

ARCHIVIO PENALE

RIVISTA QUADRIMESTRALE
DI DIRITTO, PROCEDURA E LEGISLAZIONE PENALE SPECIALE, EUROPEA E COMPARATA



NUOVA SERIE

A CURA DI
ALFREDO GAITO

DAVID BRUNELLI – GIOVANNI DEAN – GIULIO GARUTI – ADELMO MANNA –
OLIVIERO MAZZA – TULLIO PADOVANI – MAURO RONCO – GIORGIO SPANGHER

SETTEMBRE–DICEMBRE 2013 FASCICOLO 3

ANNO LXV

ARACNE

ARCHIVIO PENALE

RIVISTA QUADRIMESTRALE

DI DIRITTO, PROCEDURA E LEGISLAZIONE PENALE SPECIALE, EUROPEA E COMPARATA

Direzione

Studio Gaito
viale Giulio Cesare, 6
00192 Roma
direzione@archiviopenale.it

Redazione

Studio Pannain
via Achille Papa, 21
00195 Roma
redazione@archiviopenale.it

Condizioni di acquisto

Italia

Abbonamento annuale euro 80,00
Fascicolo euro 30,00

Esteri

Abbonamento annuale euro 80,00
Fascicolo euro 30,00

Per ordini

telefax: 06 93781065
e-mail: info@aracneeditrice.it
online: www.aracneeditrice.it
Skype: aracneeditrice

Modalità di pagamento

1. Bonifico bancario intestato ad:
Aracne editrice S.r.l.

IBAN: IT 83 L 05696 39130 000002180X88
Causale: *Abbonamento Archivio Penale*

2. Contrassegno postale
3. Carta di credito (acquisto *online*)

Autorizzazione n. 114 del 7 settembre 1984
Tribunale di Urbino

Editore

Aracne editrice S.r.l.
via Raffaele Garofalo, 133/A-B
00173 Roma
(06) 93781065
www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

Copyright © MMXI Aracne editrice

ISBN 978-88-548-6177-0

ISSN 0004-0304-13003

I edizione: dicembre 2013

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4, della legge 22 aprile 1941, n. 633, ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Le riproduzioni a uso differente da quello personale potranno avvenire, per un numero di pagine non superiore al 15% del presente volume, solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da AIDRO – via delle Erbe, 2 – 20121 Milano – telefax 02 809506 – e-mail aidro@iol.it.

La rivista «Archivio Penale» è documentata nell'Archivio DoGi dell'Istituto di Teoria e Tecniche dell'Informazione Giuridica (ITTIG) del Consiglio Nazionale delle Ricerche, consultabile all'indirizzo www.ittig.cnr.it/dogi.

La versione *online* è consultabile sul sito *web archiviopenale.it*

Indice

Editoriale

- 755 La “giustizia del metodo” come criterio del controllo di legittimità del vizio di motivazione
Alfredo Bargi

Confronto di idee su: « *Il sistema penale alla prova del cyber-spazio* »

- 765 Le ragioni di un confronto di idee
Donatella Curtotti
- 771 La condotta nei reati informatici
Maurizio Fumo
- 799 Profili penali delle truffe *on-line*
Claudia Pecorella, Massimiliano Dova
- 819 Le *malpractices* nella *digital forensics*: quali conseguenze sull’inutilizzabilità del dato informatico?
Filippo Giunchedi
- 835 Il vaglio dibattimentale della *digital evidence*
Francesco Cajani
- 851 *Hey! You! Get Off My Cloud!* Accesso autoritativo alle nuvole informatiche e diritto internazionale
Gianpaolo Maria Ruotolo
- 863 *Cloud Forensics* e nuove frontiere delle indagini informatiche nel processo penale
Stefano Aterno, Marco Mattiucci
- 877 Le scienze penalistiche nella “tempesta” digitale. Quali approdi?
Luca Lupària

L'opinione

- 883 La legge Merlin e i diritti fondamentali della persona: la rilevanza penale della condotta di favoreggiamento
Adelmo Manna

Cultura penale e spirito europeo

- 903 L'offensività europea come criterio di proporzione dell'opzione penale
Gaetano Stea

Orientamenti

- 939 La costituzione di parte civile nel processo contro gli enti collettivi: le decisioni della Cassazione e della Corte di Giustizia segnano un punto di approdo solo parziale?
Ciro Santoriello
- 951 Punti fermi e aspetti problematici nella riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso
Ettore Squillaci
- 967 Il procedimento di distruzione della merce in sequestro tra efficienza e salvaguardia dei diritti costituzionali
Gianrico Ranaldi

Quesiti

- 981 L'infortunio sul lavoro nell'ambito della responsabilità degli enti: il criterio d'imputazione oggettiva
Antonio Picillo
- 1003 Rinnovazione istruttoria e giudizio di rinvio. Problematiche e prospettive in caso di rito abbreviato
Nicoletta Mani

Questioni aperte

- 1019 Giudizio abbreviato e imprevedibilità della rinnovazione istruttoria in appello
Roberta Aprati
- 1023 Le Corti superiori e il divieto di *reformatio in peius* senza la rinnovazione delle prove orali
Luca Cianferoni
- 1035 La *reformatio in peius* della sentenza di assoluzione tra vincoli europei e diritto ad un equo processo
Valeria Marchese
- 1047 Riforma *in peius* della sentenza di assoluzione senza rinnovare la prova orale: una decisione che fa discutere
Caterina Scaccianoce
- 1057 *Bloggig* e diffamazione: responsabilità dell'amministratore del sito per i commenti dei lettori
Marina Minasola
- 1075 Ergastolo *in executivis* e rideterminazione della pena: il confronto fra i giudici di merito e il giudice di legittimità
Luca Cianferoni
- 1085 Prevedibilità–evitabilità dell'evento o prevedibilità–evitabilità del rischio nei delitti colposi di danno?
Adelmo Manna

Convegni

- 1103 « La pazzia dimenticata. Viaggio negli ospedali psichiatrici giudiziari »
Elio Romano Belfiore

Indice Annata

- 1109 Indice generale

EDITORIALE

Alfredo Bargi

L'abstract (in italiano e in inglese) di ogni contributo può essere consultato
sul sito *web archiviopenale.it*

La “giustizia del metodo” come criterio del controllo di legittimità del vizio di motivazione

Alfredo Bargi

1. Le recenti pronunce della Corte di cassazione (Cass. Sez. I, 26 marzo 2013, depositata il 18 giugno 2013, Knox e Sollecito per l'omicidio consumato in Perugia e Id. Sez. I, 18 aprile 2013, depositata il 31 ottobre 2013, Stasi per l'omicidio consumato in Garlasco che in prosieguo saranno indicate come sent. Perugia e sent. Garlasco) che hanno annullato le precedenti assoluzioni — di cui una addirittura oggetto di una “doppia conforme” nei due gradi di giudizio di merito — hanno suscitato particolare clamore sulla stampa nazionale.

I criteri indicati dal giudice di legittimità per la ricostruzione della responsabilità indiziaria offrono all'interprete spunti di particolare interesse, anche perché coinvolgono profili inerenti alla definizione del “tipo” di cassazione, con particolare riguardo ai rapporti tra i poteri di cognizione del giudice e quelli propri del giudice di merito.

Invero l'analitica demolizione delle valutazioni in ordine alla prova indiziaria poste a fondamento delle assoluzioni, evidenzia l'opzione del giudice di legittimità per un modello di cassazione affrancato dallo stereotipo del modello “puro”, vagheggiato a suo tempo dal Calamandrei e messo in discussione dalla più recente dottrina¹.

Il discorso sviluppato sul “tipo” e sui “limiti” del potere di cognizione del giudice di legittimità nel giudizio rescindente denota, infatti, il superamento del formalismo interpretativo espresso dal modello del giudizio di cassazione delineato dell'art. 65 dell'ordinamento giudiziario in favore della “storicizzazione” delle funzioni del giudice di legittimità ad opera del loro adeguamento ai principi costituzionali che più da vicino informano il nuovo modello processuale costituzionale delineato dall'art. 111 cost. e la definizione della giusta decisione.

In tal senso è emblematica la ricostruzione del vizio di motivazione ancorato alla definizione di essa come garanzia di effettività della legalità

1. In particolare v. TARUFFO, *Il vertice ambiguo*, Bologna, 1991, p. 45; BARGI, *Il ricorso per cassazione*, in *Le impugnazioni penali*, a cura di Gaito, II, Torino, 1998, p. 449.

della decisione e, quindi, di concretizzazione della tutela delle altre garanzie di rango superiore, che trovano la loro sintesi nel modo di essere della giurisdizione, quale mezzo di accertamento dei fatti e di tutela delle regole inerenti al procedimento probatorio ed alla giustificazione razionale della decisione.

Di qui la sottesa mutata prospettiva che affiora dalle due pronunce: la funzione nomofilattica della cassazione non è più attestata come « *gabbia della ragione* »², ma deve tendere alla tutela delle garanzie processuali delle situazioni soggettive, nell'ambito di un diverso rapporto tra *ius constitutionis* e *ius litigatoris*, non più contrapposti, ma in sinergia nell'ambito di una sorta di immedesimazione dei valori ordinamentali e di quelli individuali.

La tutela dei diritti fondamentali, cioè, si combina con quella della uniformità interpretativa, non più meramente formale, ma come rispetto delle regole e dei valori diffusi nell'ordinamento ed esaltati dal modello del giusto processo nel percorso dialettico tra prova e decisione.

In coerenza con le linee assiologiche della cultura dell'attuale nuovo modello processuale penale, le pronunce in discorso, discostandosi dal pregresso orientamento più volte ribadito in numerosi arresti del giudice di legittimità, esprimono il significato della funzione nomofilattica della cassazione in termini di garanzia dell'interpretazione giusta, piuttosto che dell'esattezza formale dell'interpretazione.

In tale prospettiva lo scopo del giudizio di cassazione ha di mira, cioè, la giustezza del metodo di interpretazione della legge che è condizione della "giustezza della decisione", quale esplicazione delle "ragioni migliori" e della "giustificazione più forte" che, a sua volta, implica la funzione propria della motivazione, quale veicolo e garanzia di concretizzazione dei parametri della "giustezza del metodo" della decisione.

Né in tal modo il controllo di legittimità rischia di confondersi con quello di merito, poiché esso ha ad oggetto non l'apprezzamento o la valutazione della questione di fatto, ma la verifica della razionalità della decisione, sia sotto il profilo interno della coerenza tra le premesse e le conclusioni, sia sotto quello esterno della fondatezza ed accettabilità delle premesse, vale a dire della razionalità della giustificazione esterna della decisione.

Su tali principi si sviluppa essenzialmente il discorso giustificativo delle due pronunce in questione, che seppure concernenti ovviamente due distinte vicende giudiziarie, risultano accomunate dal medesimo incedere argomentativo, che viene qui preso in esame solo per la prospettiva culturale posta a fondamento della definizione del potere cognitivo del giudice di legittimità, al di là della esattezza "storica" dei rilievi e delle decisioni sulle diverse questioni controverse nei gradi di merito.

2. Secondo la felice espressione di BORRÈ, *La corte di Cassazione oggi*, in *Il diritto giurisprudenziale*, a cura di Bessone, Torino, 1996, p. 163.

In tal senso assume particolare significato il rilievo assegnato al vizio di motivazione, la cui analisi viene significativamente estesa ai vari profili critici inerenti ai diversi momenti procedurali oltre che ai criteri propri del procedimento probatorio — metodo di ammissione e valutazione della prova — e della giustificazione esterna della decisione.

È corrente esplicitazione di tale metodologia la puntuale ed articolata analisi della prova indiziaria e del procedimento logico che connota la funzione dimostrativa della specifica circostanza di fatto e ne subordina la validità dimostrativa alla verifica assegnata al ragionamento probatorio di logica formale, mediante il « ricorso a regole tendenziali o di massima o a leggi scientifiche di valenza universale o statistica », c.d. “regole ponte”, elaborate dalla giurisprudenza per giungere ad un « ricostruzione del fatto in termini di certezza tali da escludere la prospettabilità di ogni ragionevole soluzione » (v. sent. Garlasco, 77).

In coerenza con tale assunto, la regola di giudizio espressa dal riformato art. 533, co. 1, c.p.p. viene collocata come norma di chiusura del ragionamento probatorio, quando può ritenersi compiuto l'accertamento della responsabilità dell'imputato che ne giustifica la condanna « al di là di ogni ragionevole dubbio »; vale a dire quando « il dato probatorio acquisito lascia fuori soltanto eventualità remote », in quanto privo « del benché minimo riscontro nelle emergenze processuali, ponendosi al di fuori dell'ordine naturale delle cose e della normale razionalità ».

L'affermazione contiene un significativo elemento di novità, poiché l'esclusione dall'orizzonte decisorio sotteso al ragionevole dubbio del dato probatorio dimostrativo di eventualità remote e privo di riscontro nelle emergenze processuali, sembra avallare l'interpretazione della formula contenuta nell'art. 533 c.p.p. alla luce della teoria della c.d. “ipotesi preferibile”, e, cioè, di quella in grado di indicare una « soluzione dotata di maggiore credibilità razionale come unico esito possibile del processo³ ».

Per tale via l'applicazione della regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio entra, cioè, nel fuoco del controllo del vizio logico della relativa motivazione in tutta la sua potenzialità garantistica, con inevitabili riflessi sul suo controllo da parte del giudice di legittimità.

Risulta smentito, così, o comunque svalutato, il prevalente orientamento della giurisprudenza, secondo cui il principio enunciato dall'art. 533, co. 1 c.p.p. « non ha mutato la natura del sindacato della Corte di cassazione sulla motivazione della sentenza e non può, quindi, essere utilizzato per valorizzare e rendere decisiva la duplicità di ricostruzioni alternative del medesimo fatto, eventualmente emerse in sede di merito e segnalate dalla difesa, una volta che tale duplicità sia stata oggetto di attenta disamina da parte del giudice dell'appello⁴ ». Infatti, in

3. GIRONI, *La prova indiziaria*, in *La prova penale*, a cura di Gaito, Torino, 2008, p. 132.

4. In tal senso, *ex plurimis*, Cass., Sez. VI, 28 gennaio 2013, Viola, in *Mass. Uff.*, n. 254579.

ragione della nuova prospettiva che dà rilievo autonomo alla logicità dell'esclusione o meno dell'applicabilità dell'art. 533 c.p.p., il controllo demandato alla Corte di cassazione non è precluso dalla « *disamina del giudice di appello* » che, benché attenta, potrebbe essere inficiata dal vizio logico, che apre le porte al controllo di legittimità su tale specifico punto.

D'altronde tale conclusione è in linea con il complessivo ragionamento delle decisioni rescindenti, contrassegnato dal reiterato riferimento alla correttezza della motivazione in rapporto alle « *opzioni valutative della prova* » ed alla « *giustificazione razionale della decisione* », quali corollari del diritto alla prova, come espressione del diritto di difesa che comprende « *il diritto delle parti ad una valutazione legale, completa e razionale della prova, in stretta correlazione, dinamica e strutturale con le coesistenti garanzie, proprie del processo penale, rappresentate dalla presunzione di innocenza dell'imputato, dall'onere della prova a carico dell'accusa. . . dall'obbligo di motivazione delle decisioni giudiziarie della necessaria giustificazione delle stesse* » (sent. Garlasco, 78).

2. La riconosciuta centralità della motivazione e del valore del nuovo modello normativo della decisione vale a delineare altresì, la dichiarata distinzione dei compiti del giudice di merito — tenuto allo sviluppo del ragionamento del ragionamento probatorio secondo i canoni di cui innanzi e recepiti dall'art. 192 c.p.p. — rispetto a quelli del giudice di legittimità, al quale è demandata la verifica del rispetto « *dei parametri della valutazione della prova indiziaria. . . e deve riguardare i criteri di inferenza utilizzati, l'avvenuta considerazione di tutte le informazioni rilevanti, la correttezza logico-razionale del ragionamento probatorio che fonda il giudizio* ».

Ne consegue il ricorrente richiamo alla “completezza” e alla “non contraddittorietà”, quali requisiti indefettibili della motivazione (sent. Perugia, 40, 47, 51, 55), la cui carenza dà luogo al vizio di logicità ed al correlato vizio di travisamento della prova per l'imprescindibile rapporto tra informazione probatoria e discorso giustificativo, quale sviluppo del principio di fedeltà della decisione alle emergenze probatorie, che caratterizza il nuovo modello processuale, spesso trascurato dalla giurisprudenza.

Il controllo di legittimità, perciò, non ha di mira il processo valutativo, ma la completezza della piattaforma informativa dalla quale vengono tratte le conseguenze valutative. Esso, cioè, attiene al contesto giustificativo; e più specificamente alla verifica in ordine al fatto che il dedotto vizio di motivazione vulneri o meno il risultato della prova indiziaria con riguardo alla ricostruzione del fatto e alla capacità del fatto indiziario di dimostrare con elevata probabilità il fatto ignoto.

In tale contesto trovano spiegazione adeguata le conclusioni, non prive di novità nel panorama della giurisprudenza, sugli aspetti specifici del vizio di motivazione, che benché riguardati alla luce dei criteri di valutazione della prova indiziaria, riflettono i ricordati principi generali cui deve corrispondere

il concreto dovere di motivare.

L'esercizio di tale dovere, cioè, è conforme al principio di legalità processuale solo se rispettoso dei canoni di completezza della valutazione della piattaforma probatoria e della conseguente fedeltà alle emergenze probatorie, quali corollari dello stretto legame tra prova e decisione posto in luce dall'art. 526 c.p.p., in correlazione con la struttura del modello normativo della motivazione configurato dall'art. 546, co. 1, lett. e) c.p.p.⁵, che si riflette sul “tipo” di controllo di legittimità e sul perimetro di cognizione della corte di cassazione.

Di qui la dichiarata “centralità” del procedimento probatorio nel processo penale e del necessario « *approccio relativistico che deve accompagnare l'accertamento della verità, cui tende tale processo, e che trova il suo terreno privilegiato nel settore della prova* » (sent. Garlasco, 74 ss.), che si salda in maniera coerente con la ribadita necessità, ai sensi dell'art. 192 c.p.p., che « *alla previa valutazione di ciascuno [indizio] singolarmente... deve seguire l'imprescindibile passaggio logico al momento metodologico successivo dell'esame globale ed unitario* », in quanto la “certezza” dell'indizio, seppure relativa sul piano gnoseologico, può essere conseguita solo nelle forme e nei limiti del procedimento probatorio e secondo le regole del ragionamento probatorio di logica formale.

Ne è coerente conseguenza sistematica il rapporto tra l'esercizio dei poteri probatori di rinnovazione istruttoria del giudice di appello e il grado di verifica del giudice di legittimità.

La mancata acquisizione della “prova decisiva”, nel solco della prevalente giurisprudenza, viene ricondotta alla previsione *dell'error in procedendo* di cui all'art. 606, co. 1, lett. d) c.p.p. nelle ipotesi di violazioni dell'art. 603, co. 1, 2 e 3, c.p.p. — e all'art. 606, co. 1, lett. e), c.p.p., « *sotto il profilo della mancanza o manifesta illogicità della motivazione... sempre che la prova negata, confrontata con le ragioni addotte a sostegno della decisione si di natura tale da poter determinare una diversa conclusione del processo* » (sent. Garlasco, 81).

Tale operazione ermeneutica, però, poiché si incentra ancora una volta sulla considerazione del vizio di motivazione quale garanzia della giusta decisione, determina l'ampliamento del controllo di legittimità in funzione della tutela del diritto alla prova e della legalità processuale.

Invero la sottolineata necessità della verifica del percorso logico della decisione in ordine alla potenzialità dimostrativa del mezzo di prova richiesto rispetto alla complessiva piattaforma probatoria, comporta che l'esercizio discrezionale del potere probatorio del giudice di appello è suscettibile dello scrutinio pieno di legalità processuale in virtù del controllo della motivazione.

5. GAITO, *I criteri di valutazione della prova nelle decisioni de libertate*, in *Materiali di esercitazioni per un corso di procedura penale*, Padova, 1995, p. 160; nonché BARGI, *Sulla struttura normativa della motivazione e sul suo controllo in cassazione*, in *Giur. it.*, 1997, 5.

Lo scrutinio di legittimità, pertanto, attiene non solo alla verifica della violazione “processuale” del diritto alla prova delle parti, ma anche alla corretta esplicazione del potere istruttorio *ex officio* laddove sia in gioco la ricostruzione razionale del fatto ed il suo collegamento con la “completezza” dell’“informazione” probatoria emergente dagli atti processuali.

Tale specifica connotazione del controllo del dovere di motivare apre significativi varchi con riguardo al mancato espletamento della perizia richiesta dalle parti, anche quando essa avvenga nel grado di appello del giudizio abbreviato. Infatti è pur vero che entrambe le pronunce ribadiscono gli orientamenti prevalenti in giurisprudenza, secondo cui la perizia è un mezzo di prova “neutro”, sicché la sua ammissione è rimessa al potere discrezionale del giudice di appello « *non censurabile ai sensi dell’art. 606 co. 1 lett. d) c.p.p., in quanto costituisce il risultato di un giudizio di fatto che, se sorretto da adeguata motivazione*⁶ ». Tuttavia la novità attiene alla specificazione della condizione che deve ricorrere perché possa dirsi “adeguata” la motivazione di diniego della perizia, in sede di appello, anche in caso di giudizio abbreviato.

In tale direzione milita l’affermazione che il mancato esercizio del potere officioso probatorio del giudice di appello in sede di giudizio abbreviato si traduce in un vizio deducibile mediante ricorso per cassazione ai sensi dell’art. 606, co. 1, lett. e) c.p.p. Infatti, tenuto conto che « *primaria e ineludibile del processo penale [è] l’esigenza di ricerca della verità e corollario di necessaria consequenzialità logica l’attribuzione al giudice di poteri di iniziativa probatoria* », il mancato esercizio dei poteri istruttori sollecitati dalle parti si traduce in vizio di motivazione del diniego, laddove la valutazione dell’assoluta necessità non tenga conto del fatto che, di fronte alla richiesta di prova delle parti « *viene meno la presunzione di completezza del materiale probatorio* ». Sicché il requisito dell’assoluta necessità consiste nella « *valutazione da parte del giudice della possibilità di giungere a una decisione di colpevolezza o innocenza* », atteso che una maggiore piattaforma informativa rende più probabile una sentenza giusta e aderente ai fatti (sent. Garlasco, 82).

Si tratta di principi di indiscutibile civiltà giuridica, ma ne risulta impropria l’applicazione indiscriminata al giudizio abbreviato richiesto dall’imputato.

In tal caso la ritenuta legittimità dell’ampliamento del materiale probatorio rispetto a quello su cui era fondata la scelta dell’imputato, stride nel piano sistematico con le linee proprie della definizione anticipata del processo su richiesta dell’imputato. Nella specie, infatti, all’« *interesse dello Stato alla rapida definizione del procedimento* », si contrappone il diritto dell’imputato di essere giudicato “allo stato degli atti”, con conseguente tutela del suo « *diritto dell’imputato a vedersi giudicato sulla base del materiale probatorio non*

6. In tal senso anche recentemente, Cass., Sez. IV, 17 gennaio, Sciarra, in *Mass. Uff.*, n. 255152.

del tutto completo. . . ed a bloccare ogni integrazione di detto materiale in senso a lui sfavorevole ».

Le linee sistematiche del procedimento speciale e la premialità connessa alla scelta del rito da parte dell'imputato, non possono esser qui sviluppate.

Pur tuttavia merita di essere sottolineato che a tenore della *ratio* del modello processuale alternativo di definizione anticipata del processo, l'incompletezza probatoria deve fare carico all'organo dell'accusa, su cui grava in generale l'onere di raccolta del materiale conoscitivo in maniera completa.

È ragionevole, quindi, e conforme al sistema, che il potere di integrazione istruttoria del giudice di appello in sede di giudizio abbreviato si dispieghi in maniera diversa rispetto alle sollecitazioni istruttorie del p.m. e della difesa, nel senso che gli sia precluso di introdurre prove “nuove” pregiudizievoli dell'originario quadro probatorio “favorevole” all'imputato, che ne aveva determinato la scelta del rito differenziato.

Al di fuori di tale asimmetria sistematica, è apprezzabile l'ottica delle pronunce in esame, secondo cui la motivazione del provvedimento del giudice di appello di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale è chiamata a garantire lo spazio di tutela estraneo alla violazione di poteri connessi alla situazione soggettiva della parte, come nel caso di trasgressione dell'art. 495 c.p.p.; ad assicurare, cioè, il corretto svolgimento dell'accertamento della *res in iudicio deducta* nel rispetto dei canoni della completezza del materiale probatorio e delle possibili informazioni utili alla ricostruzione del fatto, con conseguente affievolimento della distinzione tra le ipotesi di rinnovazione istruttoria in appello, sul piano della tutela della giusta decisione.

È altrettanto condivisibile la coerente maggiore permeabilità al controllo di legittimità delle scelte in tema di valutazione della prova scientifica.

Infatti coglie nel segno la critica all'adozione delle conclusioni peritali sulle tracce genetiche senza « *la previa valutazione delle opposte tesi* » dei consulenti di parte (sent. Perugia, 66) — imposta peraltro dal principio del contraddittorio — in assenza di adeguata giustificazione; tanto più perché l'adesione alle valutazioni scientifiche sarebbe « *in contrasto con le evidenze disponibili* » (sent. Perugia, 70) e con « *argomentazioni incongruenti e contraddittorie* », non avrebbe dato adeguato rilievo alle richieste istruttorie di nuovi accertamenti scientifici in grado di fondare una non remota ipotesi alternativa (sent. Garlasco, 98).

3. Tirando le somme.

Le recenti sentenze della cassazione per gli omicidi di Perugia e di Garlasco esprimono una particolare valorizzazione della motivazione, quale garanzia del giusto processo, nell'ambito di una visione storicizzata del controllo di legittimità, a tutela del corretto esercizio della giurisdizione, che è presupposto ineludibile della concreta applicazione dei diritti fondamentali soggettivi e dell'attuazione dello Stato di diritto.

Pur tuttavia appare eccessiva la preoccupazione per le sorti del giudizio rescissorio, sino al punto di dettare in maniera didascalica la prescrizione dei compiti del giudice del rinvio, che è estranea alla formulazione della risoluzione della questione di diritto, inerente al rilevato vizio di motivazione ed alla disapplicazione della giustezza del metodo di valutazione della prova.

È auspicabile, comunque, che il medesimo apprezzabile rigore metodologico trovi esplicitazione anche nei confronti di sentenze di condanna e con riguardo ai diritti fondamentali di imputati meno noti alla ribalta mediatica.

CONFRONTO DI IDEE SU:
« *Il sistema penale alla prova del cyber-spazio* »

Donatella Curtotti
Maurizio Fumo
Claudia Pecorella
Massimiliano Dova
Filippo Giunchedi
Francesco Cajani
Gianpaolo Maria Ruotolo
Stefano Aterno
Marco Mattiucci
Luca Lupária

L'*abstract* (in italiano e in inglese) di ogni contributo può essere consultato
sul sito *web archiviopenale.it*

Le ragioni di un confronto di idee

Donatella Curtotti

1. Il compito del diritto è mettere in ordine la società; aiutare a dare a ciascuno ciò che non ha ma deve avere. Il compito del diritto e del processo penale è ancora più alto; la pena deve saper trasformare il *malum in bonum passionis*, insegnando all'uomo e alla società ad essere ciò che non è ma deve essere (Carnelutti).

Per perseguire tale funzione, le norme penali (sia le fattispecie incriminatrici che quelle relative all'accertamento penale) dovrebbero essere costruite in rapporto ai fenomeni che turbano l'ordine sociale, all'evoluzione che questi subiscono col passare del tempo e col modificarsi delle esigenze della società, così da individuare al meglio le condotte che meritano una punizione ed il modo più giusto per applicarle.

Ebbene, si sa che negli ultimi venti anni la società è stata travolta dall'*Information and Communications Technology* (ICT), cioè dalla c.d. tecnologia informatica, con cambiamenti epocali in ogni settore della vita umana (sociale, economico, culturale) che hanno alterato completamente il tradizionale modo di comunicare, lavorare ed interagire. La rivoluzione tecnologica ha dato vita ad una società informatica, immersa in un mondo virtuale (*cyberspace*), privo di fisicità e di contestualità, alterato nello spazio e nel tempo e connotato da impersonalità.

Come questo abbia prodotto automaticamente un nuovo tipo di criminalità (quella, appunto, informatica) è inutile dirlo. Così come è pacifico che la novità non sta tanto nel fatto che le nuove tecnologie ed Internet costituiscono l'obiettivo delle attività criminali, quanto che i computer e le nuove forme di comunicazione interattiva rappresentano solo nuove forme strumentali per commettere o preparare reati di tipo tradizionale; tanto da far dire ad una nota studiosa americana che la categoria dei *cybercrimes* rappresenta una sorta di "*old wine in new bottles*" (Brenner), cioè un "vecchio" fenomeno realizzato con un "nuovo" strumento. Altrettanto evidente è come tutto questo abbia prodotto un nuovo modo di indagare e valutare l'esistenza dei fatti di reato. Non solo quelli di matrice informatica. Gli strumenti informatici (*computer, mobile, ipad*) costituiscono ormai *tools* imprescindibili di accertamento di qualsivoglia ipotesi di reato rappresentando elementi (e, quindi, fonti di prova) di cui ogni individuo fa uso nella vita quotidiana.

In tutto questo, però, non c'è nulla di originale sotto il profilo scientifico. Al pari del rapporto "società/criminalità", quello "criminalità/ricerca scientifica" presenta un andamento simbiotico. Il tema in esame non costituisce un'eccezione. La dottrina penale studia il tema della criminalità informatica sin da quando la criminalità informatica è diventata oggetto d'interesse del legislatore italiano producendo riflessioni sulle norme e soluzioni *de iure condendo*, senza riserve. A partire dall'intervento del 1993 che, su impulso della Raccomandazione sulla criminalità informatica, adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, il 13 settembre 1989, ha introdotto con l. 23 dicembre 1993, n. 547, alcuni reati c.d. informatici nonché una prima forma peculiare di raccolta della prova digitale, la c.d. captazione telematica, di cui all'art. 266-bis c.p.p. Gli studi hanno, poi, seguito le tre stagioni riformatrici nel settore, come quella della normativa repressiva della pedopornografia *on line* (l. 15 febbraio 1996, n. 66; l. 3 agosto 1998, n. 269; l. 6 febbraio 2006, n. 38), quella successiva all'attentato terroristico alle torri gemelle (l. 15 dicembre 2001, n. 438; d.l. 27 luglio 2005, n. 144) coeva a quella del codice *privacy* e alle sue modificazioni (d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196; l. 26 febbraio 2004, n. 45; l. 31 luglio 2005, n. 155 e d.lgs. 30 maggio 2008, n. 109), e soprattutto quella più sistematica contenuta nella l. 18 marzo 2008, n. 48, in adesione alla Convenzione di Budapest del 2001, costituente nuove fattispecie penali e nuove attività investigative.

Non avrebbe avuto senso un confronto di idee che fosse motivato solo da questo. Sarebbe risultato ripetitivo e sterile. In realtà, qualcosa di nuovo all'orizzonte c'è. Lo dice a chiare lettere la Comunicazione congiunta a Parlamento europeo, Consiglio, Comitato economico e sociale europeo e Comitato delle Regioni del 7 febbraio 2013 che, nell'elaborare la strategia dell'Unione europea sulla Cybersicurezza, individua come strategia prioritaria la riduzione drastica del crimine informatico.

È noto che con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona la criminalità informatica è stata inserita nell'art. 83 TFUE fra i fenomeni delittuosi di natura grave e transazionale su cui l'UE ha competenza penale. Con l'ultima direttiva *in subiecta materia*, l'interesse a livello europeo è determinato dall'incremento esponenziale di tale tipologia di crimine, annessa ai già noti problemi legati al suo accertamento, come la galoppante sofisticatezza degli strumenti impiegati, la facile condizione di anonimato dietro cui si celano i rei, la transnazionalità dell'attività illecita.

Drastically reducing cybercrime (2.2. della Comunicazione congiunta):

The more we live in a digital world, the more opportunities for cyber criminals to exploit. Cybercrime is one of the fastest growing forms of crime, with more than one million people worldwide becoming victims each day. Cybercriminals and cybercrime networks are becoming increasingly sophisticated and we need to have the right operational tools and capabilities to tackle them. Cybercrimes are high-profit and low-risk, and criminals often exploit the anonymity of website domains. Cybercrime knows no border — the global reach

of the Internet means that law enforcement must adopt a coordinated and collaborative cross-border approach to respond to this growing threat.

A questo punto, è inevitabile una riflessione di natura statistica. L'Euro-barometro della Commissione europea, nell'ultimo sondaggio sull'impatto della criminalità informatica del 22 novembre 2013 che ha interessato oltre 27000 persone, stima che il 12% degli intervistati ha subito una violazione del proprio profilo su un social network o della propria casella di posta elettronica da parte di *hackers* e che il 7% è stato vittima di frodi bancarie o con carta di credito *on line*. L'ultimo rapporto Clusit 2013 relativo alla sicurezza ICT in Italia al 2012, documenta che rispetto al 2011 c'è un tratto di forte crescita (+ 245% complessivamente) delle minacce informatiche essendo aumentate, in parallelo, sia la numerosità degli attacchi e la loro sofisticazione sia, di conseguenza, la severità dei danni subiti dalle vittime. Tra le tipologie di attacco (tra cui anche quelle di matrice attivista e lo spionaggio), il *cybercrime* è statisticamente il maggiore con un incremento del 372,35% rispetto al 2011 (633 crimini nel 2012, 170 nell'anno precedente).

Un ulteriore elemento di novità viene messo in luce ancora una volta dall'Unione europea, con la Direttiva 2013/40/UE, del 12 agosto 2013, relativa agli "Attacchi contro i sistemi di informazione". La necessità della direttiva è legata alla rapida evoluzione degli *hardware* e *software* che producono strumenti informatici nuovi e nuove forme di aggressione (§ 16). Non a caso, pur affermando che il quadro giuridico di riferimento per la lotta alla criminalità informatica rimane la Convenzione del 2001 (§ 15), la direttiva si riferisce in particolare agli attacchi "particolarmente gravi" per i quali mira a: a) avvicinare il diritto penale degli Stati membri; b) inasprire le sanzioni penali e prevedere nuove circostanze aggravanti; c) favorire la cooperazione di polizia e giudiziaria. Sono ritenuti attacchi particolarmente gravi: quelli su "larga scala" (es. i botnet, ossia una rete di computer, infettata con *software* maligni per mezzo di attacchi informatici mirati, che può essere attivata all'insaputa degli utenti). Particolare gravità è riconosciuta agli attacchi ad infrastrutture critiche, vitali per il mantenimento delle funzioni essenziali della società, della salute, del benessere economico o sociale delle persone, come reti di trasporto, impianti energetici, reti governative. Infine, gravi sono ritenuti anche il "furto d'identità" e altri reati connessi all'identità.

È fatto un particolare richiamo agli Stati membri nel "affrontare le indagini penali e nel ripartire le competenze tra le competenti autorità nazionali" (§ 28).

2. A questo punto, può dirsi che il profilo di novità che giustifica un confronto di idee sul tema della criminalità informatica non è dato, perlomeno a primo acchito, da una nuova dimensione giuridica del problema, quanto da una diversa prospettiva fenomenica dello stesso. Di per sé, il *cyberspace*

costituisce uno spazio virtuale in continua evoluzione; negli ultimi anni, però, dopo l'implementazione di Internet, ha segnato il passaggio da una dimensione privata degli apparati informatici ad una pubblica o collettiva, basata sull'interconnettività globale. Basti pensare alla nuova dimensione del *cloud* e della struttura stessa del *web*. Il solo termine anglosassone di *cloud computing* (in italiano, nuvola informatica) induce anche il giurista meno esperto a pensare ad apparecchiature molto avanzate ed integrate, allocate in postazione remote e difficilmente individuabili, con immense potenzialità di calcolo, conservazione ed elaborazione di dati, nonché condivisione e circolazione degli stessi, che paradossalmente possono essere raggiunte in pochi istanti ed indipendentemente dal posto in cui l'utente si trova.

Tutto questo genera una doppia conseguenza, con annessi profili d'interesse per il giurista. Per un verso, modifica drasticamente la dimensione del fenomeno criminale in esame, ampliandola sia nella "quantità" di illeciti perpetrati che nella "qualità" degli stessi (agendo su larga scala o su interessi e beni non solo privati). Di qui, la necessità di capire se alcune delle norme entrate in vigore *ex l. n. 48 del 2008*, ed allora giustificate da una dimensione più contenuta del fenomeno, siano ancora opportune come l'art. 51 c.p.p. che assegna al p.m. distrettuale la competenza in materia di *computer crimes*. Altrettanto importante diventa capire cosa siano le investigazioni sul *cloud*, se le norme relative alle perquisizioni, ispezioni e sequestri siano applicabili e quale sia la giurisdizione competente posta la transnazionalità o addirittura a-territorialità dei sistemi. Di qui, la necessità di ricorrere anche ad una voce scientifica di diritto internazionale.

Per altro verso, l'aumento dei reati informatici acuisce le problematiche giuridiche già legate alle metodologie delinquenziali di matrice informatica di più "vecchia" memoria. Anche lo studioso meno avvezzo a queste tematiche, purtroppo altamente specialistiche e anche complesse, sa che la dottrina e la giurisprudenza si sono sempre poste due domande: se sia possibile applicare ai reati informatici i principi, le norme e la produzione ermeneutica di cui si avvale comunemente sia il diritto penale che il diritto processuale penale; quale sia il giusto bilanciamento di interessi tra la tutela delle libertà civili e la difesa sociale in questo campo. In altri termini, il rischio paventato da tutti è che i diritti del singolo — protetti dal tradizionale "armamentario" normativo — si affievoliscano per l'esigenza di adoperare differenti modalità di approccio ai reati informatici rispetto ai reati e agli accertamenti più tradizionali.

Viene facile pensare, sotto il profilo del diritto penale, alle problematiche legate alla determinazione dei confini della condotta che, nel *modus operandi* di tipo informatico, è difficile identificare con quella caratterizzata da fisicità e materialità. Nel campo del diritto processuale penale, il *leit motiv* del problema è il *vulnus* della posizione difensiva dell'imputato al cospetto di una prova (c.d. digitale) preformata rispetto al dibattito il cui elemento

caratterizzante è la facile modificabilità del contenuto. Meritano attenzione, quindi, i profili legati alla natura ripetibile od irripetibile delle operazioni d'indagine informatica così come quelli sulla natura sanzionatoria dell'inadempimento delle procedure operative (*best practices* o *Sops*) impiegate dagli organi di p.g. nelle attività investigative che, differentemente da altre forme di indagini tecnico-scientifiche, sono state immesse nel tessuto codicistico come forme peculiari di ispezioni o perquisizioni.

La condotta nei reati informatici

Maurizio Fumo

I. Termini della questione e questioni terminologiche. Possono certamente definirsi “reati informatici” quelli la cui condotta consiste nel danneggiare, manipolare, alterare tanto i beni e gli strumenti informatici e telematici (per mutuare la terminologia dal co. 1-bis, dell’art. 240 c.p.)¹, quanto il “frutto” dell’attività informatica, vale a dire i testi (scritti, disegni, audio, filmati, foto, ecc.), che, con i predetti beni e strumenti, siano stati elaborati.

La *res informatica*, dunque, come oggetto di tutela, ma anche come *instrumentum delicti*.

Ormai da qualche decennio, infatti, questa categoria di reati ha fatto ingresso nel nostro sistema penale, come d’altra parte era logico, prevedibile e inevitabile, atteso che alla costituzione di una “società virtuale”, alla nascita di una agorà telematica non poteva non corrispondere il manifestarsi di una criminalità telematica.

Ubi societas, ibi crimen. Ineludibilmente².

E se dunque la “rete” è il *locus* di interconnessione e interscambio tra soggetti (tanto pubblici, quanto privati), che, attraverso essa, intrecciano rapporti personali, culturali, politici, di affari e, in genere, sociali, allora, nella rete e attraverso la rete, si manifesterà anche la patologia sociale e, dunque, si manifesteranno anche condotte meritevoli di repressione penale.

Il legislatore ha elaborato numerose fattispecie, disseminate nel codice e in leggi speciali, fattispecie poi anche emendate alla luce degli obblighi internazionali contratti dall’Italia³.

1. CORASANITI, *Brevi note in tema di confisca obbligatoria di beni e strumenti di commissine dei reati informatici alla luce della legge 15 febbraio 2002 n. 12*, in *Dir. infor. e inf.*, 2012, 819 ss.

2. Per un inquadramento sintetico ma sistematico, si rimanda a VIZZARO, *I reati informatici nell’ordinamento italiano*, in www.Danilovizzaro.it.

3. A far tempo dalla « Raccomandazione sulla criminalità informatica del Consiglio d’Europa del 13 settembre 1989 », che, come è noto, conteneva la indicazione di una “lista minima” e di una “lista facoltativa”: la prima include le condotte anti-giuridiche da reprimere necessariamente con lo strumento penale (falso, sabotaggio, accesso abusivo, danneggiamento, ecc.); la seconda condotte, egualmente da contrastare, ma non necessariamente attraverso la loro criminalizzazione (utilizzo abusivo di programmi o elaboratori informatici, divulgazione di dati coperti da segreto, ecc.).

Con la introduzione di specifiche figure criminose, infatti, si è voluto apprestare tutela tanto al “sistema informatico–telematico”, in quanto tale⁴, quanto ai contenuti, che, con tale sistema, sono stati prodotti e che attraverso di esso “viaggiano” e si diffondono.

A ben vedere, tuttavia, appare opportuno estendere i confini di questa categoria anche ai “reati comuni”, portati a consumazione per via informatica⁵.

Peraltro, la Convenzione di Budapest (Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica, sottoscritta a Budapest il 23 novembre 2001, cui ha dato attuazione in Italia la legge n. 48 del 2008) ha ad oggetto i reati informatici *lato sensu* intesi, vale dire tutti quelli commessi attraverso lo strumento informatico. Rientrano pertanto in tale categoria anche i reati “tradizionali”, con riferimento ai quali l'informatica e gli strumenti informatici siano, come si diceva, *media*, ovvero oggetti materiali della condotta criminosa⁶.

Non va, d'altra parte, dimenticato che tanto il legislatore fascista, quanto il Costituente ebbero la lungimiranza di prevedere, quali veicoli di propagazione di idee e informazioni, “qualsiasi altro mezzo di pubblicità” (*scil.* oltre alla stampa, cfr. art. 595, co. 3 c.p.), ovvero “ogni altro mezzo di diffusione” (art. 21, co. 1, Cost.), venendo così a tracciare i confini di una “norma penale

4. La legge non definisce né il concetto di informatica, né quello di telematica. In merito, tuttavia, non sembra possano sussistere equivoci: per informatica (informazione automatica) si intende quel ramo del sapere e quel settore della tecnologia che studia e utilizza l'informazione e il suo trattamento automatico attraverso la elaborazione elettronica dei dati; per telematica (telecomunicazione informatica) si intende un sistema di apparati interconnessi in grado di comunicare a distanza, scambiando dati tramite tecnologia informatica.

5. A tale estensione ha provveduto a volte la giurisprudenza, come nel caso del c.d. *morphing* o furto di identità, ricondotto allo schema di cui all'art. 494 c.p. (cfr. Cass., Sez. V, 28 novembre 2012, Celotti, in *Mass. Uff.*, n. 255086; in merito a tale pronuncia vedasi MINOTTI, *Uno sforzo interpretativo di grande portata per applicare vecchie norme alla tecnologia*, in *Guida dir.*, 2013, 68 ss.). Il caso era relativo all'inserimento in una *chat* di “incontri personali” del numero di telefono di un'altra persona — ignara — indicata con un *nickname*, allo scopo di danneggiarne la reputazione, facendola apparire come disponibile a incontri sessuali *in incertam personam*. In genere sul fenomeno, vedasi anche CORRIAS LUCENTE, *Le falsità personali*, in *Diritto infor. e inf.*, 2011, 553 ss. Altre volte è direttamente intervenuto il Legislatore, con appositi “ritocchi” a norme preesistenti. È il caso dello *stalking* telematico, vale a dire della aggravante introdotta dal decreto legge 14 agosto 2013, n. 93, sul c.d. “femminicidio”, la quale aggravante ricorre se gli atti persecutori sono consumati con strumenti tecnologici (in merito, vedasi *Guida dir.*, 2013, 65 ss., con articolo redazionale, *Stalking: più grave se con strumenti tecnologici*).

6. Il preambolo della Convenzione di Budapest chiarisce che scopo dell'accordo è quello di perseguire una politica comune tra gli Stati europei, anche in campo penale, finalizzata alla protezione della società nei confronti della criminalità informatica, anche in considerazione dei cambiamenti dipendenti dalla introduzione della tecnologia digitale e della globalizzazione dei reati informatici. Si tratta, dunque, da un lato, di tutelare la segretezza, la integrità e la disponibilità dei sistemi informatici, delle reti e dei relativi dati, dall'altro, di combattere l'uso improprio di tali sistemi, dall'altro ancora, di garantire il bilanciamento tra la repressione delle condotte illecite e il rispetto dei diritti umani fondamentali, tra i quali, ovviamente, quello di ricercare, ricevere, trasmettere informazioni, idee e opinioni.

in grigio” (se ci è consentita questa libertà terminologica), che la successiva evoluzione tecnologica si sarebbe curata di riempire di contenuti.

Certamente nel 1930 non era ipotizzabile l’informatica e, meno che mai, *internet*. Neanche nel 1948; ma, in quei tempi, i testi normativi si confezionavano con un qualche criterio.

Dunque: i nuovi *media* hanno reso possibili nuove modalità di aggressione ai “vecchi” beni. Bisogna però chiedersi se tali nuovi *media* abbiano anche determinato la creazione di “nuovi” beni giuridici e — dunque — reso necessario l’approntamento di nuovi strumenti di tutela, anche penale.

La risposta non è agevole, in quanto si vengono a intersecare due piani logici.

Invero: una cosa è la necessità di tutelare (con i presidi normativi che si ritengano più adeguati) “l’universo informatico”, altra cosa è la possibilità di individuare, all’interno della predetta sfera di interessi, beni giuridici originali (nel senso di: non presenti nel sistema ordinamentale — fino a quel momento — vigente).

L’accenno sopra fatto a quelle che abbiamo chiamato “norme penali in grigio” ci induce a dare una risposta negativa.

Nell’ambito del nuovo scenario (“l’universo informatico”), non ci sono, infatti, nuovi beni giuridici e quelli che, a prima vista, possono sembrare tali, altro non sono che diverse morfologie di valori preesistenti.

I nuovi mezzi di pubblicità (art. 595 c.p.) o di diffusione (art. 21 Cost.) creano opportunità, lecite e illecite, e sono funzionali sia alla “tele-socializzazione” (fino alla creazione di un controllo sociale aggiuntivo, alternativo), sia alla consumazione di aggressioni (in forme nuove) a beni giuridici di valenza costituzionale: i soli, oltretutto, degni di essere tutelati con la *extrema ratio* della sanzione penale⁷. Di talché, a rigor di logica, la introduzione di nuovi beni da tutelare penalmente, comporterebbe — addirittura — una modifica della parte prima della nostra Carta fondamentale.

La creazione di nuove figure criminose (contrassegnate dalle allarmanti “estensioni” dei vari articoli del codice in *bis*, *ter*, *quater*, ecc.) non deve ingannare: sono nuove le condotte (determinate dal *medium*), non i beni aggrediti, protetti⁸.

Oltre alla personalità, all’onore, alla libertà di espressione, alla fede pubblica, alla segretezza, alla riservatezza, al patrimonio, non ci sembra che altri

7. Sul punto, insuperato, BRICOLA, *Teoria generale del reato* in *Noviss. Dig. It.*, vol. XIX, Torino, 1974, p. 8 ss.

8. Cfr. Disegno di legge 2773 Ministro di Grazia e Giustizia, XI legislatura Camera dei Deputati per il quale le nuove fattispecie criminose rappresentano semplicemente «... nuove forme di aggressione, caratterizzate dal mezzo o dall’oggetto materiale, ai beni giuridici (patrimonio, fede pubblica, ecc.), già oggetto di tutela nelle diverse parti del corpo del codice». Sostiene invece la esistenza di un nuovo bene giuridico, la “intangibilità informatica”, MILITELLO, *Informatica e criminalità organizzata*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 1990, 85 ss., cui è facile replicare, quanto meno, che *entia non sunt multiplicanda sine necessitate*.

beni e/o valori vengano in gioco nell'ambito dei c.d. reati informatici.

La integrità e la funzionalità del sistema, la possibilità di comunicazione (trasmissione e ricezione) attraverso il sistema, la protezione dei dati immessi nel (e custoditi dal) sistema costituiscono esigenze/pretese/diritti il cui carattere di novità si esaurisce, appunto, nella loro relazione con il sistema, non certo nei loro contenuti essenziali. Forse anche per questo — muovendosi in un'ottica di stampo contenutistico — il legislatore ha ritenuto di non varare un *corpus* unitario di (nuove) norme repressive, ma ha scelto di prevedere le “nuove condotte criminali” (se non tutte, almeno le più rilevanti), collocandole “topograficamente” negli *habitat* normativi che sembravano — di volta in volta — più opportuni. Non sempre si è trattato però di scelte felici.

La collocazione di una ipotesi criminosa in un contesto normativo, come è noto, non è un fatto indifferente, in quanto l'appartenenza a una categoria, a un *genus*, a una *species* costituisce (può costituire) un valido parametro ermeneutico per la corretta comprensione della norma incriminatrice.

Ebbene, questa diaspora legislativa ha messo in difficoltà — ci sembra di poter dire — tanto la dottrina, quanto la giurisprudenza, costrette a ricercare “bandoli interpretativi” non sempre reperibili con facilità (quando esistenti) e ad adattare concetti “vecchi” a ipotesi “moderne” di condotte criminali.

A volte però il legislatore è venuto in soccorso. Si ricordano tradizionalmente⁹ gli artt. 392 e 420 c.p. (prima della modifica del 2008), con l'estensione del concetto di “cosa” e di “impianto di pubblica utilità”, rispettivamente al programma informatico e ai sistemi informatici o telematici¹⁰.

Non ci sembra però di essere in contraddizione con quanto sopra scritto, se auspichiamo (auspicheremmo) — in una prospettiva funzionalistica e non più contenutistica — una diversa collocazione (di gran parte) dei reati informatici in un separato comparto normativo.

La costituzione di un apposito *corpus* legislativo, relativo ai reati informatici, infatti, da un lato, non starebbe certo — per le ragioni sopra enunciate — a indicare la “creazione” (extracostituzionale) di nuovi beni/interessi da tutelare penalmente, dall'altro, consentirebbe (potrebbe consentire a un le-

9. Da ultimo PICOTTI, in *Preparatory colloquium section II*, per il 20 Convegno internazionale AIDP “Società dell'informazione e diritto penale. La sfida della giustizia del terzo millennio”, Roma — Università La Sapienza, 22 novembre 2013.

10. La condotta dannosa del terzo comma dell'art. 392 consiste (anche) nell'alterare, modificare cancellare, in tutto in parte, detto programma, in modo che il funzionamento dello stesso ne sia impedito o... “turbato”. Deve poi essere ricordata la parziale modifica dell'art. 615-bis c.p. (*Interferenze illecite nella vita privata*). Il delitto viene ora in rilievo sul “versante informatico” con riferimento al secondo comma, che prevede la punibilità di chi rivela o diffonde, mediante qualsiasi mezzo di informazione al pubblico (e dunque anche attraverso strumenti informatici e telematici), le notizie e le immagini ottenute nei modi indicati nel primo comma. E ancora: si deve fare riferimento all'art. 616 c.p. (*Violazione, sottrazione e soppressione di corrispondenza*), il cui ultimo comma estende il concetto di corrispondenza epistolare anche a quella telematica e informatica (oltre che quella telefonica).

gislatore attento) di formulare figure incriminatrici coerenti, ben coordinate, adeguatamente descritte, nel rispetto del principio di legalità e rispettose dei canoni della tassatività e della determinatezza.

Orbene, è noto che, non poche volte, nella legislazione penale si ricorre al rinvio ad altri rami del diritto (esempio: la nozione di ente pubblico, il concetto di altruità della cosa, di autorizzazione amministrativa, ecc.), ovvero, addirittura, ad altri settori dello scibile (cfr: il concetto di funzione religiosa, di spettacolo, di ubriachezza, ecc.). Va allora ribadito che, anche nel settore del quale ci stiamo occupando, il codice (e il legislatore in genere) non definiscono i concetti di “sistema informatico” e “sistema telematico” (che pure, come visto, sono introdotti nella normativa penale). In realtà, anche altri concetti appartenenti al mondo dell’informatica o della telematica risultano non definiti. Vi è, quindi, un implicito rinvio — quanto al lessico — al “mondo del *computer*”, che, tuttavia, in ragione delle sue origini, o non fa uso della lingua italiana (la sola ammissibile in un testo di legge), ovvero utilizza orridi barbarismi, derivanti dalla translitterazione di vocaboli inglesi. Per colmo di paradosso, poi, tali vocaboli sono, non infrequentemente, di ascendenza latina, ma hanno subito significativa mutazione semantica nel *milieu* linguistico anglosassone.

L’*Information Communication Technology* (ICT) si esprime attraverso un suo linguaggio tecnico, nel quale, a volte, sono presenti anche i c.d. “falsi amici”, che ben possono trarre in inganno un lettore frettoloso o superficiale¹¹. Il problema, ovviamente, non è solo stilistico, ma attiene, appunto, al contenuto della norma, al perimetro dei concetti espressi dall’interprete, in una parola: alla precisione dei contorni del penalmente rilevante, come individuato dal legislatore e definito dalla giurisprudenza, vale a dire, in ultima analisi, alla determinatezza del divieto penale.

La tecnica del “rinvio” è certamente utile e legittima, ma deve essere adottata con oculatezza: il rinvio a definizioni desumibili da altri rami dell’ordinamento o a concetti, istituti, significati incontroversi, va certamente esente da critiche; diverso è il discorso quando si fa riferimento a concetti vaghi o non generalmente condivisi; in tali casi, bene farebbe il legislatore a specificare che “cosa intende significare” con le diverse espressioni che utilizza.

A titolo di esempio, si possono citare espressioni come “misure di sicurezza”, di cui agli artt. 615-*ter* e *quater* c.p., ovvero “immagini virtuali”, di cui all’art. 600-*quater*.1. c.p. Si può anche far riferimento al concetto di “comunicazione”, di cui agli artt. 615-*quater* e *quinquies* c.p., ma anche, ovviamente, a quello di “sistema informatico o telematico”, comune a tutti i *computer’s*

11. È noto che i “falsi amici” sono quei vocaboli che, in una determinata lingua, pur presentando somiglianza morfologica o fonetica e condividendo la etimologia con termini di un’altra lingua, hanno preso significati non coincidenti.

*crimes*¹². E invero, per rimanere nell'ambito degli esempi sopra enunciati: a) le misure di sicurezza costituiscono, in mancanza di adeguata elaborazione giurisprudenziale, concetto vago, più che altro per quel che riguarda il livello oltre il quale un qualsiasi accorgimento difensivo possa essere considerato, appunto, misura di sicurezza; b) le immagini virtuali, benché definite dal medesimo articolo 600-*quater*.1, rimandano inevitabilmente a un pericoloso parametro soggettivo di interpretazione, quale è l'apparenza del reale («... immagini realizzate con tecniche di elaborazione grafica non associate, in tutto o in parte, a situazioni reali, la cui qualità di rappresentazione fa apparire come vere, situazioni non reali»); c) la comunicazione cui sopra si faceva riferimento viene indicata, nel codice, come azione alternativa a quella del diffondere, consegnare, mettere a disposizione. Ci si deve allora chiedere se essa sia sinonimo della "condivisione", termine comune, che però, nel linguaggio del *web*, ha una accezione particolare (si distingue il *file sharing* e il *time sharing*)¹³. Si può anche aggiungere il riferimento a: d) "operatore del sistema" (cfr. ad es. 635-*ter*), che è termine dai confini incerti, specie se paragonato, ad esempio, a figure come "pubblico ufficiale" o "incaricato di pubblico servizio", concetti che, avendo base normativa, hanno favorito l'elaborazione giurisprudenziale.

E dunque, se, da un lato, si deve realisticamente prendere atto che — in un quadro di continua e rapida evoluzione tecnologica — la definizione di concetti, e quindi la messa a fuoco dei contorni delle condotte penalmente rilevanti, non può fare a meno del contributo determinante della dottrina e della giurisprudenza (alla cui opera di interpretazione si aprono spazi rimarchevoli, allo scopo, ovviamente, di adeguare la norma alla realtà fenomenica

12. Viene naturale far riferimento ai testi sovranazionali che hanno vincolato l'Italia a emanare una specifica normativa in tema di *computer's crime* e, tuttavia, non raramente, le definizioni elaborate in sede di trattati e convenzioni devono mantenere modalità espressive "ecumeniche", che mal si conciliano con le esigenze di tassatività e determinatezza del diritto penale. A onore del vero la Convenzione di Budapest definisce tanto il concetto di sistema informatico, quanto quello di sistema telematico (sistema informatico è qualsiasi apparecchiatura o gruppo di apparecchiature interconnesse o collegate, che, in base a un programma, compiono l'elaborazione automatica; sistema telematico è un sistema di comunicazione di informazioni gestito per via informatica, costituito da un complesso di apparati di tecnologia informatica, specificamente finalizzati alla realizzazione di comunicazione a distanza). In merito, la giurisprudenza ha tentato una definizione, affermando che «*deve ritenersi sistema informatico, secondo la ricorrente espressione utilizzata nella legge 23 dicembre 1993, n. 547. . . un complesso di apparecchiature destinate a compiere una qualsiasi funzione utile all'uomo, attraverso l'utilizzazione (anche parziale) di tecnologie informatiche, che sono caratterizzate — per mezzo di un'attività di codificazione e decodificazione — dalla registrazione o memorizzazione, per mezzo di impulsi elettronici, su supporti adeguati, di dati, cioè di rappresentazioni elementari di un fatto, effettuate attraverso simboli (bit), in combinazione diverse, e dalla elaborazione automatica di tali dati, in modo da generare informazioni, costituite da un insieme più o meno vasto di dati, organizzati secondo una logica che consenta loro di esprimere un particolare significato per l'utente*» (Cass., Sez. VI, 4 ottobre 1999, Pierasanti, in *Mass. Uff.*, n. 214945).

13. La prima è la pratica di distribuire l'accesso a informazioni come programmi per *computer*, *file* multimediali, documenti, ecc.; la seconda è il trattamento delle riforme condivise, vale a dire la possibilità di utilizzare il singolo *computer* per fornire più processi a molteplici utenti.

che si sviluppa intorno al dettato legislativo), non di meno, è certamente auspicabile un più intenso sforzo definitorio del legislatore. Esso dovrebbe impegnarsi a chiarire (come, ad es., ha fatto nella normativa sulla *privacy*¹⁴) come debbano intendersi — ai fini della applicazione della legge penale — i termini tecnici o, comunque, i riferimenti a un linguaggio rimasto, fino a qualche tempo fa, estraneo alla sfera del sapere giuridico e dell'operare giudiziario. In sintesi: per un corretto inquadramento dei “termini della questione”, bisognerebbe che fosse soddisfacentemente risolta la “questione dei termini”; ciò per dare concretezza ai confini delle condotte descritte con parole “prese a prestito” da altri universi semantici e per fornire certezze all'interprete.

2. Struttura dei reati informatici, soggetti interposti, adattamenti giurisprudenziali. Si accennava nel paragrafo precedente alla *summa divisio* tra quelli che possono essere definiti reati informatici. Da un lato, i reati informatici “propri”, vale a dire quelli aventi ad oggetto (o commessi necessariamente tramite) beni, strumenti e prodotti informatici o telematici; dall'altro, i reati informatici *lato sensu* intesi, cioè quelli in cui lo strumento informatico/telematico è stato mezzo (occasionale) per la commissione del reato, che tuttavia avrebbe potuto essere consumato anche in maniera “tradizionale”. Si tratta in sintesi di generici reati di comunicazione. Utilizzare *internet* per attribuire falsamente fatti negativi, ricostruire in maniera distorta episodi realmente avvenuti, addossare a taluno attività *contra legem* sono condotte che possono integrare l'elemento materiale di diversi reati (es. delitti contro l'onore, contro l'amministrazione della giustizia, ecc.); d'altronde, esaltare taluni atteggiamenti, diffondere, con particolari modalità, determinate notizie, difendere eterodosse scelte politico-ideologiche sono condotte che possono integrare ancora altre fattispecie criminose (delitti contro l'ordine pubblico, il sentimento religioso, ma anche l'economia, la personalità dello Stato, ecc.). La questione, specie per tale seconda categoria di reati, comporta delicati problemi di compatibilità costituzionale (e difatti la competente Corte è stata chiamata più volte a pronunciarsi), atteso che, non raramente, sembrano entrare in conflitto, da un lato, il valore costituzionale della libertà di manifestazione del proprio pensiero, dall'altro, valori egualmente tutelati dalla Carta fondamentale (es. la riservatezza delle comunicazioni, il prestigio delle istituzioni, la dignità della persona). Orbene, in relazione a tali condotte criminose, si deve convenire che l'utilizzo dello strumento telematico può determinare modalità (della condotta, appunto) differenti rispetto a quelle tradizionalmente conosciute, ponendo problemi indubbiamente nuovi per l'interprete.

14. Cfr. art. 4 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196.

Con riferimento, al delitto di diffamazione, ad esempio, è stata prospettata la ipotesi¹⁵ di una condotta omissiva (diffamazione omissiva dunque), il che rappresenterebbe una novità, se non una bizzarra rispetto alla concezione “classica” dei delitti contro l’onore.

Ma, posto che certamente la diffamazione viene considerata delitto di evento (da ultimo, Cass., Sez. V, 27 aprile 2012, P.c. in proc. Ayroldi, in *Mass. Uff.*, n. 252964), con particolare riferimento alla diffamazione consumata tramite la rete, va innanzitutto chiarito che non è certamente la pubblicazione del messaggio, mero dato formale, che costituisce/sostituisce l’evento, che viceversa è dato storico; essa — ha sostenuto la Corte di Cassazione — lascia presumere l’evento stesso, che, conseguentemente, non deve essere specificamente provato (salva restando la eventuale prova della sua assenza: Cass., Sez. V, 4 aprile 2008, Tardivo, in *Mass. Uff.*, n. 239832).

Ebbene, se l’evento è la percezione del messaggio denigratorio presente (e permanente) in rete, ci si deve porre il problema dell’effetto di tale permanenza, potenzialmente (se non tendenzialmente) illimitata (c.d. eternità mediatica)¹⁶. Viene qui, evidentemente, in luce la figura del *provider* e della sua eventuale responsabilità per l’omessa rimozione del messaggio diffamatorio, rimozione alla quale egli è tenuto per legge, se debitamente richiesto da un organo giurisdizionale o da una autorità amministrativa (artt. 14–16 d.lgs. 9 aprile 2003 n. 70)¹⁷.

Ebbene, è nostra opinione che, essendo — come detto — la diffamazione reato di evento ed essendo ben possibile che tale evento, in rete, si protragga nel tempo (nel senso che la notizia diffamatoria, propagandosi, può raggiungere un numero sempre crescente di destinatari), si deve giungere alla conclusione che la condotta omissiva del *provider* (gestore del sito o, comunque, soggetto cui è stato chiesto, secondo legge, di rimuovere il messaggio), se dolosamente tenuta, venga a integrare un’autonoma ipotesi di diffamazione; autonoma, si intende, con riferimento a quella — originaria — del creatore/diffusore del messaggio.

Se, infatti, sul predetto soggetto incombe l’obbligo giuridico, non di evitare l’evento in senso stretto, ma di eliminarne le conseguenze, se, in ipotesi, l’evento non si è esaurito con la prima comunicazione, ma si replica e si moltiplica con il permanere in rete del messaggio (nel senso che più “fruttori” si aggiungono ai primi), allora crediamo che, alla luce del secondo comma dell’art. 40 c.p., la conclusione sia inevitabile.

15. Ci sia consentito, in merito, far riferimento a FUMO, *La diffamazione mediatica*, Torino, 2011, p. 76.

16. Sul punto, FROSINI, *Il diritto all’oblio e la libertà informatica*, in *Dir. infor. e inf.*, 2012, 911, nonché FEROLA, *Dal diritto all’oblio al diritto alla memoria sul web. L’esperienza applicativa italiana*, cit., 1001 ss.

17. « Attuazione della Dir. 2000/31/Ce relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell’informazione, in particolare il commercio elettronico nel mercato interno », emanato in attuazione della delega ex art. 31 della L. 1 marzo 2002 n. 39.

Insomma, le conseguenze dell'evento costituiscono un nuovo evento (diffamatorio). E, per quanto possa apparire singolare, si deve — a tal punto — ammettere che il legislatore, introducendo la norma sopra ricordata (artt. 14–16 del d.lgs. 9.4.2003 n. 70), ha — certo inconsapevolmente — creato *ex nihilo* un'ipotesi di diffamazione omissiva (commissiva mediate omissione).

Per altro, già in tema di critica storica, si era ritenuto (Cass., Sez. V, 29 settembre 1983, Katz, in *Mass. Uff.*, n. 161976) che, dopo la consumazione del delitto di diffamazione, conseguente alla diffusione di una prima edizione di un saggio, possano essere commessi altri, autonomi reati di cui all'art. 595 c.p., se, alla predetta prima edizione, ne siano seguite altre, giacché non si tratta di mera riproduzione, in ulteriori esemplari, di un originale, ma di autonome condotte delittuose. Ebbene, il parallelismo con la condotta ipoteticamente ascritta al *provider*, ci sembra evidente, solo che si sostituisca l'omissione all'azione, posto che l'inazione è, nel caso di specie, conseguenza della violazione di un obbligo giuridico. Il delitto, per altro, ben potrà porsi in concorso formale con la contravvenzione *ex art. 650 c.p.*¹⁸

Quello appena illustrato è niente altro che un esempio di come la rivoluzione comunicativa, conseguente alla nascita della rete, possa (debba) determinare una rimediazione dei confini della condotta di quelli che abbiamo definito reati di comunicazione.

È evidente allora che, se certamente nel campo del diritto penale non si può affermare che “il mezzo è il messaggio”¹⁹, non di meno si deve ammettere che il mezzo può fortemente condizionare il messaggio, configurando prospettive nuove, con le quali l'interprete si deve certamente confrontare. Non raramente, oltretutto, in rete, nei reati di evento, tra la condotta e (appunto) l'evento non vi è la quasi-contestualità del mondo fisico, ma un apprezzabile intervallo temporale.

Ebbene, muovendo, ancora una volta, dalla premessa che la diffamazione è reato di evento, in quanto si perfeziona con la percezione del messaggio offensivo da parte del secondo destinatario, si giunge alla conclusione che non si può non tener conto delle peculiarità di trasmissione di cui ciascun *medium* (stampa, radio, TV, *internet*, ecc.) fa uso e, conseguentemente, delle relative modalità di diffusione, distribuzione e fruizione.

Ciò configura in maniera del tutto peculiare l'*iter criminis*.

Quel che qui preme sottolineare, in linea generale, è che, in realtà, pro-

18. In merito, vedasi SIEBER, *Responsabilità penale per la circolazione di dati nelle reti internazionali di computer. Le nuove sfide di internet*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 1993, 763 ss.; SEMINARA, *La responsabilità penale degli operatori su internet*, in *Dir. infor. e info.*, 1998, 745 ss.; MOLTEDO, *Brevi note in tema di responsabilità dell'internet provider*, in *Critica dir.*, 1999, 300 ss.; PICOTTI, *La responsabilità penale dei service providers in Italia*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 501 ss.; GAMBULLI, *La responsabilità penale del provider per i reati commessi in internet*, in www.altalex.com.

19. Secondo la abusata definizione coniata da MAC LUHAN, *Gli strumenti del comunicare*, consultabile, tra le altre, nella trad. it. di CAPRIOLO, Milano, 1998, p. 65.

prio la diffamazione mediatica sembra presupporre, il più delle volte, uno “scarto temporale” tra la formulazione del messaggio e la sua percezione. Invero, se si escludono le trasmissioni radiotelevisive “in diretta”, si deve riconoscere che sono nettamente distinguibili i due momenti, con la conseguenza, prima anticipata, della sicura ipotizzabilità del tentativo (Cass., Sez. V, 17 novembre 2000, P.m. in proc. ignoti, in *Mass. Uff.*, n. 217745).

Il reato (la diffamazione mediatica), pertanto, si consuma, non al momento della diffusione del messaggio offensivo, ma al momento (non necessariamente coincidente) della percezione dello stesso da parte di soggetti che siano “terzi” rispetto all’agente e alla persona offesa. Sul punto, ha avuto modo di pronunciarsi, anche implicitamente, la risalente giurisprudenza della Corte di legittimità (Cass., Sez. VI, 3 febbraio 1978, Battistini, in *Mass. Uff.*, n. 138738; Id., 16 giugno 1981, Cederna, *ivi*, n. 150398).

Per di più, proprio nel caso in cui l’offesa venga arrecata tramite *internet*, l’evento, come si diceva, appare temporalmente, oltre che concettualmente, ben differenziato dalla condotta. In un primo momento, infatti, si avrà l’inserimento in rete, da parte dell’agente, degli scritti offensivi e/o delle immagini denigratorie, e, solo in un secondo momento (a distanza di secondi, minuti, ore, giorni, ecc.), i terzi, connettendosi con il sito e percependo il messaggio, consentiranno la verifica dell’evento. Se ciò è vero, afferma la giurisprudenza di legittimità, è evidente che è ben configurabile il tentativo (l’evento non si verifica perché, in ipotesi, per una qualsiasi ragione, nessuno visita quel sito), ma anche il reato impossibile (l’azione è inidonea, perché, ad esempio, l’agente fa uso di uno strumento difettoso, che solo apparentemente gli consente l’accesso ad uno spazio *web*, mentre in realtà il suo messaggio non è mai stato immesso “in rete”)²⁰.

L’affermazione, però (vale la pena ricordarlo), ha ricevuto parziale “correzione” da parte della medesima Corte, la quale ha stabilito una sorta di “presunzione di percezione” a far tempo dal momento in cui il messaggio risulta immesso in rete (Cass., Sez. V, 21 giugno 2006, Cicino ed altri, in *Mass. Uff.*, n. 234528); con il che, non sembra essere stato contraddetto il principio, ma solo suggerita una comoda scorciatoia probatoria²¹.

Ciò non toglie che, una volta che la notizia sia stata immessa in rete, essa diventi contemporaneamente fruibile per un numero indeterminato (ma, in genere, elevato) di persone e, ciò che più conta, inizi a circolare e a diffondersi con una velocità sconosciuta agli altri *media*.

L’utilizzo dei nuovi mezzi di comunicazione (telematici) comporta, dunque, come si è appena esemplificato, differenti modalità di approccio ai reati “tradizionali”. Ma, come è ovvio, le nuove metodologie delinquenziali si

20. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, VI, Milano 1972, p. 147, nel far l’esempio del tentativo di ingiuria ipotizza che la lettera offensiva, pur spedita, non sia giunta a destinazione.

21. Al proposito, vedasi PERUSIA, *Giurisdizione italiana anche per le offese on line su un sito straniero*, in *Cass. pen.*, 2001, 1835 ss.

manifestano in tutta la loro potenzialità offensiva nelle ipotesi criminose introdotte dal legislatore proprio per contrastare questa nuova forma di devianza criminale. La condotta nei reati informatici “propri” si caratterizza, invero, frequentemente, come una condotta “indiretta”: l’agente ha bisogno di un autore mediato, il quale tuttavia non si identifica in un’altra persona, bensì in uno strumento. Esso può avere caratteristiche fisiche, ma anche semplicemente “logiche”; può essere una *res extensa*, ma, non raramente, un prodotto incorporeo dell’elaborazione computerizzata.

Si tratta di condotte truffaldino-falsificatorie, ovvero deleterio-falsificatorie che alterano la “realtà informatica” a vantaggio dell’agente e/o in danno della vittima. È certamente il caso della diffusione di *virus*, *worm*, *trojan*, ecc., cioè, in sintesi, di programmi nocivi (artt. 615-*quinqies*, 617-*quater* e 635-*bis* e ss. 640-*ter*, ecc.), vale a dire: un *corpus* di istruzioni dannose, che si riproducono in fretta, che aprono varchi nei sistemi (*backdoor*), che, senza il consenso del destinatario, raccolgono informazioni sull’attività *on-line* della vittima (*spyware*, *rootkit*), che intercettano quanto la vittima digita sulla tastiera del suo PC (*keylogger*), che accrescono artificiosamente e infondatamente il costo della connessione (*dialer*) e così via.

E proprio su tali condotte criminose (quelle che caratterizzano i reati informatici in senso proprio) occorre, a tal punto, concentrare l’attenzione.

La prima considerazione da fare è che si tratta, in genere, di reati di pura condotta e di pericolo e più di pericolo presunto (es. art. 615-*quater*), che di pericolo concreto. Invero, non poche volte, il legislatore si mostra indifferente all’evento, ovvero lo considera mera circostanza aggravante. Così, ad es., nel secondo comma dell’art. 635-*quinqies* c.p.

Viene insomma avanzata (a volte notevolmente) la soglia delle punibilità, emergendone il profilo di veri e propri delitti a consumazione anticipata.

Non mancano però (come meglio si vedrà *infra*) ipotesi “classiche” di reati di danno, quali quelle che integrano le condotte degli artt. 635-*bis* e *quater*. Al proposito, va considerato, poi, che è danno anche quello immateriale quale ad es. il “blocco” per un apprezzabile lasso di tempo di un “portale”, reso inutilizzabile per i fruitori, i quali, dunque, vedono compressa la loro libertà di trasmettere e ricevere (in sintesi: scambiare) informazioni (art. 21 Cost.)²².

Resta dubbia, per quel che si tenterà di chiarire, la natura del delitto di accesso abusivo a un sistema informatico o telematico (art. 615-*ter* c.p.).

La ragione per la quale è stata operata la scelta di punire quelle che, il più delle volte, sono mere condotte preparatorie può essere individuata nella esigenza di “bruciare sul tempo” il *cybercriminale*. Si è appena detto che

22. Al proposito riteniamo che possa essere danno punibile anche quello causato dal c.d. *netstrike*, vale a dire nella moltiplicazione delle contemporanee e coordinate connessioni a un unico sito, con lo scopo di rallentarne o bloccarne la operatività.

il mondo della rete è caratterizzato dalla velocità della propagazione delle notizie immesse sul *web*, cui non può non far da *pendant* la rapidità (e, in genere, la rilevanza) dell'evento dannoso subito dalla vittima. Non si può dunque attendere che il danno sia consumato, bisogna scongiurarlo e il legislatore lo fa, aderendo agli impegni assunti in sede europea, criminalizzando, appunto, la mera condotta e, a volte, la mera condotta preparatoria, ad es., il mero, indebito possesso di una *password* (art. 615-*quater*). Ma la "guerra preventiva" contro il crimine informatico non può essere combattuta oltre certi limiti, pena la violazione del principio di offensività.

Le linee guida del nostro ordinamento possono tollerare la sanzionabilità penale di determinate condotte preparatorie solo in presenza, evidentemente, di ben precise « *condizioni di indispensabilità della criminalizzazione* ».

Innanzitutto, occorre che l'atto preparatorio sia adeguatamente descritto dalla norma (tassatività e determinatezza) e che lo stesso sia indicativo, secondo l'*id quod plerumque accidit*, della condotta offensiva che l'agente ha in mente e si propone di mettere in atto. Invero, in casi del genere, il giudizio sulla non equivocità (oltre che sulla idoneità) dell'atto alla determinazione del danno non è rimesso al giudicante, come nelle ipotesi di delitto tentato, ma è stabilita, in astratto e in via generale, dal legislatore. Ciò va detto con particolare riferimento ai c.d. reati-ostacolo, quelli nei quali è punito il semplice possesso di una *res*. Il legislatore, evidentemente, ritiene, ad esempio, che la semplice detenzione *sine titulo* di una *password* altrui non possa "leggersi" che come atto preparatorio di una (grave) condotta *contra jus*, che il soggetto attivo si accinge a porre in essere. Insomma, non diversamente dal possesso ingiustificato da parte di alcuni soggetti (con un ben determinato vissuto criminale) di chiavi (fisiche) adulterine o di strumenti idonei allo scasso (art. 707 c.p.), il possesso di « *mezzi idonei all'accesso a un sistema informatico o telematico, protetto da misure di sicurezza* » è elevato a reato (art. 615-*quater*: reclusione fino a un anno e multa, reclusione da uno a due anni e, ovviamente, multa maggiorata nei casi aggravati).

Il parallelo potrebbe farsi anche con altre ipotesi codicistiche e precisamente con alcuni reati in tema di falso, ipotesi che prevedono, alternativamente, varie condotte, tra le quali anche la mera detenzione di *res prohibitae* (art. 459: falsificazione di valori di bollo, introduzione nello Stato, acquisto, detenzione o messa in circolazione di valori di bollo falsificati; art. 461: falsificazione o detenzione di filigrane o di strumenti destinati alla falsificazione di monete, valori di bollo o di carta filigranata; art. 472: uso o detenzione di misure o pesi con falsa impronta). L'accostamento non è casuale, come ci riserviamo di illustrare nel paragrafo conclusivo.

Va da sé che tali reati-ostacolo (e, in genere, tali reati di mera condotta) devono essere caratterizzati dal dolo, in quanto — evidentemente — l'atteggiamento psichico colposo è incompatibile con il proposito di "preparazione".

L'impegno, dunque, assunto dal nostro Paese in sede europea (art. 6 della Convenzione di Budapest) di punire anche la semplice detenzione di oggetti (materiali o immateriali) "pericolosi", non può essere osservato travolgendo i principi-cardine del nostro ordinamento penale.

Di ciò la giurisprudenza dovrebbe tener conto, operando una saggia *actio finium* o sollevando, quando ne ricorrano i presupposti, motivate questioni di costituzionalità. Ciò anche perché il legislatore sembra pericolosamente incamminato su di un sentiero che potrebbe condurre verso la criminalizzazione delle (private) perversioni individuali, anche se mai manifestate all'esterno e in assenza di una vittima individuabile, anzi in assenza di una vittima "fisica" (art. 600-*quater*.1 c.p.). Sarebbe infatti paradossale che, nel mondo ultramoderno del *cyber-spazio*, i concetti di reato e peccato tendessero nuovamente a sovrapporsi o che — ancora peggio — ci si avvicinasse inconsapevolmente all'*identikit* di un nuovo tipo d'autore.

Non tutti i reati informatici, come si diceva, sono però reati di condotta e di mero pericolo.

I reati di danno sono essenzialmente rappresentati dalle figure — appunto — di danneggiamento informatico (art. 635-*bis*: danneggiamento di informazioni e programmi informatici, 635-*quater*: danneggiamento di sistemi informatici o telematici), ma non anche dalle ipotesi in cui le medesime condotte siano indirizzate contro impianti "pubblici" (art. 635-*ter*: danneggiamento di informazioni, dati e programmi informatici utilizzati dallo Stato o da altro ente pubblico o comunque di pubblica utilità, 635-*quinquies*: danneggiamento di sistemi informatici o telematici di pubblica utilità). In tali ultime ipotesi criminose, infatti, la soglia di punibilità è — ancora una volta — anticipata e gli stessi sono costruiti come reati di attentato.

3. Segue: il *provider*, i documenti informatici, le ipotesi di reato. La volontà/necessità di punire, in un'ottica di esasperata prevenzione criminale, comportamenti meramente preparatori di condotte dannose, potrebbe indurre il legislatore a responsabilizzare (e quindi a minacciare di sanzione penale) quel soggetto, il *provider* (cui sopra si è fatto cenno), che rappresenta un protagonista indispensabile e ineliminabile nel mondo della telematica.

Prima di addentrarsi, pertanto, nell'opera di sommaria classificazione e raggruppamento dei reati informatici "propri", introdotti nel codice penale²³ a seguito della modifica del 1993 e dei successivi apporti normativi (e ciò nel tentativo di individuare una linea conduttrice dell'intervento legislativo), appare allora opportuno fermarsi — ancora una volta — a riflettere sulla figura, appunto, del *provider*, vale a dire di quel particolare « *intermediario*

23. Per ragioni di omogeneità di trattazione, si tralascia in questa sede l'esame di altre fattispecie (*extracodicistiche*), quali la tutela di quelle che sono state genericamente definite "opere dell'ingegno" (banche dati, cfr. d.lgs. n. 169 del 1999 e succ. mod., diritto d'autore con riferimento ai programmi per elaboratori, cfr. L. 518/1992, c.d. "topografie" dei prodotti a semiconduttori, cfr. L. 70/1989).

della connessione», la cui posizione è già stata analizzata a proposito di quella che abbiamo definito diffamazione omissiva²⁴.

