguente al comune pericolo"⁴⁷: in sostanza, la tesi sostenuta nella sentenza d'appello torinese, che ha appunto fatto del "fenomeno epidemico" rappresentato dall'eccesso di mortalità un elemento costitutivo della nozione di disastro.

Il punto ci pare decisivo, e vi torneremo in sede di riflessioni conclusive. Una volta ammesso che l'evidenza epidemiologica è capace di fondare relazioni causali affidabili in relazione all'evento rappresentato dall'eccesso di mortalità, ciò è sufficiente per condannare per omicidio o solo per reati contro l'incolumità pubblica? Un altro autore, sviluppando la tesi appena riportata, precisa come l'imputazione per omicidio non sia possibile "perché la tipicità del reato contro la vita individuale non può prescindere dall'accertamento che la condotta dell'agente abbia avuto efficacia causale non su una serie di eventi genericamente verificatisi ma sull'evento specifico individuato e concretamente verificatosi"⁴⁸.

Di segno opposto sono invece due recenti contributi che, valorizzando come il dato dell'eccesso di mortalità significhi che *persone in carne ed ossa hanno perso la vita* proprio in ragione dell'esposizione, non vedono ostacoli alla contestazione del reato di omicidio o lesioni, visto che "le norme in materia non impongono, di per sé, l'identificazione della vittima, ma richiedono semplicemente che sia raggiunta la prova della *causazione della morte*, o di una malattia, in capo ad (almeno) una, ovvero a più persone"⁴⁹.

4.2.6) Solo un accenno, infine, ad una importante reazione che la nostra tesi ha suscitato al di fuori della letteratura giuridica.

In un libro pubblicato di recente da un *autorevole epistemologo*, esperto in particolare delle tematiche relative alla *prova giuridica*, un intero capitolo è dedicato al tema dell'accertamento alternativo⁵⁰. All'esito di una ricostruzione formalizzata con metodi logici del fondamento di tale categoria, l'autore conclude che "l'accertamento causale alternativo fotografa realisticamente un tipo di situazione di incertezza cognitiva che si presenta in modo costante e ineliminabile nella ricerca scientifica. Sarebbe errato concludere che una ricerca causale ha fallito il suo scopo semplicemente perché non si è arrivati a una piena determinazione degli effetti"⁵¹. Dal punto di vista della logica controfattuale, che è a fondamento della teoria condizionalistica, la *natura alternativa dell'accertamento non compromette l'affidabilità dell'imputazione dell'evento* alla condotta: quindi, nella prospettiva della prova giuridica, "l'accertamento di una disgiunzione di enunciati causali equiformi è sufficiente, a determinate condizioni, a provare ben precise responsabilità penali"⁵².

⁴⁵ Per questo argomento, a nostro avviso risolutivo, cfr. nella dottrina tedesca L. KUHLEN, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, 1998, p. 60 s., citato in L. MASERA, cit., p. 304.

⁴⁶ M. DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., p. 704: "A fronte di dati certi di nesso statistico-eziologico a livello di popolazione, è possibile, almeno in alcuni casi, un accertamento non individuale, ma alternativo".

⁴⁷ M. DONINI, *ibidem*: "Di fronte a reati di comune pericolo, e di danno collettivo derivatone, tale violazione non sussiste: i danni cagionati sicuramente su una popolazione fondano un evento che viene ascritto nell'ambito di un delitto di danno (*collettivo*) qualificato dal pericolo comune ad altri soggetti"; la medesima tesi viene poi ribadita in M. DONINI, *Il garantismo*, cit., p. 515.

⁴⁸ C. BRUSCO, cit., p. 214.

⁴⁹ Così F. VIGANÒ, cit., p. 25; nello stesso senso cfr. anche S. ZIRULIA, *Caso Eternit*, cit., p. 504 ss. e A. DELLA BELLA, cit., p. 67.

⁵⁰ C. PIZZI, *Diritto, abduzione, prova*, 2009, il cui capitolo VIII (p. 151-170) è intitolato *Accertamento alternativo e logica degli eventi*.

⁵¹ C. PIZZI, cit., p. 166.

⁵² C. PIZZI, cit., p. 167.

5.

Conclusioni.

5.1) Il tema di cui in questo lavoro abbiamo provato a tracciare le coordinate essenziali è oggi – con le parole di un'autorevole dottrina – “di *travolgente attualità scientifica e politico-criminale*”⁵³.

L'epidemiologia ha in effetti lanciato ormai da anni una sfida allo studioso del diritto penale. Accanto alla tradizionale nozione di causa come rapporto di condizionalità tra un agente patogeno e l'insorgere di una patologia in un singolo soggetto, l'epidemiologia ha introdotto una *nuova nozione di causa*, che riguarda i rapporti tra un fattore di rischio e l'aumento dell'incidenza di una patologia in una pluralità (una popolazione) di soggetti; ormai da più di cinquant'anni la scienza medica ha poi riconosciuto validità a tale metodo di accertamento causale, cui è pacificamente attribuita la capacità di pervenire, su base di popolazione, a risultati eziologici di sicura affidabilità.

Le categorie su cui si fonda l'imputazione giuridica sono state elaborate quando tale nozione di causa non esisteva, ed hanno difficoltà ad esprimerne il contenuto euristico. Tradizionalmente, infatti, causa significa *conditio sine qua non* di un evento singolare, a livello di popolazione è predicabile la nozione di pericolo, ma non quella di causa. L'epidemiologia invece introduce il dato dell'*eccesso di mortalità*, che esprime una *valutazione condizionalistica* non riferibile ad un singolo individuo, ma ad una *popolazione* di soggetti. Il diritto penale è in grado, senza rinunciare ai propri fondamentali principi garantistici, di inquadrare nelle proprie categorie concettuali tale nuova nozione scientifica, o il dato del danno alla popolazione, veicolato dalla scienza epidemiologica, cade al di fuori dell'area del penalmente rilevante?

5.2) Come si è già visto, la *prima risposta* a questo interrogativo arriva dalla giurisprudenza degli anni Novanta, con la teoria dell'*aumento del rischio*, ma è una risposta *sbagliata*. Le categorie dell'imputazione eziologica vengono snaturate per consentire all'evidenza epidemiologica di fondare il nesso causale in relazione all'evento singolo, quando la peculiarità euristica di tale disciplina è proprio quella di accertare le relazioni eziologiche non a livello di singoli individui, ma di popolazioni.

La *reazione* a questo indirizzo non tarda a manifestarsi, prima in dottrina, poi in giurisprudenza: la tesi per cui l'epidemiologia “*serve ma non basta*” afferma l'indiscutibile verità che tale scienza non è in grado, da sola, di condurre ad un accertamento ragionevolmente certo dei nessi causali individuali.

Ad oggi, in verità, in giurisprudenza ancora è discussa la possibilità di condanne per omicidio in relazione a patologie (come quelle legate all'amianto) per le quali la conoscenza eziologica ha natura epidemiologica. O attraverso lo strumento logico della *concausalità*, o valorizzando elementi di *natura medico-legale* legati alla situazione del singolo lavoratore, oppure più banalmente mediante un'interpretazione estensiva del (vago) criterio dell'*alta probabilità logica*, sono tutt'altro che rare le sentenze che pervengono ad accertare nessi causali singolari in relazione a patologie, come quelle tumorali, la cui eziologia allo stato delle conoscenze attuali non può essere spiegata sulla base individuale, ma solo a livello di popolazione. I principi affermati dalla Cassazione nella sentenza *Cozzini*, peraltro, sono molto chiari, ed impongono l'accertamento di *nessi causali individuali*, mediante l'eliminazione *ex post* dei decorsi alternativi rispetto al *singolo* evento patologico: o i supremi giudici procederanno nei prossimi mesi ad un *revirement* sul punto, oppure, come ritengo più probabile, i tentativi della giurisprudenza di merito di aggirare i principi della *Cozzini*, senza peraltro impegnarsi in una loro espressa confutazione, sono destinati a trovare sempre meno riscontro in sede di legittimità.

La tesi del “*serve ma non basta*”, però, pone correttamente in luce i *limiti* intrinseci al metodo epidemiologico, ma non ne coglie la peculiare capacità euristica. Affermare che l'epidemiologia non basta per accertare i nessi causali individuali è sicuramente vero, ma *trascura* di *valutare* ciò che tale scienza è in grado di accertare con *ragionevole certezza*, cioè i nessi causali su base di popolazione, in altri termini gli *eccessi di mortalità*. L'epidemiologia non accerta solo che una sostanza è pericolosa per la salute, è in grado altresì di *stimare le conseguenze* che tale sostanza ha cagionato in una certa popolazione, i morti che alla sostanza sono scientificamen-

⁵³ M. DONINI, *Reati di pericolo*, cit., p. 85.

te riconducibili con ragionevole certezza: questo fondamentale dato epistemologico scompare del tutto nella prospettiva del “serve ma non basta”, che riduce l'*evidenza epidemiologica* solo ad un *indicatore di pericolo*, trascurando che essa è invece capace anche di *formulare nessi causali* rispetto ad eventi passati, se tali eventi sono formulati a livello di popolazione.

Le categorie del diritto, dunque, secondo l'opinione tradizionale impongono di affermare che la constatazione che decine o centinaia di persone sono morte in ragione di una certa esposizione, non basta per la responsabilità penale, anche se tale derivazione causale è scientificamente certa oltre ogni ragionevole dubbio. “E' *il punto di vista del diritto penale* a dover *prevalere* e non quello epidemiologico”⁵⁴: crediamo che questa frase ben rappresenti quella che è stata per lungo tempo (e forse è ancora) la *communis opinio* della nostra dottrina giuridica in argomento.

Proprio le vicende che sono state oggetto di attenzione in questo lavoro svelano la *fragilità politico-criminale* di una tale posizione. Quando ad una popolazione viene reso noto che centinaia di decessi avvenuti tra i suoi componenti sono sicuramente addebitabili ad una certa sostanza, si crea una aspettativa di giustizia cui non è facile per la magistratura sottrarsi. Non si tratta di adottare un approccio giustizialista, che fa dell'intervento penale la panacea di tutti i mali della società. Se un imprenditore cagiona colpevolmente la morte di un singolo lavoratore, viene punito con la sanzione penale; se invece cagiona la morte di centinaia di lavoratori, che con ragionevole certezza scientifica non sarebbero morti in mancanza dell'esposizione lavorativa, la sanzione penale non può essere applicata, a meno di non individuare univocamente le vittime dell'esposizione. E' una *conclusione insensata*, che veicola un'ingiustizia insopportabile per qualsiasi operatore sociale che intenda ispirare la propria azione a criteri di razionalità. O si nega che l'epidemiologia sia già a livello astratto una disciplina affidabile, affermazione che nessuno scienziato serio sarebbe oggi disponibile a sottoscrivere; oppure bisogna ammettere che, se uno studio epidemiologico metodologicamente corretto attesta una correlazione causale a livello di popolazione tra una sostanza ed un aumento di mortalità, tale dato non può non interessare la giustizia penale.

5.3) La *giurisprudenza più recente*, che abbiamo analizzato in queste pagine, ha ritenuto di trovare lo strumento adatto a qualificare in termini penalistici tale dato euristico nei *delitti dolosi contro l'incolumità pubblica*, ma tale conclusione non ci pare soddisfacente. L'“*abito*” che tale giurisprudenza ha ritagliato per “vestire” in termini penalistici il dato dell'eccesso di mortalità è da una parte troppo stretto, dall'altra troppo largo. E' *troppo stretto* perché, da un punto di vista *oggettivo*, la qualificazione giuridica prescelta importa che all'agente venga imputata *solo* la causazione di un *pericolo* per la salute pubblica, quando l'*eccesso di mortalità* esprime la verifica di un *danno* per la vita e l'integrità fisica di un significativo numero di persone; ed è *troppo largo* perché, sotto il profilo *soggettivo*, al fine di consentire l'infrazione di pene adeguate alla gravità del fatto commesso, è stata forzata l'interpretazione del coefficiente soggettivo dei reati ritenuti applicabili.

Si è verificata una sorta di *trade-off* tra il disvalore oggettivo e soggettivo del fatto. Pensiamo ai casi Eternit o Ilva. Ciò che rende tali vicende così gravi non è tanto l'atteggiamento soggettivo particolarmente riprovevole degli imputati: il disinteresse per la salute dei lavoratori che pure si riscontra in capo agli imputati in queste vicende non è dissimile da quello dell'imprenditore che, per risparmiare sulla sicurezza di un cantiere, predisponga un sistema di sicurezza insufficiente, cagionando in questo modo la morte di un lavoratore. L'elemento che ne ha fatto dei casi emblematici è il *numero enorme di vittime* coinvolte: è il *dato oggettivo* delle centinaia di morti addebitabili all'attività d'impresa, non il coefficiente soggettivo particolarmente intenso degli imprenditori, a connotare tali vicende in termini di *eccezionale gravità*.

Nella scelta qualificatoria della giurisprudenza, però, *le morti scompaiono*, vengono citate nei capi di imputazione o nelle sentenze, ma non viene loro attribuito rilievo giuridico, perché la condanna è per reati di pericolo. Se tali reati fossero stati contestati nella loro forma colposa, si sarebbe pervenuti al risultato assurdo di processi in cui veniva accertata la derivazione causale di centinaia di morti, che si concludevano con pene lievissime (la pena massima di cui all'art. 449 è di cinque anni); per evitare tale aporia, si è depotenziato il coefficiente psicologico delle figure dolose, così da pervenire all'applicazione di pene ritenute congrue al disvalore dei fatti

⁵⁴ C. PERINI, cit., p. 495.

accertati.

5.4) L'altra soluzione in campo, al momento non ancora percorsa dalla giurisprudenza, è quella di ricondurre, mediante il ricorso all'*accertamento alternativo*, il dato dell'eccesso di mortalità alle *fattispecie contro la vita e l'integrità fisica*. L'evidenza epidemiologica attesta che un certo numero di soggetti non sarebbe morto in mancanza dell'esposizione: la qualificazione a titolo di omicidio sembrerebbe in effetti la soluzione più ragionevole, più conforme a quel "famoso *common sense* che deve sempre intravedersi dietro le costruzioni giuridiche, anche le più raffinate"⁵⁵. Eppure, né la giurisprudenza che ha voluto dare rilievo all'eccesso di mortalità, né la dottrina più aperta ad attribuire rilievo all'evidenza epidemiologica⁵⁶, hanno sinora voluto seguire questo percorso. Nelle pagine che precedono abbiamo già riportato le critiche (a nostro avviso superabili) che sono state mosse al nostro tentativo di motivare la legittimità di tale qualificazione: ora vogliamo cercare di individuare, al di là delle singole osservazioni, quelle che a nostro avviso sono le difficoltà di fondo all'accoglimento della nostra tesi.

L'idea di un'imputazione per omicidio anche in mancanza di univoca identificazione della vittima pone in discussione quelli che, a livello di pre-comprensione delle categorie giuridiche, appaiono come *due postulati*. Il primo, quello per cui la causalità può avere ad oggetto solo rapporti di consequenzialità rispetto ad eventi singolari, per quanto radicato nel comune sentire del penalista, è stato autorevolmente smentito nei suoi presupposti epistemologici, ed è già stato messo in discussione dalla stessa giurisprudenza: abbiamo visto sopra come le sentenze torinesi abbiano riconosciuto che l'irrinunciabile contenuto garantistico della *conditio sine qua non* rimanga inalterato anche qualora, all'esito di un giudizio *ex post* volto ad escludere la sussistenza di spiegazioni alternative, venga imputata la causazione non di un singolo evento, ma della quota di morti in eccesso all'interno di una popolazione.

Il secondo postulato è quello per cui la condanna per omicidio richiede l'*individuazione univoca* della vittima: senza "nome e cognome" della persona di cui è stata cagionata la morte, non è possibile condannare per omicidio. Si tratta di un vero e proprio postulato, perché sia la dottrina che la giurisprudenza ne accettano senza discussioni la fondatezza, senza in alcun modo sforzarsi di fornirne una spiegazione razionale e normativa. L'unico argomento in sostanza è che, trattandosi di norme poste a fondamento di beni individuali, è indispensabile identificare univocamente il titolare del bene offeso.

Eppure, è un argomento tutt'altro che irresistibile. Da un punto di vista normativo, le norme sull'omicidio puniscono la causazione della morte di una o più persone, ma non richiedono affatto che venga individuata l'identità della vittima. Pensiamo al caso, evocato dalla cronaca di questi mesi, di una barca di migranti che affondi nel Mediterraneo perché i trafficanti di uomini che avevano organizzato il viaggio avevano sovraccaricato il natante. Qualcuno potrebbe ragionevolmente pensare che tali soggetti non potrebbero rispondere di omicidio, a meno che non venga ricostruita l'identità delle vittime che giacciono sul fondo del mare? Qualcuno potrebbe sostenere che, pur essendoci la certezza che degli esseri umani sono morti in seguito alla condotta degli imputati, non vi è comunque responsabilità per omicidio, a meno di non poter declinare nome e cognome delle vittime?

In realtà, il preteso postulato della necessaria identificazione delle vittime nasce dal fatto che, nella normalità dei casi, se non si prova con sicurezza *chi* è stato ucciso, non è neppure possibile stabilire con certezza che *qualcuno* è stato ucciso. Ma quando, come nell'ipotesi dell'evidenza epidemiologica, vi è la certezza che una condotta ha cagionato un certo numero di vittime, non vi sono ostacoli reali alla responsabilità per omicidio: ciò che richiedono le norme sull'omicidio è che qualcuno sia morto a causa di una condotta umana, che delle persone siano state private della vita, non che sia possibile specificare l'identità delle vittime.

5.5) Per una più distesa esposizione di questi argomenti non possiamo che rinviare al nostro lavoro monografico, specie per quanto riguarda i profili relativi alla concreta prospettività in *sede processuale* della nostra tesi; ora vogliamo rapidamente avviarcì a concludere.

Nello scegliere quale strada percorrere per attribuire rilievo penale all'evidenza epidemiologica, la giurisprudenza ha scelto la *strada più facile*. E' di tutta evidenza come sia più agevole

⁵⁵ Così F. VIGANÒ, cit., p. 25, a sostegno proprio della qualificazione ora in discussione.

⁵⁶ Il riferimento è in particolare a M. DONINI, che nei diversi lavori citati sopra mostra di voler attribuire autonomo rilievo alla conoscenza epidemiologica nell'ambito dei reati contro l'incolumità pubblica, ma è fermo nel negare la legittimità di imputazioni per omicidio o lesioni.

ricondere l'eccesso di mortalità ad una figura di reato dai contorni ampi e poco definiti come il disastro, piuttosto che provare una qualificazione a titolo di omicidio, che avrebbe richiesto di mettere in discussione consolidate (per quanto a nostro avviso infondate) convinzioni riguardo ad un istituto di parte generale ad altissimo tasso di complessità come la causalità.

Eppure, soltanto la qualificazione a titolo di *omicidio* consente, nel rispetto dei principi di garanzia che stanno a fondamento di un ordinamento penale liberale, di dare al dato scientifico dell'eccesso di mortalità la sua esatta qualificazione giuridica: *non solo un pericolo* per la salute pubblica, ma *un danno alla vita* di singole persone.

Tale qualificazione avrebbe poi delle importanti ricadute garantistiche rispetto a quella operata dalla giurisprudenza. Imporrebbe innanzitutto di valutare con precisione la *quota* di morti attribuibili all'esposizione, invece di imputare, come nelle sentenze torinesi, tutte le patologie correlate alla sostanza verificatesi tra gli esposti, quando invece è noto che una certa quota di almeno alcune di tali patologie (ad esempio i tumori al polmone) sarebbe insorta anche senza l'esposizione all'amianto; e consentirebbe di applicare pene adeguate alla gravità del fatto anche qualificando la responsabilità a titolo di *colpa* (la pena massima per l'omicidio colposo plurimo, 15 anni, è superiore a quella per il disastro doloso, 12 anni), senza dover passare attraverso una pericolosa estensione dei confini della responsabilità per dolo.

Quando la scienza afferma che in una popolazione si è verificato un eccesso di mortalità a seguito di una produzione industriale, ciò non significa soltanto che si è verificato un pericolo per la salute della popolazione, ma che delle persone in carne ed ossa sono morte in conseguenza di quella produzione: il percorso necessario affinché il diritto penale riesca a sussumere tale dato scientifico all'interno delle proprie categorie ci pare ancora lontano dall'essere concluso.

VECCHIE SOLUZIONI PER NUOVI PROBLEMI NELLA FALSA ATTESTAZIONE DEL PROFESSIONISTA

Daniele Piva

ABSTRACT

Nel tentativo di allineare la risposta sanzionatoria in materia penale alla rinnovata centralità del ruolo assunto dal professionista attestatore nell'ambito delle diverse procedure di composizione negoziale della crisi d'impresa, la nuova fattispecie di falso in attestazioni e relazioni di cui all'art. 236-*bis* l. fall. sembra riproporre problemi già noti in ambito penal-societario, peraltro accentuati da una formulazione più asciutta di quella che notoriamente caratterizza i reati di false comunicazioni sociali: in particolare, rispetto alle valutazioni sulla fattibilità dei piani occorre limitare il giudizio di falsità ad un livello di manifesta irragionevolezza qualificata dallo scostamento del percorso logico-argomentativo dalle regole tecniche metodologicamente indiscusse e dalle *best practices* di riferimento, espungendo dall'incriminazione i casi di semplice negligenza senza incorrere nell'ennesimo abuso della figura del dolo eventuale.

SOMMARIO

1. Premessa: i punti nodali critici di una fattispecie "obbligata" – 2. (Segue). Un servizio di pubblica necessità privo di un falso *ad hoc*. – 3. Condotte apparentemente asimmetriche in un "gioco di specchi riflessi". – 4. Dall'attestazione di veridicità al giudizio di fattibilità: il falso valutativo secondo il criterio della "irragionevolezza qualificata". – 5. (Segue). Fattibilità *giuridica* e contenuti del piano. – 6. Conclusioni: dal dolo alla colpa, tra previsione e preveggenza.

1.

Premessa: i punti nodali critici di una fattispecie “obbligata”.

Lungi dall'operare un'esegesi del nuovo art. 236-*bis*, l. f. o, tantomeno, un'analisi delle diverse procedure di composizione negoziale della crisi ivi richiamate¹, si intende qui più semplicemente evidenziare i principali profili problematici che la fattispecie mutua dall'ambito penal-societario, non senza specificare come le soluzioni tradizionalmente fornite in quella sede possano ancora adattarsi al nuovo contesto normativo.

Si consideri, anzitutto, che la novella prende avvio da un percorso pressoché obbligato.

Come può leggersi nella relazione illustrativa del D.L. n. 83/2012, essa muove da una duplice esigenza: da una parte, disciplinare in modo uniforme le responsabilità penali del professionista, il cui ruolo è divenuto ormai centrale nell'ambito delle procedure paraconcorsuali e, in secondo luogo, allinearsi alle disposizioni dettate per i componenti degli organi di composizione della crisi nell'ambito della procedura di sovraindebitamento di soggetti non fallibili (art. 19, comma 2, L. 3/2012 poi trasfuso nell'art. 16 così come sostituito dall'art. 18, comma 1, lett. *t*), D.L. 179/2012 convertito con L. 221/2012). Ciò onde evitare possibili spazi di impunità ed irragionevoli disparità di trattamento.

In sostanza, il “prezzo da pagare” in cambio di un avanzamento delle procedure negoziate rispetto a quelle propriamente liquidatorie e di un conseguente riallineamento della risposta sanzionatoria in materia penale alle diverse modifiche riguardanti i corrispondenti profili civilistici². D'altronde, nel momento in cui all'impresa si consente di sopravvivere previa denuncia della propria situazione di crisi, l'interesse dei creditori s'incentra sulla veridicità e completezza dei dati aziendali nonché sulla fattibilità del piano, la cui garanzia viene essenzialmente riposta sul professionista chiamato ad attestazioni costruite sul modello degli *affidavit* tipici dell'esperienza giuridica statunitense³.

Né il quadro delle fattispecie penali preesistenti avrebbero altrimenti garantito un'adeguata tutela alla correttezza delle informazioni fornite dall'imprenditore e ai corrispondenti interessi patrimoniali del ceto creditorio.

Da un lato, infatti, l'incriminazione per truffa, ancorché eventualmente aggravata ai sensi dell'art. 61 nn. 7 e 11, c.p. e procedibile d'ufficio⁴ posticipa la tutela all'effettiva realizzazione di *quel* danno ai creditori che nel nuovo art. 236-*bis*, l.f. costituisce, invece, mera circostanza aggravante (comma 3).

Dall'altro, il concorso nei reati fallimentari commessi dall'imprenditore (artt. 236 l.f.; 217, n. 3 e 224 n. 1; 216, comma 1, n. 3 e 223, comma 1, l.f.) incontra il limite della prova dell'accordo o della consapevole accondiscendenza, in mancanza di una specifica posizione di garanzia ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p. del professionista⁵; senza considerare il ristretto ambito applicativo dell'art. 236 l.f.⁶ e l'esclusione delle fattispecie di bancarotta documentale, non potendosi certo assimilare la documentazione presentata dall'imprenditore alla scrittura contabile⁷.

¹ Con rinvio alle ampie trattazioni di L.A. BOTTAI-N. BERTOLINI CLERICI-C. PAGLIUGHI, *Il professionista attestatore. Relazioni e responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2013, spec. 198 ss.; G. BRESCIA, *Le attestazioni del professionista nella legge fallimentare. Dopo le modifiche al concordato con continuità aziendale (Legge 21 febbraio 2014, n. 9 – “destinazione Italia”)*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2014, spec. 380 ss.

² Cfr. G. CORSI, *I piani attestati*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da F. VASSALLI-F.P. LUISO-E. GABRIELLI, vol. III, *Gli effetti del fallimento*, Giappichelli, Torino, 2014, 647 s.

³ E. MEZZETTI, *Falso in attestazioni o relazioni*, in *Le procedure concorsuali*, in *Commentario*, a cura di F. MACARIO, 2014, in corso di pubblicazione, 13.

⁴ Si pensi, ad esempio, al caso del professionista che artificiosamente rediga una relazione falsa nell'interesse di uno solo dei creditori (o di terzi) a danno degli altri creditori. Richiamano lo schema della truffa in ipotesi simili anche G. INSOLERA, *Riflessi penalistici della disciplina del concordato preventivo e delle composizioni extragiudiziali della crisi d'impresa*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 3, 2006, 471; A. ALESSANDRI, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 127; F. D'ALESSANDRO, *Le disposizioni penali della legge fallimentare*, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da C. CAVALLINI, *Disposizioni penali e saggi conclusivi*, Egea, Milano, 2010, 56; S. PREZIOSI, *La responsabilità penale del professionista*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, a cura di L. GHIA, C. PICCININNI, F. SEVERINI, VI, Utet, Torino, 2012, 332.

⁵ *Contra* G. SCHIAVANO, *Il professionista «attestatore» nelle soluzioni concordate delle crisi d'impresa: la sua qualificazione privatistica*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2010, 276 ss.; G. G. SANDRELLI, *Le esenzioni dai reati di bancarotta e il reato di falso in attestazioni e relazioni*, in *Il Fallimento*, 7/2013, p. 789 ss.; L. A. BOTTAI-N. BERTOLINI CLERICI-C. PAGLIUGHI, *Il professionista attestatore. Relazioni e responsabilità*, cit., p. 208.

⁶ Si pensi all'esclusiva applicabilità nei confronti dell'imprenditore individuale, solo nel caso di attribuzione di attività inesistenti e simulazione di debiti e con esclusione delle procedure di ristrutturazione di debiti e dei piani di risanamento. In tema v., di recente, E. VILLANI, *Le disposizioni penali applicabili nell'ambito del concordato preventivo, della liquidazione coatta amministrativa e dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da F. VASSALLI -F.P. LUISO-E. GABRIELLI, vol. III, *Gli effetti del fallimento*, cit., 1034 s.

⁷ Così A. ALESSANDRI, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, cit., 120.

Nel contempo, rinviando a quanto si vedrà in seguito a proposito dell'ipotesi prevista dall'art. 481 c.p., deve escludersi la configurabilità dei delitti di cui all'art. 485 c.p. (in quanto limitato alle ipotesi di falsità materiale), 373 c.p. (neppure per il tramite dell'art. 64 c.p.c., trattandosi di soggetto nominato dal debitore e non dall'autorità giudiziaria), 483 c.p. (nel cui schema non rientrano giudizi, valutazioni o stime), 2621 e 2622 c.c. (trattandosi, nel caso di società, di comunicazioni non «dirette al pubblico») ovvero di quelli previsti all'art. 27, d.lgs. 39/2010 (vista la diversa connotazione dell'attività rispetto a quella dei revisori legali)⁸.

Senonché, a prescindere dalla dubbia mancata inclusione (salvo il caso di concorso) dell'esperto stimatore di cui agli artt. 124, comma 3, e 160, comma 2, l. f., la nuova incriminazione, per quanto attesa e necessaria, sembra alquanto carente in termini di determinatezza e offensività e finirà presumibilmente per trasporre nella prassi applicativa espressioni connotate da genericità descrittiva o da profili di scarsa tenuta logico-sistematica. Non senza riproporre problemi già noti in ambito penal-societario, peraltro accentuati da una formulazione più asciutta di quella che notoriamente caratterizza i reati di false comunicazioni sociali.

2.

(Segue). Un servizio di pubblica necessità privo di un falso *ad hoc*.

Non sembra potersi dubitare circa la qualifica soggettiva di natura privatistica del professionista⁹, se non altro perché non avrebbe davvero avuto senso introdurre una disciplina *ad hoc* delle relative ipotesi di falsità, significativamente diversa da quella che caratterizza i delitti contro la fede pubblica dei pubblici ufficiali¹⁰.

Pur rinviandosi all'art. 28, lett. a) e b), l. f. per quanto riguarda i soggetti abilitati a svolgere le funzioni di professionista attestatore (revisore contabile, avvocato, dottore commercialista, ragioniere, anche quali soci di studi professionali o società tra professionisti), manca, peraltro, un espresso richiamo all'art. 30 l. f. o anche all'art. 165 l. f. che, come noto, qualificano come pubblico ufficiale, rispettivamente, il curatore del fallimento e il commissario giudiziale nel concordato preventivo¹¹: il che, del resto, si spiega perfettamente trattandosi di procedure volte a garantire la continuità aziendale e non la liquidazione dell'impresa sulla base di un piano rispetto al quale l'organo giurisdizionale svolge una funzione di mero controllo formale che, per quanto possa eccezionalmente coinvolgere profili di merito, non si estende mai ai profili di convenienza economica¹².

Non che sia precluso di riconoscere ai professionisti una qualifica pubblicistica in relazione allo svolgimento di determinate attività, come dimostra la nota vicenda dell'avvocato che verbalizzi in modo incompleto o non fedele le dichiarazioni o informazioni raccolte in sede

⁸ Su queste esclusioni v., in dettaglio, A. ALESSANDRI, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, cit., 118-121.

⁹ In questo senso v., tra gli altri, G. G. SANDRELLI, *Le esenzioni dai reati di bancarotta e il reato di falso in attestazioni e relazioni*, cit., p. 789 ss.; nonché, già prima dell'introduzione dell'art. 236-bis, l. f., G. INSOLERA, *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo e delle composizioni extragiudiziali delle crisi d'impresa*, cit., 461; A. MANGIONE, *Riflessioni penalistiche sulla riforma delle procedure concorsuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 923; F. D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217-bis l. fall.*, in *Le Società*, 2011, 203; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. II, *Reati fallimentari, tributari, ambientali e dell'urbanistica*, a cura di C. F. GROSSO, Giuffrè, Milano, 2008, 329.

¹⁰ Così, da ultimo, A. FIORELLA-M. MASUCCI, *I delitti di bancarotta*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da F. VASSALLI-F. P. LUISO-E. GABRIELLI, vol. III, *Gli effetti del fallimento*, cit., 973; nonché la Relazione dell'Ufficio Studi della Corte di Cassazione n. III/07/2012, *Novità legislative – D.L. 22 giugno 2012, n. 83, Disposizioni in materia penale fallimentare*, 13.07.2012, 2.

¹¹ G. INSOLERA, *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo e delle composizioni extragiudiziali delle crisi d'impresa*, cit., 470.

¹² Cfr. nella più recente giurisprudenza di legittimità, sia pur con diverse sfumature, Cass., Sez. I, 14.02.2011, n. 3586, in *Giustizia civile Massimario*, 2-2011, 240; Cass., Sez. I, 15.09.2011, n. 18864, in *Il Fallimento*, 2012, 42, con nota di A. PATTI, *La fattibilità del piano del concordato preventivo tra attestazione dell'esperto e sindacato del tribunale*, Cass., Sez. I, 23.06.2011, n. 13817, *ivi*, 2011, 933, con nota di S. AMBROSINI, *Il sindacato in itinere sulla fattibilità del piano concordatario nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, Cass., Sez. I, 25.10.2010, n. 21860, *ibidem*, 167, con nota di G. BOZZA, *Il sindacato del tribunale sulla fattibilità del concordato preventivo* e di M. FABIANI, *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, nonché, da ultimo, Cass., Sez. Un., 22.01.2013, n. 1521, cit., secondo cui «il controllo del giudice non è di secondo grado, destinato cioè a realizzarsi soltanto sulla completezza e congruità logica dell'attestato del professionista» e può dunque essere esercitato guardando «direttamente» al fatto, senza dover essere necessariamente mediato dall'attività del professionista. Sulla funzione di controllo giudiziale nella procedura da sovraindebitamento v., invece, F. S. FILOCAMO, *L'ammissione e l'anticipazione degli effetti protettivi*, in *Sovraindebitamento e usura. Commento della L. 27 gennaio 2012, n. 3 e del D.L. 22 dicembre 2011, n. 212, conv. in L. 17 febbraio 2012, n. 10*, a cura di M. FERRO, Ipsa, Milano 2012, 141; A. VELLA, *La formazione dell'accordo e i suoi effetti*, *ivi*, 169; R. D'AMORA, G. MINUTOLI, *L'omologazione del concordato*, *ivi*, 186 ss.

di indagine difensiva¹³.

Tuttavia, anche muovendo da un'interpretazione rigorosamente *oggettiva* degli artt. 357 e 358 c.p. non sembra potersi attribuire al professionista la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio con conseguente applicazione dell'art. 480 c.p., per il solo fatto di svolgere una funzione "para-certificativa" fondata su una competenza specialistica, seppure nella relativa disciplina siano individuabili «evidenti manifestazioni di riflessi pubblicistici», come la stessa Cassazione civile a Sezioni Unite ha recentemente avuto modo di affermare, finendo per qualificarlo come «ausiliario del giudice»¹⁴.

Del resto, in tal senso depone anche l'analoga vicenda del revisore legale (nel cui registro di cui all'art. 6, d.lgs. 39/2010 deve essere parimenti iscritto il professionista attestatore) per il quale è stata allo stesso modo introdotta una disciplina speciale del falso (dapprima contenuta nell'art. 174-*bis*, d.lgs. 58/1998 ed ora nell'art. 27, d.lgs. 39/2010).

Decisivi nel senso della qualificazione privatistica del professionista sono, infine, la natura spiccatamente negoziale delle procedure richiamate nell'art. 236-*bis*, l.f., confermata anche dall'esenzione di cui all'art. 217-*bis*, l.f.¹⁵; nonché il fatto di essere scelto (nonché ricompensato) dal debitore¹⁶ per conto del quale, sia pur in condizioni di indipendenza¹⁷, svolge i propri compiti in virtù di un rapporto declinabile nei termini del mandato.

Ciò non toglie che, pur in mancanza di un'espressa indicazione in tal senso, quello del professionista costituisca servizio di pubblica necessità ai sensi dell'art. 359 n. 1, c.p.¹⁸, trattandosi di attività il cui esercizio è vietato senza una speciale abilitazione e della quale l'imprenditore è obbligato a valersi¹⁹: al pari di quella del progettista che rediga per suo conto una denuncia di inizio attività²⁰ o dell'ingegnere incaricato di predisporre il progetto e la relazione necessaria per il rilascio di un permesso a costruire²¹.

Prima dell'introduzione dell'art. 236-*bis* l. f., anche il riconoscimento di tale qualifica non

¹³ Cass., Sez. Un., 28.09.2006, n. 32009, pubblicata, tra l'altro, in: *Ind. pen.*, 2007, 687 ss., con note di A. MINO, *Falsità ideologica e indagini difensive: la soluzione delle Sezioni Unite* e di G. MASTROGIULIO, *La tutela penale delle indagini difensive (ovvero il nuovo volto del difensore nel processo penale)*; *Guid. dir.*, 41-2006, 40, (s.m.), con nota di P. GIORDANO, *Qualificata come atto pubblico la raccolta di dichiarazioni*. Per una rassegna delle diverse applicazioni dei reati di falso ideologico all'esercizio di attività professionali v., in particolare, G. IADECOLA, *Attività professionali e reati di falso*, in *Giur. mer.*, 2009, 863 ss.

¹⁴ Cass., Sez. Un., 22.01.2013, n. 1521, in *Foro it.*, 2013, 5, I, 1534 (s.m.). Nel senso della qualificazione in termini di pubblico ufficiale del professionista attestatore dei piani di concordato preventivo ex art. 161 l. f. v., invece, S. PREZIOSI, *La responsabilità penale del professionista*, cit., 326; C. CASSANI, *La riforma del concordato preventivo: effetti penali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, 769.

¹⁵ Sottolinea fortemente tale aspetto F. VASSALLI, *Le sanzioni penali della composizione della crisi da sovraindebitamento* (Relazione al Convegno Internazionale *La composizione della crisi da sovraindebitamento*, Roma, 7-8 giugno 2012), in corso di pubblicazione; M. MASUCCI, *Le fattispecie penali in materia di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione di beni del debitore*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da F. VASSALLI-F.P. LUISO-E. GABRIELLI, vol. III, *Gli effetti del fallimento*, cit., 1054 s.

¹⁶ Così, per escludere la qualifica di pubblico ufficiale del professionista attestatore del concordato preventivo, v. già Trib. Torino, Sez. VI, 31.03.2000, in *Il Fallimento*, 2010, 1439, con nota di M. LANZI, *Il professionista incaricato della relazione per l'ammissione al concordato preventivo non è pubblico ufficiale*; analogamente, nella giurisprudenza civile, Cass., Sez. I, 29.10.2009, n. 22927, in *De Jure*. Per un'ampia rassegna di questo indirizzo giurisprudenziale v. G. BERSANI, *Crisi di impresa: nomina, indipendenza e responsabilità penale del professionista*, in *Il Fisco*, 36/2012, 5806 ss.

¹⁷ Nel senso che, non ostandovi insuperabili ragioni sul piano della coerenza sistematica, sarebbe stato meglio prevedere una nomina giudiziale del professionista, in modo da dissolvere sospetti di parzialità valutativa in capo al professionista, F. TETTO, *La (ritrovata) indipendenza del professionista attentatore nelle soluzioni concordate della crisi di impresa*, in *Il Fallimento*, 2013, 678.

¹⁸ In questo senso v. già T. GUERINI, *La responsabilità penale del professionista attestatore nell'ambito delle soluzioni concordate per le crisi d'impresa*, in questa Rivista, n. 2/2013, 80 ss; G. SCHIAVANO, *Il professionista «attestatore» nelle soluzioni concordate delle crisi d'impresa: la sua qualificazione privatistica*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2010, 279-280; M. GIANOGGIO, *Strumenti di soluzione della crisi di impresa, ruolo dell'attestatore e profili penali*, in *www.ilfallimentarista.it*, 17.7.2012, 1 ss.; nonché, con riferimento ai componenti degli organi di composizione della crisi F. VASSALLI, *Le sanzioni penali della composizione della crisi da sovraindebitamento*, cit.

¹⁹ Sui presupposti dell'art. 359, n. 1, c.p. v., tra i tanti: M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati. Le qualifiche pubblicistiche*. Artt. 336-360, Giuffrè, Milano, 2008, 324-327; A. FIORELLA, *Ufficiale pubblico, incaricato di un pubblico servizio o di un servizio di pubblica necessità*, in «Enciclopedia del Diritto», vol. XLV, Giuffrè, Milano, 1992, 581; P. SEVERINO, *Pubblico ufficiale e incaricato di un pubblico servizio*, in *Digesto*, vol. X Penale, Utet, Torino, 1995, 508; M. CATENACCI, *Le qualifiche di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio*, in *Trattato teorico pratico di diritto penale*, diretto da F. PALAZZO-C.E. PALIERO, *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di M. CATENACCI, Giappichelli, Torino, 2011, 30-31; A. PAGLIARO-M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale, Parte speciale I. delitti contro la pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2008, 23-25. Per un esame della casistica di riferimento v. *Art. 359 c.p. - Persone esercenti un servizio di pubblica necessità* in: *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di G. LATTANZI-E. LUPO, vol. VII, *I delitti contro la pubblica amministrazione. Libro II Artt. 314-360*, a cura di E. APRILE-M. CASSANO-M. GAMBARELLA-V. MONGILLO, Giuffrè, Milano, 2010, 935 ss.; *Codice penale*, a cura di T. PADOVANI, tomo I (*Artt. 1-413*), con il coordinamento di G. DE FRANCESCO-G. FIDELBO, Giuffrè, Milano, 2011, 2707-2716; *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI-G. MARINUCCI, Ipsa, Milano, 2011, 3731 ss.; nonché V. PLANTAMURA, *Le qualifiche soggettive pubblicistiche*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di A. CADOPPI-S. CANESTRARI-A. MANNA-M. PAPA, *Parte speciale II. I delitti contro la pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino 2008, 426-428.

²⁰ Cass., Sez. III, 20.05.2010, n. 27699, in *De Jure*.

²¹ Cass., Sez. V, 7.12.2007, n. 3146, in *De Jure*.

era comunque in grado di garantire, se non al costo di qualche forzatura²², un'adeguata repressione penale delle falsità del professionista²³, dato il ristretto ambito applicativo dell'art. 481 c.p. limitato ai «certificati» nei quali si attestino «fatti dei quali l'atto è destinato a provare la verità»²⁴.

Nell'ambito delle diverse procedure di composizione negoziale della crisi d'impresa le «attestazioni» non costituiscono, infatti, certificazioni munite di autonoma valenza probatoria, né ad esse è condizionato l'accesso alla procedura o il conseguente effetto esdebitatorio; inoltre, esse sottendono spesso criteri (quali, ad esempio, quelli richiesti dall'art. 2423 c.c. in materia di redazione del bilancio) non ancorati ad una esplicita e tassativa previsione normativa, ma connotati da profili valutativi incompatibili con mere dichiarazioni di scienza²⁵: la differenza con l'avvocato che attesti falsamente la sottoscrizione da parte del cliente di una procura *ad litem*²⁶ è sin troppo evidente.