Invero non è dubbio che, nella catena di trasmissione telematica, l'ISP (*internet service provider*) svolge un ruolo determinante ed insostituibile.

E in effetti, ancora una volta, è proprio la sua eventuale condotta omissiva che viene (può venire) il rilievo²⁵. Si è già detto come, a mente degli artt. 14, 15 e 16 del decreto legislativo n. 70 del 2003, egli abbia l'obbligo di rimuovere i messaggi *contra legem*, solo a seguito di richiesta della competente autorità; si tratta — in realtà — di eccezione al principio in base al quale su questa figura non grava alcun obbligo generale di sorveglianza in ordine alle informazioni che trasmette e memorizza. Invero, poiché il *provider* non modifica le informazioni ospitate, non interviene su di esse e, in nessuna maniera, le determina o le manipola (e, addirittura, le conosce), nessuna condotta di sorveglianza preventiva gli può essere chiesta o imposta. Lo stesso ha però l'obbligo, come si è visto, di uniformarsi alle disposizioni delle competenti autorità, rimuovendo i messaggi che gli vengano eventualmente segnalati.

È evidente che, dal momento della segnalazione, egli non è più inconsapevole dei contenuti delle comunicazioni che ha veicolato.

Ciò è esplicitamente chiarito dall'art. 17 del ricordato decreto legislativo. E infatti, salve le disposizioni di cui agli artt. 14, 15 e 16 (sopra richiamate), il *provider* è semplicemente tenuto a: 1) informare tempestivamente l'autorità giudiziaria o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza, qualora sia a conoscenza di presunte attività o informazioni illecite riguardanti un suo destinatario del servizio della società dell'informazione; 2) fornire, senza indugio, a richiesta delle autorità predette, le informazioni in suo possesso che consentano l'identificazione del destinatario dei suoi servizi con cui ha accordi di memorizzazione dei dati, al fine di individuare e prevenire attività illecite.

Egli poi diviene responsabile del contenuto di tali servizi, nel caso in cui, richiesto dall'autorità giudiziaria o amministrativa avente funzioni di vigilanza, non abbia agito prontamente per impedire l'accesso a detto contenuto, ovvero se, avendo avuto conoscenza del carattere illecito o pregiudizievole per un terzo del contenuto di un servizio al quale assicura l'accesso, non abbia provveduto ad informarne l'autorità competente.

Per esplicita disposizione di legge, si tratta di responsabilità civile. Ciò

24. Si distinguono tradizionalmente quattro figure di *provider*: *access provider*, che, tramite *modem* o altri sistemi di connessione, consente l'accesso in rete; *service provider*, che fornisce il motore di ricerca, mette a disposizione banche dati, caselle *e-mail*, *chatroom*, ecc.; *content provider*, che fornisce contenuti (propri o altrui) su *server* di sua o di altrui proprietà; *host provider*, che fornisce ospitalità a siti *internet*. In questa sede si fa riferimento principalmente al *service provider* (ISP).

25. Per una estesa disamina della posizione del *provider*, vedasi *Internet: la responsabilità del provider. I novi orientamenti alla luce del caso Google-Vividown*, in *Guida dir.*, 2013, 65.

non toglie, a nostro parere, che, in accordo con i principi generali dell'ordinamento penale, il *provider* possa rispondere anche penalmente (come si è visto in caso di diffamazione) quando la sua omissione assuma i caratteri dell'illecito criminale. Si tratta comunque — sempre — di condotte successive alla immissione/circolazione/diffusione del messaggio *contra legem* e di condotte consapevoli, cioè tenute dopo che il *provider* sia venuto a conoscenza del fatto illecito consumato sul sito del quale è gestore.

Ne consegue che, al di fuori di tali ipotesi, esso non risponde degli accostamenti diffamatori o comunque negativi prodotti automaticamente dal motore di ricerca²⁶; invero il motore in quanto tale non è un *content provider* (fornitore di contenuti) e, dunque, il suo gestore non può certo essere accostato a un responsabile editoriale. L'associazione meccanica di parole avviene, in rete, sulla base delle ricerche più "cliccate": si tratta quindi di mero dato statistico, derivante dalle pregresse associazioni, compiute sulla base delle condotte dei precedenti visitatori del sito.

Il *provider*, per altro, è, indubbiamente, un soggetto non investito di alcuna pubblica funzione e dunque non gravato, *ratione officii*, di alcun compito o ruolo istituzionale. Ciò tuttavia non sta necessariamente a significare che lo stesso non possa, in linea teorica e/o *de jure condendo*, assumere una più ampia posizione di garanzia, posizione che ben può derivare anche da norme giuridiche che lo vincolino *jure privatorum*. Nel nostro ordinamento, infatti, esistono certamente figure di privati cittadini o di persone giuridiche di diritto privato investiti di posizioni di garanzia e, dunque, gravati dall'obbligo di impedire eventi che l'ordinamento intende scongiurare. È fin troppo facile fare riferimento al direttore del giornale per i reati commessi a mezzo stampa (art. 57 c.p.), agli istituti di credito nella applicazione della normativa antiriciclaggio (decreto legge 3 maggio 1991 n. 143, conv. in legge 5 luglio 1991 n. 197, e succ. mod.), al datore di lavoro in tema di prevenzione di incidenti sul lavoro. Tale ultimo accostamento pare particolarmente significativo, ben potendo il titolare di una struttura produttiva delegare, appunto su base contrattuale (quando consentito dall'ordinamento giuridico), uno o più compiti di sorveglianza/garanzia.²⁷

26. In merito, SCANICCHIO, nota a ordinanza Trib. civ. Milano, 25 marzo 2013, in *Dir. inf. e inf.*, 2013, 2, 380 ss., e precedentemente, Id., *La responsabilità del motore di ricerca per la funzione in auto-complete*, *ivi*, 2012, 6, 1212 ss. ANCOFA, SAMMARCO, *Il ruolo di YouTube tra intermediario del commercio elettronico e fornitori di servizi di media audiovisivi*, *ivi*, 2012, 906 ss. (nota a Trib. Parigi il 29 maggio 2012, per il quale l'attività di stoccaggio sui propri server della corrispondenza posta in essere da YouTube e la conseguente attività di presentazione agli utenti non presuppone una linea editoriale, né a tale soggetto può essere attribuito il ruolo di editore, rimanendo pur sempre un *hosting provider*).

27. In merito, si citano, tra i tanti, PEDRAZZI, *Profili problematici del diritto penale d'impresa*, in *Riv. trim. dir. pen.*, 1998, 125 ss.; MANTOVANI, *Il principio dell'affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997. Sulla delegabilità di controlli relativi alla sicurezza sul lavoro, da ultimo, BRUSCO, *La delega di funzioni alla luce del decreto legislativo 81 del 2008 sulla tutela della salute e della sicurezza sui luoghi di lavoro*, in *Giuris. merito*, 2008, II, 2767 ss.

Si tratta di obblighi, invero, derivanti — in genere — da disposizioni di legge, ma nulla vieterebbe, appunto, anche l'assunzione contrattuale di responsabilità, in base a negozi non contrastanti con norme imperative o principi di ordine pubblico.

Dunque: pur non potendosi attribuire al *provider* compiti generali di controllo, nulla vieterebbe — in linea teorica — che allo stesso siano delegate specifiche funzioni connesse al suo ruolo (professionale e imprenditoriale) di “fornitore di connettività”.

Ciò potrebbe avvenire prevedendo la obbligatorietà di filtri automatici, come quelli del c.d. *parental control*, ovvero pretendendo una specifica preparazione giuridica nei “fornitori di connettività”. Entrambe le soluzioni ci sembrano però difficilmente praticabili e pericolosamente censorie, pur rendendoci conto della necessità di approntare difese avanzate nei confronti di reati particolarmente odiosi, quali quelli in tema di pedopornografia, atteso che, in mancanza di reali strumenti di controllo, disposizioni repressive quali, ad esempio, quella di cui all'art. 414-bis c.p. (Istigazione a pratiche di pedofilia e di pedopornografia) rischiano di assumere il mortificante aspetto di grida manzoniane.

Non resta pertanto (così come avviene nella ricordata ipotesi della responsabilità omissiva per diffamazione del *provider*), che ipotizzare — quando ne ricorrano i presupposti — una condotta relativa ai reati informatici connotata dall'indebito *non facere* di tale soggetto; si tratta, ad evidenza, di una responsabilità che si caratterizza come un post-fatto rispetto al reato altrui.

D'altra parte, sulla più generica figura del “demiurgo informatico”, di questo soggetto (a volte) necessario per la nascita e/o l'utilizzo del documento virtuale, il legislatore ha fissato, più di una volta, la sua attenzione.

Così, nell'ipotesi del 495-bis c.p. (Falsa dichiarazione o attestazione al certificatore di firma elettronica sull'identità o su qualità personali proprie o di altri), viene tutelata la genuinità (rispondenza al vero) delle dichiarazioni destinate ad essere inserite in un documento elettronico.

Per converso, nel 640-*quinquies*, il problema è, per così dire, affrontato, sia pure parzialmente, dall'opposto versante. Viene infatti presa in considerazione la frode informatica perpetrata proprio dal soggetto che presta servizi di certificazione di firma elettronica.

Entrambi i delitti (artt. 495-bis e 640-*quinquies*) sono stati introdotti dalla legge n. 48 del 2008, a seguito del recepimento della Convenzione di Budapest.

Il primo è un reato comune (« *chiunque dichiara o attesta. . .* »); il secondo è un reato proprio (« *il soggetto che presta servizi di certificazione. . .* ») di pericolo.

La fattispecie ex art. 640-*quinquies* (norma sussidiaria rispetto a quella dell'art. 640-*bis*) punisce, appunto, colui che, incaricato di certificare la firma elettronica, violi — al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, ovvero di arrecare ad altri un danno — gli obblighi imposti dalla legge per il

rilascio di certificati qualificati.

Bisogna riconoscere che, come non poche ipotesi di reato introdotte in seguito all'adesione a convenzioni internazionali, la frode informatica del certificatore costituisce una fattispecie a scarso grado di determinatezza.

Premesso che per la sua sussistenza: a) non è necessario il conseguimento del profitto o la causazione dell'altrui danno; b) le finalità dell'azione (profitto o danno) non devono necessariamente ricorrere entrambe, il nodo essenziale è costituito dalla violazione (volontaria, ovviamente, trattandosi di fattispecie dolosa) degli obblighi "previsti dalla legge". Si tratta evidentemente — allo stato — del decreto legislativo 7 marzo 2005 numero 82 (Codice della amministrazione digitale) con particolare riferimento al dettato degli artt. da 24 a 30.

L'indicazione, per vero, appare generica, lacunosa e passibile di interpretazioni alquanto "elastiche"; oltretutto, il concetto di "certificato qualificato" (art. 28) sembrerebbe desumibile unicamente dall'allegato I della Direttiva 1999/93/CE²⁸. Si tratta di riferimenti, incerti, vaghi e che fanno rinvio a parametri normativi di non facile reperibilità/interpretazione.

Certificatore, d'altra parte (art. 26), è — tautologicamente — da definire come colui « *che presta servizi di certificazione delle forme elettroniche o che fornisce altri servizi connessi con queste ultime* »²⁹.

Ebbene, quest'ultimo ben può rilasciare certificazioni ideologicamente false perché tratto in inganno da chi appunto rilasci dichiarazioni menzognere sulla identità, lo stato o altre qualità della propria o dell'altrui persona (art. 495-bis c.p., come si diceva). La norma, che mira a tutelare appunto la firma digitale (la quale, per essere generata, necessita — appunto — di un certificatore) è ovviamente costruita sulla falsariga del precedente art. 495, ma può anche, per quel che riguarda la sola condotta, essere accostata alla ipotesi criminosa ex art. 483 c.p., con la quale potrebbe concorrere, se il certificatore è (anche) un pubblico ufficiale³⁰.

Il concetto di firma elettronica "certificata" presuppone, poi, certamente quello di documento elettronico, concetto fornito, come è noto, dall'art. 491-bis c.p., introdotto originariamente dalla legge 547 del 1993.

La legge esecutiva della convenzione di Budapest (la più volte ricordata n. 48 del 2008) ha "amputato" detto articolo del secondo comma, con la conseguenza che, coerentemente, il documento informatico non si identifica più — come una volta — con il suo supporto, ma col dato in esso contenuto. Si tratta dunque di un documento immateriale, che non si incorpora in un oggetto fisico (così come il pensiero non si incorpora nell'apparato cerebrale).

28. Così DEL PINO, *Diritto penale*, Parte speciale, III, Napoli, 2013, p. 1811.

29. DEL PINO, cit., p. 1811.

30. Per una ipotesi di esclusione di concorso tra le fattispecie ex artt. 483 e 495 c.p., vedasi Cass., Sez. V, 4 dicembre 2007, Durastanti, in *Mass. Uff.*, n. 238343.

Il *novum*, per vero, era già stato introdotto dal d.P.R. 10 novembre 1997 n. 513 (applicativo della legge 59/1997) e poi dal decreto legislativo 7 marzo 2005 n. 82, appena citato). Si parlava in realtà, all'epoca, di rappresentazioni informatiche di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti. Il successivo "passo" è consistito nel ritenere il documento informatico, non una copia, una riproduzione, un trasposizione virtuale di un documento materiale, ma un documento in sé³¹.

Lo scopo della equiparazione è evidente: assicurare la certezza e la affidabilità dei dati informatici relativi ai rapporti giuridici³², quella certezza ed affidabilità che i *cybercriminali* intendono insidiare.

Fatte tali premesse di ordine generale, non molto resta da dire, in una prospettiva di sintesi, sulle caratteristiche comuni della condotta nei reati informatici propri, che, come si è visto, tendono a tutelare beni giuridici disparati, anche se, come meglio si specificherà, si tratta, in ultima analisi, di fattispecie "a cavallo" tra la soppressione e il falso.

La condotta, per vero, si caratterizza per l'aggressione (effettiva o potenziale) a strumenti, sistemi e documenti informatici e/o telematici; aggressione che passa, evidentemente, per la fase di indebita cognizione dei "contenuti" dei documenti informatici (art. 615-*ter*)³³, ovvero per l'impedimento/interruzione dei flussi comunicativi (art. 617-*quater*)³⁴, o ancora per

31. Conseguenza di scarso coordinamento deve ritenersi il testo tuttora vigente dell'art. 621 c.p., nel quale la precedente concezione di documento informatico (quella che lo identificava nel supporto materiale in cui il *file* era contenuto) è rimasta "cristallizzata" nel co. 2.

32. La giurisprudenza di legittimità (Cass., Sez. V, 20 luglio 2009, Corsano, in *Mass. Uff.*, n. 244921), facendo logica applicazione del "nuovo" concetto di documento, ha tra l'altro ritenuto configurabile il delitto di bancarotta semplice documentale nel caso di perdita, per comportamento negligente o imprudente, della memoria informatica del *computer*, contenente le annotazioni delle indicazioni contabili.

33. Il delitto *ex art. 615-ter* (accesso abusivo a un sistema informatico) è comunemente considerato reato di pericolo. Già introdotto dall'articolo 4 della legge 547 del 1993, risponde ai parametri di cui all'articolo 2 della Convenzione di Budapest e punisce chi si introduce abusivamente in un sistema informatico o telematico, purché protetto, nonché chi vi si trattiene *invito domino*. Tradizionalmente si afferma che esso è costruito a imitazione della violazione di domicilio di cui all'articolo 614, tanto che comunemente si parla di violazione di domicilio informatico (violazione dello *jus excludendi*). Il reato sussiste anche se le notizie non vengono rivelate a terzi e il sistema non è danneggiato. Il tentativo è configurabile solo per la prima ipotesi (ingresso). Come per quasi tutti i reati informatici inseriti nel codice, sono previste circostanze aggravanti se la condotta è tenuta da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio che abusa dei suoi poteri, ovvero da un investigatore privato (anche se abusivamente esercita tale professione) o da un operatore del sistema. Altre aggravanti consistono nell'uso di violenza sulle cose o persone, nell'uso di armi, nel danneggiamento del sistema o nella interruzione del servizio. Il delitto verrà esaminato *funditus* (sia pure sotto un particolare aspetto) nel paragrafo conclusivo. In merito, tra gli altri, BORUSSO, BONOMO, CORASANITI, D'AIETI, *Profili penali dell'informatica*, Milano, 1994, p. 69; GIANNANTONIO, *Manuale di diritto dell'informatica*, Milano, 1994, p. 435; MINOTTI, *Per la cassazione, l'oggetto della tutela concreta coincide con il luogo dove sono conservati i dati*, in *Guida dir.*, 2013, 43, 73 ss. (in tema di competenza territoriale).

34. a) Art 617-*quater*: Intercettazione, impedimento o interruzione illecita di comunicazioni informatiche o telematiche (cfr. legge 547 1993, nonché art. 3 Convenzione di Budapest). La condotta

l'alterazione di documenti (artt. 617–*sexies*, 635–*bis*, 635–*ter*)³⁵ o di sistemi e strumenti (artt. 635–*quater* e 635–*quinquies*),³⁶ per sfociare eventualmente in

consiste nell'intercettare fraudolentemente comunicazioni relative ad un sistema informatico o telematico, ovvero intercorrenti tra più sistemi; oltre che nell'impedire o interrompere le comunicazioni, e, infine, nel rivelare quanto appreso. Il tentativo non è concepibile, in quanto le azioni preparatorie sono "coperte" dal dettato dell'art. 617–*quinquies*. Il tentativo di rivelazione però sembra concepibile.

35. a) Art. 617–*sexies*: Falsificazione, alterazione o soppressione del contenuto di comunicazioni informatiche o telematiche (cfr. legge 547 del 1993; art. 7 Convenzione di Budapest). È la "riproduzione" dell'art. 617–*ter*, relativo alle comunicazioni telegrafiche e telefoniche. La condotta consiste nell'operato di chi, allo scopo di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio, ovvero allo scopo di recare danni ad altri, forma falsamente, ovvero altera, sopprime (in tutto in parte) il contenuto, anche occasionalmente intercettato, di comunicazioni relative al sistema informatico o telematico, ovvero intercorrenti tra più sistemi. Se ha ricevuto incolpevolmente la comunicazione (per caso fortuito), comunque, non ne può fare uso o manipolarle. Va notato che la fattispecie non tutela la riservatezza della comunicazione, ma il suo contenuto.

b) Art. 635–*bis*: Danneggiamento di informazioni, dati e programmi informatici (cfr. legge 547 del 93, nonché L. 48 del 2008, in conformità con gli artt. 4 e 5 delle Convenzione di Budapest). La condotta consiste nella distruzione, deterioramento, cancellazione, alterazione soppressione di 1) informazioni, 2) dati, 3) programmi altrui. Si è posto il problema se il tentativo sia configurabile in presenza della possibilità di recuperare i dati danneggiati. Riteniamo che la risposta debba essere positiva, in quanto il recupero dei dati è una "impresa" non sempre coronata di successo (è essa stessa un tentativo, verrebbe da dire) e dunque la condotta dell'agente deve ritenersi, in astratto ed *ex ante*, idonea al raggiungimento dello scopo.

c) Art. 635–*ter*: Danneggiamento di informazioni, dati e programmi informatici utilizzati dallo Stato o da altro ente pubblico o comunque di pubblica utilità. Introdotto dalla legge di ratifica della Convenzione di Budapest è costruito come reato di pericolo. La condotta infatti consiste nella consumazione di atti semplicemente diretti a distruggere, ecc. informazioni, dati e programmi, se utilizzati dallo Stato o da altro ente pubblico o ad essi pertinenti o comunque di pubblica utilità. Si tratta evidentemente di reato a consumazione anticipata, nel quale la tutela è rafforzata in ragione della natura della persona offesa; il che determina, addirittura, un trattamento sanzionatorio, più severo rispetto a quello del corrispondente reato di danno (635–*bis*). L'effettivo danneggiamento è previsto come aggravante. In merito OBIZZI, *I reati commessi su internet: computer crimes e cybercrimes*, in *www.fog.it*, osserva che non si comprende perché sia inquadrato nei reati contro il patrimonio e non in quelli contro l'ordine pubblico, al pari del delitto previsto dall'art. 420 c.p., dal quale di fatto è stato "scorporato".

36. a) Art. 635–*quater*: Danneggiamento di sistemi informatici e telematici (anche esso introdotto dalla legge di ratifica della Convenzione di Budapest in applicazione dell'art. 5). Mediante la condotta descritta nell'art. 635–*bis* (distruzione, deterioramento, cancellazione, alterazione, soppressione), ovvero tramite l'introduzione e trasmissione di dati, informazioni programmi, si distrugge, danneggia, rendere inservibile, in tutto o in parte, un sistema informatico o telematico altrui ovvero se ne ostacola gravemente il funzionamento. Costituisce un pessimo esempio di confezionamento di una norma incriminatrice. A parte l'utilizzo di un termine ("gravemente") che tutto è tranne che preciso e determinato, perché impone una valutazione diagnostica di tipo quantitativo di una condotta, l'art. 635–*quater*, richiamando il contenuto del precedente art. 635–*bis* (che, a sua volta, descrive la condotta di chi distrugge, deteriora, ecc.), finisce per prevedere l'azione di chi distrugge... "a mezzo di distruzione". Invero il legislatore nazionale, nel recepire indicazioni pattizie, generate in sede internazionale, non dovrebbe semplicemente limitarsi a parafrasare testi che risentono di "dinamiche compositive" lontane dalle esigenze del diritto penale, ma dovrebbe rielaborare testi e affinare concetti. b) Art. 635–*quinquies*: Danneggiamento di sistemi informatici o telematici di pubblica utilità. Costruito con la stessa "logica" del 634–*quater* (atti diretti a distruggere, ovvero ostacolare gravemente, ecc. Si tratta di formula diversa e ancora più generica da quella del 635–*ter*. Invero, non si fa più riferimento a sistemi dello Stato o di altro ente pubblico, ma semplicemente a sistemi di pubblica utilità. La *ratio* non è (almeno per noi) nota. L'osservazione formulata dall'OBIZZI (cfr. nota precedente) è, ovviamente,

azioni finalizzate a una indebita locupletazione dell'agente (art. 640-ter)³⁷.

A tali propositi criminosi il legislatore reagisce, come si è visto, tanto reprimendo le specifiche condotte dannose o pericolose, ovvero anche vietando, sotto comminatoria di sanzione penale, il possesso non autorizzato di apparecchiature o programmi (art. 615-quinquies)³⁸, la loro abusiva installazione (art. 617-quinquies)³⁹, ovvero la detenzione *contra legem* di chiavi di accesso e codici logici, utilizzabili per gli "ingressi" non consentiti (art. 615-quater)⁴⁰.

valida anche in questo caso.

37. Art. 640-ter: Frode informatica (L. 547/1993; prevista all'art. 8 della — posteriore — Convenzione di Budapest). La condotta consiste nella illecita alterazione, in qualsiasi modo, del funzionamento del sistema informatico-telematico, oltre che in un intervento, con qualsiasi modalità, su dati, informazioni, programmi contenuti in detti sistemi (si tratta, potrebbe dirsi, di artifici e raggiri normativamente — sia pur molto genericamente — descritti). In tal modo l'agente si procura (o procura ad altri) un ingiusto profitto, con altrui danno. La fattispecie è riconoscibilmente modellata sull'art. 640, ma con caratteristiche particolari: l'azione fraudolenta altera il processo di elaborazione (comunque provocato) e genera un danno patrimoniale, che deve derivare direttamente dalla alterazione stessa. La manipolazione può riguardare l'*hardware* o il programma; l'intervento può alterare informazioni, può consistere nella introduzione di dati falsi o nell'uso non autorizzato di dati. Con il d.l. 14 agosto 2013, n. 93, è stata inserita nell'articolo 640-ter una ulteriore aggravante. Infatti, se il fatto è commesso con sostituzione della identità digitale in danno di uno o più soggetti, la pena è aumentata e consiste nella reclusione da due a sei anni e nella multa da 600 a € 3000 (vedasi *Sostituzione di identità digitale è frode informatica*, in *Guida dir.*, 2013, 36 ss.). Con riferimento alla frode informatica, si suol dire che *deceptus*, è il *computer*. Ovviamente, tuttavia, il danneggiato sarà sempre una persona (fisica o giuridica), in quanto la disposizione patrimoniale avviene, certo meccanicamente, e, appunto per questo, *inaudito et invito domino*. Vigè tuttavia, anche in questo caso, trattandosi di reato contro il patrimonio, la ipotesi di non punibilità *ex art. 649 c.p.*

38. Art. 615-quinquies: Diffusione di apparecchiature, dispositivi o programmi informatici diretti a danneggiare o interrompere un sistema informatico o telematico. Si tratta di quei particolari programmi infetti noti come *virus* e *worms*. Costituisce, ad evidenza, reato di pericolo, eventualmente indiretto (sanziona condotte prodromiche), che garantisce anticipazione della tutela della integrità dei sistemi informatici. Introdotto dalla legge 547 del 1993, è stato modificato dalla L. 48 del 2008, in armonia con l'articolo 6 della Convenzione di Budapest. La struttura non è dissimile da quella di cui all'art. 615-quater, ma non si esercita su chiavi, bensì su apparecchiature, dispositivi programmi informatici, ecc. Va notato che è punito anche il semplice procurarsi, l'importare, riprodurre eccetera: quindi anche la semplice detenzione senza l'uso.

39. Art. 617-quinquies: Installazione di apparecchiature atte ad intercettare impedire o interrompere comunicazioni informatiche o telematiche. Si tratta di reato di pericolo, introdotto dalla L. 547 del 1993; corrisponde alla ipotesi di cui all'art. 3 della Convenzione di Budapest. La condotta è quella di colui che installa, fuori dei casi consentiti dalla legge, apparecchiature atte a intercettare, impedire, interrompere comunicazioni relative al sistema informatico o telematico o intercorrenti tra più sistemi. È sostanzialmente una "norma sentinella" rispetto all'art. 617-quater e corrisponde all'art. 617-bis, che, viceversa, riguarda le comunicazioni o conversazioni telefoniche. Sanziona, dunque, l'attività preparatoria alle intercettazioni.

40. Art. 615-quater: Detenzione e diffusione abusiva di codici di accesso a sistemi informatici o telematici (cfr. art. 4 legge 547/1993, art. 6 Convenzione di Budapest). È, a sua volta, "norma sentinella" rispetto all'art. 615-ter, ma anche rispetto al 640-ter. Si tratta ovviamente di reato di pericolo. La condotta consiste nel procurarsi abusivamente, nel riprodurre, diffondere, comunicare o consegnare chiavi logiche, *password*, codici e altri mezzi idonei all'accesso a un sistema telematico o informatico. Il tutto allo scopo di procurare a sé o ad altri un profitto o di cagionare un danno a terzi. Al proposito, si è notato che la condotta di detenzione è indicata in rubrica, ma non anche nel corpo della norma.

Il sistema repressivo è predisposto contro gli *hacker*, ma prevede anche l'ipotesi che il violatore sia la persona addetta — istituzionalmente, professionalmente, per qualifica — proprio al “sistema” che ha violato o che ha indebitamente utilizzato. In tali casi, ovviamente, il trattamento sanzionatorio è aggravato.

4. Accesso ai cyber–luoghi e rilevanza del profilo teleologico. Il “bene occulto” protetto dalla legge. Si è già chiarito come gran parte dei reati informatici sia costituita da reati di pericolo e, per di più, in genere, di pericolo presunto.

Muovendo da tale presupposto, sembra corretto porsi il problema della rilevanza del profilo teleologico in detti reati.

In ultima analisi, l'atto preparatorio ha un senso perché è diretto a un fine. È la riconoscibilità del fine che conferisce natura preparatoria a una condotta che, in sé considerata, potrebbe apparire neutra. Nei delitti a consumazione anticipata, nei delitti di attentato, non meno che nei delitti tentati, la unidirezionalità della condotta è elemento indispensabile per la loro sussistenza (e per la loro punibilità).

Invero, la ragione della punibilità di una condotta (oggettivamente) neutra non può che trovare fondamento nella natura strumentale di detta condotta, nella sua subordinazione / finalizzazione alla consumazione di una azione dannosa nei confronti dei terzi. In qualche misura, l'agente “abusa” del suo operato, della sua posizione, della sua qualifica per programmare e preparare una azione *contra jus*.

Abusa: vale a dire fa — deliberatamente — uso illecito di un potere.

L'abuso allora si configura, sostanzialmente, come un “tradimento” delle finalità per le quali si dispone di una qualche potenzialità (di fatto o di diritto). Commette abuso, senza dubbio, il pubblico ufficiale che usa il suo potere, non per raggiungere finalità istituzionali (quelle per cui il potere gli è conferito), ma finalità diverse (e, spesso, non lecite), ma può commettere abuso anche il privato che utilizzi scorrettamente un mezzo, uno strumento o un potere (di fatto) che egli detiene. Si possono commettere abusi alla guida di un'autovettura, si può abusare del proprio ruolo lavorativo ed è poi nota la letteratura in tema di “abuso del processo”⁴¹.

Ovviamente si può abusare dello strumento informatico / telematico non meno che del sistema, utilizzando l'uno e / o l'altro per scopi non consentiti.

L'art. 615–ter c.p., non a caso, reca — e lo si è visto — come rubrica « *Accesso abusivo a un sistema informatico o telematico* »; per di più il comma primo del predetto articolo prevede come aggravante, al n. 1, la ipotesi del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio che accedano

Si tratta, anche in questo caso, di una evidente ipotesi di anticipazione della tutela rispetto all'evento dannoso.

41. Da ultimo, SANDULLI, *L'abuso del processo*, Milano, 2013.

al sistema « *con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio* »; prevede anche, come è noto, che l'abuso sia ascrivibile all'investigatore privato⁴² o all'operatore del sistema.

Proprio con riferimento all'ingresso abusivo del pubblico ufficiale, le Sezioni unite della Corte di cassazione, come è risaputo, hanno recentemente composto un contrasto di giurisprudenza⁴³ che, da tempo divideva l'organo nomofilattico (Cass., Sez. un., 27 ottobre 2011, Casani ed altri, in *Mass. Uff.*, n. 251269-70-71-72).

Conviene soffermarsi sulla motivazione che sorregge il provvedimento

42. Anche se, precisa la norma, l'investigatore eserciti abusivamente tale professione; dunque: un doppio abuso o, se si preferisce, un abuso di secondo grado!

43. Un primo orientamento (Cass., Sez. V 7 novembre 2000, Zara, in *Mass. Uff.*, n. 217743; Id., Sez. V, 8 luglio 2008, P.c. in proc. Bassani, *ivi*, n. 241201; Id., Sez. V, 13 febbraio 2009, Russo, *ivi*, n. 243602; Id., Sez. V, 10 dicembre 2009, Matassich, *ivi*, n. 245842; Id., Sez. V, 16 febbraio 2010, Jovanovic, *ivi*, n. 247144; Id., Sez. V, 22 settembre 2010, P. g. in proc. Lesce, *ivi*, n. 248653) riteneva che la condotta potesse essere integrata da chi, pur legalmente in possesso della *password* di servizio, si introduce e/o si tratteneva nel sistema per finalità estranee alle ragioni e agli scopi sottostanti alla protezione dell'archivio informatico; si trattava sostanzialmente di un utilizzo del sistema per finalità diverse da quelle consentite. Si presupponeva, dunque, la volontà contraria, tacita, dell'avente diritto (il c.d. *dominus loci*), nel caso in cui l'agente avesse perseguito una finalità non compatibile con le ragioni per le quali l'autorizzazione all'accesso (e alla permanenza) era stata concessa. Favorevole a tale ipotesi era parte della dottrina (CANNATA, *L'accesso abusivo a un sistema informatico*, in *I reati contro la persona, Il Reati contro l'onore e la libertà individuale*, Torino, 2006; GALDIERI, *L'introduzione contro la volontà del titolare fa scattare la responsabilità dell'hacker*, in *Guida dir.*, 2001, 8, 81; DI LEMBO, *L'accesso abusivo a un sistema informatico*, in *Riv. pen.*, 2005, 921; CUOMO, IZZI, *Misure di sicurezza e accesso abusivo a un sistema informatico o telematico*, in *Cass. pen.*, 2002, 1018). L'altro orientamento (Cass., Sez. V, 20 dicembre 2007, P. m. in proc. Migliazzo, in *Mass. Uff.*, n. 239105; Id., Sez. VI, 8 ottobre 2008, Preparao, *ivi*, n. 242684, e altre), viceversa, escludeva — in ogni caso — che il reato di cui all'articolo 615-ter c.p. potesse essere integrato da chi, avendo titolo per accedere al sistema, se ne avvallesse per finalità estranee a quelle di ufficio. Naturalmente ciò non impediva la configurabilità di altri e diversi reati, conseguenti all'abusivo ingresso o all'illecita permanenza nel sistema (c.p. artt. 621: rivelazione del contenuto di documenti segreti, 622: rivelazione di segreto professionale, 326: rivelazione ed utilizzazione di segreti di ufficio, 618: rivelazione del contenuto di corrispondenza, ecc.). Si sosteneva — dai fautori di questo orientamento — che la volontà contraria del *dominus* fosse relativa unicamente alla prima parte della condotta ipotizzata a carico dell'agente, vale a dire: l'accesso o il trattenimento nel sistema; ma se, come in ipotesi, detto soggetto era stato preventivamente autorizzato, non si poteva, secondo questa impostazione, al contempo, ritenere non consentito l'accesso o il trattenimento da parte di quel medesimo soggetto. Ne sarebbe risultato compromesso l'ossequio al principio di non contraddizione. Dunque: l'abuso avrebbe dovuto essere (eventualmente) punito a titolo diverso (es.: per l'improprio utilizzo delle informazioni attinte). I seguaci di questa opzione ermeneutica (per la dottrina cfr., tra gli altri, ARONICA, *L'accesso abusivo a un sistema informatico o telematico nella giurisprudenza*, in *Ind. pen.*, 2010, 199; FLOR, *Permanenza non autorizzata in un sistema informatico o telematico, violazione del segreto d'ufficio e concorso nel reato da parte dell'extraneus*, in *Cass. pen.*, 2009, 1502; PECORELLA, *Diritto penale dell'informatica*, Padova, 2006; SPAGNOLETTI, *Art. 615-ter c.p.: il domicilio informatico tra profili dogmatici e problemi applicativi*, in *Giur. merito*, 2004, 181, in sintesi, sostenevano che la locuzione "abusivamente si introduce... si mantiene" dovesse essere inteso nel senso "stretto" di accesso non autorizzato; e ciò anche in aderenza allo spirito della cosiddetta "lista minima" della raccomandazione R(89)9 del Comitato dei ministri del consiglio d'Europa sulla criminalità informatica (13 settembre 1989), attuata in Italia con la legge del 1993, sopra ricordata (la n. 547). D'altra parte, anche la convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica (Budapest, 23 novembre 2001, ratificata dall'Italia con legge 18 marzo 2008 n. 48) parla semplicemente di "access without right".

to, in quanto da una attenta analisi del *decisum* possono ricavarsi ulteriori riflessioni sulla natura della condotta dei reati informatici.

In particolare, le sezioni unite erano chiamate a stabilire se integrasse il predetto reato la condotta di accesso o di mantenimento nel sistema da parte di un soggetto regolarmente abilitato, ma che era entrato (o si era trattenuto) nel sistema per scopi o per finalità estranee a quelli per i quali la facoltà di accesso gli era attribuita⁴⁴.

Le sezioni unite hanno ritenuto di svalutare completamente il profilo della finalità perseguita dall'agente (quando — si intende — questi sia un soggetto autorizzato ad accedere ed a permanere nel sistema) e di valorizzare il profilo oggettivo dell'accesso e del trattenimento stesso, sostenendo che la autorizzazione può considerarsi non sussistente solo quando siano stati violati i limiti derivanti dal complesso delle prescrizioni impartite dal *dominus loci*. Tali prescrizioni possono essere reperite — precisano le sezioni unite — nelle disposizioni organizzative interne, nella prassi aziendale, nelle norme dei contratti di lavoro, ecc.

È stato poi ritenuto che la violazione dell'autorizzazione sia oggettivamente ravvisabile anche quando l'agente pone in essere « operazioni di natura ontologicamente diversa da quelle di cui egli è incaricato e in relazione alle quali l'accesso era a lui consentito » (così testualmente).

In altre parole, si è sostenuto che, poiché il titolare del diritto di esclusione ha ammesso l'agente nel sistema a determinate condizioni, la mancanza di tali condizioni, ovvero la violazione dei tempi e delle procedure prescritte collocano automaticamente il predetto agente al di fuori dell'autorizzazione.

Affermano pertanto le sezioni unite che il dissenso tacito del *dominus loci* non si desume dalla finalità perseguita dal soggetto attivo, ma dall'oggettiva violazione delle disposizioni del titolare in ordine all'uso del sistema. E dunque è la violazione delle prescrizioni — espresse, tacite, implicite — imposte dal *dominus* che caratterizza la abusività dell'accesso e della permanenza.

Vanno allora considerati abusivi quell'accesso e quella permanenza che integrino una violazione delle condizioni e dei limiti cui la condotta dell'agente sia sottoposta.

Non sapremmo dire quanto questa interpretazione sia influenzata dal rilievo, certamente preminente, che le sezioni unite conferiscono alla collocazione sistematica della norma. Tornano qui in evidenza quelle considerazioni che si svolgevano nel primo paragrafo a proposito dell'indirizzo

44. In merito cfr. SPINOSA, *La prima sentenza delle sezioni unite sui reati informatici. Interpretazione estensiva di permanenza abusiva nel sistema*, in *Ind. pen.*, 2013, 121; PICCIALLI, *Accesso abusivo a un sistema informatico*, in *Corr. merito*, 2012, 4, 402; MINOTTI, *L'abilitazione a consultare circuiti protetti non garantisce libertà di manovra illimitata*, in *Guida dir.*, 2012, 12, 84; PECORELLA, *L'attesa pronuncia delle sezioni unite sull'accesso abusivo a un sistema informatico: un passo avanti non risolutivo*, in *Cass. pen.*, 2012, 3681; SALVADORI, *Quando un insider accede abusivamente a un sito informatico o telematico? Le sezioni unite precisano l'ambito di applicazione dell'art. 615-ter c.p.*, in *Riv. trim. dir. pen.*, 2012, 369.

ermeneutico che l'interprete può attingere dalla collocazione della norma all'interno di un ben determinato contesto.

Fin qui le sezioni unite, in maniera apparentemente convincente; tuttavia, *re melius perpensa*, la soluzione non soddisfa in pieno.

Le ragioni e le modalità dell'accesso (quelle stabilite dal *dominus loci*), infatti, sono stretta conseguenza delle finalità per le quali l'accesso viene previsto e/o consentito. Le procedure esecutive, le limitazioni temporali, le prescrizioni sulla tracciabilità dei percorsi di accesso e sulla identificabilità dei soggetti che li praticano, le (eventuali) indicazioni sulla diffusione dei dati reperiti nel sistema, costituiscono, evidentemente, altrettante linee direttrici per una legale conoscenza dei dati e per un corretto utilizzo degli stessi.

La ragione per la quale una banca dati è protetta è ovviamente da ricercarsi nella necessità di assicurare riservatezza, quando non addirittura segretezza, alle informazioni che essa contiene.

Connesso al concetto di riservatezza/segretezza è però quello di utilizzo dei dati riservati o segreti; vale a dire che nessun dato è immagazzinato perché è un valore in sé, ma in ragione dell'utilizzo che se ne possa eventualmente fare. Ne consegue che le ragioni per cui l'agente attinge ed eventualmente estrae il dato dalla banca non sono e non possono essere indifferenti.

Se sono state dettate norme che regolano l'accesso e la permanenza nel sistema, dette norme vanno interpretate e l'interpretazione non può prescindere dalla finalità per cui la norma è posta (interpretazione teleologica). Dunque: la finalità per la quale si accede a una banca dati sarà quantomeno indicativa della regolarità/irregolarità dell'accesso stesso, perché essa (se *contra jus*) non può non essere sintomatica della violazione dei limiti, nel rispetto dei quali l'accesso deve essere praticato.

D'altra parte, che cosa è mai una « *operazione di natura ontologicamente diversa* » rispetto a quelle per le quali il soggetto « *è incaricato e in relazione alle quali l'accesso era a lui consentito?* »

A parte il fatto che il richiamo alla ontologia (categoria che dovrebbe individuare "gli aspetti essenziali dell'essere") suscita sempre difficoltà (e sospetto) nell'interprete, in quanto ciascuno intende a modo suo, appunto "l'essenza dell'essere", resta il fatto che può essere arbitrario (e l'arbitrio dell'interprete può essere peggiore di quello del legislatore perché è l'arbitrio del caso concreto) qualificare come "ontologicamente incompatibile" (o diversa) una condotta.

Meglio allora tenersi alla fenomenologia ed esaminare la condotta nella sua manifestazione esteriore e in ragione della sua finalità intrinseca.

Le ragioni « *in relazione alle quali l'accesso è consentito* » non sono forse gli scopi, le finalità che, attraverso l'accesso, si vogliono raggiungere?

Il *dominus loci* permette di utilizzare la "sua" banca dati per finalità che egli intende consentire o che vuole conseguire (e che la legge non vieta).

Chi opera per suo conto e in suo nome deve perseguire le medesime finalità o, quantomeno, non deve agire *invito domino*. Le modalità di accesso, in sintesi, sono strumentali alla salvaguardia delle (corrette) finalità per cui si pratica l'accesso stesso.

Ne consegue che le prescrizioni relative sono (devono essere) strettamente funzionali al raggiungimento di tali scopi e sono quindi "ritagliate" sulla necessità che il raggiungimento degli scopi stessi non sia pretesto per attingere notizie non strettamente necessarie in relazione allo scopo dell'accesso. Ciò infatti integrerebbe un abuso.

D'altra parte, neanche può negarsi che le disposizioni organizzative interne, le prassi, le clausole operative — cui fa riferimento la sentenza delle sezioni unite — siano, a volte, implicite nello *status* dell'agente; vale a dire: esse sono coesenziali alla sua figura professionale, ovvero — addirittura — al suo ruolo istituzionale.

Riferendosi al caso oggetto del loro esame, hanno rilevato le sezioni unite che si trattava di prescrizioni « *disciplinati l'accesso e il mantenimento all'interno del sistema che, in quanto non osservate dall'imputato, hanno reso abusiva l'attività di consultazione esercitata in concreto, prescindendo dal successivo uso indebito dei dati acquisiti e dalla predeterminazione di una finalità siffatta*⁴⁵ ».

Ebbene: si deve certamente prescindere dall'uso successivo ed eventuale delle informazioni raccolte, per la buona ragione che l'articolo 615-ter c.p. non richiede, per la punibilità dell'accesso / trattenimento abusivo, l'utilizzo di dette informazioni; ma la finalità illecita per la quale l'accesso avviene è — a nostro parere — di per sé, indicativa del travalicamento dei limiti e delle condizioni per le quali l'accesso era consentito. Tali limiti e tali condizioni, come premesso, non devono necessariamente essere oggetto di esplicita disciplina, ma possono inerire ("ontologicamente", si sarebbe tentati di affermare) alla figura dell'agente, alle funzioni che l'ordinamento (pubblico o privato) gli attribuisce, al ruolo che è chiamato a svolgere; in una parola: allo scopo per il quale egli è autorizzato a entrare e trattenersi nel sistema.

Se si accetta la correttezza delle premesse sin qui poste, si deve allora affermare che il parallelo con la violazione di domicilio è senza dubbio fuorviante (si è parlato, come è noto, di domicilio informatico). In effetti, come anticipato e come è noto, l'art. 615-ter è collocato tra i delitti contro la inviolabilità del domicilio. Tale parallelo però potrebbe forse, più correttamente, ipotizzarsi con riferimento "all'invasione" di un sito *web* personale o di una pagina *face book*; ma un sistema informatico o telematico contenente una banca dati è altra cosa. Una banca dati è un deposito di informazioni, non un luogo nel quale si svolge la parte riservata della vita umana.

45. Il caso concreto che ha dato occasione alla pronuncia delle sezioni unite consisteva nella condotta di un appartenente all'Arma dei carabinieri, autorizzato ad accedere al sistema informatico interforze e a consultare lo stesso per ragioni (finalità?) « *di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica e di prevenzione e repressione dei reati* ». Lo scopo istituzionale delle forze di polizia, dunque.

Nella violazione di domicilio, la finalità per cui l'*extraneus* entra in uno spazio che gli è inibito è effettivamente indifferente. All'ordinamento basta che l'ingresso avvenga *invito domino*. La finalità potrà, al più, essere indicativa del concorso di altri reati (esempio: l'esercizio arbitrario delle proprie ragioni).

Nel delitto di accesso non consentito ad un sistema informatico o telematico, è necessario, perché vi sia rilevanza penale, che l'ingresso e/o la permanenza siano, appunto, abusivi. E, se l'agente è persona autorizzata a detto accesso e al successivo trattenimento, la finalità è certamente rilevante perché caratterizza l'abuso. Ebbene, proprio l'abuso — previsto nella *rubrica legis* e, come si è già detto, esplicitamente menzionato al n. 1 del comma secondo dell'art. 615-ter c.p. — costituisce il tratto distintivo della condotta del delitto del quale stiamo trattando.

Innanzitutto, benché si tratti di delitto a dolo generico — caratterizzato quindi da coscienza e volontà di entrare o di trattenersi nel sistema, con la consapevolezza della abusività (appunto!) di tale condotta — non di meno, l'abuso (che attiene ovviamente alla condotta e non all'elemento psicologico), se pur consiste nella violazione di regole, condizioni o modalità, si connota, per quel che si è detto, per la finalità per cui è posto in essere (uso distorto del potere).

Il carabiniere che, per restare al caso esaminato dalle sezioni unite, è entrato nella banca dati interforze, ha indubbiamente seguito modalità e procedure prescritte, ma ha abusato della sua funzione perché ha "privatizzato" la delega della quale era destinatario (voleva favorire un suo conoscente e danneggiare un avversario del predetto, attingendo notizie sfavorevoli a quest'ultimo)⁴⁶.

L'abuso, si diceva, è una indebita strumentalizzazione di un potere, ma la strumentalità presuppone una finalità, il mezzo si caratterizza per l'esistenza di uno scopo.

La *ratio* della punibilità va appunto ricercata, non certo nella "invasione" di uno spazio informatico, quanto piuttosto nell'uso (distorto = abuso) del sistema,⁴⁷ nell'accesso ai dati, che rappresenta "l'in sé" dell'azione⁴⁸.

46. Parimenti, da ultimo, la Cassazione (Cass., Sez. V, 24 aprile 2013, Carnevale, in *Mass. Uff.*, n. 255387) ha chiarito che integra il reato di accesso abusivo a un sistema informatico la condotta del pubblico dipendente, impiegato della Agenzia delle entrate, che effettui interrogazioni sul sistema centrale dell'anagrafe tributaria sulla posizione di contribuenti non rientranti, in ragione del loro domicilio fiscale, nella competenza del suo ufficio.

47. In tal senso, FONDAROLI, *La tutela penale dei beni informatici, in Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1996.

48. Certo resta l'incongruenza in base alla quale, se, ad es., un funzionario di cancelleria sfoglia un registro (cartaceo) per uno scopo diverso da quello istituzionale, egli non commette reato. Al massimo, in tale condotta potrebbe ravvisarsi una ipotetica attività eventualmente preparatoria (non punibile) di un reato che si accinge commettere. Dunque perché mai, se quel funzionario consulta "abusivamente" un registro elettronico, dovrebbe restare integra la fattispecie criminosa *ex art*

E allora bisognerebbe forse prendere atto che i reati informatici (se non tutti, la maggior parte) sono anche essi — immediatamente o strumentalmente — reati attinenti alla comunicazione, alla trasmissione di notizie, idee e opinioni. La protezione può essere assicurata o direttamente a tali beni immateriali, ovvero ai supporti fisici e logici (*hardware* e *software*) che li incorporano, in una sorta di tutela anticipata, come si è più volte detto, del messaggio e della sua genuinità.

Il legislatore penale ha inteso prevedere e punire la falsificazione/alterazione/compressione/distruzione/sottrazione di notizie e opinioni; in una parola: la manipolazione del flusso informativo tra i consociati. È questa la ragione della anticipazione (a volte esasperata) della soglia di punibilità. È questa la ragione per cui si criminalizza anche la semplice detenzione di oggetti materiali, di chiavi alfanumeriche, di procedure logiche, che possano consentire intrusioni, manipolazioni, saccheggi di dati e documenti. Non diversamente di quel che avviene per il falso nummario e ponderale (artt. 459, 461, 472 c.p.), l'esigenza che avverte il legislatore è quella di garantire la genuinità delle monete o dei pesi, non meno che dei dati informatici e dei messaggi telematici. Ed è per questo che è vietato detenere tanto valori di bollo, carta filigranata o pesi contraffatti, quanto *password* "abusive".

Gran parte dei reati informatici propri sono riconducibili direttamente (es. art. 617-*sexies*) o indirettamente allo schema del falso (es. 640-*ter*, nel quale la *immutatio* del dato è strumentale al conseguimento del profitto). La genuinità di un documento ("materiale" o informatico) si assicura tanto tutelando direttamente lo stesso, quanto ponendo "barriere protettive a monte", per evitare l'azione lesiva al suo sorgere, sottraendo dunque all'agente sia gli strumenti, che le opportunità per delinquere.

Non va dimenticato che la Corte costituzionale (sent. n. 394 del 2006), a proposito del "falso elettorale" (art. 90 d.P.R. 16 maggio 1960 n. 570), ha enunciato il concetto di "bene strumentale intermedio", identificato, nel caso di specie, nella genuinità — materiale e ideologica — della documentazione inerente alle competizioni elettorali.

Circola invero nell'ordinamento "un'esigenza di verità" (e dunque un dovere di lealtà dei consociati), che comporta la salvaguardia degli atti, dei documenti, delle comunicazioni attraverso le quali si svolge la vita sociale e si dipana "il traffico giuridico".

La sfera informatica/telematica ha moltiplicato le possibilità di comunicazioni e scambi; dunque: va proporzionalmente rafforzata la tutela dei

615-*ter* c.p. (aggravata ai sensi del n. 1 del secondo comma). È però agevole rispondere, innanzitutto, facendo ricorso al principio dell'*ubi lex voluit dixit* (principio che è stato utilizzato e *contrario* dalla giurisprudenza per escludere la responsabilità ai sensi dell'art. 57 c.p. del direttore di un giornale *online*), in secondo luogo, avendo presente la ricostruibilità dell'azione (e quindi possibilità della punizione). La consultazione di un registro informatico lascia traccia, quella di un registro cartaceo (in genere no). Ed è buona norma non prevedere la punibilità di azioni che non si possono accertare.

(nuovi) mezzi di contatto interpersonale e dei “contenuti della comunicazione”. Accanto ai singoli beni protetti dalle diverse figure incriminatrici del diritto penale della rete (la vita privata, il patrimonio, la riservatezza, il segreto, ecc.) si pone dunque un “bene occulto”: la genuinità dei dati e delle informazioni, che è strumentale e intermedio — secondo l’espressione utilizzata dalla Corte Costituzionale sopra riportata — in quanto la sua difesa è indispensabile per la adeguata tutela del bene-scopo (appunto: la vita privata, il patrimonio, la riservatezza, il segreto, ecc.).

In questa accezione, i reati informatici comportano — anche e inevitabilmente — condotte di falsificazione, effettive o potenziali.

La conclusione cui si è appena giunti ci sembra debba comportare un ripensamento (e una riscrittura o quantomeno un riposizionamento sistematico in un coerente testo normativo) del sistema repressivo in tema di reati informatici e una “virata” in relazione ai parametri costituzionali di riferimento (e quindi anche di interpretazione).

Si deve, probabilmente, avere riguardo, più che ai beni “materiali”, quali il domicilio o il patrimonio, ai contenuti di verità, genuinità, trasparenza, che devono informare l’intero ordinamento giuridico e operare in esso, dando, in tal modo, fondamento — moderno, democratico ed egualitario — alla convivenza sociale.

La portata espansiva dei principi di cui agli artt. 15, 18, 21, 33 Cost. (a fronte della ben più “statica” e regressiva natura dei diritti — certo fondamentali, ma non propulsivi — di cui agli artt. 14 e 42) fornisce, a nostro parere, un’adeguata modalità di individuazione dei beni realmente protetti dal diritto penale dell’informatica e apre — quindi — la strada alla corretta interpretazione della relativa disciplina positiva.

Profili penali delle truffe *on-line**

Claudia Pecorella, Massimiliano Dova

1. Uno sguardo al fenomeno delle truffe *on-line* attraverso i dati del “pool reati informatici” della Procura di Milano. Le truffe *on-line* costituiscono la variante moderna delle più tradizionali truffe contrattuali: si realizzano infatti in occasione della compravendita di beni e servizi su una piattaforma informatica, nell’ambito del sempre più diffuso sistema del commercio elettronico. Come dimostra l’esperienza del Tribunale di Milano — del quale utilizzeremo a titolo esemplificativo i dati relativi alle denunce pervenute negli anni 2010 e 2011 — il fenomeno ha assunto un rilievo tutt’altro che marginale, ancorché in un medesimo arco temporale le denunce per fatti di questo tipo siano solo una minima parte di quelle riguardanti il reato di truffa: nell’anno 2010, solo il 5% (455 su 9.190) delle denunce per truffa iscritte a registro presso la Procura della Repubblica erano state realizzate *on-line*.

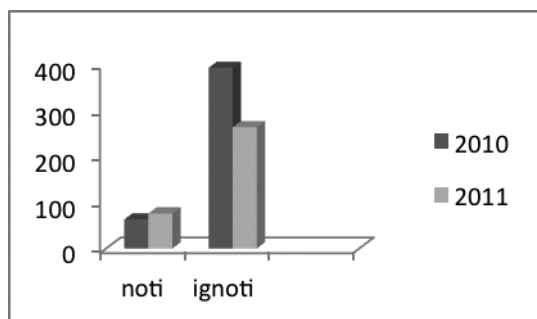
Nonostante il numero limitato delle denunce — che nel 2011 sono tra l’altro risultate in calo, essendone pervenute 339 — le truffe *on-line* sollevano complesse questioni che rendono difficoltose le indagini e poco probabile l’accertamento di una responsabilità penale, cosicché l’archiviazione è l’unica risposta possibile nella maggior parte dei casi. Uno sguardo ai dati presi a campione che, pur riferendosi a due anni diversi (ma consecutivi), mostrano una sostanziale omogeneità di risultati, consentirà di cogliere le caratteristiche di fondo del fenomeno e di comprendere gli aspetti più problematici della sua repressione penale.

Va detto innanzitutto che il numero delle notizie di reato con autore ignoto in questo settore è particolarmente elevato, tanto più se confrontato con quello delle truffe di tipo tradizionale: se per queste ultime la percentuale di denunce contro ignoti era nel 2010 intorno al 61%, quella relativa alle truffe su piattaforma informatica raggiungeva l’86% nello stesso anno (392 denunce su 455) e è di poco inferiore l’anno seguente (263 denunce su 339, equivalenti al 77,5% del totale).

L’analisi empirica fa emergere tuttavia un dato significativo: laddove vi è un indagato, si tratta spesso (nel 6% dei casi stando ai dati del 2011) di persona

* Il lavoro è frutto di riflessioni comuni agli autori. Sono tuttavia da attribuire a Claudia Pecorella i §§ 1–3 e a Massimiliano Dova i §§ 4–6.

con precedenti penali specifici o nei confronti della quale si sta procedendo per fatti analoghi. A ciò si aggiunga che, come talvolta emerge anche dalla ricostruzione dei fatti prospettata dal denunciante, nel caso (molto frequente) in cui si procede contro ignoti, il “nome utente” utilizzato per commettere la truffa è già noto in Rete, perché segnalato da altre vittime, con l’indicazione dei recapiti telefonici e dei dati bancari o postali, comunicati all’acquirente per ricevere il pagamento.

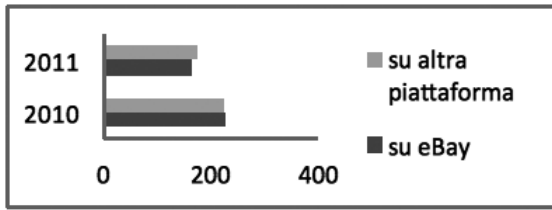


Luogo privilegiato di commissione del fatto risulta essere la piattaforma di *eBay*, tanto che tra gli addetti ai lavori è frequente l’impiego dell’espressione “truffe *eBay*” per indicare il fenomeno in esame: in danno degli utenti di questa piattaforma risultano realizzati ben 229 casi sui 455 (pari circa al 50%) nel 2010 e 163 su 339 nel 2011 (pari al 48%); i rimanenti casi vedono coinvolti utenti di diversi siti web di annunci gratuiti (come *Secondamano.it*, *Subito.it*, *Bakeca.it*, *autoscout24.com*) che, diversamente da *eBay*, agevolano la conoscenza delle richieste e delle offerte di beni e servizi ma non costituiscono il luogo virtuale nel quale concludere il contratto. La differenza tra questi due tipi di piattaforma risulta in realtà poco significativa ai nostri fini, perché dalla maggior parte delle denunce presentate alla Procura della Repubblica del Tribunale di Milano risulta che venditore e acquirente, pur essendosi ‘incontrati’ sulla piattaforma di *eBay*, hanno poi proseguito le trattative al di fuori di essa¹.

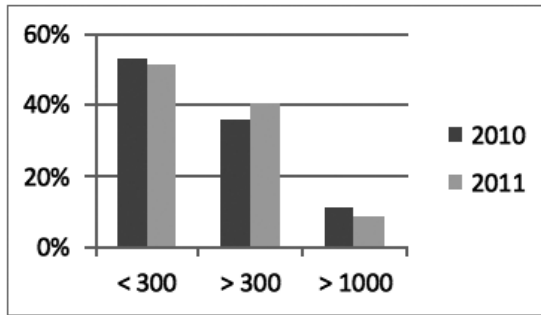
L’entità del danno patrimoniale subito, nel singolo caso, non è quasi mai elevata², attestandosi in prevalenza in misura non superiore a 300 euro (così in 240 casi su 455 nel 2010 e in 173 casi su 339 nel 2011); esborsi più consistenti,

1. In contrasto, tra l’altro, con quanto espressamente indicato dalle regole che *eBay* impone a chi intenda essere parte di quella particolare “Community di compravendita online”. Tra quelle regole, infatti, è compreso il divieto di inviare “email contenenti offerte per comprare o vendere oggetti al di fuori del sito *eBay*”, perché questo tipo di offerte presentano “un potenziale rischio di frode per i venditori e gli acquirenti” e, una volta che l’acquisto è stato effettuato “fuori del sito”, non è più possibile beneficiare del “Programma di protezione acquirente di *eBay*”, che consente il rimborso del denaro versato in caso di “oggetto non ricevuto o non conforme alla prescrizione”.

2. Guardando il fenomeno dalla parte del gestore della piattaforma, i dati della Procura di Milano relativi al 2011 indicano che il totale dei danni subiti dalle vittime di truffa su *eBay* ammonta a circa



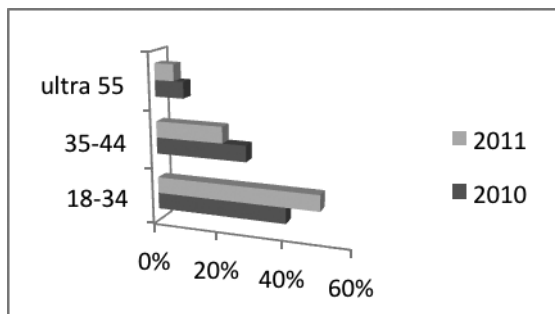
superiori a 1.000 euro — e talvolta anche a 5.000 euro — emergono in 51 delle denunce presentate nel 2010 (pari a poco più dell'11% dei casi) e in 29 di quelle del 2011 (corrispondenti all'8,5% del totale), relative alla compravendita di un motoreveicolo o di un bene prezioso (ad es. un orologio di marca), così come nei casi di locazione di un immobile (per lo più ad uso turistico).



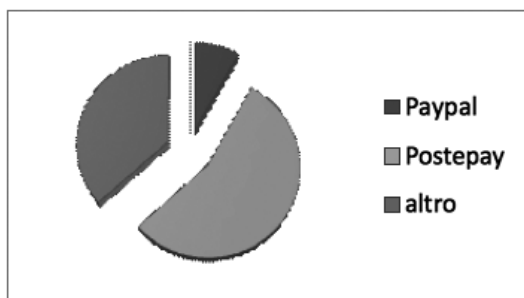
Vittime di questo tipo di truffa risultano essere persone di tutte le età, anche se si nota, nell'arco dei due anni oggetto di indagine, un sensibile aumento del numero di persone di età compresa tra i 18 e i 34 anni, che rappresentavano il 40% circa del totale nel 2010 e sono diventate poco più del 50% l'anno successivo. All'incremento della percentuale di vittime più giovani corrisponde evidentemente una diminuzione delle altre fasce di età, che nel caso delle persone tra i 35 e i 44 anni — che costituivano la fascia maggiormente colpita nel 2010 — appare particolarmente rilevante (dal 28% del 2010 si passa al 20,8% del 2011).

Quanto alle modalità di pagamento alle quali le vittime hanno fatto ricorso, la ricarica di una carta prepagata (per lo più la carta *PostePay*) è indicata in quasi la metà delle denunce (205 su 455 nel 2010 e 154 su 339 nel 2011); seguono i casi nei quali il pagamento è avvenuto tramite bonifico bancario, in una

150.000 euro. Una cifra significativa, se si pensa che *eBay*, presente in 39 mercati, con 124 milioni di utenti attivi al mondo (3,5 milioni solo in Italia), è uno dei più importanti siti di aste *on-line* e di commercio elettronico, che nel secondo trimestre del 2011 ha realizzato un utile mondiale pari a circa 600 milioni di dollari, derivante in buona parte dalle commissioni che i venditori privati e professionisti pagano, sia al momento dell'inserimento dell'offerta, sia alla conclusione della vendita.



percentuale che è andata aumentando, dal 23% del 2010 al 29,5% del 2011. In diminuzione sono i casi, già contenuti, nei quali è stato inviato del denaro attraverso un vaglia postale ovvero, laddove il beneficiario del pagamento fosse all'estero, utilizzando servizi di *money transfer* come *Western Union* o *Money Gram*³: questi casi rappresentavano complessivamente il 10% del totale nel 2010 e si sono ridotti intorno al 7% nel 2011.



Interessante è constatare che solo una esigua minoranza (44 casi su 455 nel 2010 e soltanto 17 su 339 nel 2011) ha fatto ricorso al sistema di pagamento *PayPal*, che il sito *eBay* indica agli utenti come affidabile e (tendenzialmente) garantito, a condizione che la compravendita si concluda sulla sua piattaforma: alle vittime della truffa tale sistema viene tuttavia presentato come troppo oneroso per le commissioni elevate che comporterebbe, proponendosi come alternativa proprio quei sistemi di pagamento (dalla ricarica della carta prepagata all'invio di denaro) che risultano pericolosi, perché del beneficiario si perde rapidamente ogni traccia.

2. Momento consumativo della truffa e competenza territoriale per le truffe *on-line*: orientamenti giurisprudenziali. . . Un primo problema nel

3. Quest'ultimo servizio presenta una serie di vantaggi, grazie all'accordo intervenuto tra *Money Gram* e Poste italiane, con il quale si consente ai titolari di un conto BancoPosta abilitato a BancoPosta *online* o di un conto BancoPosta Click di inviare denaro dal proprio *computer* senza alcun costo aggiuntivo. Cfr. www.moneygram.com.

quale ci si imbatte osservando il fenomeno delle truffe *on-line* è quello della individuazione del giudice territorialmente competente nei casi — che sono i più frequenti — nei quali la vittima procede al pagamento (anticipato) dei beni o servizi acquistati attraverso la ricarica di una carta *Postepay*. Caratteristica di questo strumento di moneta elettronica creato da Poste Italiane è infatti quella di essere una carta prepagata che non accede necessariamente ad un conto corrente — del quale sia possibile individuare il luogo in cui è stato costituito — e che può essere utilizzata dal titolare, per operazioni di prelievo o di pagamento nei limiti dell'importo disponibile, non solo presso qualunque ufficio postale o sportello automatico Postamat (e presso gli esercizi commerciali e gli sportelli automatici convenzionati con i circuiti internazionali), ma anche per via telematica, attraverso operazioni *on-line*⁴. Può risultare così difficile individuare il luogo di consumazione del reato nel singolo caso concreto, alla luce dell'orientamento prevalente in giurisprudenza, secondo il quale il reato di truffa si consuma “nel momento in cui si verifica l'effettivo conseguimento del bene da parte dell'agente e la definitiva perdita dello stesso da parte del raggirato”⁵. Poiché è la Carta — laddove manchi un conto corrente — ad essere oggetto di accredito in conseguenza della ricarica, il luogo nel quale il profitto viene effettivamente conseguito finisce col coincidere con quello nel quale essa è successivamente utilizzata e quindi « *con i tendenzialmente infiniti sportelli ATM (c.d. bancomat) sparsi sul territorio dello Stato o anche con lo stesso domicilio dell'indagato, dal momento che tali strumenti di pagamento sono utilizzati soprattutto online* »⁶. Una conclusione che renderebbe impossibile individuare il giudice competente attraverso il criterio generale della consumazione del reato indicato dall'art. 8 c.p.p. e imporrebbe di ricorrere a uno dei criteri residuali previsti dall'art. 9 c.p.p. e, in particolare, a quello incentrato nel luogo di residenza, domicilio o dimora dell'imputato o dell'indagato in forza dell'art. 61 c.p.p.

Di diverso avviso è, tuttavia, la Procura Generale presso la Corte di Cassazione che, dovendo dirimere conflitti di competenza in casi di questo

4. A partire dal 1° febbraio 2012 è stato introdotto il “Sistema Sicurezza web *Postepay*”, che impone di abbinare un numero di cellulare ad ogni carta *Postepay* posseduta, per consentire la ricezione della *password* di autorizzazione (*One Time Password*) delle « operazioni dispositive di ricarica *Postepay*, ricarica telefonica e pagamento bollettini effettuate con la carta *Postepay* sui siti di Poste Italiane ». Questo sistema potrebbe agevolare l'individuazione del titolare della Carta — che spesso risulta ottenuta su presentazione di un documento falso — e prevenire l'indebito utilizzo sulla Rete di carte altrui.

5. Così Cass., Sez. un., 22 marzo 1969, P.m. c. Carraro e altro, in *Foro it.*, 1970, II, 5 ss., con nota di BOSCHI; nello stesso senso, Id., 30 novembre 1974, Forneris, in *Cass. pen.*, 1975, 751 ss., secondo la quale « in tutte quelle situazioni in cui il soggetto passivo assume, per incidenza di artifici o raggiri, l'obbligazione della dazione di un bene economico, ma questo non perviene, con correlativo di lui danno, nella materiale disponibilità dell'agente, si verte nella figura del reato di truffa tentata e non in quella di truffa consumata », nonché Id., 21 giugno 2000, Franzo e altri, *ivi*, 2000, 3270 ss.

6. Così CAJANI, *Aspetti giuridici comuni delle indagini informatiche*, in *Computer Forensics e indagini digitali*, a cura di Cajani, Aterno, I, Forlì, 2011, p. 198.

tipo, ha attribuito rilevanza — in modo del tutto condivisibile, ancorché in contrasto con l'orientamento prevalente in materia di truffa — al luogo nel quale la vittima ha subito il danno, anziché a quello nel quale l'agente ha conseguito il profitto. Di conseguenza, competente viene ritenuto il tribunale nella cui circoscrizione si trova l'ufficio postale presso il quale è stata effettuata l'operazione di ricarica della carta *Postepay*, « *giacché li si verifica la deminutio patrimonii del soggetto passivo con contestuale arricchimento da parte dell'agente, arricchimento costituito dalla mera disponibilità e non già dall'effettivo utilizzo della somma* »⁷.

Si sono così risolti i problemi di competenza, spostando l'attenzione sul momento (e sul luogo) nel quale la vittima ha compiuto l'atto di disposizione patrimoniale, ritenendosi che in questi casi danno e profitto si producano nello stesso momento, perché all'operazione di ricarica della Carta consegue in modo pressoché immediato una maggiore disponibilità di spesa per il titolare. Nelle ipotesi in cui il pagamento sia dalla vittima realizzato attraverso un bonifico bancario, e quindi « *con modalità di tempo e di luogo diverse (. . .) da quelle seguite con il pagamento effettuato con la ricarica delle carte prepagate* », la Procura generale mantiene invece ferma la competenza del giudice del luogo nel quale è stato acquisito l'ingiusto profitto, per effetto « *del positivo esito del disposto bonifico bancario* »⁸: essendo possibile identificare come luogo del conseguimento del profitto quello nel quale si trova il conto corrente oggetto di accredito, l'applicazione del criterio generale indicato dall'art. 8 c.p.p. non sembra incontrare ostacoli nella identificazione della consumazione della truffa con l'effettivo conseguimento dell'ingiusto profitto.

Eventuali problemi a dire il vero potrebbero sorgere nell'eventualità, tutt'altro che remota, che quel conto sia stato aperto presso un banca operante solo *on-line* — quindi senza sportelli sul territorio —, non potendosi in questo caso riproporre l'*escamotage* utilizzato per i casi di ricarica della carta *Postepay*: se è vero, infatti, che in conseguenza della ricarica danno e profitto si realizzano pressoché contestualmente, altrettanto non può dirsi — come la stessa Procura generale ha sottolineato — quando il pagamento è effettuato tramite bonifico bancario, stante l'intervallo temporale che di regola intercorre tra il momento nel quale viene dato l'ordine di trasferire il denaro e quello nel quale quest'ultimo viene accreditato. Lo 'spostamento' di competenza a favore del giudice del luogo dal quale la vittima ha disposto il bonifico implicherebbe in questi casi un'anticipazione del momento consumativo del reato (rispetto alla realizzazione del profitto), in

7. Così Procura Generale della Repubblica presso la Corte Suprema di Cassazione, Decr. N. 65/09 r.d. del 17 marzo 2009; nello stesso senso, Id., Decr. N. 228/10 r.d. del 5 luglio 2010; in precedenza, Id., Decr. n. 28/08 r.d. del 24 gennaio 2008.

8. Così Procura Generale della Repubblica presso la Corte Suprema di Cassazione, Decr. N. 254/09 r.d. del 29 ottobre 2009.

evidente contrasto con quanto richiesto dall'orientamento giurisprudenziale prevalente⁹.

La risposta della Procura Generale ai conflitti di competenza per i casi di truffa *on-line*, nei quali la vittima ha effettuato la ricarica di una carta *Postepay*, non è tuttavia condivisa, vuoi per la difformità del criterio adottato rispetto a quello prevalentemente seguito dalla giurisprudenza per l'individuazione del momento consumativo della truffa, vuoi per le ripercussioni negative sul piano delle attività di indagine che essa sembra comportare: impedisce infatti la concentrazione presso uno stesso ufficio giudiziario delle denunce presentate nei confronti di uno stesso 'venditore', magari operante con nomi diversi e/o su piattaforme diverse. Data l'impossibilità, in cui si trovano gli uffici investigativi, di conoscere in tempo reale l'esistenza di altre denunce nei confronti della stessa persona, presentate presso una qualsiasi delle Procure della Repubblica del territorio nazionale, quel criterio rende più difficile pervenire « *all'accertamento dell'esistenza di una serialità nella commissione delle truffe on-line* »¹⁰, che costituisce l'obiettivo prioritario nella complessa gestione di quella elevata percentuale di denunce contro ignoti che abbiamo in precedenza messo in rilievo.

Nella sua più recente giurisprudenza, tuttavia, la Procura Generale presso la Corte di Cassazione sembra essersi fatta carico di queste esigenze, risolvendo tendenzialmente i conflitti di competenza in favore dell'ufficio investigativo più prossimo all'indagato o comunque del luogo nel quale risulta esser stata posta in essere la condotta penalmente rilevante. Con riguardo, in particolare, ai casi di truffe *on-line* nei quali il pagamento è avvenuto attraverso la ricarica di una carta *Postepay*, si è ritenuto applicabile l'art. 8 c.p.p. individuandosi come luogo di consumazione del reato quello nel quale la carta è stata attivata e al quale quindi deve ritenersi "indirizzato" l'accredito della somma di denaro disposto dalla vittima, non diversamente da quanto avviene nei casi di bonifico bancario¹¹.

Si tratta senza dubbio di una soluzione che può in qualche modo rimediare alle difficoltà investigative che discendono da previsioni legislative inadeguate e che tuttavia, poggiando su una finzione (il collegamento territoriale tra la Carta e l'ufficio postale presso il quale è stata attivata), per di più non necessariamente risolutiva (quel luogo può essere del tutto estraneo

9. Nel senso che in questi casi non sembra opportuno identificare il *locus commissi delicti* con il luogo in cui si trova la sede legale della banca *on-line*, con conseguente attribuzione della competenza territoriale in modo pressoché esclusivo al Tribunale di Milano, CAJANI, op. cit., p. 201 s.

10. Segnala questa esigenza CAJANI, op. cit., p. 199, per il quale, nei casi di ricarica di una carta prepagata non abbinata ad un conto corrente, la competenza territoriale del giudice andrebbe individuata in base al criterio residuale indicato nell'art. 9, co. 2 c.p.p.

11. Cfr. Procura Generale della Repubblica presso la Corte Suprema di Cassazione, RG Decr. N. 64/2013 del 21 febbraio 2013 e Id., RG Decr. N. 171/2013 dell'11 aprile 2013. Lo stesso criterio è stato utilizzato in presenza di una imputazione per frode informatica, consistente nell'accredito abusivo di una carta prepagata: cfr. Id., RG Decr. N. 149/2013 del 27 marzo 2013.

all'agente), non consente di ritenere superato il problema.

3. ... e possibili soluzioni *de lege ferenda*. Una risposta soddisfacente al quesito sulla competenza territoriale degli uffici giudiziari nei casi di truffe *on-line* non può non prendere le mosse da una critica all'orientamento giurisprudenziale ormai consolidatosi, secondo il quale il reato di truffa si consumerebbe nel momento e nel luogo in cui l'agente ha effettivamente conseguito il profitto ingiusto, essendo giunto in possesso del denaro che la vittima gli ha messo a disposizione per il pagamento dei beni o dei servizi acquistati¹². Questa interpretazione trascura quella che è la peculiarità della truffa rispetto alle altre modalità di aggressione al patrimonio: la cooperazione della vittima al proprio depauperamento, attraverso il compimento di un atto di disposizione patrimoniale, in conseguenza dell'errore provocato dal comportamento fraudolento dell'agente. È nel compimento di quell'atto, del quale il profitto e il danno non sono che le dirette conseguenze, che va colto il disvalore della truffa e quindi il suo momento consumativo.

La scelta della giurisprudenza di posticipare tale momento fino al concreto manifestarsi degli effetti patrimoniali pregiudizievoli — benché « *il danno, tutto il danno penalmente rilevante, sia già nell'atto di disposizione* »¹³ — viene giustificata con la necessità di rispettare la configurazione della truffa come reato di danno: un argomento che risulta tuttavia in contrasto con il dato, economicamente indiscutibile, che già con l'assunzione di un'obbligazione di dare il patrimonio della vittima subisce una diminuzione di valore (e quindi un danno), che appare fuorviante considerare in termini di mero pericolo.

Partiamo dunque dalla premessa che competente in materia di truffa, ai sensi dell'art. 8 c.p.p., è il giudice del luogo nel quale è stato compiuto l'atto di disposizione patrimoniale pregiudizievole con il quale la vittima, agendo all'interno della propria sfera patrimoniale, danneggia sé stessa a vantaggio del reo. Nell'ipotesi in cui tale atto consista nella ricarica di una carta prepagata (come la carta *Postepay*), competente è il giudice del luogo nel quale essa è stata effettuata, come giustamente ritenuto dalla Procura Generale della Cassazione: è in quel luogo infatti che il reato si è consumato, nessun rilievo assumendo il diverso momento e/o luogo nel quale il titolare della carta ha potuto beneficiare della somma accreditatagli. Qualora, invece, il pagamento sia avvenuto tramite bonifico bancario o postale, rilevante è il luogo dal quale è partito l'ordine di trasferimento della somma di denaro sul conto corrente indicato dal venditore.

12. Su questo aspetto si veda, diffusamente, PECORELLA, *Truffe on-line: momento consumativo e competenza territoriale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, II 3 ss.

13. Così PEDRAZZI, *Postilla circa la competenza per territorio in materia di truffa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, ora in PEDRAZZI, *Diritto penale*, vol. II, *Scritti di parte speciale*, Milano, 2003, p. 362.

Risulta a questo punto chiaro come, rispetto alle truffe *on-line*, questo criterio, coerente con la particolare fisionomia che il legislatore ha dato al reato di truffa, non consente quella concentrazione presso lo stesso ufficio giudiziario delle denunce nei confronti del medesimo venditore, dalla quale un'attività investigativa efficiente non può prescindere. Il problema, a ben vedere, sarebbe comune a tutti i casi di truffa — dal momento che questo reato si caratterizza per il ruolo determinante svolto dalla vittima —, ma sembra assumere una dimensione inaccettabile proprio nei casi di truffa *on-line*, nei quali le parti della compravendita non sono destinate ad incontrarsi in un luogo fisico, così che il luogo dell'atto di disposizione e quello del domicilio del venditore possano coincidere (come ci si aspetta che coincidano nella truffa). Al contrario, nella stragrande maggioranza dei casi le parti possono concludere ed eseguire il contratto restando ciascuna a casa propria, perché anche le modalità di pagamento dei beni sono cambiate: al versamento di una somma in contanti e, alla consegna di un titolo di credito si sono sostituite forme di pagamento a distanza che, grazie al collegamento tra i sistemi informatici, equivalgono, per la rapidità degli effetti, alla consegna di denaro nelle mani del beneficiario.

Quel criterio, peraltro, appare anche poco conforme alla *ratio* sottostante alla disciplina del codice di procedura penale nella quale si traduce la garanzia della precostituzione del giudice ai sensi dell'art. 25 co. 1 Cost.: secondo quanto dispone, come regola generale, l'art. 8 c.p.p., giudice 'naturale' del fatto è quello del *locus commissi delicti* perché la vicinanza con l'ambiente nel quale il reato si è realizzato dovrebbe rendere più agevole la raccolta delle prove e — si dice — consentire alla sentenza di condanna di svolgere al meglio la sua funzione dissuasiva¹⁴.

L'importanza di radicare la competenza del giudice penale nel luogo in cui opera il reo — anziché in quello in cui si trova la vittima — emerge d'altra parte chiaramente dall'analisi delle diverse regole dettate in materia dal codice di procedura penale. Una 'deviazione' dalla regola generale è stata ad esempio introdotta per le ipotesi nelle quali il reato si consumi con la morte di una o più persone: in questi casi l'art. 8, co. 2 c.p.p. attribuisce la competenza al giudice del luogo in cui si è svolta la condotta, « *in considerazione della non infrequente sfasatura riscontrabile tra il luogo della condotta e quello in cui si verifica la morte della persona offesa* »¹⁵. Anche le regole suppletive, contenute nell'art. 9 c.p.p., individuano come rilevante il luogo della condotta (« il luogo in cui è avvenuta una parte dell'azione o dell'omissione »), se non addirittura, in subordine, il luogo di residenza, dimora o domicilio dell'imputato, a testimonianza di quanto sia importante

14. Cfr. RICCIARELLI, *Trattato di procedura penale*, vol.I, tomo I, a cura di Dean, Torino, 2009, p. 62, nota 66 e autori *ivi* citati.

15. Così DELLA CASA, *Soggetti*, in *Compendio di Procedura penale*, a cura di Conso, Grevi, III, Padova, 2006, p. 16.

assicurare, ove possibile, la vicinanza del giudice all'ambiente nel quale si è manifestata la violazione della legge penale, o con il quale l'agente sembra avere un legame significativo.

Viene da chiedersi a questo punto se la *ratio* di quelle regole possa essere davvero rispettata quando il reato da giudicare sia stato commesso servendosi delle interconnessioni tra sistemi informatici e via sia quindi divergenza tra il luogo nel quale si è realizzata la condotta — e nel quale si trova l'elaboratore utilizzato dal reo — e quello nel quale si è verificata l'offesa, nella forma della lesione o della messa in pericolo del bene tutelato dalla norma incriminatrice: si pensi, oltre alle truffe *on-line*, ad alcuni reati informatici, come l'accesso abusivo a un sistema informatico (art. 615-*ter* c.p.), la violazione di corrispondenza informatica (art. 616 c.p.), il danneggiamento informatico (art. 635-*bis* e -*quater* c.p.), rispetto ai quali competente, in base all'art. 8 c.p.p., risulta essere il giudice del luogo nel quale si trova il sistema informatico violato o danneggiato: un luogo, il più delle volte, non solo diverso ma anche lontano da quello nel quale si è svolta la condotta del reo.

Problemi ancora più complessi sollevano poi le diverse ipotesi nelle quali la condotta penalmente rilevante consiste nella diffusione, per via telematica, di notizie, immagini o programmi, dei quali sia per varie ragioni pericolosa la conoscenza o la disponibilità da parte di un numero indeterminato di persone: si pensi, ad esempio, al divieto di diffondere materiale pedopornografico (art. 600-*ter* c.p.), codici di accesso a un sistema informatico (art. 615-*quater* c.p.), programmi informatici diretti a danneggiare sistemi informatici (art. 615-*quinquies* c.p.), notizie false, idonee a provocare una sensibile alterazione del prezzo degli strumenti finanziari (art. 185 d.lgs. 58/1998)¹⁶. L'automatismo e la rapidità della comunicazione elettronica rendono sostanzialmente irrilevante quale momento si ritenga decisivo ai fini della consumazione del reato, tra quello dell'invio dei dati e quello della loro ricezione, da parte del sistema informatico; sensibilmente diverso può risultare invece il luogo in cui il reato si è consumato, a seconda che si privilegi il primo o il secondo momento, stante la possibilità che l'agente si trovi ad operare in un luogo diverso da quello nel quale è situato il sistema informatico destinatario della comunicazione. In situazioni di questo tipo, non solo si riscontra, ancora una volta, la necessità di assicurare che la competenza territoriale si radichi nel luogo nel quale o dal quale l'agente ha realizzato il reato, ma appare anche opportuno che le considerazioni relative al momento consumativo del reato non siano in qualche modo condizionate dalle conseguenze che sono in grado di produrre sulla competenza territoriale del giudice.

16. Sulla difficoltà di individuare il luogo di consumazione con riguardo all'aggiotaggio informativo, cfr. CONSULICH, *La giustizia e il mercato*, Milano, 2010, p. 343 ss.; da ultimo, in giurisprudenza, Cass., Sez. V, 4 maggio 2011, Tanzi e altri, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 1096 ss., con nota di MUCCIARELLI.

Sembra dunque che vi siano valide ragioni per auspicare un intervento legislativo che, con riguardo ai reati che siano commessi a distanza, avvalendosi di un sistema informatico, individui la competenza territoriale del giudice attraverso un criterio diverso da quello incentrato sul luogo di consumazione del reato; soluzioni differenziate, del resto, sono state adottate in passato dal legislatore, di fronte alla accertata inidoneità dei criteri previsti in via generale dal codice di procedura penale.

Per quanto sin qui si è detto, pare opportuno che in questi casi la competenza territoriale venga radicata laddove la condotta esecutiva è stata posta in essere e quindi nel luogo nel quale si trova l'elaboratore elettronico del quale l'agente si sia servito per realizzare il reato; qualora quel luogo non sia individuabile nel singolo caso concreto — come spesso emerge dalle denunce dei casi di truffa *on-line* portate a conoscenza del Tribunale di Milano — non resterà che fare ricorso ai criteri sussidiari contemplati nell'art. 9 c.p.p. e quindi, in ultima istanza, competente potrà essere il giudice del luogo di residenza dell'imputato o dell'indagato.

4. La responsabilità del gestore della piattaforma informatica. Ulteriore aspetto problematico è quello della responsabilità del *provider* del quale non è facile tracciare contenuti e limiti. E ciò non solo perché si tratta di un tema complesso e delicato che si inserisce, specie negli ultimi anni¹⁷, in un intenso dibattito dottrinale e giurisprudenziale¹⁸, ma anche perché legislatore e interpreti si confrontano con una realtà magmatica, in continua evoluzione e sempre più difficile da ricomporre. A ciò si aggiunga che, in questo come in altri settori del diritto penale, si assiste ad un progressivo fenomeno di privatizzazione, che implica l'attribuzione a soggetti privati di compiti di prevenzione e gestione di ambiti tradizionalmente spettanti al potere punitivo statale¹⁹. Per queste ragioni, qui appena abbozzate, il tema si presta a distorsioni interpretative che sono il frutto di differenti concezioni di politica criminale.

Per quanto ovvia, una precisazione preliminare appare necessaria: la responsabilità del *provider* cambia a seconda dell'attività svolta²⁰. Altro è consentire l'accesso alla rete o l'uso di una casella di posta elettronica; altro

17. Nella dottrina più recente cfr. BARTOLI, *Brevi considerazioni sulla responsabilità penale dell'Internet service provider*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 600 ss.

18. V. Trib. Milano, 24 febbraio 2010, Drummond e altri, in www.penalecontemporaneo.it, 12 aprile 2010; sul punto v. CAJANI, *Quella casa nella prateria: gli Internet Service Providers americani alla prova del caso Google Video*, *Nuove tendenze della giustizia penale di fronte alla criminalità informatica*, a cura di Picotti, Ruggieri, Torino, 2011, 216 ss.; MANNA, *I soggetti in posizione di garanzia*, in *Dir. inf.*, 2010, 7, 779 ss.; App. Milano, 27 febbraio 2013, Drummond e altri, in www.penalecontemporaneo.it, 4 marzo 2013; sul punto v. INGRASSIA, *La decisione d'Appello nel caos Google vs Vivi Down: assolti i manager, ripensato il ruolo del provider in rete*, in *Corr. merito*, 2013, 766 ss.

19. Cfr. FORTI, *Democrazia economia e regolazione penale dell'impresa*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 773 ss.

20. Cfr. LUPARIA, *Il sistema penale ai tempi dell'internet. La figura del provider tra diritto e processo*, in *Id.*, cit., 1 ss., il quale mette in rilievo « la necessità di comprendere la tipologia concreta di servizio che viene

è gestire un *forum on-line* o un *social network*. La nostra analisi è circoscritta ad un ambito preciso e, quanto meno sul fronte penalistico, finora poco sondato: quello della compravendita di beni *on-line*.

Anche restringendo il campo d'indagine alla responsabilità del gestore di una piattaforma per il commercio elettronico, lo scenario risulta particolarmente complesso tanto in relazione alla realtà empirica, quanto al quadro normativo di riferimento.

La realtà di Internet appare ormai fatalmente cambiata rispetto a quella fotografata dal legislatore europeo. Le categorie di prestatori di servizi individuati dalla direttiva 2000/31/CE²¹ sembrano del tutto anacronistiche e inadeguate. Nessuna delle tre attività descritte dalla direttiva — semplice trasporto (« *mere conduit* »)²², memorizzazione temporanea (« *caching* »)²³ e memorizzazione (detta « *hosting* »)²⁴ — sembra coincidere pienamente con quella svolta dalle piattaforme di commercio elettronico. La prima sensazione (e forse non poteva essere altrimenti a quasi quindici anni di distanza) è che l'ampio panorama di servizi che rientrano nel c.d. *Web 2.0* — *YouTube, Facebook, Twitter, Google, eBay*, ecc. — si trovino ad una distanza siderale rispetto alle categorie descritte dalla direttiva del 2000²⁵. Ciò ha contribuito, in modo determinante, a rendere estremamente imprevedibili le decisioni giurisprudenziali, che sono state prese in un tessuto normativo, sia nazionale che sovranazionale, alquanto incerto e disomogeneo. Incertezza e disomogeneità che, quanto meno in relazione ai gestori di aste *on-line*, si sono moltiplicate in Italia a causa di un legislatore distratto e pasticione.

Prima di analizzare più compiutamente le incertezze applicative che nascono da una legislazione incapace di interpretare l'evoluzione di Internet, occorre mettere in rilievo alcuni aspetti essenziali. Sono tre i profili che caratterizzano e facilitano la realizzazione delle truffe *on-line*. Oltre alla distanza fisica ed emotiva che separa autore e vittima e all'affidamento e alla fiducia che gli utenti normalmente ripongono nel gestore della piattaforma, un ruolo determinante sembra giocare il sostanziale anonimato di

erogato quale presupposto essenziale per qualsivoglia valutazione in punto di adossabilità del rimprovero penale» (p. 6).

21. Sul punto v. SIEBER, *Responsabilità penali per la circolazione di dati nelle reti internazionali di computer. Le nuove sfide di Internet*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, 775 ss.

22. L'art. 12 della direttiva definisce tale attività come « un servizio della società dell'informazione consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio, o nel fornire un accesso alla rete di comunicazione ».

23. L'art. 13 della direttiva definisce tale attività come « un servizio della società dell'informazione consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio prestazione » che effettua una memorizzazione automatica, intermedia e temporanea di tali informazioni effettuata al solo scopo di rendere più efficace il successivo inoltrare ad altri destinatari a loro richiesta.

24. L'art. 14 della direttiva definisce tale attività come « un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio ».

25. Cfr. FLOR, *Social networks e violazioni penali dei diritti d'autore. Quali prospettive per la responsabilità del fornitore del servizio?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, 647 ss.

cui godono i soggetti che operano sul mercato virtuale²⁶. Ad esempio, per iscriversi ad *eBay* in forma completamente anonima è sufficiente utilizzare un indirizzo di posta elettronica e un nome di fantasia. Se poi si intende divenire venditori bisogna inserire un numero di carta di credito. A tal fine, con soli 10 euro si può attivare una carta ricaricabile *Postepay*, facendola intestare ad un'altra persona, attraverso l'esibizione di un documento d'identità falso o altrui, o anche il proprio, del quale poi si denuncerà falsamente lo smarrimento.

L'esigenza di tutela dell'anonimato, che in altri ambiti può prevalere all'esito di un bilanciamento di interessi (come nel caso in cui sia in gioco la libertà di manifestazione del pensiero), nel caso del commercio elettronico sembra affievolirsi fino quasi a scomparire. A ben vedere, l'esigenza di individuare gli operatori di un mercato virtuale interessa la sicurezza degli scambi commerciali prima ancora che il diritto penale. Per altro verso, è evidente che la tutela di acquirenti e venditori, dinanzi alla commissione di una truffa, presuppone la possibilità di identificare la controparte contrattuale.

In tal senso, la direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico stabilisce, tra le condizioni minime che gli Stati membri devono far rispettare al *provider*, che la persona fisica o giuridica per conto della quale viene effettuata la comunicazione commerciale debba essere chiaramente identificabile (l'art. 6, lett. b) e che « il prestatore è comunque tenuto [. . .] a fornire senza indugio, a richiesta delle autorità competenti, le informazioni in suo possesso che consentano l'identificazione del destinatario dei suoi servizi con cui ha accordi di memorizzazione dei dati, al fine di individuare e prevenire attività illecite » (art. 15, comma 2). Entrambe queste disposizioni sono contenute nel d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, con il quale la direttiva è stata recepita nel nostro Paese, agli artt. 8 e 17, co. 2.

Su un piano diverso ma complementare, ogni considerazione sulla responsabilità del *provider* nell'ambito del commercio elettronico deve prendere le mosse dagli artt. 14 e 15 della direttiva 2000/31/CE. Analogamente a quanto stabiliscono gli artt. 12 e 13 in relazione alle attività di semplice trasporto (« *mere conduit* ») e memorizzazione temporanea (detta « *caching* »), l'art. 14 introduce un'esenzione dalla responsabilità del *provider* che esercita attività di *hosting*, ossia quella che, in prima approssimazione, sembra meglio adattarsi al ruolo svolto dal gestore di un mercato *on-line*.

L'esenzione dalla responsabilità del prestatore di un servizio di memorizzazione di informazioni (c.d. *hosting*) opera, a condizione che quest'ultimo: « a) non sia effettivamente al corrente del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di

26. Cfr. INGRASSIA, *Il ruolo dell'ISP nel ciber spazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine? Le responsabilità penali dei provider nell'ordinamento italiano*, in *Internet provider e giustizia penale. Modelli di responsabilità e forme di collaborazione processuale*, a cura di Luparia, Milano, 2012, p. 15 ss., 19; PETRINI, *La responsabilità penale per i reati via internet*, Napoli, 2004, p. 69 ss., sul commercio elettronico in particolare p. 82 ss.

circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione, o b) non appena al corrente di tali fatti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso». In base al secondo comma dell'art. 14 tale regime speciale della responsabilità « non si applica se il destinatario del servizio agisce sotto l'autorità o il controllo del prestatore ». L'art. 15 prevede, invece, l'assenza di un obbligo generale di sorveglianza in capo al *provider*. A prima vista la direttiva sembra restringere a tal punto la responsabilità di quest'ultimo, fino quasi a circoscriverla in ipotesi poco (o per niente) realizzabili. Ed allora il primo e fondamentale crocevia, attraverso il quale deve passare ogni considerazione sulla responsabilità del gestore di un mercato *on-line*, è rappresentato dalla domanda se in questo caso sia o meno applicabile la direttiva 2000/31/CE.

5. Gestore “attivo” vs. gestore “neutro”: il chiarimento della CGUE.

Se lo scopo della direttiva era « di garantire un elevato livello di integrazione giuridica comunitaria al fine di instaurare un vero e proprio spazio senza frontiere interne per i servizi della società dell'informazione »²⁷, il risultato disattende le aspettative. Come emerge da uno studio svolto per conto della Commissione europea nel 2007, la cornice legislativa teoricamente omogenea, che è contenuta nella direttiva 2000/31/CE, si è rapidamente frantumata non appena è entrata in contatto con gli ordinamenti degli Stati membri²⁸. Sia pure in relazione a violazioni della proprietà industriale (vendita di beni contraffatti) commesse dagli utenti, la giurisprudenza dei vari Stati membri costituisce un valido punto di riferimento sia per mostrare l'incertezza nella quale si muovono gli operatori, sia per svolgere qualche considerazione in relazione alle truffe *on-line*. A tal fine basterà prendere in considerazione le soluzioni, talvolta diametralmente opposte, alle quali è giunta la giurisprudenza dei vari Stati membri.

Chiamato a valutare la responsabilità civile del *provider* per violazioni della proprietà industriale commesse dai propri utenti, il *Bundesgerichtshof* ha fissato, per la prima volta nel 2004²⁹, i criteri interpretativi ai quali si è poi conformata tutta la sua successiva giurisprudenza. Secondo la Suprema Corte tedesca *eBay*, in qualità di gestore di una piattaforma sulla quale utenti privati e venditori professionali possono vendere beni (all'asta), può avvalersi dell'esenzione dalla responsabilità prevista dall'art. 14 della direttiva 2000/31/CE, così come recepita dalla legislazione nazionale (*Telemediengesetz*).

27. In tal senso si esprime il terzo Considerando della direttiva sul commercio elettronico.

28. Cfr. Inserire Autore, *Study on the internet liability of internet intermediaries*, Markt/2006/09/E, Service Contract ETD/2006/IM/E2/69, 2007, p. 30, nel quale si osserva che « this report identifies common trends and crucial differences in the way that member states assess notions and concepts of liability for ISPs ».

29. BGH, 11 marzo 2004, I ZR 340/01, in *Computer und Recht*, 2004, 763 ss. con nota di VOLKMANN, 1511 ss.

Molto diversa risulta, invece, la situazione in Francia³⁰. Per decidere se applicare l'esenzione dalla responsabilità di cui all'art. 14 della direttiva 2000/31/CE, come recepito dall'art. 6.1.2 della legge 21 giugno 2004 n. 575 (*Loi pour la confiance dans l'économie numérique*), la giurisprudenza (civile) guarda al ruolo in concreto svolto dal *provider*. Secondo il *Tribunal de grande instance* di Troyes, quando il gestore di un mercato *on-line*, in cambio di corrispettivo, mette a disposizione dei venditori strumenti per presentare e valorizzare i beni messi in vendita, stabilendo le regole di funzionamento e la struttura del servizio, allora il gestore della piattaforma deve essere ritenuto l'editore e non più semplicemente il prestatore di un servizio di memorizzazione (*hosting provider*)³¹.

Nello stesso senso, la *Cour d'appel* di Parigi³² ha rilevato che *eBay* fornisce assistenza ai venditori per ottimizzare le vendite, per descrivere gli oggetti messi in vendita e per creare uno spazio personalizzato di vendita. Non solo, *eBay* invia messaggi agli acquirenti per incitarli ad acquistare e per invitare chi non ha potuto vincere l'asta a guardare le offerte simili selezionate per lui da *eBay*. Per queste ragioni la Corte ha ritenuto che *eBay* non eserciti esclusivamente un'attività di *hosting*, ma svolga un ruolo attivo tale da conferirgli la conoscenza o il controllo dei dati immagazzinati sulla propria piattaforma e da escludere l'applicabilità dell'esenzione da responsabilità prevista dall'art. 6.1.2 della legge n. 575 del 2004 e dall'art. 14 della direttiva.

In senso parzialmente diverso il *Tribunal de grande instance* di Parigi³³ ha ritenuto che l'intero processo di vendita si svolga senza l'intervento del gestore, anche quando quest'ultimo offre strumenti tecnici per stilare l'offerta. La responsabilità circa la natura, il prezzo e la descrizione del prodotto rimane in capo al venditore, a meno che il gestore della piattaforma non abbia offerto altri servizi, come quello pubblicitario, che finirebbe per bloccare l'operatività dell'esenzione dalla responsabilità dell'*hosting-provider*.

Colta dai medesimi dubbi sulla responsabilità del gestore di un mercato *on-line*, la *High Court of Justice* di Inghilterra e Galles ha sollevato una questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea.

Nel riprendere e approfondire le argomentazioni svolte in una precedente sentenza³⁴, la Corte nel 2011 individua il punto chiave per determinare il

30. Per un quadro d'insieme aggiornato v. BOSSAN, *Le droit pénal confronté à la diversité des intermédiaires de l'internet*, in *Rev. sc. crim. dr. pén. comp.*, 2012, 295 ss.

31. Cfr. TGI, Troyes, 4 giugno 2008, *Hermes v. eBay*, in *juriscom.net*; analogamente cfr. T. Com. Paris, 30 giugno 2008, *LVMH v. eBay*, in *www.legalis.net*, con la quale *eBay* è stata condannata a risarcire 38,6 milioni di euro; sulla responsabilità civile del *provider* in Italia v. Trib. Milano, 23 marzo 2013, in *Leggi d'Italia*.

32. CA, Paris, 3 settembre 2008, *LVMH v. eBay*, in *www.legalis.net*, la cui sentenza è stata confermata da *Cour de Cassation*, 3 maggio 2012, in *www.legalis.net*.

33. TGI, Paris, 13 maggio 2009, *Lancome [L'Oréal] v. eBay*, in *www.legalis.net*.

34. CGUE, 23 marzo 2010, C-236/08, *Google France SARL e Google Inc. c. Louis Vuitton Malletier SA e altri*, in *curia.europa.eu*.

campo di applicazione del regime speciale di responsabilità delineato dalla direttiva. L'applicazione degli artt. 14 e 15 dipende dal tipo di ruolo — attivo o neutro — svolto dal gestore del mercato *on-line*. In particolare, « laddove [...] detto gestore abbia prestato un'assistenza consistente segnatamente nell'ottimizzare la presentazione delle offerte di vendita di cui trattasi e nel promuovere tali offerte, si deve considerare che egli non ha occupato una posizione neutra tra il cliente venditore considerato e i potenziali acquirenti, ma che ha svolto un ruolo attivo atto a conferirgli una conoscenza o un controllo dei dati relativi a dette offerte. In tal caso non può avvalersi, riguardo a tali dati, della deroga in materia di responsabilità di cui all'art. 14 della direttiva 2000/31 » (v. punto 116 della sentenza)³⁵. Sulla base di questa considerazione di carattere generale, la Corte di Giustizia rileva che « l'art. 14, n. 1 della direttiva 2000/31 deve essere interpretato nel senso che esso si applica al gestore di un mercato *on-line* qualora non abbia svolto un ruolo attivo che gli permetta di avere conoscenza o controllo circa i dati memorizzati. Detto gestore svolge un ruolo siffatto allorché presta un'assistenza che consiste in particolare nell'ottimizzare la presentazione delle offerte in vendita di cui trattasi o nel promuoverle » (punto 123)³⁶.

Quali conseguenze ha avuto o potrebbe avere la sentenza sulla giurisprudenza domestica in tema di responsabilità del gestore della piattaforma?

In Germania è stato osservato che, molto probabilmente, il *Bundesgerichtshof* dovrà rivedere la propria giurisprudenza fino ad ora monolitica³⁷.

A pochi mesi di distanza dalla sentenza della Corte di giustizia, la *Cour d'appel* di Parigi, nell'ambito di un procedimento penale a carico dell'ente, per i medesimi fatti di contraffazione all'origine della giurisprudenza civile già citata, ha condannato *eBay* ad un'ammenda di 200.000 euro — oltre alla pubblicazione della sentenza sul proprio sito per un mese e sui quotidiani *Le Monde* e *Le Parisien-Aujourd'hui* per sette giorni — per ricettazione di beni provenienti da delitto (contraffazione del marchio commessa dai propri utenti) di cui all'art. 321-1 del codice penale francese. Nel dare applicazione ai criteri interpretativi fissati dalla Corte di giustizia, la Corte d'appello di Parigi osserva che *eBay* non occupa una posizione neutra tra venditore e acquirente, ma gioca un ruolo attivo, offrendo ai propri utenti sia un servizio di assistenza e gestione delle vendite, sia la possibilità di creare un negozio *on-line* e di divenire “*powerSellers*” (ossia uno dei migliori venditori che operano sul mercato *on-line* sia per volume delle vendite, sia per valutazioni

35. CGUE, 12 luglio 2011, C-324/09, *L'Oréal SA e altri c. eBay e altri*, in *curia.europa.eu*; v. VAN EECKE, TRUYENS, *L'Oréal v. eBay: The Court of Justice Clarifies the Position of Online Auction Providers*, in *Computer Law Review International*, 2011, 129 ss.

36. Sui problemi penalistici legati alla sentenza della Corte di Giustizia, cfr. D'AMBROSIO, *Responsabilità degli Internet Provider e Corte di Giustizia dell'Unione Europea: quali spunti per il sistema penale italiano?*, cit., p. 67 ss. La distinzione tra *provider* attivo e passivo era già presente nella giurisprudenza italiana, anche se non in relazione al regime speciale di responsabilità di cui all'art. 14 della direttiva: v. Trib. Milano, 24 febbraio 2010, Drummond e altri, in *www.penalecontemporaneo.it*.

37. RÖSSEL, *Filterpflichten des Provider im Lichte des EuGH*, in *Computer und Recht*, 2011, 589 ss.

positive degli acquirenti pari al 98%); ciò permette ai venditori di beneficiare di una serie di vantaggi ulteriori (offerte promozionali, *merchandising eBay* e programmi di formazione sulle migliori strategie di vendita). Il ruolo attivo di *eBay* è dimostrato altresì dal fatto che quest'ultima, nel prestare assistenza e nella promozione delle vendite, invia messaggi agli utenti per invitarli ad acquistare prodotti da lei stessa selezionati. Non si tratta, secondo la Corte, di una attività neutrale che si limita a ospitare le offerte dei venditori, ma di un'attività che si sostanzia in un contributo attivo. Contributo attivo che consiste nel promuovere le vendite dei prodotti dalle quali dipendono propri profitti³⁸. Sulla base di queste considerazioni la Corte d'Appello di Parigi ha escluso l'applicazione del regime speciale della responsabilità previsto, in relazione all'*hosting provider*, dall'art. 6.I.2 della legge n. 575 del 2004 che ha recepito l'art. 14 della direttiva. Come emerge dalla ricostruzione dei fatti operata dalla sentenza, a partire dal 2004 i venditori hanno dato vita a un traffico di beni con marchio contraffatto, creando numerosi *account* attraverso l'uso di pseudonimi. Ciò ha reso ineffettive le contromisure adottate da *eBay* per porre fine alla violazione. Contromisure che, come nel caso della sospensione dell'*account*, vengono messe in atto solo dopo che *eBay* ha ricevuto almeno due o tre segnalazioni. Emerge qui nuovamente il ruolo fondamentale giocato dal sostanziale anonimato, del quale gli operatori del mercato *on-line* possono beneficiare nel commettere reati sulla piattaforma.

Solo nel 2006 l'intervento della polizia ha consentito di porre fine alle violazioni. Secondo la Corte, la passività nell'attività di sorveglianza e l'inefficacia delle contromisure adottate, da un lato, dimostrano che il gestore del mercato *on-line* non poteva ignorare l'attività fraudolenta realizzata dai propri utenti e, dall'altro lato, provano la volontà di *eBay* di preservare i propri interessi, evitando di sospendere gli *account*, al fine di non interrompere un'attività dalla quale trae profitto.

6. Truffe on-line e gestore del mercato: quali prospettive? Al di là della solo apparentemente facile distinzione, non priva di zone grigie, tra ruolo "neutro" o "attivo", che chiama in causa valutazioni altamente discrezionali dalle quali dipende il perimetro della responsabilità del gestore della piattaforma, nel sistema italiano è presente un vizio di fondo.

L'art. 18, co. 5 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 114 stabilisce che « *le operazioni di vendita all'asta realizzate per mezzo della televisione o di altri sistemi di comunicazione sono vietate* ». In base all'art. 22, co. 1 dello stesso decreto legislativo, la violazione di tale divieto è punita con una sanzione amministrativa pecuniaria. A tale riguardo occorre rilevare che il Ministero delle attività produttive, con due circolari successive³⁹, ha precisato che « l'attività commerciale svolta nella rete Internet mediante l'utilizzo di un sito web (e-commerce), ove sia

38. CA, Paris, Pôle 5, chambre 12, 23 gennaio 2012, in www.legalis.net.

39. Si tenga presente che l'operazione interpretativa del Ministero era volta, specie nella seconda

svolta nei confronti del consumatore finale e assuma la forma di commercio interno, è soggetta alla disciplina dell'art. 18 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 114 »⁴⁰. A quanto consta, tale fattispecie di illecito amministrativo è stata applicata in un unico caso ad un sito d'aste *on-line* (www.luccaste.it) dal Sindaco di Lucca, con ordinanza poi confermata dalla Corte di Cassazione⁴¹. Le aste *on-line* rappresentano il 40% circa degli scambi su *eBay* (il 60% avviene a prezzo fisso)⁴²; in questi casi, dunque, ci troviamo dinanzi ad un'attività illecita. Fatta questa premessa cerchiamo ora di analizzare gli eventuali profili di responsabilità del gestore del mercato *on-line* rispetto alle truffe commesse dai propri utenti, escludendo sin d'ora i casi in cui la sua attività sia rimasta del tutto neutra⁴³, e quindi soggetta alle deroghe alla responsabilità previste dagli artt. 16 e 17 del d.lgs. n. 70 del 2003, che hanno recepito in modo testuale gli artt. 14 e 15 della direttiva. L'art. 16 limita, infatti, in modo rigoroso i profili di responsabilità dell'*hosting provider*, ossia il gestore della piattaforma che rimane neutro. E lo fa in modo quasi del tutto preclusivo, salvo che ricorrano due ipotesi eccezionali: che il gestore neutro sia *effettivamente a conoscenza* del fatto che l'attività o l'informazione proveniente dall'utente-venditore è illecita oppure che il gestore non abbia agito immediatamente per rimuovere le informazioni o disabilitare l'accesso dell'utente, non appena sia venuto a conoscenza, su segnalazione delle autorità competenti, dell'attività illecita compiuta dall'utente. Come è stato rilevato, il requisito della 'conoscenza effettiva' circoscrive ulteriormente i già angusti spazi di responsabilità del gestore neutro: quest'ultimo sarà chiamato a rispondere solo « *ove il suo contributo quale partecipe o coautore sia sorretto almeno dal dolo diretto* »⁴⁴. A ciò si aggiunga che l'art. 17 del d.lgs. n. 70 del 2003 esclude l'obbligo (generale) di vigilanza del gestore della piattaforma, come schermo dinanzi alla responsabilità omissiva. Se tale regime speciale di responsabilità vale per il gestore neutro del mercato *on-line* (i.e. l'*hosting provider*), diversa appare la situazione nella quale si trova lo stesso gestore quando assume, così come chiarito dalla Corte di giustizia europea, un ruolo attivo. Se si segue l'argomentazione della Corte di giustizia europea, in base alla quale deve ritenersi "attivo" il gestore che « *abbia prestato un'assistenza consistente segnatamente nell'ottimizzare la presentazione delle offerte di vendita di cui trattasi e nel promuovere tali offerte* », pare difficile non qualificare come attivo il

circolare, a circoscrivere l'ambito di applicazione dell'art. 18 d.lgs. n. 114 del 1998 solo ai commercianti al dettaglio.

40. Cfr. Circolare n. 3487/C del 1 giugno 2000 e n. 3547/C del 17 giugno 2002.

41. Cass. civ., Sez. II, 12 luglio 2005, n. 19668, in *Mass. Uff.*, n. 584389.

42. *Stampa.ebay.it*

43. In tal senso già si esprimeva SEMINARA, *La pirateria su Internet e il diritto penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, 71 ss.

44. INGRASSIA, *Il ruolo*, cit., p. 37.

suo contributo causale⁴⁵. In questi casi, il *provider* non si è limitato a predisporre (in forma neutra) la piattaforma sulla quale ospitare le offerte dei venditori, ma ha offerto a questi ultimi un contributo ulteriore di assistenza e promozione. Ci troviamo dunque di fronte non alla mancata rimozione di un pericolo preesistente creato dal venditore sulla piattaforma, ma alla creazione di un pericolo nuovo (e quindi a una condotta attiva) da parte del gestore del mercato⁴⁶, attraverso un servizio di assistenza e gestione delle vendite, l'invio di messaggi agli utenti per invitarli ad acquistare prodotti selezionati oppure, più semplicemente, il rilievo dato sulla piattaforma ad una piuttosto che all'altra offerta (ad es. mediante il posizionamento). In questo caso, ossia quello che vede coinvolto il gestore attivo del mercato, non opera più il regime speciale di responsabilità previsto dal d.lgs. n. 70 del 2003. Sia pure nel ristretto ventaglio di ipotesi menzionate, sembra potersi affermare un contributo causale del gestore del mercato *on-line* alla realizzazione della truffa⁴⁷. Questa considerazione non fa che aprire la strada ad una serie ulteriore di problemi difficilmente risolvibili. Il tema richiederebbe ben altro approfondimento. Ci si limita a segnalare che vi è, innanzitutto, la difficoltà di individuare la persona fisica che, all'interno della complessa organizzazione societaria della piattaforma informatica, è responsabile dei servizi offerti al venditore che rendono attivo il ruolo del *provider*. Il rischio è quello, come già accaduto in precedenza⁴⁸, di giungere a forme di responsabilità per posizione⁴⁹. Altrettanto difficile pare l'accertamento del dolo — in questo caso anche in forma eventuale — in capo alla persona che gestisce i servizi di assistenza (gestione delle vendite; invio di messaggi agli utenti per invitarli ad acquistare prodotti selezionati; posizionamento sul sito internet degli oggetti in vendita, ecc.). A bene vedere, il diritto penale classico, che si rivolge alle persone fisiche, mal si adatta a questo tema. Anche se si arrivasse a ritenere penalmente responsabile un soggetto appartenente all'organizzazione, con il rischio più che concreto di violare, attraverso qualche forzatura interpretativa, le garanzie fondamentali del diritto penale, non si risolverebbe certo il problema. Come è stato osservato, la punizione della singola persona fisica, « *quando possibile e qualunque cosa si pensi della pena, non riesce a*

45. Cfr. SEMINARA, *La responsabilità penale degli operatori su internet*, in *Dir. inf.*, 1998, 745 ss.; PICOTTI, *Fondamento e limiti della responsabilità penale dei service-providers in internet*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 379 ss.; Id., *La responsabilità penale dei service-providers in Italia*, *ivi*, 1999, 501 ss.

46. Cfr. FIANDACA, *Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva*, in *Ind. pen.*, 2006, 951.

47. Cfr. Cass., Sez. III, 29 settembre 2009, Sunde Kolmisoppi e altri, in *Mass. Uff.*, n. 245935. Sia pure in relazione a violazioni del diritto d'autore, la Corte di cassazione ha ritenuto che l'indicizzazione costantemente aggiornata delle informazioni provenienti dagli utenti, per realizzare lo scambio tramite Internet di opere dell'ingegno protette da diritto d'autore, costituisce un apporto causale alla realizzazione del reato (p. 8 della sentenza).

48. Trib. Milano, 24 febbraio 2010, cit.

49. Cfr. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, p. 133 ss.

chiudere definitivamente la vicenda nella sua sostanza »⁵⁰. In questo come in altri casi, rimangono da soddisfare standard minimi di tutela alle vittime. Tutela che non può certamente passare attraverso l'individuazione di un capro espiatorio. Ed allora l'unica strada percorribile sembra quella di coinvolgere l'ente, così come ha già fatto la più recente giurisprudenza francese (v. *supra* § 5), anche nella prevenzione delle truffe *on-line*. Per prevenire tali reati non è certamente sufficiente svolgere campagne informative rivolte agli utenti per "educarli" a gestire più consapevolmente i propri acquisti *on-line*⁵¹. La prevenzione presuppone, invece, l'inclusione delle truffe *on-line* tra le aree di rischio con le quali l'attività dell'ente si confronta.

A tal riguardo, vengono in rilievo due aspetti fondamentali che chiamano in causa l'organizzazione societaria del gestore del mercato *on-line*. Come si è visto, le contromisure messe in atto per fermare gli abusi rimangono del tutto ineffettive: non solo perché intervengono solo dopo due o tre segnalazioni⁵², ma perché si confrontano con una platea di utenti che, agendo in forma anonima⁵³, dispongono di un numero elevato di *account*.

Il tema della responsabilità degli enti è estremamente complesso, specie con riguardo ai rapporti tra ricostruzione della colpevolezza del singolo e autonomia della responsabilità dell'ente⁵⁴. In questa sede non ci si può che limitare ad abbozzare una proposta che va nella direzione di una più efficace tutela delle vittime di truffa *on-line*. In una prospettiva *de lege ferenda* parrebbe, quindi, opportuno allargare il catalogo dei reati presupposto previsti dal d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, che agli artt. 24 e 25-bis.1 comprende sia la frode nell'esercizio del commercio (art. 515 c.p.), sia la truffa aggravata (art. 640, comma 2 c.p.) e la frode informatica (art. 640-ter c.p.) « *se commessa ai danni dello Stato o di altro ente pubblico* », ma esclude la truffa. Dal momento che la fattispecie di cui all'art. 515 c.p. incrimina fatti meno gravi della truffa, che sono ugualmente caratterizzati da un (sia pur minimo) contenuto fraudolento⁵⁵, non si vede per quale motivo il legislatore abbia operato questa frammentaria quanto irragionevole scelta di politica criminale.

50. Così ALESSANDRI, *ult. op. cit.*, p. 211.

51. A tal riguardo si pensi alla guida elaborata da eBay e dall'Unione Nazionale Consumatori; v. *stampa.ebay.it*.

52. CIMINO, *Sospensione dell'account di vendita nel marketplace di eBay, tutela del contratto e della libertà d'impresa*, in *Dir. inf.*, 2011, 121 ss.

53. L'individuazione degli autori di un reato è quasi sempre tecnicamente possibile. Ciò tuttavia chiama necessariamente in causa altri soggetti, quando invece dovrebbe essere già attuata dal gestore della piattaforma informatica.

54. ALESSANDRI, *ult. op. cit.*, p. 222 ss.

55. PEDRAZZI, *Errore e inganno nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955, p. 87; ora in Id., *Diritto penale*, cit., p. 286.

Le malpractices nella digital forensics

Quali conseguenze sull'inutilizzabilità del dato informatico?

Filippo Giunchedi

1. La computer forensics e la nottola di Minerva. La constatazione che oggi giorno il *personal computer* e, soprattutto, gli *embedded system* costituiscono il "centro motore"¹ per la gestione dei propri interessi, il principale contenitore di frammenti di vita e di dati sensibili, spostamenti e contatti di ognuno di noi², porta a variegate conseguenze: dalla necessità di salvaguardare la *privacy* alle garanzie necessarie da porre alla base di un accertamento penale fondato sull'apprensione ed elaborazione di dati digitali³, i quali tracciano fedelmente i vari passaggi di una condotta⁴. È questa la ragione per cui la letteratura⁵ sconsiglia di circoscrivere l'impatto delle tecnologie informatiche ai soli *computer crimes*, posto che proprio la centralità nell'universo quotidiano di ognuno di noi passa sempre più spesso dall'interazione con un *computer*⁶.

Logica conseguenza di questa "rivoluzione" nel processo penale, è la necessità di adeguare la metodologia delle indagini alle informazioni digitali, la cui natura giuridica continua a mantenere contorni non completamente definiti⁷.

1. LUPÁRIA, *Computer crimes e procedimento penale*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, *Modelli differenziati di accertamento*, a cura di Garuti, Torino, 2011, pp. 374 ss. V., anche, DANIELE, *La prova digitale nel processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 283.

2. Si tratta della *information and communication technology* che ha portato, di pari passo, allo sviluppo della *computer forensics*.

3. V., per le ricche informazioni, il lavoro di MATTIUCCI, *Le indagini sui reperti invisibili*. High tech crime, in *Manuale delle investigazioni sulla scena del crimine. Norme, tecniche, scienze*, a cura di Curtotti, Saravo, Torino, 2013, pp. 707 ss.

4. Meno facilmente, invece, rilasciano elementi utili per poter individuare l'effettivo responsabile, posto che l'universo digitale consente abbastanza agevolmente di crearsi credenziali artificiali.

5. Si vedano, tra le tante, le considerazioni di ORLANDI, *Questioni attuali in tema di processo penale e informatica*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 129.

6. Molto efficace risulta il richiamo alla locuzione « *old wine in new bottles* » effettuata da LUPÁRIA, *Processo penale e scienza informatica: anatomia di una trasformazione epocale*, in LUPÁRIA, ZICCARDI, *Investigazione penale e tecnologia informatica. L'accertamento del reato tra progresso scientifico e garanzie fondamentali*, Milano, 2007, p. 131.

7. DANIELE, *Il diritto al preavviso della difesa nelle indagini informatiche*, in *Cass. pen.*, 2012, 441.

Se gran parte delle informazioni relative ad un reato, informatico o comune, sono potenzialmente in grado di “transitare” dal mondo digitale⁸, è divenuto di fondamentale importanza adeguare le tecniche investigative alle “nuove” fonti — la c.d. fonte di prova digitale —, mediante una specifica preparazione tecnologica e l’apprestamento, per via legislativa, di un reticolo normativo tale da disciplinare la materia⁹, considerato che è inevitabile preconizzare una sempre maggiore diffusione della *digital evidence* nel mondo giuridico¹⁰.

L’irrompere nell’accertamento penale di queste metodologie, oltre che porsi in stridente antitesi con i paradigmi del giusto processo ed in particolare della formazione della prova in dibattimento¹¹, impegna l’interprete in un dibattito simile a quello che già qualche anno fa vide impegnata dottrina e giurisprudenza in ordine al prepotente ingresso della “prova scientifica” con il conseguente problema, tra gli altri, di arginare la *junk science* e il materiale probatorio inquinato¹².

Di fronte ad un tecnicismo così esasperato e condizionante l’accertamento, tale da parlare di una vera e propria deriva tecnicista, il processo penale assume sempre più le sembianze della nottola di Minerva, e, per evitare di perdere la propria identità, deve aggrapparsi ai diritti fondamentali¹³ in

8. Di recente Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 3 luglio 2012, Robathin c. Austria, ha fissato i parametri per stabilire quando le indagini informatiche violano il diritto alla riservatezza.

9. Ci si riferisce alla l. 18 marzo 2008, n. 48, recante « *Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d’Europa sulla criminalità informatica, fatta a Budapest il 23 novembre 2001, e norme di adeguamento dell’ordinamento interno* ». A commento della legge v., *inter alios*, *Sistema penale e criminalità informatica. Profili sostanziali e processuali della Legge attuativa della Convenzione di Budapest sul cybercrime* (l. 18 marzo 2008, n. 48), a cura di Lupária, Milano, 2009.

10. Per imprescindibili premesse alla materia si rinvia a ZICCARDI, *Scienze forensi e tecnologie informatiche*, in LUPÁRIA, ZICCARDI, *Investigazione penale e tecnologia informatica. L’accertamento del reato tra progresso scientifico e garanzie fondamentali*, cit., pp. 3 ss.

11. Sulle garanzie del giusto processo in riferimento alla prova informatica, TONINI, *Documento informatico e giusto processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 405 s. Sui paradossi dell’incedere dell’accertamento penale sotto l’egida del codice Vassalli, sia consentito rinviare alle considerazioni generali contenute in GIUNCHEDI, *I principi, le regole, le fonti*, in *Procedura penale*, a cura di Gaito, Milano, 2013, p. 6.

12. È questa l’ortodossa chiave di lettura per non ricadere nei deragliamenti interpretativi conseguenti alla nota sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579, 113 S. Ct. 2786 (1993), tradotta in STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale del diritto penale*, II ed., Milano, 2000, pp. 424 ss., dalla quale emerge che le prove addotte dagli esperti possono essere importanti, ma anche del tutto fuorvianti, a causa delle difficoltà nel valutarle. In considerazione di questo rischio, il giudice deve esercitare un controllo maggiore sugli esperti che non sui normali testimoni; il suo compito, pertanto, è — secondo la terminologia utilizzata dalla corte statunitense — quello di *gatekeeper*. Sul punto la letteratura è sterminata. Tra i tanti senza pretesa di completezza, v. gli approfondimenti di CENTONZE, *Scienza “spazzatura” e scienza “corrotta” nelle attestazioni e valutazioni dei consulenti tecnici nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1232 ss.; DOMINIONI, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Milano, 2005, pp. 137 ss.

13. È quanto auspica LUPÁRIA, *La ricerca della prova digitale tra esigenze cognitive e valori costituzionali*, in LUPÁRIA, ZICCARDI, *Investigazione penale e tecnologia informatica. L’accertamento del reato tra progresso*

assenza dei quali il rischio di un « *processo come laboratorio scientifico, affidato ad asettici operatori in camice bianco* »¹⁴, rischia di divenire realtà.

Solo se si riuscirà a non farsi ammaliare dalle sirene di indagini *prêt à porter* basate sul solo dato digitale, ma si recupereranno gli *essentialia* del processo legale, si potrà disporre di un'informatica forense allineata ai parametri costituzionali.

Sono queste le premesse da cui muovere per indagare sulle ricadute dell'utilizzo dei protocolli nel campo della prova digitale.

2. Il volo di Icaro. Le insidie degli accertamenti in campo digitale. L'immaterialità, la fragilità e l'elevato rischio di contaminazione dei reperti digitali costituiscono le criticità che devono superare gli operatori del sistema giuridico i quali oggi, in considerazione della penetrante diffusione di strumenti di gestione automatica dei dati¹⁵, non possono più eludere l'importanza che va assumendo nelle indagini il patrimonio gnoseologico generato da apparati digitali¹⁶.

Questa realtà virtuale, di non facile gestione, sconta un'altra serie di limiti di natura investigativa poiché gli strumenti impiegati sono esposti ad una costante evoluzione, tale da rendere ben presto obsolete e inefficaci le tecniche utilizzate. Per tutte queste ragioni agli investigatori è richiesta l'adozione di determinate cautele dettate da procedure standardizzate elaborate dalla comunità scientifica internazionale e un aggiornamento tecnico-scientifico continuo, proprio per stare al passo con l'incedere tecnologico.

Se questo è lo stato dell'arte a livello internazionale, volgendo lo sguardo all'interno delle mura domestiche, la situazione risulta allarmante posto che non è stato raggiunto un livello adeguato di preparazione¹⁷. I tecnici — periti e consulenti di parte — si sono limitati a federarsi in organizzazioni per poter fruire della circolarità di informazioni, mentre, a livello internazionale, grandi comunità scientifiche e di polizia operano alacremente¹⁸. Nonostante ciò nessuno *standard* procedurale è stato raggiunto, cosicché le innumerevo-

scientifico e garanzie fondamentali, cit., pp. 141 ss.

14. AMODIO, *La rinascita del diritto delle prove penali. Dalla teoria romantica della intime conviction al recupero della legalità probatoria*, in Id., *Processo penale, diritto europeo e common law: dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano, 2003, p. 128.

15. Per MATTIUCI, *Le indagini sui reperti invisibili*. High tech crime, cit., p. 707, talvolta « costituiscono loro stessi "la scena del crimine" ».

16. Il che impone di interpretare diversamente il *computer*, ossia in un'ottica investigativa. Per approfondimenti non possibili in questa sede si rinvia alla preziosa opera di sintesi effettuata da ZICCARDI, *Aspetti informatico-giuridici della fonte di prova digitale*, in LUPÁRIA, ZICCARDI, *Investigazione penale e tecnologia informatica. L'accertamento del reato tra progresso scientifico e garanzie fondamentali*, cit., 52 ss.

17. MATTIUCI, *Le indagini sui reperti invisibili*. High tech crime, cit., p. 708.

18. Una ricca panoramica delle procedure *standard* utilizzate a livello internazionale e nazionale è contenuta nel volume curato da LUPÁRIA, ZICCARDI, *Investigazione penale e tecnologia informatica. L'accertamento del reato tra progresso scientifico e garanzie fondamentali*, cit., spec. parte I, capp. IV-VII.

li informazioni alimentano una messe di procedure provenienti da diverse realtà. E a ciò si aggiunga che, utilizzando *tool*¹⁹ di diverse ditte, anche lo strumentario tecnico impiegato si differenzia con evidenti disomogeneità sul piano dei risultati dell'accertamento. Se poi si aggiunge il ritardo con cui il nostro legislatore ha disciplinato una materia particolarmente delicata che, in tal modo, è stata lasciata in balia dei tecnici, anch'essi operanti in regime di anarchia, si comprendono le ragioni di indagini di *digital forensics* scarsamente controllate e garantite e quindi non adeguatamente attendibili sul piano probatorio²⁰.

Sotto un profilo prettamente tecnico la *digital forensics* costituisce l'evoluzione della *computer forensics*. Quest'ultima si occupava essenzialmente del recupero dei dati persi o cancellati da *file*, *data base*, ecc., mentre la prima si propone di adattare il recupero di questi dati al contesto giuridico favorendo la loro completa ripetibilità all'interno del procedimento penale²¹, in quanto è oramai pacifico che per ottenere risultati giuridicamente plausibili occorre utilizzare metodologie che traggono origine dalla scienza, com'è da considerare a tutti gli effetti la *digital forensics*²². D'altronde, la necessità di seguire determinati passaggi — che in concreto rappresentano delle garanzie — costituisce un punto fermo della legge n. 48 del 2008. Nello specifico l'approccio al programma o al sistema informatico nel contesto dell'indagine deve assicurare: la conservazione senza alterazioni, anche successive, del dato informatico originale; la formazione di una copia conforme, non modificabile, dell'elemento acquisito; l'installazione di sigilli informatici sui documenti acquisiti²³.

Nonostante questi progressi, resi possibili dall'utilizzo di rigorose ed accreditate metodologie, il vero punto critico dei differenti protocolli è costituito dalla difficoltà sia ad essere dimostrati in dibattimento mediante la loro validazione con i *tests* di verifica, sia ad integrarsi al sistema giuridico, costituito da regole di esclusione e di valutazione e da *standards* probatori che non possono essere elusi nel momento in cui si pretende di immettere il dato informatico nell'*habitat* processuale. Non a caso uno dei problemi maggiori che deve affrontare la *digital forensics* è proprio quello di assumere

19. Per approfondimenti sul punto ZICCARDI, *Aspetti informatico-giuridici della fonte di prova digitale*, cit., 55 ss., nonché, anche per gli ampi riferimenti alla letteratura di settore, Id., *L'ingresso della computer forensics nel sistema processuale italiano: alcune considerazioni informatico-giuridiche*, in *Sistema penale e criminalità informatica. Profili sostanziali e processuali della Legge attuativa della Convenzione di Budapest sul cybercrime (l. 18 marzo 2008, n. 48)*, cit., pp. 165 ss.

20. Così, con chiarezza, MATTIUCCI, *Le indagini sui reperti invisibili*. High tech crime, cit., p. 709.

21. In questi termini, esemplarmente, MATTIUCCI, *Le indagini sui reperti invisibili*. High tech crime, cit., p. 709.

22. In merito v. il lavoro di PETERSON, SHENOI, *Advances in digital forensics V*, (IFIP International Federation for Information Processing), Springer edition, 2009.

23. CURTOTTI, *I rilievi e gli accertamenti sul locus commissi delicti nelle evoluzioni del codice di procedura penale*, in *Manuale delle investigazioni sulla scena del crimine. Norme, tecniche, scienze*, cit., p. 68.

un taglio trasversale in modo da « *garantire il controllo delle indagini e dei risultati scientifici forniti* »²⁴ mediante il rispetto delle regole procedurali, così da assicurare continuità probatoria dall'identificazione del dato alla sua analisi in laboratorio e alla successiva dimostrabilità in sede processuale — ed in particolare in dibattimento²⁵ — dei risultati conseguiti.

Il legislatore italiano, seppur con ritardo, ha cercato di disciplinare il settore intervenendo nell'ambito delle disposizioni relative ai mezzi di ricerca della prova e delle indagini di polizia giudiziaria prevedendo modalità di ispezione, perquisizione e sequestro per il materiale informatico in modo da preservarne integrità ed autenticità²⁶. In tal modo si è recepita la necessità, affermata da tempo dalla letteratura statunitense, di adeguare il sistema processuale penale al fenomeno della prova digitale²⁷.

Si tratta di innovazioni che offrono delle linee generali, aperte all'innovazione per cui si limitano a fissare degli obbiettivi finalizzati a garantire la salvaguardia dell'integrità del dato e la sua verificabilità successiva, pena l'inutilizzabilità.

Un altro problema che pare essere stato eluso dalla giurisprudenza è quella di ritenere la non ripetibilità di determinate operazioni sui reperti digitali.

3. Tra Scilla e Cariddi. Il rigore delle Cattedre... A fronte di questo quadro composito si registrano tendenzialmente due voci.

Da un lato, quella dei giuristi e dei tecnici che cercano di plasmarsi, coordinando la disciplina giuridica all'alta tecnicità raggiunta con la predisposizione di protocolli operativi (le cc.dd. S.O.P., *standard operating procedures*). E questo non mediante astratte modellistiche, ma con un armamentario che *in action* assicuri e prevenga le problematiche sottolineate dai tecnici.

Dall'altro lato, quella della giurisprudenza, meno sensibile alle rigorose conclusioni alle quali sono pervenuti i primi.

Uno dei primi aspetti che i tecnici mettono in chiaro è la congenita modificabilità della prova digitale a causa della sua immaterialità. È questa la ragione per cui diviene importantissima la modalità — alla quale devono

24. MATTIUCI, *Le indagini sui reperti invisibili*. High tech crime, cit., p. 711.

25. MATTIUCI, *Le indagini sui reperti invisibili*. High tech crime, cit., p. 711, sottolinea l'importanza e la decisività della « *descrizione ed interpretazione del verbale redatto in seno alle indagini preliminari* ».

26. Una compiuta analisi degli innovati istituti (artt. 244, 247, 352 e 354 c.p.p.) è contenuta nei contributi di LORENZETTO, *Le attività urgenti di investigazione informatica e telematica*; BRAGHÒ, *L'ispezione e la perquisizione di dati, informazioni e programmi informatici* e MONTI, *La nuova disciplina del sequestro informatico*, tutti contenuti nel volume curato da LUPÀRIA, *Sistema penale e criminalità informatica. Profili sostanziali e processuali della Legge attuativa della Convenzione di Budapest sul cybercrime* (l. 18 marzo 2008, n. 48), cit.

27. KERR, *Digital Evidence and the New Criminal Procedure*, in 105 *Colum. l. Rev.*, 2005, 279; Id., *Searches and Seizures in a Digital World*, in 119 *Harv. l. Rev.*, 2005, 531.

conformarsi tutti i protagonisti del rito criminale²⁸ — con cui viene appresa, in quanto una tecnica errata ne comporta la modificazione o alterazione²⁹ con tutti i rischi che ne conseguono in ordine alla capacità dimostrativa³⁰. E accanto alla voce dei tecnici, si ode l'eco dei giuristi che individuano nell'inosservanza di dette metodologie ricadute sul piano dell'utilizzabilità o, quantomeno — secondo un approccio *soft* —, una attenuazione del valore probatorio dell'evidenza digitale³¹.

La modalità per preservare³² il dato informatico e garantirne l'autenticità è costituito dal rispetto della *chain of custody*, vale a dire il tracciare il procedimento di repertamento ed analisi mediante *report*, così da escludere alterazioni indebite delle tracce informatiche intervenute successivamente alla creazione, trasmissione o allocazione in altro supporto. In tal modo si consente ad accusa e difesa di esperire le relative indagini, consulenze e valutazioni su un dato che risulta genuino e perfettamente cristallizzato³³.

I tecnici ritengono che questi rischi possono essere ridotti mediante l'utilizzo di protocolli operativi, le ricordate S.O.P., che consentono di applicare la miglior tecnica al momento fruibile³⁴, posto che la non ripetibilità del dato digitale non consente "passi falsi", pena la perdita del patrimonio gnoseologico in esso contenuto³⁵.

La situazione del nostro Paese è di anarchia nel senso che le forze di polizia utilizzano protocolli differenti³⁶ che si fondano su quattro principi

28. LUPÁRIA, *La ricerca della prova digitale tra esigenze cognitive e valori costituzionali*, cit., p. 147 ss.

29. TONINI, *Documento informatico e giusto processo*, cit., p. 404, che qualifica "fragile" il dato digitale.

30. MATTIUCCI, *Le indagini sui reperti invisibili*. High tech crime, cit., 712.

31. Così, nonostante propenda per la prima soluzione, LUPÁRIA, *La ricerca della prova digitale tra esigenze cognitive e valori costituzionali*, cit., p. 147 s.

32. DANIELE, *La prova digitale nel processo penale*, cit., 293, sottolinea come il pericolo della contaminazione della prova digitale è un rischio che il legislatore non può ignorare tanto per la vanificazione della pretesa punitiva, quanto per il pericolo di comprimere la prova a discarico dell'accusato.

33. PERRI, voce *Computer forensics (indagini informatiche)*, in *Dig. Pen.*, Milano, VI, Agg., 2011, p. 100.

34. Significativi appaiono gli insegnamenti di MATTIUCCI, *Le indagini sui reperti invisibili*. High tech crime, cit., p. 715: « la scena del crimine non può considerarsi un'area di laboratorio in cui possono essere applicati i tradizionali protocolli dell'analisi forense. Occorre elaborare delle S.O.P. (Standard Operating Procedure) calibrate per le investigazioni da esperire sulla scena criminis ».

35. Per una disamina, seppur in prospettiva generale, delle problematiche legate alla vanificazione dei contenuti di elementi di prova, ci si permette di rinviare al nostro studio, *Gli accertamenti tecnici irripetibili (tra prassi devianti e recupero della legalità)*, Torino, 2009, *passim*.

36. I modelli di riferimento sono indicati in MATTIUCCI, *Le indagini sui reperti invisibili*. High tech crime, cit., 715. V., anche in riferimento all'eterogeneità di protocolli, LUPÁRIA, *Accertamenti tecnico-informatici e best practices internazionali*, in LUPÁRIA, ZICCARDI, *Investigazione penale e tecnologia informatica. L'accertamento del reato tra progresso scientifico e garanzie fondamentali*, cit., pp. 192 s., il quale ritiene trattarsi di « una situazione inaccettabile, che pone giudici e parti processuali nella situazione di dover fare i conti con un contesto variegato e frammentato che certamente non agevola l'attività di interpretazione giudiziale ».

che si concretizzano nei seguenti passaggi:

- a) nessuna azione deve essere svolta se può cambiare dei dati direttamente o indirettamente e se può successivamente essere segnalata in dibattimento come invalidante della relativa fonte di prova;
- b) i dati sulla scena del crimine non dovrebbero mai essere acceduti direttamente; se questo, tuttavia, si rende indispensabile per il rischio della loro definitiva perdita, chi vi accede deve possedere la competenza tecnica e la conoscenza giuridica necessarie a spiegare in dettaglio i passaggi che ha seguito nelle attività informatiche;
- c) tutte le azioni sulla scena del crimine devono essere documentate. Ciò consente al giudice e alle parti processuali di valutarle ma anche di utilizzarle ai fini di ulteriori accertamenti tecnici;
- d) il responsabile delle indagini è anche responsabile della mancata attuazione dei tre principi (principio di responsabilità indiretta tipicamente anglosassone)³⁷.

Questo protocollo configura una *best practice* di alto livello, in grado cioè di gestire un ampio numero di situazioni in quanto fondata su linee guida universali. Diverso è il caso del protocollo di basso livello, molto più performante e, quindi, fruibile in ipotesi ben determinate³⁸.

Ora, superando gli aspetti relativi all'uso di una *best practice* di alto o basso livello, occorre volgere lo sguardo verso il profilo soggettivo e cioè di coloro deputati ad intervenire in siffatte situazioni³⁹. In Italia non vi è un vero e proprio *team* specificamente preparato nel settore come in altre realtà quali U.S.A. e Giappone, ove esistono squadre di intervento forensi locali, operative ventiquattro ore su ventiquattro. Nonostante ciò tutti i protocolli redatti a livello internazionale non possono prescindere dalle figure investigative del *Digital Evidence First Responder* e del *Digital Evidence Specialist*.

Il primo, operante singolarmente o in *team*, costituisce il soggetto autorizzato e qualificato per agire per primo sulla scena del crimine in relazione alla raccolta e all'acquisizione delle fonti di prova digitale; il secondo, invece, è la persona fisica o il *team* che, oltre a poter svolgere la prima funzione, possiede professionalità in materia di *digital forensics* tanto in campo tecnico che legale, tale da consentirgli l'intera gestione della situazione e quindi di

37. Riprodotti fedelmente dal contributo di MATTIUCI, *Le indagini sui reperti invisibili*. High tech crime, cit., p. 715.

38. Diffusamente sul punto ZICCARDI, *Le linee guida della Association of Chief Police Officers inglese*, in LUPÁRIA, ZICCARDI, *Investigazione penale e tecnologia informatica. L'accertamento del reato tra progresso scientifico e garanzie fondamentali*, cit., pp. 115 ss.; e PERRI, voce *Computer forensics (indagini informatiche)*, cit., p. 102, i quali sottolineano il differente procedere a seconda che la scena *criminis* si caratterizzi per la presenza di un *computer* acceso o spento.

39. In riferimento alle singole figure operanti sulla scena *criminis* v., seppur in una prospettiva generale, SARAVO, *CSI: il metodo di ricerca e valutazione delle tracce*, in *Manuale delle investigazioni sulla scena del crimine. Norme, tecniche, scienze*, cit., p. 369.

poter effettuare le attività di repertamento, copia, analisi di laboratorio e refertazione⁴⁰.

Il ritardo del legislatore italiano nel disciplinare la materia è parsa un'occasione in parte mancata⁴¹ per intervenire con una rigorosa disciplina, preferendo, al contrario, un approccio più morbido in nome di un reticolo normativo elastico di fronte all'inevitabile mutare delle tecniche di apprensione e valutazione del dato digitale.

La realtà effettuale mostra due criticità. L'aver disatteso un'esigenza fondamentale della Convenzione di Budapest sul *Cybercrime* che auspicava la creazione di un *corpus* normativo omogeneo in termini di criminalità informatica⁴², da una parte; e, dall'altra, l'aver collocato le norme in merito tra le attività di polizia giudiziaria nel segno di un'impostazione che ha inevitabili riverberi sul diritto di difesa, poiché l'elevato tecnicismo che caratterizza tali operazioni richiede figure dotate di grande competenza, spesso mancante a coloro che intervengono in prima battuta sulla scena *criminis*.

Naturalmente l'attività demandata alla p.g. è circoscritta al solo congelamento dei dati digitali. E la ragione si spiega con la necessità di intervenire con urgenza; situazione che non "tollera" il ricorso a istituti più garantisti. Estratta la copia dei dati l'operazione non può spingersi oltre, dovendo successivamente spostarsi in laboratorio il lavoro di selezione e analisi dei dati⁴³.

Ed è proprio l'attività di copia che riserva maggiori oscillazioni sul piano esegetico. Per i giuristi costituisce atto non ripetibile, ragion per cui è opportuno avvalersi del garantito⁴⁴ modello dell'accertamento *ex art. 360 c.p.p.*⁴⁵ e mentre per la giurisprudenza la procedura disegnata dal legislatore non consente cedimenti garantistici, data la ripetibilità dell'operazione che deve ritenersi pienamente utilizzabile qualora siano stati rispettati i protocolli.

Un aspetto che suscita perplessità è la mancata previsione espressa del-

40. MATTIUCCI, *Le indagini sui reperi invisibili*. High tech crime, cit., pp. 716 s.

41. LUPÁRIA, *La ratifica della Convenzione Cybercrime del Consiglio d'Europa*. Legge 18 marzo 2008, n. 48. *I profili processuali*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 718; nonché, volendo, GIUNCHEDI, *Considerazioni a prima lettura sulla l. 18.3.2008, n. 48 in materia di criminalità informatica*, in www.foro.europa.it, 2008, n. 1.

42. CURTOTTI, *I rilievi e gli accertamenti sul locus commissi delicti nelle evoluzioni del codice di procedura penale*, cit., p. 69.

43. CURTOTTI, *I rilievi e gli accertamenti sul locus commissi delicti nelle evoluzioni del codice di procedura penale*, cit., p. 70, la quale ricorda che in indagini aventi ad oggetto tracce biologiche e dattiloscopiche l'attività d'urgenza di p.g. può allargarsi anche al rinvenimento di indizi utili al prosieguo delle indagini.

44. Sulla relatività di detta garanzia si rinvia a GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili (tra prassi devianti e recupero della legalità)*, cit., spec. pp. 155 ss.

45. DANIELE, *La prova digitale nel processo penale*, cit., 295 ss. prospetta differenti ipotesi di contraddittorio tecnico.

l'inutilizzabilità⁴⁶ qualora non siano rispettate le procedure previste per l'estrazione del dato⁴⁷. Pregevole, quindi, il suggerimento di agire precauzionalmente mediante una procedura più garantita come quella degli accertamenti tecnici non ripetibili⁴⁸. Aspetto questo che deve tenere conto di un elemento di non poco momento per gli effetti non desiderati che ne possono conseguire in ragione della particolare morfologia del contraddittorio tecnico⁴⁹. Vi è, infatti, un dato che occorre chiarire fin da subito onde sgombrare il campo da possibili equivoci. Il tenore dell'art. 360, co. 3 c.p.p. prevede che difensori e consulenti tecnici abbiano diritto di « assistere al conferimento dell'incarico, di partecipare agli accertamenti e di formulare osservazioni e riserve ». Il punto è chiarire il significato da attribuire al verbo « assistere » ed in particolare se poterlo ritenere quale prologo al successivo diritto di formulare osservazioni e riserve. Se, infatti, lo si intende come attività di osservazione passiva, volta sul piano processuale a verificare la regolarità del compimento degli atti, è ovvio che il diritto di difesa risulta seriamente compromesso; diverso è il caso in cui l'accertamento tecnico ex art. 360 c.p.p. sia da assimilarsi per analogia alla perizia; qui il termine assistenza va letto in termini più ampi — di contraddittorio — e in correlazione logica con i diritti successivamente assicurati (partecipazione agli accertamenti, formulazione di osservazioni e riserve). L'art. 226, co. 2 c.p.p. prevede, infatti, un contraddittorio nella formulazione dei quesiti (« Il giudice formula quindi i quesiti, sentiti il perito, i consulenti tecnici, il pubblico ministero e i difensori presenti »).

Tornando all'acquisizione “viziata”, vi è un ulteriore nodo da sciogliere e cioè se il successivo sequestro possa sanare l'omesso rispetto di procedure qualitativamente garantite⁵⁰. Il quesito riporta all'annosa diatriba circa il rapporto tra perquisizione inutilizzabile e conseguente sequestro⁵¹, risolta con l'insoddisfacente principio del *male captum, bene retentum*. In questo caso il giudice dovrà soffermarsi sulle modalità di acquisizione del dato probatorio, accertando che sia avvenuto secondo i protocolli operativi a cui rimandano le specifiche norme in tema di ispezione e perquisizione informatica e che la validità dell'atto non sia compromessa da vizi tali da inficiare la genuinità delle informazioni che ne scaturiscono⁵². Ne consegue

46. DANIELE, *Indagini informatiche lesive della riservatezza. Verso un'inutilizzabilità convenzionale?*, in *Cass. pen.*, 2013, 368 s.

47. Condivisibilmente DANIELE, *La prova digitale nel processo penale*, cit., 295.

48. LUPÁRIA, *La ratifica della Convezione Cybercrime del Consiglio d'Europa. Legge 18 marzo 2008*, n. 48. *I profili processuali*, cit., 720.

49. Considerazioni sviluppate più diffusamente nel più ampio studio, *Gli accertamenti tecnici irripetibili (tra prassi devianti e recupero della legalità)*, cit., pp. 109 ss.

50. CURTOTTI, *I rilievi e gli accertamenti sul locus commissi delicti nelle evoluzioni del codice di procedura penale*, cit., pp. 98 ss.

51. *Cass.*, Sez. un., 27 marzo 1996, Sala, in *Cass. pen.*, 1996, 3268.

52. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008, pp. 91

quel principio definito di propagazione dell'inutilizzabilità, in forza del quale da un atto non utilizzabile non possono discendere effetti, se non quando siano favorevoli all'imputato⁵³. Più specificamente, si ritiene che un vizio che infici il valore probatorio di un elemento gnoseologico imponga che tutti gli altri elementi conoscitivi che a questi sono causalmente legati⁵⁴ debbano essere dichiarati inutilizzabili in quanto, colpendo la prova, ne inibiscono la funzione di unico sapere processuale sulla base del quale adottare la decisione⁵⁵.

In relazione a queste premesse, si può tentare di offrire una prima risposta tendente ad escludere che l'eventuale vizio genetico nell'acquisizione di una prova digitale possa essere superato con l'*escamotage* legato al successivo sequestro. Sarebbe contrario a ragionevolezza, nonché alla tutela di interessi processuali, consentire questa possibilità per sanare un atto per sua natura non ripetibile il quale, pur mantenendo intatto il profilo dell'attendibilità gnoseologica, ne vede svalutate le potenzialità dimostrative a causa di un processo di ricostruzione fattuale non ortodosso⁵⁶. Si tratta, quindi, di dare piena espansione alla teoria dei « *frutti dell'albero avvelenato* » enucleata dalla giurisprudenza statunitense⁵⁷, la quale, in prospettiva di salvaguardia del sistema, impone di escludere tutto quanto possa trasformarsi in un comodo artificio per eludere un divieto⁵⁸.

4. (Segue) . . . e la *nonchalance* delle Corti. La giurisprudenza, come anticipato, si muove su posizioni meno garantistiche rispetto alla letteratura, in quanto quest'ultima, miscelando aspetti tecnici e sistematicità, perviene a considerare come non ripetibili gli accertamenti di *digital evidence* con l'inevitabile necessità di fruire del contraddittorio tecnico previsto dall'art. 360 c.p.p.

Cerchiamo, quindi, di tracciare un quadro che, seppur non esaustivo, sia indicativo della posizione tenuta dai giudici al cospetto della *digital forensics*.

In una delle prime decisioni che ha tracciato linee guida in materia, affiora un orientamento che sul crinale della ripetibilità delle operazioni di

ss.

53. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., p. 89.

54. SABATINI, *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, Torino, 1953, p. 4.

55. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., pp. 92 ss.; SPANGHER, "E pur si muove" dal male captum bene retentum alle exclusionary rules, in *Giust. pen.*, 1997, III, 139. Di diversa opinione, in quanto la dipendenza sarebbe solo psicologica e non giuridica, CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, p. 141.

56. GALANTINI, voce *Inutilizzabilità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, I, Agg., Milano, 1997, p. 701.

57. KACYSKY, *Admissibility of illegally obtained evidence: a comparative study*, in *Modern Legal System Cyclopedia*, I A, II, 1988, 1A.80.12.

58. GAITO, *Aspetti problematici in tema di prove*, in GAITO, *Procedura penale e garanzie europee*, Torino, 2006, p. 96. Contra IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, p. 210, ritiene che « da noi l'albero della perquisizione più che avvelenato è selvatico. Le cose sequestrate non sono velenose, ma magari asprignole. Dunque processualmente commestibili ».

reperimento e copia del dato digitale tende ad eludere, sotto il pretesto della sussistenza di ragioni tecniche, il contraddittorio tra gli esperti. Per la Suprema Corte, infatti, « non rientra nel novero degli atti irripetibili l'attività di estrazione di copia di file da un computer oggetto di sequestro, dal momento che essa non comporta alcuna attività di carattere valutativo su base tecnico-scientifica, né determina alcuna alterazione dello stato delle cose, tale da creare pregiudizio alla genuinità del contraddittorio conoscitivo nella prospettiva dibattimentale, essendo sempre e comunque assicurata la riproducibilità d'informazioni identiche a quelle contenute nell'originale »⁵⁹. I giudici di legittimità con sovrappiù tecnica argomentativa, superano il problema delle garanzie utilizzando una solida base sistematica, ritenendo che in considerazione dell'assenza di oneri valutativi in capo al soggetto che compie l'attività di estrazione dei dati da *computer*, viene meno uno dei presupposti dell'accertamento tecnico irripetibile, dal che l'impossibilità di utilizzarne il modulo. La motivazione non considera gli aspetti tecnici legati alla molteplicità di procedure operative e quindi la circostanza che la decisione in ordine all'opzione per l'una o per l'altra implica una valutazione. Tanto che sotto questo profilo, in virtù di una rigida interpretazione dell'istituto in esame, riteniamo preferibile utilizzare il più garantito incidente probatorio in forma "accelerata"⁶⁰.

Sulla medesima falsariga si muove altra decisione di legittimità. Il ricorrente lamentava la nullità delle operazioni di *computer forensics* a causa del mancato avviso in ordine all'esame dell'*hard disk* del suo *computer*, come previsto dall'art. 360, co. 2 c.p.p. Per la Cassazione, però, non costituendo « accertamento tecnico irripetibile l'estrazione dei dati archiviati in un computer, trattandosi di operazione meramente meccanica, riproducibile per un numero infinito di volte », non sussiste « nullità quando l'accertamento in questione sia effettuato senza preavvisare il difensore della persona sottoposta alle indagini »⁶¹. In questa ipotesi non siamo al cospetto di un divieto che colpisce la prova, ma di un vizio nel procedimento che si riverbera sul risultato dello stesso, anche se trattandosi di nullità (a regime intermedio attenendo all'assistenza) risulta sanabile se non eccedeva nelle paratie di tempo fissate dal legislatore⁶².

Il quadro tracciato — idoneo, pur se molto limitato, per scattare un'istantanea del panorama nazionale nell'approccio alla *digital evidence* — pare non potersi nemmeno giovare dei diversi approdi della Corte europea che, di fronte ad ipotesi di perquisizioni informatiche e conseguente ablazione del *computer* senza specifiche garanzie, ha ritenuto concretizzarsi la violazione

59. Cass., Sez. I, 5 marzo 2009, A.S.A., in *Dir. pen. proc.*, 2010, 337, con nota critica di RICCI, *Digital evidence e irripetibilità delle operazioni acquisite*.

60. Per il quale ci si permette di rinviare a GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili (tra prassi devianti e recupero della legalità)*, cit., pp. 157 s.

61. Cass., Sez. I, 9 marzo 2011, E.M. in *Cass. pen.*, 2012, 440, con nota di DANIELE, *Il diritto al preavviso della difesa nelle indagini informatiche*, cit., del quale si leggano gli interessanti spunti.

62. Sul punto DANIELE, *Il diritto al preavviso della difesa nelle indagini informatiche*, cit., 445.

del diritto alla riservatezza, proprio perché l'evanescenza del dato richiede ulteriori cautele non superabili nemmeno in ipotesi di apposizione dei sigilli⁶³. Nonostante ciò anche la giurisprudenza sovranazionale esclude che la violazione dell'art. 8 CEDU importi riflessi immediati sull'iniquità del processo⁶⁴ con conseguente necessità di dover ripetere il processo depurato dalle prove reperite ledendo il diritto alla riservatezza. D'altronde i limiti posti dalla giurisprudenza costituzionale alla penetrazione dei principi espressi dalla Corte di Strasburgo nel tessuto connettivo del rito criminale interno, impone sì « di apprezzare la giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente, in modo da rispettarne la sostanza, ma con un margine di apprezzamento e di adeguamento che le consenta di tener conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi »⁶⁵.

Peraltro questo epilogo in una materia ove si giocano gran parte dei processi, era scritto nel prelude. Tutti ricorderanno il disinvolto approccio della giurisprudenza nel *leading case* Vierika⁶⁶. Secondo il Tribunale di Bologna dal mancato rispetto delle *best practices* non consegue automaticamente un'inutilizzabilità, spettando alla difesa l'onere di dimostrare che la metodologia utilizzata ha concretamente alterato i dati ottenuti. Allo stesso tempo — sempre per il giudice felsineo — possono ritenersi accertate le modalità di funzionamento di un sistema informatico anche dalla testimonianza resa in dibattimento dall'operante di polizia giudiziaria purché dotato di specifiche competenze.

Le considerazioni a trarsi da un simile approccio portano a conseguenze aberranti tanto per il disinteresse del giudice dall'utilizzo dei protocolli operativi, quanto per la *probatio diabolica* che si pone a carico della parte: dimostrare cioè le conseguenze derivanti dalla deviazione dalla *best practice*. Il sistema accusatorio, al contrario scrollandosi di dosso incrostazioni inquisitorie, dovrebbe pretendere che sia la parte che di quei dati vuol farne uso a dimostrare che, nonostante le *malpractices*, questi non risultano aver subito alterazioni⁶⁷. Non si trascuri, infatti, che condotte maldestre da parte degli inquirenti, possono influire sulla costruzione della prova d'alibi da parte dell'imputato⁶⁸, come è stato dimostrato in una nota vicenda⁶⁹.

63. Corte eur. dir. uomo, Sez. I, Robathin c. Austria, cit.

64. *Contra* Corte eur. dir. uomo, Gr. Cam., 10 marzo 2009, Bykov c. Russia.

65. Corte cost., n. 236 del 2011.

66. Trib. Bologna, 22 dicembre 2005, Vierika, in *Dir. internet*, 2005, 153, con nota di LUPÁRIA, *Il caso "Vierika": un'interessante pronuncia in materia di virus informatici e prova penale digitale. I profili processuali*.

67. Per approfondite considerazioni LUPÁRIA, *Il caso "Vierika": un'interessante pronuncia in materia di virus informatici e prova penale digitale. I profili processuali*, cit., 158 s.; nonché, più di recente, MARAFIOTI, *Digital evidence e processo penale*, in *Cass. pen.*, 2011, 4521.

68. Sull'alibi informatico, NICOSIA, CACCAVELLA, *Indagini della difesa e alibi informatico: utilizzo di nuove metodiche investigative, problemi applicativi ed introduzione nel giudizio*, in *Dir. internet*, 2007, 520 ss.

69. Trib. Vigevano, 17 dicembre 2009, Stasi, citato in MARAFIOTI, *Digital evidence e processo penale*,

L'altro aspetto che emerge dalla decisione Vierika attiene al mancato esperimento di consulenze e di una perizia da parte del giudice, ritenendo sufficienti le informazioni riversate in dibattimento dall'ufficiale di polizia giudiziaria che ha effettuato l'analisi del sistema informatico. Accreditarne una simile impostazione significa scivolare in un crinale molto pericoloso per le sorti del processo penale poiché permeato da forti tratti inquisitori. Proviamo a pensare alle possibili conseguenze che, in un contesto più generale⁷⁰, avevamo già respinto con fermezza.

La questione attiene alla possibilità di recuperare i risultati di un accertamento effettuato secondo modalità invalidanti. Questo sia su istanza di parte che mediante i poteri istruttori suppletivi previsti dall'art. 507 c.p.p.

Trascurando di trattare dei principi che stanno alla base della scelta del legislatore di derogare nel dibattimento, mediante gli artt. 506 e 507 c.p.p., alla scelta di metodo fondata sul potere dispositivo della prova in capo alle parti, va sottolineato come ai fini della risoluzione del problema, sia fondamentale ripercorrere i passaggi compiuti dalla Corte costituzionale e dalle Sezioni unite nell'allargare e chiarire la portata delle disposizioni appena ricordate, cercando un punto di equilibrio in relazione ai possibili abusi che possono derivare da un simile potere. La giurisprudenza costituzionale⁷¹ ha ritenuto di ampliare i poteri di intervento del giudice con l'esigenza di evitare disattivazioni dell'azione penale da parte di un pubblico ministero che non la coltivi con le necessarie richieste probatorie e, al contempo, che lacune difensive pregiudichino il diritto di difesa. Ed è inevitabile che, da un lato, si alimentano i timori di minare la purezza decisionale del giudice il quale, mediante incursioni probatorie, rischierebbe di perdere quel distacco dalla controversia che lo rendono imparziale; dall'altro lato che i poteri giudiziali in punto di prova tendono a salvaguardare la giurisdizione purificandola dai vuoti e dai limiti che l'attività delle parti può evidenziare, a condizione che i poteri probatori del giudice si proiettino « verso la decisione e non verso la conferma e la smentita di una determinata tesi »⁷²; che tendano, in breve, a completare il panorama probatorio offerto dalle parti solo in ipotesi di assoluta necessità. Il problema è costituito dall'utilizzo dei poteri istruttori del giudice per finalità non propriamente ortodosse in relazione all'impronta accusatoria del processo le quali tendono anche a sconfinare dalla incompletezza del panorama probatorio — ipotesi in cui è legittimo il potere integrativo del giudice — all'incertezza che è coerente con gli epiloghi codificati in forza dei canoni valutativi previsti dagli artt. 530, co. 2, e 533, co. 1 c.p.p.

cit., 4523, sentenza in cui si legge che il « danno irreparabile prodotto dagli inquirenti attiene proprio all'accertamento della verità processuale ».

70. GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili (tra prassi devianti e recupero della legalità)*, cit., 139 ss.

71. Corte cost., n. III del 1993.

72. DE CARO, *Poteri probatori del giudice e diritto alla prova*, Napoli, 2003, p. 130.

Più specificamente, va ripudiato un potere vicario del giudice per « *supplire alla totale inerzia delle parti* »⁷³ che è stato ritenuto degno di cittadinanza nell'ordinamento dalle Sezioni unite⁷⁴ e dalla Corte costituzionale⁷⁵, le quali, riproponendo le finalità inquisitorie della ricerca della verità, hanno degradato lo spirito agonista del processo penale ove il ruolo e le strategie delle parti giocano un peso decisivo nelle dinamiche contraddittoriali.

Sulla scorta degli insegnamenti predetti si ritiene che il giudice, in forza dei poteri integrativi *ex officio*, possa recuperare, assumendo la relativa testimonianza del consulente tecnico, un accertamento non ripetibile nullo (ad esempio per mancanza dell'avviso), ma non di un accertamento inutilizzabile, trattandosi di vizio che inficia patologicamente il risultato dell'atto.

5. Verso un “Rinascimento” giuridico nella *digital forensics*. È giunto il momento di trarre delle conclusioni estremamente sintetiche onde evitare di ritornare su aspetti già illustrati nei paragrafi precedenti.

Che le prove digitali si contraddistinguano per immaterialità e fragilità è pacifico; così come è altrettanto certo che richiedano metodi di raccolta per i quali sono necessarie competenze tecniche diverse da quelle solitamente utilizzate dagli inquirenti per le altre risultanze probatorie⁷⁶.

In relazione a ciò è evidente la loro facile modificabilità, possibile anche con un semplice accesso da parte di soggetto non adeguatamente specializzato.

Da qui l'esigenza, sollecitata e da tecnici e giuristi, che il dato informatico venga cristallizzato mediante complesse operazioni tecniche accompagnate dalla loro tracciabilità tale da evidenziare quella che in gergo viene definita *chain of custody*.

Queste motivate esigenze sono state in parte recepite dal legislatore con la legge n. 48 del 2008, costituente un testo normativo che offre delle coordinate programmatiche, con il limite di non prevedere delle sanzioni in caso di loro inosservanza.

In questa vaghezza, dettata dall'esigenza di non chiudersi di fronte alle possibili innovazioni tecnologiche finalizzate a preservare il quadro digitale, la giurisprudenza si è ingiustificatamente insinuata con una retrospettiva inquisitoria che desta non poche perplessità in ordine ad un processo penale che, proclamato il contraddittorio nella formazione della prova, lo ha poi

73. Cass., Sez. II, 23 ottobre 1991, P.m. in proc. Marinkovic, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1992, 436.

74. Cass., Sez. un., 6 novembre 1992, Martin, in *Cass. pen.*, 1993, 280; e, sotto l'egida dell'art. 111, co. 2, Cost., Id., Sez. un., 17 ottobre 2006, P.m. in proc. Greco, in *Guida dir.*, 2007, 2, 78.