Quanto alla condotta, la certificazione sembra incompatibile con l'omissione di informazioni rilevanti di cui all'art. 236-bis, l. f., salvo incorrere in applicazioni analogiche secondo cui la mancata indicazione di un elemento da parte dell'impresa ricorrente implicitamente confluisce nella relazione del professionista²⁷.

Ma soprattutto sono le «relazioni» sulla fattibilità del piano ad esprimere giudizi, valutazioni o convincimenti che sfuggono all'art. 481 c.p.²⁸, salvo si dichiari di avere assunto a loro fondamento dati diversi da quelli realmente acquisiti ovvero si affermi di avere utilizzato elementi in realtà inesistenti²⁹. Semmai, la natura certificativa di tali documenti si esaurisce nella loro finalità ad agevolare la prova dei dati fattuali rilevanti ai fini del controllo dell'autorità giudiziaria chiamata ad accertare la sussistenza dei presupposti di ammissibilità alla procedura³⁰.

3.

Condotte apparentemente asimmetriche in un “gioco di specchi riflessi”.

Evidente, dal punto di vista testuale, l'asimmetria tra la condotta commissiva (esposizione di informazioni «false») e quella omissiva (omissione di informazioni «rilevanti») previste dall'art. 236-bis, l. f.

Ne deriva che, in mancanza di criteri selettivi analoghi a quelli utilizzati per reprimere le falsità ideologiche in ambito societario (artt. 2621 e 2622 c.c.), non sarebbe possibile escludere la responsabilità del professionista ove le informazioni esposte siano false ancorché non rilevanti ossia quando lo scostamento rispetto alla situazione effettiva dell'impresa sia comunque tale da non falsare in maniera significativa l'attestazione.

²² Per un'applicazione dell'art. 481 c.p. nei confronti del professionista attestatore di concordato preventivo v. Trib. Rovereto, 12.01.2012, in *Il Fallimento*, 2012, 834, con nota critica di F. TETTO, *Le false o fraudolente attestazioni del professionista ex art. 161, comma 3, l. fall.: alla ricerca di un'evanescente tipicità penalmente rilevante*.

²³ Così, invece, S. MANFREDI, *Appunti brevi sulle competenze e sulle responsabilità dell'attestatore ex art. 67 L. Fall.*, in *www.ilfallimentarista.it*, 17.10.2013, 3.

²⁴ Per un'analisi della fattispecie v., tra i più recenti: A. MANNA, *Falsità ideologica in certificati commessa da persone esercenti un servizio di pubblica necessità (art. 481)*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di A. CADOPPI, S. CANESTRARI-A. MANNA-M. PAPA, cit., *Parte speciale V, I delitti contro la fede pubblica e l'economia pubblica*, cit., p. 353-363; R. BARTOLI, *Le falsità documentali*, in *Trattato teorico pratico di diritto penale*, a cura di F. PALAZZO-C.E. PALIERO, cit., *Reati contro la fede pubblica*, a cura di M. PELISSERO-R. BARTOLI, Giappichelli, Torino 2011, 156-160; G. DE AMICIS, *Art. 481 Falsità ideologica in certificati commessa da persone esercenti un servizio di pubblica necessità*, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di G. LATTANZI, E. Lupo, vol. X, *I delitti contro la fede pubblica, l'economia pubblica, l'industria e il commercio, la moralità pubblica, il buon costume e il sentimento per gli animali, Libro II Artt. 453-555*, a cura di G. CIANI-A. CONFORTI-G. DE AMICIS-G. EBNER-M. GAMBARELLA-C. LATTANZI-V. NAPOLEONI-P. SILVESTRI, Giuffrè, Milano, 2010, 416 ss.; D. MASPERO, *sub Art. 481*, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di A. CRESPI-G. FORTI-G. ZUCCALÀ, Cedam, Padova, 2008, 1283 s.

²⁵ Analogamente a quanto avviene, ad esempio, per l'attestazione di assenza di vincoli contenuta nella relazione allegata alla denuncia di inizio attività, su cui v. Cass., Sez. V, 26.04.2005, n. 23688, in *Cass. pen.*, 2006, 1463 (s.m.); Cass., Sez. V, 3.05.2005, in *Riv. pen.*, 2005, p. 1053; nonché, in dottrina, R. BARTOLI, *Le falsità documentali*, cit., 160.

²⁶ Su cui v., *ex multis*, Cass., Sez. V, 9.03.2011, n. 15556, in *De Jure*; Cass., Sez. V, 24.05.2005, in *Cass. pen.*, 2006, 889.

²⁷ Così Trib. Rovereto, 12.01.2012, cit.

²⁸ Cass., Sez. II, 12.12.2006, n. 3628, in *Cass. pen.*, 2008, 203.

²⁹ Cass., Sez. V, 15.03.2013, n. 20054, in *De Jure*.

³⁰ Così, in effetti, L. TROYER, *Le responsabilità penali relative alle soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, in *Riv. dott. comm.*, 2008, 121 ss.; M. ZINCANI, *Il nuovo art. 217 bis l. fall.: la ridefinizione dei reati di bancarotta*, in *Il Fallimento*, 2012, 527; M. LANZI, *Il professionista incaricato della relazione per l'ammissione al concordato preventivo non è pubblico ufficiale*, cit., 1445.

Al riguardo vero è che, in termini di efficienza decettiva, la condotta commissiva esprime un disvalore più accentuato di quella omissiva, come dimostrano i casi in cui, anziché essere abbinate nell'ambito della medesima figura criminosa, a parità di condizioni l'una configura reato e l'altra mero illecito amministrativo³¹; né l'art. 236-*bis* l. f. richiede espressamente una qualsiasi idoneità ad ingannare del tipo di quella prevista dagli artt. 2621 e 2622 c.c. Ma è altrettanto vero che qui è in gioco il contenuto minimo di offensività della fattispecie diretta sì a tutelare il corretto andamento della procedura³², sotto forma di veridicità e completezza dell'informazione, ma solo in quanto strumentali rispetto alla salvaguardia degli interessi patrimoniali dei creditori, secondo il noto modello della seriazione dei beni giuridici³³.

Per ovviare a tale problema, si potrebbe facilmente estendere a livello interpretativo il giudizio di rilevanza alla condotta commissiva, quale suo elemento costitutivo implicito³⁴, sul modello dell'«alterazione sensibile» che pure incarna il contenuto offensivo tipico dei delitti di false comunicazioni sociali³⁵, escludendo dal fuoco dell'incriminazione le attestazioni false che abbiano ad oggetto dati scarsamente significativi rispetto alle determinazioni dei creditori o al controllo giudiziale.

Senonché, anche il concetto di «rilevanza» assume di per sé un significato misto (più qualitativo che quantitativo), generico ed alquanto fumoso che, sfuggendo a generalizzazioni di sorta, impone al giudice di adottare un approccio casistico rispetto al quale l'unica garanzia rimane quella espressa dal noto criterio di ragionevolezza³⁶, in considerazione dell'importanza dell'informazione falsa e del suo effettivo tasso di scostamento dalla realtà³⁷: la falsa indicazione del nominativo di un singolo creditore, ad esempio, può risultare rilevante o meno a seconda che coinvolga cause di prelazione o situazioni di prescrizione; per altro verso, persino l'omessa indicazione circa l'inesistenza di un credito potrebbe non avere rilevanza ove lo stesso non compaia neppure in contabilità.

Né potrebbe diversamente ritenersi che, quanto all'omissione, siano rilevanti solo quelle imposte dalla legge a mezzo di specifici obblighi di comunicazione, a meno di voler privare l'uso dell'aggettivo di qualsiasi significato normativo.

In definitiva, seppure non può tacersi dei difetti di determinatezza della fattispecie e dei conseguenti rischi di discrepanze nella sua applicazione, non resta che operare la selezione dei falsi, tanto nella forma commissiva come in quella omissiva, sulla base della specifica funzione dei documenti e della loro idoneità a mettere concretamente in pericolo non solo il corretto andamento della procedura in sé³⁸, ma anche e soprattutto gli interessi dei creditori, autentico bene giuridico «finale» della nuova incriminazione.

Si noti: ciò non determina un ampliamento a dismisura della condotta penalmente rilevante dovendosi comunque trattare di informazioni rientranti nel contenuto tipico dei documenti rispettivamente previsti agli artt. 67, comma 3, lett. d), 161, comma 3, 182-*bis*, 182-*quinqüies* e 186-*bis*, l.f., con esclusione di qualsiasi altro elemento non direttamente proveniente dall'impresa o non riguardante la sua situazione patrimoniale, economica o finanziaria³⁹: solo per fare un esempio, ove il professionista dichiara falsamente di non trovarsi in una posizione di

³¹ Solo per fare un esempio, v., in tema di illeciti bancari riguardanti la partecipazione al capitale di banche, società finanziarie o appartenenti ad un gruppo bancario e in intermediari finanziari, gli artt. 139, commi 1 e 2 e 140, commi 1-*bis* e 2, d.lgs. 385/1993.

³² Così S. FIORE, *Nuove funzioni e vecchie questioni per il diritto penale nelle soluzioni concordate della crisi d'impresa*, in *Il Fallimento*, 9/2013, 1184 ss.; il riferimento è, invece, alla fede pubblica in R. BRICCHETTI-L. PISTORELLI, *Operazioni di risanamento, professionisti nel mirino*, in *Guida Dir.*, 29-2012, 49.

³³ A. FIORELLA, voce *Reato*, in *Enc. dir.*, vol., XXXVIII, Giuffrè, Milano, 1987, 797 ss.

³⁴ Così la Relazione n. III/07/2012, *Novità legislative – D.L. 22 giugno 2012, n. 83, Disposizioni in materia penale fallimentare*, 13.07.2012, cit., p. 6. In dottrina, F. MUCCIARELLI, *Il ruolo dell'attestatore e la nuova fattispecie di falso in attestazioni e relazioni*, in www.ilfallimentarista.it, 2012, 4; R. BORSARI, *Il nuovo reato di Falso in attestazioni e relazioni del professionista nell'ambito delle soluzioni concordate delle crisi d'impresa. Una primissima lettura*, in questa Rivista, n. 1/2013, 96 ss.; F. CONSULICH, *Nolo conoscere. Il diritto penale dell'economia tra nuovi responsabili e antiche forme di responsabilità "paracolpevole": spunti a partire dal nuovo art. 236 bis l.f.*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, 615.

³⁵ Così, per tutti, M. DONINI, *Abolito criminis e nuovo falso in bilancio. Struttura e offensività delle false comunicazioni sociali (artt. 2621 e 2622 c.c.) dopo il d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, in *Cass. pen.*, 2002, 1244 ss.

³⁶ In questi termini la Circolare n. 30/IR-2013 dell'11.02.2013 del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili intitolata *Il ruolo del professionista attestatore nella composizione negoziale della crisi: requisiti di professionalità e indipendenza e contenuto delle relazioni*.

³⁷ Cfr. M. BANA, *Il professionista attestatore indipendente e il contenuto della relazione*, in *Il Fisco*, 8, 2013, 1220 ss. Per un approfondimento sui diversi profili del criterio di ragionevolezza non può che rinviarsi in questa sede a S. RIONDATO, *Un diritto penale detto "ragionevole". Raccontando Giuseppe Bettiol*, Cedam, Padova, 2005, *passim*.

³⁸ Così, in particolare, S. FIORE, *Nuove funzioni e vecchie questioni per il diritto penale nelle soluzioni concordate della crisi d'impresa*, cit., 1184 ss.

³⁹ L. A. BOTTAI-N. BERTOLINI CLERICI-C. PAGLIUGHI, *Il professionista attestatore. Relazioni e responsabilità*, cit., 206.

incompatibilità ovvero ometta tale informazione, non potrà trovare applicazione l'art. 236-*bis* l. f. ma, semmai, l'art. 640 c.p., sempre che ne sia derivato danno ai creditori⁴⁰.

4.

Dall'attestazione di veridicità al giudizio di fattibilità: il falso valutativo secondo il criterio della "irragionevolezza qualificata".

Fin quando la falsità riguarda informazioni, il giudizio si esaurisce nel confronto oggettivo tra ciò che è nella realtà dei fatti e ciò che si espone od omette, trattandosi semmai di stabilire solo se l'attestazione possa limitarsi alla conformità ai dati contabili o alla relazione della società di revisione oppure se, come si afferma in giurisprudenza⁴¹, il professionista sia chiamato a verificare in modo approfondito – mediante esame della documentazione extracontabile, accessi diretti all'azienda, contraddittorio con l'imprenditore, verifiche a campione, scambio di informazioni con i soggetti terzi aventi relazioni commerciali o contrattuali con l'impresa o anche avvalendosi di consulenze specialistiche⁴² – l'effettiva situazione dell'impresa, a partire dall'esistenza di attività (beni, valore di partecipazioni societarie, crediti esistenti ed esigibili, etc.) e dall'entità e tipologia dell'esposizione debitoria complessiva (passività effettive e potenziali).

Premesso che si tratta di un'attività finalizzata non alla materiale predisposizione (come, ad esempio, quella del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili e societari introdotto dall'art. 14, L. 262/2005), bensì alla attestazione di un'attività altrui, diverso è il caso del giudizio di fattibilità che, implicando evidenti profili di discrezionalità ed aleatorietà connessi a variabili esterne, può entrare in conflitto sia con l'indice di tipicità del fatto espresso dal giudizio vero/falso⁴³, sia col criterio d'imputazione soggettiva della fattispecie di matrice esclusivamente dolosa: non si tratta, ad esempio, di valutare soltanto il valore dei beni da cedere, il *cash-flow* della gestione corrente, il fabbisogno di capitale circolante, le ulteriori perdite *medio tempore* eventualmente maturate, la struttura dell'impresa e la sua capacità di far fronte al deposito per spese⁴⁴, ma anche di svolgere previsioni sul futuro andamento del mercato o dei tassi d'interesse, sulla tenuta industriale di un piano e naturalmente su entità e tempistiche dei flussi aziendali.

Riaffiora il tema del falso valutativo ampiamente arato con riguardo alle false comunicazioni sociali.

Non si può infatti ritenere che, in questi casi, la falsità riguardi i soli presupposti fattuali del giudizio di fattibilità⁴⁵, perché significherebbe sovrapporlo all'attestazione sulla veridicità dei dati aziendali che costituisce altra parte della relazione del professionista.

Né potrebbe affermarsi che tale giudizio costituisca, nella sua obiettività, un'«informazione» dell'esistenza di un piano attestato come fattibile⁴⁶: solo ove faccia riferimento a criteri predeterminati la valutazione può semmai divenire un modo di rappresentare la realtà analogo alla descrizione o alla constatazione, ma l'ambito di una sua possibile qualificazione in termini di verità o falsità dipende pur sempre dal grado di specificità ed elasticità dei criteri di riferi-

⁴⁰ *Contra* v. E. STASI, *La terzietà dell'attestatore*, in www.ilfallimentarista.it, 14.12.2012, p. 6.

⁴¹ Cfr., fra le tante, Trib. Benevento, 23.04.2013, in *Il Fallimento*, 2013, 1373; Trib. Firenze, 9.02.2012, in www.dejure.giuffre.it; Trib. Torino, 17.11.2005, in *Il Fallimento*, 2006, 691; in dottrina concorda P. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. COTTINO, vol. IX, Cedam, Padova 2008, 69 ss.

⁴² Sul punto v., tra gli altri, A. DI BENEDETTO, *Crisi di impresa: i requisiti e le responsabilità del professionista "attestatore"*, in *Il Fisco*, 38, 2012, 6121 ss.

⁴³ Cfr. A. ALESSANDRI, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, cit., 118; F. MUCCIARELLI, *Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009, 840; I. MERENDA, *Profili penali della disciplina sul sovraindebitamento*, in *Cass. pen.*, 2013, 3365; nonché già S. PREZIOSI, *La responsabilità penale del professionista*, cit., 325 s.

⁴⁴ Su questo punto v., in particolare, Trib. Vicenza, 13.11.2012, in www.ilcaso.it, 3.07.2012.

⁴⁵ Cfr. M. MASUCCI, *Le fattispecie penali in materia di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione dei beni del debitore*, in *Trattato del nuovo diritto concorsuale. Gli effetti del fallimento*, a cura di F. VASSALLI, vol. III, cit., p. 1058, secondo cui «il contenuto della falsità non ha per oggetto immediato la valutazione espressa dai soggetti competenti, ma i dati oggettivi che si riflettono su tale valutazione, e che, in quanto falsamente attestati, ne pregiudicano la fondatezza»; in senso analogo F. TETTO, *Le false o fraudolente attestazioni del professionista ex art. 161, comma 3, l.fall.: alla ricerca di un'evanescente tipicità penalmente rilevante*, cit., 848 ss.

⁴⁶ Così, invece, F. MUCCIARELLI, *Il ruolo dell'attestatore e la nuova fattispecie di falso in attestazioni e relazioni*, cit., p. 2 ss.; G. BRESCIA, *Le attestazioni del professionista nella legge fallimentare. Dopo le modifiche al concordato con continuità aziendale (Legge 21 febbraio 2014, n. 9 – "destinazione Italia")*, cit., 400.

mento.

Senonché, ancor prima di evidenti esigenze di natura sistematica e teleologica, è il richiamo strutturale alle disposizioni della legge fallimentare ad inglobare tale falsità nel fuoco dell'incriminazione, non potendosi quindi escludere che la prassi finisca col far rifluire nel *genus* delle informazioni anche le congetture espresse dal professionista⁴⁷.

Si tratta allora di verificare, sia pur con un innegabile residuo margine di approssimazione, se quello sulla fattibilità del piano sia stato metodologicamente condotto secondo i principi della tecnica professionale comunemente riconosciuti e precisati nella stessa relazione, la cui conformità consente di apprezzarne coerenza e correttezza⁴⁸, non richiedendosi al professionista nulla di più se non un parere compiuto, motivato e minuzioso, «fondatamente attendibile e responsabilmente espresso»⁴⁹.

In particolare, si dovrà dapprima attestare che, accertata la situazione patrimoniale ed economico-finanziaria dell'impresa e le cause della crisi, il piano evidenzia profili di discontinuità rispetto al passato per poi specificare in forma discorsiva ragioni, calcoli, cifre, logiche, previsioni e considerazioni per le quali esso possa ritenersi “verosimile”, nel senso che la situazione in esso prospettata possa apparire il naturale sviluppo, secondo logiche di esperienza ed in base ai dettami delle discipline economiche e finanziarie, delle relative premesse e condotte attuative⁵⁰: una tecnica potrebbe consistere, ad esempio, nell'assoggettamento del piano a *prove di resistenza* consistenti nella modifica in senso peggiorativo delle variabili critiche esposte ai rischi di avveramento individuati attraverso l'anamnesi d'impresa al fine di riscontrarne la sostanziale coerenza⁵¹.

Evocando considerazioni tradizionalmente svolte in ambito penal-societario⁵², il giudizio di falsità deve dunque limitarsi ad un livello di manifesta irragionevolezza, qualificata dallo scostamento del percorso logico-argomentativo dalle regole tecniche metodologicamente indiscusse e dalle *best practices* di riferimento, nonché dal vincolo di corrispondenza tra criteri indicati e valutazioni effettuate (ossia tra “prescelto” e “dichiarato”); senza dimenticare che, come dimostra la stessa elasticità del canone adottato, ci si muove su un piano «per sua natura sdruciolevole, tale da imporre grande umiltà all'interprete, che si deve sottrarre alle facili, scontate sirene del “senno di poi”»⁵³.

Da questo punto di vista, assume valore meramente formale la sostituzione di ogni riferimento alla ragionevolezza col termine di fattibilità nell'ambito dell'art. 67, comma 3, lett. d), l.f. operata dallo stesso D.L. 83/2012⁵⁴, salvo volervi attribuire il senso di aver accentuato, mutuando una terminologia aziendalistica, l'esigenza di un giudizio concreto esente dal ricorso a meri esercizi di stile, affermazioni teoriche o valutazioni astratte⁵⁵.

5.

(Segue) Fattibilità giuridica e contenuti del piano.

In assenza di un paradigma normativo che individui struttura e contenuti delle relazioni

⁴⁷ Testualmente M. MASUCCI, *Le fattispecie penali in materia di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione di beni del debitore*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da F. VASSALLI-F.P. LUISO-E. GABRIELLI, vol. III, *Gli effetti del fallimento*, cit., 1059; nel medesimo senso, relativamente al giudizio di fattibilità del piano concordatario, v. già L. G. BRUNO, *Le responsabilità civili e penali degli organi amministrativi e di controllo nella gestione della crisi d'impresa e nell'insolvenza*, in *Il Fallimento*, 2008, 1140; G. SCHIAVANO, *Il professionista «attestatore» nelle soluzioni concordate delle crisi d'impresa: la sua qualificazione privatistica*, cit., 279 ss.

⁴⁸ Così A. ALESSANDRI, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, cit., 126; F. MUCCIARELLI, *Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali*, 851; G. VERNA, *La relazione professionale che accompagna il piano di concordato preventivo*, in *Diritto Fallimentare e delle società commerciali*, vol. II, Cedam, Padova, 2008, 237; L. A. BOTTAI-N. BERTOLINI CLERICI-C. PAGLIUGHI, *Il professionista attestatore. Relazioni e responsabilità*, cit., 208.

⁴⁹ Trib. Ancona, 20.03.2014, in *www.ilcaso.it*, 25.06.2014.

⁵⁰ Sulla inidoneità dell'attestazione di un piano subordinata all'avveramento di situazioni incerte v. Trib. Mantova, 17.10.2013, in *www.ilcaso.it*, 11.11.2013.

⁵¹ Cfr. Trib. Asti, 25.06.2014, in *www.ilcaso.it*, 14.07.2014.

⁵² Su cui v., per tutti, E. MEZZETTI, *I reati societari*, in *Diritto penale dell'impresa*, a cura di E.M. AMBROSETTI-E. MEZZETTI-M. RONCO, Zanichelli, Bologna, 2012, 118 ss.; S. SEMINARA, *False comunicazioni sociali, falso in prospetto e nella revisione contabile e ostacolo alle funzioni dell'autorità di vigilanza*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 677.

⁵³ L'espressione è ripresa da A. ALESSANDRI, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, 126.

⁵⁴ Così S. AMBROSINI, M. AIELLO, *I piani attestati di risanamento: questioni interpretative e profili applicativi*, in «*Crisi d'Impresa e Fallimento*», 11.06.2014, p. 19-20.

⁵⁵ In tema v., dettagliatamente, F. D'ANGELO, *I piani attestati di risanamento ex art. 67, terzo comma, lett. d, l. fall.: luci e ombre a seguito del decreto “sviluppo”*, cit., p. 74 ss.

del professionista o criteri di valutazione ulteriori a quelli previsti in materia di bilancio societario (artt. 2423, ss. c.c.), un'incisiva limitazione del perimetro del falso qualitativo si ottiene importando in sede penale la definizione di fattibilità recentemente accolta dalla Cassazione civile a Sezioni Unite, quale «prognosi circa la possibilità di realizzazione della proposta nei termini prospettati» indipendentemente dalla rispettiva convenienza economica, il cui giudizio è riservato esclusivamente ai creditori⁵⁶.

In tal modo, infatti, la fattibilità oggetto di attestazione diviene esclusivamente quella giuridica, dovendosi il professionista pronunciare sull'ammissibilità della proposta intesa come compatibilità delle relative modalità attuative col quadro normativo di riferimento (si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alla indicazione di contratti nulli per contrarietà a norme imperative, all'erronea qualificazione giuridica di un credito, all'omessa o errata valutazione circa i presupposti per l'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti di amministratori o sindaci, al mancato computo degli interessi dei crediti privilegiati, al mancato coinvolgimento di determinati creditori in forza di eccezioni di prescrizione o compensazione palesemente infondate, etc.) ed effettiva idoneità a soddisfare la causa della procedura consistente nel tendenziale superamento della crisi d'impresa con conservazione, per quanto possibile, dei valori aziendali a fronte del contestuale riconoscimento in favore dei creditori di una sia pur minima parte del diritto da essi vantato in tempi ragionevolmente contenuti⁵⁷.

Tale valutazione si attegga, poi, in modo diverso a seconda della complessità del piano e delle strategie di risanamento ivi individuate. Se, ad esempio, si prospetta la continuità dell'attività aziendale da parte del debitore il giudizio di fattibilità si estende necessariamente alla capacità dello stesso di consentire il riequilibrio finanziario dell'impresa, con riguardo all'eliminazione delle situazioni di insolvenza esistenti e alla eventuale insorgenza di fenomeni di insolvenza prospettica. Se, invece, viene proposta la cessione dell'attività a terzi ovvero conferimenti d'azienda, l'attestatore dovrà verificare la sostenibilità del piano in capo al cessionario con particolare riguardo ai rischi di un suo eventuale dissesto che inevitabilmente si riverberano sul debitore.

Da ultimo, ove il piano sia prettamente riconducibile all'archetipo liquidatorio l'attestazione si sposta sui valori dei beni in rapporto alle condizioni del mercato, alle caratteristiche dei cespiti e ai tempi di realizzo⁵⁸.

6.

Conclusioni: dal dolo alla colpa, tra previsione e preveggenza.

Vista la mancata previsione di scenari psicologici di fraudolenza ovvero di finalità specifiche (tranne che nell'ipotesi aggravata di cui al comma 2 dell'art. 236-*bis*, l. f.) nonché l'esclusione della punibilità a titolo di colpa, particolari problemi si pongono sul versante soggettivo.

In particolare, con riferimento alla condotta omissiva, occorre distinguere i casi di semplice negligenza o incompetenza, senza incorrere nell'ennesimo abuso della figura del dolo eventuale o, persino, in accertamenti presuntivi o intuitivi che finiscano per invertire l'onere della prova⁵⁹: si faccia il caso del professionista che decida di non riportare nella propria relazione informazioni oggettivamente rilevanti, sottovalutandone (per incompetenza) o ignorandone (per lo stesso motivo o per negligenza) la rilevanza in vista delle valutazioni che dovranno essere compiute nella procedura⁶⁰.

Ma, soprattutto, ogniquale volta il professionista si affidi al lavoro svolto da altri (revisori, periti, avvocati, agenti immobiliari, etc.) in applicazione dell'art. 47 c.p. dovrebbe escludersi la

⁵⁶ Cass., Sez. Un., 22.01.2013, n. 1521, cit. su cui v., tra gli altri, G. B. NARDECCHIA, *La fattibilità al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Crisi d'impresa e fallimento*, 28.01.2013, p. 1 ss.

⁵⁷ Sulla rilevanza dei tempi previsti per l'adempimento nel caso limite di una dilatazione temporale non solo consistente ma avulsa da una specifica progettualità economica del piano v. Trib. Terni, 7.11.2013, in www.ilcaso.it, 11.11.2013.

⁵⁸ In tal senso v., ancora più ampiamente, L. QUATTROCCHIO-L. RANALLI, *Concordato in continuità e ruolo dell'attestatore: poteri divinatori o applicazione dei principi di best practice*, in www.ilfallimentarista.it, 2012, 1 ss.

⁵⁹ Così anche F. MUCCIARELLI, *Il ruolo dell'attestatore e la nuova fattispecie di falso in attestazioni e relazioni*, cit., 5; R. BORSARI, *Il nuovo reato di Falso in attestazioni e relazioni del professionista nell'ambito delle soluzioni concordate della crisi d'impresa. Una primissima lettura*, cit., 97; L. A. BOTTAI-N. BERTOLINI CLERICI-C. PAGLIUGHI, *Il professionista attestatore. Relazioni e responsabilità*, cit., 208; G. BRESCIA, *Le attestazioni del professionista nella legge fallimentare. Dopo le modifiche al concordato con continuità aziendale (Legge 21 febbraio 2014, n. 9 – "destinazione Italia")*, 405 s.

⁶⁰ S. FIORE, *Nuove funzioni e vecchie questioni per il diritto penale nelle soluzioni concordate della crisi d'impresa*, cit., 1193.

consapevolezza della falsità di giudizio ove risulti dimostrato che l'attestazione sia stata effettuata nella convinzione della correttezza dell'altrui operato. Ipotesi tutt'altro che infrequenti nei casi in cui si richiedano competenze specialistiche diverse che il professionista da solo non possiede: si pensi alla valutazione di immobili o di beni immateriali la cui cessione sia compresa nel piano dell'imprenditore o alla quantificazione del rischio connesso a passività riferibili a contenziosi pendenti o prevedibili⁶¹.

Anche in questi casi, tuttavia, il punto di equilibrio potrebbe essere ravvisato nel criterio di ragionevolezza per come sopra delineato, potendosi imputare al professionista una responsabilità, sia pur a titolo di dolo eventuale, solo nel caso in cui lo stesso si sia rappresentato elementi tali da inficiare l'indipendenza e la professionalità dell'altrui giudizio ovvero abbia accertato l'incoerenza del relativo percorso logico o l'incompletezza di quello cognitivo secondo i criteri della migliore scienza e prassi disponibili⁶²; o, al limite, quando si sia buttato "alla cieca" semplicemente per accelerare lo stato di avanzamento della procedura da cui dipenda in qualche modo il pagamento del suo compenso.⁶³

Ciò vale, *a fortiori*, nelle nuove ipotesi previste agli artt. 182-*quinquies* e 186-*bis*, l. f. in cui i confini del giudizio prognostico si allargano ulteriormente dovendosi attestare, a seconda dei casi: che i finanziamenti prededucibili *ex art.* 11 l. f. che l'impresa chieda al Tribunale di poter contrarre in sede di domanda di concordato o di omologazione di un accordo di ristrutturazione, siano funzionali al miglior soddisfacimento dei creditori previa verifica del complesso fabbisogno finanziario (182-*quinquies*, comma 1); che i crediti anteriori per i quali l'impresa chieda al Tribunale di poter effettuare pagamenti, oltre ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori, riguardino prestazioni essenziali per la prosecuzione dell'attività (182-*quinquies*, commi 4 e 5); che l'impresa sia capace di adempiere ai contratti pubblici cui si intenda dare prosecuzione ovvero a quelli relativi a gare cui si voglia partecipare e che gli stessi contratti siano conformi agli obiettivi del piano (186-*bis*).

In tali casi non vi è dubbio che, ove non ricondotto entro il limite di un criterio di ragionevolezza qualificata, il compito del professionista rischi di sconfinare verso la preveggenza, tenuto conto dell'evoluzione subita dalle imprese e della organizzazione multinazionale che le stesse possono assumere in un mercato globale⁶⁴.

Ed altrettanto gravoso appare il compito del giudice penale chiamato, a sua volta, ad esercitare un sindacato paradossalmente più esteso rispetto a quello preventivo del giudice della procedura su condotte di mendacio connotate da un forte margine di discrezionalità⁶⁵.

Viene allora il sospetto che, in fondo, una fattispecie dai contorni così elastici come quella dell'art. 236-*bis* l. f., non giovi davvero a nessuno: al professionista che sarà disincentivato ad assumere la funzione di attestatore; al debitore che conseguentemente non potrà avere accesso alla procedura; ai creditori la cui tutela rimarrà ancora una volta quella accordata dal vecchio sistema dei reati fallimentari.

Non resta dunque che augurarsi, a distanza di appena due anni dalla sua entrata in vigore, una sollecita modifica della disciplina in grado di prevenire facili oscillazioni giurisprudenziali, realizzando una tutela penale adeguata alle specificità delle diverse procedure di composizione negoziale della crisi d'impresa, in coordinamento sistematico con la corrispondente regolamentazione civilistica, ma al contempo conforme agli irrinunciabili standard di frammentarietà, tassatività e offensività.

⁶¹ E. CECCHERINI, *La qualificazione, l'indipendenza e la terzietà del professionista attestatore negli istituti concorsuali di gestione della crisi d'impresa e le diverse tipologie di attestazioni e relazioni*, in *Dir. fall.*, 2011, I, 321.

⁶² Così anche F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il "Decreto Sviluppo"*, in *Il civilista*, 2012, 11; F. D'ANGELO, *I piani attestati di risanamento ex art. 67, terzo comma, lett. d, l. fall.: luci e ombre a seguito del decreto "sviluppo"*, in *Giur. comm.*, 2014, 74 ss.

⁶³ Sottolinea questo aspetto, con riferimento ai membri degli organi di composizione della crisi da sovraindebitamento, P. F. POLI, *Nuove fattispecie penali nella disciplina della crisi da sovraindebitamento: alcuni spunti di riflessione*, in *Riv. dott. comm.*, 3-2012, 589 ss.

⁶⁴ Così anche G. LO CASCIO, *Il professionista attestatore*, in *Il Fallimento*, 11-2013, 1325 ss.

⁶⁵ S. FIORE, *Nuove funzioni e vecchie questioni per il diritto penale nelle soluzioni concordate della crisi d'impresa*, cit., 1184 ss.

DAL 2004 AL 2014: LO SGRETOLAMENTO NECESSARIO DELLA LEGGE SULLA PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA

Paola Sanfilippo

ABSTRACT

Con l'entrata in vigore della legge n. 40 del 2004, il legislatore italiano ha introdotto una serie di limiti, divieti e sanzioni che esorbitano dalla loro naturale vocazione di semplice regolamentazione di comuni pratiche di fecondazione artificiale, sfociando piuttosto nella predisposizione di uno statuto punitivo che impone paternalisticamente scelte etiche ed ideologicamente orientate nel senso di una generale avversione verso procedimenti riproduttivi diversi da quelli ortodossi. A dieci anni dalla loro introduzione, le norme in materia di PMA non sembrano tuttavia destinate a sopravvivere: hanno infatti ripetutamente vacillato sotto la scure dei giudici nazionali ed europei, rivelandosi in tutta la loro incostituzionalità, nella loro illogicità sistematica e nell'inaccettabile indifferenza verso le esigenze concrete di coppie sterili o infertili.

SOMMARIO

1. Le barriere normative all'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita: un (cattivo) esempio di legislazione "confessionale". – 2. Il primo affondo della Corte Costituzionale contro il rigido limite dei tre embrioni da trasferire. – 3. La sostanziale disapplicazione del divieto di diagnosi genetica preimpianto. – 4. Il superamento del divieto di fecondazione eterologa: la sentenza della Corte costituzionale 9 aprile 2014, n. 162. – 5. Le fallimentari disposizioni superstiti della legge 40. In particolare, il suo apparato punitivo spropositato e irrealistico: un pernicioso caso di diritto penale simbolico.

1.

1. Le barriere normative all'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita: un (cattivo) esempio di legislazione "confessionale".

Dopo un travagliato *iter* parlamentare e accessi dibattiti sul regime giuridico della PMA, con la legge 19 febbraio 2004, n. 40, recante "*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*"¹, il legislatore italiano ha significativamente arginato la libertà di realizzazione di interventi di fecondazione assistita, invertendo la rotta di fatto già consolidata nella prassi del nostro Paese e legittimamente battuta prima dell'introduzione della disciplina in esame.

Il delicato argomento, che comporta intime scelte individuali, ha infatti messo il legislatore di fronte alle inevitabili interazioni del tema sia con la scienza medica, la cui evoluzione è progressiva e costante, sia con la sensibilità etica radicata nel nostro peculiare contesto sociale e culturale, spesso terreno fertile per l'adozione di scelte normative che non rappresentano altro se non la risposta ad istanze ideologicamente orientate.

Nel tentativo di contemperamento di opposte esigenze, il Parlamento sembra tuttavia essersi trovato a sciogliere un dubbio amletico tra essere o non essere "flessibile" di fronte al riconoscimento della liceità di modalità riproduttive diverse da quelle, per dir così, convenzionali.

Il risultato di tale impegno si è cristallizzato nei diciotto articoli della legge n. 40 del 2004, i quali, introducendo limiti all'accesso alle tecniche di PMA, delineano in particolare uno statuto punitivo della fecondazione assistita soltanto astrattamente predisposto al fine di prevenire il rischio di scivolamento verso pratiche abusive. L'impressione è che sul piano degli effetti, invece, si riveli sostanzialmente idoneo a frustrare non solo il godimento di un'imprescindibile libertà – quella di procreare – ma anche il perseguimento delle finalità stesse per le quali le norme sono state adottate², introducendo misure piuttosto orientate alla tutela incondizionata dell'embrione e della naturalità della procreazione.

Si tratta di una disciplina la cui applicazione non solo non agevola, ma inevitabilmente complica l'esperienza di soggetti che intendono risolvere le proprie difficoltà riproduttive³.

Le stesse disposizioni introduttive ne rappresentano il primo sintomo.

Seppure negli intenti formalmente aspirino a favorire la rimozione di cause impeditive della procreazione, le norme del Capo I della legge 40/2004 forniscono una dissonante quanto inequivocabile chiave di lettura dell'intera normativa, caratterizzata da una diffusa avversione verso procedimenti riproduttivi diversi da quelli ortodossi: il ricorso alle pratiche di procreazione medicalmente assistita dev'essere concepito come un'*extrema ratio* cui affidarsi esclusiva-

1 L'intricato tema della fecondazione medicalmente assistita, sin dall'entrata in vigore della legge n. 40/2004, ha destato l'interesse di parecchi studiosi e giuristi che, nel tentativo di esaminare ed interpretare le intenzioni del legislatore, le singole disposizioni e i loro effetti sulla prassi applicativa, hanno accompagnato la vita della normativa, evidenziandone luci ed ombre: G. BALDINI, *Legge 40/2004 e diagnosi genetica di preimpianto. Rilievi sull'evoluzione normativo-giurisprudenziale intervenuta*, in AA.VV., *Nascere e morire: quando decido io? Italia ed Europa a confronto*, Firenze, 2011; *Procreazione assistita: esperienze e prospettive applicative della legge 40*, in AA.vv., *Produrre uomini*, a cura di A. BUCCELLI, Firenze, 2005; S. CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, *Dir. pen e proc.*, 2004; *Verso una disciplina penale delle tecniche di procreazione medicalmente assistita? Alla ricerca del bene giuridico tra valori ideali e opzioni ideologiche*, *Ind. pen.*, 2000; C. CASINI, M. CASINI, M.L. DI PIETRO, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Commentario*, Torino, 2004; C. CASONATO, *Legge 40 e principio di non contraddizione: una valutazione di impatto normativo*, in *La nuova disciplina della procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, Trento, 2004; E. DOLCINI, *Embrione, pre-embione, ootide: nodi interpretativi nella disciplina della procreazione medicalmente assistita (legge 19 febbraio 2004, n.40)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004; ID., *Il punto sulla fecondazione assistita: in particolare il problema della fecondazione eterologa*, in *Corr. merito*, 2013; ID., *La legge n. 40 del 2004: alla prova dei fatti, un efficace strumento di lotta contro la procreazione medicalmente assistita*, in *Corr. merito*, 2007; ID., *Legge sulla procreazione assistita e laicità dello Stato: da sempre, un rapporto difficile*, in *questa Rivista*, 27 novembre 2013; G. LOSAPPIO, *Procreazione assistita (commento alla l. 9 febbraio 2004, n.40, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita)* in AA. VV., *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F. PALAZZO, C.E. PALIERO, Padova, 2007; L. RISICATO, *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005; F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n.40*, Milano, 2004; A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi e prassi*, Torino, 2012.

2 E. DOLCINI, *Embrione, pre-embione, ootide: nodi interpretativi nella disciplina della procreazione medicalmente assistita (legge 19 febbraio 2004, n.40)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 465.

3 Cfr. E. DOLCINI, *La legge n. 40 del 2004: alla prova dei fatti, un efficace strumento di lotta contro la procreazione medicalmente assistita*, in *Corr. merito*, 2007, p. 1425 ss.

mente nelle ipotesi di accertata impossibilità di rimuovere le cause della sterilità o infertilità⁴ della coppia attraverso altri efficaci metodi terapeutici e non terapeutici.

Proprio a tal fine il legislatore si premura di individuare severe barriere all'ingresso, attraverso la previsione di stringenti condizioni oggettive e soggettive di accesso alle tecniche, nonché mediante la promozione e l'informazione in merito a percorsi alternativi alla PMA per le coppie che desiderano un figlio.

Il principale limite all'accesso alle tecniche è desumibile dall'art. 5 della legge *de qua*, che precisa i requisiti soggettivi per il ricorso a interventi di procreazione medicalmente assistita e circoscrive sensibilmente l'ambito dei soggetti che sono legittimati a richiederli.

Con una selezione realizzata *ex ante* a scopo evidentemente "eugenetico", il legislatore sottopone gli aspiranti genitori a dure prove, prescrivendo in primo luogo che la richiesta per il ricorso alla fecondazione artificiale sia avanzata da una coppia⁵, coniugata o convivente: la congiunzione disgiuntiva tra i due aggettivi introdurrebbe, a rigore, un'alternativa tra le due possibilità, suffragata dal medesimo tenore letterale dell'art. 12, comma 2 della legge n. 40/2004, che conferma l'opzione. Se la *ratio* del requisito del coniugio è rappresentata, pertanto, dalla necessità di assicurare alla comunità una garanzia formale della effettività del nucleo familiare e dell'impegno alla concreta realizzazione del bene del nato in un contesto stabile, quella del secondo mitiga il rigore del precedente, attraverso il riconoscimento della convivenza come una dimensione di *affectio* potenzialmente stabile e non meno meritevole di considerazione in cui coltivare e realizzare l'interesse del minore durante il suo sviluppo⁶.

Si prescrive, inoltre, che i membri della coppia siano di sesso *diverso*, precludendo così il ricorso alla fecondazione artificiale alle coppie omosessuali in virtù di un ragionamento che sembra ispirato alle stesse logiche discriminatorie che impediscono ai *single* l'accesso alle tecniche⁷.

I richiedenti, infine, oltre ad essere in età potenzialmente fertile ed entrambi viventi, devono aver già raggiunto la maggiore età: l'ultimo requisito rappresenta probabilmente quello che maggiormente prova l'incoerenza sistematica in cui la legge n. 40/2004 spesso incappa e inciampa. Al di là dell'evidente incompatibilità della norma con il principio di uguaglianza, l'esclusione del minore dall'accesso alla fecondazione artificiale risulta illogica, considerando che la stessa donna minorenni cui è impedito fare ricorso ad un intervento di PMA è invece legittimata ad interrompere volontariamente la gravidanza ai sensi dell'art. 12, comma 2 della legge n. 194/1978. Inespugnabilmente le norme poste a tutela dell'embrione e quelle a tutela del concepito si muovono su due binari distinti e paralleli, certo antitetici nella *ratio*.