75. La già citata Corte cost., n. 111 del 1993.

76. Per tutti CASEY, *Digital Evidence and Computer Crime. Forensic science, Computers and the Internet*, London-San Diego, Academic Press, 2004, 15; KERR, *Digital Evidence and the New Criminal Procedure*, cit., 291.

abbandonato in nome della prova tecnica, molto spesso recuperata dalla fase di indagine, in merito alla quale si può solo pretendere un contraddittorio *sul dato gnoseologico*.

In questo contesto *mettre à côté* le conseguenze derivanti dall'omesso o maldestro utilizzo delle *best practices* significa non considerare l'importanza degli accertamenti relativi alla prova digitale, piegandosi ad una logica autoritaria svincolata dai canoni della prova sia scientifica che logica⁷⁷.

Sono queste le ragioni, recepite dalla dottrina⁷⁸, della necessità di un contraddittorio effettivo nel momento in cui si accede al dato digitale, in considerazione dell'irreversibilità dei risultati raggiunti.

Siamo consci che questo non sempre possa avvenire per la necessità di intervenire con urgenza e anche perché il contraddittorio tecnico implica l'avviso all'indagato che, in tal modo, è potenzialmente in condizione di manipolare il sistema informatico ed inquinare i dati⁷⁹. In queste situazioni l'effetto "sorpresa" può offrire dei risultati diversamente non ottenibili. La potenziale proficuità dell'indagine, però, non può andare a discapito della genuinità della prova; per tal motivo, in tali situazioni, l'unica garanzia possibile è un controllo *ex post* fondato sulla verifica della correttezza della metodologia utilizzata, senza alcun onere probatorio in capo alla parte che eccede una deviazione dal modello operativo.

Il diverso approccio di giurisprudenza e dottrina riflette due differenti culture processuali⁸⁰: la prima di stampo inquisitorio, che non dovrebbe più godere di cittadinanza in un processo accusatorio, con il giudice attore incontrastato in tema di prova; la seconda costituente il portato del giusto processo e dei moderni approdi del rapporto tra scienza e diritto, ove il giudice non è più succube della scienza, ma neppure *peritus peritorum* dovendo porsi come consumatore informato di leggi scientifiche con l'obbligo di motivare logicamente la propria decisione. Solo seguendo queste coordinate non si depaupererà l'importante patrimonio culturale faticosamente acquisito.

Queste conclusioni non devono, però, portare ad assolutizzare il risultato dell'accertamento informatico in quanto per un ortodosso utilizzo della prova scientifica non bisogna mai relegare il ruolo del giudice — e quello

77. Molto efficace il richiamo effettuato da MARAFIOTI, *Digital evidence e processo penale*, cit., 4523, ad un risalente scritto di PAGANO, *Logica de' probabili applicata a giudizi criminali, o Teoria delle prove*, in *Opere*, III, Lugano, 1832, nel quale emerge la necessità che l'indizio sia provato, in quanto qualora sia solo probabile, il fatto risulterà sempre dubbio. Dal che l'impossibilità per indizi mal provati, in quanto solo probabili, di affermare la sussistenza di un fatto, indipendentemente dal numero di essi.

78. TONINI, *Documento informatico e giusto processo*, cit., 406.

79. DANIELE, *La prova digitale nel processo penale*, cit., 297 s., in relazione a queste problematiche suggerisce una graduazione del contraddittorio tecnico.

80. Esemplari sul punto le pagine di TONINI, *La sentenza di Perugia come occasione di ripensamento sul metodo scientifico di conoscenza*, in *L'assassinio di Meredith Kercher. Anatomia del processo di Perugia*, a cura di M. Montagna, Roma, 2012, pp. 25 ss.

delle parti — a fruitore passivo della scienza, in quanto la prova tecnica costituisce uno dei tanti ingredienti — magari, in taluni casi, quello più rilevante — della piattaforma probatoria, ove l'*assist* spetta sempre al giudice quale conseguenza di una serie di valutazioni complesse, prima fra tutte l'inferenza⁸¹. D'altronde è in questi termini che la Suprema Corte ha "relativizzato" l'apporto tecnico in processi connotati da una forte matrice scientifica⁸², ritenendo che molto spesso la logica consente di raggiungere *aliunde* gli stessi risultati dello scienziato e, soprattutto, di fungere da *gatekeeper* della scienza.

Sono queste le ragioni per auspicare un ritorno al tradizionale processo accusatorio, arricchito però dall'importante, ma non decisivo, apporto scientifico.

Insomma, ci troviamo in pieno "Rinascimento" giuridico.

81. Per più approfondite considerazioni in merito, anche per la ricca bibliografia citata, SANTORIELLO, *La prova penale e la sua valutazione*, Roma, 2012, pp. 174 ss.

82. Cass., Sez. I, 21 maggio 2008, Franzoni, in *Cass. pen.*, 2009, 1840, secondo cui « il requisito della certezza che deve assistere gli elementi indizianti, requisito non espressamente enunciato dall'art. 192, co. 2 c.p.p. ma postulato come indefettibile dalla giurisprudenza ed intrinsecamente connesso alla sistematica della prova indiziaria, non può assumersi in termini di assolutezza e di verità in senso ontologico, in quanto la certezza del dato indiziante è pur sempre una certezza di natura processuale e partecipa di quella specie di certezza che si forma nel processo attraverso il procedimento probatorio ». Nel caso specifico — il c.d. delitto di Cogne — le prove tecniche sono state bilanciate da una considerazione logica (« quando la possibilità dell'azione di una terza persona sia stata esclusa dal giudice al di là di ogni ragionevole dubbio, la prova logica della responsabilità dell'imputato che ne deriva può essere correttamente posta come caposaldo della sequenza indiziaria, laddove la suddetta responsabilità si presenti come l'unica realistica e necessitata alternativa residuale »). Cfr., anche, Cass., Sez. I, 25 marzo 2013, P.G. in proc. Knox ed altro, in www.archiviopenale.it, ove dalla condanna per calunnia della Knox — e al rigetto del relativo motivo ricorso — ha tratto, secondo le regole della logica, una correlazione con il più grave delitto di omicidio di Meredith Kercher: « La motivazione della sentenza sulla correlazione da istituire tra il fatto di calunnia ed il più grave reato di omicidio e quindi sulla sussistenza o meno del nesso teleologico inizialmente contestato e ritenuto, è manifestamente illogica e deve essere riformulata secondo parametri di maggiore plausibilità e con maggiore aderenza ai flussi informativi, essendo mancato un approfondimento critico sulla plausibilità del collegamento sostenuto dai primi giudici. Il passaggio è fondamentale nell'economia della ricostruzione, perché impinge il profilo, tutt'altro che irrilevante, della presenza della giovane all'interno della casa al momento del fatto di sangue, presenza che pur non potendo tradursi in automatica prova del concorso nell'omicidio, è tale da illuminare con intensa luce lo sviluppo ed i protagonisti dell'orribile delitto ».

Il vaglio dibattimentale della *digital evidence*

Francesco Cajani

1. Lo stato del dibattito dottrinale sulla esistenza o meno di sanzioni processuali in caso di assenza o non corretta adozione delle misure volte a salvaguardia della genuinità della *digital evidence*. Come noto agli addetti ai lavori, ogni elemento di prova digitale (c.d. *digital evidence*) raccolto durante le indagini, per essere giudicato idoneo a dimostrare il fatto invocato, deve necessariamente possedere i requisiti della integrità¹, della genuinità e della non ripudiabilità: e dunque, « *più il processo di acquisizione e conservazione sarà improntato a criteri di scientificità e rigore, maggiori saranno le probabilità che il giudice consideri gli elementi raccolti idonei a provare i fatti oggetto della causa* »².

In tale contesto, le previsioni di misure — introdotte nel testo degli artt. 244, 247 e 354 c.p.p. dalla l. 18 marzo 2008, n. 48 — volte a salvaguardare la genuinità della *digital evidence* all'atto della sua acquisizione (ma anche, come l'esperienza impone, nell'intera catena di conservazione del reperto, prima e dopo la sua analisi) ripropongono alcuni quesiti che erano già stati sollevati in passato, allorché il Pubblico Ministero non le avesse indicate nei suoi decreti (di perquisizione / ispezione) e / o la Polizia Giudiziaria le avesse omesse ovvero esse fossero state, in ogni caso, erroneamente adottate.

Per lunghi anni il banco di prova del dibattito³ in materia era stato la sen-

1. Come già indicato in uno dei primi scritti italiani sul tema, l'integrità può definirsi come « *quella proprietà per effetto della quale si escludono alterazioni indebite delle tracce informatiche intervenute in epoca successiva alla creazione, trasmissione o allocazione in un supporto autorizzato* »: così COSTABILE, RASETTI, *Scena criminis, tracce informatiche e formazione della prova*, in *Cyberspazio e dir.*, 2003, 4, 273.

2. DA VALLE, *Legge 18 marzo 2008 (criminalità informatica)*, art. 9, in *Legisl. pen.*, 2008, 298.

3. Dibattito che spesso però non ha tenuto conto (così, per esempio, LUPÀRIA, *I profili processuali*, in *Dir. Internet*, 2006, 2, 155 ss.) del caso concreto all'interno del quale si collocava la richiesta della Difesa, all'esito del dibattimento, di ottenere una perizia « *volta ad esplicitare il funzionamento del programma* » in questione, dal momento che nella stessa motivazione si legge come « *gli elementi di conoscenza probatoria* » di cui disponeva il Tribunale di Bologna si poggiavano « *anche su produzioni documentali assunte con il consenso delle parti, come la cd. analisi tecnica* » redatta dalla Polizia Giudiziaria nonché « *la documentazione relativa ai files sequestrati nel computer dell'imputato* ». Cfr. sul punto anche COSTABILE, *Computer forensics ed informatica investigativa alla luce della Legge n. 48 del 2008*, in *Cyberspazio e dir.*, 2010, 3, 495.

tenza di primo grado⁴ relativa al “caso Vierika”⁵, in relazione alla quale si era sostenuto che l’assenza o la non corretta adozione delle misure volte a salvaguardia della genuinità del dato informatico comportasse l’inutilizzabilità⁶ della *digital evidence* assunta durante le indagini⁷.

Tuttavia, prima dell’avvento della legge n. 48 del 2008 la tesi che riconduceva i casi in esame a tale tipo di invalidità « *appariva piuttosto forzata* »⁸, dato il principio di tassatività delle ipotesi di inutilizzabilità previsto dal nostro ordinamento giuridico.

Ma a conclusioni opposte si arriverebbe proprio alla luce delle innovazioni introdotte nel 2008. Ed infatti, preso atto che « *l’adozione delle citate misure di salvaguardia rappresenta uno speciale requisito (con finalità garantiste), che va sempre rispettato quando si procede ad ispezione o perquisizione su supporti digitali o telematici* » configurandosi come « *un elemento costitutivo di ambedue queste ultime fattispecie, sicché la sua imperfezione o la sua assenza impedisce l’integrazione delle medesime* », si paleserebbe in tali ipotesi la sanzione della nullità⁹. Conclusione questa che, si afferma, non potrebbe mutare neppure richiamando la nota costruzione giurisprudenziale del *cd. male captum bene retentum*, considerato che « *essa può reggere peraltro entro i noti limiti delineati dalle Sezioni unite della Cassazione solo con riferimento a sequenze fattuali che avvengono nel mondo reale, ma non in quello virtuale* »¹⁰. Un esempio, secondo tale impostazione, « *può chiarire meglio l’assunto: il valore probatorio dell’arma del delitto è sostanzialmente indifferente alla maniera con la quale sia avvenuta*

4. Il riferimento è a Tribunale di Bologna, Sez. I, 22 dicembre 2005, V., in *Dir. Internet*, 2006, 2, 153 ss., con nota di LUPÁRIA, *I profili processuali*. Per il testo integrale della sentenza cfr. www.penale.it.

5. Trattasi, come si legge nella motivazione, del programma informatico denominato Vierika, “*un internet worm programmato in Visual Basic Script*”.

6. « *L’inutilizzabilità è un tipo di invalidità che ha la caratteristica di colpire non l’atto in sé, bensì il suo “valore probatorio”*. L’atto, pur valido dal punto di vista formale (ad esempio, non è affetto da nullità) è colpito nel suo aspetto sostanziale, poiché l’inutilizzabilità impedisce ad esso di produrre il suo effetto principale, che è quello di essere posto a base di una decisione del giudice. In linea generale è possibile affermare che l’inutilizzabilità consegue alla violazione di un divieto probatorio”: così efficacemente TONINI, *Manuale di procedura penale*, IV, Milano, 2002, p. 167.

7. « *La materia della digital evidence non deve trasformarsi in un’occasione per effettuare salti all’indietro* » nella nostra storia processuale: la violazione delle regole legali di apprensione dei files, nonché il mancato rispetto dei protocolli scientifici che assicurano la genuinità e l’integrità della *electronic evidence*, danno origine a una causa di inutilizzabilità della prova raccolta. Nessuna forma di valutazione dei dati informatici è dunque possibile di fronte ad una *evidentiary barrier* (cfr. DAMASKA, *Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study*, in 121 *Univ. Penn. L. Rev.*, 1973, 121) che sottrae l’elemento probatorio dalla “vorace potenza superlogica” — per dirla con Cordero — rappresentata dal giudice: così LUPÁRIA, *I profili processuali*, cit., p. 159.

8. Così VITALE, *La nuova disciplina delle ispezioni e delle perquisizioni in ambiente informatico o telematico*, in *Dir. Internet*, 2008, 5, 509, che comunque la ritiene “*apprezzabile nell’intento*”.

9. *Ibidem*.

10. L’autore sul punto cita CUOMO, RAZZANTE, *La disciplina dei reati informatici*, Torino, 2007, p. 43, secondo i quali « *le “prove digitali” devono essere raccolte in un luogo virtuale dove perde consistenza la naturale propensione dell’uomo a rapportarsi con il mondo circostante con l’uso dei cinque sensi e, in particolare, il tatto* ».

l'adprehensio di questa res; viceversa, la veridicità e la genuinità d'un determinato file dipendono direttamente dal modo (e finanche dalla competenza dei cyber investigators) con cui esso è stato individuato e acquisito»¹¹.

Il percorso motivazionale del Giudice del Tribunale di Vigevano nel noto caso Garlasco, sia pure riferibile ad una situazione di fatto anteriore all'entrata in vigore della legge n. 48 del 2008, pare proprio voler aderire ad una possibile ricostruzione di una nullità processuale per violazione del diritto di difesa dell'indagato/imputato¹², la quale tuttavia non sussisterebbe nell'ipotesi in esame avendo il Tribunale qualificato gli atti metodologicamente scorretti compiuti dalla Polizia Giudiziaria come «rientranti negli artt. 55 e 348 c.p.p.», non integrando quindi «un vero e proprio accertamento tecnico che sarebbe invece da ritenersi nullo perché di fatto irripetibile ed in violazione del contraddittorio»¹³.

Tuttavia, proprio alla luce del tenore delle stesse norme nazionali di attuazione della Convenzione di Budapest, altro autore¹⁴ ha ritenuto che la mancata adozione delle misure di salvaguardia non condurrebbe ad una nullità del mezzo di ricerca della prova sia perché il portato innovativo ex legge n. 48 del 2008 «non richiede l'adozione di best practises, ma il ricorso a misure tecniche adeguate al raggiungimento dello scopo conservativo dei dati acquisiti», sia perché la nullità di ordine generale richiamata dall'art. 178 lett. c) c.p.p. non concerne «la metodologia di acquisizione probatoria e di conservazione degli elementi raccolti in materia informatica».

Nè potrebbe discendere, in casi simili, una sanzione processuale dell'inutilizzabilità della prova poiché, anche nel nuovo contesto normativo, mancherebbe un «esplicito richiamo» ad essa¹⁵.

Altra impostazione più recente¹⁶, dopo aver anch'essa rilevato l'insoste-

11. VITALE, *La nuova disciplina delle ispezioni e delle perquisizioni in ambiente informatico o telematico*, cit., 510.

12. Così infatti il passaggio nell'ordinanza del 30 aprile 2009 (nell'ambito del procedimento penale parallelo per i fatti di pedopornografia): «anche a voler ammettere l'applicabilità temporale della nuova normativa nei suoi articoli 8 e 9 alla fattispecie processuale oggetto del presente giudizio, non si rientra nel caso di specie nell'ambito del regime della inutilizzabilità di cui all'art. 191 c.p.p., in quanto la suddetta disposizione si riferisce alle prove acquisite in violazione di legge e non a quelle la cui assunzione, pure consentita, sia avvenuta senza l'osservanza delle formalità prescritte, dovendosi applicare in tal caso la disciplina delle nullità processuali».

13. Ordinanza del 17 marzo 2009. Le richiamate ordinanze e la sentenza del G.u.p. di Vigevano del 17 dicembre 2009 sono, nelle parti più significative, pubblicate in ATERNO, CAJANI, COSTABILE, MATTIUCI, MAZZARACO, *Computer Forensics e indagini digitali. Manuale tecnico-giuridico e casi pratici*, Forlì, 2011, I, p. 380 ss; p. 636 ss.

14. BRAGHÒ, *L'ispezione e la perquisizione di dati, informazioni e programmi informatici*, in *Sistema penale e criminalità informatica*, a cura di Luparia, Milano, 2009, pp. 190-191.

15. *Ibidem*. Allo stesso modo DANIELE, *La prova digitale nel processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 294-295.

16. BERGONZI PERRONE, *Il mancato rispetto delle disposizioni della l. 48/2008 in tema di acquisizione probatoria informatica: per una ipotesi sanzionatoria non prevista esplicitamente dal dato normativo*, cit.

nibilità della tesi della nullità, ritiene tuttavia che « *la strada da seguire per indagare sull'esistenza o meno di una presenza sanzionatoria andrà ricercata in altre disposizioni e in altri principi processual-penalistici* » che qui vengono individuati nella « *ben nota interpretazione costituzionalmente orientata della inutilizzabilità "derivata", o "costituzionale", additiva alla inutilizzabilità cosiddetta "patologica", inerente cioè agli atti probatori assunti contra legem* »¹⁷.

In effetti già prima del 2008 si era fatto riferimento ad una « *inutilizzabilità del materiale raccolto per unreliability, vale a dire per inidoneità delle evidenze ad assicurare un accertamento attendibile dei fatti di reato* »¹⁸, e quindi non già legata a previsioni testuali del codice di rito ma semmai derivante da impostazioni dogmatiche di origini statunitensi. Una simile impostazione, attesa una giudicata « *non... sufficiente sanzione nella predicata inattendibilità del risultato ottenuto* » dal momento che la contrapposta soluzione si limiterebbe « *a situare gli effetti di metodiche scorrette sul piano scivoloso della valutazione giudiziale della prova* »¹⁹, è dunque ripresa con maggior forza dopo l'introduzione della legge n. 48 del 2008 da coloro che ritengono che « *la digital evidence ottenuta o duplicata con metodi impropri o comunque non verificabili equivale ad un quid diverso da quello originariamente rinvenuto e, introdotta in giudizio in forza della sua indifferibile rilevazione, mette a disposizione del giudice un dato adulterato* »²⁰. Da una siffatta « *inidoneità probatoria della risultanza in sé e di qualsiasi ulteriore mezzo di prova finalizzato ad analizzarla* »²¹ si verrebbe così a configurare un « *dovere giudiziale di escludere già in fase di ammissione della prova (art. 190 c.p.p.) l'evidenza digitale rilevata, con conseguente inutilizzabilità della stessa ovvero della sua successiva analisi tecnica in quanto acquisite, entrambe, in violazione di un divieto stabilito dalla legge (art. 191 co. 1 c.p.p.)* »²².

E, ancora più recentemente, è stato autorevolmente sottolineato²³ come

17. *Ibidem*.

18. Cfr. ASHWORTH, *Excluding Evidence as Protecting Rights*, in *Criminal Law Review*, 1977, 724, così come richiamato da LUPÁRIA, *I profili processuali*, cit., 158.

19. LORENZETTO, *Le attività urgenti di investigazione informatica e telematica*, cit., p. 161.

20. LORENZETTO, *Le attività urgenti di investigazione informatica e telematica*, cit., p. 162.

21. L'autrice osserva sul punto che in dottrina si sia affermato come « *il criterio di idoneità probatoria, espressamente indicato tra i parametri per l'ammissione della prova atipica (art. 189 c.p.p.), deve riconoscersi anche quale presupposto implicito per l'ammissione della prova tipica* »: così BRUSCO, *La valutazione della prova scientifica*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 6, suppl. (Dossier: *La prova scientifica nel processo penale*, a cura di Tonini), 27.

22. LORENZETTO, *Le attività urgenti di investigazione informatica e telematica*, cit., p. 162, p. 163. Nello stesso senso pare MONTI, *I mezzi di ricerca della prova digitale*, in *Sistema penale e criminalità informatica*, a cura di Luparia, cit., p. 209: « *Se questa lettura è giusta, allora è inevitabile riaprire il capitolo dell' (in)utilizzabilità processuale dei dati acquisiti nel mancato rispetto dei suindicati obiettivi di garanzia, che la giurisprudenza aveva frettolosamente e brutalmente interrotto* ». Anche tale autore fa riferimento a spunti comparativistici di diritto statunitense (in materia di irragionevolezza del sequestro, con particolare riferimento all'inutilizzabilità di prove non indicate nel provvedimento che dispone la misura): cfr. LONG, *Mapp. V. Ohio: Guarding Against Unreasonable Searches and Seizures*, University Press of Kansas, 2006.

23. CONTI, *Il volto attuale dell'inutilizzabilità: derive sostanzialistiche e bussola della legalità*, in *Dir.*

la problematica in oggetto, sia pure « *resa ardua dal rilievo che le specifiche modalità acquisitive sono prive di una espressa disciplina* », meriterebbe una particolare attenzione — anche sotto il profilo sanzionatorio — dal momento che « *siamo senz'altro dinanzi a violazioni che attengono alle modalità di formazione della prova, al cd. quomodo, eppure incidono sulla sostanza dell'atto in forza al collegamento delle stesse con la genuinità–integrità del dato raccolto e, dunque, in ultima analisi con la qualità euristica dello stesso* ».

2. La prima sentenza della Suprema Corte dopo l'introduzione della legge n. 48/2008. Se questa è l'impostazione della dottrina sul punto (in estrema sintesi ma avendo ritenuto opportuno riportare qui per esteso alcuni dei passi più significativi per coglierne appieno le rispettive valenze argomentative), nella sua prima pronuncia²⁴ in materia di *digital evidence* dopo l'entrata in vigore della legge n. 48 del 2008 la Suprema Corte è parsa seguire la tesi volta a riportare l'ambito della questione nell'alveo della valutazione probatoria in capo al Giudice²⁵, sia pure non affrontando *ex cathedra* il tema in esame (dal momento che, nonostante il ricorrente avesse indicato il profilo del mancato rispetto della procedura di conservazione e duplicazione del dato informatico così come previsto dalla nuova normativa, di fatto la motivazione della sentenza afferma la corrispondenza in astratto tra dato normativo e quanto la Polizia Giudiziaria aveva compiuto nel caso concreto²⁶).

Pare altresì opportuno rilevare come qui la Cassazione, in maniera significativa ai fini del nostro discorso e concordemente con un rilievo dottrinale prima ricordato²⁷, evidenzia come « *la normativa richiamata dal ricorrente non individua specificatamente le misure tecniche da adottare, limitandosi a richiamare le esigenze da salvaguardare attraverso idonei accorgimenti* ».

In attesa di pronunce che prendano espressa posizione in materia, è possibile tuttavia indicare alcuni ulteriori spunti di riflessione.

pen. proc., 2010, 7, 790.

24. Cass., Sez. II, 13 marzo 2009, Bruno, in www.lawyeronweb.it. Per un commento cfr. CISTERNA, *Tecniche di ricerca appropriate in base all'attuale quadro normativo*, in *Guida dir.*, 2009, 17, 87 ss.

25. Così anche BERGONZI PERRONE, *Il mancato rispetto delle disposizioni della l. 48/2008 in tema di acquisizione probatoria informatica: per una ipotesi sanzionatoria non prevista esplicitamente dal dato normativo*, cit.

26. Più precisamente, la Corte afferma che « *come si vince dal verbale di sequestro, redatto in presenza del ricorrente, nel caso in esame il file oggetto del sequestro è stato masterizzato in quattro copie identiche, su altrettanti Cd-rom non riscrivibili, uno dei quali è stato lasciato a disposizione dell'ausiliario di p.g. . . che ha sottoscritto tutti i Cd-rom in questione, e quindi adottando misure tecniche. . . in astratto idonee ad assicurare la conservazione e l'immodificabilità dei dati acquisiti. Ogni altra valutazione di ordine tecnico circa la necessità di effettuare l'hashing per poter eventualmente verificare se la copia del file nel Cd masterizzato sia uguale all'originale (e, quindi, se il file sia stato modificato o meno) è estranea al giudizio di legittimità* ».

27. BRAGHÒ, *L'ispezione e la perquisizione di dati, informazioni e programmi informatici*, cit., p. 190.

3. I lavori preparatori della legge n. 48/2008. In una prima analisi interpretativa, occorre sottolineare come nel complessivo dibattito parlamentare che ha preceduto l'emanazione della legge n. 48 del 2008 non vi sia traccia della volontà di modificare sul punto il pregresso regime sanzionatorio in materia di acquisizione degli elementi di prova, neppure laddove essi rivestano particolari caratteristiche.

La discussione dell'art. 7 alla Camera dei Deputati è stata invece dettata da preoccupazioni diverse²⁸, volte a scongiurare eventuali carenze della Polizia Giudiziaria nell'approccio alla *digital evidence*, arrivando così all'approvazione dell'originario testo del disegno di legge comprensivo dell'emendamento 7.100 delle Commissioni che introduceva — nel corpo degli artt. 244, 247 e 354 c.p.p. — la dizione « *adottando misure tecniche dirette ad assicurare la conservazione dei dati originali e ad impedirne l'alterazione* ». Siffatto testo rimase poi inalterato al Senato, come del resto l'intero disegno di legge approvato alla Camera.

4. Le critiche alla tesi delle prove c.d. incostituzionali. Se dunque il riferimento normativo dell'inutilizzabilità risiede nell'art. 191 comma 1 c.p.p., l'accento della questione cade — come già ricordato — sulla possibilità o meno di individuare un siffatto divieto nelle norme volte a disciplinare il procedimento probatorio²⁹.

Una prima considerazione appare però evidente: in assenza di una previsione testuale di inutilizzabilità nel caso che ci riguarda, il ricorso alla categoria della prova incostituzionale³⁰ implicitamente porta con sé la consapevolezza di non poter a rigore considerare — *de iure condito* — la indicazione normativa volta all'adozione di misure di salvaguardia alla stregua

28. Cfr. Camera dei Deputati, resoconto stenografico, seduta n. 276 di mercoledì 20 febbraio 2008.

29. Ed infatti la giurisprudenza della Cassazione ha precisato come i divieti probatori vadano individuati non solo in « *quelli espressamente previsti dall'ordinamento processuale, come accade, ad esempio, nei casi indicati dagli artt. 197 e 234 3° co. c.p.p. e cioè, in materia d'incompatibilità a testimoniare o in relazione all'impossibilità giuridica di acquisire atti il cui contenuto faccia riferimento alle voci correnti del pubblico, ma possono anche essere desumibili dall'ordinamento e ciò, accade tutte le volte in cui i divieti, in materia probatoria, non sono dissociabili dai presupposti normativi che condizionano la legittimità intrinseca del procedimento formativo o acquisitivo della prova* » (così Cass., Sez. un., 16 maggio 1996, Sala, in *Cass. pen.*, 1996, 3268 s.). Cfr. sul punto anche Corte cost., n. 34 del 1973.

30. Cfr. MARINELLI, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, cit., p. 142. Secondo tale autore « *tale costruzione... riecheggia l'esperienza nordamericana delle exclusionary rules di derivazione costituzionale* ». Alla categoria della prova incostituzionale fa riferimento FLOR (*Brevi riflessioni a margine della sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla c.d. Online Durchsuchung*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009, 698) in relazione alle ipotesi di perquisizioni *online* eventualmente individuabili all'interno del nostro ordinamento giuridico: l'autore sul punto cita Cass., Sez. un., 28 luglio 2006, Prisco, in *Cass. pen.*, 2006, 3937 ss., con note di RUGGERI e DI BITONTO. Più in generale, sul tema della prova incostituzionale cfr. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007, p. 149 s.

di un divieto probatorio (e, come tale, rilevante ai fini della sanzione di inutilizzabilità)³¹.

Anche a voler tacere tutto questo, non possono non essere qui richiamate le condivisibili critiche della dottrina maggioritaria³² che hanno messo in evidenza come il riferimento ad una siffatta impostazione dogmatica, nella giurisprudenza in materia di prove, rappresenti talvolta un « *espediente retorico destinato a dissimulare un'ingiustificabile applicazione analogica* » di previsioni che contemplano la sanzione dell'inutilizzabilità³³.

Inoltre, a parte la difficoltà — evidenziata dalla stessa giurisprudenza che ne fa uso³⁴ — di individuare con precisione quali sarebbero i divieti probatori così ricostruibili³⁵ (e con essa il conseguente ampio grado di discrezionalità circa l'ambito di operatività della nozione di prova incostituzionale), tale impostazione è sicuramente ispirata a modelli ordinamentali — come quello nordamericano — « *nei quali... al singolo giudice è affidato il vaglio del rispetto delle norme costituzionali con il potere di disapplicare le disposizioni della legge ordinaria per dare prevalenza alle prime e di enucleare divieti probatori direttamente applicabili al processo* »³⁶. Riecheggiano dunque, anche sotto tale profilo, gli insegnamenti che — nella materia delle prove — vengono spesso fatti discendere dalla nota sentenza americana *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals Inc.* del 1993, con quell'orientamento³⁷ che ha soppiantato il precedente

31. Cfr. sul punto anche CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit.: sebbene l'autrice — proprio nell'analisi della categoria della “prova incostituzionale” — indichi in via generale (cfr. p. 173) una « *interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 189* » in grado di individuare « *un divieto probatorio implicito nel sistema* » tale da estromettere anche « *le prove non disciplinate dalla legge e assunte con modalità lesive dei diritti fondamentali e costituzionalmente tutelati* » (essendo le stesse, per tali motivi, prove vietate), in conclusione e proprio in riferimento ai casi dettati dall'influenza del progresso tecnologico sulle indagini così afferma (p. 247): « *Indubbiamente, quello che prospettiamo costituisce un rimedio ermeneutico “di fortuna”. Assai preferibile sarebbe stato che il legislatore, accanto al limite della libertà morale, avesse codificato uno sbarramento in relazione ai diritti fondamentali dell'individuo, se del caso precisando nello stesso art. 189 che tale norma si applica anche agli atti di indagine preliminare* ».

32. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 855: « *È il legislatore a dettare le norme sulla prova: non siamo negli Stati Uniti d'America, dove la giurisprudenza federale enuclea “rules on evidence” dal Quarto Emendamento; i canoni costituzionali operano indirettamente* ». Sul fatto che la nozione di prova incostituzionale risulti inattuale ed inutile, dopo l'entrata in vigore del codice di rito del 1988 e la correlata configurazione legislativa di divieti probatori in singole norme processuali cfr. GALATINI, voce *Inutilizzabilità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir. Agg.*, I, Milano, 1997, p. 699.

33. Così NAPPI, *Giusta estensione a tutela della privacy*, in *Dir. giust.*, 2000, 24, 41.

34. Così Cass., Sez. un., 13 luglio 1998, Gallieri, citata da MARINELLI, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, cit., p. 147.

35. Si sottolinea, peraltro, come lo stesso divieto probatorio pacificamente oggi ricavabile dall'art. III, co. 4 Cost. sia oggi espressamente inserito nell'art. 526 comma 1-bis c.p.p., quasi a significare — anche sotto tale ulteriore profilo — la necessità di una esplicita previsione di legge ordinaria per delineare qualsivoglia divieto probatorio: cfr. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, Milano, 2004, p. 474.

36. MARINELLI, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, cit., p. 149.

37. « *Nella sentenza Daubert la Corte suprema ha affermato un principio fondamentale: in presenza di*

ricavabile dalla pronuncia *Frye v. United States* del 1923³⁸. Tuttavia, per dirla come Cordero³⁹, « *la premessa invita a sconfinare nel terreno di massime forse apprezzabili in sede politica ma giuridicamente insignificanti, finché siano elevate a contenuto d'una norma* ».

5. Mondo reale e realtà virtuale. *De iure condito*, le previsioni normative introdotte dalla legge n. 48 del 2008 e volte all'adozione di misure di salvaguardia paiono dunque rimanere nell'ambito di meri principi generali in relazione al *modus procedendi* nell'acquisizione della *digital evidence* e non già di regole specifiche (peraltro di impossibile enunciazione, data la continua evoluzione dello stato della tecnica) di acquisizione probatoria, la cui violazione darà luogo eventualmente a responsabilità penali o disciplinari in capo agli operanti di Polizia Giudiziaria.

Ricorrere alla distinzione tra “mondo reale” e “mondo virtuale”⁴⁰ al fine di arginare gli effetti dell'avallo giurisprudenziale⁴¹ alla teoria anglosassone dei “frutti dell'albero avvelenato” sembra essere un mero artificio retorico: se anche vogliamo discutere dell' *adprehensio* di un arma di un delitto, il suo valore probatorio non può dirsi “*sostanzialmente indifferente*”⁴² allorché essa venga raccolta e maneggiata con modalità tali da aggiungere impronte (degli investigatori intervenuti) ad impronte (dei precedenti utilizzatori, tra i quali verosimilmente l'autore del delitto).

una prova scientifica nuova, il giudice non può limitarsi a constatare passivamente resistenza o inesistenza di una sua generale accettazione nella comunità scientifica di riferimento (come era stato sostenuto dalla circuit court del distretto di Columbia settant'anni prima), ma deve valutare criticamente l'affidabilità dei metodi e delle procedure adottate dall'esperto. Questa valutazione va condotta alla stregua di una serie di criteri che la stessa sentenza Daubert indica, sia pure a titolo meramente esemplificativo: non solo, appunto, l'accettazione generale da parte degli studiosi della materia — criterio assai più evanescente di quanto appaia a prima vista — ma anche il grado di controllabilità e falsificabilità del metodo scientifico, l'esistenza di una revisione critica da parte degli esperti del settore, l'indicazione del margine di errore conosciuto, la rilevanza diretta e specifica delle conoscenze acquisibili rispetto ai fatti di causa e così via.

Al cospetto di una prova scientifica nuova o controversa, non v'è dubbio che anche il giudice italiano debba vagliarne l'astratta affidabilità, impiegando anche, ma non soltanto, i criteri Daubert. Assai più discusso è in quale sede — e nel rispetto di quali parametri normativi — ciò possa e debba accadere»: CAPRIOLI, La scienza “cattiva maestra”: le insidie della prova scientifica nel processo penale, in Cass. pen., 2008, 3525 s.

38. Cfr. TARUFFO, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1996, 219 ss.; TAGLIARO, D'ALOJA, SMITH, *L'ammissibilità della “prova scientifica” in giudizio e il superamento del frye standard: note sugli orientamenti negli Usa successivi al caso “Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals inc.*, in Riv. it. medicina leg., 2000, 719 s.

39. CORDERO, *Prove illecite*, in *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, p. 154, che conclude sul punto: « *Si sa che i precetti costituzionali rappresentano altrettanti paradigmi della formazione attuata in sede legislativa; ma si incorre in un salto logico, quando si postula che la reazione dell'ordinamento giunga al punto di rifiutare, come processualmente rilevante, ogni dato conoscitivo conseguito da una condotta difforme da quelle direttive* ».

40. Il riferimento è al passo, precedentemente richiamato, di VITALE, *La nuova disciplina delle ispezioni e delle perquisizioni in ambiente informatico o telematico*, cit., p. 509 s.

41. Cfr. Cass., Sez. un., 16 maggio 1996, Sala, cit.

42. Anche in questo caso il riferimento è al passo, precedentemente richiamato, di VITALE, *La nuova disciplina delle ispezioni e delle perquisizioni in ambiente informatico o telematico*, cit., p. 509 s.

Si tratta invece di chiedersi, come vedremo nel prosieguo ed immaginandoci l'esistenza di una norma nel codice di procedura penale che imponga di acquisire l'arma ritrovata sulla *scena criminis* « *adottando misure tecniche dirette ad assicurare la conservazione delle impronte digitali originali e ad impedirne l'alterazione* », se tale elemento di prova (così “maldestramente” raccolto), debba o non debba entrare nel patrimonio valutativo del Giudice. Ed interrogarsi, semmai, sull'effettiva esistenza di quel « *rischio, assai concreto, di manifestazioni distorsive dei meccanismi processuali derivanti dal particolare contesto in cui vanno ad inserirsi le attività di apprensione del dato digitale* »⁴³: rischio nel quale, sia pure denunciato da un autorevole sostenitore della tesi dell'inutilizzabilità, sembrano poi incorrere proprio coloro che fanno leva sulla categoria del “virtuale”⁴⁴ per introdurre linee di distinguo nel generale ragionamento giuridico.

In altre e più sintetiche parole: ben venga la critica dogmatica rivolta all'albero avvelenato, i cui frutti — allo stato della nostra giurisprudenza maggioritaria e della più autorevole dottrina — tuttavia rimangono tali⁴⁵ anche se “di consistenza” digitale.

6. Il Giudice, la Prova e la Scienza. A complicare il tutto vi è la constatazione che, come è stato correttamente sostenuto⁴⁶, « *nella stragrande maggioranza dei casi le parti neppure si pongono il problema della validità scientifica delle conoscenze applicate nel processo* ». E quindi, anche nell'ambito che qui interessa, occorre sempre più sollecitare percorsi di aggiornamento professionale per tutte le parti coinvolte (Polizia Giudiziaria, Magistratura, Avvocati)⁴⁷.

43. Così LUPÁRIA, *La ricerca della prova digitale tra esigenze cognitive e valori costituzionali*, in *Investigazione penale e tecnologia informatica*, a cura di Luparia, Ziccardi, Milano, 2007, p. 155.

44. Categoria della quale facilmente si potrebbe teorizzare l'inesistenza, non solo fattuale ma anche giuridica.

45. Cfr. sul punto CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 618: « *La coerenza del sistema non implica un'armonia prestabilita spicciola. Già i «Tituli ex corpore Ulpiani» identificano leges minus quam perfectae o addirittura imperfectae. Forse i compilatori avevano in mente i «fruits of the poisoned tree» e simili metafore, spacciate con incongrui riferimenti alla Costituzione, ma i testi legali valgono nella misura delle cose dette: e l'art. 191.1 non dice niente sui «frutti dell'albero avvelenato»; escludendo le prove male «acquisite», perché qualche norma vietava d'acquisirle (erano dunque inammissibili), formula una tautologia; “inammissibile” significa «da non acquisire», e implica l'irrelevanza del male acquisito* ».

46. Cfr. BRUSCO, *Il vizio di motivazione nella valutazione della prova scientifica*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 1414.

47. Si consenta qui di ricordare il contributo di IISFA (*Information Systems Forensics Association*), l'organizzazione internazionale dei tecnici e giuristi impegnati nella promozione scientifica dell'informatica forense attraverso la divulgazione, l'apprendimento e la certificazione riconosciuta in ambito internazionale (il capitolo italiano è presente dal 2007 come prima Associazione in Italia con focus specifico sulla “*Information Forensics*”). Nonché altresì di citare la positiva esperienza del corso di *e-learning* per la Polizia Giudiziaria, realizzato dal pool reati informatici della Procura presso il Tribunale di Milano d'intesa con il Comune di Milano: www.procura.milano.giustizia.it (sezione reati informatici).

L'obiettivo tuttavia, come spesso viene ben messo in evidenza, non è quello della cultura scientifica "di merito" ma di una "cultura dei criteri"⁴⁸: il Giudice (ma riteniamo con Lui anche tutte le altre Parti processuali⁴⁹) non deve trasformarsi in scienziato ma deve saper valutare il tasso di "scientificità" della tecnica probatoria adottata.

Ciò premesso, è possibile sostenere che tale ruolo possa e debba essere svolto dal Giudice fin dalla fase di ammissione della prova⁵⁰, alla stessa stregua di quanto avviene nell'ordinamento americano?⁵¹

7. La prova preconstituita. Verificare se anche nel sistema giuridico italiano, quando sia in gioco la *novel science*, occorra un'apposita udienza (la cosiddetta *pre-trial Daubert*) per stabilirne l'ammissibilità ai sensi dell'art. 189 c.p.p.⁵² rischia, tuttavia, di divenire una pura questione accademica laddove si consideri l'effettiva portata delle disposizioni codicistiche in tema di prova così come poste in relazione alle indagini sul *cybercrime* o, comunque, a quelle recanti profili attinenti ai temi della *computer forensics* finora analizzati.

Ed infatti, come è stato lucidamente ricordato, « *la costruzione del contraddittorio dibattimentale "per la prova", secondo i canoni del diritto internazionale convenzionale e del novellato art. 111 Cost., inerisce esclusivamente alla prova "costituenda", orale e dichiarativa, nel dibattimento ispirato ai canoni del giudizio accusatorio. . . Ma, nelle relazioni sistemiche tra crimine, difesa sociale e processo penale, la prova scientifica tende sempre più a dislocarsi altrove, cioè "prima" e "fuori" del dibattimento, come prova "preconstituita", rispetto alla quale il dibattimento s'atteggia nelle forme del contraddittorio non "per la prova", quanto piuttosto di mera critica "sulla prova" »⁵³.*

In un simile contesto, occorre dunque domandarsi quale debba essere, nel concreto, l'atteggiamento del Giudice in sede di ammissione di una

48. DOMINIONI, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Milano, 2005, p. 68, ritiene in questo modo superabile il « *paradosso della prova scientifica* » (ossia: come possono il giudice e le parti « *esercitare un controllo effettivo su un'attività probatoria. . . in cui un esperto impiega conoscenze che essi non posseggono?* »).

49. Le prove scientifiche « *che sfuggano, per una loro esasperata sofisticazione, alla comprensibilità delle parti e del giudice, pur nell'impiego il più engagé del loro "sapere comune", [devono vedersi] preclusa la loro fruibilità processuale-probatoria, in ragione del sistema razionale della prova, che ha come presupposto il dominio delle parti e del giudice sulle fonti della conoscenza giudiziaria* »: così DOMINIONI, *In tema di nuova prova scientifica*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 1065.

50. Ed infatti, secondo Cass., Sez. un., 7 aprile 1998, Gerina, cit., « *l'inutilizzabilità prevista dall'art. 191 c.p.p. opera su un duplice piano: come divieto di acquisizione e come divieto d' "uso" della prova* » con l'ulteriore precisazione per cui, sotto il primo profilo, « *l'inutilizzabilità impedisce l'ammissione e l'assunzione del mezzo di prova colpito dal divieto* ».

51. CAPRIOLI, *La scienza "cattiva maestra": le insidie della prova scientifica nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 3520.

52. DOMINIONI, *L'ammissione della nuova prova penale scientifica*, in *Dir. pen. proc.*, 6, suppl. (Dossier: *La prova scientifica nel processo penale*, a cura di Tonini), 2008, 22.

53. CANZIO, *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 1200.

prova precostituita, laddove venga prospettata l'assenza o la non corretta adozione delle misure volte a salvaguardia delle genuinità di siffatta *digital evidence*.

Le tesi volte a ricollegare ipotesi di inutilizzabilità, al di là dei diversi percorsi argomentativi che le sostengono, perseguono — nella sostanza — l'obiettivo di evitare « *i rischi di inquinamento dell'attività istruttoria che inevitabilmente derivano dall'acquisizione di elementi conoscitivi adulterati* »⁵⁴: la dichiarata inutilizzabilità equivarrebbe, in tale ottica, alla immediata estromissione dal “fuoco” del contraddittorio dell'elemento di prova, che anzi rimarrebbe nel fascicolo del Pubblico Ministero senza che il Giudice ne conosca il risultato.

Non sembra tuttavia che tale obiettivo possa essere realisticamente raggiunto, dal momento che — paradossalmente — quello che si richiederebbe al Giudice già in fase di ammissione della prova (anche a voler aderire ai criteri di valutazione complessivamente⁵⁵ elaborati nell'esperienza statunitense) implicherebbe di conseguenza una piena conoscenza delle metodologie scientifiche utilizzate durante l'acquisizione della *digital evidence* nonché dei risultati emersi a seguito della loro applicazione (anche laddove, in ipotesi, non sia stata adottata alcuna misura di salvaguardia così come indicato dalla legge n. 48 del 2008). Del resto la stessa Difesa non potrebbe non approfondire fin da subito entrambi gli aspetti, per mettere il Giudice nella condizione di poter apprezzare non solo il metodo ma anche l'entità dell'avvenuta “adulterazione” (e relativo “avvelenamento”, per ritornare alla richiamata teoria) dell'elemento conoscitivo nel caso concreto.

Ebbene, non è anche questo un “contraddittorio dibattimentale”, sia pure soltanto per la critica “sulla prova”? Non richiede anche tale fase una accurata istruttoria sul punto (essendo spesso necessario, per il Giudice, avere ben chiaro una molteplicità di aspetti anche tramite l'escussione diretta dei protagonisti che sono stati interessati ad una simile acquisizione), in tutto e per tutto simile a quella che ne seguirebbe in caso di ammissione della prova richiesta (con esame degli operanti di Polizia Giudiziaria e/o del consulente tecnico del Pubblico Ministero, sulle modalità di individuazione/ acquisizione/ analisi/ conservazione della *digital evidence*)?

Oltre a questo dato fattuale di immediata evidenza e richiamate ancora le critiche mosse alla varie tesi in punto di nullità/ inutilizzabilità, un altro

54. CAPRIOLI, *La scienza “cattiva maestra”: le insidie della prova scientifica nel processo penale*, cit.

55. Cfr. TAGLIARO, D'ALOJA, SMITH, *L'ammissibilità della “prova scientifica” in giudizio e il superamento del frye standard: note sugli orientamenti negli Usa successivi al caso “Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals inc.”*, cit., p. 723 ss, secondo i quali i criteri di giudizio sull'ammissibilità sono stati oggetti di affinamenti sia in ambito giuridico che giurisprudenziale dopo la sentenza Daubert. Ed infatti essi citano un noto commentatore giuridico (FARLEY in SAFERSTEIN (Editor), *Forensic Science Handbook*, III, Prentice Hall, NJ, 1993) il quale « *ha proposto sedici criteri di valutazione che, a nostro parere, meritano un'attenta analisi critica, anche in relazione ad una loro possibile applicabilità nella realtà italiana* ».

aspetto deve essere infine analizzato: è possibile sostenere — in un’ottica costituzionalmente orientata — che, laddove l’acquisizione della *digital evidence* sia avvenuta in assenza o con la non corretta adozione delle misure di salvaguardia prescritte dalla legge n. 48 del 2008, essa debba essere *ipso iure* sottratta alla valutazione del Giudice?

È questo uno dei temi centrali della questione, che tuttavia non sembra essere stato ancora preso nella dovuta considerazione. Perché, nelle questioni attinenti la *computer forensics* nelle investigazioni penali, non pare finora essere mai stata sollevata in giudizio la questione storica della “cattiva scienza” o della “scienza spazzatura” (la *Bad Science* o *Junk Science* degli americani) né tantomeno casi in cui il procedimento acquisitivo della *digital evidence* adottato dalla Polizia Giudiziaria sia caratterizzato da una « manifesta illegittimità » che lo ponga « completamente al di fuori del sistema processuale »⁵⁶.

Si tratta invece di ipotesi, fortunatamente sempre più rare a seguito di una maggiore specializzazione in materia ad opera delle Forze di Polizia, nelle quali si sono registrati — al più — comportamenti “maldestri” (e peraltro mai connotati da un intento doloso) in fase di acquisizione o di successiva analisi.

In relazione a tali evenienze, peraltro, lo stato della *computer forensics* (ove ben esercitata anche su un reperto informatico mal acquisito o analizzato) è capace di restituire una valutazione scientifica sul grado di compromissione di tale elemento digitale, come lo stesso Giudice di Garlasco ha ben sottolineato riportandosi a passi di “autorevole dottrina”⁵⁷ sul punto.

Tornando all’esempio dell’arma da fuoco sulla scena dell’omicidio, l’analisi scientifica delle tracce papillari potrebbe ben indicare una eventuale sovrapposizione di impronte, con conseguente individuazione del grado di incidenza dell’azione della Polizia Giudiziaria sulla genuinità dell’elemento di prova così restituito.

E dunque, se di questo stiamo parlando, quale soluzione deve privilegiarsi — nell’ottica del “giusto processo” *ex art. III Costituzione*⁵⁸ — a fronte di un dato informatico in grado di restituire solo parte del suo contenuto informativo? Una estromissione totale di tale dato oppure una valutazione (sia pure parziale) di esso, nell’ottica dell’accertamento dei fatti al fine di individuare una “verità processuale” che sia tendenzialmente coincidente

56. Cass., Sez. un., 16 maggio 1996, Sala, cit.: qui il Giudice di legittimità ha colto l’occasione per precisare come « l’inutilizzabilità presupponga la presenza di una prova vietata per la sua intrinseca illegittimità oggettiva ovvero per effetto di un procedimento acquisitivo la cui manifesta illegittimità lo pone completamente al di fuori del sistema processuale » stabilendo che « ciò accade tutte le volte in cui i divieti in materia probatoria non sono dissociabili dai presupposti normativi che condizionano la legittimità intrinseca del procedimento formativo ed acquisitivo dell’atto ». Nello stesso senso Cass., Sez. un., 7 aprile 1998, Gerina, cit.

57. Cfr. G.u.p. Vigevano, ordinanza del 30 aprile 2009, cit.

58. Cfr. sul punto anche TONINI, *Considerazione su diritto di difesa e prova scientifica*, in *questa Rivista*, 2011, 3, 1 ss.

con una “verità storica”⁵⁹?

Vedremo a breve come proprio il “caso Garlasco” abbia messo in evidenza il paradosso delle tesi volte ad argomentare — *de iure condito* ed in un’ottica costituzionalmente orientata — una simile estromissione. Perché, se è vero che « *nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato. . . abbia la facoltà, davanti al giudice, . . . di ottenere. . . l’acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore* » (art. III, co. 2, Cost.), solamente una valutazione di ogni singolo elemento di prova portato dalle parti processuali alla attenzione del Giudice, “esperto” nel senso prima indicato ed all’esito della complessiva istruttoria, sembra « *trova(re) nell’ordinamento stesso la sua giustificazione e la sua ragion d’essere a migliore tutela delle garanzie processuali e, quindi, di tutti* »⁶⁰.

8. L’importanza dei protocolli operativi in materia di *digital evidence*.

De iure condendo, si tratta semmai « *di colmare le lacune normative che ancora impediscono il pieno dispiegarsi del diritto al contraddittorio nei confronti di talune prove scientifiche* »⁶¹.

Da più parti⁶², inoltre, vengono invocati protocolli operativi⁶³ volti ad indicare, sia pure in linea generale, le corrette modalità di ricerca/acquisizione/analisi/conservazione della *digital evidence*, tenendo conto delle diverse situazioni tecniche e dei diversi dispositivi elettronici ove la stessa può essere ricercata sulla *crime scene*, prescrivendo altresì forme di documentazione particolari tali da consentire, anche in quel contraddittorio a posteriori per la critica “sulla prova”, il più ampio esercizio delle garanzie difensive.

59. In tema di processo e verità cfr. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., p. 2 ss.

60. Così, sia pure però riferita alla “necessità della previsione della sanzione della inutilizzabilità” nelle ipotesi in esame, BERGONZI PERRONE, *Il mancato rispetto delle disposizioni della l. 48/2008 in tema di acquisizione probatoria informatica: per una ipotesi sanzionatoria non prevista esplicitamente dal dato normativo*, cit.

61. CAPRIOLI, *La scienza “cattiva maestra”: le insidie della prova scientifica nel processo penale*, cit., 3530. Secondo CENTONZE, *Scienza spazzatura e scienza corrotta*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2001, 1257 nota 95, ipotesi come queste « *sembrano stridere con il generale riconoscimento che anche, e soprattutto, per quegli accertamenti del fatto che richiedono il ricorso alle leggi della scienza il legislatore ritiene indispensabile, almeno in dibattimento, il vaglio del contributo degli esperti attraverso la contrapposizione dialettica tra tesi e antitesi* ».

62. Cfr. in particolare CURTOTTI, NAPPI, SARAVO, *L’errore tecnico sulla scena del crimine*, in questa Rivista, 2011, 3, 22.

63. Nel 2005 si era auto-costituito presso l’Università Statale di Milano un gruppo di ricerca, coordinato dal Prof. Giovanni Ziccardi e denominato LEFT (*Legal Electronic Forensic Team*), avente come obiettivo primario la redazione delle prime linee guida italiane in materia di accertamenti informatici e di *computer forensics*. Sebbene i lavori siano continuati per oltre un anno ed abbiano costituito una prima importante base di confronto sul tema, tale gruppo (costituito da Magistrati, Avvocati, Professori universitari ed esponenti delle Forze dell’Ordine) non è riuscito nel suo dichiarato intento.

Tali protocolli avrebbero una molteplicità di funzioni: oltre ad una (non più rinunciabile) funzione pedagogica per la Polizia Giudiziaria, sarebbero essi stessi d'ausilio al Giudice nella sua (libera, ex art. 192 c.p.p.) valutazione delle prove digitali complessivamente assunte in dibattimento nel contraddittorio delle parti.

Anche sotto tale ottica, la motivazione del Tribunale di Bologna sul caso Vierika appare — anche a seguito delle innovazioni ex legge n. 48 del 2008 — ancora condivisibile⁶⁴ laddove indica che non sia compito del « Tribunale determinare un protocollo relativo alle procedure informatiche forensi, ma semmai verificare se il metodo utilizzato dalla p.g. nel caso in esame abbia concretamente alterato alcuni dei dati ricercati. In altre parole, non è permesso al Tribunale escludere a priori i risultati di una tecnica informatica utilizzata a fini forensi solo perché alcune fonti ritengono ve ne siano di più scientificamente corrette, in assenza della allegazione di fatti che suggeriscano che si possa essere astrattamente verificata nel caso concreto una qualsiasi forma di alterazione dei dati e senza che venga indicata la fase delle procedure durante la quale si ritiene essere avvenuta la possibile alterazione »

Infine, come sempre più spesso rilevato⁶⁵, appare ormai irrinunciabile la necessità di un'etica condivisa dell'esperto (consulente tecnico e perito) che « funga da barriera a manipolazioni, deformazioni, omissioni e contaminazioni i cui effetti dirompenti sono da tutti intuibili, se si considera l'oggetto del processo penale e le sue implicazioni: la possibile condanna di un innocente o, al contrario, l'assoluzione di un colpevole »⁶⁶.

9. Digital evidence e ripartizione dell'onere probatorio tra Accusa e Difesa. Abbiamo già accennato al paradosso processuale del caso Garlasco, dal momento che — leggendo la sentenza di primo grado — ritroviamo tra gli elementi valorizzati dal Giudice a favore dell'indagato (in relazione all'alibi informatico⁶⁷) molte delle *digital evidence* rispetto alle quali la Difesa aveva insistito, nel corso del processo, per la loro estromissione proprio facendo leva sulla tesi della inutilizzabilità (stante la loro illegittima acquisizione)⁶⁸.

64. Sul punto vedasi anche le lucide considerazioni (in tema di perizia, ma adattabili perfettamente al discorso in esame) di DOMINIONI, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, cit., p. 36, nota 65: « occorre una precisazione: non è da attribuire al giudice il potere di prescrivere all'esperto quale metodo scientifico adottare, ciò che varrebbe trasferire dalla legge al giudice un potere di normazione dell'epistemologia scientifico-tecnica. Altro è il giudizio sull'idoneità probatoria dello strumento scientifico-tecnico adottato dall'esperto, il quale compete al giudice ».

65. Con specifico riferimento alla *computer forensics* cfr. ZICCARDI, *Scienze forensi e tecnologie informatiche*, cit., p. 155.

66. LORUSSO, *Investigazioni scientifiche, verità processuale ed etica degli esperti*, in *Dir. pen.*, 2010, 1349.

67. Sull'alibi informatico in generale cfr. CALABRÒ, COSTABILE, FRATEPIETRO, IANULARDO, NICOSIA, *L'alibi informatico: aspetti tecnici e giuridici*, in *Memberbook 2010 — Digital Forensics*, a cura di IIsfa, Forlì, 2010, p. 277 ss.

68. Cfr. G.u.p. Vigevano, sentenza 17 dicembre 2009, cit., 41, 43.

Confortati anche dalle indicazioni dei tecnici⁶⁹, occorre quindi ancora una volta⁷⁰ riaffermare in conclusione come l'onere probatorio in capo all'organo dell'Accusa potrà considerarsi correttamente assolto nel momento in cui venga indicato, per l'istruttoria dibattimentale:

- da chi sia stato individuato il dato informatico,
- come tale dato si presentava al momento della sua individuazione ad opera della parte (Ufficiale di Polizia Giudiziaria, persona offesa, terzi non aventi alcun minimo interesse ai fatti di cui al processo⁷¹),
- con quale modalità e dopo quanto tempo tale persona lo abbia acquisito,
- in che modo siano state successivamente conservate⁷² le « *sue caratteristiche oggettive di qualità, sicurezza, integrità* » (prendendo a prestito l'efficace dizione normativa di cui all'art. 21 comma 1 d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82), così come presenti al momento della individuazione/acquisizione.

Spetterà a quel punto alla Difesa dimostrare il contrario, non in termini generali ed astratti ma semmai indicando gli elementi, anche acquisiti a seguito di indagini difensive di natura tecnico-scientifico⁷³, che dimostrino come nel caso concreto il processo di individuazione/acquisizione/conservazione del dato informatico e di successiva analisi, così come rappresentato in dibattimento dall'Accusa, abbia invece portato ad una alterazione dello stesso, tale da inficiarne un giudizio di attendibilità probatoria⁷⁴.

69. « *La possibilità della modifica di una successione di bit andrebbe presuntivamente considerata come avvenuta, con la conseguenza che, qualora in un procedimento venisse prodotto in giudizio un dato informatico, lo stesso andrebbe presuntivamente considerato come modificato ad arte, dovendo la parte interessata alla sua acquisizione nel processo dimostrarne l'attendibilità. Tuttavia, la presunzione di ripudio non andrebbe intesa come una dichiarazione di inattendibilità del dato informatico, in quanto tale considerazione verrebbe facilmente contraddetta dall'esistenza della stessa firma digitale. Ugualmente, la presunzione di ripudio del dato informatico non deve far pensare che il dato informatico sia inutilmente entrato nel processo, bensì deve essere percepita nel senso che la parte che produca un dato informatico sia onerata dalla dimostrazione della genuinità e attendibilità del dato stesso* »: così CACCAVELLA, *Gli accertamenti tecnici in ambito informatico e telematico*, in ATERNO, MAZZOTTA, *La perizia e la consulenza tecnica*, Padova, 2006, p. 198.

70. Sia consentito il rinvio a CAJANI, *Anatomia di una pagina web*, in *Dir. internet*, 2007, 5, 483 ss.

71. La cui testimonianza nel processo potrà essere valuta dal Giudice con un maggiore grado di attendibilità, in astratto, rispetto a quanto potrebbe invece rappresentare la persona offesa.

72. Cfr. in tema di *chain of custody*, Cass., Sez. III, 19 gennaio 2010, Pirrotta, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 1076, con nota di CASINI.

73. Come del resto avvenuto nel caso Garlasco.

74. Su posizioni differenti LUPÁRIA, *I profili processuali*, cit., p. 158: « *Si colloca in effetti fuori dall'architettura sistematica del nostro ordinamento processuale l'apposizione, a carico della difesa, di un onere di prova circa le esatte modificazioni del dato digitale provocate dall'avvenuto scostamento dalle best practices. La tutela della genuinità della electronic evidence costituisce infatti un valore assoluto al quale devono conformarsi gli organi inquirenti, pena l'inutilizzabilità del materiale raccolto per unreliability, vale a dire per inidoneità delle evidenze ad assicurare un accertamento attendibile dei fatti di reato. All'imputato spetta*

Lungi dall'ipotizzare « *un preciso parallelo tra quanto accorso al momento della nascita dell'inchiesta medioevale e quello che probabilmente sta andando a determinarsi con la diffusione delle tecniche informatiche all'accertamento del reato* »⁷⁵, solo in una siffatta ottica la scienza della *computer forensics*, ancora poca conosciuta da tutti gli operatori del Diritto ma non per questo scienza cattiva o scienza spazzatura, ci potrà aiutare non già « *a nascondere la verità, ma esattamente all'opposto. . . al fine di dare un senso alla parola giustizia* »⁷⁶.

soltanto di mostrare che le modalità utilizzate per l'apprensione, per il mantenimento della chain of custody e per la successiva elaborazione non rispecchiano i canoni generalmente riconosciuti come affidabili. Ove ciò si appalesi, grava sull'accusa il peso di dimostrare che quel metodo, seppur difforme dalla miglior prassi tecnica, non ha, nel caso di specie, alterato i dati e ha salvaguardato la cosiddetta "integrità digitale". E in caso di incertezza su quest'ultima circostanza, si dovrà accogliere la regola di giudizio dell'in dubio pro reo, e non certo quella secondo cui in dubio pro republica ».

75. Così LUPÁRIA, *Computer crimes e procedimento penale*, in *Trattato di procedura penale*, VII, I, a cura di Garuti, Torino, 2011, p. 376: l'autore fa riferimento a ALESSI, *Il processo penale. Profilo storico*, Roma-Bari, 2001, p. 180.

76. Il riferimento è alle parole dei difensori di Alberto Stasi, *memoria difensiva*.

Hey! You! Get Off My Cloud!

Accesso autoritativo alle nuvole informatiche e diritto internazionale

Gianpaolo Maria Ruotolo

1. Premessa: oggetto dell'indagine. Con l'espressione *cloud computing* (in italiano spesso resa letteralmente con "nuvola informatica") si fa riferimento al complesso di strumenti tecnici attraverso i quali un utente elabora, usa e archivia, per il tramite di Internet, dati contenuti su computer remoti, cioè da questi non fisicamente raggiungibili, sfruttandone le potenzialità di calcolo e memorizzazione.

Lungi dall'esaurirsi in una mera forma di conservazione di dati, il servizio in questione offre all'utente, generalmente dietro pagamento di un canone, l'opportunità di utilizzare apparecchiature molto avanzate e potenti senza essere costretto a dover investire importanti somme per il loro acquisto né doversi preoccupare della loro manutenzione, essendo sufficiente il possesso di un computer che gli consenta di connettersi a Internet e, per il tramite di quest'ultima, alla sua "nuvola".

Evidenti sono i vantaggi derivanti dal fatto che i dati così archiviati sono sempre raggiungibili dal loro titolare, indipendentemente dal luogo in cui si trova, e che l'eventuale danneggiamento e finanche la distruzione del computer utilizzato per accedervi da remoto non potrà in alcun modo danneggiare i dati stessi, dal momento che i medesimi sono stipati sui *servers* del fornitore del servizio, che, è molto probabile, saranno anche dotati di meccanismi di sicurezza e ridondanza più sofisticati ed efficienti di quelli accessibili al solo utente finale.

Il sistema in parola, peraltro, offre anche la possibilità di consultazione ed elaborazione dei medesimi dati da parte di soggetti diversi, fisicamente situati in luoghi differenti, con evidenti vantaggi riguardo alla loro condivisione e circolazione (si pensi, a mero titolo di esempio, alla possibilità offerta a ogni membro di un gruppo di lavoro di apporre modifiche e revisioni ai dati di un progetto comune, rendendo le stesse immediatamente conoscibili a tutti gli altri membri della medesima *equipe*).

È, peraltro, il caso di chiarire come il *cloud computing* abbia a oggetto prestazioni differenziate, spesso contemporaneamente garantite dal fornitore come "livelli" diversi del servizio complessivamente offerto: le funzioni di

tipo più complesso, infatti, necessitano spesso di quelle di livello inferiore per poter operare efficacemente.

Si distinguono così:

- a) il “servizio di infrastruttura” (*Infrastructure as a Service*, IaaS), il livello di base del *clouding*, in cui il fornitore del servizio consente all’utente essenzialmente di poter accedere alle sue strutture *hardware* da remoto, al fine di sfruttarne la potenza di calcolo e di memorizzazione¹;
- b) il “servizio di piattaforma” (*Platform as a Service*, PaaS) in cui l’utente utilizza da remoto un pacchetto composto da diversi programmi e librerie che gli consentono di sviluppare applicazioni autonome²;
- c) il “servizio di *software*” (*Software as a Service*, SaaS), il quale si fonda sull’idea che il *software* stesso rappresenti oggi una *commodity*³ e che, di conseguenza, il medesimo abbia bisogno di essere personalizzato per venire incontro alle esigenze individuali dei singoli utenti⁴. Quest’ultima forma di *cloud computing*, la più evoluta, in ultima analisi, rappresenta una peculiare modalità di distribuzione del *software*, in cui il produttore fa utilizzare ai propri clienti, via Internet, i programmi di cui è proprietario: il SaaS si sostanzia così in un insieme di mezzi, servizi e competenze che spesso permette ai soggetti che ne usufruiscono di esternalizzare elementi del loro sistema informativo, beneficiando dell’abbattimento dei relativi costi⁵.

Lo sfruttamento di tutti i servizi appena descritti, se da un lato offre importanti opportunità ai suoi utenti, dall’altro comporta però per questi ultimi anche dei rischi (si pensi, ad esempio, ai problemi derivanti alla continuità operativa in caso d’interruzione del servizio di *clouding*, o a quelli per la riservatezza dei dati archiviati su *servers* remoti) e, ancora sotto il profilo più strettamente giuridico–internazionalistico, pone una serie di quesiti del tutto sconosciuti a un uso più tradizionale del computer e finanche di Internet.

1. Si pensi al caso di *Google Compute Engine*, un servizio che consente ai suoi utenti di eseguire i loro calcoli sulle macchine virtuali Linux ospitate nelle *server farms* di *Google*.

2. È il caso di *Google App Engine*, servizio che permette ai suoi utenti lo sviluppo e l’*hosting* di applicazioni web gestite dai *Google Data Center*.

3. Con l’espressione “*commodity*”, come noto, si fa riferimento a quei beni offerti su un mercato, senza differenze qualitative, da diversi operatori; prodotti siffatti, in pratica, hanno caratteristiche identiche indipendentemente da chi li produce, come avviene per il petrolio o il latte.

4. Il concetto in parola costituisce uno sviluppo delle idee contenute nel pionieristico lavoro di O’REILY, *The Open Source Paradigm Shift*, in oreilly.com/tim/articles/paradigmshift.

5. In letteratura si veda, da ultimo, DENNY, *Survey of Recent Developments in the Law of Cloud Computing and Software as a Service Agreement*, in *The Business Lawyer*, 2010, 237 ss.

Infatti tutti i servizi descritti implicano la memorizzazione dei dati dell'utente in *server farms*⁶ che potrebbero essere localizzate per i motivi più disparati (economicità, stato della legislazione nazionale *et similia*) in un Paese diverso sia da quello di appartenenza del fornitore del servizio sia di quello del suo utente finale.

È altamente probabile, peraltro, che la delocalizzazione dei servizi di *cloud* possa assumere connotati ancora più estremi, se solo si pensa che il 28 aprile 2009 il *Patent and Trademark Office* statunitense ha rilasciato, a favore di Google Inc., un brevetto relativo al progetto di una nave/*server farm* alimentata a energia marina⁷ da collocarsi in acque internazionali, quindi in un luogo che è addirittura sottratto alla sovranità esclusiva di uno Stato⁸.

Il coinvolgimento nelle fattispecie di *cloud computing* di una pluralità di ordinamenti giuridici statali comporta quindi, sotto il profilo privatistico, la necessità di fissare dei criteri in base ai quali individuare il diritto applicabile ai rapporti in parola nonché il giudice competente a dirimere le relative controversie, e, in caso di fatti penalmente rilevanti commessi per il tramite di dati ospitati su un *cloud* o che in qualche modo siano ad essi collegati, quello di individuare quale siano l'autorità inquirente competente e il giudice dotato di giurisdizione. Tra questi ultimi aspetti il presente lavoro si concentrerà, in particolare, sul tema dell'acquisizione forzata (cioè non autorizzata dal loro titolare) di dati ospitati sui *clouds* al fine di individuare le condizioni in presenza delle quali le autorità di uno Stato possono pretendere di accedere a dati conservati su *clouds* allocati sul territorio di un altro Stato. Si pensi, con riguardo a quest'ultimo aspetto, al caso d'indagini che rendano necessaria l'apprensione di dati e informazioni archiviati su *servers* esteri e in particolare ai problemi che potrebbero insorgere nel caso in cui il Paese di allocazione del *server* non abbia concluso alcun accordo di cooperazione giudiziaria con quello dell'autorità procedente.

2. La competenza ad adottare provvedimenti autoritativi sui dati archiviati nei *clouds* come un problema di diritto penale internazionale. La soluzione ai cennati profili relativi a diritto applicabile e giurisdizione competente a dirimere controversie relative alle obbligazioni che si instaurano tra fruitore e fornitore del servizio — le quali, sia detto per inciso, possono essere sia del tipo c.d. *business to business* (B2B) sia di quello *business*

6. Con tale espressione ("fattoria di server") ci si riferisce a una serie di *server*, collocati in un unico ambiente al fine di centralizzare gestione, manutenzione e sicurezza.

7. Il brevetto U.S. Patent Office n. 7, 525, 207 concesso è relativo a un "water-based data center" il quale « includes a floating platform-mounted computer data center comprising a plurality of computing units, a sea-based electrical generator in electrical connection with the plurality of computing units, and one or more sea-water cooling units for providing cooling to the plurality of computing units ».

8. Sul punto v. SWANSON, *Google Sets Sail: Ocean-Based Server Farms and International Law*, in *Connecticut Law Review*, 2011, 709 ss.

to consumer (B2C)⁹ — può certamente essere individuata facendo ricorso a norme di diritto internazionale privato, comuni o convenzionali: norme siffatte, come noto, hanno proprio la funzione di tracciare meccanismi e criteri idonei a disciplinare rapporti interprivatistici che siano caratterizzati da elementi di estraneità con un dato ordinamento statale¹⁰.

Meccanismi analoghi, però, non sono replicabili per risolvere i problemi di riparto di giurisdizione in campo penale. È appena il caso di ricordare, infatti, che sebbene le norme “di conflitto” possono riguardare ogni settore dell’ordinamento giuridico e non esclusivamente quello giusprivatistico¹¹, le caratteristiche del diritto penale e della giurisdizione in quel campo — e in particolare la circostanza che vi vuole *forum* e *jus* inscindibilmente legati — rendono opportuna una trattazione e una elaborazione dogmatica delle relative situazioni di conflitto autonoma rispetto al diritto internazionale privato¹².

Il problema della competenza ad adottare provvedimenti autoritativi sui dati archiviati su *servers* situati all’estero ai fini della loro acquisizione forzata nell’ambito di un procedimento penale ci pare, quindi, debba essere inquadrato come una ipotesi di situazione di conflitto tra entità statali dotate di autonoma giurisdizione in materia penale, cioè come un problema di diritto penale internazionale.

Come noto, con quest’ultima espressione la dottrina si riferiva tradizionalmente¹³ all’insieme delle norme interne con le quali un dato ordinamento nazionale disciplina le fattispecie penalmente rilevanti caratterizzate da elementi di estraneità per un qualche aspetto (come, ad esempio, la cittadinanza

9. Per le definizioni v. GILLIES, *Electronic Commerce and International Private Law — A Study of Electronic Consumer Contracts*, Aldershot, Burlington, 2008, p. 15 ss.

10. Sul rapporto tra diritto internazionale pubblico e diritto internazionale privato con riguardo alla disciplina di fattispecie *on line* si vedano CASTEL, *The Internet In Light Of Traditional Public And Private International Law Principles And Rules Applied In Canada*, in *The Canadian yearbook of international law*, 2001, 3 ss.; SCHULTZ, *Carving Up the Internet: Jurisdiction, Legal Orders, and the Private/Public International Law Interface in European Journal of International Law*, 2008, 799 ss.; SVANTESSON, *The Relation between Public International Law and Private International Law in the Internet Context*, Conference Paper presentato alla *Australian Law Teachers’ Association Conference*, Luglio 2005, Hamilton, New Zealand, reperibile su www.svantesson.org. Per un’analisi della disciplina internazionalprivatistica della Rete, per tutti, v. BARIATTI, *Internet — Diritto internazionale privato e processuale*, in *Enc. Giur.*, X, Roma, 2002, p. 1 ss.

11. « Vi sono, infatti, nel nostro e negli altri ordinamenti, norme di diritto penale e di diritto processuale penale internazionale, di diritto amministrativo internazionale, di diritto tributario internazionale, tutte riconducibili, al pari di quelle di diritto processuale civile internazionale e di diritto privato internazionale, alla nozione lata di diritto internazionale privato »; MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale, Parte generale e obbligazioni*, 2013, p. 3 ss.

12. Cfr. TREVES, *La giurisdizione nel diritto penale internazionale*, Padova, 1973, p. 4 ss.; CARACCILOLO, *Dal diritto penale internazionale al diritto internazionale penale*.

13. Si occupa per la prima volta del problema in esame, nel 1780, BENTHAM, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, in *An Introduction to the Principles of Moral and Legislation*.

del reo o il *locus commissi delicti*)¹⁴: i limiti del presente lavoro ci impediscono di procedere a un'analisi delle caratteristiche e dello sviluppo che la detta branca del diritto ha avuto, analisi cui si è peraltro già da tempo dedicata la dottrina¹⁵; possiamo limitarci a ricordare che, allo stato di sviluppo attuale, il diritto penale internazionale risulta essere composto sia, e in misura sempre maggiore, da norme di diritto internazionale sia da disposizioni di diritto interno, le quali hanno ad oggetto la delimitazione delle competenze normative e giurisdizionali penali degli Stati¹⁶. È anche il caso di ricordare come il diritto penale internazionale vada, poi, tenuto distinto dal diritto internazionale penale, che è invece composto dalle norme di diritto internazionale che hanno ad oggetto la repressione e la punizione dei crimini internazionali degli individui.

Ebbene, occorre premettere che l'ordinamento internazionale non pare contenere norme generali volte al riparto della giurisdizione penale tra i vari membri della Comunità internazionale: norme siffatte, quindi, possono essere contenute — ove siano state concordate — esclusivamente in strumenti pattizi di portata bilaterale o multilaterale o, unilateralmente, in disposizioni di diritto interno.

3. I criteri legittimanti la titolarità statale ad adottare siffatti procedimenti: territorialità, nazionalità del reo, nazionalità della vittima, principio della bandiera, principio dell'interesse leso, universalità. Pur nell'assenza di norme universalmente condivise, però, sia le norme di diritto penale internazionale comune (cioè interne) sia quelle di diritto penale internazionale di origine convenzionale appaiono ispirate ai medesimi criteri, che la dottrina, con riguardo a fattispecie più tradizionali, cioè non relative a dati informatici, ha raggruppato in sei distinti principi idonei a fungere da titoli di *jurisdiction* in materia penale.

Cerchiamo di applicarli, operando i necessari adattamenti, all'oggetto della nostra indagine, per individuarne punti di forza e criticità.

- a) Secondo un primo approccio, basato sul principio di territorialità¹⁷, la competenza ad adottare provvedimenti siffatti apparterebbe all'autorità giurisdizionale dello Stato sul cui territorio il *cloud* è collocato. Tuttavia, quello territoriale rappresenta, come evidente, un titolo legittimante che, qualora dovesse essere concepito come esclusivo,

14. Cfr. QUADRI, *Diritto penale internazionale*, Padova, 1944, p. 34.

15. Per tutti v. CARACCILO, *Dal diritto penale*, cit., *passim*.

16. Cfr. CARACCILO, *Dal diritto penale*, cit., p. 33.

17. Sul principio in parola si veda la nota sentenza della Corte permanente di giustizia internazionale relativa al caso *Lotus* (Francia v. Turchia), che afferma che « *in all systems of law the principle of the territorial character of criminal law is fundamental* », sebbene poi chiarisca anche che il medesimo principio « *is not an absolute principle of international law and by no means coincides with territorial sovereignty* ». Il testo integrale della decisione è reperibile all'indirizzo www.worldcourts.com.

in assenza di accordi internazionali di cooperazione giudiziaria o, comunque, del consenso del sovrano territoriale¹⁸, renderebbe illegittima l'acquisizione dei dati da parte di autorità estere rispetto al luogo di allocazione, con evidenti limitazioni all'attività investigativa e repressiva.

- b) Una differente ricostruzione attribuisce invece, sulla base del principio di nazionalità, la legittimazione all'acquisizione in parola all'autorità del Paese di cui è cittadino il soggetto nei cui confronti si stanno svolgendo le indagini (c.d. principio della nazionalità attiva)¹⁹. Anche questa soluzione ci sembra sollevare, nel caso del *cloud computing*, più problemi di quanti non ne risolve, dal momento che consentirebbe all'autorità procedente, in assenza di cooperazione da parte del sovrano territoriale del luogo ove è localizzato il *server*, di prendere conoscenza esclusivamente dei dati dei propri cittadini, con evidenti difficoltà materiali (si pensi al caso della condivisione dei medesimi dati tra più individui dotati di cittadinanze differenti) e limiti all'efficacia delle attività investigative e repressive, specie se si considera la frequente transnazionalità dei gruppi criminali informatici.
- c) Il medesimo criterio di collegamento viene utilizzato anche, nel caso del c.d. principio della nazionalità passiva, come titolo legittimante la giurisdizione dell'autorità nazionale del soggetto leso dal reato nei cui confronti si sta investigando o procedendo: anche questo approccio ci pare palesare limiti analoghi a quelli già sottolineati per la nazionalità attiva.
- d) Il quarto criterio utilizzato come titolo legittimante l'esercizio della giurisdizione penale, stavolta con riguardo ai crimini commessi su navi e aeromobili, nonché sulle navi spaziali, è quello c.d. "della bandiera". Come noto, per il diritto internazionale i reati commessi su una nave o un aeromobile, in linea di massima (e cioè se non ledono gli interessi dello Stato titolare della sovranità della zona in cui il mezzo si trovava quando i fatti sono stati commessi), devono essere perseguiti dalla giurisdizione del Paese di cui la nave o l'aeromobile battono bandiera.

Si tratta di un principio che potrebbe essere interessante estendere al caso del *clouding*, in particolare per quei casi di eventuale allocazione dei *servers* al di fuori di zone sulle quali si esercita la sovranità esclusiva di uno Stato, come nelle ipotesi delle *server farms* oceaniche di Google alle quali abbiamo fatto riferimento nel par. 1. Tuttavia, anche in questo caso, come già sottolineato per il principio di territo-

18. Sul consenso del titolare dei dati come titolo legittimante l'acquisizione e, in particolare, l'art. 32, lett. b) della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica v. invece *infra* il par. succ.

19. CASSESE, *International Criminal Law*, Oxford, 2003, p. 281 ss.

rialità, il titolo in parola legittimerebbe, se applicato *sic et simpliciter*, l'*enforcement* sui dati esclusivamente da parte dello Stato di bandiera. Il problema segnalato potrebbe essere risolto mediante criteri analoghi a quelli contenuti in alcune norme della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (CNUDM)²⁰, e in particolare nell'art. 109, relativo alle "Trasmissioni non autorizzate dall'altro mare". Il par. 3 di quest'ultimo prevede infatti che chiunque sia responsabile di trasmissioni non autorizzate che partano dal mare internazionale può essere sottoposto a procedimento giurisdizionale penale interno, oltre che dello Stato di bandiera della nave, anche dello Stato presso cui la stazione trasmittente è registrata, dello Stato nazionale di uno dei responsabili della trasmissione, di uno qualunque degli Stati che ricevono la trasmissione stessa o ancora di uno qualunque degli Stati le cui radiocomunicazioni autorizzate subiscono interferenze a cagione della stessa. In buona sostanza la CNUDM legittima, in materia di trasmissioni "pirata" dal mare internazionale, l'intervento autoritativo di qualsivoglia Stato i cui interessi siano stati così lesi. E agli stessi Stati, ai sensi del successivo par. 4 del medesimo art. 109, è riconosciuta la facoltà di procedere ad arrestare qualunque persona o fermare qualsiasi nave sia implicata nelle trasmissioni non autorizzate, nonché procedere al sequestro delle apparecchiature trasmittenti²¹.