Una volta setacciato il bacino di potenziali beneficiari degli interventi di fecondazione artificiale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita filtra ulteriormente il novero degli aspiranti genitori, attraverso la previsione di cui all'art. 4 comma 1, che impone l'accertamento delle cause impeditive della procreazione mediante documentazione o certificazione medica. Si tratta di un limite che in alcuni casi non risulta difficilmente aggirabile: specie nel caso di infertilità o sterilità inspiegate, la documentazione medica ha infatti carattere essenzialmente presuntivo e non certificativo, fondandosi sulle sole dichiarazioni degli stessi membri della

4 Le Linee Guida del Ministero della Salute nel 2004 e nel 2008, emanate in applicazione dell'art.7 della legge n. 40/2004, utilizzano "infertilità" e "sterilità" come sinonimi. Tuttavia i significati dei due termini non possono essere considerati perfettamente coincidenti: nella letteratura scientifica la coppia si considera infertile se non è in grado di concepire dopo uno o due anni di rapporti sessuali regolari e non protetti; per sterilità s'intende, invece, l'incapacità di condurre la gravidanza fino all'epoca in cui si riesca a garantire una vitalità del feto, WORLD HEALTH ORGANIZATION, *The epidemiology of infertility. Report of a WHO Scientific Group*, Geneva, 1975, p. 20.

5 La norma, precludendo irragionevolmente la facoltà di ricorrere alla PMA al *single* che intenda risolvere i propri problemi riproduttivi derivanti da sterilità o infertilità non altrimenti rimovibili, tradisce la stessa finalità che la legge n. 40/2004 si prefigge e si pone in evidente contrasto con gli artt. 3 e 32 Cost.

6 *Contra* C. CASINI - M. CASINI - M.L. DI PIETRO, *La legge 19 febbraio 2004, n.40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Commentario*, Torino, 2004, p. 99 ss., dove addirittura si definisce "una pesante frattura nel sistema ordinamentale" l'eventuale rinuncia alla condizione del coniugio a favore della convivenza della coppia richiedente l'intervento di PMA, stante la considerazione del matrimonio stesso come l'istituzione "che presiede al bene della discendenza".

Appare condivisibile la sola perplessità degli autori circa l'accertamento della convivenza, la cui prova diventa dunque ardua, considerata l'assenza di un criterio che stabilisca la sua durata minima. Cfr., tra gli altri, anche F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, p.49; P. STANZIONE, *Introduzione*, in P. STANZIONE - G. SCIANCALEPORE (a cura di), *Commento alla legge 19 febbraio 2004 n. 40*, Milano, 2004; R. VILLANI, *La procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n.40*, Torino, 2004, p.72.

7 L'esclusione era peraltro rafforzata dall'ormai incostituzionale divieto di ricorrere a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo *ex art.* 4, comma 3 e dal divieto di surrogazione della maternità di cui al comma 6 dell'art. 12 ed è con vigore scongiurata dalla previsione di sanzioni amministrative e penali particolarmente affittive.

coppia; nessuna sanzione, peraltro, è specificamente prevista per la mancata ottemperanza all'onere di certificazione mediante atto medico, né può configurarsi un'ipotesi di falso ideologico del medico che si limiti a recepire le dichiarazioni rese dalla coppia⁸.

Qualora, poi, i membri di una coppia che aspirano a diventare genitori dovessero superare i primi due scogli dell'insidioso percorso ad ostacoli predisposto dal legislatore, non sarebbero ancora liberi di accedere alle tecniche di fecondazione artificiale, ma sarebbero tenuti a resistere a un ennesimo quanto astratto tentativo di dissuasione: «alla coppia dev'essere prospettata la possibilità di ricorrere a procedure di adozione o di affidamento ai sensi della l. n. 184/1983 e successive modificazioni, come alternativa alla procreazione medicalmente assistita»⁹. Quasi un ultimo sforzo finalizzato a scongiurare la libera e consapevole scelta di ricorrere a metodi riproduttivi diversi dalla procreazione naturale¹⁰, per i quali è sottintesa una generale disapprovazione.

Come un guardiano posto a inespugnabile presidio di valori di natura essenzialmente confessionale radicati e sostenuti da forze politiche anche diversamente connotate, la legge n. 40 del 2004 dimostra, già solo attraverso la predisposizione di principi generali e di preliminari barriere all'accesso alle tecniche, la sua vocazione di normativa posta non a favore ma *contro* la PMA, lasciandone aperto l'ingresso a un numero inaccettabilmente contenuto di coppie e dimostrandosi, di fatto, inadeguata ad adattarsi alle esigenze e sensibilità della realtà sociale in evoluzione, nonché ai costanti progressi della scienza medica.

I dati sugli effetti pratici della disciplina all'indomani della sua entrata in vigore sono eloquenti¹¹: tra il 2003 ed il 2005 si assiste ad un incremento sia della percentuale di parti plurimi che di quella relativa agli aborti spontanei; decresce invece il numero di gravidanze ottenute mediante fecondazione artificiale. Incrementa esponenzialmente, poi, il c.d. turismo procreativo, con consistenti costi in termini non solo economici ma anche psicologici e di garanzia sanitaria.

La panoramica pre e post-legge n. 40/2004 induce ad una sconcertante constatazione: se l'introduzione di una disciplina della procreazione medicalmente assistita ha avuto – in teoria – lo scopo di mettere un freno al c.d. “far west procreativo” attraverso l'individuazione di un modello normativo cui attenersi per porre fine al vuoto legislativo su una materia eticamente sensibile, risolvendo contestualmente perplessità sollevate dall'applicazione delle nuove tecniche riproduttive, tale obiettivo non può considerarsi perseguito neppure in minima parte. L'applicazione puntuale sia dei principi generali che del successivo statuto punitivo finiscono per realizzare un autentico caso di eterogenesi dei fini, dovuta alla scarsa considerazione degli effetti pratici, per nulla secondari, che hanno alterato lo scopo originario della disciplina e causato una straordinaria riduzione della libertà e dell'autonomia del singolo di autodeterminarsi.

Alla prova dei fatti la legge n. 40/2004, appena nata, era già palesemente incostituzionale in parecchi punti cruciali. Nonostante le aspettative certamente deluse, tuttavia, dopo dieci anni dalla loro introduzione le norme in materia di PMA continuano a sopravvivere con la loro forza deterrente, spesso in patente violazione dei fondamentali diritti della persona, a presidio del presunto valore della naturalità della procreazione e a tutela incondizionata dell'embrione, unici comuni denominatori su cui si costruisce l'intero impianto della legge in tema di fecondazione artificiale.

Non tutte le sue disposizioni sembrano però destinate a sopravvivere nella loro originaria formulazione: in più ipotesi la manifesta illogicità sistematica e l'inaccettabile inidoneità delle norme ad aderire alle esigenze concrete di coppie sterili o infertili non hanno tardato a rivelarsi, così come gli interventi correttivi della giurisprudenza nazionale ed europea sotto la cui scure diverse disposizioni hanno ripetutamente capitolato.

8 Così A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi e prassi*, Torino, 2012, p. 72, che richiama anche la pronuncia del Tar Lazio, III quater, 31 ottobre 2007 - 21 gennaio 2008 n. 398, dove si precisa il carattere solo presuntivo della documentazione richiesta nel caso di infertilità idiopatica, il carattere invece “estimativo” della certificazione rispetto ai casi di sterilità o infertilità da causa accertata.

9 Così prescrive il secondo inciso del comma 1 dell'art. 6 della legge n. 40/2004 il quale, proponendo l'adozione come un'opzione eventualmente sostitutiva della fecondazione artificiale, finisce per snaturare l'istituto stesso dalla sua precipua funzione, quella di fornire uno strumento attraverso il quale poter garantire al minore una famiglia in cui potersi sviluppare: una finalità ben diversa da quella della PMA, che intende invece risolvere i problemi riproduttivi della coppia che non può procreare per vie naturali a causa di sterilità o infertilità.

10 *Contra* S. ROBOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, p.157 in cui si evidenzia la sostanziale inesistenza di argomenti di principio che possano distinguere tra procreazione naturale e procreazione assistita sul piano dei diritti fondamentali.

11 Cfr. E. DOLCINI, *Legge sulla procreazione assistita e laicità dello Stato: da sempre, un rapporto difficile*, in *Dir. Pen. Cont.*, 27 novembre 2013.

La graduale e continua metamorfosi della disciplina della fecondazione artificiale è pertanto il risultato di plurimi tentativi di bilanciamento tra opposte esigenze realizzati dai giudici, principalmente relativi a tre tra più odiosi divieti e limiti predisposti dal legislatore, tutti variamente affetti da un evidente *deficit* di laicità, oltre che ispirati da granitici pregiudizi di natura etica e religiosa: si tratta, in particolare, dei limiti all'applicazione delle tecniche sugli embrioni di cui all'art. 14 della legge n. 40/2004, del divieto di sperimentazione sugli embrioni umani *ex art. 13*, da cui è desumibile un irragionevole divieto di diagnosi genetica preimpianto, e del divieto previsto dall'art. 4, comma 3, di ricorrere a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, associato ad una misura sanzionatoria particolarmente afflittiva.

2.

Il primo affondo della Corte Costituzionale contro il rigido limite dei tre embrioni da trasferire.

L'intervento della Corte Costituzionale sui mortificanti limiti applicativi delle tecniche di fecondazione artificiale sugli embrioni ha rappresentato uno dei più significativi sforzi realizzati dalla giurisprudenza nel faticoso percorso di ridimensionamento dei presupposti non solo procedurali, ma anche ideologici precisati dal legislatore.

Con la sentenza n. 151 del 2009 la Consulta ha, infatti, sapientemente restituito ragionevolezza all'art. 14 della legge n. 40/2004, rimuovendo le asfissianti soglie predisposte dalla norma e individuando nella salute della donna un valore imprescindibile.

Nella sua configurazione originaria, la disposizione si articolava in una pluralità di divieti e sanzioni evidentemente orientati alla totale protezione dell'embrione e della sua integrità, indifferente rispetto a qualsiasi logica di bilanciamento con altri interessi e valori meritevoli di tutela.

Ai divieti di soppressione e di crioconservazione degli embrioni si affiancava il divieto di creazione di embrioni c.d. soprannumerari al fine di scongiurare un loro eventuale sacrificio¹²; a quest'ultimo si associava poi l'obbligo di un unico e contemporaneo impianto. L'autorizzazione alla crioconservazione rappresentava un'ipotesi eccezionale, configurabile esclusivamente nel caso di impossibilità di trasferimento degli embrioni a causa di gravi motivi di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna, comunque imprevedibile al momento della fecondazione: se, a prima vista, il dettato del comma 3 poteva apparire come una deroga al reato di crioconservazione realizzata in funzione di un bilanciamento di interessi, in realtà si configurava come un ulteriore mezzo, perfettamente coerente con l'intero ordito della legge, idoneo a scongiurare una potenziale manipolazione o strumentalizzazione dell'embrione prima del suo trasferimento in utero, comunque da realizzare appena possibile. L'impossibilità, ancora attuale, di effettuare una riduzione embrionaria di gravidanze plurime, se non in ossequio alle procedure previste dalla legge in tema di interruzione volontaria di gravidanza, e la previsione di aspre e simboliche sanzioni conseguenti alla violazione delle disposizioni previste dall'art. 14 sono poi due ennesimi indici di un'ostilità del legislatore nei confronti di metodi artificiali di riproduzione e manipolazione degli embrioni tale da infliggere alla donna che ricorra alle tecniche di PMA « un trattamento peggiorativo e punitivo, per la sua tracotanza, rispetto a colei che abbia concepito per vie naturali »¹³.

A distanza di cinque anni dalla sua entrata in vigore, tuttavia, la disposizione può dirsi riformulata quasi per intero.

Per effetto della pronuncia della Corte Costituzionale il comma 2 dell'art. 14 è stato dichiarato illegittimo limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre»: risulta dunque soppresso il limite massimo dei tre embrioni da impiantare contemporaneamente, che si poneva in insanabile contrasto sia con il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., riservando il legislatore il medesimo trattamento a situazioni dissimili, che con l'art. 32 Cost., per il potenziale pregiudizio cagionato alla donna e alla sua salute.

Le argomentazioni della Consulta a sostegno della decisione demolitoria sono caratteriz-

12 Cfr. tra gli altri O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Torino, 2009, p. 38.

13 Cfr. A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi e prassi*, Torino, 2012, p. 240.

zate dalla stessa logica e ragionevolezza che sembra invece sfuggita al legislatore nel configurare la disposizione: considerando che un risultato positivo della procreazione medicalmente assistita dipende sia dalle caratteristiche degli embrioni, sia dalle condizioni delle donne che si sottopongono alle procedure, l'individuazione di un limite legislativo alla creazione e all'impianto di embrioni finisce per *aggravare*, e non agevolare, le procedure di fecondazione assistita.

Quanto minori saranno le probabilità di attecchimento embrionale, tanto maggiore sarà il rischio di dover esporre la donna a ulteriori e reiterati cicli di fecondazione e all'insorgenza conseguente di sindromi da iperstimolazione ovarica; nell'ipotesi inversa, invece, l'esito totalmente positivo dell'impianto condurrà a gravidanze trigemine, considerate alla luce dei dati di esperienza e dalla letteratura scientifica come gravidanze a rischio per potenziali complicazioni e pregiudizi sia per la salute della donna che dei nascituri.

La predisposizione di un limite fisso e massimo di tre embrioni impiantabili, dunque, oltre a violare il principio della gradualità e della minore invasività della tecnica di procreazione assistita il cui rispetto è richiesto dall'art. 4, comma 2, ha risvolti negativi nella prassi, determinando un'inaccettabile sperequazione dei diritti della donna rispetto a quelli dell'embrione¹⁴. Proprio al fine di evitare una simile conseguenza, la Corte Costituzionale aggiunge poi una fondamentale precisazione, statuendo che «la tutela dell'embrione non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione¹⁵».

Sotto questa nuova prospettiva di più ampio respiro, il venir meno dell'obbligatorietà di eseguire un unico e contemporaneo trasferimento degli embrioni in utero restituisce finalmente dignità al ruolo del medico¹⁶, in grado di stabilire l'*an* ed il *quantum* degli embrioni da produrre sulla base delle sue conoscenze tecnico-scientifiche, e di predisporre un piano terapeutico personalizzato per ogni coppia in base alle condizioni di salute di ciascuno dei suoi membri, considerate in concreto.

Se gli viene riconosciuta la possibilità di valutare, di volta in volta, il numero degli embrioni da impiantare strettamente necessario sia ad assicurare la buona riuscita della tecnica di fecondazione che a ridurre al minimo il potenziale pregiudizio per la salute della donna e del feto, il sanitario con la sua attività e con il consenso informato dei suoi pazienti diventa garante del rispetto di entrambi i principi di rango costituzionale che si sono riconosciuti come violati dall'art. 14 della legge sulla PMA nella sua originaria formulazione: attraverso la differenziazione delle posizioni di ciascuna coppia sulla base di valutazioni effettuate *ad hoc*, si assicura nuovamente il pieno rispetto del principio di uguaglianza e del principio di ragionevolezza, che ne rappresenta un'estrinsecazione; la tutela effettiva della salute fisica e psichica della donna, nel cui rispetto deve essere effettuato ogni intervento terapeutico, riduce il rischio di sproporzioni aprioristiche dettate da scelte di politica legislativa adottate ad esclusiva e totale salvaguardia dell'embrione e restituisce all'art. 32 Cost. il suo naturale respiro.

Il giudice *a quo*, peraltro, non si lascia sfuggire un'importante occasione per suggerire chiaramente una "gerarchia" tra i valori coinvolti in un processo così complesso com'è quello della fecondazione assistita, e per ricollocare la salute della donna al centro di ogni possibile decisione sul trasferimento di embrioni. La Corte, facendo propria tale riflessione, si rifà integralmente al portato della fondamentale e ancora attuale sentenza costituzionale n. 27 del 1975 in tema di interruzione di gravidanza sottolineando che, indipendentemente dalla definizione giuridica del concepito, «non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione, che persona deve ancora diventare»¹⁷.

L'iter logico-argomentativo demolitorio della Consulta sull'incostituzionalità dell'art. 14 della legge n. 40/2004, articolato sui diversi profili già commentati, raggiunge però il suo culmine nelle considerazioni conclusive, che rappresentano l'ultimo ma non meno significativo affondo dei giudici costituzionali contro l'incoerenza della disposizione in questione. Nella sua nuova veste, l'art. 14 appena smantellato non può tollerare la sopravvivenza del limite

14 L. RISICATO, *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 688.

15 Corte Cost. 1 aprile 2009 – 8 maggio 2009 n. 151.

16 G. FERRANDO, *Fecondazione in vitro e diagnosi preimpianto dopo la decisione della Corte Costituzionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, p. 350.

17 Corte Cost. 18 febbraio 1975, n. 27, in *Giur. cost.*, 1975, 117 ss.

rappresentato dal divieto di crioconservazione degli embrioni prodotti: se le tecniche di produzione non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario, considerata anche l'evoluzione della scienza medica, il primo comma della norma in parola è destinato a subire una considerevole deroga.

L'effetto della sentenza n. 151 del 2009 è, così, quello di statuire implicitamente anche il riconoscimento della piena liceità – e non più il divieto – della crioconservazione degli embrioni che sono stati prodotti ma non impiantati tutti contemporaneamente¹⁸, in virtù di una scelta del medico che, seppur discrezionale, dev'essere comunque orientata a garantire sia l'efficacia della terapia che la salvaguardia della salute della donna¹⁹.

Con questo primo e fondamentale intervento giurisprudenziale, la legge n. 40/2004 comincia a svuotarsi dei suoi opprimenti contenuti e ad acquistare finalmente coerenza con il sistema normativo del nostro ordinamento, rendendosi non solo più tollerabile agli occhi di qualsiasi lettore che abbia a cuore i fondamentali principi costituzionali, ma anche più malleabile rispetto alle esigenze concrete delle coppie che intendano accedere a metodi procreativi alternativi rispetto a quelli naturali, impossibilitate a causa di situazioni patologiche impeditive della procreazione non diversamente risolvibili²⁰.

La soppressione dell'irragionevole limite dei tre embrioni da trasferire in un unico e contemporaneo impianto e la conseguente deroga al divieto di crioconservazione di quegli embrioni che non siano stati trasferiti stravolgono, dunque, le originarie modalità di realizzazione del processo di fecondazione artificiale, facendo venire meno la portata propositiva di una disposizione fulcro dell'intera normativa sulla procreazione medicalmente assistita, ma lasciano irrisolti diversi profili problematici relativi agli altri due più controversi divieti predisposti dal legislatore in merito alla fecondazione assistita: il divieto di diagnosi genetica preimpianto e il divieto di fecondazione eterologa.

Nel corso dei dieci anni trascorsi dall'entrata in vigore della legge n. 40/2004, anche questi imponenti limiti principalmente posti alla piena libertà di ricerca e sperimentazione scientifica e al principio di autodeterminazione dell'individuo sono stati gradualmente erosi dal tenace impegno della giurisprudenza nazionale e sovranazionale.

3. La sostanziale disapplicazione del divieto di diagnosi genetica preimpianto.

Strettamente connesso al tema del divieto di crioconservazione e di impianto contemporaneo di un numero prestabilito di embrioni è un altro limite che appare desumibile da una lettura combinata di più disposizioni della l. n. 40/2004, consistente nella preclusione che il legislatore prospetta dinanzi alla possibilità di effettuare una diagnosi genetica su cellule prelevate dagli embrioni prima del loro trasferimento in utero²¹, al fine di selezionare per l'impianto soltanto quelli privi di eventuali malattie cromosomiche e genetiche ed anomalie potenzialmente idonee a generare patologie nel nato o, ancor prima, a provocare il rischio di

18 Cfr., con argomentazioni eterogenee, E. DOLCINI, *Embrioni nel numero "strettamente necessario": il bisturi della Corte Costituzionale sulla legge n. 40 del 2004*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 960 e L. EUSEBI, *Problemi aperti circa le condotte incidenti sulla vita umana*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, p. 860 ss.

19 In questo senso anche M. MANETTI, *La sentenza sulla PMA, o del legislatore che volle farsi medico*, in *www.costituzionalismo.it*, 28 maggio 2009.

20 Cfr. *Relazione del Ministro della Salute al Parlamento sullo stato di attuazione della legge contenente norme in materia di procreazione medicalmente assistita* (l. 19 febbraio 2004, n. 40, art. 15), 2011, in *www.ministerosalute.it*, 2013. Nella Relazione si riferiscono diversi dati statistici raccolti a seguito della svolta ottenuta grazie alla fondamentale sentenza della Corte Costituzionale, che evidenziano gli effetti positivi prodotti dalla declaratoria di incostituzionalità dell'art. 14 della legge n. 40 del 2004. Tra gli altri, si registra il costante incremento del numero di coppie trattate nei centri italiani di PMA e di gravidanze ottenute attraverso la fecondazione assistita; si sottolinea anche la diminuzione e il progressivo affiancamento alla media europea del numero di gravidanze e parti plurigemellari conseguenti all'applicazione di tecniche di fecondazione *in vitro*.

21 F. FIORENTINO, *La diagnosi genetica preimpianto: problemi pratici e questioni applicative in campo medico*, in *Tecnologie riproduttive e tutela della persona*, p. 115 ss.; C. FLAMIGNI, *La procreazione assistita. Fertilità e sterilità tra medicina e considerazioni bioetiche*, Bologna, 2011, p. 86.

un'interruzione di gravidanza spontanea e precoce²².

Sebbene non esista una norma specifica che consacrì formalmente il divieto, un ostacolo al riconoscimento della piena liceità²³ di tale tecnica diagnostica sembrerebbe individuabile nell'art. 13 della disciplina in tema di procreazione medicalmente assistita, dedicato alla sperimentazione sugli embrioni umani, verso la quale è palese una diffusa avversione²⁴: se il comma 1 della norma *de qua* prevede un generalizzato divieto di sperimentazione su ciascun embrione, il successivo comma specializza la portata sostanziale dell'intera disposizione, introducendo una figura ulteriore di attività – definita “ricerca clinica e sperimentale” – rispetto alla quale il legislatore si dimostra più indulgente, vincolandone la realizzazione a finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche, sebbene in via del tutto residuale rispetto ad altre prospettabili metodologie alternative.

Come è stato osservato, il comma 2 dell'art. 13 configurerebbe dunque una causa di giustificazione rispetto alla fattispecie descritta dal comma 1, che invece tipizza il delitto di sperimentazione come forma di strumentalizzazione e manipolazione dell'embrione. Se la fattispecie base si riferisce, pertanto, a qualsiasi attività di accertamento e studio di ipotesi non verificate condotta con un approccio scientifico-sperimentale²⁵, la fattispecie ulteriore, che racchiude in sé il *genus* della sperimentazione, si caratterizzerebbe per un *quid pluris* che la differenzia e specializza, rappresentato dalla realizzazione di indagini finalizzate alla ricerca, la diagnosi e la cura di malattie dell'embrione in vista del suo impianto in utero e della successiva fase di vita intrauterina²⁶.

Completando la lettura della parte propositiva dell'art. 13, si dimostra infine particolarmente coerente con gli scopi di indistinta tutela della integrità e dignità della vita dell'embrione – i comuni denominatori dell'intera legge n. 40/2004 – il comma 3 b) in tema di ingegneria genetica, che presidia il valore dell'irripetibilità dell'essere umano vietando draconianamente «ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti ovvero interventi che [...] siano diretti ad alterare il patrimonio genetico²⁷ dell'embrione o del gamete o a predeterminarne caratteristiche genetiche».

Dall'analisi congiunta delle tre disposizioni, per lo più congegnate come divieti di gradata intensità, traspare un evidente e ingiustificato giudizio sfavorevole del legislatore²⁸ nei confronti della realizzazione di tecniche diagnostiche precedenti all'impianto. Ciò fornisce lo spunto per l'individuazione di diversi profili e livelli di irragionevolezza del divieto così come è stato complessivamente prospettato: anche questo limite alla sperimentazione e ricerca, autentico pilastro fondante lo statuto punitivo della procreazione medicalmente assistita, ignora

22 La letteratura scientifica sul tema è amplissima, ma tradizionalmente vanno ben distinti i diversi metodi diagnostici praticati sull'embrione in considerazione dello stadio del processo riproduttivo: la diagnosi preconcezionale è la pratica realizzata sui gameti ancor prima della realizzazione del concepimento allo scopo di accertarne lo stato di “salute”; anche la semplice osservazione non invasiva dell'embrione precede il trasferimento in utero e mira a valutare lo stato di salute dell'embrione e l'opportunità del successivo impianto; la diagnosi preimpianto viene realizzata attraverso l'esame di cellule prelevate dall'embrione prima del suo trasferimento in utero; la diagnosi prenatale è chiaramente realizzata dopo il trasferimento ed impianto dell'embrione e consente di individuare eventuali anomalie del feto nella fase della gravidanza. Cfr. per le diverse tecniche, scopi e risultati delle tecniche di diagnosi preimpianto, tra gli altri; P. BRAUDE, S. PICKERING, F. FLINTER, C. MACKIE OGILVIE, *Preimplantation genetic diagnosis*, in *Nature Review/ Genetics*, 2002, 3, p. 940 ss.; C. CASINI, M. CASINI, M.L. DI PIETRO, *La legge 19 febbraio 2004 n. 40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Commentario*, Torino, 2004, p. 205; A. DE VOS - A. VAN STEIRTEGHEM, *Aspects of biopsy procedures prior to preimplantation genetic diagnosis*, in *Prenat Diagn*, 2001, 21, p. 767 ss.; G. GAMBINO, *Diagnosi prenatale. Scienza, etica e diritto a confronto*, Napoli, 2003; L.C. KREY, *Quality assessment of human embryos; state of the art and future perspectives*, in REVELLI - TUR KASPA - GUNNAR HOLTE - MASSOBRIO, *Biotechnology of human reproduction*, p. 201 ss.; NYGREN - ANDERSEN, *Assisted reproductive technology in Europe*; Y. VERLINSK, *Analysis of the first polar body: preconception genetic diagnosis*, in *Human Reprod*, 1990, 5, p. 828.

23 G. BALDINI, *PMA e diagnosi genetica preimpianto (PGD). Profili di illegittimità costituzionale del (presunto) divieto posto dalla legge n. 40 del 2004*, in BALDINI, SOLDANO (a cura di), *Tecnologie riproduttive e tutela della persona. Verso un comune diritto europeo per la bioetica*, 2007, p. 149.

24 La funzione general-preventiva della norma è assicurata dalla predisposizione di sanzioni estremamente afflittive, tanto da apparire simboliche: il trasgressore è infatti punito con la reclusione da due a sei anni e con la multa da 50.000 a 150.000; se è anche esercente una professione sanitaria, il condannato è altresì sospeso dall'esercizio della professione da uno a tre anni.

25 A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi e prassi*, Torino 2012, p. 252 ss.

26 F. GIUNTA, *Sperimentazione clinica*, in *Diritto Penale*, a cura di F. Giunta, Milano, 2008, p. 920 ss.; *Contra* C. CASINI, M. CASINI, M. L. DI PIETRO *La legge 19 febbraio 2004, n. 40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Commentario*, p. 200 ss.: secondo gli Autori, infatti, esisterebbe una differenza sostanziale tra ricerca e sperimentazione, termini che non potrebbero essere usati come sinonimi. Se la sperimentazione è per lo più distruttiva, implicando necessariamente la modifica del corpo su cui si interviene, la ricerca non può essere invasiva in quanto si sostanzierebbe in un'attività di semplice osservazione e studio.

27 Sulla paradossale equiparazione tra la verifica dell'esistenza di anomalie genetiche dell'embrione mediante diagnosi preimpianto ed il tentativo di alterazione del suo patrimonio genetico v. L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008, p. 28.

28 Cfr., tra gli altri, E. DOLCINI, *Legge sulla procreazione assistita e laicità dello stato: da sempre un rapporto difficile*, cit., 27 novembre 2013.

o sottostima le inevitabili ed illogiche conseguenze applicative negative a favore di presunte superiori istanze di integrale tutela della naturalità della generazione umana, realizzando un'ennesima patente violazione del principio di laicità.

Non soltanto tradisce ingiustamente le legittime aspettative delle coppie di aspiranti genitori, ma neutralizza in partenza anche i possibili vantaggi derivanti dagli sviluppi delle indagini scientifiche sugli embrioni, inibite dalla criminalizzazione della maggior parte degli interventi di manipolazione tecnica dell'embrione in potenza idonei a servire ad applicazioni diverse dal loro semplice impiego in processi di fecondazione artificiale.

Il primo livello di illogicità è sistematico ed endogeno rispetto allo stesso ordito della disciplina sulla procreazione medicalmente assistita: viene immediatamente all'attenzione un difetto di impostazione della normativa stessa, che fa emergere un chiaro contrasto tra l'art. 13 della legge n. 40 del 2004 e l'art. 14, il cui comma 5 espressamente prescrive il diritto che le coppie che possono accedere alle tecniche di PMA hanno di essere informate «sul numero e, su loro richiesta, sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire nell'utero»²⁹.

Una simile formulazione fa senz'altro inciampare il legislatore nel groviglio da lui stesso intrecciato, se si considera che un'informazione adeguata sulla salute degli embrioni ancora da trasferire può essere oggi fornita agli aspiranti genitori proprio e soltanto attraverso le stesse tecniche diagnostiche genetiche preimpianto che sono vietate nel nostro ordinamento, ma che allo stesso tempo rappresentano spesso l'unico strumento per individuare e selezionare i soli embrioni privi di anomalie o patologie ereditarie.

Non è valso, al fine di risolvere l'*impasse*, il tentativo di ricostituire la coerenza in realtà mai posseduta dagli articoli messi a confronto, attraverso la precisazione, nonché l'inevitabile riduzione, dell'ambito delle indagini da effettuare sull'embrione prima dell'impianto. Le Linee Guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di PMA definite dal Ministero della Salute nel 2004 in ossequio all'art. 7 della l. n. 40/2004, infatti, limitavano ogni diagnosi relativa allo stato di salute degli embrioni creati *in vitro*, ai sensi dell'articolo 14, comma 5, ad un'indagine di tipo "osservazionale". Si precludeva così la possibilità di realizzare qualsiasi tipo di intervento diretto sull'embrione, ammettendosi la sola osservazione al microscopio della morfologia, della consistenza e della vitalità dell'embrione, incapace di individuare efficacemente eventuali anomalie³⁰. Annullata per eccesso di potere dal Tar del Lazio, la limitazione delle Linee guida del 2004 non è più contemplata in quelle definite successivamente, che non circoscrivono più, dunque, la diagnosi relativa alla salute degli embrioni all'indagine di tipo solo osservazionale, ma lasciano ancora il nervo scoperto, rappresentato dalla persistenza del divieto di diagnosi preimpianto come vero *punctum dolens* della normativa sulla fecondazione assistita.

Un secondo livello di incoerenza si individua in occasione del confronto e del coordinamento della disciplina italiana con la normativa internazionale sul tema. A fronte di un atteggiamento di netta chiusura del legislatore italiano sulle ipotesi di sperimentazione sugli embrioni umani e di ricerca con finalità diverse da quelle terapeutiche e diagnostiche, la Convenzione di Oviedo sui diritti dell'Uomo e la biomedicina, all'art. 18³¹, dimostra un contegno meno rigoroso nei confronti di potenziali indagini sugli embrioni *in vitro*.

Se, da un lato, introduce due precisi vincoli alla libertà di ricerca, rappresentati dal divieto di produzione di embrioni umani a fini di ricerca (peraltro perfettamente sovrapponibile al comma 3 a) della legge n. 40 /2004) e dalla necessaria garanzia di un'adeguata protezione dell'embrione, dall'altro non esclude *a priori* la possibilità di ricerca, ma lascia alla legislazione particolare dei singoli Stati membri la facoltà di ammetterla o vietarla. La Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano riguardo all'applicazione della biologia e della medicina non assume, dunque, una posizione netta in merito alla libertà di studio e sperimentazione, anche se – vale ammetterlo – il tenore della disposizione lascerebbe apprezzare l'eventuale ammissibilità delle indagini sugli embrioni da parte dei singoli Stati

29 A questa disposizione si correla l'art. 6 della stessa legge, a norma del quale il medico è tenuto a una capillare informazione dei soggetti che accedono alle tecniche in ordine ad ogni fase di applicazione delle tecniche di procreazione artificiale, ai metodi utilizzati, alle probabilità di successo e agli eventuali rischi derivanti dalle stesse.

30 Sul punto anche A. CARIOLA - S. PAPANDREA, *Riflessioni minime su una legge controversa: l'obbligo di impianto nella disciplina sulla fecondazione assistita*, in www.laprocreazioneassistita.it.

31 A norma dell'art. 18 della Convenzione di Oviedo «quando la ricerca sugli embrioni in vitro è ammessa dalla legge, questa assicura una protezione adeguata all'embrione. La costituzione di embrioni umani a fini di ricerca è vietata».

«più come un'eccezione che come una regola generale»³². Diversa è invece la formulazione dell'art. 12 della stessa Convenzione, rubricato "Test genetici predittivi"³³ e del § 83 del suo Rapporto esplicativo, che esclude la presenza di limiti «al diritto di eseguire test diagnostici su un embrione al fine di stabilire se è portatore di caratteri ereditari che comporteranno una malattia grave per il bambino che dovrà nascere».

Molto più pregnante è invece l'incongruente risultato del coordinamento sistematico tra la legge in materia di procreazione medicalmente assistita e un'altra fondamentale disciplina nazionale su un tema eticamente sensibile: quella relativa alla tutela sociale della maternità e all'interruzione volontaria di gravidanza.

Sebbene siano state introdotte nel nostro ordinamento per scopi fondamentalmente opposti – per consentire alla coppia sterile o infertile di rimuovere le cause impeditive della procreazione l'una, per evitare la maternità alla donna che potrebbe subire dalla prosecuzione della gravidanza o dal parto un pregiudizio serio alla sua salute fisica o psichica l'altra – le normative in esame affrontano lo stesso tema della procreazione come atto di volontà positivo o negativo, rappresentando così due facce della stessa medaglia: sono entrambe strumenti legislativi che dimostrano come il raccordo tra il diritto e la tecnica e la scienza medica in costante evoluzione sia potenzialmente in grado di garantire alla donna il pieno esercizio della libertà di autodeterminarsi rispetto a scelte che la coinvolgono, in tutte le sue possibili connotazioni.

Messa a confronto la l. n. 40/2004 con la l. n. 194/1978, nasce immediatamente una certa perplessità conseguente al riscontro dell'effettiva e illogica disparità di trattamento tra la donna che, al fine di accertare la presenza di malattie ereditarie nell'embrione, intenda accedere a tecniche diagnostiche preimpianto ormai ritenute affidabili alla luce del progresso scientifico, e quella che invece richieda a gravidanza già instaurata un'indagine prenatale sul feto, per mezzo di tecniche che risultano decisamente più invasive sia per la donna stessa che per il nascituro.

Lostinato tentativo di perseguimento della *ratio* di salvaguardia incondizionata della dignità e dell'integrità dell'embrione inesorabilmente spinge il legislatore fino a una patente violazione del principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3 Cost.³⁴: se è ragionevole la scelta di differenziare gli statuti punitivi dell'embrione e del feto in considerazione dei diversi interessi coinvolti, non lo è quella di accordare una tutela più marcata al primo rispetto al secondo, che si trova ad uno stadio di sviluppo più avanzato. La presenza di una malattia genetica non potrebbe dunque essere accertata su un embrione non ancora trasferito in utero, ma può essere invece verificata su un feto, con la conseguenza di indurre la donna a scegliere di interrompere una gravidanza che, con ogni probabilità, non avrebbe desiderato se avesse conosciuto i potenziali pregiudizi per il nascituro. L'impressione è che ci si trovi di fronte ad un caso di completa e aprioristica assimilazione del concepito a tutti gli altri soggetti coinvolti nel processo procreativo³⁵, noncurante della necessaria valutazione concreta e del bilanciamento degli eventuali rischi o benefici derivanti da indagini più o meno gravose.

Un ultimo rilevante profilo che vale a censurare definitivamente il divieto di diagnosi preimpianto è proprio quello riguardante la sua applicazione pratica, e in particolare le condizioni per l'accesso alle tecniche diagnostiche.

La legge sulla fecondazione medicalmente assistita individua all'art. 4, comma 1 esclusivamente la *sterilità* o l'*infertilità* come presupposti per l'accesso alle tecniche di fecondazione artificiale, trascurando situazioni patologiche intermedie che renderebbero comunque i portatori di tali malattie meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento. Se la versione del 2008 delle Linee guida del Ministero della Salute relative alle procedure e alle tecniche di PMA estende l'accesso alle tecniche anche alla coppia in cui l'uomo sia affetto da malattie virali sessualmente

32 Lo rilevano C. CASINI – M. CASINI – M.L. DI PIETRO, *La legge 19 febbraio 2004 n. 40*, p. 200.

33 A norma di tale articolo «non si potrà procedere a dei test predittivi di malattie genetiche o che permettano sia di identificare il soggetto come portatore di un gene responsabile di una malattia sia di rivelare una predisposizione o una suscettibilità genetica a una malattia se non a fini medici o di ricerca medica, e con riserva di una consulenza genetica appropriata».

34 V. sul punto L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008, p. 20 ss.

35 Probabilmente in forza dello stesso art. 1 della l. n. 40/2004, che delinea le finalità delle norme in materia di PMA. In realtà occorre sottolineare che la stessa Corte Costituzionale, nella sentenza n. 48 del 2005, ha precisato la portata meramente *enunciativa* dell'articolo introduttivo della legge sulla fecondazione assistita, dal quale non è dunque possibile trarre un'interpretazione che prospetti la soggettivizzazione dell'embrione che persona non è, non essendo ancora venuto ad esistenza.

trasmissibili³⁶, restano invece esclusi dall'accesso alla diagnosi genetica preimpianto e dalla PMA *tout court* i soggetti portatori di gravi malattie genetiche, sebbene non sterili o infertili³⁷.

La possibilità di una coppia portatrice di tali patologie di accedere o meno ad indagini diagnostiche preimpianto ed alle tecniche di procreazione medicalmente assistita dipende dunque, attualmente, dalla diversa soluzione ermeneutica che si adotta in merito al significato di "coppia infertile": se si accede ad un'interpretazione estensiva del concetto di infertilità, i soggetti portatori di anomalie genetiche possono accedere a diagnosi e selezione preimpianto perché in grado di condurre una gravidanza, ma non anche di portarla a termine a causa del rischio di aborti spontanei; se, diversamente, tali soggetti non sono considerati infertili, la porta d'ingresso alle tecniche diagnostiche precedenti all'impianto e a quelle di fecondazione artificiale è inesorabilmente sbarrata.

L'occasione per una riflessione sulle conseguenze pratiche negative del divieto desumibile dall'articolo 13 della legge n. 40/2004 e sul tentativo di trovare una via d'uscita all'aporia determinata dalla sua applicazione è rappresentata dall'analisi del caso dei coniugi Costa e Pavan³⁸. Si tratta di due cittadini italiani, portatori sani della mucoviscidosi ma non sterili, i quali, esclusi dalla legge italiana dall'accesso alla diagnosi preimpianto al fine di poter selezionare un embrione non affetto da tale patologia, hanno adito la Corte Europea dei diritti dell'Uomo nel 2010, lamentando la violazione degli artt. 8 e 14 della CEDU da parte della normativa italiana.

La pronuncia della Corte di Strasburgo sul tema è di fondamentale importanza, soprattutto per i risvolti relativi alle prospettive di evoluzione ed alla modifica sostanziale della legge italiana, già contrastante con i nostri stessi principi costituzionali. La sentenza condanna lo Stato italiano al risarcimento del danno morale cagionato alla coppia, alla quale è invece riconosciuto il diritto a concepire un figlio sano attraverso l'accesso alla diagnosi e alla selezione preimpianto. Accertato il contrasto tra l'art. 4 della normativa italiana in materia di PMA e l'art. 8 CEDU, che sancisce il diritto al rispetto della vita privata e familiare, i giudici della Corte Europea dei diritti dell'Uomo consentono finalmente a quelli italiani di sollevare la questione di legittimità costituzionale ex art. 117 Cost., rilevando la violazione dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali, allo scopo di ottenere un adeguamento delle norme interne al principio di cui all'art. 8 CEDU³⁹.

Oltre a quello originariamente previsto dall'art. 14, comma 2 ed ormai rimosso, anche il divieto di diagnosi e selezione preimpianto dal febbraio 2013 è definitivamente depotenziato grazie all'intervento correttivo della giurisprudenza, attenta a mantenere gli equilibri non garantiti dal legislatore.

L'ultima recente pronuncia emessa dal Tribunale di Roma⁴⁰ sul caso dei coniugi Costa e Pavan dopo la pronuncia di Strasburgo raggiunge uno stadio ulteriore: il giudice ordina le indagini diagnostiche e di selezione preimpianto alla struttura Asl che si era rifiutata, in ossequio a quanto statuito dai giudici europei, senza prima sollevare la questione pregiudiziale di costituzionalità, considerando che la regola ricavabile dalla sentenza Corte EDU è sufficientemente precisa ed incondizionata da sostituirsi senza ambiguità a quella interna, riconosciuta contraria alla Convenzione. Il giudice italiano con la sua ordinanza, pertanto, giunge alla sostanziale disapplicazione dell'art. 4 della l. n. 40/2004, di fatto sostituendosi al legislatore nel sopprimere l'intollerabile ostacolo all'accesso alle tecniche per i soggetti portatori di patologie genetiche.

36 Le Linee guida del 2008 fanno riferimento a infezioni da HIV, HBV o HCV per l'elevato rischio di infezione per la madre o per il feto che costituisce una causa di infertilità maschile, ostativa della procreazione a causa della necessaria adozione di precauzioni che si traduce in una condizione di infecondità.

37 Si sottolinea che i termini "sterilità" ed "infertilità" sono dalle Linee Guida del 2008 utilizzati come sinonimi, contrariamente a quanto precisato da vasta letteratura scientifica in materia: vedi *supra*, § 1.

38 La sentenza della Corte EDU del 28 agosto 2012 (ric. N. 54270/10) è consultabile, [cliccando qui](#).

39 Cfr. E. DOLCINI, *Legge sulla procreazione assistita e laicità dello stato: da sempre, un rapporto difficile*, cit., 27 novembre 2013.