- e) Un'applicazione più generale della *ratio* che abbiamo appena visto applicata nell'art. 109 della CNUDM, potrebbe poi comportare la legittimazione ad adottare misure di *enforcement* sui dati conservati su un *server* all'estero da parte di qualunque Paese i cui interessi siano stati lesi dal comportamento nei cui confronti si intende procedere. Si tratta, peraltro, di un approccio che non ci pare del tutto estraneo alla prassi, in particolar modo italiana, se si pensa che la giurisprudenza relativa alla diffamazione avvenuta a mezzo Internet per tramite di *server* localizzato all'estero, ritenendo che il reato di diffamazione, dotato di natura di reato di evento, si consumi « *nel momento e nel luogo in cui i terzi percepiscono l'espressione ingiuriosa*²² », ha concluso per la sussistenza della giurisdizione italiana in tutti i casi di informazioni ospitate su *server* all'estero, nel momento in cui il messaggio

20. La Convenzione, che attualmente risulta ratificata da 156 Stati e dall'Unione europea, è stata aperta alla firma il 10 dicembre 1982 a Montego Bay, in Giamaica, dopo oltre 14 anni di negoziato. È entrata in vigore il 16 novembre 1994; il Parlamento italiano ha autorizzato la ratifica con la legge 2 dicembre 1994, n. 689.

21. In merito alla possibilità di applicazione ad Internet di norme di diritto internazionale ad essa preesistenti ci permettiamo di rinviare a RUOTOLO, *Internet-ional Law, Profili di diritto internazionale pubblico della Rete*, Bari, 2012, p. 56. Con specifico riferimento all'argomento trattato nel testo, poi, cfr. SWANSON, *Google Sets Sail: Ocean-Based Server Farms and International Law*, in *Connecticut Law Review*, 2011, 709 ss.

22. Cass., Sez. V, 27 aprile 2012, P.C. in proc. Ayroldi, in *Mass. Uff.*, n. 252964

diffamatorio fosse venuto a conoscenza di persone che si trovano in Italia²³.

- f) Ricordiamo infine come si vada progressivamente consolidando, con riguardo ai crimini internazionali degli individui, il principio di universalità della giurisdizione penale²⁴, il quale però, in considerazione dei reati cui è applicabile, difficilmente commissibili via *cloud*, ci pare sia di rilevanza marginale rispetto all'oggetto della nostra indagine.

4. Le pertinenti disposizioni della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica. Di alcuni dei criteri appena riassunti è fatta applicazione esplicita nel diritto internazionale pattizio, e segnatamente nella Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica²⁵.

Ricordiamo che la Convenzione, dopo una serie di norme definitorie di importanza centrale per la ricostruzione del regime di diritto internazionale di *governance* di Internet²⁶, impone agli Stati membri l'inserimento, nei propri ordinamenti nazionali, di specifiche norme di diritto penale sostanziale (Capitolo II, sezione I: art. da 2 a 13) — tra le quali i reati di accesso senza legittimazione ai sistemi informatici, di attentato all'integrità di dati e sistemi, di falsificazione e frode, nonché i reati collegati alla pornografia minorile e alla violazione di diritti di proprietà intellettuale — e norme di natura processuale relative al perseguimento dei reati così introdotti (Capitolo II, sezione II: artt. da 14 a 22), e al rafforzamento degli strumenti di cooperazione internazionale in materia (Capitolo III: art. da 23 a 35). Chiudono il testo della Convenzione le disposizioni finali relative a firma, ratifica, entrata in vigore, modalità di adesione, ambito territoriale di applicazione e strumenti di soluzione delle controversie sull'applicazione e l'interpretazione della Convenzione medesima (Capitolo IV: artt. da 36 a 48).

Ebbene, con esplicito riguardo all'apprensione d'autorità di dati su *server* la Convenzione, all'art. 19 ("Perquisizione e sequestro dati di informatici immagazzinati") impone a ogni Stato membro di adottare le misure necessarie per consentire alle proprie autorità nazionali di perquisire o accedere a un sistema informatico e ai dati che esso contiene, nonché ai supporti per la conservazione di dati informatici nel quale i dati stessi possono essere immagazzinati, nel proprio territorio: la disposizione in commento, tuttavia, ha

23. Secondo Cass., Sez. II, 21 febbraio 2008, Buraschi e altro, in *Mass. Uff.*, n. 242085, infatti, « il reato di diffamazione consistente nell'immissione nella rete Internet di frasi offensive e, o immagini denigratorie, deve ritenersi commesso nel luogo in cui le offese e le denigrazioni sono percepite da più fruitori della rete, pur quando il sito "web" sia registrato all'estero ».

24. V. ZAPPALÀ, *L'universalità della giurisdizione sui crimini internazionali: "dittatura dei virtuosi" o tutela diffusa dei valori universali?* in *Ordine internazionale e valori etici — Atti del VII Convegno della Società italiana di diritto internazionale*, a cura di Boschiero, Napoli, 2004, p. 308 ss.

25. La Convenzione, aperta alla firma il 21 novembre 2011, è entrata in vigore l'1 luglio 2004.

26. Cfr. RUOTOLO, *Internet (diritto internazionale)*, in *Enc. Dir. — Annali*, in corso di pubblicazione.

esclusivamente lo scopo di imporre ai Membri l'inserimento nei rispettivi ordinamenti nazionali, qualora i medesimi non le prevedano già, di norme volte a legittimare sequestri e perquisizioni di dati informatici che siano già all'interno della sfera della sovranità nazionale, senza nulla dire in merito all'eventualità che i dati o finanche tutto il sistema cui è necessario accedere siano all'estero.

Di quest'ultimo profilo si occupa quindi l'articolo 22, che impone agli Stati membri di adottare tutte le misure necessarie per stabilire la propria giurisdizione in merito ai reati previsti dalla Convenzione stessa (in particolare a quelli di cui agli dagli articoli da 2 a 11) quando i medesimi siano commessi:

- a) nel proprio territorio;
- b) a bordo di una nave battente bandiera di quella Parte contraente;
- c) a bordo di un aeromobile immatricolato presso quella Parte;
- d) da un proprio cittadino, a condizione che il fatto sia previsto come reato dalla legge del luogo dove è stato commesso o non rientri nella competenza territoriale di alcuno Stato²⁷.

L'art. 32 della stessa Convenzione completa il quadro descritto prevedendo il consenso del titolare come titolo legittimante l'acquisizione di dati: la disposizione in parola, rubricata « *Accesso transfrontaliero a dati informatici immagazzinati con il consenso o quando pubblicamente disponibili* », permette così a ogni Stato membro, senza avere riguardo al luogo geografico in cui sono archiviati e, quindi, senza che a tal fine sia necessario il consenso della Parte contraente sul cui territorio è allocato il *server* cui accedere, di acquisire tutti i dati disponibili al pubblico²⁸, nonché di accedere o ricevere nel proprio territorio dati immagazzinati in un altro Stato, previo « *consenso legale e volontario della persona legalmente autorizzata a divulgare i dati* ».

Le disposizioni appena esaminate sono volte ad accrescere la possibilità che le Autorità di un Paese membro possano legittimamente accedere ai dati contenuti in un *cloud server* di un altro Paese membro, ma non sono idonee a risolvere eventuali conflitti di giurisdizione, che pure potrebbero insorgere: l'assenza, nel sistema della Convenzione, della funzione di coordinare tra loro gli ordinamenti dei Paesi membri nel senso di regolare siffatti conflitti, peraltro, è confermata dal successivo par. 5 del già citato art. 22, il quale si limita ad auspicare che la Parte contraente che rivendichi la

27. Cfr. SARZANA DI S. IPPOLITO, *Informatica, Internet e diritto penale*, Milano, 2012, p. 612 ss.

28. Al riguardo, per un esempio, si pensi ai dati inseriti su un *social network* senza che il titolare, nelle impostazioni della *privacy* del suo profilo, preveda alcuna limitazione in merito alla loro conoscibilità da parte di terzi. In merito a dati siffatti, in buona sostanza, è il loro titolare a fornire una volta per tutte il consenso alla loro diffusione pubblica e, quindi, alla loro apprensione da parte di chiunque, autorità comprese.

propria competenza penale in merito a una presunta infrazione prevista dalla Convenzione inviti a consultazione le altre Parti contraenti coinvolte “al fine di stabilire la competenza più appropriata per esercitare l’azione penale”.

Al riguardo, quindi, la Convenzione non prevede neppure un obbligo *de negotiando*, limitandosi a invitare gli Stati i cui ordinamenti siano in potenziale o effettivo conflitto a una consultazione “laddove sia opportuno”: anziché prevedere meccanismi automatici e, quindi, prevedibili di riparto della competenza all’azione penale e all’acquisizione dei dati, la Convenzione prevede solo un obbligo di cooperazione tra gli Stati membri, lasciando a un mero negoziato, peraltro neppure obbligatorio, il compito di dirimere il nodo che si dovesse eventualmente essere creato.

5. Il *power of disposal* come titolo di giurisdizione e la Bozza di Protocollo addizionale alla Convenzione sulla criminalità informatica. Molti dei limiti che abbiamo visto caratterizzare i criteri sin qui enunciati potrebbero però essere superati se si riuscisse a individuare un fattore di collegamento relativo direttamente ai dati e non già ai loro titolari (come la cittadinanza) o alla localizzazione del *server* che li ospita, elementi, questi ultimi, che potrebbero essere sconosciuti o comunque non facilmente conoscibili.

Proprio al fine di superare i limiti connessi alla “delocalizzazione” delle fattispecie di *cloud computing*, uno studio della Divisione su crimine economico della Direzione generale del Consiglio d’Europa²⁹, muovendo dal presupposto che « *neither the existing solution of access with consent nor general principles of international law measure up to the specific challenge created by the loss of location* »³⁰, ha ipotizzato l’utilizzazione del c.d. *power of disposal* (“potere dispositivo”), come criterio di collegamento nella materia che ci occupa. La persona titolare di tale potere sarebbe, secondo questa ricostruzione, chi detiene il diritto di modificare, cancellare, sopprimere o rendere inutilizzabili i dati o, ancora, di escludere chiunque altro da ogni accesso ai medesimi. Ora, come è noto, la prassi vuole che la legittimazione all’accesso a un sistema informatico sia generalmente attestata dal possesso di credenziali di autenticazione (nome utente e *password*, quanto meno): secondo la proposta in esame, quindi, una data autorità nazionale potrebbe essere legittimata ad accedere a tutti i dati, ovunque detenuti e indipendentemente dalla nazionalità del loro titolare, conservati su un *cloud* di cui sia riuscita ad ottenere, in modo legale (ad esempio mediante un’intercettazione regolarmente au-

29. Discussion paper on Cloud Computing and cybercrime investigations: Territoriality vs. the power of disposal?, 10 agosto 2010, www.coe.int.

30. Cfr. il par. 3.2 dello studio cit. alla nota precedente. In generale sulla progressiva perdita di rilevanza del concetto di territorialità nelle norme di diritto internazionale che riguardano Internet ci permettiamo di rinviare a RUOTOLO, *The Impact of the Internet on International Law: nomos without Earth?*, in *Informatica e diritto*, 2013, 2, 7 ss.

torizzata), le credenziali di accesso, senza che a tal fine sia stata chiesta la collaborazione del loro titolare o del fornitore del servizio di *cloud*.

Un approccio siffatto, del tutto sganciato da ogni riferimento territoriale e personale, consentirebbe alle autorità procedenti di operare senza che sia necessario conoscere preventivamente il contenuto dei dati o il luogo di localizzazione del *cloud*, e, quindi, di superare molti dei limiti palesati da criteri di legittimazione più tradizionali ma, nel contempo, potrebbe comportare una violazione anche grave dei diritti fondamentali della persona sottoposta alle indagini o finanche di soggetti terzi. Potrebbe quindi essere opportuno delimitare l'ambito di applicazione dei criteri in parola ai soli casi in cui vi sia il documentato rischio di distruzione dei dati da parte del sospettato, e sotto il profilo procedurale, prevedere l'autorizzazione dell'autorità giudiziaria, l'obbligo della notifica, sia al titolare del *power of disposal* sia al fornitore del servizio di *cloud*, dell'avvenuto accesso ai dati e una qualche forma di *judicial review*. Su queste premesse il Comitato della Convenzione sulla criminalità informatica (*Cybercrime Convention Committee*), nell'aprile 2013, ha pubblicato i « *(Draft) elements of an Additional Protocol to the Budapest Convention on Cybercrime regarding transborder access to data* »³¹, al fine di proporre una soluzione di diritto positivo a questi temi sotto forma di un protocollo alla Convenzione di Budapest. Il *Draft* in questione contiene ben cinque distinte proposte d'integrazione dell'art. 32 della Convenzione del quale abbiamo detto *supra*: se alcune di queste appaiono ragionevoli, come quelle che intendono recepire nel sistema della Convenzione il criterio del *power of disposal* di cui abbiamo appena detto³², e consentire l'accesso ai dati in assenza del consenso del loro titolare, ma mediante "lawfully obtained credentials", piuttosto singolare appare la proposta che, nell'intento di fissare un titolo di legittimazione universalmente applicabile, suggerisce di estendere le norme della Convenzione che legittimano l'acquisizione dei dati su *cloud* all'estero finanche ai *servers* ospitati sul territorio di Stati che non siano parte della Convenzione stessa. Non si comprende in assenza sia di norme di diritto internazionale generale sia di una qualche prassi significativa, quale possa essere il titolo legittimante una siffatta "universalizzazione" di una norma di diritto internazionale pattizio, dal momento che, come noto, l'art. 34 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 23 maggio 1969 prevede che un trattato non possa creare né obblighi né diritti per uno Stato terzo senza il consenso di quest'ultimo³³.

Da ultimo, il 5 novembre 2013, il gruppo di studio « *on Transborder Access and Jurisdiction* » del Consiglio d'Europa ha pubblicato il suo rapporto per il

31. Doc. T-CY (2013)14, del 9 aprile 2014, reperibile all'indirizzo www.coe.int.

32. Si tratta della proposta n. 5, « *The power of disposal as connecting legal factor* ».

33. Peraltro gli stessi redattori del *draft* riconoscono che « *this option may raise concerns of international law. Article 34 of the Vienna Convention on the Law of Treaties does not allow a treaty to create obligations or rights for a third State without its consent* ».

2013³⁴ in cui ribadisce la necessità di un bilanciamento tra l'interesse pubblico ad indagini penali rapide ed efficaci ai fini di contrasto alla criminalità e i diritti individuali, e che, di conseguenza, tutte le soluzioni eventualmente adottate in merito all'accesso transfrontaliero ai dati dovranno essere accompagnate da garanzie e condizioni per tutelare i diritti degli individui e prevenire l'uso improprio dei meccanismi così disciplinati.

Il medesimo rapporto, peraltro, consolidando quel paradigma *multistakeholder* che, a nostro giudizio, caratterizza tutti i procedimenti posti in essere nell'ordinamento internazionale al fine di adottare norme di disciplina di fattispecie che si realizzano *on-line*³⁵, sottolinea la necessità di un dialogo con le autorità per la protezione dei dati, la società civile e le organizzazioni del settore privato, e rinvia ogni decisione all'esito di un'ulteriore riflessione, da concludersi entro il 31 dicembre 2013.

34. *Report of the Transborder Group for 2013*, T-CY (2013)30, in www.coe.int.

35. Cfr. RUOTOLO, *Internet-ional Law*, cit., p. 144 ss.

Cloud Forensics e nuove frontiere delle indagini informatiche nel processo penale

Stefano Aterno, Marco Mattiucci

1. Definizione teorica ed implementazioni reali dei *Cloud systems*. Una grande quantità di indagini di polizia giudiziaria si è spostata su Internet ed in particolare sui sistemi *Cloud* a causa della vasta diffusione di supporti di memoria virtuali come ad esempio *dropbox*, *google drive*, o per l'estrema diffusione di *social network* come *Facebook* che ricreano interi ambiti virtuali in cui condividere informazioni, idee, servizi, interessi e comunicazioni.

Un *cloud computing* è un sistema di elaborazione distribuito, basato su Internet. Più chiaramente, può essere paragonato ad un grande e sofisticato *personal computer* (sistema di elaborazione) non realizzato da un sistema elettronico fisicamente individuabile in un luogo ma da un insieme di sistemi elettronici connessi tra loro mediante la Rete Internet e quindi mediante una connessione telematica. In tal modo, Internet — da mezzo di comunicazione — diviene mezzo costitutivo di diverse “nuvole” (*cloud*) di sistemi federati che realizzano servizi per i loro utenti. Il motore di ricerca Google è un esempio di *Cloud*; l'utente lo usa attraverso una semplice pagina *web* ma non è possibile stabilire con certezza “chi” risponde alle domande che l'utente pone durante la ricerca e “dove” esso sia.

La risposta al “chi” ed al “dove” è terribilmente condizionata. Il *Cloud* di Google (ed in genere ogni *Cloud*) è un sistema altamente dinamico ed autoriconfigurabile, in grado di far fronte alla richiesta di servizi a seconda delle sue disponibilità di risorse. Se ad esempio il *server* di Google (fornitore di servizi) che risponde alla nostra domanda (richiesta di servizio) fosse troppo occupato e non rispondesse in quel momento, un altro, appartenente alla stessa “nuvola”, prenderebbe prontamente il suo posto e l'utente non vedrebbe il minimo ammanco di servizio. Questa incertezza di “chi” e “dove” alla base del *Cloud* ne fa un argomento fortemente dibattuto nell'ambito della *forensics* in ambito *Cloud*.

Il *Cloud Forensics*, ossia la branca del *Digital Forensics* dedicata ad indagini ed accertamenti tecnici su *Cloud*, soffre fortemente la mancanza di territorialità ed identificabilità tipici delle “nuvole” di Internet. Ma, d'altro canto, l'avvento dei sistemi *Cloud* è inevitabile. Ci sono diverse ragioni che dettano l'ineluttabilità dei sistemi *Cloud* su Internet (la loro crescita negli ultimi anni

è incalcolabile ed il *trend* continua in tale direzione¹⁾ ed è bene tenerne conto per capire come le indagini di polizia giudiziaria ne saranno sempre più influenzate: integrazione con i cellulari²⁾, diminuzione dei costi³⁾, memorie infinite⁴⁾, servizi illimitati⁵⁾, atterritorialità ed anonimato⁶⁾. Il che porta a pensare che nell'arco di poche decine di anni Internet si trasformerà in *Intercloud*, una federazione di “nuvole” basate su servizi e dati che potranno essere accedute dall'utente in maniera semplice ed efficace dismettendo gli ormai vecchi concetti di indirizzi internet (URL) ed IP (*Internet Protocol Address*) continuamente usati nelle indagini odierne.

I sistemi di *Cloud Computing* si sono affermati a seguito di due conquiste tecnologiche fondamentali della nostra società: la virtualizzazione e la remotizzazione. Quanto alla prima, esistono programmi del pari di *Parallels*, *VMware*, *VirtualBox*, ecc., il cui scopo è consentire di eseguire come programmi al loro interno interi sistemi operativi e quindi di fatto realizzare delle “macchine virtuali” ossia computer che “vivono” all'interno di

1. In argomento, per maggiori approfondimenti, si preferisce rinviare a LILLARD, GARRISON, SCHILLER, STEELE, *Digital Forensics for Network, Internet and Cloud Computing*, Elsevier, 2010, p. 39; PETERSON, SHENOI, *Advances in Digital Forensics IX*, in Atti de *IX IFIP WG 11.9, International Conference on Digital Forensics*, Orlando, FL, USA, 28–20 gennaio 2013.

2. Impiegare i servizi di un *Cloud* su *smartphone* (cellulari di ultima generazione) è semplice ed incredibilmente efficace. Basti pensare al fatto che *Facebook* è ormai integrato nativamente in qualsiasi cellulare ed il difficile è divenuto “spegnerlo” e non usarlo. Si può riflettere sui servizi di Google (*Android*) o *iCloud* (*Apple*) in cui magicamente tutto ciò che è sul proprio PC o Mac di casa/ufficio si ritrova tranquillamente sullo *smartphone* in treno, il proprio *backup* dei dati ed delle agende vengono salvati su una nuvola “astratta” e quindi non preoccupa più perdere chiavette USB o *hard disk*/cellulari, ecc. L'utente si svincola con semplicità dagli oggetti materiali ed il *Cloud* favorisce la mobilità dei dispositivi e dei dati nell'intero *cyber-spazio*.

3. I servizi *Cloud* costano assolutamente meno di qualsiasi servizio equipollente auto-costruito ed auto-gestito. Si terziarizzano infatti le manutenzioni, gli acquisti ed inoltre si paga solo per l'uso reale e non per il possesso. Il *pay-per-use* è proprio il punto chiave che ha lanciato e sostiene oggi il mondo *Cloud*.

4. Non si dice niente di nuovo se si afferma che i moderni sistemi di elaborazione, dai computer ai cellulari, richiedono quantità di memoria digitale sempre più alte e la tendenza inevitabile è a delocalizzarle, cioè spostarle su un sistema *Cloud* virtualizzandole e rendendole potenzialmente infinite ad un costo irrisorio. Basti pensare alla *Google mail* meglio conosciuta come *gmail*, una potente implementazione di *Cloud* sui servizi di posta elettronica. Essa risulta priva di costi per l'utente e lo spazio di archiviazione per gli allegati e la posta cresce di anno in anno rendendo praticamente inutile la cancellazione dei dati da parte dell'utente (lo stesso *Google* consiglia di evitare la cancellazione in quanto lo spazio sarà potenzialmente tale da contenere qualsiasi tipo di attività umana per anni).

5. Su *Cloud* qualsiasi tipo di servizio informatico o telematico è ricostruibile e gestibile direttamente dal *browser* (*Explorer*, *Safari*, *Firefox*, *Chrome*, ecc.). Si può implementare dalla sicurezza di canali criptati (servizi di comunicazione) al *VoIP* (*voice over IP*, ovvero telefono online), *Chat*, *Video*, filmati in *streaming*, fino ad interi sistemi di elaborazione ed addirittura reti di calcolatori. Non ci sono limitazioni: potenzialmente il limite è solo nella fantasia umana.

6. Purtroppo (nota dolente per le indagini) i sistemi *Cloud* sono una delle migliori garanzie per realizzare l'anonimato e per emanciparsi da “antichi” ed “angusti” confini territoriali e nazionali. Da ciò la possibilità di operare al di fuori delle leggi ed al di fuori della fiscalità (punto quest'ultimo che già ha toccato *Google* ed *Amazon*, due tra i maggiori *Cloud* della terra che in diverse nazioni hanno avuto questioni con il fisco per accertamenti fiscali e per imposte sul valore aggiunto non pagate).

altri *computer*. Con questa modalità, ad esempio è possibile avere un PC *Windows* che opera dentro un *Apple Mac*. L'*hardware* è unico, quello del *Mac*, ma l'utente può lavorare simultaneamente con due computer diversi condividendo tastiere, *hard disk*, *monitor*, ecc. Il processo di virtualizzazione è ad oggi talmente spinto che dentro un computer è possibile simulare diversi computer virtuali collegati tra loro in rete; in pratica è possibile avere delle intere reti virtuali solo in un computer di casa. Quanto alla seconda conquista (la remotizzazione), ci sono programmi come *LogMeIn*, *SplashTop*, ecc., che permettono ad esempio di accedere dal cellulare o dal PC d'ufficio al computer di casa (accesso e connesso ad Internet ovviamente). Si può quindi agire sul computer di casa come se si fosse lì mentre in realtà ci si trova a distanze chilometriche. La remotizzazione è anch'essa talmente spinta che è divenuta una costante in qualsiasi sistema di gestione della manutenzione delle reti (l'utente viene invitato ad alzare le mani dalla tastiera e l'amministratore prende possesso della sua macchina a distanza facendo vedere all'utente cosa fare, scrivendo sullo schermo, muovendo il *mouse*, ecc.).

La virtualizzazione ha trovato supporto nella vasta disponibilità di microprocessori *multicore* già predisposti in tal senso (essi hanno un *hardware* che gestisce la virtualizzazione ad alta velocità) ed impiegati in qualsiasi computer anche di piccola taglia. La remotizzazione ha beneficiato dell'incremento di velocità di trasmissione su Internet (ampiezza di banda), elemento che gli utenti chiedono costantemente ai *provider* di servizi telefonici.

1.1. Struttura e tipi di servizi *Cloud*. Rifacendosi a quanto sopra indicato, un sistema *Cloud* è una federazione di sistemi virtualizzati e remotizzati su Internet in quantità dipendente dal tipo di servizio che devono fornire (struttura dinamica *on-demand*). Come tale si possono individuare:

- a) *Cloud Client: PC, Smartphone, Embedded System* (es. *iPad*), ecc. su cui è presente almeno un sistema operativo (es. *Windows*, *MacOS*, ecc.) ed un *software* di *browsing* su Internet (*Explorer*, *Safari*, *Firefox*, *Chrome*, ecc.). Il *Cloud Client* è il sistema che l'utente impiega per chiedere servizi al *Cloud* e riceverne risposte. Il maggiore artefice di questo è ovviamente il *browser* impiegato e l'indipendenza dal sistema operativo è quasi sempre garantita.
- b) *Cloud Service Provider (CSP)*: equivalente al *ISP (Internet Service Provider)* il *CSP* è la ditta che supporta e gestisce il *Cloud* in questione regolando le erogazioni di servizi e le utenze.
- c) *Cloud per servizi software (SaaS): Software as a Service (SaaS)*, è l'acronimo di un servizio *Cloud* che è caratterizzato per rendere disponibile all'utente dei *software* pagandoli solo in base all'impiego o non pagandoli affatto. Sparisce quindi il concetto di licenza del *software* per

lasciare il posto a quello di software *pay-per-use* con evidenti risparmi ma soprattutto con la scomparsa necessità di aggiornarlo dato che si impiega online sempre in ultima versione (il *software* come servizio NON si installa sul cliente). Tipici esempi sono gli applicativi *online* che permettono di accedere ai *Google Documents*, in tutto simili agli strumenti del pacchetto *Office* e spesso ad esso compatibili.

- a) *Cloud per piattaforma (PaaS): Platform as a Service (PaaS)* identifica un tipo di servizio *Cloud* in cui la nuvola rende disponibili singoli elaboratori remoti completamente virtualizzati. La loro struttura *hardware* risulta addirittura modificabile online ed “a caldo”. Si può ad esempio scegliere di impiegare per soli 10 minuti un *personal computer* con un microprocessore *multicore*, diversi *GygaByte* di RAM ed almeno 1 *TeraByte* di *hard disk* per poi distruggerlo immediatamente oppure trasformarlo in un sistema più potente con 16 microprocessori e diversi *TeraByte* di *hard disk*. Il tutto online e con semplici click del mouse, nessun sistema fisico effettivamente viene costruito ed inoltre non è noto in quale parte del mondo la macchina virtuale richiesta operi.
- b) *Cloud per Infrastruttura (IaaS): Infrastructure as a Service (IaaS)* è un tipo di servizio *Cloud* in cui si virtualizzano intere reti di computer con *server*, *client* e collegamenti anche di natura diversa. Questo servizio risulta incredibilmente efficiente se ad affittarlo è una ditta in quanto i suoi dipendenti potrebbero iniziare a lavorare e condividere dati e software tra loro immediatamente dopo essersi connessi ad Internet e non ci sarebbero tempi morti di gestione della rete interna o di manutenzione del sistema. Inoltre, qualora la ditta si trasferisca in altra sede o altri uffici, la sua rete interna si trasferirebbe con lei a costi praticamente irrisori.
- c) *Cloud per comunicazioni (CaaS): Communication as a Service (CaaS)* sono servizi *Cloud* per la comunicazione digitale. Si pensi ai sistemi di supporto al *social networking*, nessun miglior esempio di questo è possibile. *Facebook* è contemporaneamente un sistema di comunicazione multiutente, un archivio, una *chat*, ecc. per cui integra una grande varietà di servizi di comunicazione *Cloud*.
- d) *Cloud per memorie di massa (Remote Virtual Drive)*: i già citati *Dropbox* e *GDrive* o *Amazon S3* sono i grandi *hard disk Cloud* di Internet. Essi permettono di memorizzare un'enormità di dati sulle rispettive nuvole realizzando di fatto drive virtuali accessibili da remoto da una moltitudine di dispositivi diversi (*iPhone*, *iPad*, *Tablet*, *PC*, *Mac*, ecc.).
- e) *Cloud for Cloud*: ci sono *Cloud* così potenti e ricchi di risorse (*Amazon* in testa ovviamente) che forniscono come servizio la possibilità di creare e gestire un proprio *Cloud*. Queste possibilità consentono a

chiunque di divenire CSP a richiesta ed ovviamente pagare in base ad un tariffario e secondo accordi prestabiliti.

Tutti i *Cloud Service Provider* (di seguito CSP) sono in grado di fornire tutti i servizi appena evidenziati. Questo dipende dal costo delle risorse necessarie ad implementare, sostenere e fornire tali servizi.

Quando durante un'indagine è necessario "affrontare" un sistema *Cloud*, l'investigatore deve innanzitutto capire preliminarmente con quale tipo di *Cloud* sta confrontandosi e poi andare a verificare il particolare servizio (o l'insieme dei servizi) cui è interessato per le finalità dell'indagine. Ciò in quanto possono essere prese diverse decisioni. In precedenza sono state elencate le principali categorie di servizi, qui di seguito si elencano le classi di *Cloud* attualmente esistenti su Internet:

- a) *Public Cloud*: realizzati per mettere a disposizione di più utenti possibili i servizi; solitamente sono gestiti da CSP non necessariamente noti.
- b) *Community Cloud*: più soggetti, enti o comunità *on line* mettono in comune (remotizzando e virtualizzando) delle risorse tramite Internet realizzando una "nuvola" che eroga servizi soprattutto ai membri della comunità stessa. I membri della comunità sono noti ma nulla vieta che essi operino e creino il sistema da nazioni diverse con ordinamenti diversi. Possono ovviamente esistere delle comunità nascoste transnazionali che impiegano il loro *community Cloud* per condividere servizi di ogni tipo, anche illegale.
- c) *Private Cloud*: realizzato e gestito da un ente noto che detiene responsabilità e patrocinio dei dati. Spesso questo spazio viene dall'ente spesso affittato a terzi soggetti che hanno bisogno di questo servizio più privato e riservato.
- d) *Hybrid Cloud*: per motivi economici è talvolta possibile che si combinino *Cloud* privati (molto costosi) con *Cloud* pubblici o di comunità virtuali. In tal caso funzionamento e struttura dipendono dalla loro struttura.

1.2. Sopralluogo e repertamento sui *Cloud*. Sono possibili ed ovviamente sono attività virtuali. Per sopralluogo virtuale s'intende la "visita" *on-line* di un'area o sistema del *Cloud* per osservarne i servizi (non solo i dati) attivi, le richieste, le forniture, i *log*, ecc. Per repertamento s'intende sostanzialmente la copia di dati e l'acquisizione di evidenze direttamente accedendo al *Cloud* nell'ambito dell'indagine specifica.

Il sopralluogo può essere svolto senza eccessivi problemi tecnici se il CSP collabora (ad esempio si trova in Italia ed ha un'identificazione certa ed

è facilmente raggiungibile dall'autorità giudiziaria procedente; al contrario l'unico modo per effettuare un sopralluogo su *Cloud* all'estero è tramite le intercettazioni telematiche. Purtroppo la maggior parte dei *Cloud* implementa meccanismi di criptazione per operare *online* da cui l'unica possibilità rimane l'intercettazione tramite captatore informatico (*Remote Control System*, da alcuni definito "*trojan*")⁷.

Per il repertamento si devono operare copie di dati in condizioni dinamiche (il *Cloud* non può spegnersi) per cui si è in presenza di un'attività irripetibile. A questo proposito, si stanno sviluppando una serie di nuovi strumenti forensi in grado di procedere a tali acquisizioni.

Senza scendere nei dettagli, al momento questa attività è lasciata alla perizia di tecnici altamente specializzati che devono avere la capacità di regolare le loro scelte tecniche in base alla singola situazione che di volta in volta devono affrontare.

L'acquisizione su *Cloud* attraverso il captatore informatico a cui sopra si è fatto cenno, può risultare strumento essenziale ma verrebbe impiegato al di fuori di quella che è l'attività di intercettazione telematica. Purtroppo o per fortuna, in Italia, in questo ambito, il problema è ancora aperto e si discute sulla liceità o meno della procedura, dell'applicazione delle norme del codice di procedura penale e delle necessarie garanzie.

In un sistema *Cloud* perfetto il *Cloud Client* (es. il cellulare dell'indagato) non memorizzerebbe nessuna evidenza dell'attività svolta ma fortunatamente siamo ancora lontani da tale perfezione per cui l'indagine sul *Client* (sequestro ed analisi forense classica del dispositivo secondo le linee guida della *digital forensics*) ha ancora molto senso. Ci si concentrerà soprattutto sulle tracce che riconducono ad attività del *Browser* per identificare il *Cloud*, i collegamenti impiegati, le comunicazioni in chiaro svolte, ecc.

Successivamente si procede verso il *Cloud* e qui la sua classe diviene determinante. Per *Cloud* privati si procede direttamente verso il CSP che è individuabile legalmente: se è in Italia si passa ad una indagine classica su Internet e si chiede al CSP di collaborare su indicazione del p.m.; se non è in Italia si devono cercare altri strumenti tra cui la collaborazione investigativa (es. il CSP ha supportato con i suoi servizi *Cloud* altri reati in altri stati per cui potrebbe già essere sotto indagine) e/o la rogatoria internazionale che purtroppo soffre dei suoi limiti temporali (i *Cloud* si ridefiniscono in secondi e minuti mentre la rogatoria è uno strumento che impiega tempi dell'ordine di mesi). Per *Cloud* pubblici il discorso si complica, data la vastità del numero di utenti che in genere servono e le garanzie minime per il servizio (dato che spesso ha costi irrisori se non nulli) le tracce di attività al suo interno sono di

7. Per una prima analisi del fenomeno del captatore informatico anche alla luce di una sentenza italiana, Cass., Sez. V, 14 ottobre 2009, Virruso ed altri, in *Mass. Uff.*, n. 246954, sia consentito rinviare a ATERNO, CAJANI, COSTABILE, MATTIUCCI, MAZZARACO, *Manuale di Computer Forensics*, Forlì, 2012; ed inoltre, ATERNO, voce *Digital Forensics*, in *Dig. Pen.*, Agg., Padova, p. 58, in corso di pubblicazione.

principio scarse se non inesistenti, inoltre il CSP non è sempre individuabile nonché talvolta risponde asserendo che non ha nella sua disponibilità i dati di cui al servizio indagato. Questo può succedere tecnicamente ed un semplice esempio chiarifica il problema. Su alcuni servizi di *Remote Virtual Drive* pregiati come *iCloud* di Apple è impossibile memorizzare dati criptati che siano facilmente identificabili come tali. Questo perché Apple si riserva di proteggere i dati fino a quando l'A.G. degli USA non gli chiede di fornirli. Se un utente memorizza su *Cloud* un *file* criptato con un suo metodo ed algoritmo quando la p.g. gli chiederà tale *file* il CSP lo fornirà com'è e quindi chiuso dal cripto per cui inutile (non leggibile dalla p.g.). I *Cloud* pubblici vengono impiegati per servizi molto più articolati di un semplice *storage* di *file* e nella maggior parte dei casi la criptazione è uno strumento che mette in campo l'utente e non il *Cloud* per cui il CSP si arrende a ciò dicendo che non è responsabile di quello che accade tramite la sua "nuvola" perché non può vederlo o valutarlo.

Per i *Community Cloud* il fenomeno della loro espansione su Internet è enorme e se ne possono trovare di ogni tipo, sia di natura lecita che illecita. Il fatto che i singoli componenti della community che costituiscono il *Cloud* possano essere in posti diversi della terra è determinante in quanto i dati contenuti nel *Cloud* non necessariamente devono risiedere in un posto preciso ed il *Cloud* li può redistribuire in giro per il mondo. Un esempio semplificato rende immediatamente l'idea della problematica. Si consideri un documento *Word* di diversi MB con al suo interno testo, foto, riferimenti, tabelle, ecc., che costituisca evidenza di reato in Italia e si supponga di memorizzare tale documento in un *Community Cloud* in cui i meccanismi di memorizzazione criptano e spezzettano il documento in diverse parti memorizzandole in diverse zone della terra. Ognuno dei pezzi, separatamente dagli altri, non ha senso compiuto e non può essere decrittato, per cui non è evidenza di reato nemmeno in Italia. La domanda che ne consegue è: dov'è il documento? E quale legge si può ad esso applicare? Il documento è realmente sparso tra più nazioni. Se si accede al *Cloud* lo si può vedere per intero ma se lo si copia dai server che formano il *Cloud* nulla si ottiene. Il repertamento vecchio stile come copia di dati non è più utile. Per assurdo se si copia il *monitor* mentre l'utente accede al documento virtuale si ha l'unica evidenza possibile della sua esistenza e questo riporta ovviamente all'uso di mezzi altamente intrusivi per le indagini come i *trojan* ed i *Remote Control System* che tra le funzioni hanno l'acquisizione a distanza delle immagini del *monitor*.

2. Quale norme e garanzie in tema di ispezione, perquisizione e sequestro in ambiente *Cloud computing*? Come accennato in precedenza, durante le indagini è possibile rinvenire sistemi informatici o telematici accessi e con operazioni in pieno svolgimento. I casi sono sostanzialmente

di due tipi: il primo è il caso — ormai di scuola — relativo a comunissimi *personal computers* o apparati informatici che si rinvenivano accesi sulla scena del crimine ma che sostanzialmente sono facilmente asportabili e quindi nella maggioranza dei casi oggetto di spegnimento, sequestro e successiva acquisizione e analisi forense. La seconda ipotesi è quella in cui le circostanze di fatto e di luogo non consentono di acquisire il contenuto di un sistema informatico attraverso la consegna materiale dei dati o comunque non consentono di sequestrare dati e supporti informatici (*server*) senza provocare un blocco del servizio (spesso) pubblico o di pubblico interesse (si pensi appunto a società che affittano o vendono spazio in sistemi di *Cloud computing*, gestori di comunicazioni accessibili al pubblico, all'ipotesi di operatori di telefonia, *internet service provider*).

Con le modifiche della legge del 18 marzo 2008, n. 48 (legge di ratifica della convenzione di Budapest del 2001) le norme del codice di procedura penale disciplinano la “cristallizzazione della *digital evidence*” e tendono a garantire l'integrità dei dati⁸.

Per i sistemi *Cloud* l'osservanza di tale normativa risulta alquanto problematica. Davanti ad un normale supporto informatico, solitamente, si procede attraverso l'osservanza di tecniche di spegnimento del sistema in grado di preservare la memoria *Ram*, fino a soluzioni tecnologicamente avanzate per i casi più complessi e delicati. Nelle ipotesi di intervento in ambito *Cloud* è frequente che gli operatori non conoscano esattamente in quale *server* sono memorizzati i *files* d'interesse e sono di fatto impossibilitati a sequestrare (o anche solo ispezionare) tutto il contenuto di un account su *Cloud computing*. Nella maggior parte dei casi non è neanche pensabile interrompere il servizio soprattutto nei casi in cui si ricerca la prova presso terzi e non direttamente nei sistemi di proprietà dell'indagato.

In tali situazioni affinché l'indagine non si blocchi di fronte a difficoltà di ordine pratico è necessario che l'organo procedente si ponga l'interrogativo su cosa sequestrare. È di tutta evidenza che soprattutto in tali situazioni e di fronte a tali numeri non tutto costituisce corpo del reato e non tutto è opportuno sequestrare o acquisire. Deve effettuarsi una scelta preventiva dei dati che possono essere utili alle indagini e ciò che invece può essere

8. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2013, p. 357, sul punto, volendo anche ATERNO, *Acquisizione e analisi della prova informatica*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 6, suppl. (Dossier: *La prova scientifica nel processo penale*, a cura di Tonini), 61. Cfr. altresì CUNIBERTI, GALLUS, MICOZZI, ATERNO, *Commento alla legge di ratifica della convenzione di Budapest del 23 novembre 2001*, in www.giuristitelematici.it; LUPARIA, *I profili processuali*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 717 ss.; MARCOCCIO, *Convention on cybercrime: novità per la conservazione dei dati*, in www.interlex.it; PICOTTI, *La ratifica della Convenzione Cybercrime del Consiglio d'Europa. Profili di diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 700; Id., *Ratifica della Convenzione Cybercrime e nuovi strumenti di contrasto contro la criminalità informatica e non solo*, in *Dir. Internet*, 2008, 5, 437 ss.; RESTA, *La disciplina acquista maggiore organicità per rispondere alle esigenze applicative*, in *Guida dir.*, 2008, 16, 52; SELVAGGI, *Cooperazione giudiziaria veloce ed efficace*, in *Guida dir.*, 2008, 16, 72.

trascurato⁹. Dunque è necessario comprendere con esattezza cosa cercare e con quali modalità acquisire ciò che si desidera al fine di consentire però la ripetibilità dell'operazione garantendo la genuinità degli elementi di prova oppure procedere con le modalità delle attività irripetibili *ex art. 360 c.p.p.* Una volta individuati i *file* o le *directory* da acquisire in quanto utili e necessarie alle indagini occorre farlo garantendo l'integrità del *file* e la non modificabilità. Escludendo l'ipotesi di poter salvare il *file* su un supporto esterno (es. *pen drive*) con il tipico comando "salva con nome" in quanto andrebbe a modificare i cd metadati alterando il *file* e il suo contenuto, è possibile invece effettuare una tipica masterizzazione del *files* o dell'intera "cartella" rimanendo nell'ambito di un'attività ripetibile *ex art. 359 c.p.p.*

La giurisprudenza della Corte di cassazione si è pronunciata sul punto e in un caso di documenti informatici utili alle indagini rinvenuti all'interno di un *personal computer* acceso durante una perquisizione ha stabilito che la masterizzazione del *file* non costituisce attività irripetibile bensì attività ripetibile e che pertanto è formalmente corretta¹⁰. Con un'altra pronuncia, la Suprema Corte si è confrontata con l'acquisizione di un *file* di posta elettronica su un *server* aziendale di una grande banca italiana in un procedimento che riguardava il furto d'identità, il trattamento illecito di dati personali e alcune presunte truffe ai danni di utenti *e-bay*. Il caso affrontato dai giudici di legittimità riguardava una richiesta di sequestro del pubblico ministero erroneamente fondata sull'art. 254-bis c.p.p. (sequestro presso fornitori di servizi informatici, telematici e di telecomunicazioni) in quanto in realtà rivolta ad un istituto bancario che presso i propri *server* conservava il *file delle email* in formato "*pst*" delle cartelle *outlook* di posta elettronica dell'indagato. Il caso è stato oggetto di una precedente pronuncia di merito del Tribunale del Riesame di Roma¹¹, poi impugnata e a cui è seguita una pronuncia della Suprema Corte¹². Nelle motivazioni di quest'ultime due sentenze della Cassazione ci sono alcuni aspetti che riguardano l'acquisizione di alcuni documenti informatici che forse potevano essere chiariti e spiegati meglio.

Per esempio, con riferimento alla seconda sentenza citata, quella del *file*

9. Tale scelta può essere effettuata attraverso il ricorso all'ispezione informatica prevista ai sensi dell'art. 244 c.p.p. di cui si dirà più avanti.

10. Cass. Sez. I, 25 febbraio 2009, Dell'Aversano, in *Mass. Uff.*, n. 243495; si veda anche Id., Sez. II, 12 dicembre 2008, Bruno, in *Guida dir.*, 2008, 85, con nota di CISTERNA, *Tecniche di ricerca appropriate in base all'attuale quadro normativo*, ivi, 2009, 17, 87 ss.

11. Tribunale del Riesame di Roma 8 luglio 2008, Bruno, *inedita*, ma di cui ampi passaggi possono rinvenirsi in ATERNO, CAJANI, COSTABILE, MATTIUCCI, MAZZARACO, *Manuale*, cit., p. 488 ss.

12. Cfr. Cass., Sez. II, 13 marzo 2009, Bruno, in *Guida dir.*, 2009, 17, 85. Trattasi della prima sentenza della Suprema Corte dove si fa riferimento a questa tecnica di *hashing* e si nota con favore che negli ultimi tempi, complici alcuni ricorsi in materia di reati informatici, la Corte di Cassazione è stata chiamata a misurarsi con le nuove tecnologie e con il principio relativo di ripetibilità dell'accertamento. Per un commento sul tale sentenza cfr. CISTERNA, *Tecniche di ricerca appropriate in base all'attuale quadro normativo*, cit., 87 ss.

di posta elettronica nel server della banca, i giudici di legittimità hanno ritenuto che ogni valutazione di ordine tecnico circa la necessità di effettuare l'*hashing* per poter eventualmente verificare se la copia del *file* nel CD masterizzato sia uguale all'originale (e quindi se il *file* sia stato modificato o meno) è estranea al giudizio di legittimità, sia perché attiene essenzialmente alle modalità esecutive del sequestro sia perché comunque la normativa richiamata dal ricorrente non individua specificatamente le misure tecniche da adottare, limitandosi a richiamare le esigenze da salvaguardare attraverso idonei accorgimenti; la corte ha aggiunto comunque che nel caso di specie, la sezione della polizia postale nell'acquisizione della documentazione informatica relativa all'attività delittuosa oggetto di indagine aveva in concreto adottato le cautele previste dalla legge n. 48 del 2008.

In realtà la suprema Corte in entrambe le sentenze sopra richiamate, non ha tenuto conto che la procedura posta in essere non era affatto idonea a tutelare le finalità indicate dal legislatore negli articoli 247, co. 1-bis, e 354, co. 2, del c.p.p. proprio in considerazione della mancata adozione di ciò che stabiliscono questi due ultimi commi citati. Al di là del rilievo fatto dai giudici di legittimità circa il rinvio al dibattimento, sarebbe stato opportuno chiarire meglio ciò che il quest'ultimo giudice deve verificare in concreto in sede di giudizio anche perché non vi è dubbio che già da una lettura delle carte processuali non emergeva alcuna modalità di conservazione del *file* originale sul *server* di posta elettronica della Banca. Se non si adottano le misure tecniche o non si impartiscono le prescrizioni necessarie ad assicurare la conservazione e ad impedire l'alterazione e l'accesso a dati, informazioni e programmi informatici viene violato proprio il dettato normativo ed in particolare un accorgimento di garanzia finalizzato a verificare l'integrità e la conformità all'originale del dato informatico (*file* che contiene tutta la posta elettronica di un dipendente) acquisito da un *server* aziendale (non sequestrato). La riproduzione in copia su un Cd-Rom firmato da tutti gli operanti di polizia giudiziaria e dall'ausiliario di polizia giudiziaria potrebbe non essere sufficiente a assicurare il principio di garanzia ma soprattutto non ha senso se non viene adottato quanto affermato nella seconda parte dell'art. 247 co. 1-bis e nella prima parte del comma 2 dell'art. 354 c.p.p. («... adottare altresì le misure tecniche o impartire le prescrizioni necessarie ad assicurare la conservazione e ad impedire l'alterazione e l'accesso... »)¹³.

È di tutta evidenza che non si è tenuto in debito conto che il *file* "originale" di tutta la posta elettronica (es. *outlook*) presente sul *server*, per sua propria natura e fin tanto che non viene definitivamente tolto da quella sede, è soggetto a continue modifiche anche del tutto involontarie e indipendenti dall'azione del titolare della casella di posta o di soggetti terzi manutentori

13. Per tutti, in generale, si veda, TONINI, *Manuale*, cit., p. 357. Per un approfondimento sul punto specifico sia consentito il rinvio a ATERNO, *Acquisizione*, cit., p. 61.

del server. Pertanto, senza un “congelamento” o un’asportazione del file con un preliminare calcolo di *hash*, (si pensi all’ipotesi di “zippare” il file e proteggerlo con *password* lasciandolo anche nel server in quanto divenuto così imm modificabile) si è contravvenuto al disposto dell’art. 247 co. 1-bis e al co. 2 dell’art. 354 c.p.p., non consentendo alla difesa, tra le altre cose, di ripetere l’operazione direttamente dal server di posta.

Tutta la fase che precede un’acquisizione informatica su computer acceso (c.d. *live forensics*) dovrebbe essere debitamente documentata¹⁴.

Esistono anche i c.d. *keylogger* (*software* o *hardware*) in grado di registrare tutto ciò che un utente digita sulla tastiera del computer e quindi essere utilizzati all’occorrenza anche per certificare l’autenticità e la genuinità di una operazione di acquisizione fatta dalla polizia giudiziaria durante una *live forensics*. In considerazione dell’alta probabilità di errore nelle acquisizioni informatiche cd *live*, questa tecnica andrebbe suggellata con l’apposizione della firma digitale ai file di log prodotti dal *software* al fine di certificare l’operato della polizia giudiziaria al di là di quanto potrebbe fare un semplice verbale di polizia dal quale certamente non emergerebbero gli errori inconsapevoli eventualmente commessi. La legge di ratifica della Convenzione di Budapest ha introdotto il concetto di ispezioni informatiche accanto a quello di perquisizioni informatiche (artt. 244 co. 2 e 247 c.p.p.). Alcune brevi riflessioni inducono a ritenere che in realtà una pur minima differenza tra i due strumenti di ricerca della prova può esserci. L’ispezione consiste nel limitare l’operante all’esame obiettivo della situazione di fatto esattamente come essa ricade sotto i sensi percettivi di chi sta procedendo. L’atto ispettivo viene disposto ed effettuato a scopo di percezione visiva personale e di tutto ciò che può essere rilevante per le indagini (art. 244 c.p.p.) con possibilità di eseguire rilievi segnaletici, descrittivi e fotografici ed etimologicamente deriva da “*in-spicio*” ovvero qualcuno guarda “in” qualcosa. Mentre, nella perquisizione, il perquirente “fruga” e l’osservazione visiva è il semplice mezzo per l’attività di ricerca e di apprensione materiale¹⁵. L’attività ispettiva è per lo più un rilevamento morfologico degli effetti e delle tracce esterne visibili, senza intervento modificatore o invasivo dell’investigatore. Alcune leggi speciali prevedono che la polizia giudiziaria può procedere a “controlli” e “ispezioni” (denominate anche “di sommaria ricerca”) che possono “progredire” in vere e proprie perquisizioni quando ciò è necessario in conseguenza di risultati derivanti dall’originario intervento investigativo. In questi casi le ispezioni devono considerarsi atti atipici di indagine e si sostanziano in un’attività di osservazione e percezione che può essere eseguita sia da agenti sia da ufficiali di p.g. e che in via generale può riguardare esclusivamente i

14. TONINI, *Manuale*, cit., p. 357; ATERNO, *Acquisizione*, cit., p. 62.

15. Per una compiuta ed esauriente disamina di questi istituti processuali, si veda D’AMBROSIO, *La pratica di polizia giudiziaria*, Padova, 2007, II, p. 73.

mezzi di trasporto, i bagagli e gli effetti personali¹⁶. L'ispezione tende quindi ad assumere informazioni utili attraverso la lettura di segni che abbiano significati ricavabili dall'applicazione di criteri argomentativi: se in un luogo si rinviene della cenere o del fumo ciò fa pensare che vi è stato del fuoco.

Ciò detto, si pone una duplice domanda. Se sia possibile ipotizzare un'attività ispettiva su di un sistema di *Cloud computing* ed in caso affermativo, in che forme e con che modalità¹⁷. Poniamo il caso che il sistema sia acceso ed in funzione e la polizia giudiziaria d'iniziativa sia interessata a conoscere quante più informazioni possibili prima di richiedere eventualmente un decreto di perquisizione al magistrato. Un'attività invasiva di accesso interno al sistema e di utilizzo degli strumenti informatici potrebbe provocare un'alterazione del sistema stesso o dei dati ed una modifica dei *file* o del loro contenuto (soprattutto se il *file* o la "cartella" vengono aperti). In questo caso, il sistema, se stimolato da una operazione anche semplice come il click del *mouse*, autonomamente effettua una serie di operazioni in grado di modificare informazioni interne al sistema stesso. Ciò potrebbe porre in essere un'attività contrastante con il nuovo disposto dell'art. 244 c.p.p. che stabilisce la necessità di adottare *misure tecniche dirette ad assicurare la conservazione dei dati originali e ad impedirne l'alterazione*. L'attività posta in essere in questo caso sembra andare oltre il semplice "sguardo esplorante" tipico dell'ispezione. Tale attività sembra andare oltre il semplice scrutamento del contenuto, delle forme, delle qualità e caratteristiche del mezzo per giungere invece ad una attività più vicina a quella tipica di perquisizione. Ad avviso di chi scrive, l'attività di ricerca di un qualcosa di preciso e circostanziato all'interno di un sistema informatico o di un *Cloud* sembra essere riferibile più all'ipotesi di perquisizione piuttosto che di "*inspectio*", mentre una ricerca più generica e superficiale che si limita alle caratteristiche esteriori sembra più vicina all'ispezione informatica disciplinata dall'art. 244 c.p.p.

3. Competenza territoriale. Una delle questioni interpretative di maggior rilievo poste dagli illeciti penali commessi mediante Internet è costituito dalla determinazione della giurisdizione e della competenza in relazione alla individuazione del *locus commissi delicti* nel *cyber-spazio* nonché ai casi in cui ricorrere o meno alla rogatoria internazionale. La rete e con essa il

16. Si veda D'AMBROSIO, ult. cit., p. 73.

17. Si veda Cass., Sez. III, 26 gennaio 2000, A., in *Mass. Uff.*, n. 217687, trattasi di una delle primissime sentenze della Suprema Corte in materia di ispezioni su dati informatici (seppur *sui generis*). In tema di mezzi di ricerca della prova, non costituisce sequestro probatorio l'acquisizione, mediante riproduzione su supporto cartaceo, dei dati informatizzati contenuti in un archivio informatico visionato nel corso di una ispezione legittimamente eseguita ai sensi dell'art. 244 c.p.p. Nel caso di specie la Corte ha ritenuto che non si versasse in un'ipotesi di sequestro in quanto non vi era stata alcuna apprensione dell'archivio informatico il quale non era stato sottratto al possessore, bensì di una semplice estrazione di copia dei dati in esso contenuti, sicché non si poneva nemmeno un problema di restituzione dei supporti cartacei realizzati.

Cloud, infatti, nella sua dimensione virtuale costituiscono un luogo parallelo rispetto a quello reale che infrange i tradizionali limiti temporali e territoriali del *tempus* e del *locus commissi delicti* e pone alcuni problemi relativi all'accesso da remoto a dati collocati in altri Paesi¹⁸.

Il carattere sovranazionale della rete pone concreti rischi di sovrapposizione tra diverse giurisdizioni nella persecuzione penale dei reati *on line* e delicati questioni in tema di conflitti di legge nello spazio (e, correlativamente, di *bis in idem* internazionale). Non di rado, inoltre, l'autore della condotta criminosa ricorre a percorsi telematici tortuosi per accedere ai siti bersaglio al fine di depistare le indagini finalizzate alla sua identificazione.

La c.d. teoria della ubiquità consente al giudice italiano di conoscere del fatto di reato, tanto nel caso in cui sul territorio nazionale si sia verificata la condotta, quanto in quello in cui su di esso si sia verificato l'evento. Pertanto, nel caso di un *iter criminis* iniziato all'estero e conclusosi (con l'evento) nel nostro paese, sussiste la potestà punitiva dello Stato italiano. Se infatti l'applicazione della teoria dell'ubiquità porta con sé una facile risoluzione, in favore del giudice italiano, di molte delle problematiche che in fatto si possono presentare all'interprete, ben più complesso è il discorso laddove si passi dal *reato* alla individuazione e raccolta delle *evidenze informatiche*¹⁹.

Con il diffondersi del *Cloud* e quindi del suo utilizzo anche in modo illecito, sarà sempre più frequente che polizia giudiziaria si trovi ad ispezionare un *client* che — sia pure materialmente presente sul luogo della perquisizione — non ha database o memoria in locale ma tutto il contenuto è ubicato all'estero.

Nell'ispezionare un *client* acceso con i dati tutti o parte di essi su *Cloud* e dopo aver superato le password si deve tener presente che i dati sono fisicamente conservati su server collocati in altri paesi e che la loro materiale acquisizione o il loro sequestro avviene all'insaputa dell'autorità giudiziaria del paese che ospita il sistema *Cloud*. È qui il vero punto problematico: occorre utilizzare, come prescrive la convenzione di Budapest del 2001, i canali tra autorità giudiziarie, procedere eventualmente con una rogatoria, oppure, visto che materialmente i dati sono comunque "a portata di *personal computer*" in quanto visibili e acquisibili dallo schermo del PC, si può procedere ad una ispezione o ad una acquisizione magari osservando le garanzie stabilite dal codice di procedura penale a tutela dell'integrità dei dati raccolti? Alcuni sostengono²⁰, che — tale *server* non viene "fisicamente toccato", dal momento che la polizia giudiziaria — operando dal *client* — si limita a richiamare *su di esso* le informazioni utili alle indagini, al fine di farne una copia;

18. In materia si veda D'ARCANGELO, *La criminalità informatica ed il cybercrime nella interpretazione della giurisprudenza*, Relazione tenuta a Milano, 26 giugno 2008, *inedita*.

19. ATERNO, CAJANI, COSTABILE, MATTIUCCI, MAZZARACO, *Manuale*, cit., p. 417.

20. ATERNO, CAJANI, COSTABILE, MATTIUCCI, MAZZARACO, *Manuale*, cit., p. 413.

la polizia giudiziaria, in questo modo non forza alcuna misura di protezione, dal momento che la preesistente interconnessione tra le diverse postazioni informatiche è tale da poter affermare che il *server* è stato appositamente configurato per fornire le risposte alle richieste provenienti da tutti i *client* all'interno di una determinata rete ed, in particolare, a quello oggetto di ispezione. Occorre riflettere e verificare se, una simile attività di polizia giudiziaria, ove delegata dal pubblico ministero con motivato provvedimento di perquisizione ed ispezione dei sistemi informatici, comporti o meno profili di invalidità o pregiudichi le garanzie difensive dettate dal Codice di Procedura Penale. Allo stato, non risultano provvedimenti giurisdizionali in ambito di perquisizione di spazio *Cloud*²¹ ma, potrebbe essere d'aiuto per comprendere il principio alla base del ragionamento, la giurisprudenza in tema di "instradamento" ovvero l'intercettazione delle telefonate che giungono nel paese del destinatario della chiamata senza dover intercettare l'utenza del chiamante ma captando il flusso della telefonata nel momento in cui giunge in Italia. La giurisprudenza della Cassazione in questi casi ha sempre giustificato il mancato ricorso alla rogatoria internazionale sottolineando talvolta l'opportunità di stabilire però in materia convenzioni o accordi tra Stati. È di tutta evidenza che nel caso dell'instradamento delle telefonate vi è comunque il provvedimento autorizzativo del giudice per le indagini preliminari che deve essere presente anche, *mutatis mutandis*, in caso di perquisizione e "sequestro" del *Cloud* in sede di convalida entro il termine stabilito. Diverso discorso deve farsi nel caso di repertamento di un *Cloud* che contiene il corpo del reato (es. immagini pedopornografiche). Un siffatto contenuto obbliga l'autorità giudiziaria anche alla cancellazione del materiale²² per evitare il perpetuarsi dell'azione criminosa. In questo caso, nell'impossibilità concreta di procedere alla cancellazione certa dei *file* illeciti senza avvisare la società che gestisce il *Cloud*, una volta acceduto e verificato il contenuto è forse opportuno e più semplice, inibire l'accesso modificando le credenziali dell'account e procedendo all'acquisizione definitiva e alla cancellazione di tutti i *file* attraverso una rogatoria²³ o ad una "semplice" richiesta attraverso un contatto diretto con la società di *Cloud* (o con il *Cloud Service Provider*).

21. Sulla prassi invalsa in tema di perquisizione "live" e di accesso da remoto ad una casella di posta elettronica, ATERNO, CAJANI, COSTABILE, MATTIUCCI, MAZZARACO, *Manuale*, cit., p. 418.

22. Cancellazione che è sostanzialmente diversa dalla mera e materiale copia informatica da remoto.

23. In caso di necessità di provvedimento giudiziario.

Le scienze penalistiche nella “tempesta” digitale. Quali approdi?

Luca Lupária

1. Il mestiere del giurista rifugge dai “giardini di pietra”. Per sua natura necessita di ciclici rivolgimenti che riescano a squadernare i copioni interpretativi pigramente sedimentati dalla pratica giudiziale e dalla *vulgata* dei commentari. Per questa ragione, l’emergere di fattori che scuotono categorie e orientamenti ermeneutici deve essere sempre salutato come una benefica ventata di freschezza, capace di spingere l’interprete verso inediti itinerari speculativi o verso una nuova consapevolezza degli approdi teorici già raggiunti nel passato.

Il carico di interrogativi che lo sviluppo informatico ha rovesciato sul nostro sistema penale¹ appare allora quale elemento assai positivo, da apprezzarsi anche al di fuori dello stretto circolo degli esperti che in questi anni hanno dato vita a dibattiti confinati, il più delle volte, nel clima tipico di un *club* da “iniziati”. Si avverte oggi una presa di coscienza collettiva dell’importanza delle questioni sul tavolo che, lungi dal riguardare unicamente il mondo della rete e della tecnologia digitale, investono istituti di portata generale, messi a dura prova da una realtà fenomenica dirompente².

I contributi raccolti nel volume hanno il pregio di illustrare, all’intera comunità penalistica, da un lato le questioni attualmente più controverse (la responsabilità dei *service provider*, la ricerca delle prove in ambiente *cloud*, la competenza a conoscere dei *cyber-crimes*) e, dall’altro, i risvolti di carattere sistemico che si annidano in molte delle domande sollevate dagli studiosi o contenute nelle pronunce giurisprudenziali (in materia di teoria della

1. In una letteratura ormai piuttosto ampia v., per tutti, PECORELLA, *Diritto penale dell’informatica*, Padova, 2006; PICOTTI, *Sicurezza, informatica e diritto penale*, in *Sicurezza e diritto penale*, a cura di Donini — Pavarini, Bologna, 2011, p. 217; SARZANA DI S. IPPOLITO, *Informatica, internet e diritto penale*, Milano, 2010.

2. Nella dottrina italiana e straniera, cfr., tra gli altri, DI PAOLO, *Prova informatica (diritto processuale penale)*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 2012, p. 736; KERR, *Digital Evidence and the New Criminal Procedure*, in *105 Colum. L. Rev.*, 2005, 279; JEWKES–YAR, *The Internet, Cybercrime, and the Challenges of the 21st Century*, in *Handbook of Internet Crime*, II, New York, 2011, p. 1.; ORLANDI, *Questioni attuali in tema di processo penale e informatica*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 129, oltre ai volumi *Cibercriminality: finding a balance between freedom and security*, a cura di Manacorda, Milano, 2012, e *Internet provider e giustizia penale. Modelli di responsabilità e forme di collaborazione processuale*, a cura di Lupária, Milano, 2012.

prova, di competenza territoriale, di dogmatica della condotta). Non mi soffermerò ovviamente sui singoli argomenti, così ben affrontati da ciascuno degli autori che hanno preso parte alla stimolante discussione racchiusa nelle pagine che precedono. Mi limiterò ad appuntare i profili di scenario che mi sembra possano essere di qualche interesse a mo' di chiosa finale.

Il primo rilievo riprende quanto affermato in esordio circa la feconda inclinazione di questo settore d'indagine ad accentuare i dubbi esegetici sottesi ad alcune tradizionali classificazioni. È il caso, ad esempio, della sanzione della inutilizzabilità, da sempre stretta fra l'approccio volto a rimarcarne il ruolo di baluardo per i diritti fondamentali dell'accusato — così come per la genuinità dell'accertamento — e l'indirizzo teso a sacrificarne l'operatività sull'altare del libero convincimento del giudice³. Ebbene, sul terreno della *digital evidence* questi fronti contrapposti si estremizzano ma, al contempo, forniscono linfa vitale al dibattito sulle linee portanti della fattispecie.

Risulta allora di estremo interesse notare come, pur a fronte di una solida letteratura che va plasmandosi sulle ipotesi di esclusione della prova digitale formata senza il necessario rispetto dei valori costituzionali o dei canoni di integrità e genuinità sanciti dalla l. n. 48 del 2008⁴, residui una forte resistenza da parte degli operatori ad accettare che il materiale conoscitivo di natura informatica possa essere escluso dalla piattaforma valutabile dal giudice. Tale contegno, di cui si trova traccia anche nelle pagine del volume⁵, appare del tutto comprensibile da parte di pratici — siano essi magistrati dell'accusa o esponenti della polizia giudiziaria — che sentono crescere in maniera esponenziale il carico di lavoro nel settore delle indagini informatiche e rischiano di veder frustrate investigazioni molto complesse e articolate.

Di questi timori occorre farsi carico. Gli studiosi del processo penale sono ontologicamente avvezzi a bilanciare i valori e le esigenze che si

3. Cfr., di recente, ARMENTA DEU, *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*, Madrid, 2011; JACKSON — SUMMERS, *The internationalisation of Criminal Evidence. Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*, Cambridge, 2012, spec. p. 151 ss. V., classicamente, AMODIO, *La rinascita del diritto delle prove penali. Dalla teoria romantica dell'intime conviction al recupero della legalità probatoria* [1999], ora in Id., *Processo penale, diritto europeo e common law. Dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano, 2003, p. 121; DE LUCA, *Il sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento nel nuovo rito*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 1255; GUARNERI, *L'altare e le vittime (a proposito del libero convincimento del giudice)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, 595; NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974; Id., *Storia d'una illustre formula: il "libero convincimento" negli ultimi trent'anni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 71.

4. Tralasciando il richiamo ai miei scritti, v., con accenti diversi, CONTI, *Il volto attuale dell'inutilizzabilità: derive sostanzialistiche e bussola della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 790; GALANTINI, *Inutilizzabilità della prova e diritto vivente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 70; LORENZETTO, *Utilizzabilità dei dati informatici incorporati su computer in sequestro: dal contenitore al contenuto passando per la copia*, in *Cass. pen.*, 2010, 1522; MARAFIOTI, *Digital evidence e processo penale*, in *Cass. pen.*, 2011, 4522; MARCOLINI, *Regole di esclusione costituzionali e nuove tecnologie*, in *Criminalia*, 2006, 418; RICCI, *Digital evidence e irripetibilità delle operazioni acquisitive*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 339; TONINI, *Documento informatico e giusto processo*, *ivi*, 2009, 401; Id., *Il documento informatico: problematiche civilistiche e penalistiche a confronto*, in *Corr. giur.*, 2012, 432, oltre al saggio di Giunchedi nel presente confronto di idee.

5. Si veda, ad esempio, l'interessante contributo di CAJANI, *Infra*.

incrociano sull’agone del rito criminale. A mio avviso, tuttavia, il giusto percorso non può essere quello di un abbassamento della “asticella” delle garanzie per venire incontro a una prassi che fatica a tenere il passo delle migliori pratiche scientifiche⁶. Il corretto itinerario da imboccare è piuttosto quello di una massiccia opera di formazione che conduca gli inquirenti, di ogni Procura italiana⁷, a fare propri gli *standard* di acquisizione, nella consapevolezza che dietro ai metodi di acquisizione degli elementi digitali e alle tecniche di mantenimento della catena di custodia si celano principi portanti del sistema e garanzie inviolabili dell’ accusato.

Analoghe considerazioni, circa la benefica capacità di questo frammento della scienza penalistica a polarizzare i problemi, possono valere sul versante del diritto sostantivo. I concetti di azione ed evento, in effetti, vengono messi a dura verifica dalla nuova realtà fenomenica⁸, mostrando agli studiosi come anche i paradigmi più granitici possano ancora generare riflessioni tutt’altro che scontate. Un discorso non differente può essere svolto sul posizionamento, nel sistema penale italiano e internazionale, dei fornitori di servizi *internet*.

Qui, come ho già rilevato in altri scritti, la giustizia penale, nella sua interezza, deve analizzare con occhi nuovi un soggetto dai mille volti: possibile autore di reato, a titolo autonomo o concorsuale; “guardiano” di elementi probatori talora essenziali all’accertamento; ausiliario degli organi inquirenti per il compimento di ruoli investigativi o per l’esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali; soggetto deputato alla profilassi degli illeciti o alla segnalazione delle attività riscontrate nella rete; garante della segretezza e della libertà di comunicazione della collettività.

Oltretutto, le scelte teoriche afferenti la declinazione della responsabilità penale del *provider* dischiudono modelli di politica criminale contrapposti, nella misura in cui si intenda prediligere il paradigma dei reati commissivi o di quelli omissivi, l’applicazione di fattispecie classiche o l’introduzione di reati *ad hoc*, e via dicendo⁹.

Sullo sfondo si staglia poi il tema della natura internazionale del settore,

6. V., da ultimo, CURTOTTI, *I rilievi e gli accertamenti sul locus commissi delicti nelle evoluzioni del codice di procedura penale*, in *Manuale delle investigazioni sulla scena del crimine. Norme, tecniche, scienze*, a cura di Curtotti — Saravo, Torino, 2013, p. 68.

7. Non agevola percorsi formativi omogenei l’attuale attribuzione “distrettuale” dei reati informatici.

8. Cfr. PICOTTI, *La nozione di « criminalità informatica » e la sua rilevanza per le competenze penali europee*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2011, 827, oltre ai contributi di Pecorella, Dova e Fumo, *infra*.

9. Cfr. INGRASSIA, *La decisione in appello nel caso Google vs ViviDown: assolti i manager, ripensato il ruolo del provider in rete*, in *Corr. mer.*, 2013, 766; Id., *Il ruolo dell’ISP nel cibernazio: cittadino, controllore o tutore dell’ordine? Le responsabilità penali dei provider nell’ordinamento italiano*, in *Internet provider e giustizia penale. Modelli di responsabilità e forme di collaborazione processuale*, cit., p. 15 ss.; BOSSAN, *Le droit pénal confronté à la diversité des intermédiaires de l’internet*, in *Rev. sc. crim. dr. pén. comp.*, 2012, 295; BARTOLI, *Brevi considerazioni sulla responsabilità penale dell’Internet Service Provider*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 600; MANNA, *I soggetti in posizione di garanzia*, in *Dir. inform. ed informatica*, 2010, 779.

capace di incidere sulle dinamiche di competenza giurisdizionale¹⁰, sull'efficacia dell'azione investigativa, sulle modalità della cooperazione giudiziaria, sulla compresenza di *multiple prosecutions* in diversi Stati, sulle garanzie nella raccolta di elementi probatori oramai essenziali per l'accertamento (si pensi alle evidenze contenute nei *social network*)¹¹. Di fronte a siffatto panorama, il giurista deve arrangiarsi con gli arnesi normativi a sua disposizione (in verità, parecchio limitati)¹², nell'attesa di quegli accordi tra Stati che stentano a farsi largo¹³.

Di certo, il lettore dei saggi che compongono questa iniziativa editoriale avrà annotato più interrogativi che soluzioni. Non è il caso di stupirsi: chi pratica questo turbolento mare della scienza penalistica sa da tempo che gli approdi sicuri non abbondano e che l'appalesarsi di un ormeggio provvisorio è spesso un risultato già apprezzabile. L'importante è non perdere mai la bussola dei valori fondanti il nostro modello di diritto e processo penale: la "tempesta" digitale può facilmente condurre a risposte figlie di una deriva "tecnicista" atta a tramutarsi in un pernicioso scostamento dalle garanzie intangibili¹⁴.

10. Si rinvia al contributo contenuto *infra* a firma di Ruotolo. Sul particolare fenomeno della *navi-server* che navigano nell'oceano: SWANSON, *Google Sets Sail: Ocean-Based Server Farms and International Law*, in 43 *Conn. L. Rev.*, 2011, 709.

11. V. la panoramica delle problematiche affrontate da O' FLOINN — ORMEROD, *Social Networking Sites, RIPA and Criminal Investigations*, in 10 *Crim. Law Rev.*, 2011, 766. In un'ottica tedesca: HOFFMANN, *Investigations on Social Networks. A German Perspective*, in *Eu crim.*, 2012, 3, 137.

12. Cfr. SIEBER, *Straftaten und Strafverfolgung im Internet*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 65, 2012, 86.

13. Si possono consultare, al riguardo, il volume di MATHIASON, *Internet Governance: The New Frontier of Global Institutions*, London, 2008, i saggi di WEISMANN, *International Cybercrime: Recent Developments in the Law*, in *Cybercrime*, a cura di Clifford, III Ed., Carolina Academic Press, 2011, p. 257 e URBAS, *Cybercrime, Jurisdiction and Extradition: The Extended Reach of Cross — Border Law Enforcement*, in 16 *J. Internet L.*, 2012, 1, nonché l'opera collettanea *Who Rules the Net: Internet Governance and Jurisdiction*, a cura di Thierer — Crews, Washington, 2003.

14. Sul punto, un monito sempre attuale viene dalle pagine di RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna 1995, p. 186. Cfr. POSNER, *Reflection on Judging*, Londra, 2013, spec. cap. III.

L'OPINIONE

Adelmo Manna

on line:

Carlo Fiorio

L'abstract (in italiano e in inglese) di ogni contributo può essere consultato
sul sito *web archiviopenale.it*

La legge Merlin e i diritti fondamentali della persona*

La rilevanza penale della condotta di favoreggiamento

Adelmo Manna

1. La legge Merlin, che porta il nome di una senatrice del Partito socialista che ne fu autrice, è una legge, in netta controtendenza col passato, che aveva lo scopo di tutelare le donne¹. Costituisce infatti la reazione a quella che era la regolamentazione della prostituzione in epoca fascista dove esistevano, come in altri Paesi europei, le cosiddette “case di tolleranza” o, più comunemente, “case chiuse” perché nessuno potesse scrutare all’interno che cose accadesse². Quel tipo di disciplina penale della prostituzione incideva pesantemente sulla dignità delle prostitute, perché prevedeva la schedatura da parte della polizia delle stesse al pari dei delinquenti, oltre alla sottoposizione a periodici controlli sanitari ed anche a limitazioni relative alla libertà di spostamento³. In questa maniera la prostituzione era essenzialmente gestita dallo Stato e queste donne erano trattate sostanzialmente come “merce”, una sorta di “schiave di Stato”. Rispetto a questa situazione la legge Merlin costituisce una vera e propria “rivoluzione copernicana”, dando attuazione ad un *trend* normativo, affacciato già negli altri Paesi, che prevedeva l’abolizione delle cosiddette case chiuse, proprio per evitare che la prostituta fosse una sorta di “vittima sacrificale” o, meglio, una sorta di merce in mano allo Stato.

Ecco dunque perché la legge Merlin, all’art. 1, punisce l’esercizio di case di prostituzione nel territorio dello Stato e nei luoghi sottoposti all’amministrazione di autorità italiane⁴.

* Testo riveduto e corretto, con l’aggiunta delle note, della Relazione al Convegno “Cultura, culture e diritto penale. Sintesi e discussione dei risultati”, svoltosi a Parma il 24 e 25 maggio 2013.

1. In argomento, da ultimo, v. CADOPPI, *Favoreggiamento della prostituzione e principi costituzionali*, dedicato agli *Scritti in onore di Alfonso Stile*, ed ora in *Ind. pen.*, 2013, 229 ss.

2. Sulla regolamentazione della prostituzione, v. BALESTRIERI, *I delitti di prostituzione*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di Cadoppi, Canestrari, Manna, Papa, Torino, 2009, pp. 99 ss.; CADOPPI, BALESTRIERI, *Prostituzione e diritto penale*, in *Trattato di biodiritto*, a cura di Rodotà, Zatti, Milano, 2011, pp. 915 ss.

3. PIOLETTI U., voce *Prostituzione*, in *Dig. Pen.*, Torino, 1995, X, pp. 274 ss.

4. LA CUTE, voce *Prostituzione (dir. vig.)*, in *Enc. Dir.*, XXXVII, Milano, 1989, pp. 452 ss.

2. Fatte queste premesse storiche, bisogna considerare un primo problema di carattere dogmatico, su cui la dottrina si è interrogata in passato, riguardante le ipotesi di reato previste dall'art. 3, nn. 1, 8⁵.

Il problema era di capire se si trattava di una norma cosiddetta a più fattispecie oppure di una disposizione a più norme incriminatrici. È chiaro che se si riteneva che si trattasse di una norma a più fattispecie, la commissione di una pluralità di queste condotte comportava un unico reato e, al limite, il giudice poteva considerare la reiterazione del comportamento a livello di commisurazione della pena⁶.

Altri autori, invece, ritenevano che si trattasse di una disposizione a più norme incriminatrici per cui, se un soggetto integrava una pluralità di queste ipotesi, commetteva una pluralità di reati⁷.

Problema tipico di un'epoca in cui ci si occupava prevalentemente di dogmatica senza valutare anche l'importanza di altre problematiche legate alla politica criminale⁸. Quest'ultima ci fa propendere, però, per l'idea, già prospettata dal compianto Giuliano Vassalli⁹, che sosteneva appunto la tesi, condivisibile anche per evitare un innalzamento eccessivo del carico sanzionatorio, che si trattasse di una norma a più fattispecie, cioè di una norma che prevedeva diverse modalità di esecuzione di uno stesso reato e non, viceversa, di una pluralità di reati¹⁰. D'altronde, le norme tutelano lo stesso bene giuridico, costituendo soltanto diverse modalità di offesa allo stesso e sono contenute nella stessa disposizione normativa¹¹.

3. Affermato ciò, approfondiamo soprattutto due problematiche che riguardano questa materia, ovvero i reati di favoreggiamento e i reati di

5. BONTEMPI, *Sub art. 3, L. 20 febbraio 1958, n. 75*, in *Comm. C.p., Parte speciale*, a cura di Dolcini, Marinucci, Milano, 1999, pp. 5226 ss. La struttura di tale articolo è stata più volte criticata dalla dottrina per la tecnica legislativa utilizzata, sia sotto l'aspetto della eccessiva analiticità delle fattispecie, per la casistica delle figure di reato descritte, sia sotto il profilo delle genericità delle stesse, nonché per l'entità assai elevata delle pene previste (LA CUTE, voce *Prostituzione (dir. vig.)*, cit., p. 452). Può certamente affermarsi comunque in via sistematica l'unicità della struttura del reato previsto dall'art. 3, anche in ragione del livellamento delle pene previste per le singole ipotesi di reato e della difficoltà a ritenere configurabile il concorso di reati (VASSALLI, *Le norme penali a più fattispecie e l'interpretazione della legge Merlin*, in *Studi in onore di F. Antolisei*, III, Milano, 1965, p. 408). Può quindi concludersi che il legislatore ha inteso creare un unico reato a fattispecie alternative.

6. DE SANCTIS, *Gli effetti del tempo nel reato: uno studio tra casistica e dogmatica*, Milano, 2006, p. 307.

7. DELOGU, *Le norme penali congiunte*, in *Annali dir. proc. pen.*, 1936, 521 ss.

8. MOCCIA, *Euforie tecnicistiche nel laboratorio della riforma del codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 456 ss.

9. VASSALLI, *Le norme penali a più fattispecie e l'interpretazione della "legge Merlin"*, cit., 411; Cass., Sez. III, 5 novembre 1999, Gori, in *Mass. Uff.*, n. 2767892.

10. In realtà criteri formali di risoluzione di questa dicotomia dogmatica non ve ne sono, perciò è preferibile farsi orientare dalla politica criminale, in chiave di garanzia per il reo. Cfr. MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2012, pp. 397 ss.

11. Cass., Sez. III, 7 luglio 2011, J.B., Y.Q., in *Mass. Uff.*, n. 251300.

sfruttamento della prostituzione¹².

Iniziando dal reato di sfruttamento, ma, *mutatis mutandis*, ciò vale anche per il favoreggiamento, ci si è chiesti se per integrare la commissione di questi reati basti un unico atto, oppure questi reati richiedano una pluralità di atti¹³. In altri termini, si è al cospetto di reati istantanei o abituali? Già nei primi anni di applicazione della legge in oggetto si è ritenuto che questi reati fossero abituali, perché, come esattamente dimostrato da Alessandro Alberto Calvi, l'abitualità fa emergere il tipo normativo d'autore che, evidentemente, ha ispirato il legislatore nel costruire questo tipo di norme¹⁴. È evidente che, per esempio, per restare allo sfruttamento della prostituzione, non basta un unico atto, ma è necessaria una pluralità di atti, perché solo una pluralità di atti teleologicamente orientati allo sfruttamento, possono integrare il tipo normativo d'autore¹⁵. In quest'ottica, è bene precisarlo, il tipo normativo d'autore non agisce in chiave repressiva, come nella scuola di Kiel¹⁶, ma opera in chiave garantista¹⁷, perché, evidentemente, rende questi reati, appunto, di tipo abituale e quindi non basta che sia commesso un unico fatto, ma è necessaria una pluralità di atti. Il tipo normativo d'autore è ben noto nel nostro ordinamento¹⁸, se si pensa al reato di associazione di stampo mafioso si è consci che proprio l'utilizzazione in quella norma, costruita con termini di carattere sociologico, dimostra come il legislatore nella tipizzazione della norme si ispira al tipo d'autore¹⁹. Criterio utilizzato anche da alcune sentenze della Corte costituzionale, in particolare le nn. 247, dell'89 e 35, del '91, in tema di frode fiscale, laddove emerge l'individuazione di questo parametro di ordine sostanziale, attraverso il quale saggiare la determinatezza della norma incriminatrice. Il "tipo criminoso", che può essere più o meno elastico, deve comunque potersi riconoscere nella norma incriminatrice, pena, altrimenti, la sua illegittimità costituzionale. Vero è che, nonostante la individuazione di criteri sottostanti, di indole sostanziale, da

12. HELFER, *Sulla repressione della prostituzione e pornografia minorile*, Padova, 2006, pp. 66 ss.; CALVI, *Sfruttamento della prostituzione*, Padova, 1970, p. 28; LEONE, *Delitti di prossenetismo e adescamento*, Milano, 1964, p. 34; NUVOLONE, *Sul concetto di prostituzione*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1960, pp. 247 ss.