40 Trib. Roma, ordinanza 23 settembre 2013, in *magistraturademocratica.it*. Dopo la pronuncia della Corte di Strasburgo, la coppia chiede al Tribunale di Roma che venga ordinato in via d'urgenza alla ASL resistente di farli accedere alle procedure di procreazione medicalmente assistita con diagnosi genetica preimpianto sull'embrione, adottando ogni provvedimento ritenuto opportuno in relazione al caso in esame.

4.

Il superamento del divieto di fecondazione eterologa: la sentenza della Corte costituzionale 9 aprile 2014, n. 162.

Quello sulla fecondazione eterologa è stato certamente il più coriaceo dei divieti originariamente predisposti in materia di PMA: ha rappresentato, infatti, il prodotto normativo della posizione assunta da forze politiche influenzate da granitici pregiudizi di natura etica e religiosa, ponendosi in evidente contrasto con il principio di laicità dello Stato⁴¹.

Elaborato in violazione dei principali parametri costituzionali e dei fondamentali diritti della persona, è stato considerato il divieto che più a lungo e più strenuamente ha presidiato il presunto valore della naturalità della procreazione, e che ha inoltre evitato al legislatore lo scomodo compito di riconoscere definitivamente la legittimità di un modello di famiglia diverso da quello tradizionale, costituito dalla coppia eterosessuale e unita in matrimonio⁴².

Ancora una volta miope di fronte alla realtà sociale in evoluzione, attraverso l'art. 4, comma 3 della L. n. 40/2004 il legislatore non ha tutelato alcun bene di rilevanza costituzionale⁴³, restando piuttosto paternalisticamente ancorato all'urgenza di tutela della sola famiglia naturale⁴⁴, l'unica ritenuta idonea a garantire un rapporto di genitorialità biologica assunto come necessario⁴⁵.

A ben vedere, le pratiche di fecondazione realizzate avvalendosi di gameti che provengono da un terzo soggetto donatore estraneo alla coppia non offendono alcun bene giuridico.

Non pregiudicano la salute della donna sottoposta alle tecniche, né la espongono a rischi diversi da quelli cui potenzialmente sarebbe soggetta se ricorresse alla fecondazione omologa.

Non rappresentano una violazione dell'obbligo di fedeltà coniugale, considerato non solo che la pratica viene realizzata con l'accordo ed il consenso della coppia, ma anche che il delitto di adulterio è stato dichiarato già da tempo incostituzionale.

Non convince la *ratio* a sostegno del divieto di donazione di gameti, individuata nella tutela dell'interesse primario del figlio ad un'identità familiare e alla certezza biologica della genitorialità come «condizione prioritaria per la strutturazione della sua identità personale»⁴⁶: non esiste alcuna prova scientifica che evidenzi che i soggetti nati attraverso le tecniche di fecondazione eterologa siano destinati a vivere in contesti familiari deteriori rispetto a quelli nati attraverso processi riproduttivi tradizionali, e ciò dimostra come il legame affettivo prescinda da quello biologico e come la coincidenza tra genitorialità sociale e biologica rappresenti oggi più un dato esteriore e formale che una reale necessità ai fini della piena realizzazione del migliore interesse del nato.

La realizzazione di tecniche di fecondazione eterologa non lascia spazio neanche a paventati rischi di scambio di materiale genetico e denaro: il principio della necessaria gratuità di tale scambio, garantito dalla donazione dei gameti, esclude la minaccia dell'eventuale creazione di un mercato illecito della PMA.

Accertata l'assenza di "danno sociale"⁴⁷ nella donazione di gameti, non resta che constatare che il vero disvalore della fecondazione artificiale eterologa risiede semplicemente nell'apporto di materiale genetico di un terzo rispetto alla coppia, che si inserisce nel processo riproduttivo all'interno di un contesto relazionale ed affettivo già costituito⁴⁸: l'ostinata salvaguardia del paradigma della famiglia tradizionale lascia balenare il sospetto di un malcelato pregiudizio nei confronti di modelli genitoriali e familiari nuovi, ma comunque ormai specchio di una

41 L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008, p. 41 ss.

42 E. DOLCINI, *La legge sulla fecondazione assistita, un esempio di "sana laicità"*, in www.statoechiese.it, 2009, p.9.

43 S. CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, p. 418.

44 G. DI COSIMO, *Quando il legislatore predilige un punto di vista etico/religioso: il caso del divieto di donazione dei gameti*, in *Dir. Pen. Cont.*, 17 ottobre 2013, p. 8; S. TORDINI CAGLI, *Il paternalismo legislativo*, in *Criminalia*, 2011, p.326.

45 Condivisibile l'affermazione di Vallini per cui l'art. 29 Cost., riconoscendo le prerogative della famiglia naturale, non intende esclusivamente quella caratterizzata dalla discendenza biologica, ma altresì tutela la formazione di nuclei affettivi fondati su presupposti diversi, comunque garantiti dagli artt. 2 e 30 Cost.: A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi e prassi*, Torino, 2012, p. 61, 121.

46 C. CASINI, M. CASINI, M.L. DI PIETRO, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Commentario*, Torino, 2004, p. 74.

47 L'espressione è di E. DOLCINI, che diffusamente affronta il tema in *Il punto sulla fecondazione assistita: in particolare il problema della fecondazione eterologa*, in *Corr. merito*, 2013.

48 L. EUSEBI, *Lo statuto dell'embrione, il problema eugenetico, i criteri della generazione umana. La legge n. 40/2004 e i quesiti referendari*, in www.laprocreazioneassistita.it.

società plurale in costante progresso.

Si tratta di un pregiudizio di carattere esclusivamente morale, privo di qualsiasi appiglio costituzionale ma ancor prima logico, se si considera che la realizzazione di pratiche di fecondazione eterologa rappresenta spesso l'unico strumento che la coppia infertile ha a disposizione allo scopo di realizzare la stessa finalità proclamata dalla legge n. 40/2004 agli artt. 1 e 4, cioè quella «di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi» qualora sia «accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione».

Sotto il profilo della conformità a Costituzione, il divieto di donazione di gameti si rivelava da tempo illegittimo, se analizzato da diversi angoli prospettici.

Violava il principio di uguaglianza consacrato nell'art. 3 Cost., generando un'inaccettabile situazione di disparità di trattamento tra le coppie che, al fine di diventare genitori, devono ricorrere a tecniche di fecondazione omologa e quelle che, impossibilitate a fornire gameti propri, devono servirsi di quelli di un terzo; ancor prima non consentiva una considerazione bilanciata tra forme di infertilità che coinvolgono entrambi i soggetti che formano la coppia e quelle che invece attengono al singolo individuo.

L'art. 4, comma 3 della legge sulla procreazione assistita si poneva poi in palese contrasto con l'art. 32 Cost., che in positivo sancisce il principio di autodeterminazione dell'individuo in materia terapeutica e consente al paziente di richiedere e di sottoporsi a qualsiasi trattamento sanitario che possa risolvere un suo problema di salute.

La legittimità costituzionale del divieto era, infine, messa in discussione per la sua incompatibilità con gli artt. 2, 13, 29, 30 e 31 Cost. che, a diversi livelli, proteggono la libertà di ciascuno a svolgere la propria personalità, il diritto a procreare ed alla formazione di una famiglia⁴⁹.

La questione di legittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa è stata recentemente e definitivamente affrontata dalla Consulta che, accogliendo i ricorsi presentati dai tribunali di Milano, Firenze e Catania, ha dichiarato l'incostituzionalità degli articoli 4, comma 3, 9, commi 1 e 3 e 12, comma 1 della legge 19 febbraio 2004, n. 40: la pronuncia della Corte Costituzionale rappresenta però solo l'ultimo provvedimento dei giudici italiani in merito all'odioso divieto di donazione di gameti, preceduto da fondamentali ed autorevoli interventi sul tema dei giudici sovranazionali.

È la Corte EDU a pronunciarsi per prima sul divieto di fecondazione eterologa contenuto nella normativa austriaca in materia di PMA, la quale consente l'accesso alle tecniche di fecondazione artificiale omologa come *extrema ratio* rispetto a situazioni di totale inefficacia dei metodi riproduttivi tradizionali; ammette poi, in presenza di circostanze eccezionali, la realizzazione della fecondazione medicalmente assistita eterologa *in vivo* ma vieta quella realizzata *in vitro*⁵⁰.

Con la sentenza dell'1 aprile 2010, la Prima Sezione della Corte europea affronta il caso *S.H. e altri c. Austria*⁵¹, accogliendo tutte le argomentazioni sostenute dai ricorrenti, due coppie di cittadini austriaci affette da sterilità, e condanna l'Austria per la violazione dell'art. 8 della CEDU in combinato disposto con l'art. 14: non soltanto viene individuata una violazione del diritto dei ricorrenti al rispetto della propria vita privata e familiare, nel cui alveo è ricondotto anche il diritto di formare una famiglia e di ricorrere a tal fine a tecniche di fecondazione medicalmente assistita⁵², ma è anche evidenziato il carattere discriminatorio della lamentata limitazione di una libertà consacrata nella Convenzione, tale da generare situazioni di trattamento irragionevolmente differenziato tra coppie che intendano accedere alle tecniche di PMA.

Nonostante le peculiarità della normativa austriaca in tema di fecondazione eterologa con cui la Corte di Strasburgo si è trovata a confrontarsi, da questa pronuncia di prima istanza è possibile isolare considerazioni che agevolmente possono formularsi anche in relazione al divieto di fecondazione eterologa originariamente previsto dalla legge sulla procreazione as-

49 R. BARTOLI, *La totale irrazionalità di un divieto assoluto, Considerazioni a margine del divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p.90 ss.; M. D'AMICO, *Sull'incostituzionalità del divieto di "fecondazione eterologa" fra principi costituzionali ed europei*, in D'AMICO, LIBERALI (a cura di), *Il divieto di donazione dei gameti. Fra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, p.18 ss.

50 Artt. 3(1) e 3 (2) della *Fortpflanzungsmedizinengesetz*.

51 Anche la sentenza citata nel testo, come la successiva pronuncia della Grande Camera del 3 novembre 2011, è reperibile in traduzione italiana presso la sezione "Strumenti" del sito www.giustizia.it.

52 Una simile estensione dell'ambito di tutela dell'art. 8 CEDU è riconosciuta da più pronunce della stessa Corte europea, tra cui i casi *Evans c. Regno Unito* e *Dickson c. Regno Unito*.

sistita in Italia, ed in particolare quelle relative alla patente violazione da parte delle norme interne non solo dei principi costituzionali, ma anche delle norme convenzionali.

L'*input* fornito dai giudici europei ha infatti sollecitato i giudici di Firenze, Catania e Milano a sollevare dinnanzi la Corte Costituzionale la questione di legittimità relativa al controverso articolo 4, comma 3 della legge n. 40/2004, fondandola principalmente sul lamentato contrasto tra la disciplina sulla PMA e l'art. 117, comma 1 Cost., che impone il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario.

Lo slancio dei giudici italiani si rivela però intempestivo, dato il carattere non definitivo della pronuncia della Prima Sezione della Corte Edu: la sentenza della *Grande Chambre* del 3 novembre 2011, intervenuta a seguito di rinvio del caso, l'unica ad essere definitiva ex art. 44 CEDU, riforma integralmente la decisione dell'anno precedente affermando che il divieto di fecondazione eterologa sancito dalla legislazione austriaca rappresenta un'interferenza proporzionata e compatibile con l'art. 8 CEDU e nega pertanto la violazione, da parte della stessa disciplina nazionale, del diritto al rispetto della vita privata e familiare riconosciuta dalla Convenzione europea.

Considerato il *novum* costituito dalla diversa pronuncia della Grande Camera rispetto all'interpretazione formulata dalla Prima Sezione, la Corte Costituzionale italiana, senza entrare nel merito della questione⁵³, con l'ordinanza interlocutoria n. 150 del 22 maggio 2012 riunisce i giudizi di costituzionalità sollevati e restituisce gli atti ai giudici *a quibus* affinché procedano ad un rinnovato esame delle questioni sottoposte al suo giudizio alla luce della sentenza sopravvenuta il 3 novembre 2011.

Il secondo tentativo dei giudici italiani di formalizzare con una pronuncia della Consulta l'irragionevolezza del divieto di donazione di gameti ha esito positivo: dopo aver ricalibrato il tiro accogliendo l'invito della Corte Costituzionale, infatti, i giudici di Milano, Catania e Firenze riformulano le questioni di legittimità abbandonando il riferimento all'art. 117 Cost. e valorizzando piuttosto quegli stessi parametri costituzionali sulla cui violazione la Corte aveva in primo luogo deciso di non pronunciarsi. Le tre ordinanze eccepiscono in particolare l'irriducibile contrasto tra le norme della legge n. 40/2004 che vietano e sanzionano pesantemente l'accesso e la realizzazione di tecniche di fecondazione eterologa e gli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost.: seguendo l'*iter* logico-argomentativo seguito dai tutti i tribunali rimettenti, il divieto di donazione di gameti compromette il diritto della coppia di autodeterminarsi in ordine alla scelta di creare una famiglia, impedendo l'utilizzo dell'unico strumento spesso utilizzabile per risolvere i problemi di fertilità e sterilità; ne consegue un'ingiusta disparità di trattamento tra coppie, che sono differenziate esclusivamente in relazione al *tipo* di sterilità da cui sono afflitte⁵⁴.

Lo scorso 9 aprile la Corte Costituzionale si pronuncia, abbattendo anche l'ultimo dei soffocanti divieti predisposti dal legislatore in tema di PMA, sopravvissuto per ben dieci anni alla scure dei giudici e responsabile di un'intollerabile contrazione di diritti e libertà fondamentali di ogni individuo, nonché della contaminazione delle scelte di politica legislativa da parte di istanze di natura esclusivamente confessionale: il divieto di fecondazione eterologa è illegittimo qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità *assolute e irreversibili*. La sensazione, però, è che l'accezione di sterilità o infertilità debba essere intesa nel senso più ampio possibile, poiché la Corte privilegia una nozione *esistenziale* di salute umana.

Dichiarando l'incostituzionalità dell'articolo 4 comma 3, della legge n. 40/2004 e degli articoli 9, commi 1 e 3, limitatamente alle parole «in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3», e 12, comma 1, ancora una volta la Consulta si ritrova ad assumere il ruolo di supplente di un legislatore incapace di apportare le necessarie modifiche ad una normativa manifestamente irragionevole.

La sentenza n. 162/2014 approfondisce l'intera tematica relativa regolamentazione della fecondazione assistita di tipo eterologo, affrontandola sotto angoli prospettici che richiamano i parametri costituzionali interni e non anche quelli utilizzati dalla Corte EDU⁵⁵. I giudici

53 A. PIZZORUSSO, *La restituzione degli atti al giudice a quo nel processo costituzionale incidentale*, Milano, 1965.

54 Trib. Milano, ord. 29 marzo 2013, con nota di A. VERRI, *Il Tribunale di Milano rimette nuovamente alla Corte Costituzionale la questione concernente la legittimità costituzionale della fecondazione eterologa*, in *Dir. Pen. Cont.*, 15 aprile 2013.

55 Critico sulla decisione di fondare l'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa (solo) su parametri costituzionali interni è A. RUGGERI, *La Consulta apre alla eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al "dialogo" con la Corte Edu*, in *Forum Quaderni costituzionali*.

costituzionali riconoscono, in primo luogo, l'urgenza di un serio bilanciamento tra i diversi e fondamentali interessi che vengono in rilievo.

Numerosi passaggi della motivazione sanciscono e precisano altrettanti principi già riconosciuti nel nostro ordinamento, ma di cui la Corte incisivamente chiarisce l'effettiva portata e latitudine, anche alla luce della maturata coscienza sociale.

Il primo nodo sciolto dalla sentenza attiene alla collocazione del ricorso alle tecniche di fecondazione eterologa tra le libertà ascrivibili all'individuo. La determinazione di avere o meno un figlio è espressione della generale libertà di autodeterminazione ed, in quanto tale, è incoercibile perché concerne la sfera intima e privata della persona; la scelta di diventare genitori e formare una famiglia spetta anche alla coppia sterile o infertile che intenda perseguire tale scopo accedendo alle tecniche di PMA di tipo eterologo. Considerate queste due fondamentali premesse, il sillogismo si completa: anche per tali ultimi soggetti la scelta deve considerarsi incoercibile.

A corollario – e a sostegno – della conclusione che riassume l'argomentazione logica della Corte, la sentenza chiosa: «il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa»⁵⁶.

Non rileverebbe dunque, sul punto, l'obiezione – variamente argomentata nel tempo – sulle potenziali conseguenze negative per il nato da fecondazione eterologa, correlate alla violazione del diritto a conoscere la propria identità genetica e alla genitorialità non naturale. Simili preoccupazioni non possono essere alimentate, se solo si osserva che la regolamentazione generale dello stato giuridico del nato e dei rapporti con i genitori già predisposta dalla legge n. 40/2004 e dalla legge n.184/1983 in tema di adozione⁵⁷ è direttamente applicabile anche al nato da PMA eterologa, che dunque godrà dello stato di figlio nato nel matrimonio o riconosciuto, ma non potrà vantare alcuna relazione giuridica parentale con il donatore di gameti.

È evidente, già in questa prima articolazione della sentenza, la costante tendenza della Corte Costituzionale a ribadire un assunto che sembra essere sfuggito al legislatore in occasione della predisposizione della normativa sulla procreazione medicalmente assistita: la fecondazione eterologa ha come caratteristica quella di rappresentare una *species* rispetto al più ampio *genus* della PMA, è ciò – insiste la Corte – vale a subordinare tale peculiare tecnica alla normativa generale in tutte le sue disposizioni in virtù degli ordinari canoni interpretativi, e non a *differenziarne completamente* lo statuto.

Se per ben dieci anni è stata considerata come una tecnica di tipo eccezionale, emarginata in quanto “estrema”, la PMA di tipo eterologo riacquista adesso dignità assurgendo, anche in Italia, ad una delle diverse soluzioni prospettabili e praticabili da chi intenda superare i propri problemi riproduttivi derivanti da sterilità o infertilità.

Le differenze della fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo rispetto a quella di tipo omologo, inoltre, non rappresentano un ostacolo dirimente alla totale tutela del diritto alla salute di chi ricorra alle tecniche: indipendentemente dal tipo di pratica scelta per formare una famiglia deve essere garantita la salute dell'individuo, sia fisica che *psichica*.

Preso atto, infatti, che la permanenza del divieto di donazione di gameti potrebbe produrre conseguenze negative sulla salute anche psichica della coppia, e ledere proprio l'art. 32 che invece la tutela, la Consulta interviene evidenziandone l'inadeguatezza, nonché riaffermando quanto già precisato nelle sue precedenti pronunce (le fondamentali sentenze n. 8 del 2011 e n. 151 del 2009): l'intervento in ordine alle pratiche terapeutiche ed alla loro appropriatezza «non può nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica del legislatore, ma deve tenere conto anche degli indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche»⁵⁸. E proprio al fine di ridurre la probabilità di simili giudizi aprioristici dettati da scelte di politica legislativa, la titolarità delle scelte terapeutiche dev'essere riservata al medico, che agisce responsabilmente ed in piena autonomia, sempre assistito dal consenso del paziente⁵⁹.

Non c'è alcun rischio di scivolare nel c.d. *slippery slope*: la possibilità che la realizzazione della PMA di tipo eterologo pieghi la pratica medica a fini consumistici, assecondando “il

56 Cfr. § 6, diritto, che si riferisce all'istituto dell'adozione come esempio che dimostra la generale approvazione dell'ordinamento nei confronti della formazione di un nucleo familiare nel quale non rileva l'identità genetica.

57 I giudici costituzionali fanno esplicito riferimento all'art. 28 comma 5, della legge n.184/1983, recante norme relative al diritto del minore ad una famiglia, nel quale si specificano le modalità per l'accesso alle informazioni in merito all'identità dei genitori biologici dell'adottato.

58 Vedi § 7, diritto, Corte Cost. 10 giugno 2014 n. 162, su giurcost.org.

59 Sul punto cfr. anche § 2.

desiderio di autocompiacimento" della coppia, è scongiurata *ex ante* dalla valutazione circa l'opportunità della esecuzione della fecondazione assistita da parte del professionista che si affida alla scienza medica ed alle evidenze scientifiche acquisite; *ex post* dal potere di controllo del legislatore, che mantiene la facoltà di verifica che le eventuali scelte mediche siano adottate in conformità ai parametri costituzionali e non ledano altri interessi di pari rango.

Dopo aver confermato l'incompatibilità del divieto di donazione di gameti con i parametri costituzionali individuati dai giudici di Catania, Milano e Firenze, le argomentazioni della Corte Costituzionale si orientano verso l'analisi dei potenziali effetti della soppressione delle norme che vietano la fecondazione eterologa.

Ancora una volta le parole dei giudici costituzionali risultano rassicuranti: l'accoglimento delle questioni di legittimità sollevate dai giudici *a quibus* davanti alla Corte non determinerà alcun vuoto normativo, così come prospettato, invece, dall'interveniente, secondo il quale le censure proposte sarebbero dunque da considerare inammissibili.

A giudizio della Consulta, infatti, la censura del divieto introdotto dall'art. 4, comma 3 della legge n. 40/2004 non può giustificare la paventata sensazione di *horror vacui* per due semplici ordini di ragioni. Giurisprudenza consolidata nell'ambito della stessa Consulta – e richiamata nella stessa pronuncia n. 162/2014 – chiarisce che, in generale, l'intervento della Corte a rimedio di un *vulnus* costituzionale, se provoca eventuali carenze legislative, dev'essere seguito dalla sollecita azione del legislatore, cui compete l'introduzione di disposizioni idonee a colmare il vuoto generato dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale.

Nel caso di specie si osserva, tuttavia, che tale vuoto non sussiste, essendo le norme di divieto e sanzione previste dalla normativa in tema di PMA perfettamente valide ed applicabili anche per lo svolgimento della fecondazione eterologa⁶⁰.

L'attenta anamnesi della preclusione introdotta dal legislatore con l'art. 4, comma 3 della legge n. 40, condotta dai giudici costituzionali attraverso la ricostruzione dei profili di illegittimità oggetto dello scrutinio, si perfeziona in una logica conclusione, enucleata e sviluppata nel § 13 dei motivi di diritto della decisione: il divieto censurato è «il risultato di un irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco, in violazione anche del canone di razionalità dell'ordinamento».

La diagnosi del divieto di fecondazione assistita è dunque "deficit di ragionevolezza".

Il divieto viola il canone di razionalità dell'ordinamento perché nega *in toto* il diritto alla genitorialità alle coppie affette da gravi patologie che causano sterilità ed infertilità assolute ed irreversibili, disattendendo la stessa *ratio legis* nonché lo stesso art. 3 Cost. che esige leggi ispirate a criteri di «coerenza logica, teleologica e storico-cronologica».

Non supera il test di proporzionalità, in quanto l'esigenza di assoluta tutela del nato che risulta dalla preclusione non è bilanciata da una corrispondente tutela del diritto della coppia di formare una famiglia: l'illogico squilibrio tra i diversi interessi in gioco diventa intollerabile soprattutto quando costringe gli aspiranti genitori a sottoporsi alle tecniche di PMA eterologa in altri Paesi, trasformando inaccettabilmente la disponibilità di risorse economiche in condizione necessaria e sufficiente per l'esercizio di un diritto fondamentale.

Per la Corte Costituzionale la prognosi del divieto di donazione di gameti è pertanto senz'altro infausta: l'art. 4, comma 3 della legge n. 40/2004 e le correlate disposizioni degli artt. 9, commi 1 e 3, e 12, comma 1 non possono sopravvivere, affetti da un insuperabile vizio di legittimità⁶¹.

All'indomani dalla pronuncia sulla norma simbolo della legge n.40/2004, gli effetti della soppressione del divieto di fecondazione eterologa sono lampanti.

Un dato, in particolare, richiama l'attenzione e manifesta la totale inadeguatezza della

60 Cfr. § 11.1, diritto. In questo passaggio della sentenza la Corte Costituzionale passa in rassegna le singole disposizioni che risultano efficacemente applicabili anche ai casi di donazione di gameti: l'art. 5 relativo ai requisiti soggettivi per l'accesso alle tecniche, l'art. 6 in tema di consenso, l'art. 7 sulle Linee guida emanate dal Ministro della salute, l'art. 8 che riconosce al nato da procreazione assistita (anche eterologa) lo status di figlio legittimo o riconosciuto dalla coppia, gli artt. 10 e 11 concernenti l'individuazione delle strutture autorizzate all'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita e la loro registrazione presso l'Istituto superiore di sanità, l'art. 12 che concentra l'intero statuto punitivo della PMA. Al di là dei riferimenti interni alla legge n. 40/2004 e per profili ulteriori rispetto a quelli già disciplinati dalla stessa normativa, i giudici costituzionali richiamano, inoltre, le norme relative alla donazione di tessuti e cellule umani e quelle in tema di adozione, come riferimenti normativi cui la fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo è certamente subordinata.

61 Per un primo, analitico commento della sentenza costituzionale 162/2014 v. [V. TIGANO, La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i futuri interessi del nascituro](#), in *Dir. Pen. Cont.*, 13 giugno 2014.

norma, ormai dichiarata incostituzionale, a rappresentare un valido strumento utile a risolvere in concreto i problemi di migliaia di coppie sterili: soltanto a poche settimane dalla pronuncia della Corte Costituzionale sono pervenute ai Centri Cecos di fecondazione assistita in Italia migliaia di richieste di accesso alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, soprattutto relative all'ovodonazione⁶². L'esponentiale aumento della domanda da parte delle coppie si associa però a dubbi e perplessità in ordine alle procedure da seguire per la fecondazione eterologa: i Centri italiani non sono ancora in grado di fornire una risposta certa circa le modalità di attuazione delle tecniche, la cui definizione spetta al Ministero della Salute attraverso la prossima ed auspicabilmente sollecita emanazione di nuove linee guida.

5. **Le fallimentari disposizioni superstiti della legge 40. In particolare, il suo apparato punitivo spropositato e irrealistico: un pernicioso caso di diritto penale simbolico.**

Neutralizzati gli effetti dei tre più controversi articoli “fulcro” della normativa in materia di PMA, la legge del 19 febbraio 2004, n. 40, sentenza dopo sentenza, risulta oggi quasi integralmente smantellata, privata dei suoi più inaccettabili punti cardinali: stancamente sopravvive nel suo originario involucro attraverso poche norme che, preso anche atto dei progressi della scienza e del mutato spirito dei tempi, non hanno più ragion d'essere e contribuiscono a rendere la disciplina italiana una tra le più restrittive, se raffrontata alle norme che regolano la fecondazione assistita nel resto d'Europa.

Il principale riferimento normativo superstite è l'art. 5 della legge n.40/2004, in forza del quale resta in piedi una delle disposizioni che meglio sintetizza l'ordito ideologico che caratterizza l'intera architettura della legislazione nazionale, cioè l'irragionevole divieto di accesso alle tecniche di fecondazione assistita per i *single* e per le coppie omosessuali. Non soltanto viola gli artt. 3 e 32 Cost. e finisce inevitabilmente per tradire gli stessi intenti che la legge n. 40/2004 si prefigge⁶³, ma non può nemmeno giustificarsi in virtù della presenza di una disposizione omologa in qualcuna delle principali legislazioni europee: se la maggior parte delle discipline degli Stati europei, tra cui quelle belga, inglese e spagnola, non fa alcun accenno all'orientamento sessuale dei soggetti che compongono la coppia come requisito per l'accesso alle tecniche di PMA, la normativa olandese esplicitamente ammette le coppie omosessuali ai trattamenti di fecondazione assistita senza particolari condizioni o restrizioni; come quella spagnola ammette poi specificamente alle tecniche di PMA tutte le donne indipendentemente dal loro stato civile.

Il richiamato art. 5 della legge italiana è responsabile, inoltre, della sopravvivenza del divieto di accesso alle tecniche per i soggetti portatori di gravi malattie genetiche, anche se non sterili o infertili. Sebbene la questione della sua legittimità sia attualmente sottoposta all'attenzione della Corte Costituzionale a seguito dell'ordinanza del Tribunale di Roma del 14 gennaio 2014 e sia stata già affrontata dalla Corte Europea per i diritti dell'uomo nel 2012 con la pronuncia di condanna emessa nei confronti dell'Italia, una simile preclusione rappresenta una voce dissonante nel contesto europeo: legislazioni sul tema, quali quella francese, inglese e spagnola, correttamente individuano nelle tecniche di procreazione assistita non solo uno strumento per rimuovere problemi di sterilità non altrimenti risolvibili, ma anche un efficace mezzo attraverso il quale garantire alle coppie portatrici di malattie genetiche il diritto di generare un figlio sano.

Non è ancora sfuggita all'assalto dei giudici nazionali e sovranazionali la disposizione che vieta qualsiasi sperimentazione sugli embrioni umani, prevista dall'art. 13, commi 1 e 2, e che esclude ogni possibilità di utilizzo di embrioni per la ricerca scientifica, impedendo così alle coppie la donazione di embrioni.

⁶² Il comunicato di Cecos, l'associazione che raggruppa i principali centri di fecondazione medicalmente assistita pubblici e privati in Italia, contenente i dati relativi alle richieste è consultabile su cecos.it/stampa.

⁶³ Sul punto vedi § 1.

Si tratta di una disposizione la cui violazione è punita con sanzioni⁶⁴ talmente rigide da apparire simbolicamente predisposte dal legislatore ad esclusiva tutela della dignità e dell'irripetibilità dell'essere umano, talmente illogiche da inibire completamente la ricerca anche sulle cellule staminali embrionali, l'unica potenzialmente in grado di giungere a significativi progressi nella cura di malattie ancora inguaribili. La stessa assimilazione tra clonazione riproduttiva e clonazione a fini di ricerca operata dall'art. 13, poi, lascia sorgere pesanti dubbi circa la conformità della norma a Costituzione, considerato che quello della libertà di ricerca scientifica è un principio costituzionalmente protetto.

La comprensibile insofferenza nei confronti dell'illogicità del divieto e della sua sopravvivenza è stata però, anche in questo caso, manifestata dalla questione di legittimità sollevata innanzi la Corte Costituzionale, la quale ha sospeso il proprio giudizio in attesa che la Grande Camera della Corte di Strasburgo si pronunci.

Non trascurabile, infine, è la norma che maggiormente contribuisce a configurare la legge n. 40/2004 come un pernicioso esempio di diritto penale simbolico: l'art. 12, che declina in dieci commi (*rectius*: nove, dopo la declaratoria di illegittimità costituzionale del primo) divieti e sanzioni di spropositata afflittività.

Lo statuto punitivo della procreazione medicalmente assistita può oggi dividersi in due macro-divieti: il primo attiene al rigido rispetto da parte del professionista dei requisiti soggettivi per l'accesso alle tecniche (comma 2) e del principio del consenso informato per la loro realizzazione (comma 4); il secondo (commi 6 e 7) è invece predisposto al fine di scongiurare l'adozione di metodi fecondativi diversi da quelli tradizionali, ancora una volta a presidio della dignità ed irripetibilità dell'essere umano.

Comune denominatore di entrambi i gruppi di divieti è l'assoluta sproporzione tra la condotta eventualmente posta in essere dal trasgressore ed il trattamento sanzionatorio che gli viene riservato.

Gli illeciti amministrativi di cui all'art. 12, comma 2 vengono puniti con una sanzione amministrativa pecuniaria che va da 200.000 a 400.000 euro, quelli di cui al comma 5 con la sanzione amministrativa pecuniaria da 100.000 a 300.000 euro. La severità quasi esemplare dell'intervento punitivo fa trasparire la stessa *ratio* delle disposizioni appena richiamate, che non può che ravvisarsi nell'intento del legislatore di introdurre un deterrente alla realizzazione di condotte su cui ha espresso un giudizio etico di totale disapprovazione. La stessa forza dissuasiva dei divieti è peraltro rafforzata da un'ulteriore sanzione accessoria, quella della sospensione dall'esercizio dell'attività professionale per il medico e dalla sospensione dell'autorizzazione concessa alla struttura dove sono eseguite le pratiche vietate.

La connotazione ideologica dell'art. 12 con la sua carica deterrente si rivela, inoltre, nelle stesse disposizioni penali contenute nei commi 6 e 7⁶⁵, che sanzionano pesantemente non più soltanto il medico, ma chiunque realizzi la fattispecie incriminatrice descritta dalla norma.

Alla violazione del divieto di realizzazione, organizzazione o pubblicizzazione della commercializzazione di gameti o di embrioni, insieme a quello di surrogazione di maternità, è associata la pena della reclusione da tre mesi a due anni e la multa da 600.000 a un milione di euro senza alcuna differenziazione tra le diverse condotte: a parte le considerevoli perplessità circa il divieto *assoluto* di maternità surrogata, la cui liceità sarebbe invece utile a superare casi di sterilità idiopatica, la norma pecca di eccessiva indeterminatezza. L'equiparazione tra le diverse condotte finisce, infatti, per anticipare eccessivamente la soglia della tutela ad uno stadio – quello della promozione – che è addirittura antecedente rispetto a quello in cui può profilarsi «il pericolo astratto dell'impianto di gameti o embrioni “commercializzati” nell'utero»⁶⁶.

Anche nel caso di divieto di realizzazione di «un processo volto ad ottenere un essere uma-

64 Il comma 4 dell'art. 13 prevede infatti che «La violazione dei divieti di cui al comma 1 è punita con la reclusione da due a sei anni e con la multa da 50.000 a 150.000 euro. In caso di violazione di uno dei divieti di cui al comma 3 la pena è aumentata. Le circostanze attenuanti concorrenti con le circostanze aggravanti previste dal comma 3 non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste». Il comma 5 dello stesso articolo dispone poi la sospensione da uno a tre anni dall'esercizio professionale nei confronti dell'esercente una professione sanitaria condannato per uno degli illeciti previsti dall'art. 13.

65 Il comma 6 punisce con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità; il comma 7 sanziona chiunque realizza un processo volto ad ottenere un essere umano discendente da un'unica cellula di partenza, eventualmente identico, quanto al patrimonio genetico nucleare, ad un altro essere umano in vita o morto con la reclusione da dieci a venti anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro. È inoltre prevista, per il medico, l'interdizione perpetua dall'esercizio della professione.

66 L. RISICATO, *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 687.

no discendente da un'unica cellula di partenza, eventualmente identico, quanto al patrimonio genetico nucleare, ad un altro essere umano in vita o morto» il canone dell'offensività non è neppure lambito, essendo l'incriminazione riferita non già al risultato dell'attività procreativa ma ad un'astratta "realizzazione" dello stesso processo. Come nella fattispecie precedente, però, anche in questa occasione il legislatore non rispetta alcun criterio di proporzionalità nell'individuazione del *quantum* del trattamento sanzionatorio: l'art. 12, comma 7 punisce chi trasgredisce con la reclusione da dieci a venti anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro.

Non residuano dubbi circa i profili di illegittimità, anche costituzionale, delle stesse norme superstiti della legge n. 40/2004.

Risulta evidente, dall'analisi delle disposizioni sopravvissute, come l'impianto della legge sia stato lentamente ed instancabilmente eroso e depotenziato sia dall'applicazione delle tecniche nella prassi che dai progressivi interventi giurisprudenziali: nel corso di dieci anni dalla sua entrata in vigore, l'architettura della normativa sulla procreazione assistita si è, infatti, gradualmente impoverita dei suoi peculiari e soffocanti contenuti e risulta, dunque, in via di inevitabile estinzione. Non già per una inaspettata quanto coraggiosa svolta del legislatore, ma per la continua erosione del nucleo duro dell'impianto e soprattutto per la progressiva, sistematica disapplicazione delle sue norme, paradossalmente predisposte *contro* e non a favore della PMA, di fatto inadeguate sin dall'inizio ad adattarsi alle esigenze della realtà sociale in evoluzione.

GIURISPRUDENZA IN PRIMO PIANO

-
- 396** **La recente evoluzione giurisprudenziale sul nesso causale nelle malattie professionali da amianto**
Roberto Bartoli
-
- 409** **Il concorso c.d. anomalo di persone: una nuova apertura giurisprudenziale al criterio della prevedibilità in concreto**
Fabio Basile
-
- 417** **Risponde di estorsione la prostituta che minaccia il cliente costringendolo a pagare la prestazione? A proposito del concetto di ingiustizia del profitto**
Gian Luigi Gatta
-
- 421** **Disfunzione applicativa dell'art. 2635 c.c. tra vecchia e nuova formulazione della «corruzione tra privati»**
Lucia Zoli
-

LA RECENTE EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE SUL NESSO CAUSALE NELLE MALATTIE PROFESSIONALI DA AMIANTO*

Roberto Bartoli

ABSTRACT

Dopo una sintetica ricostruzione della struttura dell'accertamento del nesso causale, così come configurata dalla scienza giuridica e dalla giurisprudenza *post* Franzese, l'Autore compie una disamina dettagliata della più recente evoluzione giurisprudenziale in tema di causalità rispetto alle malattie professionali connesse all'amianto. Il quadro che ne esce è di estremo interesse, dovendosi registrare un netto contrasto in ordine all'effetto acceleratore sul mesotelioma da parte delle esposizioni successive alla c.d. iniziazione della patologia: nella giurisprudenza di merito, a un orientamento che afferma l'esistenza di tale effetto se ne contrappone un altro che invece lo nega; anche la giurisprudenza di legittimità risulta divisa tra un orientamento che accoglie l'ipotesi dell'effetto acceleratore e uno che invece prende atto di un contrasto all'interno dello stesso mondo scientifico. Alla luce di questo quadro si pone l'interrogativo se non sia divenuto necessario un intervento delle Sezioni Unite volto non tanto a prendere posizione sulla diatriba scientifica, quanto piuttosto a chiarire il ruolo del giudice allorché la stessa spiegazione scientifica di un determinato decorso casuale reale risulta incerta. A ben vedere, infatti, all'origine di questi contrasti sembra essere la stessa sentenza Franzese e un consolidato orientamento giurisprudenziale formatosi successivamente, i quali, attraverso il criterio della credibilità razionale, attribuiscono al giudice il ruolo di valutare lo stesso fondamento delle leggi scientifiche esplicative dei processi causali.

SOMMARIO

1. La struttura dell'accertamento causale come configurata dalla giurisprudenza *post* Franzese e dalla scienza giuridica più recente. – 1.1. L'accertamento del decorso causale reale e i suoi momenti generalizzante e individualizzante. – 1.2. L'accertamento del decorso causale ipotetico. – 2. I problemi causali posti dalle malattie professionali connesse all'amianto. – 3. L'evoluzione giurisprudenziale rispetto alle problematiche relative al decorso reale. – 4. I problemi causali posti dall'asbestosi. – 5. I problemi causali posti dal carcinoma. – 6. I problemi causali posti dal mesotelioma pleurico. – 6.1. In particolare, la questione dell'effetto acceleratore delle esposizioni successive rispetto al mesotelioma pleurico. – 7. Al cuore del problema: la questione rimasta ancora aperta dalla sentenza Franzese concernente il ruolo della credibilità razionale. – 8. E' necessario rimettere la questione alle Sezioni Unite? – 9. L'evoluzione giurisprudenziale più recente.

* È il testo della relazione svolta al Corso La sicurezza del lavoro: infortuni e malattie da lavoro, tenutosi presso la Scuola Superiore della Magistratura, nei giorni 21-23 maggio 2014.

1.

La struttura dell'accertamento causale come configurata dalla giurisprudenza *post* Franzese e dalla scienza giuridica più recente.

Prima di affrontare il tema che mi è stato assegnato, è opportuno compiere una premessa relativa alla causalità in generale e, più precisamente, relativa alla struttura dell'accertamento causale così come si è venuta a configurare a seguito della più recente evoluzione giurisprudenziale e grazie al contributo – per così dire – razionalizzante offerto dalla scienza giuridica. Si tratta di un punto spesso poco chiaro e sottovalutato, ma di fondamentale importanza, in quanto, come vedremo meglio in seguito, gran parte dei problemi posti dalla causalità sono sorti e permangono proprio in ragione della mancanza di consapevolezza in ordine a questa particolare struttura dell'accertamento causale.

1.1.

L'accertamento del decorso causale reale e i suoi momenti generalizzante e individualizzante.

Tale struttura si articola in due fasi fondamentali: l'accertamento del decorso causale reale e l'accertamento del decorso causale ipotetico¹. In particolare, l'accertamento del decorso causale reale è diretto a ricostruire la catena causale che lega l'evento alla condotta, vale a dire l'insieme dei fattori che fanno parte del processo causale. Tale accertamento si basa su un paradigma realistico, scientifico-esplicativo (o nomologico-deduttivo), a carattere *ex post*. Per realistico si intende che riguarda fattori della realtà fenomenologica effettivamente, concretamente, storicamente verificatisi nel passato. Per scientifico-esplicativo si intende che esso si basa sulla spiegazione del legame tra i fattori attraverso leggi scientifiche o, meglio ancora, si basa sull'impiego con funzione esplicativa delle leggi scientifiche. Con l'espressione *ex post*, si intende che la ricostruzione della catena causale muove dall'evento e, andando fattore per fattore, procede a ritroso fino alla condotta.

Si deve osservare anzitutto come l'accertamento del decorso reale si componga a sua volta di due momenti: il primo momento, a carattere – per così dire – sostanziale, è diretto a ricostruire in termini esplicativi il decorso causale in astratto ovvero in generale: in questo momento vengono in gioco le leggi scientifiche che si ritiene possano spiegare il decorso reale, vale a dire il legame che intercorre tra i singoli fattori della catena; il secondo momento, di tipo processuale, è diretto alla prova del decorso causale singolare, alla c.d. individualizzazione e concretizzazione della catena causale effettivamente verificatasi: in questo momento si verifica se le leggi scientifiche ipotizzate nel primo momento “astratto” sono state effettivamente presenti nel decorso storico del caso concreto. In buona sostanza, rispetto a un determinato evento morte si possono ipotizzare una pluralità di decorsi causali reali esplicativi, nel senso che si viene a creare una sorta di contrapposizione tra ipotesi astratte esplicative: di regola avviene che l'accusa ne ipotizzi uno che porta a individuare una condotta come fattore della catena causale di un evento, mentre la difesa ne ipotizza uno alternativo che invece porta a escludere che la stessa condotta possa essere considerata fattore della catena causale esplicativa del medesimo evento. Ebbene, il secondo momento processuale/probatorio tende a verificare/confermare l'ipotesi. Così, ad esempio, si può discutere se la morte dovuta a infarto intestinale e peritonite (parte comune a due decorsi) sia collegata a una garza lasciata nell'addome durante un precedente intervento chirurgico oppure alla mancanza di afflusso di sangue dovuto alle condizioni complicate del paziente per la presenza di un numero elevato di patologie². Andando ancora più a fondo, si deve osservare come nel secondo momento processuale finalizzato alla conferma dell'ipotesi si vadano ad escludere i decorsi causali alternativi.