13. In generale, COPPI, *Maltrattamenti in famiglia*, Perugia, 1979; FORNASARI, voce *Reato abituale*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991; PETRONE, voce *Reato abituale*, in *Noviss. Dig. It.*, XIV, Torino, 1967, pp. 20 ss.

14. CALVI, *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, Padova, 1967, pp. III ss.

15. GUARNERI, *Il delinquente tipo*, Milano, 1942, pp. 24 ss.

16. MANTOVANI F., *Il tipo criminologico d'autore nella dottrina contemporanea*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 753 ss.

17. DI GIOVINE, *La sanzione penale nella prospettiva delle neuroscienze*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2013, 627 ss.; nonché, il "ritratto" di Calvi tracciato da AMBROSETTI, *Il nuovo volto della recidiva*; MANTOVANI F., *Il tipo criminologico di autore nella dottrina contemporanea*; MARINUCCI, *Ricordo di Alessandro Alberto Calvi, Il soggetto autore del reato: aspetti criminologici, dogmatici e di politica criminale*, Padova, 2012, p. 78.

18. PATERNITI, *Premesse ad uno studio sull'autore del reato*, in *Quaderni del Dipartimento di studi politici*, a cura di Aleo, Barone, Milano, 2007, pp. 259 ss.

19. MANNA, *La nuova legge sull'usura*, Torino, 1997, pp. 76 ss.

parte della stessa Corte costituzionale, in tema di determinatezza, resta l'esiguità delle pronunce di illegittimità costituzionale, probabilmente dovuta al timore, sempre immanente alla Corte medesima, di creare conseguenti vuoti di tutela, che dimostra, in conclusione, come la stessa determinatezza, come principio, prometta molto di più di quanto, in realtà, mantenga²⁰. Ciò non toglie, però, che il recupero di determinatezza che spetterà, tuttavia, all'interprete, almeno finché la Corte in argomento continuerà ad adottare questo *self restraint*, non può che passare attraverso l'utilizzo di criteri valoriali volti a restringere la portata applicativa di disposizioni che, dal punto di vista letterale o processuale (per utilizzare l'altra accezione di determinatezza della sentenza n. 96 del 1981²¹), risultano (o possono risultare) ambigue. Un tipico esempio è dato proprio dai reati abituali, ultima apparizione la fattispecie di atti persecutori (art. 612-bis), nella quale ci si è chiesti quale fosse la soglia minima di reiterazione, così da recuperare quel *deficit* di determinatezza anche sotto questo particolare aspetto del reato²². A nostro avviso, la reiterazione delle condotte è un criterio che è condizione sufficiente, ma non ancora necessaria per interpretare, come constateremo, specialmente la condotta di favoreggiamento. La Cassazione è ambigua sul punto ed ad una nozione generale, apparentemente valida per tutti i casi, fa discendere poi una serie di distinzioni che rendono il precetto assai vago²³: Cass., Sez. III, 14 gennaio 2008, S.M.G., in *Riv. pen.*, 2008, 1234; Id., Sez. III, 13 aprile 2000, Donati, in *Cass. pen.*, 2001, 2796; Id., Sez. IV, 2 dicembre 2003, Elia e altri, n. 4842, in *Riv. pen.*, 2005, 1114; Id., Sez. III, 4 dicembre 2005, Palmiero, in *Riv. pen.*, 2007, 1, 115. La Cassazione specifica che l'attività di favoreggiamento non deve esaurirsi in un aiuto alla prostituta, ma in un ausilio diretto all'attività della stessa²⁴. È evidente come il confine sia molto labile, perciò deve soccorrere un criterio sostanziale: è infatti corretto ritenere che il favoreggiamento deve indirizzarsi all'attività e non al singolo per essere penalmente rilevante, ma per sostenere ciò è altresì necessario, non solo come criterio di essenza ma anche di prova, richiedere una pluralità di condotte ausiliatrici²⁵.

4. Detto questo però cominciamo ad affrontare alcuni casi difficili, partendo da un caso giurisprudenziale che fu discusso in Germania fra le due guerre mondiali. Si trattava del caso di uno studente universitario il quale viveva

20. MANNA, *Corso di diritto penale*, 2^a, Padova, 2012, pp. 57 ss.

21. FLICK, *La tutela della personalità nel delitto di plagio*, Milano, 1972, p. 78.

22. Sia consentito sul punto per maggiori approfondimenti il rinvio a MANNA, *Il nuovo delitti di "atti persecutori" e la sua conformità ai principi costituzionali in materia penale*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, a cura di Vinciguerra, Dassano, Napoli, 2010, pp. 469 ss., e specificamente pp. 482 ss.

23. Per una *excursus* sulla condotta di favoreggiamento v. Cass., Sez. III, 29 gennaio 2013, R.K., n. 20384, in www.dejure.it

24. Cass., Sez. III, 29 gennaio 2013, R.K., cit.

25. Criterio non adottato da Cass., Sez. III, 9 novembre 1983, Valentini, in www.personaedanno.it.

con una prostituta che lo manteneva agli studi, fornendogli vitto ed alloggio. Il ragazzo poteva mantenersi agli studi soltanto in base al denaro, vitto ed alloggio che la prostituta gli forniva. In questo caso, sussiste da parte del ragazzo lo sfruttamento della prostituzione? Se noi partiamo da una concezione formale (*rectius* formalistica) del concetto di sfruttamento, si dovrebbe rispondere affermativamente, perché sicuramente il ragazzo viveva dei proventi della prostituzione e, quindi, ricorrendo allo sfruttamento della prostituta²⁶. Tuttavia, ad una riflessione più di carattere sostanziale, che si lega al tipo normativo d'autore, è evidente che una soluzione del genere si traduce in un paradosso, perché questo ragazzo non lucrava alle spalle della prostituta²⁷. Ecco che il concetto di sfruttamento equivale a lucrare a scapito di altri, in questo caso della prostituta. Per questo non si può condividere l'assunto, fatto proprio dalla Cassazione²⁸, secondo cui l'instaurazione di un rapporto di convivenza di tipo familiare con una donna non discrimina, alla stregua di quanto avviene nei rapporti coniugali, l'attività di sfruttamento della prostituzione di lei, a nulla rilevando, data la "ratio" della norma incriminatrice, che i proventi della prostituzione siano impiegati allo scopo dichiarato di mandare avanti il "menage" familiare.

5. Il *punctum dolens* della legge in oggetto riguarda comunque il concetto di dignità ad essa sotteso. Giustamente Alberto Cadoppi²⁹ distingue fra una dignità *oggettiva* ed una dignità *soggettiva*, nel senso che la legge Merlin evidentemente aveva in mente per la prostituta una concezione della dignità oggettiva, cioè a dire che la prostituta sostanzialmente era considerata una vittima, sia nello sfruttamento che nel favoreggiamento, senza che, soprattutto, emergesse una sua libertà di autodeterminazione³⁰. Questo spiega non solo perché è punito, appunto, lo sfruttamento della prostituzione che, tranne problemi d'interpretazione in taluni casi difficili, non v'è sostanzialmente discussione nella sua forma di sfruttamento di carattere economico³¹. Nello stesso sistema CEDU, la Corte EDU ha affermato che la prostituzione è incompatibile con i diritti e la dignità della persona umana quando è oggetto di costrizione, come nello sfruttamento³².

Diverso il "sostegno", per usare la terminologia del modello francese, che invece sembra essere molto simile al nostro favoreggiamento. La

26. LEONE, *Delitti di prossenetismo e adescamento*, cit., p. III.

27. PAVONCELLO SABATINI, voce *Prostituzione (disposizioni penali in materia di)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991, pp. 3 ss.; SANTORO, voce *Prostituzione (diritto vigente)*, in *Noviss. Dig. It.*, XIV, Torino, 1967, pp. 222 ss.; ROSSO, *I delitti di lenocinio e sfruttamento della prostituzione*, Roma, 1960, pp. 76 ss.

28. Cass., Sez. III, 11 febbraio 2000, Faraldi, in *Cass. pen.*, 2002, II58.

29. CADOPPI, *Favoreggiamento della prostituzione e principi costituzionali*, cit., p. 3 (del dattiloscritto).

30. CADOPPI, *Favoreggiamento della prostituzione e principi costituzionali*, ult. cit., p. 4.

31. CALVI, *Sfruttamento della prostituzione*, Padova, 1970, pp. 56 ss.

32. Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 11 settembre 2007, Tremblay c. Francia, in www.dejure.it; Cass., Sez. III, 18 dicembre 2012, N.J.A.N., in *Mass. Uff.* n. 254481.

condotta di favoreggiamento può assurgere a rilevanza penale solo in un'accezione "oggettiva" della dignità, ma se, invece, ci si riferisce alla dignità declinata in chiave soggettiva³³, cioè come libertà di autodeterminazione della prostituta, c'è seriamente da domandarsi se abbia ancora un senso e, soprattutto, se sia legittimo costituzionalmente continuare ad incriminare il favoreggiamento della prostituzione.

Il favoreggiamento consiste, infatti, in un'attività in cui il favoreggiatore opera uno "scambio" con una prostituta, cioè, ad esempio, concede in affitto³⁴ ad una di esse un locale affinché lei svolga quel tipo di lavoro e la prostituta gli paga il canone, il che dovrebbe considerarsi lecito in un'ottica laica, liberale e non paternalistica³⁵. Così come, nell'ambito della legge tedesca del 2002, dove la prostituzione è considerata un "lavoro", in questa ottica perché punire il favoreggiamento? Il favoreggiamento non è altro che un aiuto, appunto, nei confronti della prostituta e, soprattutto, integra una sorta di "rapporto sinallagmatico", dove cioè alla prostituta, pensiamo all'ipotesi già sviluppata del fitto di un appartamento, si dà la possibilità di svolgere il suo lavoro, cosa che avviene soprattutto nei Paesi del Nord e dell'Est europeo, laddove il fatto è perfettamente lecito.

E allora, se il favoreggiamento non incide sulla libertà di autodeterminazione della prostituta, in una concezione laica della prostituzione, in cui, evidentemente, il reato non equivale al peccato³⁶, bisogna chiedersi, come giustamente si domanda anche lo stesso Cadoppi³⁷, se il favoreggiamento della prostituzione non sia una fattispecie di dubbia costituzionalità e, in particolare, egli ritiene che sia in contrasto con l'art. 2 Cost., cioè con i diritti fondamentali della persona ed in particolare con la libertà di autodeterminazione³⁸. Ecco perché, a nostro giudizio, il favoreggiamento della prostituzione, che pure poteva comprendersi dal punto di vista del legislatore del 1958³⁹, oggi sembra una fattispecie di assai dubbia costituzionalità solo che non riguarda soltanto l'art. 2 Cost., ma anche il principio di laicità⁴⁰.

33. Ottica prospettata da CADOPPI, *Favoreggiamento della prostituzione e principi costituzionali*, ult. cit., pp. 4 ss.

34. Da ultimo, sulla non rilevanza penale dell'affitto di immobili dove si esercita la prostituzione, v. Cass., Sez. III, 20 marzo 2013, E.P., in www.dejure.it.

35. In argomento, v. CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in *Sulla legittimazione del diritto penale*, a cura di Fiandaca, Francolini, Torino, 2008, pp. 283 ss.; TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008, pp. 35 ss.

36. Un insegnamento tramandato nella dottrina italiana, ad esempio, dal compianto Giorgio Marinucci, v. DOLCINI, *In ricordo di Giorgio Marinucci*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 511 ss.

37. CADOPPI, *Favoreggiamento della prostituzione e principi costituzionali*, cit., pp. 7 ss.

38. Per una identificazione fra dignità e autodeterminazione, seppur nel diverso settore delle scriminanti culturali, v. SALCUNI, *Multiculturalismo e forme di democrazia*, in *Cultura, culture e diritto penale*, a cura di Stortoni, TORDINI CAGLI, Bologna, 2012, pp. 101 ss.

39. CADOPPI, *Favoreggiamento della prostituzione e principi costituzionali*, ult. cit., pp. 3 ss.

40. Sul punto, v. i lavori di CADOPPI, *Paternalismo e diritto penale: cenni introduttivi*, CORNACCHIA,

6. In dottrina, si suole, infatti, trattare il problema della secolarizzazione del diritto penale nel solco dell'insegnamento dell'illuminismo penale, che per primo ha affermato la distinzione tra diritto e morale, negando la possibilità che la sanzione penale intervenga nel caso di violazione di precetti etici o religiosi⁴¹.

La distinzione tra diritto e morale rappresenta senza dubbio un'autentica "rivoluzione copernicana" per il diritto penale, che ha assunto una chiara teorizzazione, ma un'affermazione non sempre lineare in termini di diritto positivo, proprio dall'illuminismo in avanti. L'affermazione di principio secondo cui la laicità non può che rappresentare un connotato fondamentale dell'ordinamento giuridico non implica, però, che i precetti penali non possano possedere loro corrispondenti anche sul piano della morale.

Il concetto di laicità⁴² va piuttosto correttamente inteso nel senso che la morale, l'etica ed il sentimento religioso non possono essere le uniche fonti di legittimazione del diritto penale, in quanto, affinché il legislatore possa emanare una nuova incriminazione, è necessario che questa sia posta

Placing Care. *Spunti in tema di paternalismo penale*, MICHELETTI, *Il paternalismo penale giudiziario e le insidie della Bad Samaritan Jurisprudence*, TORDINI CAGLI, *Il paternalismo legislativo*, pubblicati in *Il punto su... Paternalismo legislativo e paternalismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2011, 223-340.

41. FIANDACA, *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1383 ss.; MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 5 ss.

42. Sul concetto di laicità e sulle sue complesse implicazioni storiche, politiche, filosofiche, culturali, sociali e giuridiche v. *Laicità e Stato di diritto*, a cura di Ceretti, Garlati, Milano, 2007, p. 5 ss.; *Questioni di vita o di morte. Etica pratica, bioetica e filosofia del diritto*, a cura di La Torre, Lalatta, Costerbosa, Scerbo, Torino, 2007, p. 89 ss.; *Laicità. Una geografia delle nostre radici*, a cura di Boniolo, Torino, 2006, p. 76 ss.; *Symbolon, Diabolon. Simboli, religioni, diritti nell'Europa multiculturale*, a cura di Dieni, Ferrari, Pacillo, Bologna, 2005, p. 54 ss.; FERRONE, ROCHE, *L'Illuminismo nella cultura contemporanea*, Bari, 2002, p. 34; GIORELLO, *Di nessuna chiesa. La libertà del laico*, Milano, 2005, p. 65; HABERMAS, *Tra scienza e fede*, Bari, 2006, p. 44; LECALDANO, *Un'etica senza Dio*, Roma-Bari, 2006, p. 42; RAWLS, *Liberalismo politico*, Milano, 1994, p. 32; SCARPELLI, *Bioetica laica*, a cura di Mori, Milano, 1998, p. 65; STUART MILL, *La libertà*, 1859, in *La libertà, L'utilitarismo, L'asservimento delle donne*, Milano, 1999, p. 56; Id., *Saggi sulla religione*, 1874, Milano, 1972, p. 23; VIANO, *Laici in ginocchio*, Roma-Bari, 2006, p. 51. Sul ruolo della laicità come principio basilare del diritto penale moderno v., sia pure con orientamenti talora radicalmente eterogenei, CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, I, Milano, 2006, pp. 139 e ss.; DOLCINI, *Embrione, pre-embrione, ootide: nodi interpretativi nella disciplina della procreazione medicalmente assistita (L. 19 febbraio 2004, n. 40)*, in *Riv. it., dir. proc. pen.*, 2004, 440 ss.; EUSEBI, *Laicità e dignità umana nel diritto penale (pena, elementi del reato, biogiuridica)*, in *Scritti per F. Stella*, I, Napoli, 2007, pp. 163 ss.; FIANDACA, *Scelte di tutela in materia di fecondazione assistita e democrazia laica*, in *Leg. pen.*, 2005, 339 ss.; Id., *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in *Studi in memoria di P. Nuvoletti*, I, Milano, 1991, pp. 167 ss.; MAGRO, *Etica laica e tutela della vita umana: riflessioni sul principio di laicità in diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 1994, 1382 ss.; MOCCIA, CARPZOV, GROZIO, *Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli, 1979, p. 78; PULITANÒ, *Laicità e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 55 e ss.; ROMANO, *Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 493 ss.; Id., *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, in *Dir. pen. proc.*, 1981, 477 ss.; SIRACUSANO P., *I delitti in materia di religione*, Milano, 1983, p. 67; STELLA, *Laicità dello Stato: fede e diritto penale*, in *Diritto penale in trasformazione*, a cura di Marinucci, Dolcini, Milano, 1985, p. 310; VISCONTI, *La tutela penale della religione nell'età post-secolare e il ruolo della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 1029 ss.

a tutela di un bene giuridico⁴³ e che questo bene giuridico sia identificabile, in una sua accezione liberale–utilitaristica, con un “danno ad altri”⁴⁴.

Il tema della laicità, quindi, tocca proprio la posizione che lo Stato deve assumere rispetto ad una o più confessioni religiose o morali.

Uno Stato liberaldemocratico, soprattutto in materia penale, non può però che assumere una connotazione di laicità, vale a dire di “terzietà”, rispetto a tutte le dottrine morali e religiose esistenti. Negli ordinamenti liberali la convivenza col pluralismo passa attraverso due modelli di integrazione, l’uno attinente al piano dell’etica, l’altro afferente a quello della politica. Se uno Stato liberaldemocratico non può esigere un consenso sui valori, che consiglierebbe di assumere una posizione neutrale, può invece pretendere un consenso sulle procedure relative alla legittima produzione giuridica ed al legittimo esercizio del potere⁴⁵.

Quanto alla natura del rapporto tra laicità e diritto penale, si ritiene in dottrina che la laicità integri solo un carattere del diritto penale, vale a dire una linea di politica criminale che sarebbe opportuno seguire, ma che non costituisce un obbligo per il legislatore⁴⁶.

Al contrario, noi riteniamo che la laicità costituisca un principio e non un semplice carattere⁴⁷, dal momento che esso è ricavabile da una serie di norme costituzionali, quali, in particolare, gli artt. 19 e 21, che imporrebbero allo Stato di assumere una posizione neutrale rispetto alla religione e alla morale⁴⁸. Così si aprono nuovi scenari, come quello riguardante la ritenuta incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa, previsto dall’art. 4, co. 3, e punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 300.000 a 600.000 euro, dall’art. 12, co. 1, d.lgs. n. 40 del 2004. Tale illecito, infatti, privilegia una particolare posizione religiosa, a scapito, però, di altre, parimenti

43. RAMPIONI, *Il reato quale illecito di modalità e di lesioni tipiche: l'impraticabilità di un equivalente funzionale al principio di riserva di legge*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2013, 573 ss.

44. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law. Vol. I: Harm to Others*, Oxford U.P., Oxford, 1984; FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma–Bari, 1989, capp. IV–VIII.

45. HABERMAS, *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, Milano, 2002, 106; RAWLS, *Liberalismo politico*, Roma, 1994, p. 206, nota 32; p. 303.

46. CANESTRARI, DE SIMONE, CORNACCHIA, *Manuale di diritto penale*, Bologna, 2008, p. 66.

47. Per la laicità come principio, v. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004, pp. 30 ss.; MAGRO, *Etica laica e tutela della vita umana: riflessioni sul principio di laicità in diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1994, 1392 ss.

48. Corte cost., n. 203 del 1989, in *Giur. cost.*, 1989, 890 ss., con nota di MASSELLI; Corte cost., n. 334 del 1996, in *Giur. cost.*, 1996, 2919 ss., con nota di MANGIAMELI e DI COSIMO. Più in particolare, come la stessa Corte costituzionale insegna, la laicità rappresenta un principio giuridico supremo nel nostro ordinamento costituzionale, ricavabile dall’art. 3 Cost., che garantisce l’uguaglianza dei cittadini davanti alla legge senza distinzione di religione, dall’art. 21 Cost., che attribuisce a tutti il diritto di manifestare apertamente il proprio pensiero, nonché dagli artt. 8, co. 1, e 19 Cost., in tema di eguaglianza e di libertà di tutte le confessioni religiose; in argomento, cfr. DOLCINI, *Il divieto di fecondazione assistita “eterologa” in attesa di giudizio*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 353 ss. e, quivi, 356 ss.

legittime, posizioni culturali e scientifiche⁴⁹. La violazione della laicità si traduce, quindi, anche in una violazione del principio di uguaglianza⁵⁰ o ragionevolezza⁵¹, laddove costringe alla migrazione coppie sterili in altri Paesi europei, dove tale divieto non è previsto ed è pertanto possibile il ricorso a tecniche di fecondazione assistita eterologa, con conseguenti ulteriori profili di discriminazione fondati sulle condizioni economiche delle coppie stesse. I profili di legittimità costituzionale della normativa in esame emergono in tutta la loro evidenza nel momento in cui si impone un sacrificio del diritto a procreare sulla scorta dell'adesione unilaterale ad un preciso codice etico-religioso, che però in alcun modo può costituire un bene giuridico degno di protezione, dal momento che la lesione di questo bene non produce un danno ad altri oppure, in una diversa accezione, non è un bene essenziale per la pacifica ed ordinata convivenza⁵². I rilievi testé enunciati sono stati fatti propri dalla Corte EDU di Strasburgo, che ha dichiarato il contrasto della normativa austriaca in materia di fecondazione eterologa, che vietava tale tecnica solo se *in vitro*, ma non *in vivo*, con gli artt. 8 e 14 della CEDU, che a loro volta sanciscono, rispettivamente, il divieto di discriminazione e il rispetto della vita privata e familiare⁵³.

Il principio di laicità si collega, inoltre, al principio di offensività, laddove ai sensi dell'art. 25, co. 2, Cost., si fa espresso divieto di punire un individuo per la commissione di un fatto inoffensivo, ovverosia privo di offesa ad un bene giuridico, almeno nell'accezione che abbiamo precisato più ampiamente in precedenza. Lo Stato non può, infatti, emanare giudizi morali positivi su condotte rientranti nella liceità, né esprimere giudizi morali negativi se le condotte costituiscono illeciti. I fatti di reato devono essere valutati negativamente, ma solo da un punto di vista giuridico, cioè quando sono produttivi di un danno sociale⁵⁴.

49. MANNA, *La tutela penale della vita in fieri, tra funzione promozionale e protezione di beni giuridici*, in *Leg. pen.*, 2005, 345 ss.

50. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale*, Milano, 2012, pp. 112 ss.

51. MANNA, *La tutela penale della vita in fieri, tra funzione promozionale e protezione di beni giuridici*, cit., 345 ss.; DOLCINI, *Il divieto di fecondazione assistita "eterologa" in attesa di giudizio*, cit., 356 ss.

52. Sulla nozione di bene giuridico, v. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, pp. 25 ss.

53. Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 1 aprile 2010, SH c. Austria, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; in sede di appello tuttavia, la *grande chambre* ha mutato indirizzo, con particolari riguardo al rispetto della vita familiare, ritenuto questa volta non violato.

54. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., pp. 31 ss. Ne consegue che, nelle ipotesi in cui il legislatore non possa esprimere giudizi (né positivi, né negativi) su di un dato comportamento, magari perché lecito per alcune morali e illecito per altre, non potrà che non punire quella data condotta, oppure, sempre mantenendo una posizione di neutralità, non potrà che ricorrere alle c.d. scriminanti procedurali, che garantiscono, da una parte, la neutralità dello Stato rispetto al merito della vicenda (ad es. l'aborto) e, dall'altro, un controllo sociale sull'esercizio delle scelte di libertà che il singolo può liberamente compiere, DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 32; sulle scriminanti

In questa prospettiva il favoreggiamento della prostituzione, non ledendo l'autodeterminazione della vittima e non ledendo alcun ulteriore bene giuridico (nell'accezione penalistica)⁵⁵, contrasta con il principio di laicità perché non danneggia altre persone, ed ecco perché il favoreggiamento costituisce un'ipotesi classica di "paternalismo penale"⁵⁶. Un atteggiamento paternalistico quello che si riscontra nella giurisprudenza, anche in casi saliti all'onore della cronaca, in cui, senza discutere della legittimità dell'incriminazione quando ha ad oggetto minori, lascia francamente perplessi quelle volte in cui ad essere "favorite" risultino adulte, consenzienti e che svolgono tale attività professionalmente⁵⁷. Davvero il favoreggiamento del mestiere di "escort" lede la libertà di autodeterminazione delle donne? E, soprattutto, la "dignità" teoricamente lesa da tale attività costituisce un *quid* in grado di legittimare la sanzione penale? Qualche riserva critica sia consentita, almeno per il penalista laico, dal momento che la dignità è un concetto ad ampio spettro, in grado di essere plasmato a piacimento dal legislatore e dall'interprete ed incapace di fornire qualsivoglia direttrice selettiva del penalmente rilevante⁵⁸. Una diversa prospettiva, capace di legittimare la tutela penale, potrebbe solo essere quella offerta da una lettura restrittiva della dignità, declinata in chiave soggettiva come capacità di autodeterminazione, così da scongiurare tendenze paternalistiche.

7. Nell'ambito della letteratura inglese sono emersi importanti contributi sul tema, in particolare quello di Joel Feinberg, il quale ha elaborato una teoria che, sviluppando alcuni principi liberali di matrice illuministica, tenta di coniugare diritto e morale all'interno dell'impalcatura tipica dello Stato liberale.

procedurali, v., da ultimo, anche DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neurotica*, Torino, 2009, p. 54. Ma vi è di più, oltre alla tematica delle scriminanti procedurali già indagata dalla dottrina e che mostra come il legislatore stia iniziando ad essere sensibile all'argomento, il tema della laicità inizia ad essere affrontato anche dalla Corte costituzionale, la quale, qualora interviene con sentenze di accoglimento, implementa l'operatività del principio in esame. ROMANO M., *Danno a se stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 984 ss.; Id., *Cause di giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali, tra esclusioni del tipo e cause di giustificazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 1269; DONINI, *Antigiuridicità e giustificazione oggi. Una "nuova" dogmatica, o solo una critica, per il diritto penale moderno?*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1646 ss. MANNA, *La tutela penale della vita in fieri, tra funzione promozionale e protezione di beni giuridici*, in *Leg. pen.*, 2005, 345 ss.

55. FIANDACA, *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume*, Padova, 1984, pp. 72 ss.

56. MANIACI, *Contro il paternalismo giuridico*, in www.udg.edu.

57. Ruby bis, un lungo processo tra cronaca, politica e gossip, in www.milano.repubblica.it, del 23 luglio 2013.

58. Seppur nel diverso settore della bioetica, ci sentiamo di condividere quanto espresso da FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e "post-secolarismo"*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 546 ss.; HASSEMER, *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, in *Ars interpretandi*, 2005, pp. 131 ss.

Secondo quest'ultima impostazione, compito principale del diritto penale è quello di tutelare determinati beni giuridici da possibili offese, che, secondo il lessico di Feinberg, assumono penale rilevanza in particolare solo se si traducono in un danno a terzi (principio dell'*Harm to others*)⁵⁹.

In tale prospettiva, molte fattispecie previste nel nostro ordinamento risulterebbero prive di legittimazione. Si pensi, ad esempio, alla coltivazione di sostanze stupefacenti per uso personale, dal momento che il soggetto assuntore, in questi casi, provoca un danno a sé, ma non ad altri⁶⁰. Si pensi ancora al reato di ingresso clandestino nel territorio dello Stato (art. 10-bis, TU Immigrazione), oppure, al reato di inottemperanza all'ordine di espulsione (art. 14, co. 5-ter, TU Immigrazione), laddove si puniscono condotte prive di ricadute su terze persone, ma soltanto su beni giuridici ad ampio spettro, spesso inafferrabili, facilmente riconducibili alla più ampia e generica locuzione di ordine pubblico⁶¹. In questo elenco ci si deve, come anticipato, far rientrare il favoreggiamento della prostituzione, dal momento che tali condotte non risultano lesive di alcun bene giuridico di terze persone.

Una possibile obiezione è che il principio del danno ad altri, preso alla lettera, risulti eccessivamente selettivo nel delimitare l'area del penalmente rilevante, dal momento che non sempre sono ravvisabili incriminazioni che producono danni a terzi. Questo è, però, il vero elemento di novità nella speculazione di Feinberg ed è l'elemento progressista che certamente deve essere mantenuto fermo, dal momento che per il penalista è utile soltanto il principio dell'*Harm to others*, cioè dell'effettivo danno a terzi, che risulta l'unico criterio distintivo, sia per la sua efficacia euristica, che per la sua giustiziabilità, tra ciò che può assumere penale rilevanza e ciò che, invece, può giustificare solo forme di tutela meno intensa⁶².

Incostituzionali, tornando alla legge Merlin, ci sembrano anche le condotte c.d. di adescamento. Tale figura criminosa, introdotta dalla legge Merlin, ricomprende una serie di attività, ma la condotta, rilevante ai sensi dell'art.

59. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law. Vol. I: Harm to Others*, Oxford U.P., Oxford, 1984; FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, capp. IV-VIII. Va tuttavia rilevato che lo stesso Feinberg giustifica l'intervento penale anche nelle ipotesi di "offesa ad altri", cioè di fatti che creino molestie o disturbo alle persone. Sul punto, però, non appare condivisibile il pensiero dell'illustre autore, perché in tal modo rischia di allontanarsi dai canoni del diritto penale tipico di uno Stato sociale di diritto, ovverosia che interviene legittimamente solo a protezione di concreti interessi.

60. RUGA, RIVA, *Il lavavetri, la donna col burqa e il Sindaco. Prove atecniche di "diritto penale municipale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 133 ss.

61. VIGANÓ, MASERA, *Inottemperanza dello straniero all'ordine di allontanamento e "direttiva rimpatri" UE: scenari prossimi venturi per il giudice penale italiano*, in *Cass. pen.*, 2010, 1711 ss.; ID., *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisdizionali*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 560 ss.

62. Sia nuovamente consentito il rinvio a MANNA, *Di alcune trasgressioni nel codice penale ticinese del 1873 e dei rapporti fra diritto penale e morale*, in *Codice penale del Cantone del Ticino (1873)*, a cura di Vinciguerra, Padova, 2011, CCXIII.

3, n. 5, prevede l'opera di un soggetto diverso da chi si prostituisce, il quale svolga attività di intermediazione in luogo pubblico, aperto al pubblico, ovvero con i mezzi di diffusione quali la stampa, o altra forma di pubblicità⁶³. Se il fatto-base è lecito, anche in questo caso, v'è seriamente da domandarsi quale offesa arrechi la pubblicità compiuta da terzi su soggetti in genere capaci di autodeterminarsi. L'unico argomento a sostegno dell'incriminazione starebbe nel ricostruire il bene protetto in un'accezione di "morale pubblica", quindi in chiave paternalistica. Una tale accezione, però, non può essere condivisa per le ragioni anzidette, dal momento che i sentimenti e le emozioni, di per sé, non possono costituire fonte di legittimazione del diritto penale⁶⁴, almeno di un diritto penale che si ispiri agli ideali illuministici⁶⁵. Da ciò discende, a cascata, che il principio di laicità entra in crisi ad esempio anche con riguardo alla fattispecie codicistica di istigazione ed aiuto al suicidio (art. 579 c.p.) che, punendo le condotte di chi istiga o aiuta taluno al suicidio, finisce per incriminare un comportamento che accede ad un fatto di per sé lecito, qual è il suicidio, che infatti l'ordinamento non punisce nemmeno a titolo di tentativo⁶⁶. È di tutta evidenza, infatti, che il legislatore del '30, introducendo detta fattispecie incriminatrice, ha inteso aderire ad una ben precisa visione etica e, o religiosa, di chiara ispirazione cattolica, secondo cui il bene vita è indisponibile da parte del suo titolare e rappresenta, secondo i punti di vista, un dono della divinità, oppure un interesse pubblicistico funzionale agli scopi che lo Stato persegue. Questo tipo di norme, tuttavia, reclamano un confronto con la Carta costituzionale, che invece, qualificando la salute, nell'art. 32, in primo luogo come diritto della persona e, solo subordinatamente, come interesse della collettività e, soprattutto, ancorando l'obbligatorietà di trattamenti sanitari ad una riserva di legge, interpretata solo in relazione a malattie diffuse, sembra aprire la possibilità al riconoscimento del diritto a non curarsi, comprensivo, a nostro avviso, anche del diritto a morire⁶⁷. Più in particolare, seguendo

63. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, parte spec., I, Milano, 1981, 478; PALAZZO, *Considerazioni sul delitto di lenocinio a mezzo stampa*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1975, 688 ss.; Cass., Sez. III, 29 gennaio 2013, B.R., n. 20384, in www.dejure.it.

64. FIANDACA, *Sul ruolo delle emozioni e dei sentimenti nella genesi e nell'applicazione delle leggi penali*, in *Diritto penale e neuroetica*, a cura di Di Giovine, Padova, 2013, pp. 215 ss.

65. MARINUCCI, *Beccaria penalista, nostro contemporaneo*, in *Diritti dell'uomo e sistema penale*, a cura di Moccia, Napoli, 2002, I, pp. 15 ss.

66. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001, pp. 175 ss. e specificamente pp. 217 ss.; LEONCINI, *Reati contro la vita*, in FIORELLA (a cura di), *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Torino, 2012, pp. 12 ss.

67. MANNA, *Omicidio del consenziente ed istigazione od aiuto al suicidio: l'eutanasia*, in Id. (a cura di), *Reati contro la persona*, Torino, 2007, pp. 202 ss.; TORDINI CAGLI, *Piorgiorgio Welby e Giovanni Nuvoli: il punto sul diritto a rifiutare le cure*, in Ius17@unibo.it, 2008, 543 ss.; VALLINI, *Lasciar morire chi rifiuta le cure non è reato. Il caso Welby nella visuale del penalista*, in *Dialoghi*, 2008, 55 ss.; DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass. pen.*, 2007, 903; VIGANÒ, *Decisioni mediche di fine vita e attivismo giudiziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 1601 ss.

questa impostazione, v'è in primo luogo da chiedersi se contrasti o meno con la Carta costituzionale la norma che incrimina l'istigazione o l'aiuto al suicidio, dato che assegna rilievo penale ad una forma speciale di concorso in un atto che è, invece, doveroso riconoscere non essere punito, nemmeno a livello di tentativo, da parte del diritto penale, per cui, conseguentemente, non può non considerarsi lecito⁶⁸. Discorso in parte analogo può porsi anche in rapporto all'omicidio del consenziente, da cui più chiaramente emerge l'intendimento del legislatore del '30, per cui il bene della vita non è disponibile in quanto appartiene sia allo Stato, che a Dio. Non è, infatti, applicabile la norma di cui all'art. 579 c.p., laddove il soggetto passivo versi in uno stato di deficienza psichica, conseguente ad infermità, che è l'ipotesi in cui, in genere, versano i c.d. malati terminali, che sono coloro che, più di frequente, richiedono l'intervento del terzo, per cui, in tali casi, si applica addirittura la norma dell'omicidio doloso comune. La progressiva "riappropriazione" individuale del bene della vita o, almeno, di taluni suoi aspetti, è, però, attestata dal divieto di accanimento terapeutico e dalla ritenuta conformità all'art. 32 Cost., anche dell'eutanasia passiva⁶⁹. Ci sembra, infatti, che non si possa negare come il pensiero giuridico, anche in Italia, sia da tempo in movimento verso il riconoscimento di spazi di disponibilità del bene vita, che dimostrano come, nelle altre ipotesi, il bene in questione deve rimanere indisponibile, ma non perché appartiene allo Stato, o a Dio, bensì in quanto, a ben considerare, l'indisponibilità risulta strumentale rispetto alla funzione di "orientamento culturale" della norma, legata, nel caso di specie, anche alla protezione dell'istinto di conservazione. Va però considerato che sotto il profilo che stiamo trattando, la giurisprudenza, dopo alcuni iniziali tentennamenti, ha invece decisamente optato per la via della liceità di trattamenti che interrompono artificialmente il ciclo vitale⁷⁰, facendo prevalere l'autodeterminazione del singolo su presunti meta-valori, oppure meta-beni giuridici.

8. La giurisprudenza, per quanto riguarda di nuovo il favoreggiamento della prostituzione, soprattutto alcuni anni fa, ha utilizzato una chiave di lettura che ha suscitato notevoli perplessità. Deve ricordarsi l'atteggiamento di una parte della giurisprudenza, non solo di merito, che incriminava come

68. RAMACCI, *Statuto giuridico del medico e garanzie del malato*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, pp. 1707 ss.; GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 79 ss.

69. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001, pp. 100 ss.; TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica: il caso dell'eutanasia*, Napoli, 2004, pp. 57 ss.

70. Sul punto, cfr. LEONCINI, *Laicità dello Stato, pluralismo e diritto costituzionale all'obiezione di coscienza*, in *Studi in onore di Mario Romano*, I, cit., pp. 367 ss.; COSMACINI, *Testamento biologico: idee e esperienze per una morte giusta*, Bologna, 2010, p. 31; CANESTRARI, *Delitti contro la vita*, in Canestrari, Cornacchia, Gamberini, Insolera, Manes, Mantovani, Mazzacuva, Sgubbi, Stortoni, Tagliarini, *Diritto penale, lineamenti di parte speciale*, 5^a, Bologna, 2009, pp. 424 ss.

favoreggiamento anche l'attività del cliente che, dopo aver consumato il rapporto sessuale con la prostituta, la riportava nel luogo dove aspettava il cliente prossimo⁷¹. Così l'automobile, che veniva usata allo scopo, era chiaramente considerata "corpo del reato" perché costituiva il mezzo che serviva per riportare la prostituta sul luogo di lavoro e, dunque, in tale discutibile prospettiva, rientrava nell'ambito del favoreggiamento. Tale orientamento è stato però giustamente censurato dalla maggioranza della Cassazione, ritenendo che il favoreggiamento non possa ricomprendere queste condotte⁷². Si sostiene, infatti, con ragione che il reato di favoreggiamento della prostituzione si qualifica, da un lato, per la posizione di terzietà della figura del favoreggiatore nei confronti dei soggetti necessari (prostituta e cliente), dall'altro lato, per l'attività d'intermediazione tra offerta e domanda, volta a realizzare le condizioni (o anche assicurarne la permanenza) per la formazione del futuro accordo, il quale deve rientrare nella prospettiva dell'autore del reato; non integra, dunque, il reato di favoreggiamento della prostituzione la condotta del cliente che, dopo la consumazione del rapporto di meretricio, accompagna in auto la donna nel luogo di esercizio della prostituzione, in quanto tale comportamento non è realizzato da un soggetto in posizione di terzietà, non concretizza un aiuto nel senso richiesto dalla norma incriminatrice ma costituisce, invece, una condotta accessoria alla consumazione del rapporto, che risponde ai principi di cortesia e rispetto della dignità personale della prostituta⁷³.

Altra applicazione "formalistica" è avvenuta con riguardo agli agenti di polizia. La Cassazione in alcune pronunce ha infatti affermato che il reato di favoreggiamento della prostituzione si perfeziona con ogni forma di interposizione agevolativa e con qualunque attività che sia idonea a procurare più facili condizioni per l'esercizio del meretricio e venga posta in essere dall'agente con la consapevolezza di facilitare l'altrui attività di prostituzione, così confermando la decisione dei giudici di merito i quali avevano ritenuto responsabile del delitto in parola un funzionario di polizia che dava consigli ad alcune prostitute straniere in merito alla regolarizzazione della loro posizione di soggiorno⁷⁴. Atteggiamento rigoristico che, però, non è unanimemente condiviso dalla stessa Corte, la quale in circostanze analoghe ha, più correttamente, negato la configurabilità del reato, dal momento che l'aiuto è prestato solo alla prostituta, ossia riguarda direttamente quest'ultima e non la sua attività di prostituzione, anche se detta attività ne venga

71. Di recente, ancora Cass., Sez. VI, 9 novembre 2012, P. A., in *Mass. Uff.*, n. 254003; Trib. Perugia, 21 novembre 2000, Lotti, in *Riv. pen.*, 2000, 1042.

72. Cass., Sez. III, 9 novembre 2004, Palamara, in *Guida dir.*, 2005, 60, 2000 ss.; Cass., Sez. III, 10 aprile 2007, F.S., in *ibidem*, 2007, 24, 67 ss.; Cass., Sez. III, 14 febbraio 2001, Mazzanti, in *Riv. Polizia*, 2003, 537.

73. Cass., Sez. III, 18 maggio 2011, R. B. N., in *Foro it.*, 2012, I, 2, 8.

74. Cass., Sez. III, 4 novembre 2005, Palmiero, in *Riv. pen.*, 2007, I, 115.

indirettamente agevolata⁷⁵.

Con ciò si abbandona finalmente l'idea di fornire col diritto penale una risposta a quesiti di carattere puramente etico, per di più presupponendo o, meglio, illudendosi che, colpendo la domanda, l'offerta possa calare⁷⁶. In quest'ottica si utilizza, sempre per citare l'opera di Feinberg, una diversa accezione del principio *dell'Harm to others*, dal momento che l'Autore "attenua" la portata del principio in oggetto, ammettendo, come abbiamo già ricordato, la legittimità di incriminazioni che, seppur non lesive di diritti di terze persone, siano offensive, moleste, lesive della sensibilità altrui, che, per quel che ci pare di intuire, non violano altro se non una non meglio definita "morale pubblica" (principio dell'*offence*)⁷⁷.

In questa visione di paternalismo *soft*, vale a dire di forme attenuate di tutela della morale da parte dello Stato, le condotte di favoreggiamento presenti nella legge Merlin risulterebbero legittime, dal momento che, nella società post-secolare, la prostituzione viene ritenuta contraria alla morale (o ad "una" morale).

Senonché, simili conclusioni devono essere respinte, dal momento che rischiano di continuare a legittimare condotte offensive soltanto di sentimenti⁷⁸ e, soprattutto, di beni giuridici di scarsa consistenza⁷⁹ e, comunque, del tutto "inafferrabili".

Il legislatore ritorna, però, periodicamente su questa idea di punire la "domanda", cioè di regolare il "turpe mercato" con la pena, tant'è che con la Convenzione di Lanzarote è arrivato a punire colui che assiste a spettacoli pedopornografici, oppure, per altro verso, ad incriminare la detenzione di

75. Cass., Sez. III, 22 maggio 2012, T.M., in *Mass. Uff.*, n. 253390.

76. Per una critica delle politiche proibizioniste, v. VERGA, *La droga espriatoria. Un'analisi critica del proibizionismo*, Milano, 2007, pp. 42 ss. Non mancano anche pronunce in cui è evidente un approccio moraleggiante, laddove si fa, ad esempio, rientrare nella legge Merlin la cosiddetta prostituzione online (Cass., Sez. III, 21 marzo 2006, T.A., in *Riv. pen.*, 2007, 227; Cass., Sez. I, 27 marzo 2007, C.S., in *Riv. pen.*, 2007, 9, 872; Cass., Sez. un., 3 maggio 2006, H.E., in *www.dejure.it*). A nostro avviso non può trovare applicazione la legge Merlin, perché il concetto di prostituzione comporta non solo nell'immaginario collettivo, ma, conseguentemente, anche nel linguaggio giuridico, la necessità di un rapporto *corpore corporis*, cioè di un rapporto sessuale. Non può, quindi, ritenersi equivalente la prostituzione *on line* perché, altrimenti, sussiste il fondato rischio di una interpretazione analogica e, quindi, di un contrasto con il principio di stretta legalità (MANNA, *Corso di diritto penale*, Padova, 2^a, 2012, p. 84). Da ultimo, in controtendenza, v. Cass., Sez. III, 31 agosto 2012, M.N., in *Giust. pen.*, 2013, 67 ss.

77. Per una critica, sul punto, al pensiero di Feinberg, v. DONINI, "Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offence" di Joel Feinberg, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2008, 1546 ss.; FIANDACA, *Diritto penale, tipi di morale e tipi di democrazia*, in *Sulla legittimazione del diritto penale*, cit., pp. 153 ss.

78. Contrario a tale possibilità è infatti FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e post-secolarismo*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 554.

79. Sia consentito il rinvio a MANNA, *Beni della personalità e limiti della protezione penale*, Padova, 1989, p. 86.

materiale pedopornografico puramente “virtuale”⁸⁰.

9. Tra i recenti spunti per una riforma della legge Merlin, si deve segnalare un discusso progetto di riforma dell’allora Ministro delle pari Opportunità, on. Mara Carfagna⁸¹.

L’intento di questo disegno di legge era quello di punire non solo la prostituta, ma persino il cliente, se la prostituzione veniva esercitata in luoghi pubblici. Ciò non perché danneggiasse altri, ma perché poteva “disturbare” la moralità pubblica⁸² o, più in generale, il decoro o la sicurezza urbana. In poche parole beni, almeno questi ultimi, assai poco afferrabili e di chiara ispirazione moralisteggiante⁸³. L’idea sottesa al d.d.l. era evidentemente quella di “riportare” la prostituzione nell’ambito degli appartamenti, laddove essa avrebbe, invece, costituito un fatto penalmente irrilevante. Le associazioni degli amministratori di condominio criticarono tuttavia vivacemente il provvedimento, perché, se la prostituzione fosse stata trasferita negli appartamenti, avrebbe recato disturbo ai condomini ed addirittura provocato un calo di valore economico degli immobili. Queste ragioni spiegano, dunque, il perché il progetto dell’on. Carfagna non è, fortunatamente, mai stato trasfuso in legge. Nell’intento di riportare la prostituzione nei luoghi “chiusi”, deve ricordarsi un altro sistema, escogitato dall’ex sindaco di Roma, Alemanno, il quale aveva emanato un’ordinanza sindacale per cui la polizia doveva andare a misurare la lunghezza delle gonne e, comunque, degli abiti indossati dalle prostitute perché, se risultavano troppo corte, le stesse avrebbero, evidentemente, violato l’art. 650 c.p.⁸⁴ Anche questo provvedimento suscitò, tuttavia, nutrite critiche anche negli ambienti della polizia, che rimarcavano le difficoltà applicative di detta ordinanza senza contare la dubbia possibilità che la violazione del provvedimento potesse davvero integrare l’art. 650 c.p.⁸⁵

Una proposta, invece, assai più condivisibile potrebbe essere quella relativa ad un recente progetto di legge, che è stato presentato da una senatrice del Partito democratico⁸⁶, che, a sua volta, recupera una precedente proposta

80. MANNA, *Il minore autore e vittima di reato: la situazione italiana e le indicazioni europee*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2012, pp. 1251 ss.

81. Cfr. *Prostituzione: ok al ddl Carfagna. Via le lucciole dalla strada*, in www.repubblica.it.

82. COSÌ MANTOVANI F., *La nuova disciplina penale della lotta contro lo sfruttamento della prostituzione altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, 452.

83. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 3558; PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 547 ss.

84. Cfr. *Roma, multe a prostitute e clienti. Il primo colpito: “Non rivoterò Alemanno”*, in www.repubblica.it.

85. Sui poteri di ordinanza e l’art. 650 c.p., v. RUGA, RIVA, *Il lavavetri, la donna col burqa e il Sindaco. Prove atecniche di “diritto penale municipale”*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 133 ss.; SALCUNI, *“Ondate” securitarie e “argini” garantistici: il declino della riserva di legge nelle (il)logiche scelte del pacchetto sicurezza*, in *Cass. pen.*, 2009, 2671 ss.

86. Sen. Maria SPILABOTTE, cfr. *La senatrice PD: coop e partita iva per le prostitute*, in *La Repubblica*,

di legge della senatrice Livia Turco, quando era Ministro della salute, che proponeva la creazione di cooperative autogestite da parte delle prostitute, senza schedatura di polizia, ma con controlli periodici sulla salute per tutelare anche i clienti e, infine, con rilevanza tributaria della relativa attività. Lo scopo principale della proposta era quello di cercare di eliminare il problema (o, quantomeno, di ridurlo) della dipendenza dai c.d. lenoni.

Ultimo problema da affrontare è quello dei luoghi, perché a nostro giudizio i “quartieri a luci rosse” non costituiscono una soluzione appagante, perché rischiano di integrare una sorta di “ghettizzazione” della prostituzione e si rischia, altresì, di creare zone facili preda della criminalità organizzata. Sarebbe molto più opportuno, quindi, che queste cooperative fossero collocate in edifici situati soltanto in luoghi possibilmente appartati e, quindi, non particolarmente visibili, per tutelare anche i minori, senza, però, bisogno di quartieri *ad hoc*.

CULTURA PENALE E SPIRITO EUROPEO

Gaetano Stea

on line:

Marzia Pellegrino

L'abstract (in italiano e in inglese) di ogni contributo può essere consultato
sul sito *web archiviopenale.it*

L'offensività europea come criterio di proporzione dell'opzione penale

Gaetano Stea

I. Si può ricondurre all'illuminismo la propensione a confinare il potere giurisdizionale ad un ruolo ancillare rispetto alla supremazia del potere legislativo¹, costituendo il primo un ramo della pubblica amministrazione, con giudici–funzionari ed un'organizzazione di tipo gerarchico, per gradi², con loro selezione attraverso il concorso pubblico ed assegnazione della sola funzione di interpretare la legge, ovvero di sussumere il fatto concreto nella disposizione posta dal legislatore democraticamente eletto.

Già con l'avvento della Costituzione repubblicana, il ruolo del giudice comune muta, in quanto è prevista una limitazione alle prerogative del legislatore di porre norme regolanti i rapporti tra i cittadini ed tra i cittadini e lo Stato, attraverso i limiti sanciti dalla Costituzione, il cui rispetto è assicurato dal controllo dei giudici comuni unitamente alla Corte costituzionale. Il costituzionalismo impone, dunque, una soggezione del legislatore alla Carta fondamentale ed impone, altresì, al giudice comune di interpretare la legge conformemente ai principi costituzionali. Da ciò, già si incrina l'equilibrio

1. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti ed il pensiero giuridico*, Milano, 1982, p. 312, descrive il pensiero di Ludovico Antonio Muratori, tracciato nel libretto *Dei difetti della giurisprudenza*, pubblicato nel 1742, che stigmatizza la situazione giuridica del suo tempo, con una giurisprudenza dottrinale e giudicante, amministratrice in realtà di ingiustizie. Muratori distingue i difetti della giurisprudenza in intrinseci ed estrinseci. I difetti intrinseci sono ineliminabili ed essi sono: (a) le norme giuridiche non possono essere mai essere chiare, tanto è vero che debbono essere interpretate da sottili osservatori, con la conseguenza che il loro dettato è ancora più adeguata; (b) ciascuna norma non può prevedere tutti i casi che la realtà concretamente presenta; (c) gli uomini manifestano la propria volontà sempre in maniera diversa, con l'effetto che tale volontà è sempre difficilmente interpretabile e, dunque, è origine di litigi; (d) il diritto vivente poggia sull'opinione personale del giudice–uomo, inevitabilmente condizionata da passioni, sentimenti, pregiudizi e debolezze. I difetti estrinseci possono essere eliminati, perché non dipendono dalla natura del diritto, ma da comportamenti perfettibili degli operatori del diritto. Essi sono: (a) il caos oceanico delle interpretazioni dottrinali e giudiziali che hanno soffocato il dettato legislativo, addirittura, sostituendosi a quest'ultimo; (b) l'applicazione giudiziale del diritto è arbitraria, poiché il giudice è libero nello scegliere a quale opinione interpretativa aderire. I difetti della giurisprudenza, descritti dal Muratori nella metà del XVIII secolo, *mutatis mutandis*, non sono molto diversi da quelli che oggi si addebitano alla magistratura.

2. ROMBOLI, *Il ruolo del giudice in rapporto all'evoluzione del sistema delle fonti ed alla disciplina dell'ordinamento giudiziario*, in www.associazionecostituzionalisti.it.

illuministico della separazione dei poteri, non tanto per il controllo di legittimità costituzionale a cui è sottoposto il prodotto del legislatore, ma, in particolare, rispetto agli effetti che l'interpretazione costituzionalmente orientata ha sull'intangibilità dei contenuti della legge. In materia penale, per ciò che ci interessa, il risultato dell'interpretazione conforme va ad incidere sulla descrizione del fatto tipico, restringendone³ la rilevanza penale, a discapito della volontà legislativa, ad onor del vero, non chiaramente delineata nella disposizione posta. I confini dell'ermeneutica sono così superati, fino a coinvolgere quelli propri del potere normativo.

L'ermeneutica conforme al dettato costituzionale, a ben guardare, si sostanzia nella formulazione dal principio fondamentale, da parte del giudice comune, di un limite (o, meglio, di una regola limitativa) alla legge e, successivamente, a dare applicazione al combinato disposto della disposizione normativa con la regola limitativa di origine costituzionale, ma di formulazione giurisdizionale. La partecipazione del giudice alla formulazione (e non solo all'applicazione) della norma, appare, dunque, già evidente⁴.

Il passo successivo mette in rilievo un ulteriore potenziamento del ruolo del giudice comune e si registra proprio con l'affermarsi del sistema delle fonti di diritto europeo e con esso con la legittimazione del giudice interno a non applicare la norma nazionale in contrasto con la norma europea. Qui il punto su cui riflettere non è tanto l'ampliamento del potere normativo del giudice nazionale attraverso il delicato esame valutativo dei rapporti interordinamentali⁵, quanto, piuttosto, l'effetto simbolico della supremazia attribuita al potere giudiziario su quello legislativo che giunge al culmine della disapplicazione della legge, così ribaltando la funzione istituzionale del giudice interno che da semplice garante dell'applicazione della legge, nell'ottica illuministica, diviene artefice della sua inapplicabilità⁶, nella prospettiva multilivello. Ed è proprio la *primauté* del diritto europeo che accentua il sacrificio delle istanze di democrazia nazionale sottese alla riserva di legge (in materia penale), superando quel limite costituzionale all'operato del giudice interno collocato nell'art. 101, co. 2, Cost., tramite la cerniera aperta di pari rango posta nell'art. 117, co. 1, Cost. Non da meno è la necessità di adeguamento interpretativo della normativa nazionale ai principi ed alle disposizioni della Convenzione EDU⁷, nei limiti, comunque, delle regole

3. Non essendo ammessa l'interpretazione in *malam partem* (ancora).

4. Per un'approfondita analisi del rapporto tra costituzionalismo e democrazia, cfr. MICHELMAN, *Brennan and Democracy*, Princeton University Press, 1999, trad. it. a cura di Valentini, *La democrazia e il potere giudiziario. Il dilemma costituzionale e il giudice Brennan*, Bari, 2004, p. 78, con interessante introduzione di Bongiovanni, Palombella, *Frank I. Michelman e il significato della democrazia costituzionale*, con ampi richiami bibliografici sul costituzionalismo americano.

5. GARGANI, *Verso una democrazia giudiziaria? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in *Criminalia*, 2011, III.

6. GARGANI, *Verso una democrazia giudiziaria?*, cit., p. III.

7. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Milano, 2012, p. 176 ss.,

dell'ermeneutica giuridica, salvo, in caso di conflitto insanabile, almeno a livello interpretativo, il ricorso all'intervento chirurgico⁸ della Corte costituzionale⁹. Ma l'applicazione diretta delle norme convenzionali è stata esclusa sia dalla Consulta¹⁰, che dalla Corte di Giustizia¹¹. La crisi contemporanea della legalità penale nel sistema multilivello con il rafforzato ruolo del giudice nazionale evidenzia così la crisi della democrazia rappresentativa, ancor di più ove si osservi il *deficit* democratico del legislatore europeo, colmato dal ruolo propulsivo della Corte di Giustizia. Da ciò, l'importanza del limite al potere di disapplicazione della legge interna solo nell'ipotesi di norma europea (non convenzionale) con essa in contrasto, direttamente applicabile, altrimenti, il giudice comune, innanzi ad un principio comunitario od ad una norma di indirizzo (non direttamente applicabili), determinerebbe da sé la regola da sostituire a quella nazionale.

Il giudice, oggi, non è più o, meglio, non può essere più il tecnico della legge, il giudice-funzionario che applica quanto "scritto" nella norma posta dal legislatore penale, anche perché il giudizio di responsabilità criminale comporta valutazioni che vanno oltre la mera sussunzione del fatto concreto nella fattispecie astratta positiva.

con ampi richiami bibliografici e giurisprudenziali

8. Espressione di MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, p. 136.

9. Per un'approfondita analisi, CARLOTTO, *I giudici comuni e gli obblighi internazionali dopo le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale: un'analisi sul seguito giurisprudenziale*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; RUGGERI, *Applicazioni e disapplicazioni dirette della CEDU (lineamenti di un "modello" interamente composito*, in www.forumcostituzionale.it. Per lavori monografici, CONTI, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Roma, 2011, p. 56.

10. Corte cost., n. 303 del 2011, *Considerato in diritto*, § 4.2.2 in cui si richiamano i precedenti nn. 349 del 2007 e 80 del 2011 con nota di BONOMI, *Brevi note sul rapporto fra l'obbligo di conformarsi alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo e l'art. 101, c. 2, Cost. (... prendendo spunto da un certo mutamento di orientamento che sembra manifestarsi nella sentenza n. 303 del 2011 Corte cost.)*, in www.consultaonline.it.

11. Corte Giust. U.E., Gr. Sez., 24 aprile 2012, Kamberaj, §§ 59–63, decidendo su una questione posta dal Tribunale di Bolzano in via pregiudiziale, « *se, in caso di conflitto tra una norma di diritto nazionale e la CEDU, il richiamo a quest'ultima effettuato dall'art. 6 TUE imponga al giudice nazionale di dare diretta attuazione alle disposizioni di tale convenzione, nella fattispecie all'art. 14 della medesima nonché all'art. 1 del Protocollo n. 12, disapplicando la norma di diritto nazionale in conflitto, senza dovere previamente sollevare una questione di costituzionalità dinanzi alla Corte costituzionale* ». La Corte di Lussemburgo ha evidenziato che, « *ai sensi dell'art. 6, § 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 generali. Tale disposizione del Trattato UE consacra la giurisprudenza costante della Corte secondo la quale i diritti fondamentali sono parte integrante dei principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l'osservanza (v., segnatamente, sentenza del 29 settembre 2011, Elf Aquitaine/Commissione, C-521/09 P, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 112). Tuttavia, l'art. 6, § 3, TUE non disciplina il rapporto tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici 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. Si deve pertanto rispondere alla seconda questione dichiarando che il rinvio operato dall'art. 6, § 3, TUE alla CEDU non impone al giudice nazionale, in caso di conflitto tra una norma di diritto nazionale e detta convenzione, di applicare direttamente le disposizioni di quest'ultima, disapplicando la norma di diritto nazionale in contrasto con essa* ».

Da un lato, vi sono norme (costituzionali ed europee) che pongono dei limiti all'attività legislativa, legittimando il giudice comune ad ampliare o restringere la rilevanza penale di un comportamento, disapplicando o interpretando conformemente alla norma europea, quella legislativa nazionale e così alterando la *voluntas legislatoris*, se non proprio quella *legis*. Dall'altro, la dichiarazione di responsabilità penale, come si affermava, implica giudizi di valore ispirati da principi costituzionali che vincolano, non solo, il legislatore che pone il divieto penale, ma anche (e soprattutto) il giudice che deve punire il comportamento vietato. E qui entrano in campo, in particolare, colpevolezza e offensività, che impongono, nella loro applicazione concreta, scelte valoriali necessariamente condizionate da cultura, opinioni, visione sociale e politica, personale e non laica (nel senso estremo del termine) del giudice¹².

In questa sede, si intende appuntare la riflessione sull'offensività come criterio di verifica della scelta di politica criminale adottata dal legislatore nazionale ed europeo.

2. Nel nostro ordinamento, l'offensività della condotta umana è un carattere fondamentale della responsabilità penale, ormai di rango costituzionale, nel senso che non è più limitata a parametro di valutazione della sussistenza del fatto di reato, nel momento di accertamento e di applicazione, ma anche come criterio di sindacabilità della legittimità costituzionale delle norme penali, con alcuni limiti¹³.

12. Se il giudice dovesse omettere di svolgere tali giudizi valoriali sul fatto di reato, onde rimanere nell'alveo istituzionale riconosciutogli, la decisione aggirerebbe quei principi fondanti del diritto penale, frutto della giurisprudenza costituzionale. Se, invece, il giudice dovesse svolgere quelle valutazioni valoriali del comportamento del reo, dettate dai principi garantistici suddetti, allora, come detto, dovrebbe necessariamente pescare non nel bagaglio tecnico-professionale dell'ermeneutica giuridica, ma nell'esperienza culturale personale, intesa come *acquis* proprio del giudice-uomo filtrato dalla personale capacità critica del fenomenico che lo circonda, a discapito della certezza del diritto e della prevedibilità del giudizio. La caratteristica eccezionalità di ogni persona umana non consentirebbe di pensare ad un corpo di giudici-robot, tutti con le medesime idee, la medesima capacità di leggere gli accadimenti sempre diversi, nella stessa maniera, se non dovendo trascurare alcuni aspetti che concorrono alla stima del fatto di reato. Una visione utopica, sinceramente, non auspicabile.

13. Nella sterminata bibliografia ci si limita a segnalare, tra i più recenti, BARTOLI, *Il principio di offensività in concreto alla luce di alcuni casi giurisprudenziali*, in *Stud. iur.*, 2007, 419 ss.; CATERINI, *Reato impossibile offensività. Un'indagine critica*, Napoli, 2004, pp. 10 ss.; DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in www.penalecontemporaneo.it; FIANDACA, *Nessun reato senza offesa*, in a cura di Fiandaca, Di Chiara, *Una introduzione al sistema penale in una lettura costituzionalmente aiutata*, Napoli, 2003, p. 203 ss.; Id., *offensività e teoria del bene giuridico*, in STILE (a cura di), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991, 67; FIORE, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, in *Diritto penale e Corte costituzionale*, a cura di Vassalli, Napoli, 2006, p. 37; INSOLERA, *Reati artificiali e principio di offensività: a proposito di un'ordinanza della Corte costituzionale sull'art. 1, co. 4, l. n. 516 del 1982*, in *Dir. pen. proc.*, 1990, 726; MANES, *Il principio di offensività tra codificazione e previsione costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 147; Id., *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio*

L'offensività o necessaria lesività (unitamente al principio di materialità) fissa gli estremi contenutistici all'utilizzo della sanzione penale ed alla tipizzazione delle fattispecie solo in relazione a fatti esteriori connotati da un disvalore sociale particolarmente significativo, tale da poter giustificare la risocializzazione del reo solo con l'applicazione della sanzione afflittiva (pena). Tale principio quindi individua come meritevoli di tutela penale soltanto interessi socialmente rilevanti ed individuabili nella sola Costituzione¹⁴. La giurisprudenza costituzionale ha da tempo precisato che la necessaria lesività, astrattamente, costituisce un limite all'attività del legislatore e, concretamente, determina un onere per il giudice che, nel momento applicativo, deve accertare, in concreto, se il comportamento posto in essere lede effettivamente l'interesse tutelato dalla norma¹⁵, al fine di impedire una arbitraria ed illegittima dilatazione della sfera dei fatti da ricondurre al modello legale¹⁶. Nella letteratura penalistica è evidenziato il consolidato orientamento della Consulta per cui il sindacato sulle scelte contenutistiche

ermeneutico, parametro di ragionevolezza, Torino, 2005, pp. 329; MASULLO, *Aspettando l'offensività. Prove di scrittura del principio nelle proposte di riforma del codice penale*, in *Cass. pen.*, 2005, 1772; MAZZACUVA, *Diritto penale e riforma costituzionale: tutela di beni giuridici costituzionali e principio di offensività*, in *Ind. pen.*, 1998, 324; MERENDA, *Offensività e determinatezza nella definizione delle soglie di punibilità. Le soglie di punibilità nelle false comunicazioni sociali*, Roma, 2007, pp. 10 ss.; PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 350; PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009, 10 ss.; Id., *L'avanzamento del "diritto penale europeo" dopo il trattato di Lisbona, La Giustizia penale*, 2010, 307 ss.; VALENTI, *Principi di materialità e offensività*, in INSOLERA, MAZZACUVA, PAVARINI, ZANOTTI (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, XIV, Torino, 2012, 359 ss.

14. Nella lezione bricoliana (per cui si rinvia a CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, p. 204) la ratio di tale necessaria scelta viene illustrata con il seguente semplice ragionamento: dal momento che la pena rappresenta la sanzione più afflittiva dell'ordinamento, in particolare quella detentiva, che pregiudica il bene primario costituzionalmente garantito della libertà (proclamata inviolabile dall'art. 13 Cost.), essa può essere adottata dal legislatore soltanto rispetto a condotte che pregiudichino beni almeno di pari grado, ossia beni costituzionalmente significativi, che trovino nella Costituzione riconoscimento, esplicito o implicito. In altri termini, si tratta di un limite della libertà legislativa, ma non di un obbligo.

15. Corte cost., n. 519 del 2000.

16. Corte cost., n. 263 del 2000; Id., n. 30 del 2007; Id., n. 333 del 1991 citata da MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005, p. 293, nota 33, in cui i giudici costituzionali, per i reati di pericolo astratto, pur ammessi nel nostro ordinamento, hanno affermato che « è riservata al legislatore l'individuazione (...) delle condotte alle quali collegare una presunzione assoluta di pericolo (...), purchè non sia irragionevole o arbitraria, ciò che si verifica allorquando non sia ricollegabile all'"id quod plerumque accidit" ». Si veda poi per un'aggiornata disamina della giurisprudenza costituzionale sempre MANES, *Principi costituzionali in materia penale (diritto penale sostanziale)*, Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese, Madrid, 13-15 ottobre 2011, in www.cortecostituzionale.it, in cui si richiamano anche Corte cost., n. 1 del 1971; n. 71 del 1978; n. 139 del 1982; n. 126 del 1983; n. 62 del 1986; n. 133 del 1992; n. 360 del 1995; relativamente all'irragionevolezza della presunzione di adeguatezza della sola misura cautelare custodiale per taluni reati cfr. Corte cost., n. 265 del 2010; n. 164 del 2011; n. 231 del 2011. Per un'ampia rassegna, NEPPI MODONA, *Il lungo cammino nel principio di offensività*, in *Studi in onore di M. Gallo*, Torino, 2004, p. 89 ss.; FIORE, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, cit., p. 91 ss.

del legislatore penale è limitato al relativo esercizio distorto o arbitrario, così da confliggere in modo manifesto con il canone della ragionevolezza¹⁷. Si sottolinea sempre che la Corte costituzionale, invero, non ha mai utilizzato direttamente il principio di necessaria lesività come parametro autonomo per dichiarare l'illegittimità di una norma penale¹⁸, ma solo come riflesso (appunto) del criterio della ragionevolezza. Tale criterio si fonda sul principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. ed, in stretta connessione con il criterio di proporzione¹⁹, esige che la scelta legislativa rispetto al bene e rispetto alla predisposizione di tutela penale sia razionalmente argomentabile e controllabile: di fatto, si richiede una razionalità procedurale, quella che deriva dalla dialettica democratica della discussione parlamentare²⁰. Da ciò, l'impossibilità per la Consulta di utilizzare la necessaria lesività come parametro per il sindacato di costituzionalità, proprio perché la Corte delle Leggi è estranea al circuito di legittimazione democratica, tant'è vero che, in più occasioni, nel prezioso rispetto dell'art. 28 legge n. 87 del 1953, ha affermato che le valutazioni da cui dipende la decisione di ricorrere alla sanzione criminale attengono a considerazioni generali (sulla funzione dello Stato, sul sistema penale, sulle sanzioni penali) e particolari (sui danni sociali contingentemente provocati dalla stessa esistenza delle incriminazioni, dal concreto svolgimento dei processi e dal modo d'applicazione delle sanzioni penali) che, per loro natura, sono autenticamente ideologiche e politiche e, pertanto, non formalmente controllabili in questa sede²¹. Sulla scorta di tale orientamento della giurisprudenza costituzionale, è stato osservato²² che la necessaria lesività, dunque, non può avere una valenza dimostrativa²³ (tanto da potere realmente costituire presupposto di declaratoria di illegittimità costituzionale quale principio suscettibile di essere utilizzato

17. Corte cost., n. 262 del 2005; n. 250 del 2010; n. 447 del 1998.

18. È dibattuto se in Corte cost., n. 189 del 1987, i giudici costituzionali hanno implicitamente utilizzato il principio di offensività per la declaratoria di incostituzionalità del divieto di esposizione di bandiere estere senza autorizzazione per assenza del bene giuridico tutelato. Affermativamente, FIORE, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, cit., p. 94. In senso contrario, DODARO, *Uguaglianza e diritto penale*, cit., p. 160.

19. CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 218. Sul principio di proporzione, senza, però, uno specifico studio sulla funzione di limite al potere punitivo statale, nella manualistica, fra gli altri, cfr. MANNA, *Corso di diritto penale*, I, TORINO, 2012, p. 121; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2009, pp. 13 e 704.

20. FIANDACA, *Nessun reato senza offesa*, in FIANDACA, DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, p. 124 ss.

21. Corte cost., n. 409 del 1989.

22. CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 220.

23. Sulla distinzione tra principi informativi o di indirizzo, dotati di mera efficacia argomentativa, e principi dotati di capacità dimostrativa, « tale da farli assurgere al rango di norme costituzionali cogenti nella costruzione di tutte le leggi ordinarie e suscettibili di essere applicati autonomamente (senza l'ausilio di altri principi) dalla Corte costituzionale per caducare le disposizioni in contrasto con essi », cfr. DONINI, voce *Teoria del reato*, in *Dig. Pen.*, XIV, 1999, § 6; Id., *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza italiana*, Firenze, 2001, pp. 29 ss.

dalla Corte costituzionale per caducare le norme in contrasto con esso), ma meramente argomentativa (vale a dire, di indirizzo politico-culturale). A prescindere, quindi, dalle autorevoli dichiarazioni ed affermazioni sul rango costituzionale del principio di necessaria lesività, è un fatto che la sua valenza meramente interpretativa ha dissolto la ragione giustificativa che limita la tutela penale — nell'alveo del principio di sussidiarietà ed in quello dell'*extrema ratio* — ai soli beni giuridici costituzionalmente rilevanti, tanto che da più parti in dottrina si denuncia un processo di smaterializzazione-spiritualizzazione del bene giuridico²⁴. Fra gli effetti di questa deriva, fra l'altro, vi è l'utilizzo sempre più frequente di tecniche di anticipazione della tutela fino alla formulazione di illeciti di mero rischio, ispirati, questi ultimi, al principio di precauzione²⁵. Nella prospettiva dell'indagine oggetto del contributo, è necessario appuntare ora l'attenzione sui riflessi della normativa europea sul ruolo imposto ai giudici costituzionali (e comuni) nel controllo della politica criminale ed, in particolare, nella selezione degli interessi da tutelare, ovvero se sia ancora attuale l'affermazione per cui le scelte di politica criminale, per loro natura, sono autenticamente ideologiche e politiche e, pertanto, non formalmente controllabili. Per la verifica della problematica posta, appare opportuno esaminare ciò che sembra profilarsi come una diversa valenza del principio in commento, in chiave effettivamente dimo-

24. Ampiamente cfr. CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 218 ss.

25. In tema di precauzione, si rinvia a SUNSTEIN, *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione*, Bologna, 2010, pp. 10 ss.; BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2007, pp. 9 ss., e più di recente ID., *Conditio humana. Il rischio nell'età globale*, Bari, 2008, pp. 5 ss.; JONAS, *Il principio di responsabilità. Un'etica per la società globale*, Torino, 1990, pp. 12 ss.; PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010, pp. 174 ss.; GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, 231; FORTI, *La "luce chiara della verità" e l'"ignoranza del pericolo". Riflessioni penalistiche sul principio di precauzione*, in *Scritti per Federico Stella*, I, Napoli, 2007, pp. 573 ss.; RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, 2006, pp. 1743 ss.; CONSORTE, *Spunti di riflessione sul principio di precauzione e sugli obblighi di tutela penale*, in *Dif. pen.*, XXI sec., 2007, 269 ss.; PULITANÒ, *Gestione del rischio da esposizioni professionali*, in *Cass. pen.*, 2006, 786, 788; PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza al tipo*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 1695, 1696; CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Milano, 2004, pp. 11 ss.; ATTILI, *L'agente-modello "nell'era della complessità": tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 1276 ss.; SERENI, *Causalità e responsabilità penale. Dai rischi d'impresa ai crimini internazionali*, Torino, 2008, pp. 155 ss.; CORN, *Principio di precauzione e diritto penale? Il principio di precauzione nella disciplina giuridica dell'agricoltura biotecnologica*, in *Forum BioDiritto*, 2008. *Percorsi a confronto*, a cura di Casonato, Piciocchi, Veronesi, Padova, 2009, p. 433; PONGLUPPI, *Principio di precauzione e reati alimentari. Riflessioni sul rapporto « a distanza » tra disvalore d'azione e disvalore d'evento*, in *Dir. pen. eur.*, 2010, 225 ss.; MARTINI, *Incertezza scientifica, rischio e prevenzione. Le declinazioni penalistiche del principio di precauzione*, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa*, Firenze, 2010, pp. 579 ss. Nella manualistica, FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 207 ss.; MANNA, *Corso di diritto penale*, Ed. II, Padova, 2012, p. 67 ss. Di recente, come lavori monografici, CONSORTE, *Principio di precauzione e tutela penale. Un connubio problematico*, Bologna, 2012, pp. 1 ss.; CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, Roma, 2012, pp. 10 ss.; ID., *Principio di precauzione e beni legali alla sicurezza*, in www.penalecontemporaneo.it.

strativa, allorché i giudici costituzionali hanno decretato l'illegittimità costituzionale di una circostanza aggravante centrata su un semplice *status* soggettivo (lo *status* di soggetto illegalmente presente nel territorio dello Stato, ai sensi dell'art. 61, n. 11-bis c.p.). Seppur, come è stato osservato²⁶, ciò risulta in linea con taluni precedenti che hanno dimostrato l'abiura di presunzioni di pericolo irragionevolmente radicate su mere condizioni o qualità soggettive, e poste a fondamento di peculiari discipline punitive, la Corte, nella pronuncia sull'aggravante di clandestinità, evidenzia la necessità di un vaglio positivo di ragionevolezza che la scelta legislativa deve superare per sottrarsi alle censure di illegittimità. Ma non solo. Si tratta anche di verificare se il sistema sinergico europeo impone delle limitazioni prepositive e sovraordinate alle scelte di politica criminale del legislatore nazionale, come di quello comunitario, apprestando per il giudice della legittimità del diritto positivo uno strumentario di controllo delle opzioni penali.

3. In materia di politiche dell'immigrazione, il legislatore nazionale è sottoposto a diverse limitazioni illegale nel suo territorio, essendo libero di adottare misure anche penali, senza però pregiudicare la realizzazione degli obiettivi perseguiti dagli strumenti normativi europei, così da privare questi ultimi del loro effetto utile. La Corte lussemburghese, nella nota pronuncia *El Dridi*²⁷, ha utilizzato uno strumento ermeneutico classico, la dottrina dell'effetto utile²⁸, con il conseguente allargamento della competenza europea, a fronte di una compressione delle competenze nazionali, ed in funzione espansiva alla tutela dei diritti²⁹. Prima dell'intervento della Corte europea, adita dalla Corte d'appello di Trento, la Corte costituzionale, come già anticipato, con la sentenza n. 249 del 2010, ha dichiarato costituzionalmente illegittima, in riferimento agli artt. 3 e 25, co. 2, Cost., la previsione della circostanza aggravante comune per i fatti commessi dal colpevole mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale, rilevando l'incompatibilità della

26. MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *Dir. pen. cont.*, 2011, 99.

27. Corte Giust. U.E., Sez. I, 28 aprile 2011, Hassen El Dridi. La decisione trae origine dal caso di Hassen El Dridi, cittadino di un Paese terzo, detenuto in Italia in regime di custodia cautelare, nei confronti del quale è stata pronunciata in primo grado dal Giudice monocratico di Trento la condanna ad un anno di reclusione, in applicazione dell'art. 14, co. 5-ter, d.lgs. 286 del 1998. La disposizione, introdotta in Italia nel 2009, disciplina il caso di illecito trattenimento nel territorio nazionale, senza giustificato motivo, in violazione dell'ordine impartito dal Questore di lasciare lo Stato, prevedendo come pena la reclusione da uno a quattro anni.

28. L'effetto utile, quale fondamento ermeneutico dei rapporti tra Stato e Comunità, è stato dapprima affermato con riferimento alle norme del Trattato, poi esteso ai regolamenti ed, infine, seppur con notevoli problematiche, anche alle direttive. Dalla sistematica applicazione dell'effetto utile è nato il più significativo istituto comunitario: l'efficacia diretta.

29. COSSIRI, *La repressione penale degli stranieri irregolari nella legislazione italiana all'esame delle Corti costituzionale e di giustizia*, in www.forumcostituzionale.it.

disposizione — che fa riferimento ad una condizione personale ai sensi dell'art. 3, co. 1, Cost. — con i principi di offensività del reato e di personalità della responsabilità penale³⁰.

La pronuncia parrebbe rivoluzionaria poiché si tratterebbe della prima pronuncia di illegittimità costituzionale per il tramite diretto del principio di offensività. Ma non è, del tutto, così. Ora, i giudici costituzionali sottolineano due basilari fondamenti costituzionali in tema di trattamento giuridico dello straniero, ovvero la titolarità, in capo ai non cittadini, dei diritti inviolabili, che spettano ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani³¹ e l'inammissibilità di trattamenti diversificati e peggiorativi dei non cittadini sulla base della sola condizione giuridica di stranieri, specie nell'ambito del diritto penale, che più direttamente è connesso alle libertà fondamentali della persona, salvaguardate dalla Costituzione con le garanzie contenute negli artt. 24 e seguenti, che regolano la posizione dei singoli nei confronti del potere punitivo dello Stato.

La Corte, in particolare, evidenzia il parallelismo illegittimo tra i trattamenti penali più severi fondati su qualità personali dei soggetti che derivino dal precedente compimento di atti del tutto estranei al fatto-reato ed il rigoroso rispetto dei diritti inviolabili della persona umana, con l'effetto che qualsiasi previsione di una responsabilità penale d'autore sarebbe in aperta violazione del principio di offensività³². Ma non solo. Nella pronuncia in esame, poi, la Consulta individua l'altro carattere del principio di offensività nostrano, ovvero quello della proporzione tra diritto fondamentale e bene giuridico tutelato penalmente, nel senso che, in presenza di un diritto inviolabile, il suo contenuto di valore non può subire restrizioni o limitazioni da alcuno dei poteri costituiti se non in ragione dell'inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante. Il richiamo alla teoria bricoliana del bene giuridico prepositivo e costituzionalmente previsto, per giustificare l'uso del potere punitivo statale, appare evidente, anche se, a ben guardare, la Corte utilizza tale parametro (nell'accezione di necessaria lesività) per dichiarare l'incostituzionalità dell'aggravante di clandestinità, in stretta correlazione con il principio di materialità (altra accezione, se si vuole, di quello di offensività)³³.

30. MANNA, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, in *Cass. pen.*, 2011, 446 ss.

31. Corte cost., n. 105 del 2001.

32. Corte cost., n. 354 del 2002.

33. Si ha l'impressione che la Corte costituzionale utilizzi l'espressione offensività per indicare accezioni del tutto eterogenee dal punto di vista concettuale. Nel testo, di contro, si preferisce la distinzione operata da CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 201, secondo cui, in prima battuta, il principio di offensività sancisce che il fatto proprio e colpevole, previsto dalla legge, per integrare gli estremi dell'illecito penale, deve essere inoltre un fatto offensivo

Ed invero, i giudici costituzionali affermano che la disposizione censurata individua un tipo di autore — l'immigrato irregolare — illegittimamente assoggettato, sempre e comunque, ad un più severo trattamento, per effetto di uno stigma che viene impresso sul soggetto e che ne caratterizza — con presunzione generale ed assoluta — tutte le successive condotte penalmente illecite, come segnate da un accentuato antagonismo verso la legalità. Tale presunzione non trova giustificazione nella violazione delle norme sul controllo dei flussi migratori, visto che detta trasgressione non è univocamente sintomatica di una particolare pericolosità sociale. Ciò determina un contrasto — scrive la Corte — tra la disciplina censurata e l'art. 25, co. 2, Cost., che pone il fatto alla base della responsabilità penale e prescrive pertanto, in modo rigoroso, che un soggetto debba essere sanzionato per le condotte tenute e non per le sue qualità personali. Un principio, quest'ultimo, che senz'altro è valevole anche in rapporto agli elementi accidentali del reato.

La previsione considerata ferisce, in definitiva, il principio di offensività, giacché non vale a configurare la condotta illecita come più gravemente offensiva con specifico riferimento al bene protetto, ma serve a connotare una generale e presunta qualità negativa del suo autore.

In conclusione, dunque, il principio di offensività, nella sua accezione concettuale della materialità³⁴, non ammette alcuna scelta o modulazione sanzionatoria giustificata su connotati d'autore *sic et simpliciter*, qualora tale differenziazione soggettiva sia di per sé inespressiva — almeno secondo l'*id quod plerumque accidit* — di un maggior danno o di un maggior pericolo per il bene giuridico tutelato³⁵, risultando altresì, in tali casi, tanto più irragionevolmente discriminatoria alla luce del principio di eguaglianza³⁶.

Nella successiva pronuncia³⁷ sul reato di clandestinità di cui all'art. 10-bis d. lgs. 286 del 1998, impugnato per sospetta tensione con i principi di mate-

di beni essenziali per la convivenza civile. La genericità di tale assunto non è che il precipitato della genericità della denominazione di offesa, sotto la quale vengono fatte rientrare problematiche affatto eterogenee dal punto di vista concettuale. Per ragioni metodologiche è invece corretto distinguere tre diversi principi che presidono alla fondazione dell'illecito penale e che si trovano reciprocamente in relazione di progressione ascendente: dal principio di materialità; al classico canone del *neminem laedere* rivisitato come principio di offesa a terzi; al moderno e ben più pregnante principio di necessaria lesività. In questa prospettiva, dunque, è evidente che la Corte costituzionale ha utilizzato il principio di materialità per sanzionare l'art. 61, co. 11-bis c.p.

34. Il fondamento costituzionale del principio di offensività in genere è individuato sia nell'art. 27, co. 3, Cost., sia nell'art. 25, co. 2, Cost. che, oltre al principio di materialità (e quindi di non punibilità di puri atteggiamenti interiori o attinenti al *forum conscientiae*), vieterebbe anche l'incriminazione di fatti inoffensivi come meri indizi sintomatici di personalità deviante o indici diagnostici della dimensione soggettiva. Cfr. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, XIV, Torino, 1973, pp. 82 ss.

35. Corte cost., n. 249 del 2010, Considerato in diritto, § 5, edita in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2010, 1349 ss., con nota di MASERA, *Corte costituzionale e immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, cit., 105.

36. MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, cit., p. 105.

37. Corte cost., n. 250 del 2010.

rialità e necessaria lesività, la Corte costituzionale ha, prima d'ogni altro, ribadito che l'individuazione delle condotte punibili e la configurazione del relativo trattamento sanzionatorio rientrano nella discrezionalità del legislatore: discrezionalità il cui esercizio può formare oggetto di sindacato, sul piano della legittimità costituzionale, solo ove si traduca in scelte manifestamente irragionevoli o arbitrarie³⁸. Tale discrezionalità del legislatore può essere esercitata già con la selezione del bene giuridico da tutelare. Su tale aspetto ed in relazione alle censure oggetto del giudizio di costituzionalità, la Corte ha rigettato l'eccezione di illegittimità che evidenziava il reato di clandestinità posto a tutela di un bene giuridico privo di meritevolezza penale, e diretto a sanzionare una mera disobbedienza, affermando che il bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice è, in realtà, agevolmente identificabile nell'interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori, secondo un determinato assetto normativo: interesse la cui asunzione ad oggetto di tutela penale non può considerarsi irrazionale ed arbitraria — trattandosi del resto, del bene giuridico “di categoria”, che accomuna buona parte delle norme incriminatrici presenti nel testo unico del 1998 — e che risulta, altresì, offendibile dalle condotte di ingresso e trattenimento illegale dello straniero³⁹. In questa pronuncia, dunque, la

38. Corte cost., n. 250 del 2010, Considerato in diritto, § 5.

39. Corte cost., n. 250 del 2010, Considerato in diritto, § 6.3, ove, inoltre, i giudici costituzionali evidenziano che « l'ordinata gestione dei flussi migratori si presenta, in specie, come un bene giuridico “strumentale”, attraverso la cui salvaguardia il legislatore attua una protezione in forma avanzata del complesso di beni pubblici “finali”, di sicuro rilievo costituzionale, suscettivi di essere compromessi da fenomeni di immigrazione incontrollata. Ciò, secondo una strategia di intervento analoga a quella che contrassegna vasti settori del diritto penale complementare, nei quali la sanzione penale — specie contravvenzionale — accede alla violazione di discipline amministrative afferenti a funzioni di regolazione e controllo su determinate attività, finalizzate a salvaguardare in via preventiva i beni, specie sovraindividuali, esposti a pericolo dallo svolgimento indiscriminato delle attività stesse (basti pensare, ad esempio, al diritto penale urbanistico, dell'ambiente, dei mercati finanziari, della sicurezza del lavoro). Caratteristica, questa, che, nel caso in esame, viene peraltro a riflettersi nell'esiguo spessore della risposta punitiva prefigurata dalla norma impugnata, di tipo meramente pecuniario. È incontestabile, in effetti, che il potere di disciplinare l'immigrazione rappresenti un profilo essenziale della sovranità dello Stato, in quanto espressione del controllo del territorio. Come questa Corte ha avuto modo di rimarcare, lo Stato non può [...] abdicare al compito, ineludibile, di presidiare le proprie frontiere: le regole stabilite in funzione d'un ordinato flusso migratorio e di un'adeguata accoglienza vanno dunque rispettate, e non eluse [...], essendo poste a difesa della collettività nazionale e, insieme, a tutela di coloro che le hanno osservate e che potrebbero ricevere danno dalla tolleranza di situazioni illegali » (sent. n. 353 del 1997). La regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri nel territorio dello Stato è, difatti, « collegata alla ponderazione di svariati interessi pubblici, quali, ad esempio, la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in materia di immigrazione (sentenze n. 148 del 2008, n. 206 del 2006 e n. 62 del 1994): vincoli e politica che, a loro volta, rappresentano il frutto di valutazioni afferenti alla “sostenibilità” socio-economica del fenomeno. Il controllo giuridico dell'immigrazione — che allo Stato, dunque, indubbiamente compete (sent. n. 5 del 2004), a presidio di valori di rango costituzionale e per l'adempimento di obblighi internazionali — comporta, d'altro canto, necessariamente la configurazione come fatto illecito della violazione delle regole in cui quel controllo si esprime. Determinare quale sia la risposta sanzionatoria più adeguata a tale illecito, e segnatamente stabilire se esso debba assumere una connotazione penale, anziché meramente amministrativa (com'era anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 94 del 2009), rientra nell'ambito delle scelte discrezionali del legislatore,

Corte pare discostarsi dalla teoria bricoliana, richiamata, come verificato nell'immediato precedente⁴⁰, offrendo legittimazione alla tecnica di seriazione dei beni giuridici⁴¹, e così riconoscendo espressamente al legislatore piena discrezionalità nel definire il profilo qualitativo (e, o il tasso di artificialità) degli interessi ritenuti meritevoli di tutela⁴², utilizzando così l'argomento bricoliano del bene presupposto suscettivo di tutela penale, in maniera però più ampia, tanto da distinguere beni giuridici strumentali da quelli finali di sicuro rilievo costituzionale, senza, però, individuare alcun nesso di presupposizione necessaria tra gli uni e gli altri⁴³. Ma si tratta, a ben vedere, solo di una pseudo-libertà del legislatore ordinario nella selezione del bene giuridico da tutelare penalmente. Ed infatti, se fosse vero che il principio di necessaria lesività è indifferente alla selezione degli interessi da tutelare in sé considerati, allora, tali interessi non classificabili potrebbero sacrificare il diritto fondamentale alla libertà personale del reo, così ledendo il principio secondo cui, in presenza di un diritto inviolabile della persona umana, il suo contenuto di valore non può subire restrizioni o limitazioni da alcuno dei poteri costituiti se non in ragione dell'inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante (n. 249 del 2010). Allora, bisogna andare oltre.

Tirando le fila del discorso e cercando di comporre in armonia la giurisprudenza costituzionale delle decisioni esaminate, si può affermare che il principio di offensività, nella sua accezione di necessaria lesività, ha fondamento costituzionale ed è parametro di sindacabilità delle leggi penali anche in relazione alla scelta del bene giuridico da tutelare, nel senso che la libertà del legislatore ordinario nella selezione dell'interesse meritevole di tutela penale trova il solo limite della proporzione con il sacrificio della libertà personale. È un primo passo dell'argomentazione che si svilupperà in seguito. Ora limitiamoci a segnare un punto, affermando che, su questa linea, il controllo costituzionale si affaccia timidamente (ancora) al "balcone" della giustiziabilità dell'*extrema ratio*, via che porta al sindacato degli obblighi

il quale ben può modulare diversamente nel tempo — in rapporto alle mutevoli caratteristiche e dimensioni del fenomeno migratorio e alla differente pregnanza delle esigenze ad esso connesse — la qualità e il livello dell'intervento repressivo in materia ».

40. Nella pronuncia n. 249 del 2010, la Corte afferma che, in presenza di un diritto inviolabile, « il suo contenuto di valore non può subire restrizioni o limitazioni da alcuno dei poteri costituiti se non in ragione dell'inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante » (sent. n. 366 del 1991 e n. 63 del 1994).

41. FIORELLA, voce *Reato in generale*, *Enc. Dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, pp. 814 ss. In materia ambientale, MUSCO, *Il principio di offensività nei reati ambientali*, in www.dirittoambiente.com.

42. MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, cit., p. 101.

43. Per la critica della selezione di beni strumentali, cfr. CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 219. Sulla distinzione tra beni strumentali e beni finali, MANNA, *Introduzione al diritto penale dell'impresa*, in a cura di Manna, *Corso di diritto penale dell'impresa*, Padova, 2010, p. 10 ss.

di tutela penale, entrando così in un campo dove la ritrosia del giudice costituzionale ad intervenire si fa più accentuata⁴⁴, anche in ragione della perdurante assenza di un affidabile strumentario concettuale, che, come si constaterà più avanti, andrebbe individuato nelle norme sovranazionali in virtù dei vincoli imposti dall'art. 117, co. 1, Cost.

4. Il principio di offensività a livello europeo⁴⁵ può essere teorizzato sulla scorta del medesimo ragionamento su cui si fonda la giustificazione costituzionale nel sistema italiano (c.d. *argumentum libertatis*). Dal momento che la pena rappresenta la sanzione più afflittiva dell'ordinamento, in particolare quella detentiva, che pregiudica il bene fondamentale della libertà personale, essa può essere adottata dal legislatore soltanto rispetto a condotte che pregiudichino beni almeno di pari grado, ossia beni significativi, che trovino in norme sovraordinate riconoscimento, esplicito o implicito.

La libertà personale è riconosciuta dall'art. 6 Carta, richiamata dall'art. 6 TUE, con l'effetto che la competenza penale europea, nei limiti di quanto attribuite dal Trattato, dunque, non può prevedere la punibilità di comportamenti che ledono (o mettono in pericolo) interessi estranei alla Carta di Nizza o alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, a cui l'Unione aderisce ai sensi dell'art. 6 TUE.

La Corte di Giustizia è custode della conformità delle norme europee alle previsioni pattizie, secondo la procedura di annullamento disciplinata dall'art. 263 TFUE. Ad ogni modo, seppur è vero che l'offensività costituisce un prodotto della dogmatica italiana, tale principio, nella sua più ampia accezione, appare non più essere una categoria del solo diritto penale nostrano, ma appartiene alla cultura europea, come risulta dai più recenti codici penali adottati da alcuni Paesi europei, con cui si è espressamente prevista la dannosità sociale del fatto come misura della sua rilevanza penale⁴⁶. L'offensività (in questa accezione più ampia rispetto alla definizione nostrana, compren-

44. MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, cit., 102, nota 12, ove l'A. richiama DONINI, *Democrazia e scienza penale*, cit., 1083 ss., 1087 ss.; inoltre ID., *Principi costituzionali e sistema penale*, cit., § 6 (ma anche § 4), e già ID., *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004, pp. 85 ss. ove si evidenzia l'importanza della motivazione delle leggi penali quale presupposto per costruire la giustiziabilità dell'*extrema ratio*, mediante il successivo controllo della Corte costituzionale, e sottolineando più in generale la necessità di disporre di saperi empirici per rendere più penetranti — *inter alia* — i sindacati di offensività, ragionevolezza e sussidiarietà.

45. Evidenzia l'assenza del riconoscimento esplicito di tale principio da parte della Corte di Giustizia e, comunque, a livello europeo (ad eccezione di Spagna e Portogallo), da ultimo, SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Milano, 2011, pp. 430 ss.

46. FORNASARI, MENGHINI, *Percorsi europei di diritto penale*, III ed., Padova, 2012, pp. 8 ss., in cui, dopo aver evidenziato la rilevanza dell'offesa come indice di qualificazione del fatto di reato nelle previsioni codicistiche di Polonia e Slovenia, con un distinguo sulla previsione di mera non punibilità nel codice di procedura penale tedesco (*Einstellung*) e nel progetto Grosso di riforma del Codice Rocco, viene riportato l'art.1 del codice penale croato del 1997 secondo cui (in lingua originale): « 1. Kaznena djela i kaznenopravne sankcije propisuju se samo za ona ponašanja kojima se tako ugrožavaju ili povrjeđuju osobne slobode i prava èovjeka te druga prava i društvene vrijednosti zajamène i

dente quella del *neminem laedere*) è dunque l'indice prepositivo di selezione penale di un fatto, come misura della proporzione della tutela penale del bene giuridico, così configurandosi come un criterio dimostrativo da limite alle scelte di politica criminale del legislatore⁴⁷.

zaštitaæene Ustavom Republike Hrvatske i meðunarodnim pravom da se njihova zaštita ne bi mogla ostvariti bez kaznenopravne prisile. 2. Propisivanje pojedinih kaznenih djela te vrste i mjere kaznenopravnih sankcija za njihove poœinitelje temelji se na nužnosti kaznenopravne prisile i njezinoj primjerenosti jakosti i naravi opasnosti za osobne slobode i prava èovjeka te druge društvene vrijednosti » (traduzione: « 1. I reati e le sanzioni penali sono previsti solo per gli atti che ledono o mettono in pericolo la libertà personale e i diritti umani e altri diritti e valori sociali garantiti e protetti dalla Costituzione croata e dal diritto internazionale, la cui tutela non potrebbe essere raggiunta senza la repressione penale. 2. La previsione di alcuni reati e il tipo e l'entità delle sanzioni penali si basa sulla necessità della repressione penale e sulla sua adeguatezza all'intensità e alla natura del pericolo per le libertà personali e per i diritti dell'uomo, nonché per altri valori sociali »). Il co. 1 dell'articolo suddetto è espressamente riprodotto nel nuovo art.1, del Codice croato del 7 novembre 2011.

47. Per la differenza tra principio di offensività e quello di esiguità, MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 58, 59, che li distingue per due fondamentali ragioni: *in primis*, mentre l'offensività reclama la non rilevanza dei fatti inoffensivi, con il principio di esiguità ci si intende riferire a fatti, invece, offensivi del bene giuridico, ma in modo così marginale, da non risultare bisognosi di pena. La seconda differenza, che rende a questo proposito più accettabile quest'ultimo principio — scrive l'A. —, rispetto alle esigenze sottese alla legalità penale, consiste nella previsione di una pluralità di criteri orientativi per il giudice, che attengono anche alla colpevolezza ed ai precedenti penali dell'imputato, nonché all'opinione espressa in proposito dalla persona offesa, che al contrario non si rinvengono a proposito dell'offensività, al contrario limitata all'aspetto relativo alla lesione e, o alla messa in pericolo del bene giuridico. Da ciò, parrebbe evincersi che l'offensività costituisce un principio dimostrativo rivolto al legislatore che pone un divieto penale, mentre l'esiguità è un criterio ermeneutico rivolto, dunque, al giudice nel momento applicativo del divieto penale. Andrebbe chiarito, comunque, se l'esiguità necessita di un'espressa previsione legislativa che autorizzi il giudice a valutare l'irrelevanza penale del fatto pur astrattamente offensivo, come le ipotesi positivizzate di cui agli artt. 27 d.P.R. n. 448 del 1988 e 34 d.lgs. n. 274 del 2000. Secondo la Corte costituzionale, come indicato da MANES, *Principi costituzionali in materia penale (Diritto penale sostanziale)*, cit., « il compito di uniformare la figura criminosa al principio di offensività nella concretezza applicativa resta affidato al giudice ordinario, nell'esercizio del proprio potere ermeneutico (offensività "in concreto") », di modo che « esso rimanendo impegnato ad una lettura "teleologicamente orientata" degli elementi di fattispecie, tanto più attenta quanto più le formule impiegate dal legislatore appaiano, in sé, anodine o polisense — dovrà segnatamente evitare che l'area di operatività dell'incriminazione si espanda a condotte prive di un'apprezzabile idoneità lesiva », (Corte cost., n. 225 del 2008). Da ciò, è agevole dedurre che l'esiguità (offensività *in concreto*, per utilizzare le parole della Consulta) non necessita di alcuna previsione espressa del legislatore, essendo un criterio di interpretazione delle norme penali per renderle conformi al principio costituzionale di offensività (in astratto) e, dunque, obbligatorio per il giudice a pena di inammissibilità di un'eventuale questione di costituzionalità. Tale lettura offerta dalla giurisprudenza costituzionale parrebbe ammettere, nelle ipotesi di esiguità *espressa* (artt. 27 d.P.R. n. 448 del 1988 e 34 d.lgs. n. 274 del 2000), una distinzione tra inoffensività concreta del fatto e tenuità del fatto (*rectius*, irrilevanza penale del fatto, cfr. *Relazione Progetto di riforma del Codice penale del 15 luglio 1999, § Inoffensività e irrilevanza del fatto*; MANNA, *Risarcimento del danno, offensività ed irrilevanza penale del fatto: rapporti ed intersezioni*, in *Critica dir.*, 2001, 381 ss.), con l'effetto che un fatto tenue potrebbe essere comunque concretamente offensivo, e viceversa, un fatto non tenue potrebbe essere concretamente inoffensivo. Ma la difficoltà di individuare una distinzione esegetica sarebbe ardua, se non impossibile. Per tali ragioni, ma soprattutto per ricercare punti certi nel sistema, la tentazione sarebbe quella di utilizzare la previsione di cui all'art. 34, d.lgs. n. 274 del 2000 come parametro ermeneutico di valutazione dell'offensività in concreto per tutto il sistema penale nostrano. Però osterebbe la natura processuale di tale disposizione. Forse la soluzione migliore sarebbe quella più

Da ciò va appuntata l'attenzione su un'importante disposizione della Carta di Nizza, utile a rafforzare la convinzione della necessaria correlazione del sacrificio della libertà personale del reo con la tutela di beni significativi di pari rango.

L'art. 52, co. 1, Carta stabilisce: « *eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui* ».

La norma pattizia sovraordinata impone dunque una proporzione tra le limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali riconosciuti dalla Carta e la tutela di interessi generali, che possa essere valutata come effettiva. L'avverbio *effettivamente*, oltre a rafforzare il principio enunciato su un piano empirico, ammette il sindacato sulla scelta del legislatore europeo, da parte dell'organo giurisdizionale preposto alla salvaguardia del rispetto delle disposizioni sovraordinate (costituzionali), affinché si verifichi che le scelte punitive rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui. Tale giudizio di proporzione affonda le sue radici nella giurisprudenza della Corte EDU ed, in particolare, nell'ambito della fondamentale valutazione della necessità in una società democratica, che costituisce uno dei tre requisiti (accanto alla previsione legale e allo scopo legittimo) stabiliti da diverse disposizioni della Convenzione EDU ai fini di verificare la legittimità dell'ingerenza pubblica nell'esercizio di un diritto⁴⁸. Il giudizio di proporzione, dunque, costituisce uno dei momenti di maggiore penetrazione della Corte EDU nelle scelte di politica criminale del legislatore nazionale, andando a sindacare le ragioni che possano giustificare la limitazione della libertà personale da parte della sanzione penale. Invero, la libertà personale non va intesa nell'accezione minimale come libertà fisica e, dunque, il giudizio di proporzione, nella giurisprudenza della Corte EDU, non si limita a valutare se la detenzione per la tutela di un determinato interesse collettivo è la reazione proporzionata per il richiesto sacrificio della libertà personale, ma se la tutela penale in genere di un determinato bene giuridico è proporzionata al sacrificio dei diritti e

rigorosa: valutare l'irrilevanza del fatto solo nell'ipotesi di esiguità espressa; l'offensività in concreto come criterio di commisurazione della pena; l'offensività in astratto come criterio di sindacato costituzionale dell'opzione penale. Sulle ipotesi di esiguità espressa, definite "clausole di irrilevanza", cfr. LO FORTE, *Il principio di offensività*, in *Trattato di diritto penale, Parte Generale, II, Il reato*, a cura di Capodoppi, Canestrari, Manna, Papa, Torino, 2013, pp. 933 ss.; CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Torino, 2005, pp. 12 ss.

48. MAZZACUVA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e i suoi riflessi sul sistema penale*, cit., p. 459.

delle libertà fondamentali del reo. Su tale aspetto si tornerà a breve.

È indubbio, pertanto, che la Corte EDU valuta la legislazione criminale nazionale secondo un criterio valoriale degli interessi coinvolti, finalizzato a stimare l'effettivo equilibrio della scelta di politica penale tra l'esigenza di tutela di un determinato interesse ed il sacrificio imposto al reo. Tale sindacato sostanziale⁴⁹ presuppone delle limitazioni costituzionali alle scelte di criminalizzazione che si traducono, certamente, in divieti di incriminazione di diritti e libertà fondamentali⁵⁰, ma anche in obblighi di tutela penale di determinati diritti primari⁵¹. I giudici di Strasburgo, invero, sono andati oltre⁵², non solo, pretendendo delle incriminazioni in astratto della violazione di determinati diritti fondamentali individuali, ma anche di concreta inflizione della pena all'autore del reato, per due ragioni: la maggior efficacia dissuasiva dello strumento penale e le esigenze di soddisfazione morale della vittima⁵³. I richiami alla funzione generalpreventiva (positiva, in particolare) della pena, da un lato, per cui la tutela rafforzata di taluni valori o beni giuridici garantisce la pacifica convivenza e indirizza l'orientamento culturale⁵⁴, e quella della retribuzione, dall'altro, per cui il reato come fatto intrinsecamente disvaloriale impone di essere sanzionato⁵⁵, sono le coordinate teleologiche degli obblighi di tutela penale di beni giuridici fondamentali, secondo la lettura della Corte di Strasburgo. Allora perché non ammettere un tale controllo da parte del giudice istituzionalmente competente al sindacato del diritto positivo dell'ordinamento a cui è preposto? Chiudendo il cerchio del ragionamento, si può affermare, quindi, che il giudizio di proporzione previsto dall'art. 52 Carta, attribuito alla cognizione della Corte di Lussemburgo (art. 263 TFUE), alla stregua della lettura esegetica della Corte di Strasburgo, esige che la norma penale europea venga posta per la tutela di diritti fondamentali previsti dai Trattati (e dalla Carta di Nizza), nei limiti

49. MAZZACUVA, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e i suoi riflessi nel sistema penale*, cit., p. 461.

50. In tema di equilibrio tra libertà di cronaca e tutela dell'onore, cfr. Corte eur. dir. uomo, 31 maggio 2011, Sabanovic c. Montenegro e Serbia; in tema di accertamento della pericolosità delle condotte di apologia di pur gravi reati, cfr. Corte eur. dir. uomo, 15 gennaio 2009, Orban e altri c. Francia; Corte eur. dir. uomo, 2 ottobre 2008, Aktan c. Turchia; in tema di compatibilità tra diritto alla vita privata e familiare e divieto di penalizzazione di rapporti omosessuali, cfr. Corte eur. dir. uomo, 21 settembre 2010, Santos Couto c. Portogallo; in tema di libertà di religione, cfr. Corte eur. dir. uomo, Gr. Cam., 7 luglio 2011, Bayatyan c. Armenia.

51. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., p. 832; critico cfr. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1983, 522 ss. che negava l'ammissibilità di obblighi costituzionali di tutela penale se non riallacciati al principio di uguaglianza.

52. Ampiamente VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, pp. 2657 ss.

53. In una visione vittimo-centrica del diritto penale.

54. CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 59.

55. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, cit., pp. 2685 ss.

delle attribuzioni conferite all'Unione, non altrimenti tutelabili, attraverso la previsione di una sanzione effettivamente dissuasiva. Il coordinato intreccio di divieti di incriminazione e di doveri di tutela penale di fondamentali diritti individuali delinea l'ambito del diritto penale sovranazionale (di vocazione universale), nel rispetto del principio di offensività e di quello di *extrema ratio* delle scelte di criminalizzazione.

Rispetto all'impostazione bricoliana per cui i diritti e le libertà fondamentali sono il catalogo necessario dei beni meritevoli di tutela penale, la lettura europea dell'offensività-proporzione va ben oltre, in quanto, in chiave retribuzionistica, individua dei veri e propri doveri di tutela penale di determinati interessi: se, nella lezione bricoliana, l'offensività è il limite della punizione imposta al reo, nel senso che in mancanza della lesione o messa in pericolo del bene, il fatto non ha alcuna rilevanza penale (aspetto negativo dell'offensività o necessaria lesività); nell'ottica europea, l'offensività diventa anche obbligo di tutela penale della vittima, nel senso che la lesione o messa in pericolo di un bene fondamentale impone la sanzione punitiva per il reo, nell'interesse della collettività e della vittima (aspetto positivo dell'offensività o *neminem laedere* o dannosità sociale)⁵⁶. La necessaria lesività e la dannosità sociale sono i criteri di valutazione della rilevanza penale del fatto, con l'effetto che non è possibile punire un comportamento che non sia, ad un tempo, lesivo e dannoso (o pericoloso), per cui la pena deve curare la lesione del bene giuridico e risarcire il danno sofferto dalla vittima (anche solo collettiva). Sono i due aspetti della stessa medaglia che contengono le scelte di criminalizzazione del legislatore europeo⁵⁷.

5. È noto che il contrasto tra norma nazionale e norma europea non direttamente applicabile impone la dichiarazione di incostituzionalità della prima per violazione degli artt. 11 e 117, co. 1, Cost., anche *in malam partem*, laddove ci si trovi innanzi ad un conflitto triadico (o a tre norme)⁵⁸, il parametro normativo europeo di riferimento costituisce una regola ed, in particolare,

56. CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 203, in cui si osserva che l'*harm principle*, oggetto di un imponente dibattito nei paesi anglosassoni, vieta di sacrificare la libertà di un cittadino, secondo la lettura già di John Stuart Mill, laddove la sua condotta non abbia prodotto un danno a qualcuno, e quindi di sanzionare penalmente meri doveri verso se stesso, di automiglioramento morale o di cura della propria vita, salute e incolumità individuale. In questo senso, cfr. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004, p. 99. Ampiamente sulla riflessione angloamericana sulla capacità della teoria del bene giuridico ad indirizzare le scelte di politica criminale, LO FORTE, *Il principio di offensività*, cit., 930, nota 39.

57. Tali caratteri del reato europeo sono stigmatizzati nell'*incipit* del Considerando n. 9 della Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI, secondo cui: « Un reato è non solo un torto alla società, ma anche una violazione dei diritti individuali delle vittime ».

58. Secondo la nota sistematica di SORIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale vigente*, Milano, 2007, pp. 230 ss.

nei casi in cui la prima norma penale nazionale sia in attuazione espressa e la seconda norma nazionale sia compresente.

La problematica che qui si pone, invece, non riguarda un caso di inadempimento sopravvenuto all'obbligo comunitario di penalizzazione, né a quello di inadempimento originario (ovvero di conflitto diadico), ma di inadempimento assoluto o, meglio, di mancato intervento del legislatore nazionale in adempimento dell'obbligo comunitario.

Riprendendo l'analisi interrotta più sopra, può, dunque, la Corte costituzionale, nell'inerzia del legislatore ed in adempimento dell'obbligo di fedeltà comunitaria, ampliare l'area di un'incriminazione già esistente a fatti simili a quelli in essa compresi, al fine di dare adempimento all'obbligo comunitario di penalizzazione? Prima d'ogni altro, è ormai indubbio⁵⁹ che la Corte costituzionale sia autorità nazionale sottoposta all'obbligo di garantire l'applicazione del diritto comunitario, in ossequio alla costante

59. I giudici costituzionali nostrani hanno rifiutato, per molti decenni, l'opinione che la Corte possa essere inclusa fra gli organi giudiziari, ordinari o speciali che siano, tante sono, e profonde le differenze fra il compito affidato alla prima, senza precedenti nell'ordinamento italiano, e quelli ben noti e storicamente consolidati propri degli organi giurisdizionali (Corte cost., ord. n. 13 del 1960), così chiudendo a qualsiasi ipotesi di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia come previsto allora dall'art. 177 TCE (poi, art. 234 TCE ed, oggi, art. 267 TFUE). Tale atteggiamento di chiusura è ribadito da Corte cost., ord. n. 536 del 1995, in cui si afferma che « il giudice comunitario non può essere adito come pur ipotizzato in una precedente pronuncia (sent. n. 168 del 1991) dalla Corte costituzionale, la quale esercita essenzialmente una funzione di controllo costituzionale, di suprema garanzia della osservanza della Costituzione della Repubblica da parte degli organi costituzionali dello Stato e di quelli delle Regioni » (sent. n. 13 del 1960), con la conseguenza che nella Corte costituzionale non è ravvisabile quella "giurisdizione nazionale" alla quale fa riferimento l'art. 177 del trattato istitutivo della Comunità Economica Europea, poichè la Corte non può « essere inclusa fra gli organi giudiziari, ordinari o speciali che siano, tante sono, e profonde, le differenze tra il compito affidato alla prima, senza precedenti nell'ordinamento italiano, e quelli ben noti e storicamente consolidati propri degli organi giurisdizionali » (sent. n. 13 del 1960). Conf. Corte cost., (ord.) n. 319 del 1996; Id., ord. n. 109 del 1998. Nonostante l'ampia critica in dottrina (*ex multis*, RAITI, *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, Milano, 2003, pp. 151 ss.), solo con Corte cost., ord. n. 103 del 2008 (annotata, fra gli altri, da PESOLE, *La Corte costituzionale ricorre per la prima volta al rinvio pregiudiziale. Spunti di riflessione sull'ordinanza n. 103 del 2008*, in www.federalismi.it; SPIGNO, *La Corte costituzionale e la vexata questio sul rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia*, in www.osservatoriodellefonti.it; CARTABIA, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia: atto primo*, in *Giur. cost.*, 2008, 1292 ss.; SORRENTINO, *Svolta della Corte sul rinvio pregiudiziale: le decisioni 102 e 103 del 2008*, in *Giur. cost.*, 2008, 1288 ss.) si afferma che « la Corte costituzionale, pur nella sua peculiare posizione di supremo organo di garanzia costituzionale nell'ordinamento interno, costituisce una giurisdizione nazionale ai sensi dell'art. 234, terzo paragrafo, del Trattato CE e, in particolare, una giurisdizione di unica istanza (in quanto contro le sue decisioni — per il disposto dell'art. 137, co. 3, Cost. — non è ammessa alcuna impugnazione): essa, pertanto, nei giudizi di legittimità costituzionale promossi in via principale è legittimata a proporre questione pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia CE. I giudici costituzionali, dunque, escludono la possibilità del rinvio pregiudiziale per i giudizi promossi in via incidentale, poichè, in tali giudizi, non è l'unico giudice chiamato a pronunciarsi sulla controversia ». Tale limitazione è stata, *sic et simpliciter*, superata da Corte cost., (ord.) 207 del 2013, ove si afferma che la Corte abbia la natura di « giurisdizione nazionale » ai sensi dell'art. 267, co. 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea anche nei giudizi in via incidentale. Per un quadro comparativo, cfr. PASSAGLIA (a cura di), *Corti costituzionali e rinvio pregiudiziale*, in www.cortecostituzionale.it, *Studi di diritto comparato*, Documentazione, 2010.

giurisprudenza europea ed in virtù di quanto previsto dall'art. 117, co. 1, Cost. per cui, come più volte affermato, la norma comunitaria funge da parametro interposto di sindacato della legittimità delle leggi nazionali. Da ciò, la conseguenza riferita dell'obbligo anche per i giudici costituzionali di assicurare la primazia del diritto comunitario⁶⁰, anche per il tramite del rinvio pregiudiziale alla Corte lussemburghese. Introducendo in sintesi, nei paragrafi introduttivi, l'offensività nel nostro ordinamento, si sono richiamati i principi di ragionevolezza e di proporzione, che trovano il comune parametro costituzionale nell'art. 3 Cost. Il filo dell'argomentazione sulla possibilità di sindacato costituzionale sulle opzioni di criminalizzazione non può dunque non percorrere tale traccia.

Ed invero, la giurisprudenza costituzionale si è confrontata con la problematica delle scelte punitive del legislatore, in relazione al principio di uguaglianza e rispetto a norme penali che si assumono discriminatorie in difetto. È noto, però, che su tale via è stata (auto)evidenziata l'incompetenza dei giudici costituzionali a creare norme penali od ad estendere la rilevanza penale di determinati fatti già selezionati dal legislatore, ad altri simili o analoghi⁶¹. L'inammissibilità di una giurisprudenza creativa o sostitutiva è stata fatta derivare, in un primo tempo, da una ragione meramente processuale, con riguardo al sindacato incidentale della rilevanza della questione nel giudizio *a quo*, correlato al principio costituzionale intertemporale di irretroattività della norma penale più sfavorevole al reo⁶². Successivamente, si è registrato un progressivo cambio di orientamento in senso sostanziale: il sindacato di costituzionalità è inammissibile, si è detto, in virtù del rispetto del principio di legalità, nella dimensione della riserva di legge, sancito dall'art. 25, co. 2, Cost.⁶³.

In questo quadro pessimistico l'argomentazione va comunque approfondita: escludendo ipotesi estreme ed inverosimili, quale l'introduzione di una nuova fattispecie di reato nell'ordinamento interno ad opera della Corte costituzionale, va affrontata la problematica, certamente più realistica, relativa al recepimento di una norma penale europea adottata ai sensi dell'art. 83, TFUE per il tramite di una pronuncia di incostituzionalità di una norma nazionale preesistente. Si è già avuto modo di evidenziare⁶⁴ che la norma europea costituisce un limite minimo di tutela penale da apprestare in favore del bene giuridico prescelto, ferma restando la facoltà del legislatore nazionale, in armonia con il proprio ordinamento, di allestire un sistema tutorio penale più severo. Con una ripetuta puntualizzazione: la risposta punitiva

60. SALCUNI, *L'uropeizzazione del diritto penale*, cit., pp. 337 ss.

61. Per un'ampia disamina, cfr. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2012, pp. 329 ss.

62. L'ultima decisione che utilizza tale argomento processuale è Corte cost., n. 122 del 1977.

63. Da ultimo, Corte cost., n. 230 del 2012.

64. STEA, *Gli enti responsabili dell'illecito da reato nella prospettiva europea*, in *Riv. pen.*, 2013, 735 ss.

più severa del legislatore nazionale non significa dare rilevanza penale ad altri elementi o fatti o comportamenti o soggetti per tutelare in maniera più ampia il bene giuridico, che non siano già inclusi nella previsione europea che funge da cornice oltre la quale il legislatore interno non può spingersi. In altri termini, la descrizione degli elementi costitutivi del reato contenuta nella norma penale minima europea determina l'area di rilevanza penale (proporzionata) di comportamenti che ledono o pongono in pericolo un determinato bene giuridico. Il legislatore interno non può ampliare (né restringere) quest'area di rilevanza penale, ma, all'interno dell'area tracciata dalla norma europea, individuare elementi che meritano una risposta punitiva più severa. Così sarebbe rispettato il margine di apprezzamento riservato al legislatore domestico, garantendo, nel rispetto della riserva di legge nazionale, la necessaria democraticità della norma penale di ispirazione europea nella fase discendente (o di recepimento). Ora, l'obbligo di recepimento della norma penale europea (art. 4 TUE), da un lato, ed il contenuto minimo che circonda il margine di apprezzamento democratico nazionale, dall'altro, paiono due criteri sufficientemente dettagliati per consentire alla Corte costituzionale di intervenire sull'incriminazione impugnata già esistente nell'ordinamento nazionale, al fine di estenderne l'area di rilevanza penale fino a comprendere il fatto analogo descritto nella norma europea inadempita. Ed invero, la tradizionale eccezione di inammissibilità del sindacato per il rispetto del principio di legalità non coglierebbe nel segno, laddove si osservi che la discrezionalità legislativa garantita dalla riserva di legge è già contenuta dalla norma sovranazionale ed i giudici costituzionali si limiterebbero ad ampliare un'incriminazione preesistente fino a ricomprendere la tutela minima penale per l'interesse selezionato a livello europeo⁶⁵. Senza, dunque, intaccare la prerogativa del legislatore (ovvero quella di rendere più severo l'intervento punitivo sempre nell'area descritta dal legislatore comunitario, semmai con un intervento postumo — forse sollecitato — dalla pronuncia additiva della Corte costituzionale). Non parrebbe porsi, poi, alcun problema di inammissibilità per irrilevanza della questione⁶⁶. La Corte costituzionale, infatti, nella pronuncia in materia

65. SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale*, cit., p. 257, in tema di esegesi della previsione di cui all'art. 25, co. 2, Cost., evidenzia la necessità di una rilettura dell'indubbia *voluntas* del costituente nel riservare alla legge statale la materia penale, alla luce del mutato assetto della legalità, non più considerata nell'ottica squisitamente nazionale, bensì come legalità europea, cioè in combinato disposto con l'art. 117, co. 1, Cost. Tale intuizione sollecita una deduzione. La lettura combinata delle disposizioni costituzionali suddette sposterebbe, di fatto, la questione della necessaria democraticità della norma penale, che la riserva di legge garantisce, a livello eurounionista, stante la sostanziale funzione notarile attribuita al legislatore nazionale nella fase di recepimento della direttiva penale, fatto salvo il limitato margine di apprezzamento già indicato. Nel senso che l'obbligo costituzionale di adeguamento ai vincoli comunitari imposto al legislatore ordinario dall'art. 117, co. 1, Cost., traduzione domestica dell'obbligo di fedeltà di cui all'art. 4 TUE, costringe la prerogativa del libero dibattito parlamentare che la riserva di legge tradizionalmente intende preservare.

66. Forse è una lettura un po' forzata, ma, si sa, con l'ovvio si fa poca strada. Sull'impossibilità di

di rifiuti (n. 28 del 2010), ha evidenziato che il sindacato *in malam partem* deve essere ammesso per ragioni di coerenza sistematica e per evitare un effetto paradossale: « se si stabilisse che il possibile effetto in *malam partem* della sentenza di questa Corte inibisce la verifica di conformità delle norme legislative interne rispetto alle norme comunitarie — che sono cogenti e sovraordinate alle leggi ordinarie nell'ordinamento italiano per il tramite degli artt. 11 e 117, co. 1, Cost. — non si arriverebbe soltanto alla conclusione del carattere non autoapplicativo delle direttive comunitarie [di volta in volta considerate — n.d.r.], ma si toglierebbe a queste ultime ogni efficacia vincolante per il legislatore italiano [...] ». Ma vi è di più. Una volta dichiarata l'illegittimità della norma sindacata per violazione degli artt. 11 e 117, co. 1, Cost., la valutazione degli effetti della sentenze di accoglimento secondo i principi generali che reggono la successione nel tempo delle leggi penali andrà rimessa al giudice *a quo*, conformemente al consolidato orientamento per cui le questioni inerenti alla cosiddetta retroattività delle decisioni di accoglimento della Corte costituzionale attengono all'interpretazione delle leggi e pertanto devono essere risolte dai giudici comuni⁶⁷.

Diversamente, appare difficile trovare argomenti più significativi per garantire la giustiziabilità anche degli obblighi convenzionali di tutela penale che non superino il limite sancito dall'art. 25, co. 2, Cost. Un eventuale intervento creativo della Consulta in adempimento di un obbligo convenzionale di tutela penale di un determinato interesse stimato nella lettura della Corte EDU andrebbe ad incidere effettivamente sulla prerogativa democratica del legislatore interno⁶⁸.

6. La proporzione è un canone assiologico del ragionamento giuridico⁶⁹, sia utilitarista, che retribuzionista, che ne determina, a seconda dell'oggetto e del metodo, il contenuto e la funzione⁷⁰. Il diritto europeo stima la norma

intervento della Corte su un inadempimento *tout court* (definito sopra assoluto), cfr. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., p. 122.

67. Corte cost., n. 148 del 1988, nn. 22 del 1975 e 155 del 1973.

68. Ampiamente e condivisibilmente MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., p. 123 ss.

69. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale*, cit., p. 89, nota 74, in cui si richiama il fondamento storico della proporzione come parametro di valutazione della legittimità delle leggi, evocando le prime applicazioni del XIX secolo nel diritto pubblico tedesco. Si richiama un'ampia bibliografia, tra cui cfr. GRASSO, *Diritti fondamentali e pena nel diritto dell'Unione Europea*, in *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, a cura di Bernardi, Milano, 2006, pp. 105 ss.

70. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia*, Milano, 2010 (nuova ed.), pp. 148 ss.; SOTTI, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 114, 115, evidenza che, nella prospettiva retributiva, l'idea della proporzione tra gravità del reato e gravità della pena (comminata o inflitta a seconda che sia un giudizio in astratto o in concreto) trova varie diramazioni, ma in linea generale evoca un giudizio di razionalità formale (assimilabile sul piano del metodo al c.d. principio di uguaglianza). In questo modo esso opera sulla base di uno o più reati di riferimento in cui si assume che la pena sia proporzionata (esempio classico di *tertium comparationis* è partire dalla pena per l'omicidio volontario come parametro di riferimento

penale con diversi pesi, in quanto tra Trattato e Carta, è possibile individuare distinti canoni di proporzione⁷¹.

Nelle pagine che precedono si è fatto aperto riferimento al principio di offensività–proporzione, ancorato all'art. 52, co. 1, Carta, come parametro di valutazione di tutela effettiva di beni giuridici fondamentali con l'uso della pena. Sindacato istituzionalmente devoluto alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 263, TFUE, poiché la norma penale europea deve essere posta per la tutela di diritti fondamentali previsti dai Trattati (e dalla Carta di Nizza), nei limiti delle attribuzioni conferite all'Unione, non altrimenti tutelabili, attraverso la previsione di una sanzione effettivamente dissuasiva.

Il principio di proporzione delineato dall'art. 52 Carta è elaborato sulla scorta della giurisprudenza costante della Corte di Giustizia ed è un tipico canone di razionalità materiale di valutazione del rapporto di adeguatezza tra mezzi e scopi, utilizzato, tradizionalmente, in relazione, in particolare, al conflitto tra una libertà comunitaria e una norma penale interna che frustra quella libertà, ma che dovrebbe costituire, dopo Lisbona, il criterio di valutazione anche dell'incidenza della norma penale europea su una libertà e, o diritto garantito dal Trattato e, o dalla Carta⁷².

Ed invero, la norma suddetta indica i parametri di valutazione (*rectius*, di proporzionalità) della previsione di pena e, dunque, di limitazione della libertà personale del reo:

- a) necessità della limitazione del diritto o della libertà (in breve: necessità della pena);

della pena “giusta”). È un giudizio di proporzionalità in senso formale quindi, come valutazione della coerenza interna nell'uso della pena. Nella prospettiva utilitaristica invece il giudizio di proporzione evoca un giudizio di adeguatezza del mezzo al perseguimento dello scopo (assimilabile agli altri standard di razionalità materiale come l'effettività, l'adeguatezza, la ragionevolezza). Qui la prima essenziale caratteristica è sul piano del metodo. Questa volta la proporzione evoca un parametro di razionalità materiale da svolgersi con la tecnica del bilanciamento, condotto facendo appello a saperi esterni, a valutazioni di impatto. Gli argomenti di tipo formale sono marginali e il giudizio prescinde da criteri di coerenza interna (come il c.d. *tertium comparationis*). Per dire se un determinato reato è sproporzionato non occorre insomma chiedersi se è punito in modo coerente rispetto ad un altro che si assume come proporzionato. Occorre invece valutare se, sulla base di indici fattuali e assiologici, quella pena sia il mezzo ragionevole per il raggiungimento di uno scopo che di per sé si assume come legittimo. Proporzionalità questa volta in senso materiale, come valutazione dell'uso ragionevole della pena.

71. Sul punto si rinvia a SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, cit., p.112 ss.

72. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, cit., p. 114, esclude la possibilità di estendere il giudizio di proporzione tradizionalmente effettuato sulla norma interna limitativa di una libertà comunitaria, al sindacato sulla norma europea, perché è un giudizio cucito addosso alla valutazione di proporzionalità delle norme penali nazionali restrittive di una libertà comunitaria, con la conseguenza che risulta di difficile esportabilità, segnatamente al controllo degli atti del diritto derivato dell'Unione europea e alle norme penali nazionali poste in attuazione degli obblighi europei di penalizzazione (in cui quindi il giudizio di necessità di pena è già stato svolto a Bruxelles).

- b) effettiva finalità di interesse generale;
- c) anche in alternativa rispetto a quanto *sub b)*, effettiva esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

I parametri di valutazione (necessità ed effettività) non sono alternativi, ma devono essere verificati contestualmente. Tali parametri, poi, sono rafforzati dal presupposto dell'indispensabilità richiesto dall'art. 83, co. 2, TFUE, per l'adozione di direttive penali, che sintetizza l'elaborazione giurisprudenziale dei limiti agli obblighi di penalizzazione, richiedendo, oltre al rispetto del principio di proporzionalità indicato dall'art. 5 TUE, in base al quale l'azione comunitaria non deve andare al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi e, quindi, può realizzarsi solo in assenza di una adeguata normativa penale previgente negli Stati membri⁷³ anche il rispetto del principio di sussidiarietà, nella combinazione dei suoi corollari dell'efficacia e della necessità, con il principio di proporzionalità⁷⁴.

In sintesi, il principio di offensività-proporzione è canone di sindacato delle scelte criminali effettuate a livello europeo, dapprima, rispetto alla valutazione di indispensabilità dell'intervento europeo alla stregua della legislazione nazionale di settore e, poi, in relazione al giudizio di proporzione materiale tra limitazione della libertà personale del reo e bene giuridico tutelato penalmente. Ma vediamo come.

La necessità della pena è parametro marcatamente utilitaristico, traducendosi, non solo, nella valutazione della necessità dell'intervento penale per la tutela dell'interesse selezionato (principio dell'*extrema ratio*), ma anche (e soprattutto) in un giudizio di natura fattuale con cui si argomenta l'irrazionalità della scelta del legislatore, non solo, sulla stima sanzionatoria (a cui fa riferimento la proporzionalità voluta dall'art. 49, co. 3, Carta⁷⁵), ma sull'*an* della stessa scelta punitiva. Tale giudizio va effettuato alla stregua dell'*iter* logico del controllo (anch'esso esterno) svolto dalla Corte EDU o, comunque, seguendo la tradizione del *Bundesverfassungsgericht* che declina il principio di proporzione (*Verhältnismäßigkeit*)⁷⁶ in diversi criteri che, fra l'altro, guardano alla idoneità, alla necessità ed alla adeguatezza della specifica opzione di criminalizzazione⁷⁷. La necessità di pena, dunque, prevista

73. EPIDENDIO, *Diritto comunitario e diritto penale interno*, Milano, 2007, p. 30.

74. SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale*, cit., p. 84.

75. Su cui *infra* § 6.1.

76. Indicato qui come di offensività-proporzione, ma certamente diverso dall'offensività utilizzata dalla Corte costituzionale nostrana. Nella letteratura tedesca, HASSEMER W., *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze strafrechtlicher Eingriffe*, in Id., *Erscheinungsformen des modernen Rechts*, Frankfurt am Main, 2007, pp. 191 ss.; Id., *perché punire è necessario*, Bologna, 2012, pp. 153 ss.; nella prospettiva italiana, cfr. BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale. Il diverso contributo delle Corti costituzionali italiana e tedesca*, Milano, 2005, pp. 278 ss.

77. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., p. 145; SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, cit., p. 115 ss.

dall'art. 52 Carta (nell'espressione della necessità della limitazione imposta al diritto fondamentale), si traduce in uno strumento di controllo di legittimità razionale della scelta punitiva del legislatore europeo. Tale controllo, del resto, è agevolato e forse giustificato (o imposto) dall'obbligo di motivazione di tutti gli atti di diritto derivato comunitario.

La finalità di tutela di un interesse generale o di un diritto o libertà particolare è l'ulteriore criterio di controllo della legittimità dell'opzione penale che, come suggerisce l'avverbio utilizzato, deve essere effettiva e, dunque, suscettibile di essere messa in pericolo o danneggiata dalla condotta punita, ma anche verificabile in astratto, nel vaglio di legittimità della stessa norma, ed in concreto, all'atto di applicazione della previsione punitiva. Tale criterio materiale di bilanciamento degli interessi coinvolti, sotteso alla valutazione di offensività–proporzione della norma penale europea, accentua la deviazione del sindacato sulla norma penale europea dal piano della necessaria lesività a quello della sussidiarietà e dell'*extrema ratio* della stessa scelta di politica criminale, entrando così in tensione con il metodo democratico.

6.1 Nell'ambito dell'argomentazione sulla giustiziabilità, innanzi alla Corte costituzionale domestica, degli obblighi di penalizzazione dettati da una direttiva penale (*ex art. 83, TFUE*), si è superata l'eccezione democratica, se si vuole, con un *escamotage* o aggiramento, affermando che la discrezionalità legislativa garantita dalla riserva di legge è già contenuta dalla norma comunitaria ed i giudici costituzionali si limiterebbero ad ampliare un'incriminazione preesistente fino a ricomprendere la tutela minima penale per l'interesse selezionato a livello europeo. Senza, dunque, intaccare la prerogativa del legislatore (ovvero quella di rendere più severo l'intervento punitivo sempre nell'area descritta dal legislatore comunitario).

La riflessione va approfondita per superare la medesima eccezione che possa essere opposta al vaglio di offensività–proporzione della Corte di Giustizia sulla norma penale europea⁷⁸.

78. Sulla democrazia delle istituzioni eurounioniste, nell'ampio dibattito, si segnala BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione Europea: problemi e prospettive*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 58, il quale osserva che, sebbene le due fondamentali norme europee concernenti il principio di legalità penale (vale a dire l'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e l'art. 7 CEDU) nulla dicano al riguardo, è pacifico che in ambito europeo tale principio contenga anche il corollario della democraticità. Infatti, osserva l'A., in base alla giurisprudenza della Corte di giustizia il diritto primario dell'Unione non contiene solo principi di diritto scritto, ma anche i principi di diritto non scritto ricavati, oltreché dalle convenzioni internazionali ratificate dagli Stati membri, dalle Costituzioni di questi ultimi. Come si sa, questa giurisprudenza pretoria è stata da tempo recepita dai Trattati, cosicché in base all'art. 6, n. 3, TUE, « *I diritti fondamentali, (...) risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali* ». Orbene, precisato che per essere "comuni" tali tradizioni non devono necessariamente appartenere a tutti i Paesi membri, bastando che esse esprimano un orientamento prevalente all'interno dell'Unione, è un dato di fatto che il principio di democraticità delle fonti penali — tendente il più delle volte (ma non

Va fatta una premessa. Il principio di legalità, come consacrato nella Carta di Nizza, riguarda espressamente la sola dimensione del divieto di retroattività, non garantendo o, meglio, non interessando gli altri aspetti del principio in questione come inteso nel nostro ordinamento (riserva di legge e tassatività, fra gli altri). Però, l'assenza della dimensione della riserva di legge nella legalità europea come enunciata dall'art. 49, co. 1, Carta, non significa che tale aspetto sia estraneo al sistema comunitario, né che la democraticità della norma penale europea non appartenga all'assetto sovranazionale, in quanto, da un lato, la riserva di legge è connaturata all'identità nazionale degli Stati continentali e, dall'altro, la necessaria democraticità del divieto penale si ricava dai corollari (e non solo) del principio di uguaglianza dei cittadini europei. Ed invero, il principio di legalità-riserva di legge (nazionale) non è estraneo all'ordinamento comunitario, in quanto la Corte di Giustizia lo considera pacificamente un principio generale dell'ordinamento comunitario⁷⁹, che costituisce il riconosciuto limite della primazia del diritto europeo rispetto alle norme penali interne con esso in conflitto.

Per tali ragioni, l'eccezione democratica, dunque, al controllo materiale da parte della Corte di Giustizia sull'*an* della politica criminale comunitaria, è certamente rilevante anche nel contesto comunitario e merita il dovuto approfondimento. Proviamo a prendere le mosse dall'*argumentum libertatis* posto a fondamento della tesi realistica del bene giuridico in lettura costituzionale di Franco Bricola: il legislatore, nel porre il divieto penale, seleziona alcuni comportamenti del cittadino, che altro non sono che modalità di esercizio delle libertà garantitegli, ritenendoli meritevoli di pena in considerazione della loro dannosità o pericolosità per interessi di singoli o della collettività⁸⁰. In questa maniera, tali comportamenti o modalità di esercizio di libertà individuali sono oggetto di un trattamento particolare e differenziato⁸¹, con l'effetto che la scelta incriminatrice non andrà valutata o giustificata con il solo parametro dell'offensività-proporzione, ma va sindacata alla stregua del principio di uguaglianza, che offre uno strumentario

sempre) a coincidere col principio di riserva di legge — presenti questa caratteristica e dunque rientri tra i principi generali dell'Unione. Appare pertanto indiscutibile che le direttive in materia penale debbano caratterizzarsi per la loro democraticità. Per più ampi sviluppi, cfr. BERNARDI, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quad. cost.*, 2009, 48 ss.; Id., "Riserva di legge" e fonti europee in materia penale, *Annali dell'Università di Ferrara, Scienze Giuridiche*, XX, 2006, pp. 60 ss.; GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010, pp. 81 ss.

79. GRASSO, *La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e i suoi limiti riflessi sui sistemi penali degli stati membri*, *Riv. it. dir. dell'Uomo*, 1991, 617 ss. In giurisprudenza, cfr. Corte Giust. C.E., 8 ottobre 1987, *Kolpinghuis Nijmegen*, in *Racc.*, 1987, 3986, punto 13; da ultimo, Corte Giust. C.E., 3 maggio 2005, Berlusconi ed altri.

80. PULITANÒ, *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di Stile, Atti del seminario organizzato dall'ISICS di Siracusa, 14-18 ottobre 1981, 1983, p. 187, secondo cui la formulazione di tipi di illecito anche) penale significa classificare fatti omogenei dando rilievo ad alcuni elementi di uguaglianza.

81. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale*, cit., p. 392.

concettuale ben più solido⁸². Il collegamento, dunque, tra uguaglianza e proporzione, come acutamente suggerito⁸³, a cui si fa riferimento a proposito della ragionevolezza, è la chiave di controllo della legittimità delle opzioni di politica criminale che si rivelano non necessarie o non idonee, per la ragione che comportano una limitazione priva di giustificazione, di un diritto fondamentale, ugualmente riconosciuto a tutti gli individui. Attraverso tale binomio è possibile stimare la ragionevolezza di una scelta politica incidente su un diritto individuale di libertà anche rispetto alla misura del sacrificio imposto alla libertà medesima, così rivalutando i principi materiali del diritto penale (necessaria lesività, *extrema ratio*, colpevolezza) da meri criteri argomentativi o di logica, a veri e propri parametri di razionalità prepositivi e sovraordinati, giustiziabili nell'ambito e nei limiti del sindacato sul rispetto dell'eguaglianza⁸⁴. Il rispetto dell'eguaglianza fra i cittadini, come noto, è il fondamento di qualsiasi società democratica.

Secondo questa lettura, pertanto, che richiama il principio di ragionevolezza-eguaglianza usualmente praticato dai giudici costituzionali domestici, ma arricchito dall'offensività-proporzione di cui all'art. 52 Carta, la Corte di Giustizia potrebbe sindacare la scelta di criminalizzazione del legislatore europeo al fine di verificare l'effettivo rispetto dell'eguaglianza come fondamento della democrazia. Si badi, non solo, in negativo, ovvero eliminando dall'ordinamento divieti penali sproporzionati rispetto al sacrificio della libertà personale del soggetto attivo (reo), ma anche in positivo, ovvero espandendo la forza incriminatrice di norme già poste onde garantire la tutela di libertà e, o diritti dei soggetti passivi del reato (vittime), alla stregua del controllo svolto dalla Corte EDU (non appena anche l'Unione aderirà alla Convenzione).

7. La dosimetria proporzionata della pena⁸⁵, relativa alla *species* ed al *quantum*, è imposta dall'art. 49, co. 3, Carta (« *L'intensità delle pene non deve essere spro-*

82. Corte cost., n. 163 del 1993, Considerato in diritto, § 4, secondo cui il principio di eguaglianza pone al giudice di costituzionalità l'esigenza di verificare che non sussista violazione di alcuno dei seguenti criteri: a) la correttezza della classificazione operata dal legislatore in relazione ai soggetti considerati, tenuto conto della disciplina normativa apprestata; b) la previsione da parte dello stesso legislatore di un trattamento giuridico omogeneo, ragionevolmente commisurato alle caratteristiche essenziali della classe (o delle classi) di persone cui quel trattamento è riferito; c) la proporzionalità del trattamento giuridico previsto rispetto alla classificazione operata dal legislatore, tenendo conto del fine obiettivo insito nella disciplina normativa considerata: proporzionalità che va esaminata in relazione agli effetti pratici prodotti o producibili nei concreti rapporti della vita.

83. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale*, cit., pp. 394, 395.

84. Così DODARO, *Uguaglianza e diritto penale*, cit., p. 394.

85. Per un'analisi approfondita, CATERINI, *La proporzione nella dosimetria della pena da criterio di legiferazione a canone ermeneutico*, in *Persona pena e processo*, in *Scritti in memoria di Tommaso Sorrentino*, a cura di Caterini, Amisano, Napoli, 2012, pp. 49, 79. Nella manualistica, MANNA, *Corso di diritto penale*, cit. 715.

porzionata rispetto al reato »)⁸⁶, secondo il principio di retribuzione, tessendo una stretta relazione tra la gravità del reato e le sanzioni inflitte⁸⁷. Il sistema eurounionista non possiede un catalogo di pene proprio, per la diversità degli ordinamenti particolari che lo compongono e dove concretamente il divieto penale va ad inserirsi. Ad ogni modo, è logicamente desumibile una distinzione qualitativa (detentiva o pecuniaria) e quantitativa della pena. La scelta qualitativa o quantitativa della pena andrà rapportata alla gravità del reato secondo una scala di valori delle offese tutelate (per cui il bene della vita è certamente superiore a quello del patrimonio)⁸⁸, ma anche in relazione al grado di rimproverabilità dell'autore del fatto, con l'effetto che la proporzione è criterio a cui si deve parametrare sia l'astratta fase editale

86. Non va trascurato che la previsione della pena da parte del legislatore europeo costituisce un'indicazione di indirizzo minima per il legislatore nazionale, con l'effetto che, ovviamente, andrà tenuto conto che la proporzione richiesta alla norma penale europea è anch'essa minima, presupponendo un limite massimo discrezionalmente determinato dallo Stato membro, ma pur sempre proporzionato alla gravità del reato, ma sindacabile solo dal giudice costituzionale nazionale.

87. L'introduzione della pena convenzionale ha posto il problema della proporzione tra questa ed il fatto di reato. Su tale rapporto tutti i maggiori studiosi, sin dal periodo illuminista, si sono interrogati e confrontati. E così, con la dovuta e necessaria sintesi, si deve ricordare MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, 1748, Libro VI, Cap. XVI, trad. it. a cura di Boffito, Serra, Milano, 1989, p. 240, il quale dedicava un Capitolo alla giusta proporzione tra le pene e il delitto, affermando l'essenzialità dell'armonia tra le pene e la loro proporzione con la gravità del reato era garanzia di libertà. Anche BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764, ed. a cura di Burgio, Milano, 1991, p. 44, il quale significativamente affermava, in chiave, se si vuole, utilitaristica, che se la geometria fosse adattabile alle infinite ed oscure combinazioni delle azioni umane, alla scala dei disordini sarebbe dovuta corrispondere una scala delle pene. Approfonditamente, ZANUSO, *I « fluidi » e « le bestie di servizio »*. Utilitarismo ed umanitarismo nella concezione penale di Cesare Beccaria, in *Ripensare la pena*, a cura di Zanuso, Fuselli, Padova, 2004, pp. III ss. Poi, va ricordato FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, 1783, Parigi, 1853, rist. anastatica, Napoli, 2003, Libro III, Parte II, Capo XXV, p. 189, n. 19: « se ogni delitto deve avere la sua pena proporzionata all'influenza che ha sull'ordine sociale il patto, che si viola, ed al grado di malvagità che si mostra, nel violarlo; le leggi debbono dunque ben distinguere i delitti, per ben distinguere le pene ». Va, infine, ricordato il pensiero di BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, 1802, Bruxelles, 1840, p. 157, che, a differenza di Montesquieu e Beccaria, elaborò le regole principali del principio definite di *arithmétique morale*. Significativa è la IV Regola: « plus un délit est grand, plus on peut hasarder une peine sévère pour la chance de le prévenir. N'oublions pas qu'une peine infligée est une dépense certaine pour acheter un avantage incertain. Appliquer de grands supplices à de petits délits, c'est payer bien chèrement la chance de s'exempter d'un mal léger. La loi anglaise qui condamnait au supplice du feu les femmes qui avaient distribué de la fausse monnaie, renversait entièrement cette règle de proportion. La peine du feu, si on l'adopte, devrait au moins être réservée à des incendiaires homicides ». Nella letteratura più recente, a cui si rinvia, cfr. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 2004, pp. 395 ss.; EUSEBI, *La "nuova" retribuzione*, in *Dir. pen. proc.*, 1983, 914 ss.; DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, p. 228; per un quadro storico della dottrina penalistica fino al '900, cfr. SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teoria e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'unità alla Repubblica*, a cura di Schiavonea, Bari, 1990, pp. 167 ss. Nella letteratura tedesca lo studio sulla proporzione nella cornice editale è approfondito, *ex multis*, più recenti, GÖTTING, *Gesetzliche Strafrahmen und Strafzumessungspraxis. Eine empirische Untersuchung anhand der Strafverfolgungsstatistik für die Jahre 1987 bis 1991*, Frankfurt, 1997; SCHOTT, *Gesetzliche Strafrahmen und ihre trichterliche Handhabung*, Baden Baden, 2004.

88. Critico sull'utilizzabilità della proporzione formale in parola, SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, cit., p. 116.

riservata al legislatore (gravità del danno), sia quelle successive fasi di concreta inflizione giudiziale e di esecuzione della sanzione penale (gravità della condotta). È indiscutibile che tale proporzione è convenzionale, poiché non esiste alcun canone ontologico che possa ragguagliare l'eterogeneità di pena e reato, senza utilizzare criteri valoriali, almeno con riferimento alla fase di determinazione della cornice edittale, con la conseguenza che la relativa determinazione si traduce in una mera valutazione politica e difficilmente controllabile se non invadendo le prerogative del legislatore democratico.

Ma a ben guardare una coerenza può (o, forse, deve) essere ricercata anche in un sistema convenzionale. Il criterio assiologico di stima della cornice edittale, infatti, è individuabile *a posteriori*, osservando il sistema penale in cui si colloca il nuovo intervento di politica criminale e così trovando i parametri di comparazione in norme preesistenti alla novella. Pene e reati, infatti, sono posti su due piani distinti: se il nesso pena-reato è meramente convenzionale e, dunque, difficilmente dotato di proporzionalità ontologica⁸⁹, quello tra reati può essere informato ad una proporzionalità interna, frutto di una costruzione razionale e coerente dei rapporti tra le diverse fattispecie. In altri termini, se è inverosimile valutare ontologicamente la gravità del reato⁹⁰, è certamente possibile individuare il criterio di proporzionalità razionale del sistema penale attraverso la comparazione delle fattispecie⁹¹: se due diverse fattispecie sono sanzionate con la stessa pena, nell'apprezzamento discrezionale del legislatore dovrebbero possedere medesimo disvalore. E qui si può evidenziare l'incoerenza, ovvero può accadere che la scelta di politica penale del legislatore entri in collisione con la necessaria proporzione: ad esempio⁹², due reati che offendono lo stesso bene giuridico con modalità analoghe, sanzionati con pene differenti; oppure due reati aventi ad oggetto sempre lo stesso interesse, ma con

89. V. JHERING, *Lo scopo del diritto* (1877–1883), trad. it. a cura di Losano, Torino, 1972, p. 346.

90. Anche se l'orientamento della Corte costituzionale è costante nell'affermare che il principio di proporzione della pena è fondato anche sull'art. 27, co. 3, Cost., in quanto la palese sproporzione del sacrificio della libertà personale provocata dalla previsione di una sanzione penale manifestamente eccessiva rispetto al disvalore dell'illecito, vanifica il fine rieducativo della pena. *Ex multis* Corte cost., n. 313 del 1995. I giudici costituzionali hanno precisato che le valutazioni in merito alla proporzione astratta tra reato e pena afferiscano al potere discrezionale del legislatore, le stesse possono essere comunque censurate, sotto il profilo della legittimità costituzionale, nel momento in cui oltrepassino i limiti della ragionevolezza. Fra le tante, Corte cost., n. 47 del 2010. Ad ogni modo, tale affermazione è rimasta priva di concreta applicazione, poiché la Consulta non è mai giunta ad una declaratoria di incostituzionalità della pena posta dal legislatore. Da ciò, è necessario guardare alla proporzione della pena della nuova incriminazione in relazione al sistema in cui si colloca.

91. Sul tema della ragionevolezza, fra i tanti, DI GIOVINE, *Il sindacato di ragionevolezza della corte costituzionale in un caso facile*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 100 ss.; Id., *Sul c.d. principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale in materia penale. A proposito del rifiuto totale di prestare il servizio militare*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, 159 ss.

92. Tali esempi sono indicati da CATERINI, *La proporzione nella dosimetria della pena da criterio di legiferazione a canone ermeneutico*, cit., p. 65.

modalità distinte, le une palesemente e obiettivamente più gravi delle altre, sanzionati, comunque, con la medesima pena o, addirittura, invertendo i disvalori, il primo con una sanzione meno severa del secondo⁹³.

In tali ipotesi di tecnica legislativa, dunque, si evidenziano delle incoerenze sistematiche, appuntando il giudizio di proporzione non all'interno della singola incriminazione, bensì in riferimento alla possibile disparità sanzionatoria tra fattispecie affini, con identica *ratio incriminandi*⁹⁴. Per questa via, è evidente che il principio di proporzione ha valenza solo negativa, nel senso che tale principio è capace di individuare quale non è la giusta proporzione, ovvero di svelare le sproporzioni, alcune volte anche lampanti, nel sistema delle relazioni tra fattispecie⁹⁵, attraverso il metro dell'eguaglianza in connubio con l'offensività. Ora, la Corte di Giustizia ha la possibilità di sindacare la proporzione (minima) della pena indicata nella direttiva penale? Si crede di sì. Prima di Lisbona, tale sindacato veniva rinviato al giudice nazionale onde verificare l'effettivo adempimento dell'obbligo di penalizzazione comunitario. Oggi, è onere della Corte lussemburghese quale unica giurisdizione sul diritto europeo derivato, poiché è la stessa norma comunitaria, a differenza di quanto accadeva *ante* Lisbona, ad indicare una pena minima per il reato da recepire nell'ordinamento nazionale.

Seppur l'ordinamento penale europeo (di mero indirizzo) è giovane, non per questo non è sistematizzato, ove si guardi anche all'esperienza delle decisioni—quadro che poco differiscono dalle direttive adottate ai sensi dell'art. 83 TFUE, con l'effetto che è certamente possibile comparare la novella con le incriminazioni affini e, dunque, verificarne la coerenza intrasistemica⁹⁶.

93. Per la distinzione tra razionalità e ragionevolezza, ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, p. 147 ss., secondo cui la razionalità è determinata dalla coerenza logica, mentre la ragionevolezza, dall'adeguatezza ad un valore. Da ciò discende che la comparazione dell'importanza di due beni giuridici in relazione alla misura delle pene predisposta a loro tutela, non è un processo solamente razionale, ma anche ispirato ai canoni della ragionevolezza in quanto involge valutazioni assiologiche di tipo ideologico-politico. Del resto, se dette ultime valutazioni sono cristallizzate nella gerarchia dei valori costituzionali, il criterio della ragionevolezza può essere utilizzato anche dall'interprete.

94. La Corte costituzionale, in più occasioni, ha sindacato la proporzione della pena con la comparazione *inter delicta*. Si segnalano come decisioni di rigetto, Corte cost., n. 22 del 2007; (ord.) n. 229 del 2006; (ord.) n. 170 del 2006. Tra le pronunce di illegittimità delle norme denunciate per la sproporzione delle pene rispetto a fattispecie affini: n. 394 del 2006; n. 168 del 2005; n. 327 del 2002.

95. Evidenzia la valenza negativa del principio di proporzione, CATTANEO, *Pena, diritto e dignità umana*, Torino, 1998, p. 104.

96. Corte Giust. C.E., 21 settembre 1989, Commissione c. Grecia, richiamata, fra le tante, in Corte Giust. C.E., 30 settembre 2003, Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam c. Inspire Art Ltd., § 62, secondo cui « qualora una disposizione di diritto comunitario non contenga alcuna disposizione specifica che preveda una sanzione in caso di trasgressione o faccia rinvio, al riguardo, alle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative nazionali, l'art. 10 CE impone agli Stati membri di adottare tutte le misure atte ad assicurare la portata e l'efficacia del diritto comunitario. A tal fine, pur mantenendo la scelta delle sanzioni, essi devono segnatamente vegliare a che le violazioni del diritto comunitario siano

8. L'offensività non è, dunque, estranea all'ordinamento europeo e, per il tramite del principio di proporzione, materiale e formale, diviene criterio di sindacato delle scelte di politica criminale del legislatore sovranazionale, da parte della Corte lussemburghese. Non pare essere sacrificato il principio di democraticità delle opzioni di carattere penale, allorquando la giustificazione del controllo penetrante del giudice costituzionale (o para-costituzionale, come quello europeo) sulle modalità di esercizio della potestà legislativa, si rinviene nella tutela dei diritti e delle libertà fondamentali garantite in via prepositiva e sovraordinata, all'indomani dell'esperienza traumatizzante del secondo conflitto mondiale e della conseguente necessità di verificare costantemente la democrazia maggioritaria, affinché non degeneri in sopraffazione della minoranza.

Gli obblighi di tutela penale, negativi e positivi, giustiziabili, come verificato, attraverso l'offensività-proporzione, pongono al centro del sistema la libertà personale, nella sua più ampia accezione, fino a giungere al concetto di dignità, del reo e della vittima. In questa prospettiva di un diritto penale dei diritti fondamentali, è difficile rendere coerente e, dunque, proporzionata, la pena alla gravità del reato, ovvero alla gravità che il comportamento vietato ha inferto al diritto o alla libertà della vittima. In altri termini, il disvalore del fatto di reato (ad eccezione di quelli più gravi) può essere misurato meglio non con la graduazione della pena detentiva, che, quindi, va ad incidere sulla libertà fisica del reo, ma solo con la limitazione proporzionata di un altro aspetto della libertà personale del reo, che non sia quello fisico, quale, ad esempio, l'uso di un veicolo per poter circolare, l'obbligo di prestare attività di volontariato, l'interdizione o la sospensione dall'esercizio dell'attività lavorativa, *etc.* Per il nostro sistema, si tratterebbe di considerare le pene accessorie o alcune amministrative (si pensa a quelle relative al Codice della Strada), come pene principali, rivalutando, altresì, l'effettività della pena pecuniaria⁹⁷. In questa prospettiva, dando cioè concretezza alla pena inflitta, la certezza del diritto penale e la sua efficacia preventiva certamente ne gioverebbero.

Ma andrebbe anche sviluppato il sistema di giustizia riparativa.

punite, sotto il profilo sostanziale e procedurale, in forme analoghe a quelle previste per le violazioni del diritto interno simili per natura e importanza e che, in ogni caso, conferiscono alla sanzione stessa un carattere effettivo, proporzionale e dissuasivo». In dottrina, GRASSO, *L'incidenza del diritto comunitario sulla politica degli Stati membri: nascita di una politica criminale europea?*, *Ind. pen.*, 1993, 77 ss.; FORNASARI, *Riserva di legge e fonti comunitarie*, in *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, a cura di Fondaroli, Padova, 2008, p. 22; SICURELLA, *La tutela mediata degli interessi della costruzione europea: l'armonizzazione dei sistemi penali nazionali tra diritto comunitario e diritto dell'Unione Europea*, in *Lezioni di diritto penale europeo*, a cura di Grasso, Sicurella, 2007, pp. 276 ss.

97. Per un'analisi sul grave stato di ineffettività in cui versa la pena pecuniaria, ma anche per una rifondazione della pena pecuniaria in prospettiva comparatistica con i sistemi spagnolo e tedesco, in particolare, GOISIS, *L'effettività (rectius ineffettività) della pena pecuniaria in Italia, oggi*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2012; ID., *La pena pecuniaria. Un'indagine storica e comparata. Profili di effettività della sanzione*, Milano, 2008, pp. 8 ss.

Nei limiti dovuti all'ospitalità concessa al contribuente, va osservato che la sanzione penale, come noto, deve essere afflittiva, nel senso che deve essere capace di porre un onere sulla libertà personale dell'individuo, e dissuasiva, poiché è finalizzata ad evitare il perpetrarsi di comportamenti identici o analoghi rispetto a quelli, di volta in volta, puniti, ed a soddisfare moralmente la vittima. L'afflittività e la dissuasività devono tendere alla rieducazione del condannato, come previsto dall'art. 27, co. 3, Cost., ed, in quest'ottica, la contrapposizione tra visione reo-centrica e visione vittimocentrica, trova una composizione, un punto di equilibrio e di mediazione.

La tendenza risocializzante della pena nostrana non è espressamente prevista a livello europeo, ma l'equilibrio evidenziato tra gli interessi coinvolti tramite la sintesi della pena inflitta al reo può essere argomentato positivamente dalla necessaria proporzione tra sanzione e reato richiesta dall'art. 49, co. 3, Carta, che, come noto, costituisce il principio generale di cui la tendenza rieducativa è un corollario. Per queste ragioni, si può affermare che la pena europea deve tendere alla risocializzazione del reo in attuazione del principio generale di proporzionalità enunciato dall'art. 49, co. 3, Carta (nonché nel rispetto della dignità umana consacrato nell'art. 1 Carta⁹⁸).

La tendenza rieducativa della pena assume un ruolo egemone ed escludente ogni altra finalizzazione, principalmente quella retributiva⁹⁹, ove si guardi alla necessaria mediazione che la pena sintetizza nell'ottica di una risocializzazione dialogica, come momento di incontro conciliativo tra reo e vittima (e collettività). In altri termini, il reo, compiendo il reato, non solo, assume un comportamento ostile alle regole comuni e, dunque, alla vigenza della norma¹⁰⁰, esercitando la libertà riconosciutagli dall'ordinamento, al di

98. VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano, Concetto, fonti, validità, interpretazione*, cit., p. 33, secondo cui le pene non devono presentare contenuti tali da rendere il condannato insensibile a spinte interiori verso il riadattamento sociale, come sarebbero le sanzioni che mortificassero la sua dignità umana.

99. Per una critica all'idea retribuzionista della pena cfr. EUSEBI, *La «nuova» retribuzione*, cit., p. 914 ss.; Id., *Cristianesimo e retribuzione penale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1987, 275 ss.; Id. (a cura di), *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, Milano, 1989, pp. 173 ss.; Id., *Dibattiti sulle teorie della pena e mediazione*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1997, 811 ss.; Id., *Le istanze del pensiero cristiano e il dibattito sulla riforma del sistema penale nello stato laico*, in *Colpa e pena? La teologia di fronte alla questione criminale*, a cura di Acerbi, Eusebi, Milano, 1998, p. 207.

100. Nella lettura di Günther Jakobs, il diritto penale del nemico (*Feindstrafrecht*) — come evidenzia CORNACCHIA, *La moderna hostis iudicatio tra norma e stato di eccezione*, in *Serta iuridica, Scritti dedicati dalla Facoltà di Giurisprudenza a Francesco Grelle*, a cura di Lamberti, De Liso, Sticchi, Damiani, Vallone, Napoli, 2011, p. 114, già Id., *La moderna hostis iudicatio entre norma y estado de excepción*, *Centro de Estudios Constitucionales*, 94, Madrid, 2008, pp. 71, 110 — rappresenta la conseguenza di una precisa considerazione del ruolo che assume l'effettività nella validazione delle norme dell'ordinamento: una norma vigente, corretta dal punto di vista formale e materiale, che tuttavia non sia stabilizzata nella realtà sociale in modo tale da poter essere confermata controfattualmente in caso di sua violazione — attraverso la definizione del comportamento deviante del soggetto che viola la norma, e non l'aspettativa normativa, come motivo del conflitto — è diritto astratto, puro feticcio, fino a quando non vi sia un minimo di effettività. Mentre, dunque, per il diritto penale del nemico, la pena è pura privazione dello *ius civis*, dello status di cittadino, per il diritto penale del cittadino (*Bürgerstrafrecht*), di

fuori dei limiti da esso segnati¹⁰¹, ma lede anche un interesse fondamentale proprio della vittima (in genere); l'espiazione della pena, come percorso di formazione valoriale, costituisce il tramite per il reingresso nella comunità sociale del reo; la comunità sociale accoglie il reo ricollocandolo all'interno della collettività, una volta, dunque, che, con l'espiazione della pena, il reo ha compreso l'importanza dei valori lesi dal comportamento punito e così riequilibrato il pregiudizio alla vigenza della norma. Ma la ricomposizione della frattura istituzionale tra reo-cittadino e società non è sufficiente al ripristino integrale della vigenza della norma, come punto di riferimento della cittadinanza in un'ottica di ricostituzione della fiducia nella sicurezza collettiva¹⁰², ove il percorso di formazione valoriale in cui consiste l'espiazione, ignorasse la posizione della vittima-cittadino¹⁰³. Da ciò, la necessaria comunicazione tra reo e vittima è il fondamento del riadattamento sociale: se non si compone anche la frattura interpersonale reo-vittima in maniera condivisa tra gli attori del reato, non solo, non si potrà mai definire un effettivo reingresso del reo nel tessuto sociale e, dunque, riequilibrare il pregiudizio alla vigenza della norma, intenso anche nel significato di ripristino del senso di sicurezza sociale, ma, poi, si giungerebbe ad escludere la vittima che non riuscirà a comprendere la nuova offerta di ospitalità della comunità per il suo aggressore¹⁰⁴. Il percorso rieducativo, dunque, imposto

contro, la pena è sì afflizione, ma in funzione di garanzia della vigenza della norma. Nella bibliografia si segnala, naturalmente, JAKOBS, *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, in *Derecho penal del enemigo*, a cura di Jakobs, Cancio Melià, Madrid, 2003, pp. 41 ss.; Id., *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in *Höchstrichterliche Rechtsprechung Strafrecht*, 2004, pp. 88 ss.; Id., *Diritto penale del nemico*, in *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, a cura di Donini, Papa, Milano, 2007, p. 5, fra gli ultimi; nella letteratura italiana, DONINI, *Il diritto penale di fronte al nemico*, in *Cass. pen.*, 2006, 772; Id., *Diritto penale di lotta v. diritto penale del nemico*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico. Nuovo revisionismo penale*, a cura di Gamberini, Orlandi, Bologna, 2007, p. 131; RESTA, *Nemici e criminali. Le logiche del controllo*, in *Ind. pen.*, 2006, 181 ss.; BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, 2008, p. 10; PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e diritti fondamentali*, in *Quot. giur.*, 2006, 667 ss.; INSOLERA, *Terrorismo internazionale tra delitto politico e diritto penale del nemico*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 895 ss.; KOSTORIS, *Processo penale, delitto politico e diritto penale del nemico*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., p. 293; ZUMPANI, *Critica del diritto penale del nemico e tutela dei diritti umani*, in *Dir. quest. publ.*, 10, 2010, 526 ss.

101. Così CORNACCHIA, *La moderna hostis iudicatio*, cit., p. 112.

102. MANNA, *La vittima del reato: à la recherche di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., p. 981.

103. MANNA, *La vittima del reato*, cit., p. 966, evidenzia la necessità di un sistema sanzionatorio meno afflittivo e stigmatizzante, ma tuttavia idoneo al reinserimento sociale, tanto del reo, quanto della vittima.