¹ Sul punto, v. per tutti P. VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico: struttura sostanziale ed accertamento processuale*, in *Scritti in onore di G. Marinucci*, vol. II, Milano, 2006, 1969 ss.; G. MARINUCCI, *Causalità reale e causalità ipotetica nell'omissione impropria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 523 ss.; F. VIGANÒ, *Riflessioni sulla c.d. “causalità omissiva” in materia di responsabilità medica*, *ivi*, 2009, 1679 ss.; R. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, Torino, 2010, 331 ss. Inoltre, sia consentito rinviare a R. BARTOLI, *Il problema della causalità penale. Dai modelli unitari al modello differenziato*, Torino, 2010, 35 ss. e 70 ss.

² Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 7 marzo 2008-11 aprile 2008, Vavassori, in *CED Cass.*, n. 15282/2008.

Inoltre, occorre precisare fin d'ora – ma sul punto avremo modo di tornare anche in seguito perché problematico, ancorché decisivo, per la soluzione di importantissime questioni – che questi due momenti non possono che rispondere a due prospettive diverse: il momento “generalizzante” della elaborazione dell'ipotesi, che abbiamo definito sostanziale, è una fase che richiede una certezza dell'imputazione esplicativa dell'evento nella sostanza assoluta, nel senso che l'ipotesi esplicativa deve essere scientificamente fondata. Rispetto ad esso viene in gioco il principio di personalità della responsabilità penale, e discostarsi da una certezza assoluta significherebbe configurare una responsabilità addirittura per fatto altrui. Quindi: principio di personalità della responsabilità penale; certezza assoluta; certezza assoluta soddisfatta dalla scienza; ruolo del giudice di mero fruitore delle leggi scientifiche. Diversamente, il momento individualizzante della verifica/conferma dell'ipotesi, che abbiamo definito processuale, è una fase che richiede una certezza normo-valutativa coincidente con l'alta credibilità razionale: la prova che nel caso concreto si sia verificato un determinato decorso causale scientificamente fondato deve essere razionalmente fondata. Qui viene in gioco il principio della affermazione di responsabilità oltre ogni ragionevole dubbio. Quindi: oltre ogni ragionevole dubbio; certezza normativa; certezza normativa soddisfatta da una valutazione di razionalità/ragionevolezza; ruolo di protagonista del giudice attraverso le regole probatorie.

1.2.

L'accertamento del decorso causale ipotetico.

L'accertamento del decorso causale ipotetico è volto ad appurare l'efficacia del comportamento alternativo lecito. Aspetto preliminare da chiarire è quando tale accertamento entra in gioco, perché esso non deve essere compiuto sempre, ma soltanto allorché si debba stabilire se un comportamento avrebbe potuto impedire o attenuare il rischio di verificazione dell'evento (c.d. comportamento alternativo lecito), e quindi quando si è in presenza di una omissione o della violazione di regole cautelari. Detto diversamente, mentre nel caso di condotta attiva dolosa l'accertamento si esaurisce nel decorso causale reale, nel caso di condotta omissiva oppure di condotta attiva ma colposa, si deve andare ad accertare, oltre al decorso causale reale, il decorso causale ipotetico. Per spiegare ancora meglio questo passaggio, si considerino queste tre diverse ipotesi: Tizio uccide Caio tenendogli con la mano la testa sott'acqua (ipotesi dolosa); Sempronio bagnino non salva Mevio che nuota nella piscina pubblica (omissione colposa); la madre Tizia si allontana per un minuto dalla vaschetta in cui sta facendo il bagno al proprio piccolletto, il quale affoga (colpa). Dal punto di vista della spiegazione della morte, il decorso è identico: in tutti e tre i casi ci troveremo in presenza di una morte per affogamento, con tutto ciò che consegue sul piano della spiegazione causale del decorso reale (arresto cardio-circolatorio, dovuto ad arresto dell'apparato respiratorio, dovuto all'interruzione del meccanismo per la presenza di acqua etc.). Ciò che differisce è il decorso ipotetico: nel primo caso non si indaga nemmeno; nelle altre due ipotesi si indaga in termini sostanzialmente identici³: cosa sarebbe accaduto se il bagnino o la madre avessero realizzato il comportamento dovuto?

Ebbene, il decorso causale ipotetico si basa su un paradigma ipotetico-irreale, probabilistico-prognostico, *ex ante*. Per ipotetico-irreale si intende che si fa riferimento a una realtà che è solo immaginata, ma che non si è verificata in concreto: si indaga cosa sarebbe accaduto se il comportamento omesso fosse stato realizzato. Per probabilistico-prognostico si intende che si fa riferimento a una previsione strutturalmente basata su mere probabilità. Infine, è un giudizio *ex ante*, perché la stessa condotta è proiettata nel futuro (del passato, ossia al momento dell'esecuzione della condotta reale).

Attenzione: anche il decorso causale ipotetico si scompone in più momenti, nel senso che per imputare l'evento non è sufficiente accertare l'omissione del comportamento dovuto, ma occorre compiere alcune verifiche ulteriori. Anzitutto, si pone la necessità di verificare la c.d. “prevedibilità in astratto”: qui si discute se per l'elaborazione delle regole cautelari si debbano avere conoscenze scientificamente fondate della situazione di rischio oppure siano sufficienti

³ Nel senso invece di una differenziazione tra comportamento alternativo lecito connesso a regole cautelari e comportamento alternativo lecito connesso a un dovere di agire la cui violazione dà luogo a “mera” omissione, cfr. M. DONINI, *La causalità dell'omissione e l'imputazione “per l'aumento del rischio”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 42 s.; P. VENEZIANI, *Causalità della colpa e comportamento alternativo lecito*, in *Cass. pen.*, 2013, 1234 ss.

conoscenze meramente esperienziali. In secondo luogo, si pone un problema di “prevedibilità in concreto”, dovendosi verificare se l'evento realizzatosi concretizzi il rischio che la regola cautelare intendeva contenere. In terzo luogo, occorre verificare se il comportamento alternativo lecito fosse già in astratto in grado di contenere il rischio in termini di efficacia (c.d. “evitabilità in astratto”). Infine, si deve riscontrare “l'evitabilità in concreto”, vale a dire la reale e concreta efficacia impeditiva del comportamento alternativo lecito, e quindi escludere eventuali fattori reali che avrebbero invalidato l'efficacia astrattamente ipotizzata. E' evidente come rispetto a quest'ultimo momento si ponga anche un problema di prova in ordine all'esistenza effettiva dell'eventuale fattore impeditivo.

2.

I problemi causali posti dalle malattie professionali connesse all'amianto.

Chiusa questa premessa, si deve osservare come i problemi di causalità posti dalle malattie professionali riguardino sia il decorso reale che quello ipotetico, ma in questa sede mi concentrerò soltanto sui problemi posti dal decorso reale⁴. E la ragione di questa delimitazione non sta soltanto nel tema che mi è stato assegnato e nelle esigenze di spazio di questo lavoro, ma piuttosto nella necessità di mettere in evidenza la particolare acutezza di questi problemi relativi al decorso reale.

Ed infatti, anzitutto preme evidenziare come, a ben vedere, fuori dal tema delle malattie professionali, i maggiori problemi dalla causalità hanno sempre riguardato (e riguardano) non tanto il decorso causale reale, ma quello ipotetico. Tant'è vero che gli stessi problemi che dovettero affrontare la sentenza Franzese (e che in genere si affrontano nelle sentenze di colpa medica, ma anche in quelle di circolazione stradale o di disastro) non riguardavano la spiegazione dell'evento (il decorso reale), ma l'efficacia del comportamento alternativo lecito (il decorso ipotetico), perché i due orientamenti che si scontravano a colpi di percentuale non riguardavano la spiegazione dell'evento, ma l'efficacia del comportamento alternativo lecito che, come abbiamo accennato, si basa su un paradigma prognostico-probabilistico. Si pensi alla famosa sentenza Silvestri del 30% che destò enorme scalpore: la causa della morte (il decorso reale) era il tetano, quindi rispetto al decorso reale vi era una spiegazione scientifica universale e una certezza assoluta; problematico era invece se una cura realizzata tempestivamente avrebbe impedito la realizzazione dell'evento, e i medici legali risposero che nel 30% dei casi in cui avevano affrontato la stessa situazione vissuta dalla paziente poi deceduta, la somministrazione della cura aveva evitato la morte⁵. Al contrario, i problemi che si affrontano nel settore delle malattie professionali riguardano – per così dire – preliminarmente proprio il decorso reale, vale a dire il pilastro della causalità nella sua consistenza naturalistica e scientifico-esplicativa.

Non solo, ma mentre, fuori dal tema delle malattie professionali, nei casi in cui si pongono problemi relativi al decorso causale reale, tali problemi riguardano soprattutto la dimensione della prova e quindi l'esclusione dei percorsi causali alternativi (momento c.d. individualizzante), al contrario rispetto alle malattie connesse all'amianto si pone invece soprattutto un problema che attiene alla dimensione sostanziale del decorso causale reale, concernente la stessa individuazione delle leggi scientifiche esplicative (momento c.d. generalizzante). Ed infatti, nella stragrande maggioranza dei casi diversi dalle malattie professionali in cui si affronta il tema del nesso causale, è soprattutto la prova del decorso concreto ad essere problematica. Si pensi al classico esempio delle trasmissioni del virus hiv: qui non si discute in ordine alla legge scientifica esplicativa dell'evento che esiste ed è addirittura certa, quanto piuttosto se

⁴ I problemi attinenti al decorso causale ipotetico nei casi di amianto sono fondamentalmente tre, tutti connessi alla patologia del mesotelioma pleurico: anzitutto, se alla base dell'elaborazione della regola cautelare possano stare mere conoscenze esperienziali, invece che scientifiche (prevedibilità in astratto): è noto infatti che al tempo in cui si elaborarono le regole cautelari per contrastare il rischio da amianto mancavano vere e proprie conoscenze scientifiche intorno alla spiegazione causale del mesotelioma pleurico; in secondo luogo, ci si chiede se l'evento morte da mesotelioma verificatosi concretizzi il rischio che la regola cautelare intendeva contenere (prevedibilità in concreto): è chiaro infatti che se si ritiene che la regola cautelare era orientata a contenere solo il rischio asbestosi, il mesotelioma non concretizza tale rischio; infine, si pone la questione se il comportamento alternativo lecito fosse effettivamente in grado di contenere il rischio già in astratto (evitabilità in astratto). Sul tema sia consentito rinviare a R. BARTOLI, *La responsabilità penale da esposizione dei lavoratori ad amianto*, in *Dir. Pen. Cont.*, 25 gennaio 2011, 29 ss.

⁵ Cass. pen., Sez. IV, 12 luglio 1991, Silvestri, in *Foro it.*, 1992, II, 363 ss.

nella vicenda concreta la trasmissione sia avvenuta mediante rapporto sessuale oppure attraverso scambio di siringhe o per un errore nella trasfusione. Quando invece vengono in gioco le malattie professionali connesse all'amianto, se da un lato, come vedremo, si pongono anche questioni relative ai decorsi causali alternativi, dall'altro lato, però, ciò che è decisamente problematica è soprattutto la spiegazione scientifica del mesotelioma, discutendosi in ordine all'esistenza o meno di un effetto acceleratore della patologia da parte delle esposizioni successive. E quando si pongono problemi in ordine alla stessa formulazione dell'ipotesi esplicativa (momento generalizzante del decorso causale reale), ciò che viene messo a rischio è lo stesso principio sostanziale di personalità della responsabilità penale.

3. L'evoluzione giurisprudenziale rispetto alle problematiche relative al decorso reale.

L'evoluzione giurisprudenziale relativa alle malattie derivanti dall'esposizione all'amianto può essere distinta in due periodi: il primo periodo, che potremmo denominare dell'aumento del rischio, si è sviluppato prima della sentenza Franzese e si è caratterizzato per il fatto che non ci si interrogava neppure sui problemi connessi alla spiegazione causale dell'evento morte; in un secondo periodo, invece, il tema della spiegazione causale è divenuto centrale, ancorché in termini problematici.

In particolare, fino al 2001 la giurisprudenza non ha mancato di affermare che per l'esistenza del nesso causale «è sufficiente che si realizzi una condizione di lavoro idonea a produrre la malattia». In termini ancora più puntuali si può osservare che il problema del decorso causale ipotetico (vale a dire della efficacia del comportamento alternativo lecito) è stato affrontato prima di quello della spiegazione causale e che, rispetto a quest'ultima, si è affermato che «è nozione consolidata che il *rischio* di tumore del polmone e di mesotelioma sono correlati alla dose esposizione (durata per intensità di esposizione) e che in oncologia clinica sperimentale è acquisita la nozione secondo la quale riducendo la dose (in durata o in intensità) si ottiene una riduzione della frequenza dei tumori»; per poi concludere che «la correlazione del rischio di tumore al polmone e di mesotelioma con la dose di esposizione (durata per intensità) è dimostrata anche dalla letteratura che indica che alla diminuzione della dose di amianto *diminuirebbe la probabilità* delle patologie correlate»⁶ [corsivi nostri].

La giurisprudenza ha pertanto imputato gli eventi alla luce della sola efficacia del comportamento alternativo lecito, senza compiere l'indagine preliminare relativa alla spiegazione del decorso causale reale. Si tratta di una ipotesi di aumento del rischio che, violando il principio di personalità della responsabilità penale, è da ritenersi inammissibile⁷.

In un secondo periodo, successivo alla sentenza Franzese, la giurisprudenza ha iniziato a interessarsi alla spiegazione causale. In particolare, il passaggio fondamentale che ha aperto a questa nuova fase è stato quello di distinguere tra le diverse patologie derivanti dall'amianto: asbestosi, carcinoma e mesotelioma pleurico.

⁶ Pret. Padova, 3 giugno 1998, Macola, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, rispettivamente 732 e 735; Pret. Torino, 9 febbraio 1995, Barbotto Beraud, in *Foro it.*, 1996, II, 107 ss., con nota di L. TERMINI.

⁷ A ben vedere, infatti, all'interno del generico concetto di aumento del rischio, si possono ricomprendere due ipotesi molto diverse tra di loro. Da un lato, v'è quella in cui nonostante l'esistenza del decorso causale reale (la spiegazione dell'evento) e l'idoneità del comportamento alternativo lecito ad impedire l'evento, la mancata adozione del comportamento alternativo lecito ha comunque aumentato (ovvero mancato di diminuire) il rischio di verificazione dell'evento: si tratta di una ipotesi di aumento del rischio che riteniamo ammissibile, sia perché risultano positive le verifiche di conferma concernenti il decorso causale reale e quello ipotetico, sia perché, una volta superate tali verifiche, l'imputazione dell'evento non può che avvenire in termini probabilistici in virtù della struttura prognostica del giudizio di efficacia impeditiva. Dall'altro lato, v'è l'ipotesi di aumento del rischio in cui si imputa l'evento a prescindere addirittura dalla stessa ricostruzione del decorso causale reale, ragionando in termini di mera idoneità della condotta a cagionare o impedire un determinato evento: questa ipotesi è da ritenersi inammissibile, poiché, mancando la spiegazione del decorso reale, il comportamento che si ritiene criminoso può risultare del tutto sganciato dall'evento (es. omesso salvataggio del bagnino, quando tuttavia il decesso non è dovuto ad annegamento, ma ad infarto). E la giurisprudenza ha adottato questa seconda forma più dirompente di aumento del rischio.

4.

I problemi causali posti dall'asbestosi.

Sul piano causale la patologia dell'asbestosi si presenta nella sostanza non problematica, sia per quanto riguarda la spiegazione dell'evento (momento generalizzante), sia per quanto riguarda l'esclusione dei decorsi causali alternativi (momento individualizzante).

Sotto il primo profilo, si deve osservare che è pacifica la spiegazione causale dell'asbestosi: la scienza è infatti assolutamente concorde nel ritenere che si tratti di una patologia dose-dipendente, nel senso che essa si scatena a seguito di un accumulo nelle vie respiratorie di fibre di asbesto; inoltre, la scienza è pacifica nel ritenere che, una volta sorta la malattia, l'incremento dell'esposizione determina un'accelerazione della morte⁸. Quindi, in buona sostanza, sul piano della genesi, dose-dipendenza; sul piano dell'evoluzione, effetto acceleratore delle ulteriori esposizioni.

Dall'effetto acceleratore delle esposizioni successive si fa derivare la duplice conseguenza che in caso di successione nelle posizioni di garanzia può essere ritenuto responsabile anche il successore e che, se nel corso del processo si viene a conoscenza che la vittima ha subito altre esposizioni oltre a quella ipotizzata, la stessa ipotesi non risulta inficiata. Problemi si pongono là dove l'esposizione è stata di breve durata, ma alla fine si attribuisce rilevanza anche alla breve durata: «essendo l'asbestosi polmonare una patologia dose-correlata, ove persista l'esposizione all'amianto si vengono a realizzare in ambiti polmonari già interessati dalla fibrosi nuove sedi fibrotiche che vengono a rendere più serrata e quindi più grave la malattia»; ed ancora, con maggiore precisione, si è esplicitato che «aumentando la dose di fibre, non solo è maggiore l'incidenza della malattia fibrotica che deriva dall'esposizione, ma è altresì minore la durata della latenza ovvero della malattia manifesta, con conseguente anticipazione della morte. Il meccanismo di aggravamento concretamente si determina attraverso la realizzazione di sempre nuove sedi di fibrosi asbestosica in ambiti polmonari già interessati dalla fibrosi, così rendendola più serrata e quindi più grave»⁹. Ebbene, è senza dubbio da accogliere questa seconda soluzione, per la semplice ragione che spiega in termini scientifici la dose-correlazione dell'asbestosi.

Sotto il profilo dei decorsi causali alternativi, questione problematica è l'interazione tra asbestosi e fumo di sigaretta. Ma sul punto la giurisprudenza, sulla base di quanto affermato in sede scientifica, semplicemente «individua nel fumo un ulteriore fattore irritativo che aggrava la fibrosi»¹⁰.

5.

I problemi causali posti dal carcinoma.

Rispetto al carcinoma iniziano a presentarsi i primi problemi causali, sia sul piano della spiegazione dell'evento, sia sotto il profilo dei decorsi causali alternativi.

Sotto il primo profilo, se è pacifico che, al pari dell'asbestosi, le ulteriori esposizioni aggravano la patologia¹¹ - con la conseguenza che quello che abbiamo detto per l'asbestosi in ordine alla successione nelle posizioni di garanzia vale anche per le morti da carcinoma -, tuttavia si discute se il carcinoma possa essere una complicanza dell'asbestosi, perché, se per un orienta-

⁸ MINISTERO DELLA SALUTE, *Stato dell'arte e prospettive in materia di contrasto alle patologie asbesto correlate*, in *Quaderni del Ministero della Salute*, 2012, 132 s. Inoltre, cfr. V. Foà, *Consulenza tecnica, Procedimento penale n. 757/2000 RGNR, Procura della Repubblica presso il Tribunale di Pistoia*, 3 febbraio 2004, 6 e 11, dove si afferma: «il fattore determinante per la comparsa di asbestosi è la “esposizione cumulativa”» (6); «asbestosi e cancro polmonare sono patologie dose-correlate: possono cioè insorgere solo per esposizioni di una certa rilevanza quantitativa condizionante un accumulo di fibre di asbesto nel polmone importante» (11). In giurisprudenza, v. *Cass. pen., Sez. IV, 10 giugno 2010-4 novembre 2010, Quaglierini*, in *Dir. Pen. Cont.*, 9 novembre 2010; *Cass. pen., Sez. IV, 29 ottobre 2008-19 dicembre 2008, Pilato, ivi*, n. 47380/2008. Nella giurisprudenza di merito v. *Trib. Bari, 16 giugno 2009, Stringa*, in *Dir. Pen. Cont.*, 16 giugno 2009; *Trib. Milano, 4 giugno 2007, Dalla Via*, in *Dir. Pen. Cont.*, 4 giugno 2007; *Trib. Pistoia, 1° giugno 2004, Callerio*, inedita, 174 ss.

⁹ *Trib. Bari, Sez. II, 13 dicembre 2004, D.S.*, in *Corr. mer.*, 2005, rispettivamente 451 e 454, con nota di L. MASERA.

¹⁰ Nella letteratura scientifica cfr. MINISTERO DELLA SALUTE, *Stato dell'arte*, cit., 133; nella giurisprudenza, v. *Trib. Bari, Sez. II, 13 dicembre 2004, D.S.*, cit., 455.

¹¹ V. MINISTERO DELLA SALUTE, *Stato dell'arte*, cit., 132; V. Foà, *Consulenza tecnica*, cit., 11; G. CHIAPPINO, *Mesotelioma: il ruolo delle fibre ultrafini e conseguenti riflessi in campo preventivo e medico legale*, in *Medicina del lavoro*, 2005, 11. In giurisprudenza, cfr. *Cass. pen., Sez. IV, 24 novembre 2009-26 gennaio 2010, Cavallucci*, in *CED Cass.*, n. 3344/2010; *Cass. pen., Sez. IV, 2 febbraio 2001-16 marzo 2001, Biorci, ivi*, n. 10770/2001; *Cass. pen., Sez. IV, 5 ottobre 1999-20 marzo 2000, Hariolf, ivi*, n. 3567/2000.

mento più risalente ciò è assolutamente pacifico¹², di recente, invece, si afferma che l'asbestosi non sia condizione necessaria del carcinoma, potendo scaturire "direttamente" anche da una dose importante di amianto¹³.

Sotto il profilo dei decorsi causali alternativi la questione si complica. Se infatti, da un lato, si ritiene che esista un rapporto di sinergia tra asbestosi-carcinoma e fumo di sigaretta¹⁴; dall'altro lato, là dove si è in presenza di un carcinoma in assenza di asbestosi, c'è da chiarire se esso possa essere attribuito all'amianto, in quanto del carcinoma come tale non sono state individuate tutte le cause possibili.

Il punto è delicato e merita approfondimento, perché è uno dei grandi temi lasciati aperti dalla sentenza Franzese. Come si ricorderà, la sentenza Franzese ha affermato che si possono utilizzare le leggi statistiche, se si escludono i decorsi causali alternativi. Tuttavia, la sentenza Franzese ha ommesso di precisare un aspetto che in seguito la scienza giuridica ha cercato di chiarire, e cioè che i decorsi causali alternativi possono essere esclusi solo se si conoscono in termini scientifico-esplicativi tutte le cause possibili¹⁵. Facciamo un esempio: poniamo il caso che una determinata patologia possa essere spiegata alla luce di due diversi agenti, rispettivamente per il 50% e il 20% dei casi, ma che per il 30% non possa essere spiegata. Ebbene, in questa ipotesi, che poi non è altro che quella del carcinoma, non sembra possibile escludere i decorsi causali alternativi proprio perché manca la conoscenza di tutte le cause possibili.

6.

I problemi causali posti dal mesotelioma pleurico.

La patologia del mesotelioma pleurico si presenta decisamente problematica, non tanto per quanto riguarda i decorsi causali alternativi, ma piuttosto rispetto alla spiegazione eziologica.

Invertendo l'ordine di trattazione che si dovrebbe seguire, al solo fine di concentrarmi meglio sulla questione maggiormente problematica, relativa alla spiegazione dell'evento, vorrei partire stavolta dai decorsi causali alternativi, che presentano sì aspetti problematici, ma per l'appunto minori e meno dirompenti: da un lato, si afferma la sostanziale conoscenza di tutti i fattori scatenanti (differenza rispetto al carcinoma); dall'altro lato, risultano superate le incertezze relative ai rapporti tra asbestosi e mesotelioma e tra fumo di sigaretta e mesotelioma.

Per quanto riguarda la conoscenza di tutti i fattori scatenanti, il mesotelioma è una patologia che può essere originata da una pluralità di agenti. In particolare, secondo il mondo scientifico, esso risulta cagionabile da pregresse lesioni tubercolari, da pregresse patologie infiammatorie croniche oppure dalla esposizione ad alcune specifiche sostanze (amianto, erionite, radiazioni ionizzanti). Ebbene, proprio grazie alla sostanziale conoscenza di tutte le cause possibili, si è in grado di escludere eventuali decorsi causali alternativi e quindi di considerare l'esposizione all'amianto causa di un determinato evento morte¹⁶.

Sotto il profilo del rapporto tra asbestosi e mesotelioma, la scienza prevalente è concorde nel ritenere che si tratti di patologie e decorsi del tutto indipendenti¹⁷. Per quanto riguarda la relazione tra fumo di sigaretta e mesotelioma, anche di recente si è posto in evidenza come, sul piano scientifico, a differenza di quanto accade per il carcinoma, nella patogenesi del mesote-

¹² V. FOÀ, *Consulenza tecnica*, cit., 10 ss., secondo il quale «il cancro polmonare può essere attribuito all'amianto soltanto quando compaia su una persistente asbestosi»; G. DONDI, *Esposizione ad amianto, mesotelioma del lavoratore e responsabilità del datore*, in AA.VV., *Il rischio da amianto. Questioni sulla responsabilità civile e penale*, a cura di L. Montuschi e G. Insolera, Bologna, 2006, 64, secondo il quale «a proposito del carcinoma polmonare, esso è in rapporto sicuro con l'amianto se vi è asbestosi o "l'evidenza di un'affezione pleurica causata dall'amianto" (in difetto di ciò, può essere conseguenza, ad esempio, del fumo di sigarette). Il che presuppone obiettivi riscontri anatomico-patologici e il rinvenimento di fibre di amianto nei polmoni in quantità rilevanti».

¹³ Sulla problematicità della questione, cfr. Trib. Pistoia, 1° giugno 2004, Callerio, cit., 179 ss.

¹⁴ Nella letteratura scientifica cfr. V. FOÀ, *Consulenza tecnica*, cit., 9 ss. In giurisprudenza cfr. Cass. pen., Sez. IV, 9 maggio 2003-9 maggio 2003, Monti, in *CED Cass.*, n. 37432/2003; Cass. pen., Sez. IV, 2 febbraio 2001-16 marzo 2001, Biorci, cit., 331.

¹⁵ Sul punto v. per tutti D. PULITANO, *Gestione del rischio da esposizioni professionali*, in *Cass. pen.*, 2006, 793.

¹⁶ In giurisprudenza v. la puntuale ricostruzione contenuta in *Trib. Mantova, 14 gennaio 2010, Belleli*, in *Dir. Pen. Cont.*, 10 gennaio 2010, 64 s.; Trib. Milano, 4 giugno 2007, Dalla Via, cit., 316 ss..

¹⁷ Cfr. V. FOÀ, *Consulenza tecnica*, cit., 10, secondo il quale, «le conoscenze scientifiche attuali indicano che, a differenza di quanto avviene per il mesotelioma, il cancro polmonare è una complicanza dell'asbestosi che "prepara l'insorgenza della neoplasia"». Al contrario, in giurisprudenza, non si è mancato di affermare che l'asbestosi ha un'efficacia concausale del mesotelioma in quanto contribuisce a compromettere il sistema respiratorio (Cass. pen., Sez. IV, 29 ottobre 2008-19 dicembre 2008, Pilato, cit.), o addirittura si è sostenuto che «l'asbestosi può evolversi in mesotelioma pleurico» (Cass. pen., Sez. IV, 19 aprile 2012-30 novembre 2012, Stringa, in *CED Cass.*, n. 46428/2012; Trib. Bari, 16 giugno 2009, Stringa, cit., 28).

lioma manca il sinergismo con il fumo di sigaretta¹⁸.

Ma soprattutto il problema più grande si pone per la spiegazione scientifica del mesotelioma. Ed infatti, se, da un lato, risulta scientificamente pacifico che per innescare il meccanismo patogenetico del mesotelioma è sufficiente una dose bassa (dose-indipendenza) e che tale meccanismo fa esplodere la neoplasia maligna dopo un lungo periodo di latenza¹⁹; dall'altro lato, si discute se la latenza del mesotelioma si riduca in presenza di maggiori esposizioni successive²⁰.

6.1.

In particolare, la questione dell'effetto acceleratore delle esposizioni successive rispetto al mesotelioma pleurico.

In particolare, per quanto riguarda l'effetto acceleratore delle esposizioni successive, le conseguenze applicative derivanti dalla negazione o dalla affermazione di tale caratteristica sono molto rilevanti. Se infatti si ritiene che il mesotelioma è condizionato dalle esposizioni successive anzitutto, come avviene per l'asbestosi e il carcinoma, esse assumono rilevanza, in quanto l'ulteriore dose di amianto inalata è in grado di accorciare la latenza della malattia o di aggravare gli effetti della stessa, con la conseguenza ulteriore che le successive omissioni di cautele possono assumere rilevanza. Inoltre, non risulta necessario descrivere l'evento con rigore e quindi stabilire con esattezza la causa della morte, essendo sufficiente ricondurre il decesso all'amianto, quale che sia poi in realtà la patologia che viene in gioco. Infine, consegue che, sul piano probatorio, in presenza di una successione nelle posizioni di garanzia, non è necessario individuare il momento in cui la dose innescante potrebbe essere stata inalata.

Per ricostruire con il necessario rigore l'evoluzione della giurisprudenza sul punto, anzitutto occorre distinguere tra giurisprudenza di merito e giurisprudenza di legittimità. Nella giurisprudenza di merito esiste infatti un netto contrasto tra sentenze che hanno adottato la soluzione della rilevanza delle esposizioni successive²¹ e sentenze che invece hanno adottato la soluzione dell'irrilevanza²². Quindi si potrebbe dire che dalle sentenze di merito emerge una scienza divisa e quindi nella sostanza incerta.

Più complesso il discorso per quanto riguarda la giurisprudenza di legittimità. Al suo interno si possono distinguere due periodi, e cioè la giurisprudenza fino alla sentenza Cozzini del 2010 e la giurisprudenza *post* Cozzini. Fino al 2010, si deve registrare un contrasto, ma di tenore ben diverso rispetto a quello della giurisprudenza di merito. Ed infatti, per un primo indirizzo senza dubbio maggioritario, le esposizioni successive aggraverebbero il mesotelioma: in buona sostanza più volte la Corte di Cassazione ha preso espressamente posizione nel senso

¹⁸ G. CHIAPPINO, *Mesotelioma*, cit., 11. In giurisprudenza v. Trib. Bari, 16 giugno 2009, Stringa, cit., 29; Trib. Pistoia, 1° giugno 2004, Callerio, cit., 191 s.

¹⁹ Cfr. V. FOÀ, *Consulenza tecnica*, cit., 17 e ss.; G. CHIAPPINO, *Mesotelioma*, cit., 6, 10 e 14, dove si precisa che «il mesotelioma pleurico si distingue come patologia che fa eccezione, perché nei soggetti suscettibili esposti ad amianto l'effetto cancerogeno può essere conseguente ad una "dose" estremamente bassa. Per tutti gli altri tumori, al contrario, compreso il carcinoma polmonare da amianto, dosi basse non producono effetti epidemiologicamente dimostrabili» (6); B. TERRACINI-F. CARNEVALE-F. MOLLO, *Amianto ed effetti sulla salute: a proposito del più recente dibattito scientifico-giudiziario*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 148. Sembra tuttavia esprimersi in termini diversi P. VINEIS, *Tribunale di Verbania, verbale di udienza 21 febbraio 2011*, 59 s., il quale chiarisce che se possono essere sufficienti dosi medio-basse per innescare la malattia, tuttavia, sempre ai fini dell'insorgenza, le ulteriori esposizioni sono chiaramente rilevanti perché esse inducono infiammazione, danno ossidativo.

²⁰ Nel senso dell'effetto acceleratore delle dosi successive, cfr. B. TERRACINI-F. CARNEVALE-F. MOLLO, *Amianto ed effetti sulla salute*, cit., c. 151. Negano invece tale effetto V. FOÀ, *Consulenza tecnica*, cit., 20 ss.; G. CHIAPPINO, *Mesotelioma*, cit., 12 e 14.. V. inoltre, P. VINEIS, *Tribunale di Verbania, verbale di udienza 21 febbraio 2011*, 60, il quale, per quanto riguarda l'effetto acceleratore delle ulteriori esposizioni, si è limitato a dichiarare che si tratta di ipotesi plausibile rispetto alla quale tuttavia non era in grado di portare delle osservazioni empiriche. Sul concetto di "esposizioni successive", v. approfonditamente *infra*, § 7.

²¹ Cfr. *Corte App. Trento, 10 giugno 2009, Est. Alviggi*, in *Dir. Pen. Cont.*, 10 giugno 2009; Trib. Mantova, 14 gennaio 2010, Belleli, cit., 77 ss.; Trib. Bari, 16 giugno 2009, Stringa, cit.; *Trib. Cuneo, 20 dicembre 2008, Chino*, in *Dir. Pen. Cont.*, 20 dicembre 2008; *Trib. Gorizia, 20 luglio 2008, Est. Brindisi*, *ivi*; Trib. Bologna, 18 luglio 2005, Sambri, in *Giust. pen.*, 2007, II, 186 ss., con nota di M. RICCIARELLI; App. Venezia, Sez. IV, 15 gennaio 2001, Macola, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2001, 445 s.;

²² Trib. Udine, 12 aprile 2014, Giud. Lazzaro, inedita; *Trib. Padova, 22 marzo 2012, Giud. De Nardus*, in *Dir. Pen. Cont.*, 13 luglio 2012; *Trib. Verbania, 19 luglio 2011, Giud. Fornelli, imp. Bordogna e altri*, in *Corr. mer.*, 2012, 275 ss., con nota di S. ZIRULIA; *Trib. Torino, 28 aprile 2011, Giud. Collidà*, in *Dir. Pen. Cont.*, 5 luglio 2011; Trib. Milano, 20 dicembre 1999, Montigelli, in *Foro ambr.*, 2000, 293 s., con nota di F. MUCCIARELLI.

dell'effetto acceleratore delle esposizioni ulteriori²³. Altro indirizzo giurisprudenziale, invece, non ha preso posizione sulla questione, limitandosi ad evidenziare l'esistenza di dubbi esplicativi e cassando le sentenze con rinvio: «la sentenza impugnata solo apparentemente motiva sulla sussistenza della legge scientifica di copertura, in quanto, dopo avere delineato due orientamenti teorici prevalenti, della “dose risposta” (meglio conosciuta come “teoria del multistadio della cancerogenesi”) e quello contrapposto della irrilevanza causale delle dosi successive a quella “killer”, dichiara di aderire al primo orientamento, senza però indicare dialetticamente le argomentazioni dei consulenti che sostengono detta tesi e le argomentazioni di quelli che la contrastano e le ragioni dell'opzione causale. In sostanza il giudice di merito, più che utilizzare la legge scientifica, se ne è fatto artefice»²⁴. Tale indirizzo, poi, tende a cassare le sentenze con rinvio affinché i giudici di merito si attengano al seguente principio: «nella valutazione della sussistenza del nesso di causalità, quando la ricerca della legge di copertura deve attingere al “sapere scientifico”, la funzione strumentale e probatoria di quest'ultimo impone al giudice di valutare dialetticamente le specifiche opinioni degli esperti e di motivare la scelta ricostruttiva della causalità, ancorandola ai concreti elementi scientifici raccolti»²⁵.

Andando ancora più a fondo rispetto a questo orientamento si deve soffermare la nostra attenzione soprattutto sulla sentenza Cozzini, la quale non si è limitata a cassare con rinvio, ma ha anche precisato in termini rigorosi l'attività che dovrebbe compiere il giudice di merito²⁶. Da un lato, si continua a prendere atto di come vi sia incertezza sul piano scientifico e contraddittorietà all'interno della giurisprudenza: «sul tema scientifico dell'accelerazione dei processi eziologici si registra nella giurisprudenza una situazione che, magari giustificata all'interno di ciascun processo e delle informazioni e valutazioni scientifiche che vi penetrano, risulta tuttavia inaccettabile nel suo complesso. Si fa riferimento al fatto che, come nel presente giudizio, il ridetto effetto acceleratore viene ammesso, escluso, o magari riconosciuto solo parzialmente, con apprezzamenti difformi dai giudici di merito». Dall'altro lato, però, la Corte cassa la sentenza e rinvia ai giudici di merito, richiedendo loro, ed ecco il punto di novità, non «di valutare dialetticamente le specifiche opinioni degli esperti e di motivare la scelta ricostruttiva della causalità, ancorandola ai concreti elementi scientifici raccolti», bensì di verificare «se presso la comunità scientifica sia sufficientemente radicata, su solide ed obiettive basi, una legge scientifica in ordine all'effetto acceleratore della protrazione dell'esposizione», indicando al giudice di merito alcuni criteri di valutazione critica in ordine alla attendibilità scientifica delle leggi esplicative (esame degli studi che la sorreggono; ampiezza, rigorosità oggettiva della ricerca; grado di sostegno che i fatti accordano alla tesi; discussione critica; attitudine esplicativa; grado di consenso nella comunità scientifica).

La fase successiva alla sentenza Cozzini si mostra a questo punto decisamente interessante. Ed infatti, da un lato, vi sono sentenze che finiscono per ritenere plausibile il ragionamento dei giudici di merito in ordine all'effetto acceleratore delle esposizioni successive, con conseguente condanna degli imputati²⁷; dall'altro, vi sono sentenze che invece giungono a ritenere plausibile la soluzione opposta, con conseguente assoluzione degli imputati²⁸. Ma di grande interesse è soprattutto il fatto che, pur giungendo a soluzioni contrastanti, entrambi gli orientamenti affermano di porsi nel solco e nel pieno rispetto delle indicazioni offerte dalla sentenza Cozzini.

²³ Cass. pen., Sez. III, 21 gennaio 2009-17 marzo 2009, Chivilò, in *CED Cass.*, n. 11570/2009; Cass. pen., Sez. IV, 11 aprile 2008-3 giugno 2008, Mascarin, *ivi*, n. 22165/2008; Cass. pen., Sez. IV, 12 luglio 2005-27 ottobre 2005, Chivilò, *ivi*, n. 39393/2005; Cass. pen., Sez. IV, 29 novembre 2004-1° marzo 2005, Marchiorello, *ivi*, n. 7630/2005; Cass. pen., Sez. IV, 9 maggio 2003-9 maggio 2003, Monti, *cit.*; Cass. pen., Sez. IV, 12 marzo 2002-16 aprile 2002, Balbo di Vinadio, in *CED Cass.*, n. 14400/2002; Cass. pen., Sez. IV, 11 luglio 2002-14 gennaio 2003, Macola, *ivi*, n. 988/2002.

²⁴ Cass. pen., Sez. IV, 10 giugno 2010-4 novembre 2010, Quaglierini, *cit.*, 72; Cass. pen., Sez. IV, 24 novembre 2009-26 gennaio 2010, Cavallucci, *cit.*

²⁵ Cass. pen., Sez. IV, 10 giugno 2010-4 novembre 2010, Quaglierini, *cit.*, 73.

²⁶ [Cass. pen., Sez. IV, 17 settembre 2010-13 dicembre 2010, Cozzini](#), in *Cass. pen.*, 2011, 1679 ss., con nota di R. BARTOLI.

²⁷ Cass. pen., Sez. IV, 25 giugno 2013-21 agosto 2013, Baracchi, in *CED Cass.*, n. 35309; Cass. pen., Sez. IV, 19 aprile 2012-30 novembre 2012, Stringa, *cit.*; [Cass. pen., Sez. IV, 24 maggio 2012-27 agosto 2012, Ramaciotti](#), *ivi*, n. 33311/2012; Cass. pen., Sez. IV, 22 marzo 2012-21 giugno 2012, Pittarello, *ivi*, n. 24997/2012; Cass. pen., Sez. IV, 27 maggio 2011-27 ottobre 2011, Tupini, *ivi*, n. 38879/2011. Nello stesso senso finisce per collocarsi Cass. pen., Sez. IV, 27 febbraio 2014-8 maggio 2014, Negroni, *ivi*, n. 18933/2014, la quale, pur cassando con rinvio la sentenza della Corte d'Appello di Torino che aveva assolto gli imputati per la sostanziale mancanza di legge di copertura in ordine all'effetto acceleratore delle esposizioni successive, finisce implicitamente per ammettere la plausibilità dell'effetto acceleratore, che dovrà essere vagliato dai giudici di merito.

²⁸ Cass. pen., Sez. IV, 28 marzo 2013-12 luglio 2013, Ciriminna, in *CED Cass.*, n. 30206/2013.

7.

Al cuore del problema: la questione rimasta ancora aperta dalla sentenza Franzese concernente il ruolo della credibilità razionale.

Alla luce di questo quadro così complesso e articolato, non abbiamo timore a dire che rispetto all'effetto acceleratore prodotto sul mesotelioma pleurico dalle esposizioni successive esiste nella sostanza incertezza scientifica²⁹. Anche perché, a ben vedere, essendo difficile determinare quando si sarebbe realizzato l'innescò attraverso l'inalazione della dose anche piccola, è lo stesso concetto di "esposizione successiva" che non può essere definito con la necessaria esattezza³⁰.

Ma se sul piano scientifico esiste incertezza, allora dobbiamo interrogarsi sulle conseguenze che essa dovrebbe produrre sul piano giuridico. In questa prospettiva la riflessione non può che muovere dal seguente interrogativo: perché la sentenza Cozzini, che nella sostanza ha preso atto di questa incertezza, invece di cassare senza rinvio, affermando per l'appunto che l'evento non poteva essere imputato al soggetto per la mancanza di leggi scientifiche esplicative certe, ha deciso di cassare con rinvio chiedendo al giudice, lo ripetiamo, di verificare «se presso la comunità scientifica sia sufficientemente radicata, su solide ed obiettive basi, una legge scientifica in ordine all'effetto acceleratore della protrazione dell'esposizione»? E qui siamo giunti al nodo di tutti i problemi.

Senza dubbio vi sono state ragioni immediate di ordine – per così dire – di opportunità. Se la Corte avesse cassato senza rinvio, vi sarebbero stati tutti i presupposti per indurre la giurisprudenza successiva a registrare la presenza di un contrasto giurisprudenziale, per cui mentre un orientamento afferma l'esistenza di una legge scientifica che spiega l'effetto acceleratore delle esposizioni successive, un altro orientamento ritiene invece che non esistano leggi scientifiche siffatte. Con la conseguenza che si sarebbe potuto anche rimettere la questione alle Sezioni Unite. Quindi, con ogni probabilità, per evitare tutto questo, la Corte ha finito per "scaricare" il problema sui giudici di merito, nella speranza, se così si può dire, che riconoscessero il contrasto. Cosa che peraltro è in parte avvenuta, se si considera che la gran parte delle sentenze di merito che negano l'effetto acceleratore sono state pronunciate dopo la sentenza Cozzini³¹. Tuttavia, come abbiamo visto, alla fine l'operazione non ha dato i risultati che forse si attendevano.

Ma, a ben vedere, la soluzione di cassare con rinvio sembra basarsi su ragioni molto più profonde. E qui siamo davvero al cuore del problema. Ed infatti, la sentenza Franzese, ma anche la giurisprudenza successiva, compresa la sentenza Cozzini, a un'attenta analisi attribuiscono al giudice un ruolo che non è di mero fruitore delle leggi scientifiche, ma piuttosto di valutatore delle stesse. E lo strumento attraverso il quale si realizza tutto questo è quello della c.d. probabilità logica, la quale, rispetto al decorso causale reale, invece di venire in gioco nel momento c.d. individualizzante, vale a dire nel momento di verifica probatoria dell'ipotesi formulata in astratto, viene fatta operare già durante il primo momento del decorso causale reale, quando cioè si formula la stessa ipotesi esplicativa scientificamente fondata (momento c.d. generalizzante).

Cerchiamo di spiegarci. Sofferamoci sulla sentenza Cozzini e consideriamo le seguenti affermazioni in essa contenute: «resta un'ultima, ormai consueta domanda: è possibile superare nell'ambito del giudizio concreto la probabilità statistica per giungere ad un giudizio di certezza (espresso in termini di probabilità logica, o corroborazione, o credibilità razionale)? La risposta è in linea astratta prudentemente positiva. E l'itinerario è sempre quello già indicato, rapportato alle peculiarità del caso. Basta a tale riguardo richiamare quanto sopra esposto: ipotesi (abduzione) ed induzione (la copiosa caratterizzazione del caso storico) che si con-

²⁹ In argomento, si v. C. ZOCCHETTI, *A proposito del quesito sulla dose-dipendenza nella insorgenza dei mesoteliomi da amianto*, in *Dir. Pen. Cont.*, 12 aprile 2011, 12, il quale al quesito se le esposizioni successive riducano la latenza, conclusivamente risponde: «Alla luce delle considerazioni proposte, in realtà, si tratta non solo (o non tanto) di un quesito più semplice (il che è senza dubbio vero) quanto piuttosto di un quesito probabilmente non adeguato a rispondere alle vere domande che sono sul tavolo, che sono sicuramente molto più articolate e complesse rispetto alla semplice riduzione del periodo di latenza [...] per parte nostra è sufficiente segnalare, ad oggi, la grande distanza di opinioni e visioni presenti, fortemente caratterizzate anche da robuste visioni ideologiche a priori».

³⁰ C. ZOCCHETTI, *A proposito del quesito sulla dose-dipendenza*, cit., 11 s.

³¹ V. le sentenze riportate alle note n. 23.

frontano e si integrano dialetticamente. Orbene, perché questo itinerario possa essere percorso occorre che le contingenze del caso concreto siano appunto se possibile copiose e comunque significative; e, per le loro peculiari caratterizzazioni, riescano a risolvere il dubbio insito nel carattere probabilistico del sapere utilizzato nell'inferenza deduttiva» (p. 48). Ed ancora si consideri il seguente inciso: «nel caso in cui la generalizzazione esplicativa sia solo probabilistica, occorrerà chiarire se l'effetto acceleratore si sia determinato nel caso concreto, alla luce di definite e significative acquisizioni fattuali» (p. 50).

Ebbene, dalle affermazioni che abbiamo riportato emerge in termini piuttosto chiari che la credibilità razionale, e quindi il ragionamento induttivo su cui tale credibilità si basa, giocano un ruolo decisivo non solo sul piano processuale, al momento della *verifica probatoria* del decorso causale ipotizzato, ma addirittura prima sul piano sostanziale, al momento della *spiegazione* del decorso causale, vale a dire della ricostruzione in astratto dell'ipotesi del decorso causale, e ciò perché la verifica probatoria concreta, caratterizzata dalla certezza c.d. processuale, finisce per sostituirsi alla certezza c.d. assoluta che invece dovrebbe caratterizzare la ricostruzione sostanziale e astratta del decorso. In sostanza, la Corte lascia intendere che *decisivo* ai fini della ricostruzione del nesso causale non è tanto il rigore (certezza assoluta) della generalizzazione esplicativa astratta, quanto piuttosto la credibilità della ricostruzione del fatto concreto (certezza "relativa"), con la conseguenza che la spiegazione può conoscere anche una sorta di flessibilizzazione, purché poi sia compensata dalla solidità della verifica probatoria, a sua volta basata sulla probabilità logica e la credibilità razionale³².

Ma questo modo di ragionare era già presente nella sentenza Franzese, come si ricava dal suo passo più celebre: «lo stesso modello condizionalistico orientato secondo leggi scientifiche sottintende il distacco da una spiegazione di tipo puramente deduttivo, che implicherebbe un'impossibile conoscenza di tutti gli antecedenti sinergicamente inseriti nella catena causale [...] Poiché il giudice non può conoscere tutte le fasi intermedie attraverso le quali la causa produce il suo effetto [...] l'ipotesi ricostruttiva formulata in partenza sul nesso di condizionamento tra condotta umana e singolo evento potrà essere riconosciuta fondata soltanto con una quantità di precisazioni e purché sia ragionevolmente da escludere l'intervento di un diverso ed alternativo decorso causale. Di talché, ove si ripudiasse la natura preminentemente induttiva dell'accertamento in giudizio e si pretendesse comunque una spiegazione causale di tipo deterministico e nomologico deduttivo, secondo i criteri di utopistica "certezza assoluta", si finirebbe col frustrare gli scopi preventivo-repressivi del diritto e del processo in settori nevralgici per la tutela dei beni primari [...] Tutto ciò significa che il giudice [...] è impegnato nell'operazione ermeneutica alla stregua dei comuni canoni di "certezza processuale", conducenti conclusivamente, all'esito del ragionamento probatorio di tipo largamente induttivo, ad un giudizio di responsabilità caratterizzato da "alto grado di credibilità razionale" o "conferma" dell'ipotesi formulata sullo specifico fatto da provare»³³.

Andando ancora più a fondo, si deve osservare che tutti i problemi sorti con la sentenza Franzese, e come si vede protrattisi fino ad ora, sono connessi alla circostanza che essa non distingue tra decorso reale e decorso ipotetico e che, con ogni probabilità, al di là del discorso della esclusione dei percorsi causali alternativi, il suo ragionamento volto ad attribuire un ruolo "sostanziale" alla probabilità logica, riguardava i percorsi causali ipotetici, e non quelli reali. Ed infatti, rispetto al decorso causale c.d. ipotetico, e cioè all'indagine sull'efficacia impeditiva del comportamento alternativo lecito, la certezza che viene in gioco non può essere una certezza assoluta, ma – per così dire – normativa, attagliandosi perfettamente alla struttura predittiva e stocastica del decorso causale c.d. ipotetico. In sostanza, in un contesto predittivo parlare di certezza impeditiva assoluta è logicamente, prima ancora che normativamente, un controsenso. La prospettiva prognostica determina infatti un mutamento di paradigma rispetto al quale lo stesso concetto di certezza non può che mutare, configurandosi come una certezza normativa in definitiva concettualmente (qualitativamente) identica alla certezza c.d. processuale, in cui a dominare non è la scienza esplicativa, ma il ragionamento logico-argomentativo. E non è un caso che la giurisprudenza successiva alla sentenza Franzese non solo si sia attenuta a tali indicazioni, continuando a riferirsi alle percentuali probabilistiche nella formulazione della

³² In argomento cfr. anche O. DI GIOVINE, *Probabilità statistica e probabilità logica nell'accertamento del nesso di causalità*, in *Cass. pen.*, 2008, 2182 ss.

³³ *Cass. pen.*, Sez. Un., 10 luglio 2002-11 settembre 2002, Franzese, in *Cass. pen.*, 2002, 3650.

prognosi, ma abbia anche offerto un contributo – per così dire – innovativo, dando rilievo alla c.d. “corroborazione dell’ipotesi”³⁴. Così, ad esempio, nell’ambito della responsabilità medica, se da un lato si ritiene che l’evento non impedito sia imputabile sulla base di un’idoneità impeditiva basata su componenti percentualistiche, dall’altro lato si avverte l’esigenza di rafforzare il mero dato percentualistico attraverso considerazioni ulteriori che consentano di calarlo e verificarlo alla luce della situazione di fatto, con la conseguenza che il nesso “ipotetico” deve essere escluso allorquando ci si sia limitati a fare riferimento al comportamento alternativo lecito senza metterlo in relazione allo specifico caso concreto³⁵.

Ma quando si ha a che fare con il decorso causale reale, la probabilità logica se ha da giocare un ruolo, lo può giocare solo ed esclusivamente in ambito processuale, al momento della verifica dell’ipotesi esplicativa, vale a dire al momento della esclusione dei decorsi causali alternativi, mentre al momento della spiegazione scientifica del decorso non ci si può basare che sulla certezza assoluta, ponendosi altrimenti a rischio il principio di personalità della responsabilità penale.

8.

E’ necessario rimettere la questione alle Sezioni Unite?

Come accennato, all’interno della giurisprudenza di legittimità senza dubbio non esiste un contrasto sulle leggi scientifiche, per cui un orientamento afferma la dose-dipendenza ed uno la dose-indipendenza. Tuttavia esiste un altro contrasto, tra chi ritiene vi sia certezza scientifica esplicativa rispetto all’effetto acceleratore delle esposizioni successive e chi invece ritiene che tale certezza alla fin fine non esista.

Ebbene, se si ritiene, come si è ritenuto finora, che il ruolo del giudice non sia un ruolo di fruitore delle leggi scientifiche, ma prima ancora di valutatore del loro fondamento scientifico, questo contrasto tende ad essere attenuato o forse sarebbe meglio dire occultato: il giudice di legittimità ogni volta si limiterà a verificare la valutazione compiuta dal giudice di merito in termini meramente formali ed estrinseci di credibilità razionale, senza dare troppo peso alla circostanza che l’esito finale può essere però di avallo di tesi che nella sostanza contrastano. Con il risultato finale quindi che da un lato ci potranno essere sentenze che condannano sulla base di un asserito affetto acceleratore delle esposizioni successive, mentre dall’altro ci potranno essere sentenze che invece assolvono sulla base della mancanza di certezza scientifica rispetto a tale effetto.

Se invece si afferma con forza il ruolo del giudice di fruitore delle leggi scientifiche, si dovrà concludere nel senso dell’esistenza di un vero e proprio contrasto concernente proprio il ruolo che deve svolgere il giudice là dove la scienza si presenta divisa in ordine alla spiegazione di determinati eventi.

Io penso che sia giunto il momento di rimettere la questione alle Sezioni Unite al fine di chiarire come si debba comportare il giudice quando v’è incertezza all’interno del mondo scientifico, dovendosi inoltre osservare come una eventuale sentenza delle Sezioni Unite volta ad affrontare siffatta questione dovrebbe preliminarmente chiarire una volta per tutte la distinzione tra decorso causale reale e decorso causale ipotetico, nonché il ruolo della credibilità razionale.

9.

L’evoluzione giurisprudenziale più recente.

Secondo un orientamento giurisprudenziale recentissimo, ma che trova le proprie radici in alcune precedenti pronunce³⁶, per aggirare gli inconvenienti che abbiamo visto, sarebbe opportuno qualificare i fatti non più come delitti di omicidio a danno di persone determinate, bensì come delitti contro l’incolumità pubblica e, più precisamente, come disastro innominato (art.

³⁴ In argomento v. per tutti R. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, cit., 367 ss.

³⁵ Sul punto, sia consentito rinviare a R. BARTOLI, *Il problema della causalità penale*, cit., 90 ss.; nonché, anche per i riferimenti giurisprudenziali, ID., *Paradigmi giurisprudenziali*, cit., 129 ss.

³⁶ Trib. Venezia, 22 ottobre 2001, in *www.petrochimino.it*; Trib. Venezia, 24 ottobre 2003, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 808, con nota di PALAVERA.

434, comma 2, c.p.) e/o come rimozione od omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro, di cui all'art. 437 c.p., il cui secondo comma prevede una pena più grave "se dal fatto deriva un disastro o un infortunio"³⁷.

Al di là dei numerosi problemi che sorgono sul piano ermeneutico nel momento in cui si adotta questa prospettiva³⁸, in questa sede vorrei spendere una parola sul concetto di disastro, non solo per osservare che esso deve consistere in un evento distruttivo, in un danneggiamento materiale di un'entità empirica ben definita, ma prima ancora per notare che è indubbio che l'evento disastroso deve essere certamente offensivo sul piano scientifico e che deve sussistere una omogeneità di fondo tra la dimensione offensiva del disastro e il pericolo per l'incolumità, omogeneità garantita proprio dalla certezza scientifica della dannosità del disastro.

In particolare, ammesso che il disastro possa consistere anche in un processo prolungato nel tempo, vale a dire in una contaminazione, tuttavia esso non potrebbe essere identificato con i danni alle persone (le patologie già prodottesi nella popolazione) e ciò perché rispetto a questi ultimi esiste incertezza causale. Detto diversamente, il disastro sarebbe definito sulla base di evidenze epidemiologiche che tuttavia possono giocare un ruolo rispetto al pericolo per l'incolumità, quando cioè il disastro risulta dannoso in termini scientificamente certi.

Allora il disastro potrebbe essere identificato come un disastro ambientale connesso ad una delle sue componenti, e cioè nel nostro caso all'aria. Tuttavia anche così ricostruito si porrebbero problemi di causalità, perché a nostro avviso deve sussistere comunque una certa omogeneità tra l'evento disastro e il pericolo per l'incolumità, nel senso che nell'evento disastro deve comunque essere presente una indubbia efficacia dannosa rispetto ai beni personalistici. Detto diversamente, vero che il disastro deve essere idoneo a danneggiare i beni personali, è anche vero che questa idoneità non può essere intesa come probabilità dannosa sul piano scientifico, ma come probabilità dannosa nel caso concreto, mentre deve essere dato per presupposto che sul piano scientifico (astratto) la dannosità è una certezza.

³⁷ Corte App. Torino, 3 giugno 2013, *Schmidheiny* in *Dir. Pen. Cont.*, 18 novembre 2013, con nota di S. ZIRULIA; Trib. Avellino, Sez. G.I.P., ud. 15 giugno 2013, Giud. Riccardi, *ivi*; Trib. Torino, 13 febbraio 2012, *Schmidheiny*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 470 s., con nota di S. ZIRULIA.

³⁸ V. per tutti A. GARGANI, *La "flessibilizzazione" giurisprudenziale delle categorie classiche del reato di fronte alle esigenze di controllo penale delle nuove fenomenologie di rischio*, in *Legisl. pen.*, 2011, 397 ss.; C. PIERGALLINI, *Omissione dolosa di cautele destinate a prevenire patologie da amianto e disastro doloso*, in *Danno e resp.*, 2012, 908; A. BELL, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, in *Libro dell'anno 2013*, Treccani, 2013, 165 ss.; F. VIGANÒ, *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *questa Rivista*, 20 ss.

IL CONCORSO C.D. ANOMALO DI PERSONE: UNA NUOVA APERTURA GIURISPRUDENZIALE AL CRITERIO DELLA PREVEDIBILITÀ IN CONCRETO*

Nota a Cass., Sez. 1, 28 febbraio 2014 (ud. 19 novembre 2013),
n. 9770, imp. V.J.J.L. ed altro

Fabio Basile

ABSTRACT

La sentenza qui annotata – nel giudicare un caso in cui uno dei due coimputati si era prefigurato la commissione di un reato diverso (e meno grave) di quello commesso dall'altro complice – ravvisa un'ipotesi di c.d. concorso anomalo di persone, correttamente subordinando la responsabilità ex art. 116 c.p. ad una valutazione di prevedibilità in concreto del reato diverso, così aderendo ad un recente orientamento giurisprudenziale che interpreta il suddetto articolo in modo sostanzialmente conforme al principio di colpevolezza.

SOMMARIO

1. I fatti. – 2. I requisiti per l'applicazione dell'art. 116 c.p. – 3. La prevedibilità del reato diverso. – 3.1. Prevedibilità in astratto... – 3.2. o prevedibilità *in concreto*? – 4. Prevedibilità in concreto, colpa e principio di colpevolezza. – 4.1. La più recente giurisprudenza costituzionale sul principio di colpevolezza. – 5. Una colpa punita con la pena del dolo?

* Il presente contributo riproduce, con alcune lievi modifiche, una nota a sentenza pubblicata su *Giurisprudenza italiana*, maggio 2014.

1.

I fatti.

Nel corso di un litigio avvenuto nei pressi di una discoteca tra due gruppi contrapposti di equadoregni, Tizio sferra una coltellata a Caio mentre Sempronio trattiene Caio stesso per le braccia, mantenendo ferma la presa anche quando Tizio indugia nel ferire la vittima, rivoltandole il coltello nell'addome. Solo il provvidenziale, tempestivo intervento di un'autoambulanza scongiura la morte di Caio, che aveva riportato shock emorragico da lesione epatica ed emotorace.

Per tali fatti in primo e in secondo grado Tizio (l'esecutore materiale) e Sempronio (il suo complice) vengono condannati per tentato omicidio; in appello a Sempronio viene riconosciuto la diminuzione di cui all'art. 116 c.p.: ed è proprio sull'art. 116 c.p., che regola il c.d. "concorso anomalo" di persone nel reato, che intendiamo ora appuntare la nostra attenzione.

Il caso di specie ci presenta, in effetti, una 'classica' situazione di possibile concorso anomalo: in base alle risultanze processuali, infatti, Sempronio si sarebbe prefigurato il mero ferimento, o addirittura la semplice immobilizzazione della vittima, ma l'esecutore materiale Tizio ha realizzato un reato diverso (e più grave), ovvero un tentato omicidio. In presenza di quali requisiti possiamo applicare, in un caso del genere, l'art. 116 c.p.? Vediamolo in dettaglio nel prossimo paragrafo.

2.

I requisiti per l'applicazione dell'art. 116 c.p.

Ebbene, i requisiti necessari ai fini dell'applicazione dell'art. 116 c.p. sono generalmente individuati, anche dalla sentenza in commento, nei seguenti termini:

1) *la condotta di concorso del concorrente anomalo al "reato [da lui] voluto"*: e qui Sempronio, "bloccando con le braccia la vittima mentre era intenta a fuggire", ha senz'altro concorso alla realizzazione del fatto da lui voluto, vale a dire il ferimento o per lo meno l'immobilizzazione di Caio;

2) *il dolo del concorrente anomalo rispetto a tale "reato voluto"*: anche a questo proposito il caso di specie non solleva difficoltà particolari, tanto più che la sentenza in esame opportunamente rileva che ai fini della sussistenza del requisito in parola non è necessario alcun "previo concorso" con l'altro concorrente;

3) *la concreta realizzazione, da parte di altro concorrente, di un "reato diverso" rispetto a quello voluto dal concorrente anomalo*: qui il reato diverso da quello voluto da Sempronio, realizzato dall'altro concorrente Tizio, è l'omicidio, rimasto solo a livello di tentativo grazie al provvidenziale arrivo di un'autoambulanza;

4) *l'assenza di dolo da parte del concorrente anomalo rispetto a tale "reato diverso"*: dalle risultanze probatorie era emerso che Sempronio non aveva previsto l'omicidio, né aveva accettato il relativo rischio (con esclusione, quindi, in capo a Sempronio anche del dolo eventuale rispetto all'evento morte, la cui presenza avrebbe, invece, fatto scattare il "concorso pieno" ai sensi dell'art. 110 c.p.);

5) *la necessità che tale "reato diverso" sia coperto dal dolo di almeno uno degli altri concorrenti*: nella specie, fin dal giudizio di primo grado i giudicanti riconoscono sussistente il dolo omicidiario di Tizio;

6) *il nesso causale tra la condotta del concorrente anomalo e il "reato diverso" effettivamente realizzato*: a tal proposito la sentenza in esame opportunamente rileva che Sempronio ha "agevolato l'esecutore materiale, avendo continuato a tenere bloccata la vittima" anche mentre Tizio indugiava a rivoltare il coltello nell'addome del povero Caio;

7) *infine, la prevedibilità del reato diverso, effettivamente realizzato*¹, quindi, nella specie, la prevedibilità del delitto di (tentato) omicidio. Proprio su quest'ultimo requisito – il cui effetti-

¹ Per una più ampia descrizione dei sopraelencati requisiti – anche sulla scorta di riferimenti a dottrina e giurisprudenza – sia consentito rinviare a BASILE, *Commento all'art. 116 c.p.*, in DOLCINI, MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. I, III ed., Milano, 2011, 1619 segg. In tale scritto si segnala, peraltro, la necessità anche di un ottavo requisito per poter applicare l'art. 116 c.p.: la realizzazione del "reato voluto" dal concorrente anomalo almeno a livello di tentativo. L'illustrazione in questa sede degli argomenti a sostegno di tale opinione ci porrebbe, tuttavia, assai lontano dall'oggetto della presente nota, tanto più che nel caso di specie la sussistenza in fatto di tale (dogmaticamente controverso) requisito è indubbia.

vo contenuto, e le cui modalità di accertamento costituiscono, come è noto, l'aspetto più controverso e discusso dell'art. 116 c.p. – nella sentenza in esame rinveniamo alcune affermazioni assolutamente degne di nota, sulle quali conviene adeguatamente soffermarsi, non prima, però, di aver illustrato brevemente il dibattito in corso in dottrina e giurisprudenza sul punto.

3.

La prevedibilità del reato diverso.

È noto, infatti, che nelle intenzioni del legislatore storico l'art. 116 c.p. avrebbe dovuto configurare un caso di *responsabilità oggettiva* secondo la logica del *versari in re illicita*²: ai fini dell'accollo della responsabilità al concorrente anomalo per il reato diverso da lui non voluto la lettera della legge si accontenta, infatti, della mera sussistenza del nesso causale tra la sua condotta e tale reato, senza affatto richiedere alcun collegamento di tipo soggettivo.

Ma già nel 1965 la Corte costituzionale, respingendo con una sentenza interpretativa di rigetto l'eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 116 c.p. per contrasto con l'art. 27 Cost., proclamava l'emancipazione di tale norma dal dominio della responsabilità oggettiva, ritenendo necessaria, ai fini della sua applicazione, la "presenza anche di un *coefficiente di colpevolezza*"³. Senonché a tale proclama non si accompagnava una più precisa indicazione del contenuto di tale coefficiente di colpevolezza, il quale veniva vagamente indicato, nelle parole della Corte, in una non meglio specificata relazione di prevedibilità logica: "il reato diverso o più grave commesso dal concorrente [deve] potere rappresentarsi alla psiche dell'agente, nell'ordinario svolgersi e concatenarsi dei fatti umani, come uno *sviluppo logicamente prevedibile* di quello voluto"⁴.

3.1.

Prevedibilità in astratto...

Proprio la vaghezza di quest'ultimo passaggio della sentenza costituzionale del 1965 ha così finito per autorizzare di fatto la giurisprudenza ordinaria successiva ad accontentarsi di una mera prevedibilità *in astratto* del reato diverso, vale a dire di una prevedibilità da accertarsi tramite un accostamento, fatto 'a tavolino', dei due modelli legali di reato – quello del reato voluto e quello del reato diverso –, senza bisogno di tener conto delle concrete modalità di realizzazione del caso di specie. Ai fini dell'applicazione dell'art. 116 c.p. si è, pertanto, a lungo ritenuta sufficiente la constatazione, basata su un confronto compiuto *in vitro* tra le due fattispecie incriminatrici, che dalla commissione del reato voluto si possa 'scivolare' nella commissione del reato non voluto⁵.

Così, ancora di recente, la Cassazione riconosce il concorso anomalo ogni qual volta il "reato diverso" costituisca "il logico sviluppo di quello concordato, sì da restare escluso solo qualora il diverso e più grave reato commesso dal concorrente consista in un evento atipico, del tutto eccezionale ed imprevedibile"⁶, o – detto con formula nella sostanza equivalente – "la possibile conseguenza della condotta concordata, secondo regole di ordinaria coerenza dello svolgersi dei fatti umani, non spezzata da fattori accidentali e imprevedibili"⁷.

In base a tale regola di giudizio, ad esempio, il 'palo' di un programmato furto, degenerato in rapina impropria, è stato ritenuto responsabile *ex art.* 116 c.p. del tentato omicidio commesso da uno degli esecutori materiali del furto/rapina ai danni di un agente di P.S. prontamente

² ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, pt. gen.*, XVI ed., Milano, 2003, 582; MANTOVANI, *Diritto penale, pt. gen.*, VIII ed., Padova, 2013, 546; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, pt. gen.*, VI ed., Bologna, 2009, 522; GRASSO, in ROMANO, GRASSO, *Commentario sistematico del c.p., vol. II*, IV ed., Milano, 2012, 260; MARINUCCI, DOLCINI, *Corso di diritto penale*, III ed., Milano, 2001, 464; PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, Milano, 1966, 126; PULITANÒ, *Diritto penale, pt. gen.*, V ed., Torino, 2013, 439; PALAZZO, *Corso di diritto penale, pt. gen.*, V ed., Torino, 2013, 510.

³ Corte cost. 42/1965, *GCost* 1965, 639.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Cass. 18 maggio 1994, Bilardo, *GP* 1996, II, 757; Cass. 7 aprile 1990, Siviero, *RP* 1991, 658; Cass. 2 ottobre 1989, Loddo, *CP* 1992, 621; Cass. 9 dicembre 1985, Decembrino, *CED* 172644; Cass. 9 gennaio 1985, Carbone, *GP* 1985, II, 662; Cass. 20 maggio 1983, Cannas, *CED* 161409, *RP* 1984, 529.

⁶ Cass., Sez. I, 5 gennaio 2011 (ud. 3 dicembre 2010), P., n. 200.

⁷ Cass., Sez. I, 30 dicembre 2011 (ud. 19 maggio 2011), S., n. 48726; Cass., Sez. I, 23 settembre 2011 (ud. 18 marzo 2011), X, n. 34536.

intervenuto, “trattandosi [il tentato omicidio] di evento non imprevedibile né del tutto svincolato dal delitto di rapina, che determina pur sempre un grave pericolo per la vita del rapinato, portato, per impulso naturale, a resistere alla violenza e minaccia e a sperimentare qualsiasi mezzo per sottrarsi ad essa, sicché l’omicidio o il tentato omicidio deve ritenersi legato alla rapina da un rapporto di regolarità causale e può considerarsi un evento che rientra, secondo l’*id quod plerumque accidit*, nell’ordinario sviluppo della condotta delittuosa”⁸.

A ben vedere, tuttavia, questo orientamento non può essere condiviso perché *non* garantisce affatto il superamento della responsabilità oggettiva, in quanto la valutazione di prevedibilità risulta del tutto svincolata dalle peculiarità del caso concreto, e quindi dalla possibilità del concreto imputato di prevedere – sulla base di elementi desumibili dal caso di specie – il reato diverso commesso dai suoi complici: insomma, la prevedibilità astratta non può costituire un valido fondamento per un rimprovero autenticamente personale⁹.

In base al criterio della prevedibilità in astratto, ad esempio, poiché di regola la rapina può degenerare in omicidio, poco importa che nel caso concreto *quella* rapina non lasciasse prevedere un esito mortale: se il mandante consegna al mandatario una pistola-giocattolo per il compimento di una rapina e il mandatario, inopinatamente, la sostituisce di nascosto con un’arma vera, uccidendo la vittima, il mandante risponderà di concorso in omicidio doloso, anche se il reato diverso non era da lui in alcun modo prevedibile!¹⁰.

Questo orientamento, peraltro, se coerentemente applicato, rischia anche di condurre a *conseguenze assurde*: in un esempio inverso al precedente, il mandante che incarica il mandatario di eseguire un furto in abitazione, non dovrebbe rispondere *ex art. 116 c.p.* della violenza sessuale commessa dal mandatario ai danni della proprietaria dell’appartamento (nell’ordinario svolgersi e concatenarsi dei fatti umani, infatti, non è in astratto prevedibile che un furto sfoci in una violenza sessuale), quantunque nel caso di specie tutte le circostanze lasciassero prevedere il trasmodare di quel furto in violenza sessuale: l’appartamento preso di mira per il furto era quello di una giovane donna sola; il mandatario non solo era noto per il suo temperamento *machista*, impulsivo e violento, ma era già stato protagonista di alcuni episodi di violenza sessuale; costui aveva già fatto pesanti ‘apprezzamenti’ sessuali sul conto della giovane vittima, noti al mandante, etc.

3.2.

...o prevedibilità in concreto?

Per emancipare davvero l’art. 116 c.p. dal dominio della responsabilità oggettiva, occorre quindi abbandonare il criterio, tanto pigro quanto insidioso, della prevedibilità in astratto, e condurre, con riferimento al singolo caso di specie, un’indagine sulla prevedibilità *in concreto* del reato diverso.

È quanto sta, in effetti, facendo un più recente e per ora ancora minoritario orientamento giurisprudenziale¹¹, il quale subordina l’applicazione dell’art. 116 c.p. ad un accertamento della *prevedibilità in concreto* del reato diverso, dando il giusto rilievo alla sua “concreta rappresentabilità”¹², e alla “personalità dell’imputato e alle circostanze ambientali nelle quali si è svolta l’azione”¹³.

In applicazione di tale nuovo orientamento la Cassazione ha, ad esempio, censurato la decisione con cui il giudice di merito aveva affermato la responsabilità *ex artt. 116-575 c.p.* di un imputato che, rivoltosi ad un boss mafioso, aveva chiesto il suo intervento per punire mediante la rottura della mano un rivale, mentre gli esecutori della spedizione punitiva, in violazione non solo dello specifico contenuto del “mandato” originario, ma anche dell’ordine

⁸ Cass., Sez. I, 1 febbraio 2012 (ud. 15 novembre 2011), Camko, CED 251849.

⁹ CANESTRARI *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto e il principio di colpevolezza*, *Studium Iuris* 1996, 1397; GRASSO, *op. cit.*, 263; PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe*, cit., 108; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 523.

¹⁰ Così, pressoché alla lettera, MARINUCCI, DOLCINI, *Corso*, cit., 470.

¹¹ In dottrina, da tempo a favore di una valutazione della prevedibilità in concreto del reato diverso, PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe*, cit., 109; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 523; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 547; MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, IV ed., Milano, 2012, 342; PALAZZO, *Corso*, cit., 511.

¹² Cass., Sez. II, 15 maggio 2012 (ud. 9 febbraio 2012), G., n. 18383.

¹³ Cass., Sez. II, 6 marzo 2009 (ud. 15 gennaio 2009), Serafin, CED 243303; Cass., Sez. VI, 16 febbraio 2012 (ud. 5 dicembre 2011), Mazarella, CED 252405 (in motivazione).

del loro capo, uccidevano la vittima¹⁴. Sempre in adesione a tale orientamento, la Cassazione ha, invece, confermato la responsabilità *ex* artt. 116-575 c.p. di un imputato che – in quanto ideatore e poi, in fase esecutiva, palo di una rapina – ben poteva prevedere la morte della vittima, un anziano inerme da lui conosciuto, il quale fu fatto oggetto di una feroce aggressione con una sbarra di ferro, fornita proprio dall'imputato, da parte degli altri correi, tra cui vi erano, peraltro, due giovani plurirecidivi¹⁵.

Ebbene, anche la *sentenza in esame* aderisce, meritoriamente, a questo nuovo orientamento, sia a livello di affermazioni di principio, sia a livello di motivazione in dettaglio di tali affermazioni con riferimento al caso giudicato.

Con questa sentenza, infatti, la Cassazione – dopo aver premesso che “la prevedibilità dell'evento più grave deve essere valutata in concreto, tenendo conto della personalità dell'imputato e delle concrete circostanze di fatto nelle quali si è svolta l'azione” – passa all'analisi del caso di specie, rilevando che Sempronio “aveva continuato a trattenere la vittima pur essendo stato in grado di percepire che il coimputato gli si stava avventando contro armato di un coltello, senza avere in alcun modo impedito tale ultimo evento, ma anzi avendo agevolato l'esecutore materiale, avendo continuato a tenere bloccata la vittima”, sicché “il comportamento tenuto dal ricorrente (...) correttamente è stato valutato dalla Corte territoriale nel senso che egli, pur non avendo voluto contribuire alla tentata uccisione della vittima, aveva pur sempre avuto la possibilità di prospettarsi il grave evento che si stava per verificare; invero, nella specie, la tentata uccisione della vittima non poteva essere ritenuta dal ricorrente un evento atipico ed imprevedibile, essendo stato egli consapevole che il coimputato Tizio stesse, nella contingenza, per avventarsi sulla vittima armato di un micidiale coltello”.

4.

Prevedibilità in concreto, colpa e principio di colpevolezza.

Come risulta dai passaggi appena citati della sentenza qui annotata, e dagli ulteriori esempi sopra riferiti, una valutazione della prevedibilità in concreto – purché effettuata dal punto di vista di un uomo ragionevole (lo si chiami, o meno, *homo eiusdem professionis et condicionis* o agente-modello), e non di un soggetto onnisciente e onnipredidente – viene di fatto ad equivalere ad un giudizio di *colpa*¹⁶, sicché non sorprende se alcune delle sentenze che aderiscono al più recente orientamento sopra esposto non esitano a subordinare *tout court* alla colpa la responsabilità del concorrente anomalo¹⁷.

Adotta, ad esempio, espressamente un “*modello di imputazione colposa*” ai fini dell'applicazione dell'art. 116 c.p. una recente sentenza, secondo cui la “rappresentabilità [del reato diverso]” è “da valutarsi in relazione alle circostanze ed ad ogni altro profilo del fatto concreto”¹⁸: nella specie, la Cassazione, nel giudicare un caso di rapina a mano armata realizzata da una banda di criminali, sfociata nell'uccisione di una delle due guardie giurate preposte al trasporto di un ingente carico di denaro contante, conferma la responsabilità *ex* artt. 116-575 c.p. del bassista della banda (che peraltro era proprio il caposervizio delle due guardie giurate aggredite), in quanto questi aveva avuto un “atteggiamento negligente” rispetto all'evento morte, giacché “non poteva affatto escludere con certezza e non contemplare neppure il rischio che la criminale rapina a mano armata contro un autoblindo con a bordo guardie giurate, anch'esse armate, non potesse in nessun modo degenerare nell'utilizzo delle armi medesime: le guardie giurate avevano il compito di difendere il carico loro affidato e se stessi, avevano il dovere, se necessario, di sventare la rapina anche con l'utilizzo delle armi, al cui uso lo stesso imputato aveva in

¹⁴ Cass., Sez. V, 9 ottobre 2009 (ud. 8 luglio 2009), Rizza, CED 245152.

¹⁵ Cass., Sez. I, 21 dicembre 2011 (ud. 22 settembre 2011), F., n. 47652.

¹⁶ Così anche GRASSO, *op. cit.*, 263; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 548; MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale*, cit., 342. Dubitano, invece, della piena equivalenza di una siffatta valutazione di prevedibilità in concreto con un'imputazione per colpa CANESTRARI, *La responsabilità del partecipe*, cit., 1398; INSOLERA, *Concorso di persone nel reato*, *Dig. Disc. Pen.* II, 1988, 483, 487; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 523; PIRAS, *Elemento soggettivo del concorso anomalo*, CP 2001, 2355. In generale, sulla centralità della valutazione di prevedibilità ai fini dell'accertamento della colpa, cfr. BASILE, *Fisionomia e ruolo dell'agente-modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa generica*, in *Dir. Pen. Cont.*, 3 marzo 2012.

¹⁷ Oltre alla sentenza cit. nella nota 29, v. Cass., Sez. I, 3 maggio 2010 (ud. 3 febbraio 2010), Malgeri, CED 246926, e Cass., Sez. I, 6 agosto 2010 (ud. 21 aprile 2010), Carminati, CED 248196; v. pure Cass., Sez. II, 5 dicembre 2006 (dep. 10 novembre 2006), Taroni, CED 235449, e Cass., Sez. VI, 25 febbraio 2005 (ud. 13 gennaio 2005), Lauro, CED 231460, ove si dà rilievo alla violazione della “dovuta diligenza”.

¹⁸ Cass., Sez. I, 23 gennaio 2012 (ud. 26 ottobre 2011), Papa, CED 251827 (in motivazione).

passato invitato i dipendenti della società di vigilanza destinati al trasporto di valori”¹⁹.

4.1. La più recente giurisprudenza costituzionale sul principio di colpevolezza.

La necessità della colpa per poter applicare l’art. 116 c.p. risulta, d’altra parte, imposta dalla stessa giurisprudenza costituzionale sul principio di colpevolezza degli ultimi decenni. Vero è che la Corte costituzionale, dopo il 1965, non è più tornata ad occuparsi direttamente dell’art. 116 c.p., ma dalla sua giurisprudenza sull’art. 27 Cost., successiva a tale data²⁰, sono comunque desumibili preziose indicazioni per l’interpretazione anche dell’art. 116 c.p.

Pur occupandosi di altre norme, la Corte costituzionale ha infatti statuito che:

a) “il fatto imputato, perché sia legittimamente punibile, deve necessariamente includere *almeno la colpa dell’agente in relazione agli elementi più significativi della fattispecie tipica*”²¹; e il “reato diverso” non può non essere ricompreso tra gli “elementi più significativi” della fattispecie di cui all’art. 116, essendo esso estremamente significativo sia rispetto all’offesa (in quanto offensivo, in via autonoma, di un differente bene giuridico), sia rispetto alla pena (in quanto determina l’inflizione di una pena ulteriore rispetto a quella prevista per il “reato voluto”)”;²²

b) “è *in relazione al complessivo ultimo risultato vietato* che va posto il problema della violazione delle regole preventive che, appunto in quanto collegate al medesimo, consentono di riscontrare nell’agente la *colpa* per il fatto realizzato”²³; ebbene, poiché nella fattispecie di cui all’art. 116 c.p. il “complessivo ultimo risultato vietato” è costituito proprio dalla produzione del “reato diverso”, è in relazione a tale reato che va posto il problema della violazione di “*regole preventive*” al fine di poter riscontrare nell’agente la *colpa* per il fatto realizzato;

c) il principio del *versari in re illicita*, cui l’interpretazione tradizionale riconduce anche l’art. 116 c.p., “*contrasta* con l’art. 27 co. 1 Cost.”²⁴;

d) “perché l’art. 27 co. 1 Cost. sia pienamente rispettato e la responsabilità penale sia autenticamente personale, è indispensabile che *tutti e ciascuno degli elementi che concorrono a contrastare il disvalore della fattispecie* [e sicuramente, nell’ambito del concorso anomalo, è tale il “reato diverso”] siano soggettivamente collegati all’agente (siano, cioè, investiti dal dolo o dalla colpa) ed è altresì indispensabile che tutti e ciascuno dei predetti elementi siano allo stesso agente rimproverabili e cioè anche soggettivamente disapprovati (...); soltanto gli elementi estranei alla materia del divieto [e sicuramente non è tale, nella fattispecie di cui all’art. 116 c.p., il “reato diverso”] si sottraggono alla regola della rimproverabilità *ex* art. 27 co. 1 Cost.”²⁵;

e) “il principio di colpevolezza si pone non soltanto quale vincolo per il legislatore, nella conformazione degli istituti penalistici e delle singole norme incriminatrici; ma anche come *canone ermeneutico per il giudice*, nella lettura e nell’applicazione delle disposizioni vigenti”²⁶; e tale affermazione non lascia residuare più alcun dubbio sull’onere dei giudici di interpretare l’art. 116 c.p. in modo conforme al principio di colpevolezza.

Se si vuol fare sul serio, quindi, con il principio di colpevolezza come interpretato nella giurisprudenza costituzionale, la fattispecie di cui all’art. 116 c.p. deve essere applicata, già *de iure condito*, riconoscendovi presente il limite della *colpa rispetto al “reato diverso”*²⁷.

L’ultima delle sentenze della Cassazione che, al momento della redazione della presente nota, siamo riusciti a reperire in argomento sembra proprio suggerire un siffatto esito: “l’e-

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Per un quadro di sintesi su tale giurisprudenza, sia consentito rinviare a BASILE, *La colpa in attività illecita. Un’indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Milano, 2005, 219.

²¹ Corte cost. 364/1988, corsivo aggiunto.

²² Così pure GRASSO, *op. cit.*, 263.

²³ Corte cost. 364/1988, corsivo aggiunto.

²⁴ Corte cost. 1085/1988, corsivo aggiunto.

²⁵ Corte cost. 1085/1988, corsivo aggiunto.

²⁶ Corte cost. 322/2007, corsivo aggiunto.

²⁷ PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 440; MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale*, cit., 342; v. anche BASILE, *L’alternativa tra responsabilità oggettiva e colpa in attività illecita*, in RIDPP 2011, 936 ss., ove, richiamandosi alla fondamentale sentenza della Cass., Sez. Un. 29 maggio 2009 (ud. 22 gennaio 2009), Ronci, CED 243381 sull’art. 586 c.p., si confutano le obiezioni circa una presunta *impossibilità* di muovere un rimprovero di colpa per un risultato non voluto nei confronti di chi versa *in re illicita*, vale a dire nei confronti di chi ha intrapreso volontariamente un’attività illecita (e, specificamente, penalmente illecita).

voluzione giurisprudenziale e dottrinale delle linee interpretative dell'istituto è approdata ad escludere che la norma di cui all'art. 116 c.p. contenga un'ipotesi di responsabilità oggettiva, non consentita dal principio di colpevolezza ricavabile dalla regola generale della personalità della responsabilità penale, sancita dall'art. 27 Cost., co. 1 (...), quanto una fattispecie punita a titolo di responsabilità intenzionale rispetto alla condotta criminosa voluta e meno grave, ed a titolo di colpa rispetto al diverso e più grave reato in concreto consumato, prevedibile, facendo uso, in relazione a tutte le circostanze del caso concreto ed alla personalità del concorrente, della dovuta diligenza²⁸.

5.

Una colpa punita con la pena del dolo?

Anche dopo aver raggiunto questo prezioso risultato (la responsabilità del concorrente anomalo va subordinata in via interpretativa al criterio della colpa), resta, tuttavia, ancora un motivo di insoddisfazione nei confronti dell'art. 116 c.p.: il principio di colpevolezza risulta rispettato, infatti, solo in relazione all'*an* della responsabilità del concorrente anomalo ("nessuna pena senza colpevolezza"), non invece in relazione al *quantum* della sua responsabilità ("nessuna pena più grave senza colpevolezza più grave"), giacché la pena imposta dall'art. 116 c.p. al concorrente anomalo *in colpa* rimane pur sempre quella del reato *doloso* commesso dall'altro concorrente (quantunque diminuita di un terzo).

Si pensi proprio al caso di specie dal quale abbiamo preso le mosse, il quale si chiude con due condanne per tentato omicidio *doloso*. A Sempronio che, secondo la condivisibile impostazione seguita dalla Corte, poteva in concreto prevedere l'uccisione della vittima e che è quindi *in colpa* per la morte della vittima, viene inflitta una pena (4 anni di reclusione) che è solo di un anno più lieve della pena (5 anni di reclusione) inflitta, invece, a Tizio, benché sia stato questi, con *dolo* di omicidio, a sferrare la micidiale coltellata²⁹: insomma, solo un anno in meno di reclusione per segnare la differenza tra un omicidio nella sostanza colposo (quello commesso da Sempronio) e un omicidio nella sostanza doloso (quello commesso da Tizio).

Ma qui dobbiamo necessariamente fermarci perché il superamento di questo secondo profilo di violazione del principio di colpevolezza (*nulla maior poena sine maiore culpa*) non è perseguibile in via interpretativa, nemmeno dal più sensibile dei giudici alla lezione di civiltà scaturiente dall'art. 27 Cost. L'unica cosa che un tale giudice potrebbe fare, sarebbe allora sollevare eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 116 c.p. per violazione del principio di colpevolezza *quoad poenam*.

Ma se mai la Corte costituzionale, accogliendo tale eccezione, espellesse dal nostro ordinamento l'art. 116 c.p., con conseguente libero operare delle ordinarie regole sul concorso di persone nel reato, si rischierebbe di provocare mali peggiori di quelli ai quali si vuole porre rimedio.

La scomparsa dell'art. 116 c.p. comporterebbe, infatti, una drastica riduzione dell'area del 'penalmente rilevante' rispetto alla situazione attuale³⁰: in primo luogo, infatti, a causa della preclusione derivante dall'art. 42 co. 2, il concorrente anomalo in colpa non potrebbe più rispondere per il "reato diverso", ogni qual volta questo reato fosse punito dalla legge solo a titolo di dolo (ad es., una rapina commessa al posto del furto da lui voluto); in secondo luogo, a causa delle incertezze dogmatiche e giurisprudenziali circa la configurabilità di un concorso colposo nel delitto doloso altrui³¹, si potrebbe dubitare della sua responsabilità per il "reato diverso" persino nei casi in cui tale reato sia punito anche a titolo di colpa (si pensi ancora una volta al caso affrontato dalla sentenza in esame: se non esistesse l'art. 116 c.p., Sempronio potrebbe rispondere di omicidio colposo *ex artt.* 110-589 c.p. solo ove si fosse disposti ad ammettere la possibilità di un concorso colposo nel delitto doloso altrui).

²⁸ Cass., Sez. I, 14 marzo 2014 (ud. 5 dicembre 2013), C., n. 12273: si noti, peraltro, che si tratta di una sentenza pronunciata, solo qualche giorno dopo, dalla stessa sezione (con lo stesso presidente) della sentenza qui annotata.

²⁹ Facciamo qui riferimento alla pena inflitta ai due imputati dalla Corte d'appello, tenuto conto, per entrambi, sia del rito abbreviato che delle attenuanti generiche. La sentenza di Cassazione in commento annulla con rinvio la sentenza d'appello *quoad poenam*, ma solo perché riconosce a favore di entrambi gli imputati la ricorrenza dell'attenuante della provocazione.

³⁰ Sul punto v. PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe*, cit., p. 167 ss.

³¹ Su tale controversia configurabilità, v. la recente e completa indagine di BORGHI, *Il concorso colposo nel reato colposo e nel reato doloso. Teoria e prassi in Italia e in Germania*, Milano, 2014 (tesi dottorale).

Di riflesso e per reazione, i giudici ordinari potrebbero, allora, trovarsi esposti alla tentazione di coprire questi sopravvenuti vuoti di punizione riconoscendo con maggior 'generosità' il dolo in capo a tutti i concorrenti: con conseguente punizione di Sempronio per omicidio doloso senza nemmeno la diminuzione di cui al secondo comma dell'art. 116 c.p.

Ciò considerato, è lecito auspicare che sia il legislatore a correggere l'incompatibilità dell'art. 116 c.p. con il principio di colpevolezza *quoad poenam*, attraverso un meditato intervento che provveda ad un complessivo riordino della materia, in modo tale che il pieno rispetto del principio di colpevolezza non sia ottenuto al prezzo di inopportuni vuoti di punizione, pericolosamente colmabili in via giudiziale con condanne ancora più inique di quelle che si vogliono oggi scongiurare.

RISPONDE DI ESTORSIONE LA PROSTITUTA CHE MINACCIA IL CLIENTE COSTRINGENDOLO A PAGARE LA PRESTAZIONE? A PROPOSITO DEL CONCETTO DI INGIUSTIZIA DEL PROFITTO

Nota a Trib. Roma, 7 maggio 2014, Pres. Liotta, Est. Di Nicola

Gian Luigi Gatta

ABSTRACT

Secondo il Tribunale di Roma, gli atti di violenza o minaccia realizzati dalla prostituta per costringere il cliente a pagare la prestazione sono riconducibili alla previsione dell'art. 610 c.p. (violenza privata) ma non integrano il delitto di *estorsione*, per difetto del requisito dell'ingiusto profitto realizzato dall'agente. Il Tribunale giunge a questa condivisibile conclusione seguendo un percorso argomentativo inedito nella giurisprudenza: l'ingiustizia del profitto difetterebbe non già perché (tesi tradizionale, risalente almeno ad Antolisei) – a fronte di una prestazione contraria al buon costume – la pretesa della prostituta è indirettamente tutelata dall'ordinamento attraverso la *soluti retentio* (art. 2035 c.c.), bensì perché, in conseguenza della prostituzione – oggi non più inquadrabile tra le prestazioni contrarie al buon costume –, sorgerebbe in capo alla prostituta un vero e proprio diritto ad essere retribuita, percependo un profitto, per l'appunto, giusto. La decisione fornisce all'A. l'occasione per alcune riflessioni sul concetto di 'ingiusto' profitto nell'estorsione e nei delitti contro il patrimonio, nonché sui rapporti tra estorsione, violenza privata ed esercizio arbitrario delle proprie ragioni.

SOMMARIO

1. Il caso. – 2. La decisione del Tribunale di Roma. – 3. A proposito della 'ingiustizia' del profitto nell'estorsione: lo 'stato dell'arte'. – 4. (*Segue*): l'innovativa soluzione del Tribunale di Roma: "la prostituta ha diritto di essere retribuita ed il profitto che ne consegue è giusto". – 5. Considerazioni critiche.

1.

Il caso.

Un uomo contatta una giovane *prostituta* nigeriana al fine di consumare un rapporto sessuale al prezzo concordato di 100 euro; *dopo aver consumato il rapporto sessuale non corrisponde quanto concordato* e si allontana abbandonando la donna in un supermercato, dove questa aveva chiesto di essere accompagnata per comprare dei generi alimentari.

La prostituta, in possesso del numero di telefono del cliente, tenta quindi di recuperare il denaro inviando alcuni *sms dal contenuto minatorio*: “devi sapere che io ti conosco e che so chi sei e dove abiti; se tu non vieni a portarmi i 100 euro per la scopata che hai fatto avrai un sacco di problemi...Ti do tre giorni per portarmi i miei soldi. Conosco tua figlia, la tua macchina, la tua casa. Ti do l'opportunità di risolvere la situazione prima che inizino i veri problemi. Voglio dirti che io non sono sola...tu stai delirando, se non mi porti i soldi verrò a casa tua quando meno te l'aspetti”.

L'uomo denuncia ai carabinieri le *richieste estorsive* della donna, tacendone il motivo e fingendo di conoscere la stessa solo per averle prestato soccorso alcuni giorni prima. I carabinieri organizzano così un appostamento nel luogo concordato per la consegna della somma di denaro, e, dopo aver fotocopiato le banconote, procedono all'arresto in flagranza della donna, chiamata a rispondere davanti al Tribunale di Roma del delitto di *estorsione* (aggravato perché commesso da più persone: la prostituta, infatti, si è fatta aiutare da un amico a tradurre in italiano gli sms minatori).

2.

La decisione del Tribunale di Roma.

Con la sentenza che può leggersi in allegato, *il Tribunale di Roma ha escluso la configurabilità dell'estorsione* – punita, nella contestata ipotesi aggravata (art. 629, co. 2 c.p.), con la reclusione da sei a venti anni – e ha condannato la giovane prostituta (e il suo amico, concorrente nel reato) a quattro mesi di reclusione per l'assai meno grave delitto di *violenza privata ex art. 610 c.p.* (concedendo peraltro la sospensione condizionale della pena). A risultare decisiva per la mutata qualificazione giuridica del fatto – e, in particolare, per escludere l'estorsione – è la *negazione del carattere “ingiusto” del profitto perseguito dalla prostituta* (l'ingiustizia del profitto, come è noto, è elemento costitutivo del delitto di cui all'art. 629 c.p.; mentre la figura generale della violenza privata – il prototipo della violenza/minaccia-mezzo di coazione – prescinde da tale elemento).

3.

A proposito della ‘ingiustizia’ del profitto nell'estorsione: lo ‘stato dell'arte’.

Si tratta di *una conclusione non nuova*, seppure non incontrastata; del tutto *inedito* è invece il *percorso argomentativo* seguito dal Tribunale di Roma per pervenirvi, con un'articolata motivazione.

Procedendo per gradi – e con estrema sintesi – ricordiamo al lettore quel che insegna da tempo autorevole *dottrina*, e che si legge ad esempio nel *Manuale* di Antolisei: nell'ambito dei delitti contro il patrimonio si deve considerare *ingiusto “soltanto il profitto che non è in alcun modo, e cioè né direttamente né indirettamente, tutelato dall'ordinamento giuridico”*¹.

Orbene, secondo la tesi tradizionale – tra i penalisti e ancor prima tra i civilisti – *l'utilità economica concordata per prestazioni sessuali a pagamento non è direttamente tutelata dall'ordinamento*: ad essa non corrisponde, infatti, un diritto azionabile in giudizio. La pretesa di cui si

¹ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, I, XIV ed., Milano, Giuffrè, 2002, p. 284. V. anche G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, tomo I, *I delitti contro il patrimonio*, VI ed., 2014, p. 39: “il profitto è definibile ingiusto tutte le volte in cui il suo perseguimento prescinde da una pretesa giuridicamente riconosciuta, in forma sia diretta sia indiretta”; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, II, IV ed., Padova, Cedam, 2012, p. 44: “il profitto deve ritenersi giusto quando si fonda su una pretesa comunque riconosciuta dal diritto, sia in modo diretto...sia in modo indiretto”: Nello stesso senso, in giurisprudenza, Cass. Sez. VI, 16 ottobre 1990, n. 2460, Rasi, in *Ced Cassazione* n. 186472.

tratta non è munita di azione – come si precisa anche in giurisprudenza – perché trae origine da un contratto avente causa illecita in quanto contrario al buon costume².

Sempre secondo l'impostazione tradizionale, alla medesima utilità economica, derivante dalla prostituzione, va peraltro riconosciuta una *tutela indiretta, sub specie* di concessione della *soluti retentio*, analogamente a quanto dispone l'art. 2034 c.c. per le obbligazioni naturali (ad es., per la somma corrispondente a un credito di gioco). Ai sensi dell'art. 2035 c.c., infatti, "*chi ha eseguito una prestazione per uno scopo che, anche da parte sua, costituisca offesa al buon costume non può ripetere quanto ha pagato*". Sarebbe questo il caso, anche e proprio, della prostituzione: il cliente della prostituta che abbia spontaneamente pagato la prestazione sessuale non può ripetere la somma pagata, che la prostituta può pertanto legittimamente trattenere³.

La conclusione, sempre secondo la tesi tradizionale, che si rifà al criterio scolpito da Antolisei, è nel senso di *escludere l'ingiustizia del profitto* conseguente alla prostituzione, proprio perché tale attività riceve una tutela indiretta da parte dell'ordinamento giuridico. Ne consegue che gli atti di violenza o di minaccia realizzati dalla prostituta per costringere il cliente a pagare la prestazione (ovvero posti in essere dal cliente per costringere la prostituta a rinunciare al pagamento della prestazione stessa) non integrano:

- a) l'estorsione, per difetto del requisito dell'ingiusto profitto realizzato dall'agente⁴;
- b) l'esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza alle persone (art. 393 c.p.), per difetto, per l'appunto, di una pretesa azionabile in giudizio⁵.

Quegli atti, invece, come già Antolisei concludeva⁶, non sono peraltro penalmente irrilevanti, ben potendo integrare la *violenza privata* (art. 610 c.p.).

Non si tratta, peraltro, come si accennava, di un orientamento incontrastato: *parte della dottrina e della giurisprudenza, infatti, ritiene ingiusto il profitto – e integrato il delitto di estorsione – ogni qualvolta l'agente miri ad ottenere l'adempimento di un'obbligazione naturale*, ovvero il corrispettivo per una prestazione contraria al buon costume: il pagamento di una somma di denaro derivante dal gioco d'azzardo⁷, dalla cessione di stupefacenti⁸ o, per l'appunto, da rapporti sessuali a pagamento⁹. Sulla scia di un'argomentata tesi contraria a quella di Antolisei, sostenuta da Ragno¹⁰, si nega infatti rilievo alla tutela indiretta rappresentata dalla *solutio retentio*, attraverso la quale l'ordinamento riconosce una pretesa – a trattenere quanto corrisposto per l'obbligazione naturale o contraria al buon costume – solo *dopo* che una delle parti abbia spontaneamente adempiuto. Prima di quel momento l'ordinamento non riconosce alcuna tutela, della quale dovrebbe pertanto ritenersi priva la pretesa della prostituta al corrispettivo per la propria prestazione; con la conseguenza che il relativo profitto dovrebbe considerarsi ingiusto.

4.

(Segue): l'innovativa soluzione del Tribunale di Roma: "la prostituta ha diritto di essere retribuita ed il profitto che ne consegue è giusto".

Nel contesto del quadro degli orientamenti qui abbozzato, l'annotata sentenza del *Tribunale di Roma* inaugura una terza via (il futuro dirà se avrà seguito): perviene alla medesima conclusione già indicata da Antolisei (configurabile la violenza privata e non l'estorsione, per difetto del requisito dell'ingiustizia del profitto), attraverso però un percorso argomentativo inedito e affatto diverso, sviluppato in un'ampia e articolata motivazione, che di seguito com-

² Cfr., tra le altre, Cass. Sez. II, 10 dicembre 1971, n. 4003, Giachi, in *Ced Cassazione* n. 121242; Cass., Sez. I, 16 novembre 1970, n. 2290, Bell, *ivi*, n. 117285. Nella giurisprudenza civile, per l'affermazione della contrarietà della prostituzione al buon costume v., da ultimo, Cass. civ., Sez. V, 13 maggio 2011, n. 10578, in *Ced Cassazione* n. 618085 e, in precedenza, Cass. civ., Sez. III, 1° agosto 1986, n. 4927, *ivi*, n. 447616.

³ Cfr. Cass. Sez. II, 10 dicembre 1971, n. 4003, Giachi, cit.; Cass. Sez. III, 10 ottobre 1972, n. 5171, Italiano, in *Ced Cassazione* n. 124475.

⁴ Cass. Sez. II, 5 marzo 2001, n. 9348, Vegliante, in *Riv. pen.*, 2001, p. 444.

⁵ A tale ultimo proposito v. ad es. Cass. Sez. II, 10 dicembre 1971, n. 4003, Giachi, cit.; Cass., Sez. I, 16 novembre 1970, n. 2290, Bell, cit.

⁶ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, I, cit., p. 285.

⁷ Cass. Sez. II, 23 settembre 2003, n. 41453, El Khattabi, in *Ced Cassazione* n. 227674; Cass. Sez. II, 31 gennaio 2013, n. 7972, De Maio, *ivi*, n. 254995.

⁸ Cass. Sez. VI, 16 ottobre 1990, n. 2460, Rasi, cit.

⁹ Cass. Sez. II, 10 ottobre 1972, n. 5171, Italiano, cit.

¹⁰ G. RAGNO, *Il delitto di estorsione. Lineamenti dommatici*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 217 s. La tesi è stata da ultimo sviluppata da C. BACCAREDDA, S. LALOMIA, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, vol. VIII, Padova, Cedam, 2010, p. 5854 s.

pendiamo.

Il Tribunale *contesta la tesi, consolidata in dottrina e giurisprudenza, che esclude qualsiasi valore giuridico alla pretesa della prostituta rispetto al compenso pattuito*, qualificando il rapporto con il cliente come prestazione contraria al buon costume ai sensi dell'art. 2035 c.c. Si tratterebbe di una tesi, secondo il Tribunale, “che trova origine in assetti giuridici che appaiono ampiamente superati”, come mostrerebbe il riconoscimento, in numerose *fonti sovranazionali*, di un vero e proprio “diritto alla sessualità”, comprensivo del “*diritto alla scelta di vendere la propria prestazione sessuale*” (p. 25 della sentenza annotata). Si legge in particolare nella motivazione della sentenza (p. 26) che “acquistare servizi sessuali a pagamento non implica un conflitto con i diritti umani delle persone coinvolte nella prostituzione se queste operano autonomamente e consapevolmente, in quanto *esiste anche un diritto all'esercizio dell'attività di prostituzione allorché questa ponga al centro la libertà di scelta della prostituta* e preveda un sistema volto a facilitare l'abbandono volontario di tale attività”. La conclusione cui perviene la sentenza annotata è netta, e sarebbe imposta da un'interpretazione del diritto civile conforme ai principi costituzionali di cui agli artt. 2 e 3 Cost (p. 30): “*la prostituta ha diritto di essere retribuita ed il profitto che ne consegue è giusto*” (p. 26); “è quindi da ritenersi *contraria al buon costume* e causa ‘immorale’, nel nostro sistema ordinamentale, non la prestazione sessuale che avviene riservatamente a pagamento tra adulti, liberi e consenzienti [come nel caso di specie, n.d.r.], ma *la condotta del cliente che pretende da una prostituta giovane, straniera, e di certo vittima di sfruttamento, la prestazione sessuale come gratuita* in considerazione proprio della *disparità sociale, economica e di genere tra i due soggetti del rapporto*” (p. 32).

Il Tribunale conclude quindi (p. 35 s.) nel senso che: tra le prestazioni contrarie al buon costume ai sensi dell'art. 2035 c.c. non è ricompreso l'esercizio della prostituzione in quanto tale; “non è ingiusto il profitto per il solo fatto che la pretesa sulla quale detto profitto si fonda è una pretesa fino ad oggi non tutelata dall'ordinamento per una certa interpretazione offerta del buon costume allorché si tratti della prestazione sessuale di una prostituta non pagata”; *il profitto della prostituta “va legittimamente preteso da questa”, pur nelle forme dovute che non tramodino in violenza o minaccia*” (p. 36). Di qui la *derubricazione del fatto da estorsione a violenza privata*.

5.

Considerazioni critiche.

Nel riconoscere il diritto della prostituta al compenso per le proprie prestazioni, il Tribunale, pur consapevole del contrario e dominante orientamento, finisce per suggerire la via dell'azionabilità del diritto stesso (p. 36). Senonché, a rigore, se si ammette la possibilità per la prostituta di adire il giudice civile per ottenere il proprio compenso, il fatto deve essere qualificato come *esercizio arbitrario delle proprie ragioni* con violenza alle persone (art. 393 c.p.), e non come violenza privata.

A parte ciò, e volendo tirare le fila, a noi pare che l'interessante sentenza del Tribunale di Roma pervenga a un esito condivisibile sotto il profilo della *giustizia sostanziale*: escludere un delitto così grave, come l'estorsione, a fronte della richiesta, con violenza o minaccia, di somme di denaro che una donna ridotta dalla povertà a vendere il proprio corpo pretende come corrispettivo. E' un esito sul quale indubbiamente ha influito, nel caso di specie, il comportamento del ‘cliente’, che – ad avviso del Tribunale – pur non di non pagare 100 euro per il rapporto consumato è giunto a denunciare per estorsione e a far arrestare la prostituta, e poi a rendere dichiarazioni ritenute false al Tribunale (che ha pertanto trasmesso gli atti alla Procura della Repubblica); comportamento del quale il Tribunale – si noti – ha tenuto conto altresì in sede di commisurazione della pena per il ritenuto delitto di violenza privata, e di concessione della sospensione condizionale della pena.

Senonché, a noi pare, l'esito di giustizia sostanziale cui evidentemente ha mirato il Tribunale può essere raggiunto più agilmente seguendo la *tesi tradizionale* di cui si è detto, che risale almeno ad Antolisei e che la giurisprudenza, anche di legittimità, ha più volte percorso. Con ciò – beninteso – non si vuole certo negare l'importanza di battaglie civili per il riconoscimento dei diritti delle prostitute, per le quali la sentenza annotata, anche grazie al particolare sforzo argomentativo e alla ricostruzione del quadro delle fonti sovranazionali in materia, potrà certo assumere rilievo; il nostro dubbio è però che non sia questa la sede per condurre quelle battaglie.

DISFUNZIONE APPLICATIVA DELL'ART. 2635 C.C. TRA VECCHIA E NUOVA FORMULAZIONE DELLA «CORRUZIONE TRA PRIVATI»

Nota a Trib. Udine, 6 giugno 2013 (dep. 12 settembre 2013),
Pres. Missera, Est. Carlisi

Lucia Zoli

ABSTRACT

La sentenza in commento costituisce il primo caso di condanna per fatti riconducibili alla fattispecie di «infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità», ora denominata «corruzione tra privati». La vicenda sottoposta all'attenzione del Tribunale di Udine, benché non sollevi di per sé questioni ermeneutiche di particolare problematicità, acquisisce speciale rilevanza proprio in ragione della sua eccezionalità ed offre l'occasione per formulare ampie osservazioni critiche sulla *disfunzione applicativa* dell'art. 2635 c.c. Quest'ultima, in effetti, è principalmente addebitabile alle distonie tra la formulazione accolta dal legislatore italiano e le numerose sollecitazioni extranazionali in materia, alle quali anche la legge n. 190/2012 è riuscita a dare solo una timida e parziale trasposizione. Neppure la modifica del regime di procedibilità di cui al 5° comma, evocativa del modello concorrenziale tedesco di incriminazione della corruzione privata, pare idonea ad ampliare sensibilmente lo spettro applicativo della norma, i cui profili offensivi risultano ancora canalizzati in ottica patrimonialistica interna.

SOMMARIO

1. Premessa. – 2. Il fatto. – 3. Rapporti tra le due ipotesi di infedeltà e classificazione del caso di specie. – 4. Il necessario «nocumento» causato dalla relazione corruttiva ed i profili offensivi rilevanti. – 5. Principali ragioni della disfunzione applicativa della fattispecie. – 6. Riflessioni conclusive.

1.

Premessa.

La sentenza in commento offre l'occasione – in effetti piuttosto rara, stando ai pochi precedenti in materia¹ – di soffermare l'attenzione sulla fattispecie delittuosa prevista e disciplinata dall'art. 2635 c.c., ora rubricata «corruzione tra privati», in origine «infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità».

La scarsa applicazione pratica della disposizione *de qua* può essere attribuita a diversi ordini di ragioni, che saranno di seguito esaminati. Non si ritiene, peraltro, che la modesta 'vitalità processuale' dell'ipotesi previgente, cui si riferisce la vicenda in esame (relativa a fatti commessi negli anni 2003-2006), possa essere rinvigorita dalla fattispecie di nuovo conio.

La riforma anticorruzione, varata con l. 6 novembre 2012, n. 190, è stata, in effetti, da più parti già tacciata come la mancata occasione di adeguamento² alle numerose sollecitazioni extranazionali sul tema³, risolvendosi, per la gran parte, in una semplice operazione di «*maquillage*»⁴ normativo. Le fonti internazionali ed europee, dirette ascendenti della disciplina nazionale, già dall'approvazione del 'progetto Mirone', avevano invece auspicato – in certi casi anzi imposto – un più solido contrasto alle pratiche corruttive, anche in contesti diversi da quello pubblico⁵, nonché una canalizzazione esterna dei profili offensivi rilevanti.

Si procederà con ordine alla disamina delle principali questioni interpretative sollevate dal caso *de quo*, per incentrare essenzialmente la riflessione sulla problematica disfunzione applicativa del reato: aspetto, quest'ultimo, che riverbera necessariamente i propri effetti sull'impatto prodotto dalla sanzione criminale sui comportamenti imprenditoriali.

2.

Il fatto.

In via preliminare, va riepilogata la vicenda portata all'attenzione del Tribunale di Udine.

Sin dagli inizi del 2003, M. è dirigente con delega alla gestione ordinaria di tesoreria di una nota società multinazionale (la D. s.p.a.), quotata alla Borsa valori di Milano. In virtù della fiducia nutrita dai vertici aziendali nelle sue competenze in ambito finanziario, M. ottiene

¹ La giurisprudenza in tema di «infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità» è, infatti, decisamente scarsa. Al momento della pubblicazione del presente contributo, si ha unicamente conoscenza di talune pronunce della Suprema Corte tutte afferenti la medesima vicenda fattuale: Cass. pen., sez. V, 13 novembre 2012, n. 5848, di annullamento parziale con rinvio della sentenza del Trib. lib. Milano, 25 luglio 2012; Cass. pen., sez. V, 13 novembre 2012, nn. 14765 e 14766, in *www.dejure.it*. Non vi sono ancora sentenze relative a fatti commessi successivamente all'entrata in vigore della nuova fattispecie di «corruzione tra privati».

Una prognosi in tal senso era già stata compiuta dalla migliore dottrina penalista, in esito alla riforma dei reati societari, d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61, con riferimento tanto alle incriminazioni preesistenti, quanto alle neo-introdotte ipotesi di «infedeltà» cfr. MAZZACUVA, *Gli artt. 2634 e 2635 c.c.: diritto penale 'simbolico' o necessaria 'frammentarietà' dell'intervento punitivo*, in ACQUAROLI-FOFFANI (a cura di), *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 349 ss.

² In questi termini si è espressa la dottrina maggioritaria all'indomani della sopracitata riforma: DOLCINI-VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione (testo aggiornato alla luce dell'emendamento presentato dal Governo)*, in *questa Rivista*, 1, 2012, p. 245 ss.; MELCHIONDA, *Art. 2635 c.c. («corruzione tra privati»)*, in *Giur. it.*, 2012, n. 12, p. 2698 ss.; SPENA, *La corruzione privata e la riforma dell'art. 2635 c.c.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, n. 2, p. 690 ss.

³ Si segnalano dapprima l'Azione Comune 98/742/GAI sulla corruzione nel settore privato, adottata dal Consiglio dell'Unione Europea il 22 dicembre 1998 e la Convenzione penale sulla corruzione, approvata a Strasburgo dal Consiglio d'Europa il 27 gennaio 1999; poi la Decisione quadro 2003/568/GAI – per l'implementazione della quale fu adottata la legge comunitaria 2007 (l. 25 febbraio 2008, n. 34), contenente, all'art. 29, una delega cui non fu mai data attuazione – e infine la Convenzione delle Nazioni Unite sulla corruzione, adottata a Merida il 31 ottobre 2003 e ratificata dall'Italia con l. 3 agosto 2009, n. 116. Un quadro delle iniziative sovranazionali deputate al contrasto del fenomeno corruttivo su base comune è delineato da MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012; DI MARTINO, *Le sollecitazioni extranazionali alla riforma dei delitti di corruzione*, in MATTERELLA-PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 355 ss.

⁴ Espressione recentemente proposta da DOLCINI, *La legge 190/2012. Contesto, linee di intervento, spunti critici*, in *questa Rivista*, 3, 2013, p. 164; così già SPENA, *Corruzione tra privati*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, n. 8 (all. 1), p. 40.

⁵ A livello sovranazionale, l'esigenza di avvicinare il trattamento sanzionatorio per fatti di corruzione pubblici e privati emerge su impulso del crescente processo di privatizzazione degli enti pubblici economici. In particolare, il passaggio dallo Stato-imprenditore allo Stato-regolatore ha imposto un ripensamento della consueta categorizzazione del fenomeno corruttivo entro il terreno pubblicistico, specialmente in ragione del rischio che, «a privatizzazione avvenuta, una forma di corruzione privata si [andasse] semplicemente a sostituire a quella pubblica», cfr. DELLA PORTA-VANNUCCI, *Un paese anormale. Come la classe politica ha perso l'occasione di Mani Pulite*, Laterza, Roma-Bari, 1999, p. 152, richiamato da ACQUAROLI-FOFFANI, *La corruzione tra privati: note introduttive sull'esperienza italiana*, in ACQUAROLI-FOFFANI (a cura di), *La corruzione tra privati*, cit., p. 6 ss. Tale giustificazione alla criminalizzazione della corruzione nelle pratiche d'affari tra privati è fatta propria dal modello c.d. 'delle privatizzazioni', secondo cui, rispetto alla gestione di un servizio pubblico privatizzato, si presenterebbero, per il cittadino-consumatore, le stesse esigenze di buon andamento ed imparzialità esistenti nel settore pubblico.

successivamente una nuova procura estesa al compimento di atti di straordinaria amministrazione, tra cui rientra, in particolare, la stipulazione di contratti derivati della tipologia I.R.S. (*Interest Rate Swap*)⁶. Benché formalmente affiancato ad altri dirigenti, mediante l'obbligo di firma congiunta, la prassi ormai consolidatasi e le alte competenze specialistiche dallo stesso dimostrate, lo rendono, di fatto, unico vero titolare del potere gestorio nei rapporti con gli istituti di credito.

È in questo scenario che vanno inquadrare le vicende illecite contestate a M., risalenti al triennio 2003-2006. Il dirigente, per conto di D. s.p.a., viene coinvolto nelle trame di una complessa frode ordita dai vertici della nota banca milanese I., già condannati in via definitiva dalla Corte d'Appello di Milano⁷ per concorso in appropriazione indebita. Il meccanismo fraudolento prevede l'interposizione di un mediatore fittizio alla stipulazione dei contratti derivati tra la D. s.p.a. e l'istituto di credito, di talché la provvigione che a questi risulta indebitamente spettare viene invece di seguito spartita tra i componenti del *pactum sceleris*.

Si consideri, peraltro, che i contratti relativi agli strumenti finanziari abitualmente conclusi dalla D. s.p.a. si caratterizzavano per svolgere una funzione unicamente 'di copertura', ossia erano intesi a neutralizzare i rischi connessi al deprezzamento di determinati parametri di riferimento (cambi o interessi). Al contrario, la finalità di profitto chiaramente perseguita da M. conduce lo stesso alla stipulazione di accordi altamente aleatori di tipo 'promozionale' o 'speculativo': all'aumento del valore dell'affare corrisponde di conseguenza un sensibile incremento della provvigione dovuta al fittizio intermediatore.

Avvedutasi della frode, la D. s.p.a. procede a sciogliere in via transattiva i menzionati rapporti contrattuali, risultando debitrice nei confronti della banca per un totale di € 18.500.000,00: somma senz'altro qualificabile quale danno patrimoniale cagionato dall'operazione alla società.

3.

Rapporti tra le due ipotesi di infedeltà e classificazione del caso di specie.

Alla luce della vicenda fattuale testé richiamata, la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Udine contesta, in via alternativa, i reati di «infedeltà patrimoniale» e di «infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità».

Tale contestazione alternativa di entrambe le ipotesi di «infedeltà» suggerisce di dar conto dei rapporti intercorrenti tra le stesse e di delimitare il rispettivo ambito di rilevanza pratica.

La relazione intercorrente tra gli artt. 2634 e 2635 c.c. declina l'originario modello immaginato dalla 'Commissione Mirone', secondo cui la maggiore gravità della infedeltà-corruzione, data dal coinvolgimento di un *extraneus* nella gestione fraudolenta, avrebbe giustificato una tutela anticipata del patrimonio⁸, mentre, nell'ipotesi di infedeltà-conflitto d'interesse, l'offesa era richiesta in termini di effettiva lesione del medesimo.

Sennonché, abbandonata la primitiva vocazione di differenziare i due illeciti secondo una

⁶ Trattasi, in sostanza, di accordi di natura aleatoria, i quali 'derivano' il proprio valore nozionale da un parametro sottostante. Possono essere conclusi al fine di perseguire finalità di copertura ovvero promozionali. Nel primo caso, il contratto è utilizzato per neutralizzare i rischi connessi al deprezzamento del parametro di riferimento, rinunciando al contempo ad eventuali vantaggi in caso di andamento favorevole all'impresa sottoscrittrice: l'effetto è quello di rendere certo un flusso tipicamente incerto (ad es., se stipulati contestualmente ad un contratto di finanziamento a tasso variabile, il finanziato si tutela dal rischio di aumento del tasso d'interesse oltre un tetto prefissato). Chi sottoscrive strumenti finanziari del secondo tipo, invece, si assume una posizione di rischio, perseguendo finalità di profitto: gli esiti possono attestarsi al contempo in importanti profitti o ingenti perdite. Per un dettagliato esame dell'argomento si rimanda a CAPUTO NASSETTI, *I contratti derivati finanziari*, 2^a ed., Giuffrè, Milano 2011.

Nella vicenda in esame, se inizialmente i derivati appartenevano a quelli abitualmente conclusi dalla società, a copertura del rischio cambi o interessi, ben presto si passò a complessi strumenti speculativi il cui valore più elevato era in grado di generare alte 'ricompense' per il fittizio mediatore.

⁷ Corte App. Milano, 20 aprile 2012 (dep. 30 luglio 2012), n. 2759.

⁸ Testualmente si prevedeva di punire «amministratori, direttori generali, sindaci, liquidatori e responsabili della revisione, i quali, a seguito della dazione o della promessa di utilità, compiono od omettono atti in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio, se ne deriva pericolo di nocumento per la società». Tale anticipazione della soglia di punibilità immaginata per l'infedeltà-corruzione è chiaramente illustrata da FOFFANI, *Commento all'art. 2635 c.c.*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di PALAZZO-PALIERO, 2^a ed., Padova, 2007, p. 2536. L'A. giustifica la minor carica lesiva richiesta dall'illecito sulla base della maggior gravità dell'accordo corruttivo rispetto alla situazione di conflitto d'interessi: da qui consegue, *in primis*, la previsione di profili di responsabilità anche in capo al corruttore, nonché la più generica descrizione della condotta ed il rilievo del profilo meramente omissivo della condotta. Sul punto anche MILITELLO, *Infedeltà patrimoniale e corruzione nel futuro del diritto societario*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009, p. 919 ss.

progressione offensiva rispetto agli interessi interni dell'ente⁹, nel testo definitivamente approvato dal Governo, l'evento-danno – ancorché diversamente tratteggiato – è tipizzato in entrambe le incriminazioni. Tale circostanza, unitamente alla diversa estensione degli elementi costitutivi delle due ipotesi delittuose, conduce a ricostruirne i rapporti in termini di specialità bilaterale¹⁰ e ad escluderne dunque, in ipotesi, l'ammissibilità di un concorso formale.

I profili di reciproca specialità sono ben caratterizzati dalla pronuncia *de qua*. Essi attengono principalmente al novero dei soggetti attivi, alla condotta tipica ed al relativo presupposto, all'elemento psicologico ed all'evento lesivo¹¹.

La selezione delle qualifiche soggettive richieste al fine di integrare l'uno o l'altro reato (proprio) si spiega in relazione alla diversa tipizzazione del fatto. Laddove (ossia nel caso dell'«infedeltà patrimoniale») la condotta consiste nel compimento – sul presupposto della sussistenza in capo all'agente di un interesse confliggente con quello della società 'di appartenenza' – di un atto di disposizione dei beni sociali¹², è evidente che soggetto attivo potrà essere soltanto chi sia dotato di poteri di diretta gestione dei beni stessi. Di contro (è il caso dell'art. 2635 c.c.), ad una più ampia estensione della condotta penalmente rilevante¹³ – non fondata su alcun presupposto giuridico/fattuale specifico ed esplicitamente comprensiva della forma omissiva – corrisponde la configurabilità della relativa responsabilità in capo a più soggetti. Ad amministratori, direttori generali e liquidatori, difatti, si aggiungono sindaci, [responsabili della revisione]¹⁴ e dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari¹⁵, nonché ora – ai sensi della meno grave fattispecie di cui al nuovo secondo comma – i soggetti sottoposti. Nel caso dell'infedeltà-corrruzione, le stesse pene previste per chi riceve la tangente sono estese all'offerente (corrruzione attiva). Vale, inoltre, per entrambe le ipotesi, la dilatazione operata dall'art. 2639 c.c. ai soggetti c.d. qualificati di fatto¹⁶.

Nel caso di specie, la mancanza di un diretto interesse dell'imputato nell'istituto bancario¹⁷ orienta il collegio giudicante a non inquadrare le operazioni contestate nell'alveo della «infedeltà patrimoniale». Piuttosto, la vicenda è attratta, *in primis* sotto il profilo fattuale, dalla fattispecie *ex* art. 2635 c.c. Questo infatti il sinallagma corruttivo: la stipulazione, da parte dell'imputato, di contratti derivati altamente aleatori in pregiudizio della società, a fronte della promessa di un compenso pari ad una percentuale della provvigione apparentemente spettante

⁹ Ad eccezione della previsione di cui al secondo comma dell'art. 2634 c.c., la quale garantisce piuttosto il patrimonio di quei terzi che ne abbiano affidata la gestione alla società.

¹⁰ In questo senso si esprimono chiaramente tra tutti FOFFANI, *Commento all'art. 2635 c.c., cit.*, p. 2536 ss.; FONDAROLI, *Artt. 2634, 2635*, in *Codice civile ipertestuale*, a cura di BONILINI-CONFORTINI-GRENNELLI, Torino, 2004, p. 5346.

In questi termini appare concorde anche la giurisprudenza di legittimità, seppur esigua, cfr. Cass. pen., Sez. V, 13 novembre 2012, nn. 5848 e 14765 (cit. in nota 1).

¹¹ Di rilievo, specie ai fini di una differenziazione sistematica tra le due ipotesi di «infedeltà» è anche il recente inasprimento della cornice sanzionatoria della «corrruzione tra privati», mediante l'introduzione di un limite minimo di un anno di reclusione nell'ipotesi di corrruzione degli «apicali». Il predetto correttivo all'«irrazionalità del trattamento sanzionatorio predisposto dall'art. 2635» (cfr. SPENA, *La corrruzione privata*, cit., p. 693) aspira a restituire ragionevolezza al rapporto di reciproca specialità intercorrente tra i due illeciti. In questo senso anche BARTOLI, *Corruzione tra privati*, in MATTARELLA-PELISSERO (a cura di), *La legge anticorrruzione*, cit., p. 447 ss.

¹² Modalità accanto alla quale, in ossequio ad esigenze di tassatività, è espressamente affiancata quella alternativa di concorrere a deliberare atti dispositivi dello stesso tipo.

¹³ L'ampiezza della nozione di «atto» nella formulazione dell'art. 2635 c.c. è confermato dai giudici di legittimità, nella misura in cui vi ricomprendono anche «un parere versato nell'istruttoria di una pratica di finanziamento o per l'apertura di una linea di credito, come pure l'espressione di voto manifestata ai fini della formazione di una delibera collegiale». Così Cass. pen., sez. V, 13 novembre 2012, n. 5848, di cui in nota n. 1.

¹⁴ Il riferimento ai titolari del controllo esterno è ormai stato espunto dal testo del nuovo art. 2635 c.c., da parte della l. n. 190/2012, ma in realtà già anticipata dalla riforma settoriale in tema di responsabilità dei revisori, di cui all'art. 28 del d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39 (attuativo della direttiva 2006/43/CE, relativa alle revisioni legali dei conti annuali e dei conti consolidati), intervenuto ad abrogare la fattispecie già introdotta dalla l. 28 dicembre 2005, n. 262, nell'art. 174 *bis* del t.u. sulla finanza, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58. La nuova fattispecie, parimenti al caso dell'art. 2635 c.c., s'incentra sulla causazione di un nocumento alla società, salvo il caso della revisione di enti di interesse pubblico. Per un attento esame dei profili di responsabilità penale configurabili in capo ai revisori si segnalano i contributi di CENTONZE, *La nuova disciplina penale della revisione legale dei conti*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 661 ss.; CONSULICH, *Revisione contabile e responsabilità penale tra riforme e controriforme*, in *Le Soc.*, 2010, p. 45 ss.; TROYER-INGRASSIA, *Prime riflessioni sullo statuto penale della revisione legale a seguito del d.lgs. n. 39/2010*, in *Riv. dott. comm.*, 2010, p. 595 ss.

¹⁵ Aggiunta operata da parte dell'art. 15, co. 1, lett c), della sopracitata «legge sul risparmio», n. 262/2005.

¹⁶ Per una disamina della platea dei soggetti attivi, come previsti dal nuovo testo dell'art. 2635 c.c., cfr. ROSSI, *Corruzione tra privati: qualche considerazione sulla platea degli autori, tra persone fisiche e persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2013, n. 1-2, p. 299 ss.

¹⁷ Più precisamente, si richiede la prova di una situazione di conflitto d'interesse «effettivo ed attuale» e che «non può ritenersi insito in ogni atto che vada a nocumento di una società ed a vantaggio di un'altra», cfr. Cass. pen., sez. V, 27 maggio 2003, n. 23241, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2142. In dottrina più diffusamente ALAGNA, *Note sul concetto penalistico di conflitto di interesse*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 743 ss.; FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa*, Giuffrè, Milano, 1997.

al mediatore fittizio.

Le due fattispecie di infedeltà si distinguono altresì per quanto concerne l'evento tipico¹⁸: difatti, si richiede specificamente la causazione di un «danno patrimoniale» nel caso dell'infedeltà patrimoniale, mentre l'art. 2635, anche nella nuova formulazione, allude ad un più generico «nocumento alla società» cui fa capo il corrotto. In questo secondo caso, benché le conseguenze lesive di tipo patrimoniale rivestano una considerazione prioritaria (tale è la dimensione offensiva che emerge anche nell'ipotesi di specie¹⁹), è corretto avere riguardo ad un più ampio spettro di perdite, purché suscettibili di valutazione economica²⁰.

Il predetto evento lesivo costituirà poi oggetto di un più accurato esame, sia in quanto elemento decisivo per inquadrare i profili offensivi del fenomeno corruttivo tra privati (*infra sub* § 4), sia in quanto la necessità della sua prova rappresenta uno dei principali ostacoli alla concreta applicazione della fattispecie (*infra sub* § 5).

È agevole distinguere le due disposizioni in commento anche sotto il profilo soggettivo. La prima prevede il perseguimento, in capo all'agente, della finalità «di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o altro vantaggio» ed è connotata in senso forte – richiedendo cioè il grado intenzionale del dolo – dall'avverbio «intenzionalmente»²¹. La seconda, invece, si limita a richiedere l'accertamento 'generico' della componente volitiva ed ammette che la stessa sussista nella forma debole dell'accettazione del rischio.

Anche nel caso di specie, la copertura soggettiva dell'evento²² sussiste quantomeno in forma eventuale. Manca, in capo all'imputato, la volontà di danneggiare la società 'di appartenenza', la cui consistente liquidità consentiva anzi di reiterare il meccanismo fraudolento così da massimizzare i profitti individuali²³. Piuttosto, l'agente, dotato di elevata competenza in materia finanziaria, si era ben rappresentato la potenziale dannosità delle operazioni intraprese e, nonostante ciò – poiché «il criterio che animava M. nella scelta dei contratti non era quello del miglior interesse per la D., ma evidentemente quello della massimizzazione dei guadagni» –, decideva di stipulare anche determinati contratti derivati, caratterizzati dalla forte aleatorietà, effettivamente concretizzatisi poi in un danno patrimoniale di ingente portata.

4.

Il necessario «nocumento» causato dalla relazione corruttiva ed i profili offensivi rilevanti.

Come anticipato, l'evento-nocumento continua a rappresentare l'elemento di maggiore tensione tra la normativa nazionale e la sua diretta ascendente europea. La scelta di incanalare i profili lesivi in ottica patrimonialistica interna²⁴, corroborata dal regime di procedibilità a querela, perde di vista la *ratio* dei diversi interventi sovranazionali ed internazionali in mate-

¹⁸ La differenza lessicale non è invece considerata decisiva da parte di alcuni autori, tra cui GIUNTA, *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 299; MUSCO, *I nuovi reati societari*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 235. Più recentemente si è espresso in questo senso anche FOFFANI, *Commento all'art. 2635 c.c., cit.*, p. 2536, il quale apprezza pregiudizi di tipo «non strettamente ed immediatamente patrimoniale».

¹⁹ Come già ricordato, il danno causato dalla pratica illecita viene precisamente quantificato in 18 milioni e mezzo di euro, pari all'onere sostenuto dalla società in sede transattiva per porre fine ai rapporti contrattuali intercorrenti con la banca.

²⁰ Cfr. BRICCHETTI, *La corruzione tra privati*, in CANZIO-CERQUA-LUPARIA (a cura di), *Diritto penale delle società*, diretto da VACIANO, *I profili sostanziali*, Tomo I, Cedam, Padova, 2014, p. 516, il quale fa rientrare nella nozione di nocumento «mancati guadagni della società come nel caso dell'amministratore delegato che, per favorire una società concorrente, non partecipi ad una gara d'appalto che verosimilmente avrebbe potuto aggiudicarsi; danni all'immagine della società che siano, quantomeno, indirettamente patrimoniali, ossia, in qualche modo, economicamente valutabili». Nella già citata Cass. pen., sez. V, 13 novembre 2012, n. 5848, la Suprema Corte ha riconosciuto integrato l'evento-nocumento nella lesione all'immagine e della reputazione di un istituto di credito. In questo senso in dottrina già SANDRELLI, *Entra in scena la corruzione privata*, in *Guida dir.*, 2002, n. 16, p. 68.

²¹ Rafforzativo presente anche nell'altra emblematica fattispecie costruita sul presupposto del 'conflitto d'interesse', ossia l'abuso d'ufficio *ex art.* 323 c.p.

²² Quanto alla rappresentazione e volontà di ricevere somme non dovute, il Tribunale richiama l'accertamento già effettuato con sentenza passata in giudicato della Corte d'Appello di Milano cit. in nota n. 7.

²³ Nella motivazione della sentenza in commento, infatti, si riferisce che la società «si era rivelata una 'gallina dalle uova d'oro' essendo una società con forte liquidità e disposta a sottoscrivere contratti per importi elevati con quindi conseguimento di elevate provvigioni».

²⁴ La dottrina quasi unanime si era espressa nel senso di individuare il patrimonio societario quale interesse protetto dalla fattispecie di cui al vecchio art. 2635 c.c., cfr. per tutti FONDAROLI, *Introduzione ai delitti di «infedeltà»*, in ROSSI (a cura di), *Reati societari*, Utet, Torino, 2005, p. 393 ss. Tesi decisamente minoritaria è quella sostenuta da CERQUA, *La corruzione tra privati*, in PIERGALLINI (a cura di), *La riforma dei reati societari*, Milano, 2004, p. 131 ss.: l'A. identifica nel danno previsto dall'art. 2635 c.c. un pregiudizio non solo del patrimonio sociale, bensì, più in generale, della capacità economica e concorrenziale dell'impresa.

ria, ispirata piuttosto a valorizzare beni giuridici di portata macroeconomica, o quantomeno esterni al singolo ente societario²⁵.

Invero, il mantenimento dell'impostazione privatistica ante-riforma desta non poche perplessità²⁶, se solo si considera l'intento della l. n. 190/2012 – rimasto in gran parte lettera morta – di superare le critiche mosse dal GRECO ('Gruppo di Stati contro la corruzione') circa l'inadeguatezza del modello predisposto dal vecchio art. 2635 c.c.²⁷. In effetti, permangono carenze di tutela in ragione della limitazione ai soli pregiudizi subiti dalla società: non rilevano, invece, gli eventuali danni causati dalla relazione corruttiva ai soci *uti singuli* ovvero, secondo le disattese prescrizioni dell'Azione Comune 98/742/GAI²⁸, a terzi.

Piuttosto, taluni recentissimi ritocchi alla fisionomia dell'illecito *de quo*, lungi dall'introdurre veri e propri profili offensivi di novità autonomamente rilevanti, realizzano una commistione tra i diversi modelli d'incriminazione della corruzione privata adottati in altri ordinamenti europei²⁹, pur senza tradire l'originaria predilezione manifestata nel 2002 dal legislatore delegato. In altre parole, la novella ha forse voluto affiancare alla teoria patrimonialistica influenze derivanti dal modello parimenti privatistico c.d. lealistico-fiduciario, vigente in Francia³⁰, nonché quello pubblicistico c.d. concorrenziale, accolto in Germania³¹.

Da un lato, un vaghissimo richiamo alla prospettiva francese affiora dalla nuova formulazione della struttura oggettiva del reato, laddove si richiede che la commissione/omissione dell'atto costituisca la violazione alternativamente di un qualsiasi obbligo inerente l'ufficio del soggetto agente, ovvero di generici *obblighi di fedeltà* nei confronti del titolare³². Si tratta, invece, di un innesto che consente, in ottica offensiva, solo un confuso avvicinamento all'esperienza d'oltralpe e che riveste un limitatissimo rilievo innovativo³³, non solo in virtù della 'vecchia'

²⁵ Tutt'al più, un'apertura ad interessi anche esterni all'ente societario emerge dall'ipotesi aggravata di cui al 4° comma, con riferimento alle società con titoli quotati o diffusi tra il pubblico in misura rilevante, cfr. MILITELLO, *Fondi neri e corruzione tra privati in Italia*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, p. 920.

²⁶ Per tutti ALESSANDRI, *I reati di riciclaggio e corruzione nell'ordinamento italiano: linee generali di riforma*, in *questa Rivista*, 3, 2013, p. 20, che proprio in relazione al mantenimento della prospettiva privatistica rileva la «sostanziale inadeguatezza e inutilità della nuova figura».

²⁷ Per completezza, è utile segnalare, anche a conferma dell'efficacia persuasiva dispiegata dai *reports* adottati dall'organo contro la corruzione istituito presso il Consiglio d'Europa circa la corretta trasposizione degli obblighi di incriminazione posti dalla Convenzione di Strasburgo, che l'Italia, proprio nel 2012, ha sopperito a talune 'mancanze'. Tra queste, vi sono alcune aggiunte, senz'altro apprezzabili sotto il profilo della tassatività, le quali tuttavia non appaiono così significative, in quanto l'assenza di un'espressa menzione non aveva in passato suscitato particolari dubbi interpretativi: si pensi, ad esempio, alla specificazione che dazione o promessa sono rilevanti anche se ricevute «per altri». Altre, invece, certamente lodevoli, quali l'inclusione delle due ipotesi di corruzione attiva (dei soggetti apicali e dei sottoposti) di cui al co. 3 tra i reati-presupposto dalla cui commissione può discendere una responsabilità da reato dell'ente (cfr. art. 25 ter, co. 1, lett. *s-bis*, d.lgs. n. 231/2001).

Il testo della valutazione del GRECO, *Evaluation report on Italy. Incriminations – Third evaluation round*, Strasburgo, 20-23 marzo 2012 (v. in particolare § 110), è reperibile [cliccando qui](#).

²⁸ L'art. 3, co. 2 dell'Azione Comune 98/742/GAI, in effetti, prevede che le misure attuative dell'Azione stessa siano applicabili «ai casi di condotte che ... producano o possano produrre danni economici a terzi attraverso una non corretta aggiudicazione o una non corretta esecuzione di un contratto».

²⁹ Una completa disamina delle diverse opzioni di politica criminale in materia è offerta da ACQUAROLI -FOFFANI (a cura di), *La corruzione tra privati*, cit.; HEINE-HUBER-ROSE (eds.), *Private commercial bribery. A comparison of national and supranational legal structures*, Freiburg i. Br. – Paris, 2003; SPENA, *Punire la corruzione tra privati? Un inventario di perplessità politico-criminali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2007, p. 819 ss.

³⁰ La giustificazione della criminalizzazione della corruzione tra privati in Francia (art. 152-6 *Code du Travail*) risiede nella violazione, da parte del dipendente, degli obblighi di correttezza e lealtà nei confronti del proprio datore di lavoro scaturenti dal contratto di lavoro. In altre parole, l'offensività del fenomeno si attesta nel perseguimento, da parte dell'agente, di interessi altri rispetto a quelli del titolare, al quale sarebbe invece chiamato ad essere 'fedele'. Per una critica di tale approccio v. SPENA, *Punire la corruzione privata? cit.*, p. 823 ss.

³¹ Il modello tedesco di criminalizzazione della corruzione tra privati è ispirato alla protezione di un interesse di natura pubblicistica: la libera concorrenza. Inserito nel titolo ventiseiesimo dello *Strafgesetzbuch*, dedicato ai reati contro la libera concorrenza, il § 299, 1° comma, ruota attorno alla condotta dell'impiegato o dell'agente di un'impresa che, nell'ambito di una transazione economica, domandi o accetti la promessa o l'offerta di un'utilità, anche per interposta persona, come corrispettivo per favorire indebitamente un'altra persona nell'acquisto in concorrenza di beni o servizi commerciali, mentre il 2° comma punisce l'ipotesi di corruzione attiva, ossia di chi dà, offre o promette utilità. Per una completa ricostruzione del modello tedesco si rimanda nuovamente a SPENA, *Punire la corruzione privata? cit.*, p. 826 ss. Rilievi critici in merito alla costruzione in termini di pericolo astratto del § 299 StGB sono espressi da VOGEL, *La tutela penale contro la corruzione nel settore privato: l'esperienza tedesca*, in ACQUAROLI-FOFFANI (a cura di), *La corruzione tra privati*, cit., p. 90.

³² Genericità, contraria al canone costituzione della sufficiente determinatezza che sempre dovrebbe ispirare l'intervento penale, rilevata da MILITELLO, *Fondi neri*, cit., p. 922, il quale sottolinea la varietà (dunque, l'indeterminatezza) dei comportamenti potenzialmente infedeli nella vita d'affari.

³³ Nel senso del valore meramente simbolico del riferimento agli obblighi di fedeltà e della contestuale esclusione dell'introduzione di nuovi profili offensivi esterni cfr. SPENA, *La corruzione privata*, cit., p. 705 ss.

rubrica di cui appare un retaggio³⁴, ma anche sulla base dell'ampiezza della prima locuzione³⁵. Non a caso, un'impostazione non dissimile emerge, peraltro, nella sentenza *de qua* – relativa a fatti commessi prima dell'entrata in vigore della novella –, laddove si afferma che «la stipula di un contratto dietro al ricevimento di una somma di denaro costituisce già di per sé violazione del dovere di lealtà verso l'azienda datrice di lavoro»³⁶.

Dall'altro lato, riecheggia più forte l'esempio tedesco. Il nuovo regime di procedibilità previsto dal 5° comma prevede, infatti, un'eccezione alla necessaria iniziativa della persona offesa, nel caso in cui «dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi». La concezione del fenomeno corruttivo – sia nel settore pubblico, sia nell'ambito delle pratiche d'affari tra privati – quale fattore di alterazione delle dinamiche del libero mercato è stata in più occasioni ribadita a livello sovranazionale³⁷ ed era stata assunta in passato anche dallo stesso legislatore nazionale³⁸.

Tuttavia, deve escludersi che l'intervento normativo in oggetto comporti l'assimilazione del modello tedesco. In particolare, la lesione del corretto gioco della concorrenza non entra a far parte degli elementi costitutivi del reato: l'evento tipico continua ad identificarsi nel pregiudizio interno di carattere principalmente patrimoniale. Affinché scatti la procedibilità d'ufficio, difatti, l'effetto distorsivo deve dipendere non già dalla sola condotta corruttiva, bensì da un *fatto*³⁹ che presenti tutti gli estremi della fattispecie tipica, compreso dunque il «nocu-

³⁴ La quale, al pari dell'ipotesi di cui al precedente art. 2634 c.c., si fondava sullo schema «fedeltà/infedeltà», ricostruito da FONDAROLI, *Introduzione ai delitti di «infedeltà»*, cit., p. 393, in chiave soggettiva: «esso, da un lato, riecheggia un dovere etico-giuridico modellato sul rapporto familiare di coniugio; dall'altro, connota tale relazione in termini *soggettivi* di «fiducia», piuttosto che in termini *oggettivi* di correttezza».

³⁵ In particolare, secondo ALDROVANDI, *Art. 2635 c.c.*, in LANZI-CADOPPI (a cura di), *I reati societari. Commentario aggiornato alla legge 28 dicembre 2005, n. 262 sulla tutela del risparmio*, Cedam, Padova, 2007, pp. 217-218, la predetta locuzione deve essere interpretata in senso ampio, ossia comprensiva anche di obblighi generici, quale ad es. l'obbligo di impedire il compimento di «fatti pregiudizievoli» ex art. 2392, co. 2, c.c. Analogamente MUSCO, *I nuovi reati societari*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 236, il quale riteneva già incluso nella «latitudine interpretativa» degli «obblighi inerenti l'ufficio» qualsiasi dovere di fedeltà, lealtà e correttezza, anche non espressamente formalizzati, salvo poi proporre una lettura restrittiva costituzionalmente compatibile, ancorata ad «obblighi specificamente ricavabili dai precetti civilistici».

³⁶ In questo preciso senso si esprime MELCHIONDA, *Art. 2635 c.c.*, cit., p. 2700. Ritiene infatti l'A. che il nuovo requisito della «infedeltà» «con molta probabilità, rischierà in concreto di rilevarsi del tutto pleonastico, potendosi considerare in contrasto con tale «obbligo di fedeltà» il fatto stesso di avere ricevuto e/o accettato la promessa di «denaro od altra utilità» da parte di soggetto esterno alla società per compiere un atto foriero di «nocumento» per la società medesima».

³⁷ Il già citato art. 3, co. 2, dell'Azione Comune 98/742/GAI aveva infatti caldeggiato la repressione penale di quelle condotte di corruzione nel settore privato «che comportino o possano comportare distorsione di concorrenza come minimo nell'ambito del mercato comune» e la successiva Decisione quadro 2003/568/GAI ha ribadito precise sollecitazioni d'intervento in materia: *in primis*, nel Considerando n. 9 si sottolinea che «gli Stati membri annettono particolare importanza alla lotta contro la corruzione sia nel settore pubblico che in quello privato, poiché ritengono che la corruzione in entrambi i settori costituisca una minaccia allo stato di diritto e inoltre generi distorsioni di concorrenza riguardo all'acquisizione di beni o servizi commerciali e ostacoli un corretto sviluppo economico»; inoltre, art. 3, co. 2, precisa che uno Stato membro non potrebbe legittimamente escludere dall'ambito di rilevanza della fattispecie «le condotte che comportano, o potrebbero comportare, distorsioni di concorrenza riguardo all'acquisizione di beni o servizi commerciali».

³⁸ Il riferimento è all'art. 29 della legge comunitaria 2007 (l. 25 febbraio 2008, n. 34), contenente una delega cui non fu mai data attuazione. Secondo tale disposizione, attuativa della Decisione quadro del 2003, la progettata fattispecie generale incriminatrice della corruzione tra privati – la quale, tra l'altro, doveva essere inserita all'intero del titolo VIII, capo II, del libro II del codice penale, relativo ai delitti contro l'industria e il commercio – faceva dipendere la punibilità del fatto dalla circostanza che la condotta «comport[asse] o po[tesse] comportare distorsioni di concorrenza riguardo all'acquisizione di beni o servizi commerciali». Per un'analisi del citato progetto di riforma si rimanda a PERRONE, *L'introduzione nell'ordinamento italiano della fattispecie di corruzione tra privati: in attesa dell'attuazione della l. 25 febbraio 2008, n. 34*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 769 ss.

³⁹ Di diverso avviso è SPENA, *La corruzione privata*, cit., p. 712 ss. L'A. suggerisce una ricostruzione degli illeciti quali «reati con doppio evento alternativo», con un regime di procedibilità differenziato a seconda del tipo di evento in concreto verificatosi. Secondo tale impostazione, dunque, l'effetto distorsivo dovrebbe dipendere non già dal fatto, bensì dalla sola *condotta*. La principale argomentazione addotta dall'A. risiederebbe nel raffronto della locuzione di cui al co. 5 («salvo che dal fatto») con la clausola di sussidiarietà espressa presente in apertura della disposizione («salvo che il fatto»). Quest'ultima comprenderebbe anche il caso in cui «solo una parte del fatto integri la fattispecie di un più grave reato»: in virtù dell'assonanza con la prima locuzione, conclude l'A., anche nel caso di cui al co. 5 dovrebbe rilevare la verifica solo parziale del fatto, ossia, in ipotesi, la sola condotta infedele o parte di essa. Negli stessi termini si esprime anche PULITANÒ, *La novella in materia di corruzione*, in *Cass. pen.*, 2012, n. 11 (suppl.), nota n. 31: l'A., invero, se da un lato rileva l'irragionevolezza della previsione di una distorsione concorrenziale in aggiunta rispetto al pregiudizio patrimoniale interno (e con ciò concludendo a favore dell'alternatività dei due profili), dall'altro riconosce che il testo della disposizione non si spinge a tal punto.

La tesi appena prospettata – aderendo alla quale si giungerebbe, sul piano dell'offensività, a riconoscere autonoma dignità al bene giuridico concorrenziale – non pare pienamente condivisibile per una serie di rilievi, sul piano sia sostanziale, sia procedurale. Sotto il primo profilo, infatti, è proprio il dato testuale, come rilevato dai primi commentatori (cfr. ANDREAZZA-PISTORELLI, *Una prima lettura della l. 6 novembre 2012, n. 190 (Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione). Relazione a cura dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 20 novembre 2012, p. 18; SEVERINO, *La nuova legge anticorruzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, n. 1, p. 12; MILITELLO, *Fondi neri*, cit., p. 922), a richiedere che la distorsione alla libera concorrenza sia prodotta dal *fatto*, come tale ricomprendete tutti gli elementi costitutivi della fattispecie tipica. Se il legislatore avesse inteso configurare tale evento come alternativa al danno patrimoniale lo avrebbe senz'altro dovuto fare esplicitamente, in ossequio ad ineliminabili esigenze di sufficiente determinatezza dell'illecito penale. In aggiunta, ammettere che la procedibilità muti in presenza di una non ben delineata «parte del fatto tipico» non fa che alimentare incertezze circa l'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero, sia nel caso di una iniziativa officiosa, sia quando la parte privata rimuova l'ostacolo giuridico ad esso frapposto.

mento alla società»⁴⁰. Ne consegue perciò che l'interesse oggetto di tutela secondo il modello concorrenziale tedesco trova un riconoscimento solo indiretto e marginale: «quando il reato diviene procedibile d'ufficio, l'oggetto giuridico si colora di venature pubblicistiche, ma senza abbandonare la sua vocazione di proteggere innanzi tutto l'interesse societario, rispetto al quale quello alla tutela della libera concorrenza appare comunque recessivo»⁴¹. In altre parole, la diversa procedibilità presuppone pur sempre che sia data la prova della causazione di quel 'nocumento' che costituisce il fulcro della incriminazione *de qua*.

Le commistioni, peraltro solo marginali, con gli alternativi modelli di tutela predisposti dagli ordinamenti francese e tedesco non si risolvono dunque nell'apertura al paradigma della plurioffensività, con ciò evitando una dilatazione *ad libitum* della portata applicativa della fattispecie. Se la prospettata conseguenza appare indubbiamente un lodevole argine a risultati giurisprudenziali 'creativi', è indubbio che l'ottica prettamente privatistica – sul piano tanto della punibilità, quanto della procedibilità – mantenuta dalla riforma anticorruzione si manifesti in evidenti lacune sul piano dell'applicazione pratica dell'incriminazione.

5.

Principali ragioni della disfunzione applicativa della fattispecie.

In via generale, la disfunzione applicativa della fattispecie *de qua* pare in gran parte, se non integralmente, addebitabile alle distonie tuttora presenti tra la stessa e la differente struttura prevista dalle fonti extranazionali. Le cautele adottate dal legislatore italiano in sede attuativa si sono tradotte in una (quasi) totale assenza di condanne, secondo quanto peraltro già rilevato dal GRECO⁴².

Come anticipato, è irrealistico sperare in un'inversione di tendenza su impulso della nuova formulazione dell'art. 2635 c.c., la quale – benché dichiaratamente «in attuazione dell'articolo 6 della Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dalla Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003 e ratificata ai sensi della legge 3 agosto 2009, n. 116, e degli articoli 20 e 21 della Convenzione penale sulla corruzione, fatta a Strasburgo il 27 gennaio 1999 e ratificata ai sensi della legge 28 giugno 2012, n. 110» e, dunque, prefiggendosi l'intenzione di superare le precedenti discrasie⁴³ – è piuttosto espressione commissoria di una politica, per così dire, di *self-restraint* da parte del Parlamento, a beneficio di preoccupanti espressioni di *mala gestio* imprenditoriale. La stessa Commissione Europea ha, in effetti, di recente riaffermato l'esigenza di «[g]arantire il pieno recepimento ed attuazione della decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato»⁴⁴.

In primo luogo, la cerchia dei destinatari dell'intervento punitivo, pur estesa ai 'sottoposti', non riflette adeguatamente il più generale ambito applicativo, previsto a livello europeo, per chiunque «svolg[a] funzioni direttive o lavorative di qualsiasi tipo»⁴⁵. Non solo. Le predette attività professionali dovrebbero assumere rilievo non esclusivamente nel ristretto ambito delle società commerciali, bensì rispetto a qualsiasi entità di diritto privato «a scopo di lucro e senza scopo di lucro»⁴⁶.

Inoltre, come anticipato (*supra sub* § 4), la previsione del nocumento alla società quale evento tipico esprime la volontà selettiva di approntare tutela a beni giuridici meramente privatistici ed interni al singolo ente societario, così rinunciando a dare spazio ad interessi di natura collettiva o diffusa. Seppur nei più ampi termini precedentemente ricostruiti, ossia qua-

⁴⁰ Non si richiede, invece, che sussista un nesso causale tra l'evento-nocumento e l'evento-distorsivo, differentemente dalla necessaria concatenazione eziologica tra gli altri elementi costitutivi (ossia tra dazione/promessa di utilità e compimento/omissione di atti, nonché tra quest'ultimo e il nocumento). Sono in questo senso le concordi osservazioni di SEVERINO, *La nuova legge*, cit., p. 12; BARTOLI, *Corruzione tra privati*, cit., p. 445.

⁴¹ ANDREAZZA-PISTORELLI, *Una prima lettura*, cit., p. 20.

⁴² Cfr. GRECO, *Evaluation report on Italy*, cit., § 109.

⁴³ Questa anche l'interpretazione autentica proposta dal Ministro Severino all'indomani della riforma del 2012 (SEVERINO, *La nuova legge*, cit., p. 7). Anche in passato, con riferimento cioè alla vecchia fattispecie di «infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità», la relazione di accompagnamento al 'progetto Mironi' manifestava un affine intendimento di adeguamento alle prime iniziative sovranazionali in materia.

⁴⁴ *Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione – Allegato sull'Italia della Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo*, COM (2014) 38 final, Annex 12, Bruxelles, 03 febbraio 2014, reperibile [cliccando qui](#).

⁴⁵ Cfr. Art. 2.1, lett. a), Decisione quadro 2003/568/GAI.

⁴⁶ Cfr. Art. 2.2, Decisione quadro 2003/568/GAI.

le pregiudizio non necessariamente di natura patrimoniale purché suscettibile di valutazione economica, la prova dell'effettiva verifica di un documento alla società limita la portata applicativa della fattispecie. L'effetto è anzi soprattutto quello di snaturare i tratti di un'incriminazione, intesa dalle fonti sovranazionali quale *pendant* della corruzione pubblica nel contesto dell'impresa privata, incanalata a livello domestico sulle conseguenze pregiudizievoli causate dal fenomeno corruttivo e non già sullo scambio illecito in quanto tale⁴⁷.

Il maggior ostacolo all'applicazione della fattispecie si ascrive peraltro al regime di procedibilità, sia nel caso 'regolare' affidato all'iniziativa della persona offesa, sia in quello eccezionale officioso: nel primo, i limiti sono di natura *pratica*, ossia legati alla stessa opportunità di innescare un procedimento penale; di contro, nel secondo, *anche* di tipo *giuridico*, stanti le difficoltà di definire e, così, accertare in concreto una «distorsione della concorrenza» giuridicamente rilevante.

Quanto al regime privatistico, è di tutta evidenza come la scelta di affidare l'iniziativa procedimentale alla società⁴⁸ possa sensibilmente ridurre le concrete possibilità che il delitto sia portato a conoscenza delle competenti autorità. Non di rado, in ambito societario, innescare la vicenda giudiziaria può contribuire ad ampliare lo spettro delle perdite, ad esempio di natura reputazionale⁴⁹, e la società-vittima potrebbe ritenere opportuno non rendere una simile circostanza di pubblico dominio.

L'ipotesi di procedibilità d'ufficio fomenta altresì ulteriori problematiche applicative di non poco conto: in particolare, la disposizione non guida l'interprete nella delimitazione della nozione di 'concorrenza'.

Invero, quest'ultima può rimandare ad una duplice prospettiva: quella *macro-economica*, incentrata sul mantenimento dell'assetto concorrenziale del mercato, in ragione delle sue implicazioni quale fattore di crescita dell'economia nazionale e comunitaria⁵⁰; quella *micro-economica*, funzionale alla protezione di interessi particolari facenti capo a singoli imprenditori concorrenti nonché ai consumatori⁵¹. Nonostante l'adesione europea alla prima accezione, è solo concependo l'effetto distorsivo in chiave micro-economica⁵² – ossia con riferimento ad alterazioni non già di un intero settore commerciale, bensì di specifiche operazioni di acquisizione o scambio di beni o servizi – che lo stesso è suscettibile di essere riscontrato di volta in volta nel caso concreto. Si può invece ragionevolmente dubitare della verificabilità empirica

⁴⁷ In particolare, secondo ANDREAZZA-PISTORELLI, *Una prima lettura*, cit., p. 16, l'attuale formulazione dell'art. 2635 c.c. continua a caratterizzarsi come «frutto dell'ibridazione tra lo schema della corruzione propria antecedente e quello dell'infedeltà patrimoniale di cui all'art. 2634 c.c.». Analogamente cfr. BRICCHETTI, *Corruzione tra privati: la mutazione dell'etichetta*, in *Guida dir.*, 2012, n. 48, p. 35.

⁴⁸ Il tema dell'individuazione del soggetto legittimato ad esercitare il diritto di querela nell'ambito degli enti collettivi è stato oggetto di un vivace dibattito dottrinale e giurisprudenziale. Con riferimento specifico alle società commerciali, suole distinguersi sulla base della natura dell'offesa subita: nel caso di offesa *esterna* (ossia proveniente da soggetti altri rispetto ai titolari del potere sociale), il diritto di querela dovrebbe essere esercitato dall'organo amministrativo (consiglio d'amministrazione o amministratore unico); in quello di offesa *interna* (rilevante nel caso di specie), la decisione sarebbe invece demandata alla maggioranza assembleare. Per ulteriori precisazioni e riferimenti bibliografici si consenta il rinvio a RICARDI-VALESCCHI in DOLCINI-MARINUCCI (a cura di), *Codice Penale Commentato*, vol. 1, 3° ed., 2011, art. 120, p. 1663 ss.

⁴⁹ Anche con riguardo alla «infedeltà patrimoniale» è stato, in effetti, sostenuto – SCHIAVANO, *Riflessioni sull'infedeltà patrimoniale societaria* (art. 2634 c.c.), *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, n. 3-4, p. 830 – che pare «inverosimile (o quanto meno molto dubbioso) che soggetti che hanno poteri di rappresentanza e gestione, come quelli che risultano soggetti attivi della fattispecie incriminatrice, finiscano per portare a conoscenza dell'autorità giudiziaria condotte dalle quali potrebbero rispondere in sede penale. E verosimilmente avranno anche un'ampia copertura interna nella maggioranza dei soci di riferimento».

Ancora, si pensi, in via esemplificativa, all'ipotesi di cui all'art. 623 c.p. («rivelazione di segreti scientifici o industriali»), anch'essa perseguibile a querela della persona offesa, quest'ultima identificabile nel titolare del segreto. Il predetto soggetto passivo potrebbe in certi casi razionalmente valutare di non esporre il fatto a procedimento penale, di per sé ulteriore possibile fonte di diffusione del segreto stesso. In questi termini, con specifico riferimento al segreto industriale, si è espressa GIAVAZZI, *La tutela penale del segreto industriale*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 493.

⁵⁰ È questa, in particolare, la prospettiva evocata dal Considerando n. 9 della Decisione quadro 2003/568/GAI, secondo cui: «Gli Stati membri annettono particolare importanza alla lotta contro la corruzione sia nel settore pubblico che in quello privato, poiché ritengono che la corruzione in entrambi tali settori costituisca una minaccia allo stato di diritto e inoltre generi distorsioni di concorrenza riguardo all'acquisizione di beni o servizi commerciali e ostacoli un corretto sviluppo economico».

Si consideri, peraltro, che nelle fonti extranazionali si fa riferimento ad un danno non solo effettivo, ma anche solo potenziale. Una ricostruzione della fattispecie in termini di pericolo concreto per l'economia di mercato emerge anche dal fallito progetto contenuto nell'art. 29 della legge comunitaria 2007 (v. *supra* sub nota n. 38).

⁵¹ Una chiara ricostruzione del modello concorrenziale, nella duplice accezione macro-economica e micro-economica, è operata da SPENA, *Punire la corruzione privata?*, cit., p. 826 ss.

⁵² Cfr. SPENA, *La corruzione privata*, cit., p. 710; MONGILLO, *La corruzione*, cit., pp. 200-201.

(dunque, della conformità a Costituzione⁵³) di un risultato offensivo macro-economico che sia conseguenza di un isolato episodio corruttivo. Tutt'al più, un effetto distorsivo 'ad impatto generale' (sul mercato o su un settore economico nel suo complesso) potrebbe unicamente «derivare da una serie di condotte seriali e pervasive»⁵⁴.

6.

Riflessioni conclusive.

Come emerge dai rilievi che precedono, il passaggio dalla vecchia alla nuova formulazione della «corruzione tra privati» non muta sensibilmente i termini di una questione già affiorata all'indomani della riforma penale-societaria del 2002. A distanza di dieci anni, infatti, il legislatore del 2012 si è limitato a compiere un timido tentativo di adeguamento alle sollecitazioni extranazionali, con ciò alimentando le importanti lacune applicative già in passato manifestatesi. La sentenza del Tribunale di Udine in commento, pur non sollevando controverse questioni interpretative, acquisisce risalto 'eccezionale' proprio in virtù dell'assenza di condanne *ex art. 2635 c.c.*

È pur vero, d'altro canto, che l'inserimento del nuovo 5° comma consente di ipotizzare nuovi scenari: non solo con riguardo all'ampliata possibilità di contestare l'illecito *de quo*, ma anche sul versante dell'applicazione di misure cautelari patrimoniali.

Il fenomeno corruttivo – andando ad alterare quei meccanismi di allocazione delle risorse, fisiologicamente sensibili soltanto alle logiche interne al mercato – compromette inevitabilmente il libero esplicarsi del gioco concorrenziale, nei confronti di concorrenti tanto attuali, quanto potenziali. Di talché un effetto distorsivo di singole operazioni di acquisizione o scambio di beni o servizi (ossia della concorrenza se intesa in senso *microeconomico*) sarebbe astrattamente suscettibile di essere riscontrato molto frequentemente, se non addirittura senza eccezioni. In altre parole, benché la legge richieda il verificarsi di un'effettiva alterazione della libera concorrenza, non accontentandosi cioè di condotte meramente idonee a determinare un pericolo in tal senso⁵⁵, si fatica ad immaginare casi in cui, a fronte dell'illecito scambio tra tangenti e compimento od omissione di atti antidoverosi (peraltro, negli ampi termini già prospettati e recentemente ampliati, attraverso il generico rimando agli «obblighi di fedeltà»), non si determini un turbamento dei naturali meccanismi del libero mercato.

Ciò è senz'altro vero con riferimento ai casi di corruzione *propria*, gli unici peraltro ascrivibili all'ambito applicativo dell'art. 2635 c.c., con la conseguenza che lo stesso diverrebbe sempre perseguibile d'ufficio.

Senonché, aldilà degli scenari poc'anzi rappresentati (frequenti contestazioni, in quanto non più legate all'iniziativa della società stessa; applicazione di misure cautelari patrimoniali, nella specie sequestro finalizzato alla confisca), permangono insormontabili freni applicativi, identificabili nelle già menzionate distonie tra formulazione nazionale e modello europeo, prima tra tutte l'evento tipico. In effetti, sono immaginabili non pochi casi concreti in cui la lesione concorrenziale *non* presupponga anche un danno patrimoniale all'ente. Si pensi all'ipotesi di un imprenditore che corrisponda una somma di denaro ad un giornalista affinché pubblichi una notizia falsa e negativa su un'impresa concorrente, ovvero affinché si astenga dal rendere note circostanze vere ma disonorevoli sulla propria azienda; ad un accordo illecito dal quale derivino vantaggi reciproci alle società di appartenenza del corruttore e del corrotto⁵⁶; o ancora al caso in cui «dinanzi a una pluralità di soluzioni equivalenti per la società di appartenenza, l'agente adotti la delibera favorevole al corruttore»⁵⁷.

⁵³ Il canone costituzionale di tassatività-determinatezza della fattispecie incriminatrice infatti, da un lato, secondo un risalente (ma ancora attualissimo) insegnamento del giudice delle leggi, impone al legislatore di riferirsi «a fenomeni la cui possibilità di realizzarsi sia stata accertata in base a criteri che allo stato delle attuali conoscenze appaiono verificabili» (Corte Cost., 8 giugno 1981, n. 96); dall'altro, è quanto mai essenziale anche sul piano della procedibilità, in virtù del principio dell'obbligatorietà dell'azione penale *ex art. 112 Cost.* (cfr. MELCHIONDA, *Art. 2635 c.c., cit.*, p. 2700).

⁵⁴ MONGILLO, *La corruzione, cit.*, p. 201.

⁵⁵ Diversa la lettura di SEMINARA, *Il reato di corruzione tra privati*, in *Le Soc.*, 2013, p. 65, condivisa da BRICCHETTI, *La corruzione tra privati, cit.*, p. 518, per cui, sulla base dell'assunto che «la concorrenza non rappresenta uno stato di fatto o un fenomeno suscettibile di riscontro empirico, ponendosi piuttosto come una qualità del mercato legata alle condizioni di accesso», l'effetto distorsivo andrebbe inteso in termini di pericolo astratto.

⁵⁶ Quest'ultimo esempio è proposto da MILITELLO, *Fondi neri e corruzione, cit.*, p. 923.

⁵⁷ SEMINARA, *Il reato, cit.*, p. 65.

Per superare l'*impasse*, sono state avanzate talune opzioni ermeneutiche tese ad ampliare la portata applicativa della fattispecie.

È stata prospettata l'alternatività tra nocumento e distorsione della concorrenza e la conseguente modifica del regime di procedibilità qualora nel caso concreto ricorra uno solo dei due eventi⁵⁸. Aderendo a tale lettura, in altre parole, l'effetto distorsivo dovrebbe porsi quale esito immediato e diretto della condotta. Siffatta ricostruzione, se da un lato appare più fedele alla *ratio* di tutela extranazionale, poiché riconosce dignità autonoma a profili offensivi esterni all'ente societario, dall'altro rischia di stravolgere il dato testuale, ineliminabile riferimento per l'interprete. Più coerente con l'impostazione restrittiva proposta dal legislatore è richiedere, per passare alla procedibilità d'ufficio, l'accertamento tanto di un pregiudizio patrimoniale, quanto di una distorsione concorrenziale, pur non giungendo all'estrema conseguenza di prescrivere altresì un rapporto di derivazione causale tra gli stessi⁵⁹.

Percorribile senza particolari difficoltà è invece la strada di estendere l'applicazione del reato per il tramite dell'istituto del tentativo⁶⁰: la non verificazione dell'evento-nocumento è in tal caso prescritta 'per definizione'. Data la prova della lesione alla libera concorrenza, il compimento o l'omissione dell'atto antidoveroso oggetto di mercimonio sarebbe pertanto perseguibile in forma officiosa, purché concretamente idoneo ed inequivocabilmente diretto alla causazione di un nocumento a carico della società. Sennonché, tale seconda lettura aggira un ostacolo – quello della prova di un effettivo danno patrimoniale –, ma non consente, di contro, il superamento delle obiezioni in precedenza formulate circa il significato della nozione di 'concorrenza'. Sarebbe cioè impossibile la verifica empirica della causazione di un effetto distorsivo macro-economico quale esito di un singolo episodio corruttivo.

Non resta dunque che arrendersi all'evidenza di una fattispecie che si limita a criminalizzare le conseguenze patrimoniali pregiudizievoli del patto corruttivo. Si tratta, ancora una volta, di un intervento legislativo difettoso ed insoddisfacente, espressione di istanze punitive simboliche. Dinanzi all'attuale quadro normativo, non spetta certo all'interprete far fronte alla disfunzione applicativa del reato, che non si fatica a pronosticare anche con riguardo alla 'nuova' formulazione.

In presenza della perdurante inerzia del legislatore nazionale, solo l'ennesimo intervento europeo – questa volta attraverso lo strumento 'forte' della direttiva e sotto minaccia di una procedura d'infrazione avanti alla Corte di Giustizia⁶¹ – potrebbe consentire la predisposizione di un modello tutto incentrato sullo scambio corruttivo in quanto tale, in ragione della sua concreta idoneità a cagionare negative ripercussioni sull'economia di mercato. Quest'ultimo esito potrebbe contribuire a colmare le carenze della fattispecie sotto il profilo del diritto vivente, con ciò finalmente rafforzando «la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità» – ad oggi, in effetti, non solo in rubrica circoscritta alla pubblica amministrazione – anche nelle pratiche d'affari tra privati. Se correttamente si tiene conto della percezione sovranazionale nel senso della centralità dell'interesse concorrenziale, non si comprende l'irragionevolezza di un così distante trattamento rispetto ad analoghi fenomeni offensivi rinvenibili su un piano meramente pubblicistico.

⁵⁸ Tale lettura è sostenuta in particolare da SPENA, *La corruzione privata*, cit., p. 712 ss. e condivisa da PULITANÒ, *La novella*, cit., nota n. 31. Si rimanda alla nota n. 39 per una più puntuale ricostruzione della tesi prospettata. Si consideri, peraltro, che l'ingresso della «distorsione della concorrenza» tra gli elementi costitutivi del reato ne comporta la necessaria inclusione nell'oggetto del dolo: conseguenza, invece, da escludersi nel caso in cui l'effetto distorsivo sia relegato unicamente al piano della procedibilità.

⁵⁹ Si consenta anche in questo caso un rimando alla letteratura citata ed alle considerazioni giù svolte nella nota n. 39.

⁶⁰ Cfr. SPENA, *La corruzione privata*, cit., p. 713, nota n. 59; BARTOLI, *Corruzione tra privati*, cit., p. 446.

⁶¹ Un simile esito è prospettato da DOLCINI-VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere*, cit., p. 246.

In effetti, le vigenti fonti europee in materia (cfr. in particolare Azione Comune 98/742/GAI e Decisione quadro 2003/568/GAI) non hanno mai concretato veri e propri obblighi di criminalizzazione. La direttiva è misura di I pilastro (i.e. sottostà al c.d. metodo comunitario, che consente, in via di estrema approssimazione, una maggiore democraticità delle scelte punitive sovranazionali), la quale, secondo la competenza penale autonoma ex art. 83.1 TFUE, può intervenire a dettare «norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni» in talune sfere di criminalità tra cui rientra espressamente la corruzione. Oltre al rilievo rivestito dalla nuova procedura di adozione delle predette direttive (ossia attraverso il procedimento legislativo ordinario), la novità più rilevante rispetto alle misure pre-Lisbona è proprio la presenza di una tutela giurisdizionale sotto forma di procedura d'infrazione, nel caso di loro mancata trasposizione, quantomeno con riguardo ai principali obiettivi comunitari in esse espresse. Per un dettagliato quadro delle conquiste dell'Unione Europea in tema di diritto penale sostanziale si consenta il rimando *inter alia* a BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione Europea: problemi e prospettive*, in *questa Rivista*, 1, 2012, p. 43 ss.



DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

www.penalecontemporaneo.it