104. Significativamente, MANNA, *La vittima del reato*, cit., p. 986, afferma, in particolare, che un sistema sanzionatorio dialogico rende possibile ipotizzare un catalogo di pene meno stigmatizzate di quelle tradizionali, che assolvano ad ineludibili finalità di risocializzazione del reo come della vittima, consentendo così a tali soggetti, ma anche alla società interna, di superare la lacerazione ingenerata dal reato, in virtù di un dialogo costruttivo e di una rinnovata fiducia in un sistema penale che, nel pieno rispetto delle garanzie individuali del reo, sappia anche ascoltare e soddisfare le esigenze della

dalla pena svolge una doppia funzione: per il reo, è responsabilizzazione, ma anche comprensione del danno provocato con il suo illegittimo comportamento e conferma della validità della norma; per la vittima, è soddisfazione morale del male subito, ma anche comprensione della sofferenza conseguente all'aggressione patita e, dunque, capacità di superare l'umano istinto vendicativo, con affidamento nell'attitudine del sistema penale a garantire la sicurezza sociale¹⁰⁵.

Così la comunicazione è il necessario presupposto della risocializzazione del reo e carattere principale di un nuovo sistema penale di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali della vittima.

vittima.

105. Una pena dialogica, che si trasformerebbe, più che altro, in un percorso di riconciliazione, afferma un riconoscimento più significativo del diritto offeso rispetto all'impostazione retributiva, proprio grazie alla cooperazione necessaria del reo, cfr. EUSEBI, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa? Sul rapporto tra riforma penale e rifondazione della politica criminale*, in *Verso una giustizia penale conciliativa*, a cura di Picciotti, Spangher, Milano, 2002, pp. 49 ss. Nello stesso senso, MANNA, *La vittima del reato*, cit., p. 982.

ORIENTAMENTI

**Ciro Santoriello
Ettore Squillaci
Gianrico Ranaldi**

on line:
**Carlotta Cassani
Giulio De Simone**

L'abstract (in italiano e in inglese) di ogni contributo può essere consultato
sul sito *web archiviopenale.it*

La costituzione di parte civile nel processo contro gli enti collettivi*

Le decisioni della Cassazione e della Corte di Giustizia
segnano un punto di approdo solo parziale?

Ciro Santoriello

1. Il lettore porti pazienza: sulla questione relativa all'ammissibilità della costituzione di parte civile nel processo nei confronti degli enti collettivi tanti hanno già scritto e tale argomento viene ormai ritenuto — noi per primi eravamo di questa opinione — definitivamente risolto dopo che si sono pronunciate in senso negativo prima la Cassazione, con la decisione Cass., Sez. VI, 5 ottobre 2010, n. 2251¹, e poi la Corte di giustizia dell'Unione Europea, con la sentenza 12 luglio 2012 n. C-79/11². Tuttavia, riflettendo sul tema ci siamo accorti che forse residua ancora qualche spazio per riconoscere il possibile esercizio dell'azione civile anche nell'ambito del processo nei confronti degli enti collettivi; prima di illustrare questa nostra conclusione è però il caso di ricordare i termini del dibattito e di riassumere il contenuto delle decisioni della Corte di cassazione e della Corte di giustizia.

* Contributo pubblicato per concessione della rivista *Responsabilità Amministrativa delle Società ed Enti* edito dalla Plenum S.r.l. Per una consultazione della versione integrale del lavoro visitare il sito www.archiviopenale.it.

1. Commentata da più autori; cfr. VARRASO, *L'“ostinato silenzio” del d.lgs. n. 231 del 2001 sulla Costituzione di parte civile nei confronti dell'ente ha un suo “perché”*, in *Cass. pen.*, 2001, 2539; BALDUCCI, *La Corte di Cassazione prende posizione sulla costituzione di parte civile nel processo a carico dell'ente*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2011, 1121; VARANELLI, *La Cassazione esclude l'ammissibilità della costituzione di parte civile nei confronti degli enti*, in *Soc.*, 2011, 571; ARIOLLI, *Inammissibile la costituzione di parte civile nel processo instaurato per l'accertamento della responsabilità da reato dell'ente*, in *Giust. pen.*, 2011, III, 257; MUCCIARELLI, *Il fatto illecito dell'ente e la costituzione di parte civile nel processo ex d.lgs. n.231/2001*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 431; SANTORIELLO, *La parte civile nel procedimento per la responsabilità degli enti*, in *Giur. it.*, 2011, 1383; PISTORELLI, *Inammissibile per la Corte di cassazione la costituzione di parte civile nei processi a carico degli enti*, *ibidem*, 1385; BRICCHETTI, *La persona giuridica non risponde del reato ma di un illecito inidoneo per il risarcimento*, in *Guida dir.*, 2011, 9, 52.

2. Su cui BELTRAMI, *L'inammissibilità della costituzione di parte civile in danno dell'ente al vaglio della Corte di Giustizia UE*, in *questa Rivista (rivista.231.it)*, 2013, I, 213; VALSECCHI, VISANÒ, *Secondo la Corte di Giustizia UE, l'inammissibilità della costituzione di parte civile contro l'ente imputato ex d.lgs. 231 del 2001 non è in contrasto col diritto dell'Unione*, in www.penalecontemporaneo.it; MAGLIOCCA, *La costituzione di parte civile nel processo de societate, questione definitivamente risolta?*, in *questa Rivista (rivista.231.it)*, 2011, 284; RANALDI, *Parte civile e processo de societate: profili di un'esclusione ragionevole*, in *questa Rivista*, 2013, 459.

Sono cose risapute ma, lo ripetiamo, forse con un poco di pazienza potrà giungersi a dire qualcosa di nuovo. O almeno lo speriamo. . .

2. Le posizioni favorevoli alla costituzione di parte civile hanno fatto riferimento a due tipologie di argomentazioni. Da un lato, si è sostenuto che l'illecito dell'ente derivante da reato avrebbe natura penale per cui l'esercizio dell'azione civile nel processo *de quo* discenderebbe direttamente dall'applicazione del combinato disposto degli artt. 185 c.p. e 74 c.p.p.³; dall'altro si è valorizzata la disposizione di cui all'art. 2043 c.c., giusto il quale l'azione civile da danno ingiusto trarrebbe origine da un qualunque fatto illecito, ivi compresi gli illeciti degli enti collettivi dipendenti da reato — non essendo l'ostacolo a questa impostazione né l'art. 185 c.p. né l'art. 74 c.p.p., il cui contenuto andrebbe rivisitato alla luce della novità rappresentata dalla responsabilità diretta delle persone giuridiche⁴. Secondo queste posizioni, dunque, l'ente sarebbe responsabile del reato (per averne colpevolmente agevolato la commissione da parte del proprio dirigente o dipendente nell'interesse o vantaggio dello stesso ente, mancando al proprio dovere giuridico di predisporre un Modello di Organizzazione idoneo ad impedire il fatto) e sarebbe tenuto a risarcire il danno prodotto, così come prevedono anche gli artt. 17 e 19 del decreto⁵.

Alcuni dei menzionati argomenti elaborati dalla dottrina sono stati utilizzati anche nella giurisprudenza di merito⁶. In alcune ordinanze dei giudici di Torino e di Milano è stata infatti attribuita alla persona giuridica una responsabilità autonoma e diretta — diversa dalla responsabilità per fatto altrui *ex art.* 2049 c.c. — per i danni subiti dai terzi ai sensi dell'art. 2043, c.c. e da tale autonoma responsabilità è stata fatta conseguire l'esperibilità dell'azione civile con costituzione di parte civile nel processo all'ente⁷. Quanto al contrasto fra tale soluzione ed il contenuto dei citati artt. 185 c.p. e 74 c.p.p. si è sostenuto che « *tali previsioni dovrebbero comunque trovare applicazione nel processo agli enti sia in virtù del rinvio contenuto nelle disposizioni degli artt. 34 e 35 d.lgs. n. 231 del 2001, sia in virtù delle norme di cui agli artt. 12, 17 e 19 dello stesso decreto e del complessivo sistema sanzionatorio da esso delineato, in quanto*

3. VIGNOLI, *La controversa ammissibilità della costituzione di parte civile nei confronti dell'ente imputato*, in *Riv. resp. soc. enti*, 2006, 3, 28; PANASITI, *Spunti di riflessione sulla legittimazione passiva dell'ente nell'azione civile di risarcimento*, *ivi*, 2007, I, 95.

4. GROSSO, *Sulla costituzione di parte civile nei confronti degli enti collettivi chiamati a rispondere ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001 davanti al giudice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 4, 1335.

5. ZANCETTA, *La tutela degli interessi fondamentali milita a favore della costituzione di parte civile*, in *Guida dir.*, 2008, 25, 86.

6. Per un esame delle diverse decisioni in tema di costituzione di parte civile nel processo avverso gli enti, VARANELLI, *La questione dell'ammissibilità della pretesa risarcitoria nel processo penale nei confronti degli enti. Disamina aggiornata della giurisprudenza*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2009, 3, 159.

7. Cfr. Trib. Milano, G.u.p., (ord.) 5 febbraio 2008, *proc. Enipower*, in www.rivista231.it; Trib. Torino, G.u.p., (ord.) 12 gennaio 2006, in www.rivista231.it; Trib. Milano, G.u.p., 9 luglio 2009, *inedita*.

incentrati su una struttura di recupero economico del profitto del reato e su una polivalente funzione del ripristino dell'equilibrio tra l'ente (che ha tratto profitto dal reato) e chi ne è stato vittima»⁸.

Particolari approfondimenti sono poi presenti nella decisione del giudice dell'udienza preliminare presso il tribunale di Milano del 24 gennaio 2008⁹. In tale pronuncia si afferma che il legislatore del 2001 si è mosso nella direzione di recuperare l'origine comune del risarcimento e della pena inserendo il primo nel quadro delle cause che legittimano l'attenuazione della sanzione in una chiara ottica special-preventiva, stante il fatto che le condotte (successive all'illecito) di natura reintegrativa, riparatoria e riorganizzativa sono orientate alla tutela degli interessi offesi dall'illecito e la rielaborazione del conflitto sociale sotteso all'illecito e al reato avviene non solo attraverso una logica di stampo repressivo, ma anche e soprattutto con la valorizzazione di modelli compensativi dell'offesa: da tali premesse e sul presupposto che nel decreto legislativo in parola l'istituto del risarcimento del danno è stato recuperato in chiave pubblicistica di alternativa ad una sanzione penale, viene tratta la conseguenza della ammissibilità della costituzione di parte civile nel processo all'ente.

3. L'impostazione ora esaminata è stata però da sempre decisamente minoritaria rispetto a quella che negava l'ammissibilità di costituzione della parte civile nel processo agli enti.

In proposito, fra le considerazioni di provenienza dottrinale va rimarcata in primo luogo la tesi secondo cui non sarebbero ipotizzabili danni, ulteriori rispetto a quelli già prodotti dal reato, riconducibili in via autonoma all'illecito attribuito al soggetto collettivo e rispetto ai quali potrebbe ipotizzarsi la possibilità di esercitare l'azione risarcitoria nell'ambito del procedimento a carico dell'ente: in sostanza, da un punto di vista sostanziale non sarebbe configurabile alcuna ragione di risarcimento del danno in funzione dell'illecito amministrativo rispetto al quale viene evocata una responsabilità diretta della persona giuridica¹⁰. Alla luce di questa osservazione anche le norme di cui agli artt. 12 e 17 del decreto — da più parti indicate a sostegno della tesi

8. Cfr. Trib. Milano, G.u.p., (ord.) 5 febbraio 2008, proc. Enipower, cit.

9. Consultabile in www.rivista231.it.

10. SCALFATI, *Difficile ammettere la pretesa risarcitoria senza un coordinamento tra giurisdizioni*, in *Guida dir.*, 2008, II, 80; PISTORELLI, *La problematica costituzione di parte civile nel procedimento a carico degli enti: note a margine di un dibattito forse inutile*, in *Riv. resp. soc. enti*, 2008, 3, 96; BASSI, EPIDENDIO, *Enti e responsabilità*, cit., 549; BRICCHETTI, *Cautele di natura patrimoniale già assicurate dal codice di procedura*, in *Responsabilità e risarcimento*, 2008, 514; FRACCHIA, *In tema di costituzione di parte civile nel procedimento avviato nei confronti degli «enti» di cui al d.lgs. n. 231/2001*, in *Soc.*, 2009, 1031; MONTESANO, *La responsabilità amministrativa degli enti collettivi. La società unica imputata: la prima sentenza di condanna pronunciata al termine del dibattito*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2008, 1, 177; DOVERE, *La costituzione di parte civile nel processo contro l'ente per i reati previsti dall'art. 25-septies d.lgs. 231/2001*, *ivi*, 2008, 3, 81; TESORIERO, *Sulla legittimità della costituzione di parte civile contro l'ente nel processo ex d.lgs. 231/2001*, in *Cass. pen.*, 2008, 3865.

favorevole all'ammissibilità della costituzione di parte civile, disciplinando tali disposizioni benefici premiali in caso di risarcimento del danno da parte dell'ente — venivano considerate quali spunti testuali a supporto della posizione contraria, laddove prevedono che il danno che l'ente può intervenire a risarcire è solo quello derivante dal fatto di reato in senso stretto attribuito alla persona fisica e non un ipotetico danno derivato dall'illecito amministrativo¹¹.

Sempre in dottrina, si è evidenziato poi come, quand'anche vi fosse spazio per identificare un danno civilmente risarcibile direttamente collegato al titolo che sta alla base della responsabilità amministrativa, la correlativa azione civile non potrebbe comunque essere esercitata nell'ambito del processo penale, tenuto conto della tassatività della previsione dell'art. 1 c.p.p. — secondo cui sono proponibili dinanzi al giudice penale esclusivamente le azioni specificamente previste dalle norme di legge — e della conseguente possibilità di esercitare l'azione civile nel giudizio criminale solo in presenza delle condizioni di cui al combinato disposto degli artt. 185 c.p. e 74 c.p.p. In particolare, l'illecito dell'ente non potrebbe mai identificarsi con il reato, che pure ne costituisce il presupposto e ciò precluderebbe l'applicazione del disposto dell'art. 185 c.p. e, per conseguenza, dell'art. 74 c.p.p., che appunto legittima l'esercizio dell'azione civile nel processo penale agli esclusivi fini del ristoro dei danni menzionati dal citato art. 185 c.p.¹²

La tesi della inammissibilità di qualunque tipo di azione a contenuto patrimoniale civile da esperire contro i soggetti chiamati a rispondere di un illecito amministrativo dipendente da reato è stata poi argomentata anche mediante un esame delle singole disposizioni presenti nel decreto n. 231: da un lato la parte civile non è menzionata tra i soggetti processuali né nelle norme in materia di indagini preliminari, né in tema di udienza preliminare, né in sede di disciplina dei procedimenti speciali o della sentenza; dall'altro, l'art. 54 richiama, in tema di sequestro conservativo, solamente le disposizioni che consentono l'adozione della misura cautelare reale a garanzia del pagamento della sanzione pecuniaria, delle spese del procedimento e di ogni altra somma dovuta all'Erario e non anche le disposizioni che prevedono l'adozione del vincolo reale a garanzia delle obbligazioni civili derivanti dal reato e ciò rappresenterebbe un'inequivocabile indicazione circa la precisa volontà del legislatore di non far partecipare la parte civile al procedimento nei confronti dell'ente¹³; infine, si è osservato che nel discipli-

11. LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, in *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano 2002, p. 552; GIAVAZZI, *Le sanzioni interdittive e la pubblicazione della sentenza penale di condanna*, in *La responsabilità amministrativa degli enti*, cit., p. 137.

12. MANZIONE, *I procedimenti speciali e il giudizio*, in *La responsabilità amministrativa degli enti*, cit., p. 585; PIZIALI, *I procedimenti speciali*, in *La responsabilità amministrativa degli enti*, cit., p. 335.

13. BASSI, *La costituzione di parte civile nel processo agli enti: un capitolo ancora aperto*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2009, 3, 24.

nare gli istituti richiamati dai citati artt. 12, 17 e 19, co. 1, che pure sembrano presupporre un danno patrimoniale nella sfera giuridica di terzi, nonché fatto alcun riferimento al soggetto danneggiato dall'illecito amministrativo.

La giurisprudenza di merito¹⁴ ha invece valorizzato il combinato disposto degli articoli 185 c.p. e 74 ss. c.p.p., a norma del quale l'esercizio dell'azione civile nel processo penale presupporrebbe in modo specifico ed indefettibile la commissione di un reato dal quale siano derivate conseguenze civili consistenti essenzialmente nella produzione di un danno patrimoniale e non patrimoniale¹⁵. Secondo queste decisioni, dunque, nel processo penale la parte civile dovrebbe agire non in virtù di una estensione della responsabilità civile aquiliana ordinaria prevista dagli artt. 2043 ss. c.c. all'ambito penalistico, ma in ragione di una vera e propria fonte autonoma e distinta di responsabilità, con connotati propri della pretesa privata; rispetto a tale pretesa civilistica il giudice naturale sarebbe sempre quello civile e non quello penale, quand'anche tale organo giurisdizionale si trovasse a giudicare della responsabilità di una società.

Altre pronunce, inoltre, sulla scorta della denominazione quale "amministrativo" del nuovo illecito introdotto nel 2001, hanno ritenuto essere preclusa ogni interpretazione estensiva dell'art. 185 c.p. dal momento che tale illecito non potrebbe rientrare nella nozione di reato e la responsabilità dell'ente non potrebbe essere assimilata, concettualmente e giuridicamente, alla responsabilità penale, visto che non discenderebbe esclusivamente dalla commissione di un reato. Detto altrimenti « *la commissione del reato costituisce solo uno degli elementi che vengono a comporre l'illecito ascritto alla società imputata, per di più qualificato come amministrativo ed esso perciò non può valere come succedaneo del reato, sia pure in senso sostanziale, con una interpretazione analogica dell'art. 185 c.p.* »¹⁶: se quindi l'ente non ha "commesso" il reato presupposto cui si collegano i danni di cui si chiede il ristoro ma è responsabile di un diverso ed autonomo illecito, la costituzione di parte civile non può essere ammessa in quanto l'art. 185 c.p. — richiamato dagli artt. 74 e ss. c.p.p. — richiede la commissione di un reato e non di un illecito "amministrativo", il quale potrà eventualmente fondare un'azione civile di danno innanzi al giudice civile, senza possibilità di trasferire la stessa nel processo penale.

14. Per un esame più approfondito, si rimanda a VARANELLI, *La questione dell'ammissibilità*, cit., 159.

15. Cfr. Trib. Torino, G.u.p., (ord.) 24 luglio 2008, IFIL Investiments S.A. e Giovanni Agnelli & C S.a.az; Trib. Torino, G.u.p., 21 ottobre 2008, Thyssenkrupp; Trib. Milano, G.u.p., 26 gennaio 2009, Equitalia, Esatri; Id., 27 febbraio 2009, Fondazione Centro San Raffaele, tutte pubblicate in www.rivista231.it; Trib. Milano, 9 marzo 2004, in *Foro it.*, 2004, II, c. 435; Trib. Torino, G.u.p., (ord.) 13 novembre 2004, inedita; Trib. Milano, G.u.p., 25 gennaio 2005, inedita; Id., Sez. X, 20 marzo 2007, inedita; Id., Sez. I, 19 dicembre 2005, inedita; Id., G.u.p., 18 gennaio 2008, in *Soc.*, 2009, 1031; inedita; Id., Sez. II, 18 aprile 2008, inedita; Id., Sez. IV, 10 giugno 2008, inedita; Id., Sez. II, 20 novembre 2008, inedita; Id., G.u.p., (ord.) 26 marzo 2009, inedita.

16. Trib. Milano, G.u.p., 27 febbraio 2009, Fondazione Centro San Raffaele, cit.

4. Come già accennato, il dibattito sopra riassunto sembrerebbe destinato a fermarsi dopo che tanto la Cassazione che la Corte di Giustizia hanno assunto una posizione preclusiva per la costituzione di parte civile nel procedimento *ex d.lgs. n. 231*. Tuttavia, tale posizione di chiusura sembra essere stata fatta proprio solo dalla nostra Corte di legittimità, posto che i giudici europei sembrano aver adottato una posizione assai più sfumata: esaminiamo perciò separatamente queste due pronunce.

Secondo la Cassazione, nessuna istanza di risarcimento potrebbe essere formulata nei confronti dell'ente collettivo posto che l'illecito attribuito a tale soggetto è "strutturato nella forma di una fattispecie complessa", della quale "il reato costituisce solo uno degli elementi fondamentali dell'illecito", sicché « *tale illecito non si identifica con il reato commesso dalla persona fisica, ma semplicemente lo presuppone* »; assodata dunque "l'autonomia dell'illecito addebitato all'ente" e la distinzione fra la sua responsabilità e quella della persona fisica, ne discende che « *l'eventuale danno cagionato dal reato non coincide con quello derivante dall'illecito amministrativo di cui risponde l'ente* ». Questa autonomia fra illecito dell'ente ed il reato-presupposto preclude, secondo i giudici romani, la possibilità di estendere la competenza del giudice penale a conoscere dell'illecito dell'ente tramite il ricorso agli artt. 74 c.p.p. e 185 c.p.: proprio l'autonomia dei fatti illeciti (rispettivamente ascritti alla persona fisica e all'ente, che risponde per un fatto proprio, diverso da quello posto in essere dalla persona fisica) induce a escludere la fondatezza del richiamo, tanto più che il sistema non accredita certo il principio generale dell'azione risarcitoria nel processo penale, prevedendo al contrario l'art. 75 c.p.p. il *favor separationis*.

Da ultimo, poi la Cassazione — richiamando una considerazione della dottrina su cui ci si è soffermati in precedenza — evidenzia come non sia neppure « *individuabile un danno derivante dall'illecito amministrativo, diverso da quello prodotto dal reato* »: diversamente ragionando, si giungerebbe infatti alla conclusione che il danno da reato può essere indifferentemente attribuito alla condotta della persona fisica o dell'ente, il che contraddice, da un lato, la diversità dei fatti illeciti e, dall'altro, l'autonomia dei comportamenti rispettivamente riferibili alla persona fisica e all'ente. In sostanza, quand'anche si volesse riconoscere l'ammissibilità della costituzione di parte civile nei confronti di una persona giuridica, tale modalità di esercizio dell'azione di risarcimento sarebbe senza effetto posto che « *i danni riferibili al reato sembrano esaurire l'orizzonte delle conseguenze in grado di fondare una pretesa risarcitoria, escludendo che possano esservi danni ulteriori derivanti direttamente dall'illecito dell'ente* ».

Ben diverso ci pare debba invece considerarsi il contenuto della decisione della Corte di Giustizia, la quale peraltro non era chiamata, a differenza del compito deputato al nostro giudice di legittimità, a definire se l'ordito del d.lgs. n. 231 consentiva l'esercizio dell'azione civile nell'ambito del relativo

procedimento bensì se tali disposizioni, come interpretate dalla Cassazione, fossero o meno in contrasto con l'ordinamento comunitario ed in particolare con l'art. 9, § 1, della decisione quadro 2001/220/GAI, che prevede che gli Stati membri hanno l'obbligo di garantire alla vittima di un reato il diritto di ottenere, entro un ragionevole lasso di tempo, una decisione relativa al risarcimento da parte dell'autore del reato nell'ambito dello stesso procedimento penale, eccetto i casi in cui il diritto nazionale preveda altre modalità di risarcimento¹⁷.

Nel negare l'esistenza di tale contrasto fra normativa nazionale e comunitaria¹⁸, la Corte non "promuove" *tout court* la scelta del legislatore italiano di negare ingresso all'azione civile nel procedimento contro gli enti collettivi ma semplicemente evidenzia come il diritto italiano consenta alle vittime del reato oggetto del procedimento principale di far valere le loro pretese risarcitorie nei confronti delle persone fisiche (autrici dei reati costituenti presupposto della responsabilità delle persone giuridiche) rispetto ai danni cagionati direttamente con siffatti reati, costituendosi, a tal fine, parti civili nell'ambito del processo penale, ed ha osservato che « *una situazione del genere si concilia con lo scopo perseguito dall'art. 9, § 1, della dcs. quadro, consistente nel garantire alla vittima il diritto di ottenere una decisione relativa al risarcimento, da parte dell'autore del reato, nell'ambito del procedimento penale ed entro un ragionevole lasso di tempo* »; la predetta disposizione non può, invece, essere interpretata nel senso che la vittima deve avere anche la possibilità di chiedere, nell'ambito del medesimo procedimento penale, il risarcimento

17. Cfr. l'ordinanza del 9 febbraio 2011 del Giudice delle indagini preliminari del Tribunale di Firenze, la quale, dopo aver rilevato che la disciplina descritta dal d.lgs. 231/2001 sulla "responsabilità amministrativa da reato" degli enti non prevede la possibilità per il danneggiato di costituirsi parte civile contro l'ente imputato, e dopo aver rilevato che, in base a un diffuso orientamento giurisprudenziale, non è possibile colmare tale lacuna attraverso un'estensione in via interpretativa della disciplina della costituzione di parte civile prevista dal codice di rito, aveva sollevato una questione pregiudiziale di interpretazione, con cui chiedeva alla Corte di Giustizia dell'Unione europea di pronunciarsi in ordine alla corretta interpretazione di "tutte le decisioni europee che concernono la posizione della persona offesa", con particolare riguardo alla decisione quadro 2001/220/GAI del 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, e alla direttiva comunitaria 2004/80/CE del Consiglio del 29 aprile 2004, relativa all'indennizzo delle vittime di reato.

18. Contrasto invece rinvenuto dall'Avvocato Generale secondo cui il procedimento *ex d.lgs. n. 231 del 2001* rientrava nell'ambito di applicazione del citato articolo 9, § 1 della decisione quadro 2001/220/GAI, trattandosi di procedimento volto a determinare la responsabilità dell'ente (1) per un illecito definito mediante rinvio alle disposizioni del codice penale, (2) fondata sulla commissione di un illecito da parte di una persona fisica, (3) accertata nell'ambito di un procedimento dinanzi al giudice penale, disciplinato dal codice di procedura penale e normalmente riunito col procedimento penale a carico della persona fisica responsabile dell'illecito. Conseguentemente, l'Italia sarebbe stata di regola tenuta ad assicurare alla vittima del reato, in forza della decisione quadro in parola, la possibilità di ottenere nell'ambito dello stesso procedimento celebrato contro l'ente una decisione relativa al risarcimento dei danni subiti, dovendosi per converso ritenere insufficiente una tutela risarcitoria azionabile esclusivamente con separata azione innanzi al giudice civile ovvero mediante la citazione dell'ente nel processo penale quale responsabile civile per il fatto commesso dall'imputato persona fisica.

dei danni *de quibus* alle persone giuridiche imputate.

In sostanza, la Corte di Giustizia non ha asserito che nel procedimento verso l'ente non è consentita la costituzione di parte civile, bensì che — laddove così interpretato — il sistema normativo contenuto nel decreto legislativo n. 231 non sarebbe comunque in contrasto con l'obbligo di cui all'art. 9 § 1 della decisione quadro. Per il rispetto di tale prescrizione è infatti sufficiente che l'ordinamento nazionale consenta alla vittima di costituirsi parte civile contro la persona fisica autrice del reato mentre non è imposto allo Stato di assicurare alla vittima la possibilità di ottenere tale risarcimento (anche) dall'ente responsabile *ex d.lgs. 231 del 2001*, anche perché l'illecito dell'ente non può considerarsi come il fatto dal quale scaturisce direttamente il danno in capo alla vittima.

5. Il quadro sembra chiaro: la Cassazione ha negato — con l'adesione della totalità dei commentatori¹⁹ — la possibile azionabilità del diritto al risarcimento da parte della vittima del reato nell'ambito del procedimento *ex d.lgs. n. 231* e la Corte di Giustizia ha escluso ogni contrasto fra tale approccio ermeneutico e la normativa comunitaria. Tutto risolto dunque? Forse non proprio tutto. . .

Per comprendere le ragioni della nostra (parziale, perché limitata ad alcuni profili della questione, come si vedrà più innanzi) perplessità prendiamo le mosse dalla decisione della Corte europea. Questa pronuncia, ben lungi dall'aderire alla ricostruzione della Cassazione secondo cui la costituzione di parte civile non sarebbe ammissibile nel processo contro gli enti, afferma sostanzialmente che l'ordinamento comunitario obbliga gli Stati membri a garantire alla vittima di un reato il diritto di ottenere, entro un ragionevole lasso di tempo, una decisione relativa al risarcimento da parte dell'autore del reato nell'ambito dello stesso procedimento penale nei confronti di quest'ultimo; di conseguenza, in presenza di un reato commesso da un soggetto che agisce per conto e nell'interesse o a vantaggio di un ente collettivo, è sufficiente, per l'adempimento degli obblighi comunitari, che alla persona offesa sia possibile esercitare l'azione di risarcimento nel processo penale nei confronti della persona fisica autrice del reato, non essendo di contro necessario che analoga facoltà sia riconosciuta anche nell'ambito del giudizio avverso la persona giuridica. Insomma, quando, secondo l'ordinamento nazionale, il danneggiato può agire quale parte civile nei confronti dell'autore dell'illecito non occorre — perché possa dirsi osservato l'art. 9 § 1 della decisione quadro — che sia ammessa tale costituzione anche nei confronti

19. La decisione della Cassazione, infatti, ha avuto adesione dalla pressoché totalità dei commentatori: cfr. MUCCIARELLI, *Il fatto illecito dell'ente e la costituzione di parte civile*, cit., 431; BASSI, *La costituzione di parte civile nel processo contro l'ente: stop and go tra Roma e Lussemburgo, parte I*, in questa Rivista (*rivista231.it*), 2011, 3, 173; DOVERE, *La costituzione di parte civile nel processo contro l'ente: stop and go tra Roma e Lussemburgo — parte II*, *ibidem*, 182; RANALDI, *Parte civile e processo*, cit., 459.

della società cui appartiene l'accusato "principale": in tali ipotesi, infatti, da un lato il danneggiato può già tutelarsi e vedersi risarcito dalla persona fisica responsabile del reato costituendosi parte civile nei suoi confronti nell'ambito del relativo procedimento penale e dall'altro in tali circostanze non si vede quale sarebbe il danno ulteriore il cui risarcimento potrebbe essere richiesto alla persona giuridica rispetto alla istanza economica già avanzata nei confronti della persona fisica.

Secondo la Corte di Giustizia, dunque, la tutela riconosciuta al danneggiato da un illecito commesso da un soggetto che agisce per conto e nell'interesse o a vantaggio di un ente collettivo può ben esaurirsi nel riconoscimento della legittimazione all'azione civile esercitata verso l'imputato, rendendosi in tal caso superfluo l'avanzamento di analoga istanza verso l'ente; ma allora quando la costituzione di parte civile non è possibile e quindi la persona offesa non ha alcuna possibilità di rivalersi sul singolo imputato cosa accade, cosa deve verificarsi perché il diritto comunitario possa dirsi rispettato? Il riferimento è ovviamente ai molteplici casi, alcuni dei quali previsti espressamente nello stesso decreto n. 231, in cui il giudizio nei confronti della persona fisica non ha luogo mentre si procede avverso la società, come accade, per esempio, quando l'autore del reato non è stato identificato ovvero quando nei suoi confronti il reato si sia estinto per causa diversa dall'amnistia, oppure quando nel corso del procedimento contro la persona fisica non sia possibile procedere a costituzione di parte civile si pensi all'ipotesi in cui l'autore del reato sia 'uscito' dal processo prima della decisione definitiva, ad esempio perché deceduto o perché ha "patteggiato" la pena, e dunque il processo prosegue solo nei confronti dell'ente.

Nelle ipotesi ora considerate, la persona offesa non può vedere in alcun modo tutelate le sue pretese nell'ambito del procedimento penale verso l'imputato e quindi non avrà altra scelta che agire in sede civile, nonostante davanti al giudice penale sia in corso altro procedimento che ha per oggetto ed origina (anche) dal fatto illecito da cui è derivato il danno per la persona offesa: è corretto sostenere che in tali ipotesi permanga un giudizio di compatibilità fra la scelta del legislatore di escludere la parte civile dal giudizio verso gli enti e gli obblighi di derivazione comunitaria di protezione del danneggiato o non dovrebbe forse riconoscersi che vengano a rivivere obblighi di adeguamento della legislazione nazionale alle prescrizioni sovranazionali con conseguente necessità di riconoscere (limitatamente a tali casi, lo si ripete) la possibile costituzione di parte civile da parte della persona offesa nei confronti della società in qualche modo protagonista ed implicata nella vicenda delittuosa?

Rispetto a questa conclusione sembra evidentemente di ostacolo la ricostruzione che dell'istituto della responsabilità da reato dell'ente collettivo ha fatto la Cassazione, la quale — lo si ricorda brevemente — ha asserito che la costituzione di parte civile nell'ambito del procedimento *ex* 231 sareb-

be preclusa dalla circostanza che alla persona giuridica non è contestata la commissione di un reato bensì la realizzazione di un illecito di cui “il reato costituisce solo uno degli elementi fondamentali”; ciò comporterebbe che “l’eventuale danno cagionato dal reato non coincide con quello derivante dall’illecito amministrativo di cui risponde l’ente” e ciò impedirebbe l’applicazione, nell’ambito del giudizio verso la società, del disposto di cui agli artt. 74 c.p.p. e 185 c.p.

Non intendiamo in questa sede mettere in discussione la correttezza di questa ricostruzione dogmatica della Corte di legittimità: certo è, tuttavia, che laddove se ne riconoscesse l’esattezza, forti profili di contrasto si paleterebbero con il disposto di cui all’art. 9 § 1 della decisione quadro quando (come esemplificato in precedenza), al danneggiato fosse per qualsiasi ragione preclusa la costituzione di parte civile nel processo nei confronti della persona fisica. Infatti, in tali ipotesi, in presenza di un episodio delittuoso che ha arrecato un significativo danno ad un soggetto, da un lato costui non può agire in sede penale nei confronti della persona fisica responsabile (per circostanze di fatto — ad esempio per il decesso dell’imputato o per l’aver questi patteggiato la pena o per essere il responsabile rimasto non identificato — o per previsioni normative — si pensi al disposto di cui all’art. 8, co. 1, lett. b), d.lgs. n. 231) e dall’altro si vede preclusa da una scelta del legislatore la facoltà di agire per il risarcimento nell’ambito del procedimento nei confronti dell’ente, procedimento che si svolge in sede penale e davanti ad un giudice penale e secondo le regole del procedimento penale.

Breve: forse ha ragione la Cassazione nel sostenere che l’illecito che viene attribuito all’ente non ha natura di reato e quindi non possono applicarsi le disposizioni di cui agli artt. 74 c.p.p. e 185 c.p. che consentono l’esercizio dell’azione civile in sede penale solo quando si voglia ottenere il ristoro dei danni conseguenti ad un crimine. Tuttavia, del pari fondata ci pare l’osservazione che quando in sede di giudizio penale nei confronti della persona fisica il danneggiato non possa agire e non trovi ristoro, l’opzione normativa di precludergli la possibilità di avanzare istanza di risarcimento nell’ambito del procedimento nei confronti degli enti sia fortemente elusiva dell’obbligo sovranazionale di protezione della vittima: quale che sia la natura dell’illecito contestato all’ente e quale che sia la natura della relativa responsabilità che può addossarsi alla persona giuridica, il relativo procedimento di accertamento si svolge davanti al giudice penale e secondo le cadenze del codice di rito criminale e quindi pare difficile negare che in tali ipotesi lo Stato di fatto rifiuti alla vittima del reato « *il diritto di ottenere, entro un ragionevole lasso di tempo, una decisione relativa al risarcimento . . . nell’ambito del procedimento penale* », secondo quanto prevede il citato art. 9.

Si badi, le nostre non sono riflessioni ultimative ma ci limitiamo ad esporre alcune perplessità che — dopo una nostra prima incondizionata adesione alla lettura dominante delle due decisioni della Cassazione e della Corte

di giustizia UE — ci si sono affacciate alla mente. D'altronde, un esame attento di entrambe le pronunce mostra come — al di là delle ricostruzioni teoriche e delle riflessioni sulla natura, penale o meno, della responsabilità da reato delle persone giuridiche — la ragione principale per escludere la costituzione di parte civile nei relativi procedimenti contro gli enti fosse l'impossibilità pratica di individuare danni, ulteriori rispetto a quelli già prodotti dal reato, riconducibili in via autonoma all'illecito attribuito al soggetto collettivo e rispetto ai quali si sarebbe potuta ipotizzare la possibilità di esercitare l'azione risarcitoria nell'ambito del procedimento a carico dell'ente: in sostanza, da un punto di vista sostanziale, ad una prima frettolosa lettura, non sarebbe mai configurabile alcuna ragione di risarcimento del danno in funzione dell'illecito amministrativo rispetto al quale viene evocata una responsabilità diretta della persona giuridica. Di contro, l'analisi di quelle che sono le diverse e concrete modalità con cui può atteggiarsi il rapporto fra i procedimenti contro la persona fisica responsabile dell'illecito e contro l'ente collettivo di appartenenza ha evidenziato come molteplici siano i casi in cui l'istanza di risarcimento possa essere avanzata solo (nell'ambito del procedimento) nei confronti della persona giuridica: in tali ipotesi è ragionevole negare ingresso nel giudizio alle istanze della parte privata e rimandare la soddisfazione delle stesse al giudice civile?

Punti fermi e aspetti problematici nella riforma del reato di scambio elettorale politico–mafioso

Ettore Squillaci

1. Il 19 luglio scorso è stato presentato al Senato della Repubblica il disegno di legge n. 957 dichiaratamente volto ad ampliare il campo di operatività dell'art. 416-ter c.p. in materia di scambio elettorale politico–mafioso¹.

L'esigenza di modificare questa fattispecie è nata dalla diffusa presa d'atto dei suoi deludenti esiti applicativi, largamente inferiori alle aspettative riposte su una norma destinata a presidiare interessi vitali per la democrazia, perché relativi ai rapporti tra azione giudiziaria e diritti politici di rango costituzionale, nel quadro della necessità di tutelare dal rischio di pericolosi inquinamenti le fasi genetiche del mandato di rappresentanza popolare². In effetti l'art. 416-ter, introdotto per contrastare i fenomeni di contiguità politico — elettorale alla mafia in un momento storico di acuta emergenza, è stato posto sin da subito al centro di delicate questioni interpretative. Ciò soprattutto perché condiziona la punibilità della condotta di chi « *ottiene la promessa di voti prevista dal terzo comma dell'art. 416-bis* » alla sola erogazione di denaro, con esclusione di tutte quelle altre prestazioni a favore della mafia che invece costituiscono forme di collusione non solo più frequenti ma anche ben più insidiose³. Nella prassi, infatti, la condotta del beneficiario dei voti assume spesso gli sfuggenti caratteri di favori o vantaggi accordati alla cosca in occasione di concrete scelte amministrative o di più ampie decisioni politiche⁴. Non deve allora stupire che una simile fattispecie abbia

1. Si tratta di un disegno di legge d'iniziativa dei senatori Lumia, Casson, Capacchione, Cirinnà, Filippin, Ginetti, Lo Giudice e Manconi, assegnato alla seconda Commissione permanente (Giustizia) in sede deliberante il 23 luglio 2013.

2. È noto come l'art. 416-ter sia stato introdotto nel codice penale dalla legge n. 356 del 1992, di conversione, con modificazioni, del decreto legge n. 306 del 1992. Per approfondimenti al riguardo, FIANDACA, *Riflessi penalistici del rapporto mafia–politica*, in *Foro it.*, 1993, V, 137 ss.; DE FRANCESCO, *Dogmatica e politica criminale nei rapporti tra concorso di persone ed interventi normativi contro il crimine organizzato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1266 ss.; VISCONTI, *Il reato di scambio elettorale politico–mafioso*, ne *Ind. pen.*, 1993, 273 ss.

3. Sul punto si veda, ad esempio, GROSSO, *Le contiguità alla mafia tra partecipazione, concorso in associazione mafiosa ed irrilevanza penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 1196 s.

4. Non a caso il testo originario dell'art. 416-ter prevedeva, oltre alla « *erogazione di denaro* » quale corrispettivo della promessa di voti mafiosi, anche la « *promessa di agevolare l'acquisizione*

sin da subito attirato a sé un vasto coro di critiche, poiché ritenuta un'arma spuntata nella lotta alla criminalità organizzata di tipo mafioso⁵.

A distanza di oltre vent'anni dalla sua introduzione e dopo numerose proposte di modifica rimaste inascoltate nelle precedenti legislature, l'art. 416-ter torna dunque ora al centro dell'agenda politica all'evidente scopo di approntare una più completa ed efficace azione di contrasto alla zona grigia in cui gli interessi della mafia incrociano quelli del potere istituzionale⁶.

Più in particolare, il testo proposto dal d.d.l. n. 957 così dispone: « *la pena stabilita dal primo comma dell'articolo 416-bis si applica anche a chi ottiene o si adopera per far ottenere la promessa di voti prevista dal terzo comma del medesimo articolo 416-bis in cambio della erogazione o della promessa di erogazione di denaro o di qualunque altra utilità, ovvero in cambio della disponibilità a soddisfare gli interessi o le esigenze della associazione mafiosa di cui all'articolo 416-bis o di suoi associati* ».

Pur licenziato nel solco delle condivisibili esigenze poc'anzi richiamate, il testo proposto dal d.d.l. in commento si espone tuttavia ad ampie e fondate critiche innanzitutto a cagione della sua evidente indeterminatezza. Una indeterminatezza dalla quale deriva il pericolo di una sua generalizzata applicazione anche a fatti irrilevanti sul piano della necessaria offensività. Osserveremo infatti di qui a breve come la struttura del reato appaia *ab origine* a tal punto impoverita da lasciare soltanto intravedere i profili di disvalore che avrebbero dovuto contrassegnarla ove si fosse inteso dar corso ad un'attività legislativa davvero attenta a trasferire all'interno della legge penale quei principi costituzionali che ne delineano lo statuto. In altri termini, qui il legislatore sembra avere rinunciato a fare emergere il necessario profilo di reale materialità, determinatezza e offensività del reato. Peraltro, deve anche notarsi come dalla indeterminatezza di questa fattispecie discenda il

di concessioni, appalti, contributi e finanziamenti pubblici o comunque la realizzazione di profitti ». Ma quest'ultima locuzione venne poi soppressa nel corso del travagliato iter parlamentare che precedette la conversione in legge del d.l. n. 306 del 1992, sul presupposto che una così ampia formulazione della norma avrebbe potuto alimentare il rischio di arbitrii sul piano applicativo. Sul punto, di recente, C. VISCONTI, *Verso la riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso: andiamo avanti, ma con giudizio*, in *Dir. pen. cont.*, 2013; PANETTA, BALSAMO, *Sul patto elettorale politico mafioso vent'anni dopo. Poche certezze, molti dubbi*, in *Cass. pen.*, 2012, 3756 ss.

5. FIANDACA, *Riflessi penalistici*, cit., c. 138; ID., *Accordo elettorale politico-mafioso e concorso esterno in associazione mafiosa: una espansione incontrollata del concorso criminoso*, in *Foro it.*, 1996, V, 127; COLLICA, *Scambio elettorale politico mafioso: deficit di coraggio o questione irrisolvibile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 878.

6. Sarebbe tuttavia erroneo ritenere che la sostanziale disapplicazione dell'art. 416-ter abbia determinato un vuoto di tutela nel controllo penale dei fenomeni di scambio e intimidazione elettorale. Ciò in quanto questi ultimi sono comunque presidiati da altre figure criminose, come la disposizione generalista di cui all'art. 294 c.p. ("Attentati contro i diritti politici del cittadino"), il cd. concorso esterno in associazione mafiosa e i reati di corruzione e coercizione elettorale rispettivamente previsti, per un verso dagli artt. 96 e 97 d.P.R. 30 marzo 1957, n. 361 in tema di elezioni statali, per altro verso dagli artt. 86 e 87 d.P.R. 16 maggio 1960, n. 570 in materia di elezioni amministrative.

rischio, non soltanto di una offensività del tutto eventuale, ma pure di una colpevolezza sostanzialmente vuota e formalizzata, anche perché riferita a un fatto in sé neutro o comunque solo vagamente offensivo.

Né sembra superfluo ricordare, su di un piano più generale, che allorché si decide di fare ricorso alla sanzione penale, lo si dovrebbe fare utilizzando fattispecie sufficientemente marcate e riconoscibili per chiunque. Tali, cioè, in considerazione del loro carico di disvalore, ma anche di una tecnica legislativa che si dovrebbe esprimere in forma chiara e determinata⁷. Così da consentire alla norma incriminatrice di svolgere una effettiva funzione di orientamento culturale dei cittadini e quindi di selezionare, tra tutte le condotte, soltanto quelle realmente meritevoli di punizione.

Peraltro, non si mancherà di evidenziare come l'iniziativa legislativa in esame si riveli del tutto irrispettosa pure dei parametri fissati dall'art. 416-bis c.p. e dalla cospicua evoluzione giurisprudenziale in tema di concorso esterno in associazione mafiosa, rispetto ai quali segna anzi un preoccupante regresso, anche perché risulta tra l'altro basata su scelte punitive non ben ponderate e per giunta quantitativamente irragionevoli.

Sul versante processuale, poi, la segnalata carenza di elementi significativi all'interno della fattispecie appare affatto funzionale ad escludere ogni impegno probatorio per l'accusa, in piena sintonia con un diritto penale spiccio, privo di reali filtri selettivi ed incline a fondarsi più sul sospetto che su un effettivo accertamento di responsabilità conforme al principio costituzionale del contraddittorio (art. 111). È chiaro infatti che se prima il legislatore sottrae alla norma penale ogni serio contenuto, sarà dopo il giudice a non avere nulla da provare in giudizio.

Resta infine da aggiungere — ma sul punto si tornerà tra breve — come l'iniziativa legislativa in esame si accompagni a quella, parimenti volta a riformare l'art. 416-ter c.p. allargandone l'ambito di operatività, sfociata nel d.d.l. n. 948 approvato dalla Camera dei Deputati nella recente seduta del 16 luglio 2013⁸. Al riguardo non si mancherà di osservare come quest'ultimo disegno di legge, pur rispondendo ad una logica di anticipazione della tutela penalistica, abbia comunque introdotto taluni requisiti — come il procacciamento di voti — capaci di conferire una qualche consistenza fattuale alla

7. Sul principio costituzionale di determinatezza della legge penale, per tutti, PALAZZO, *Il principio di determinatezza in diritto penale*, Padova, 1979, pp. 171 ss.

8. Il primo co. del testo proposto da questo ulteriore disegno di legge così dispone: « chiunque accetta consapevolmente il procacciamento di voti con le modalità previste dal terzo co. dell'articolo 416-bis in cambio dell'erogazione di denaro o di altra utilità è punito con la reclusione da quattro a dieci anni ». Il secondo co., poi, prevede che « la stessa pena si applica a chi procaccia voti con le modalità indicate al primo co. ». È interessante notare come al d.d.l. n. 957 sia stata attribuita dal Presidente del Senato la sede deliberante quando già in quella sede si trovava il d.d.l. n. 948 appena approvato dalla Camera dei Deputati. L'approvazione del testo già votato dalla Camera si è bloccata subito dopo la pubblicazione di alcuni articoli di stampa che sostenevano che il nuovo testo avrebbe messo in crisi taluni processi in corso di celebrazione.

norma incriminatrice e di evitare così il rischio di una sua lettura in chiave soltanto sintomatica.

2. Tornando ora al testo dell'art. 416-ter proposto dal d.d.l. n. 957, è facile notare come il momento consumativo del delitto continui a coincidere con l'ottenimento della promessa di voti prevista dal terzo comma dell'art. 416-bis⁹. Con la sola precisazione che alla condotta di chi ottiene tale promessa viene ora aggiunta — ed equiparata sul piano del trattamento sanzionatorio — anche quella di chi, agendo quale intermediario, si adopera per far ottenere questa stessa promessa¹⁰. È evidente pertanto come il requisito della “promessa” svolga qui la nota funzione di anticipare la soglia della punibilità, trasformando in fattispecie consumata ciò che addirittura nemmeno costituirebbe tentativo. Al riguardo è nota la limitata diffusione dell'elemento in esame che, tuttavia, allorquando è adoperato ordinariamente si giova di requisiti fattuali che servono a conferire una certa pregnanza ad una componente non soltanto neutra sul piano del disvalore, ma che per di più si pone in evidente contrasto con il principio generale di cui all'art. 115 c.p. Principio secondo il quale l'accordo o la istigazione a commettere un delitto, non seguiti dalla consumazione dello stesso, non sono assoggettabili a sanzione penale¹¹.

Sul punto appaiono emblematici — ma in direzione contraria rispetto a quella invece valorizzata dai sostenitori dell'iniziativa legislativa¹² — i casi nei quali ricorre la nozione di “promessa” nell'attuale codice penale. Si allude innanzitutto ai delitti di corruzione, all'interno dei quali l'equivalenza tra “promessa” e “dazione” è arricchita dal riferimento alla locuzione “atto contrario o conforme ai doveri d'ufficio” e alle connesse ipotesi di “compimento”, “omissione” e “ritardo”. Ciò senza dimenticare che le condotte dei pubblici ufficiali sono ben difficilmente separabili da un retrostante nucleo di illiceità amministrativa, anch'esso idoneo a dotare la fattispecie di un contenuto pregnante e riconoscibile. Considerazioni in parte analoghe valgono per taluni reati contro la personalità dello Stato (ad es. art. 246 c.p.). Reati che tra l'altro, non a caso, ancora oggi sono addotti a dimostrazione

9. Non è stata quindi corretta l'evidente imprecisione del vigente art. 416-ter c.p., il quale per l'appunto allude alla “promessa di voti di cui al terzo co. dell'art. 416-bis”. Senonché quest'ultima norma non contiene alcun accenno a tale promessa, dal momento che la condotta ivi descritta è quella di « impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali ». In questo senso, ad esempio, COLLICA, *Scambio elettorale*, cit., 1999, 882 s.

10. Soluzione, questa, che appare del tutto condivisibile e opportuna, dato che il principio costituzionale di tipicità non sempre consentirebbe di punire, ai sensi dell'art. 110 c.p., la condotta di chi si sia intromesso tra la politica e la criminalità organizzata al fine di determinarne l'accordo.

11. Sui molteplici problemi, anche di ordine costituzionale, sollevati dall'art. 115 c.p., già in passato, cfr. VASSALLI, voce *Accordo*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, p. 301; Id., voce *Quasi reato*, *ivi*, XXXVIII, Milano, 1987, p. 35.

12. Cfr. resoconto sommario n. 38 datato 8 agosto 2013, consultabile in www.senato.it.

dell'impronta autoritaria del codice Rocco; fermo restando, poi, che si tratta di fattispecie rispetto alle quali l'allargamento della sfera di punibilità è comunque giustificato dalla peculiare natura del bene giuridico protetto e, in particolare, dalla impossibilità ovvero dalla inutilità di proteggerlo una volta che sia stato offeso.

Deve poi osservarsi come l'anticipazione della tutela penalistica, ove trasferita dalla consumazione a fasi ad essa precedenti, da un lato risulti superflua, dall'altro si ponga in conflitto proprio con il già citato principio costituzionale di offensività.

Quanto alla prima delle due obiezioni, è noto come il sistema penale disponga di una norma che giustifica la punibilità anticipata. Si allude ovviamente all'art. 56 c.p., mediante il quale il legislatore ha inteso fissare i limiti in presenza dei quali soltanto è possibile punire una condotta non ancora giunta allo stadio della consumazione, condivisibilmente pretendendo il compimento di "atti idonei e diretti in modo non equivoco"¹³. Atti, questi, che nel caso della semplice promessa addirittura difetterebbero. Cosa che già ci induce a qualificare la "promessa" come un elemento che consente la punibilità di fattispecie che non costituirebbero nemmeno tentativo.

Quanto poi alla seconda considerazione critica, è facile notare che l'allontanamento della condotta dal bene giuridico tutelato — proprio in virtù della funzione estremamente anticipatrice della promessa — espone la legge penale ad evidenti rischi di incostituzionalità. Infatti, se la soglia della punibilità è di troppo anticipata rispetto all'offesa, il bene giuridico appare irraggiungibile da una condotta sempre più evanescente e destinata a sfumare in una inafferrabile dimensione soggettiva. Di conseguenza risulterà anche impossibile il verificarsi, non soltanto di un'offesa, ma persino di un concreto pericolo di offesa¹⁴.

Tornando ora alla fattispecie in esame, ognuno comprende come il suo disvalore ruoti esclusivamente attorno ad un mero incontro di consensi,

13. Quella concernente la struttura e i limiti di rilevanza del delitto tentato costituisce una delle questioni storicamente più controverse nella dottrina penalistica. Ancora di recente, infatti, ci si interroga sui contenuti da attribuire ai due requisiti della "idoneità" e della "non equivocità" degli atti, nonché sulla stessa possibilità di ravvisare nella disciplina vigente i presupposti capaci di allineare l'art. 56 c.p. allo *standard* di determinatezza costituzionalmente imposto alla materia penale. In argomento, nell'ambito di una letteratura amplissima e senza alcuna pretesa di completezza, DELOGU, *La struttura del reato tentato*, in *Annali dir. proc. pen.*, 1937, pp. 559 ss.; SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, Milano, 1959, pp. 114 ss., 180 ss.; NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Milano, 1973, pp. 167 ss., 181 ss., 380 ss.; MONTANARA, voce *Tentativo (Diritto vigente)*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992, 118 ss.; MORSELLI, *Condotta ed evento nella disciplina del tentativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 36 ss.; Id., voce *Tentativo*, in *Dig. Pen.*, XIV, Torino, 1999, pp. 185 ss.; DE FRANCESCO, *Brevi spunti sulla riforma del tentativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 715 ss.; ANGIONI, *Un modello di tentativo per il codice penale*, *ivi*, 2001, 1097 ss.; SEMINARA, *Il delitto tentato*, Milano, 2012, pp. 969 ss., cui si rinvia anche per la ricca bibliografia citata.

14. In dottrina, sull'indiscutibile rango costituzionale del principio di offensività, BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, XIX, Torino, 1973, pp. 81 ss.; GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, 8; FIORELLA, voce *Reato in generale*, in *Enc. Dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, p. 789 ss.

quand'anche in sé privo di ogni carattere di serietà. Ciò in quanto il reato di scambio elettorale politico — mafioso proposto dal d.d.l. n. 957, al pari di quello attualmente in vigore, si perfeziona con la semplice conclusione di un accordo, anche allorquando quest'ultimo non sia poi seguito da alcun concreto atto esecutivo da parte del possibile procacciatore di voti¹⁵. Il tutto secondo una logica di massima anticipazione della tutela non correlata ad alcun dato fattuale, che rischia poi di essere ulteriormente esaltata dal riconosciuto carattere suppletivo della fattispecie rispetto alle ipotesi di concorso eventuale in associazione mafiosa¹⁶.

A fronte di un modello punitivo così concepito, poco importa allora accertare se la sua *ratio* consista nel descrivere e tipizzare una particolare ipotesi di compartecipazione eventuale nel reato associativo ovvero nel dare comunque rilievo penalistico allo scambio elettorale politico-mafioso, a prescindere dalla sua eventuale indifferenza sul versante del concorso eventuale nel reato associativo. La verità è che le diverse letture dell'art. 416-ter proposto dal d.d.l. in commento, così come di quello in vigore, testimoniano la difficoltà pratica di isolarne un ambito applicativo davvero autonomo rispetto alle altre fattispecie destinate a convergere nella variegata casistica della contiguità politico — mafiosa.

Non si allude soltanto alla sempre problematica figura del concorso esterno¹⁷, ma anche alle ulteriori fattispecie incriminatrici previste dalla legislazione speciale in materia elettorale. Si pensi al ricorrente pendolarismo tra l'art. 416-ter e i reati di corruzione e coercizione elettorale rispettivamente previsti, per un verso dagli artt. 96 e 97 d.P.R. 30 marzo 1957, n. 361 in tema

15. Si veda, ad esempio, Cass., Sez. V, 30 gennaio 2003, C., in *Mass. Uff.*, n. 224274.

16. La giurisprudenza afferma infatti costantemente che l'art. 416-ter c.p. deve leggersi come strumento di estensione della punibilità oltre il concorso esterno e, cioè, anche nei casi in cui il patto preso in considerazione, non risolvendosi in un contributo al mantenimento o al rafforzamento della organizzazione, resterebbe irrilevante quanto al combinato disposto degli artt. 110 e 416-bis c.p. In questo senso, Cass., Sez. un., 30 ottobre 2002, Carnevale, in *Cass. pen.*, 2003, 3276; Id., Sez. un., 12 luglio 2005, Mannino, *ivi*, 2005, 3723. In dottrina, ad esempio, MOROSINI, *La difficile tipizzazione giurisprudenziale del "concorso esterno" in associazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, I, 59 ss. Non a caso, proprio al fine di evitare la punizione di condotte inoffensive la giurisprudenza ha più volte sottolineato l'esigenza di accertare che l'impegno elettorale dei mafiosi sia stato in qualche misura adempiuto, benché il tenore letterale della norma escluda un simile accertamento visto che l'art. 416-ter c.p. si riferisce alla sola "promessa di voti". Più precisamente, secondo una prima impostazione la norma richiederebbe l'effettivo ricorso da parte dei mafiosi promittenti all'intimidazione ovvero alla prevaricazione per impedire o ostacolare il libero esercizio del voto (Cass., Sez. VI, 13 aprile 2012, D.G., in *Cass. pen.*, 2013, 1063; ancor prima, Id., Sez. III, 23 settembre 2005, F., in *Giur. it.*, 2006, 1025). In base ad un altro indirizzo, invece, si ritiene sufficiente che l'indicazione del voto venga percepita all'esterno come proveniente dal *clan* mafioso e sia sorretta dalla forza intimidatrice del vincolo associativo, senza necessità che vengano posti in essere singoli atti di sopraffazione e minaccia (Cass., Sez. I, 14 gennaio 2004, M., in *Foro it.*, 2005, II, 479).

17. Sulle frequenti oscillazioni tra il vigente art. 416-ter c.p. e il cd. concorso esterno in associazione mafiosa, cfr. Cass., Sez. II, 5 giugno 2012, C.D.S., in *Cass. pen.*, 2013, 1927; Id., Sez. VI, 9 novembre 2011, P.P., *ivi*, 2012, 3754.

di elezioni statali, per altro verso dagli artt. 86 e 87 d.P.R. 16 maggio 1960, n. 570 in materia di elezioni amministrative. L'analisi della giurisprudenza conferma infatti il frequente ricorso a qualificazioni penali dai confini mobili, con slittamenti ripetuti da una fattispecie all'altra nei vari gradi del processo, senza che il dato normativo sia capace di offrire all'interprete una chiave di lettura realmente univoca e selettiva¹⁸.

3. Dinnanzi ad un quadro così incerto e contraddittorio non può allora che criticarsi la scelta di preservare la logica di estrema anticipazione della tutela insita nella nozione di "promessa", così come configurata nell'art. 416-ter.

Esattamente al contrario, si dovrebbe ancorare la punibilità alla *concreta* esposizione a pericolo dell'interesse protetto. Non basta una generica promessa, ma si rende necessario un preciso impegno per giustificare il ricorso alla sanzione penale. Ciò significa che il disvalore del fatto dovrà ruotare attorno ad un accordo dotato di effettiva serietà, con esclusione di banali e provvisorie convergenze di opinione che non siano sfociate nella stabile predisposizione di iniziative volte all'accaparramento di voti con modalità mafiose.

Proprio con riferimento alla "promessa", che costituisce l'unico dato apparentemente fattuale presente nel d.d.l. n. 957, vi è da notare come il testo del già citato d.d.l. n. 948 ne faccia invece a meno¹⁹. In effetti, non può tacersi che l'"accettazione consapevole del procacciamento di voti" ivi richiamata inequivocabilmente stigmatizza una condotta pur sempre anticipata rispetto all'effettivo procacciamento. Quindi, malgrado la formale assenza del sostantivo "promessa", anche il testo del d.d.l. n. 948 punisce promesse o accordi del tutto indipendenti dall'effettivo procacciamento di voti. Non vi è dubbio infatti che se quest'ultimo testo avesse inteso colpire soltanto l'avvenuto procacciamento sarebbe stato costruito diversamente. Ad esempio mediante l'uso di espressioni evocative dell'evento, quali "ottiene il procacciamento" o simili. Tecnica, questa, non a caso adoperata nel secondo comma dell'art. 416-ter proposto dal medesimo d.d.l. n. 948, dove la condotta del procacciatore è punita soltanto a condizione che costui abbia effettivamente procacciato. Circostanza fatta palese dall'uso della terza persona dell'indicativo presente del verbo "procacciare".

Ma allora la differenza tra i due testi non può consistere nella "promessa" asseritamente presente nell'uno ed esclusa dall'altro. Bensì nella diversa circostanza costituita dal fatto che laddove la "promessa" dell'ultimo dei due testi è per lo meno arricchita da elementi che le conferiscono una qualche pregnanza fattuale, come il procacciamento dei voti²⁰, la prima versione

18. In questo senso, ad esempio, Cass., Sez. I, 14 gennaio 2004, M., cit., 479.

19. Sul punto, si veda il testo dell'art. 416-ter già richiamato alla nota 8.

20. Peraltro, nel rispetto dei parametri giurisprudenziali dettati in merito alla necessaria serietà dell'accordo. Per tutte, si veda Cass., Sez. un., 12 luglio 2005, Mannino, cit.

si limita invece a richiamare soltanto il noto elemento della “promessa”. Elemento di per sé insufficiente ed ambiguo, nonché del tutto spiritualizzato in quanto privo di requisiti contenutistici suscettibili di una sua puntuale dimostrazione in giudizio, per giunta nel contraddittorio tra le parti.

Insomma, la “promessa” costituisce l’unica componente attorno alla quale ruota il testo in questione, a prescindere dal fatto che un simile elemento abbia come oggetto i voti ovvero il denaro o un’altra utilità. Davvero troppo poco perché la disposizione possa ritenersi dotata di quei requisiti di materialità e determinatezza ai quali si è fatto poc’anzi riferimento.

4. Ma il testo del d.d.l. n. 957 si dimostra privo anche della necessaria selettività quanto alla distinzione tra le condotte meritevoli di pena e quelle invece irrilevanti perché del tutto inoffensive. Applicando qui quel noto criterio che consente di vagliare il tasso di determinatezza di una fattispecie sulla scorta della sua stessa sperimentazione esemplificativa, è evidente che nel perimetro della norma rientreranno vicende tra di loro del tutto opposte e differenziate.

Secondo il testo del d.d.l. n. 957 risulterà infatti punibile la condotta di due soggetti i quali, non soltanto si siano accordati nel senso indicato, ma abbiano pure operato fattivamente procacciando i voti con le modalità di cui all’art. 416-bis c.p., magari scambiandosi ingenti somme di denaro o altre utilità.

Del pari sarà punibile la condotta intermedia di coloro i quali, pur non avendo compiuto alcun procacciamento dei voti, né alcuna erogazione di somme di denaro o di altre utilità, ciononostante si siano seriamente accordati al riguardo, nel senso di avere siglato un patto funzionale alla realizzazione del progetto criminoso, anche mediante la distribuzione di compiti, l’attribuzione di ruoli e la programmazione di specifiche modalità di azione.

Ma nel cono della punibilità ricadrà anche l’ulteriore ed estrema ipotesi costituita dalla semplice “promessa”, priva di ogni altra qualificazione in termini di serietà e determinatezza, intervenuta tra due soggetti che in seguito a questo generico accordo non abbiano poi compiuto nient’altro.

Già queste banali esemplificazioni dimostrano come il testo contenuto nel d.d.l. n. 957 non selezioni i fatti rilevanti rispetto a quelli irrilevanti e di conseguenza comporti una generalizzata punibilità, l’uso della quale sarebbe di fatto sottratto al monopolio del legislatore, in violazione dell’art. 25, co. 2, Cost., ed andrebbe così rimesso al prudente uso della magistratura. Il tutto in un contesto ulteriormente aggravato — per come si vedrà meglio in seguito — dal fatto che con la stessa pena si punirebbero, in violazione del principio costituzionale di ragionevolezza ed eguaglianza (art. 3), fatti profondamente diversi e addirittura caratterizzati da ontologica diversità.

5. Già si è osservato che l’art. 416-ter proposto dal d.d.l. n. 957 sanziona la

condotta di « *chi ottiene o si adopera per far ottenere la promessa di voti prevista dal terzo comma del medesimo articolo 416-bis in cambio della erogazione o della promessa di erogazione di denaro o di qualunque altra utilità (...)* ».

Prima ancora di soffermarci sulla locuzione “altra utilità” che senz’altro costituisce il più evidente e reclamizzato elemento di novità della fattispecie, occorre innanzitutto notare come il legislatore abbia perso un’occasione per fare maggiore chiarezza su uno degli aspetti più ambigui e controversi del reato di scambio elettorale politico-mafioso. Si allude all’intrinseca equivocità del verbo “erogare” che continua a figurare nel testo dell’art. 416-ter, malgrado non sia di per sé indicativo di un’effettiva dazione di denaro, ma risulti al contrario compatibile anche con la promessa di una sua futura somministrazione²¹.

D'altronde, significativi in tal senso appaiono i lavori preparatori del vigente art. 416-ter. Con un emendamento si era infatti inizialmente proposto l'utilizzo del verbo “somministrare”. Prima della votazione finale, tuttavia, si optò per il meno pregnante verbo “erogare”, il ricorso al quale potrebbe per l'appunto denotare l'intenzione di includere tra le condotte penalmente rilevanti anche la dazione non effettiva di denaro. Questa modifica dell'ultima ora, infatti, va letta in connessione con la terminologia impiegata nel reato di corruzione elettorale previsto dall'art. 96 d.P.R. n. 361 del 1957, nel quale la condotta del candidato “corruttore” è designata con la triplice modalità “offrire, promettere, somministrare”. Ciò induce a ritenere che se il legislatore avesse davvero voluto riferirsi a un’effettiva dazione di denaro, avrebbe senz’altro mantenuto il termine “somministrare” che in quella cornice linguistica è l’unico verbo che univocamente esprime questo significato²².

Venendo ora all’espressione “qualunque altra utilità”, è facile notare come sia stata introdotta allo scopo di ampliare il campo di applicazione della fattispecie che, nella versione vigente, sanziona soltanto la condotta del politico che eroghi denaro in cambio dell’illecito sostegno elettorale. Abbiamo poc’anzi osservato come già in passato la proposta di allargare l’oggetto della controprestazione del candidato a vantaggi diversi e ulteriori rispetto all’erogazione di denaro avesse incontrato le ferme resistenze di un’ampia maggioranza parlamentare, preoccupata che una così estesa incriminazione consentisse di sanzionare *tout court* i comportamenti elettorali di tutta quella classe politica attiva nei più tradizionali luoghi di insediamento delle cosche

21. In questo senso, di recente, Cass., Sez. I, 2 marzo 2012, F, in *www.dejure.it*. *Contra*, tuttavia, Id., Sez. I, 24 aprile 2012, M.G., in *Cass. pen.*, 2013, 1482. In dottrina, VISCONTI, *Il reato di scambio*, cit., 298; COLLICA, *Scambio elettorale*, cit., 882. Favorevole ad un’interpretazione estensiva del verbo “erogare”, tale da farvi rientrare anche la semplice promessa della futura dazione di denaro, è GROSSO, *Le contiguità alla mafia*, cit., 1196 s.

22. VISCONTI, *Verso la riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso*, cit. 299.

mafiose²³. Ciò aveva indotto il legislatore del 1992 a limitare al solo denaro — quindi ad utilità monetarie direttamente percepibili dalla cosca mafiosa — il prezzo pagato per il conseguimento di vantaggi elettorali. Fermo restando però che questa scelta è stata poi in taluni casi aggirata da una giurisprudenza creativa che, andando ben al di là del confine tra interpretazione estensiva ed analogia *in malam partem*, ha preteso di ravvisare il reato anche nei casi in cui la prestazione del politico avesse per oggetto non il denaro ma qualsiasi altro bene comunque dotato di un valore di scambio in termini di immediata commisurazione economica²⁴. E in questo stesso ambito non si è mancato addirittura di sottolineare che una soluzione diversa avrebbe comportato una vera e propria sterilizzazione del precetto²⁵.

Dunque, anche a causa della insofferenza a più riprese mostrata da certa giurisprudenza rispetto ad una fattispecie dai confini ritenuti troppo angusti, si è ora introdotta la locuzione “altra utilità”. Si tratta di un’espressione certamente necessaria al fine di restituire autonomia operativa ad una norma sin qui pressoché disapplicata, ma che ad un’analisi più attenta appare foriera — ove non adeguatamente circoscritta — di rischi forse maggiori dei vantaggi che mira ad ottenere. A parte l’intrinseca vaghezza del sintagma “qualunque altra utilità” nel quale confluisce qualsiasi vantaggio, benché privo di connotazione economica e per giunta anche soltanto promesso dal politico in forza di un mero accordo, è la stessa logica di anticipazione della tutela propria dell’art. 416-ter a far sì che l’esistenza di questo vantaggio venga accertata in una limitata prospettiva *ex ante*. Cioè al di fuori di ogni verifica eziologica circa il mantenimento o il rafforzamento dell’associazione per effetto della controprestazione del politico. Verifica, questa, invece pur sempre richiesta in relazione all’istituto del concorso esterno in associazione mafiosa²⁶.

Ma ciò che rende ancora più insidioso il requisito della utilità è il fatto che esso consente una sistematica estensione della norma all’attività politica, soprattutto allorquando quest’ultima si connota per il raggiungimento di interessi pubblici che possano però anche comportare il complementare

23. FIANDACA, *Riflessi penalistici del rapporto mafia-politica*, cit., p. 137.

24. Cass., Sez. II, 30 novembre 2011, M.F., in *Cass. pen.*, 2012, 2948; Id., Sez. VI, 11 aprile 2012, G., in *Guida dir.*, 2012, 83.

25. Cass., Sez. II, 30 novembre 2011, G.A., in *www.dejure.it*.

26. Oltre a quanto già osservato in merito ai problematici rapporti tra queste due fattispecie, resta da aggiungere come la giurisprudenza, sia di legittimità (Cass., Sez. V, 6 febbraio 2007, T.P.G., in *www.dejure.it*) che di merito (Corte d’ass. d’app., Reggio Calabria, Sez. II, 15 ottobre 2012, n. 15, M.A.G., *ivi*), successiva alla già più volte citata sentenza Mannino del 2005, ne abbia talvolta eluso il significato proprio sul cruciale punto della verifica causale *ex post* del patto di scambio politico — mafioso, nuovamente declinando verso un apprezzamento *ex ante* del patto, con la valorizzazione proprio di quei parametri tipici della causalità psichica il cui impiego aveva costituito oggetto di espressa censura da parte della stessa sentenza Mannino. In dottrina, VISCONTI, *Verso la riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso*, cit., 6.

soddisfacimento di interessi privati, magari riferibili pure ai membri di un'associazione mafiosa. Insomma, il rischio è che l'introduzione di questo requisito possa seriamente condizionare gli stessi rapporti tra politica e magistratura. Nel senso che il riferimento espresso ad una non meglio definita "utilità" quale oggetto della controprestazione del politico potrebbe rivelarsi nulla più che l'occasione per avviare una indagine penale nel corso di una certa campagna elettorale, onde potere in tal modo risalire anche alla scoperta di altri fatti di reato, tuttavia in quel momento storico ancora soltanto sospettati²⁷.

Al contrario, la scelta del legislatore del 1992 sembrava possedere quanto meno il pregio di escludere la punibilità in tutti quei casi nei quali gli interessi della criminalità organizzata fossero connessi all'interesse pubblico in via soltanto indiretta e residuale, al punto di costituire una conseguenza difficilmente collegabile all'agire politico.

Ma allora, se del termine "utilità" non si potesse proprio fare a meno, a noi sembra che l'unico modo per circoscriverne ragionevolmente l'ambito di operatività dovrebbe consistere nello specificare che le suddette utilità si riferiscano in via diretta ed esclusiva agli interessi dell'organizzazione mafiosa. Una soluzione diversa rischia di agevolare pericolosi eccessi di attenzione giudiziaria verso tutti quegli esponenti politici che, pur essendo occasionalmente entrati in contatto con contesti di mafia, non ne abbiano comunque richiesto il sostegno elettorale e per di più abbiano inteso perseguire soltanto obiettivi di pubblica utilità.

6. Peraltro, il d.d.l. n. 957 si espone a critiche ancora più incisive per quanto concerne l'ulteriore possibile oggetto della controprestazione del politico. Abbiamo già anticipato come la norma sanziona anche la condotta di colui che ottenga la promessa di voti in cambio della « *disponibilità a soddisfare gli interessi o le esigenze della associazione mafiosa di cui all'art. 416-bis o di suoi associati* ».

Sul punto, occorre notare innanzitutto come il neo-introdotta requisito della "disponibilità" costituisca un tentativo mal riuscito di replicare quel diverso e ben più selettivo concetto di "messa a disposizione" elaborato dalla giurisprudenza in tema di concorso esterno; concetto che si differenzia dal

27. D'altronde, alla iscrizione di una *notitia criminis* evocativa di un fatto *ex art. 416-ter* corrisponde la possibilità di azionare una serie di misure investigative e cautelari che, in una fase ancora immatura delle indagini, potrebbero giovare anche ad altre ricerche degli organi inquirenti. Ciò non solo in conseguenza della maggiore efficacia di una investigazione corredata dall'utilizzo di strumenti particolarmente invasivi come le intercettazioni telefoniche o le misure cautelari; ma anche e soprattutto in ragione della così sollecitata collaborazione processuale in vista della scoperta di fatti di reato pure più gravi che ci si potrebbe ragionevolmente attendere da indagati, come appunto i politici, di certo non avvezzi alla realtà carceraria o anche solo semplicemente più sensibili alla salvaguardia di una reputazione invero già compromessa dal semplice invio di una informazione di garanzia.

primo proprio perché evoca una condotta dotata di effettiva — non soltanto potenziale — utilità per la cosca mafiosa e da intendersi in termini dinamici²⁸. Nel senso che non può dirsi sufficiente una generica manifestazione di impegno, ma occorre una effettiva mobilitazione a favore dell'associazione, funzionale a rafforzarne o comunque a mantenerne in vita la struttura organizzativa.

D'altronde, non si riesce nemmeno a comprendere quale sia l'esatto campo di applicazione del sostantivo "esigenze" che figura accanto al termine "interessi" all'evidente scopo di estenderne l'ambito operativo, tra l'altro allargandolo sino a colpire il caso facilmente esemplificabile di un candidato che per l'appunto manifesti una generica disponibilità a soddisfare magari un bisogno del tutto personale dei singoli associati, come tale inidoneo ad incrementare ovvero soltanto a conservare inalterato il potere della organizzazione.

A parte le critiche che una simile tecnica legislativa già merita a causa della sua evidente approssimazione, noi riteniamo che il legislatore avrebbe dovuto inserire nel testo proposto dell'art. 416-ter un riferimento esclusivamente indirizzato all'associazione mafiosa. Ciò proprio per non estendere lo scambio elettorale a soggetti operanti *uti singuli*, ma riservandolo ai casi di coinvolgimento (sia pure potenziale) della organizzazione, assicurando così alla norma una funzione offensiva rispetto al bene giuridico tutelato che qui si individua nell'ordine pubblico.

Queste ultime considerazioni meritano un particolare approfondimento. Infatti, nella elaborazione giurisprudenziale delle Sezioni unite della Corte di cassazione in tema di partecipazione ad associazione mafiosa e di concorso esterno si è sempre sottolineata la base causale del concorso, sia eventuale che necessario²⁹. Nel senso di avere affermato che è partecipe chi contribuisce in maniera regolare e costante al mantenimento o al rafforzamento delle capacità operative e degli interessi dell'associazione mafiosa, laddove è concorrente esterno colui il quale, anche se occasionalmente, vi ha contribuito. Le Sezioni unite hanno poi chiaramente affermato il principio secondo il quale il contributo prestato non può essere valutato secondo la logica del diritto penale del rischio, ossia come pericolo che l'associazione si possa giovare dell'ausilio prestato dal singolo, dal momento che il contributo deve cogliersi sul piano dei risultati, ossia come evento che *ex post* sia dimostrativo della effettiva contribuzione al miglioramento delle capacità operative dell'associazione mafiosa³⁰.

Insomma, la giurisprudenza ormai ha concordemente affermato il principio secondo il quale è concorrente chi abbia contribuito a rafforzare

28. In questo senso, Cass., Sez. un., 12 luglio 2005, Mannino, cit.

29. Cass., Sez. un., 30 ottobre 2002, Carnevale, cit.; Id., Sez. un., 12 luglio 2005, Mannino, cit.

30. Cass., Sez. un., 12 luglio 2005, Mannino, cit.

l'associazione, non certo i singoli associati. Ipotesi, queste ultime, nelle quali — a seconda dei casi — potranno tutt'al più trovare applicazione gli artt. 378 aggravato ai sensi del secondo co., 390, 418 c.p. ovvero altri ancora.

Solo isolatamente si registrano alcune sentenze secondo le quali l'aiuto, se rilevante e prestato a singoli associati, purché dotati di poteri verticistici nell'ambito della organizzazione criminale, può costituire un contributo causalmente rilevante anche per l'associazione, dal momento che la preminenza del ruolo di taluno è vista come automaticamente connessa all'incremento delle potenzialità operative dell'associazione che quindi, anche in questo separato contesto, rimane sempre l'unico parametro di riferimento³¹.

Se le cose stanno in questi termini, appare sconsigliabile e inopportuno discutere di una ipotesi che, sia pure sul complementare versante dell'art. 416-ter, rischia quasi di cristallizzare una surrettizia figura di concorso esterno, ma dissonante rispetto alla ben più approfondita elaborazione giurisprudenziale in materia e, per giunta, relativa ad un soggetto del tutto estraneo all'associazione mafiosa³². In altre parole, qui nessuno vuole confondere il concorso esterno e la partecipazione ad associazione mafiosa con le ben diverse ipotesi, tutte costruite sul finalismo tipico del dolo specifico, di cui all'art. 416-ter. Occorre però segnalare che, risolvendosi quest'ultima disposizione in una sorta di figura — ora oggetto di espressa previsione normativa — di concorso esterno in associazione mafiosa, la sua disciplina non può poi risultare troppo difforme rispetto agli arresti giurisprudenziali sul punto. Ciò al fine di evitare una frammentazione, ma anche una problematica differenziazione tra una ipotesi prevista in sede legislativa e quelle prasseologicamente ricostruite attraverso la giurisprudenza. Tanto più che si tratterebbe pure di ipotesi equiparate — per come meglio vedremo in seguito — sul piano del trattamento sanzionatorio.

Sempre in relazione al testo dell'art. 416-ter proposto dal d.d.l. n. 957, deve aggiungersi che la locuzione "esigenze degli associati" reca in sé il pericolo di far rientrare nell'ambito della punibilità vicende banali e prive di ogni efficacia rafforzativa dell'associazione, addirittura personali e soggettive, come tali prive di una reale connessione con gli interessi dell'organizzazione. Sicché, anche sotto tale profilo, l'ampliamento della punibilità sembra davvero eccessivo ma soprattutto ingiustificato sul piano politico-criminale, per il fatto di conferire rilievo penalistico a condotte del tutto neutre e irrilevanti.

D'altronde, nessuno può dimenticare quanto si è appena osservato. Cioè che quello in esame è pur sempre un reato contro l'ordine pubblico, quindi

31. Cass., Sez. VI, 30 ottobre 2012, P.R., in *www.dejure.it*; Id., Sez. VI, 6 dicembre 2011, L., *ivi*; Id., Sez. VI, 26 novembre 2009, Gariffo, in *Cass. pen.*, 2010, 3124.

32. Nel senso che in questo caso si punirebbe il politico per il sol fatto di avere siglato un illecito accordo elettorale, senza che costui abbia apportato quel contributo causalmente rilevante ai fini della conservazione o del rafforzamento dell'associazione pur sempre necessario, invece, rispetto alle più tradizionali e collaudate ipotesi di concorso esterno.

tale da esigere quanto meno la concreta esposizione al pericolo dell'interesse giuridicamente protetto. Si tratta inoltre di un reato costruito mediante l'espreso rinvio — anche per ciò che attiene al trattamento sanzionatorio — all'art. 416-*bis* che punisce, mediante una puntuale descrizione per note interne, la condotta dell'associazione che operi con modalità mafiose. Così come è pure evidente che il coinvolgimento di un'associazione mafiosa costituisce il solo requisito davvero idoneo a differenziare l'art. 416-*ter* dai più comuni reati elettorali, i quali si applicano nel caso — riconducibile a fenomeni prettamente clientelari — del politico che intenda corrompere il singolo potenziale elettore³³.

7. Quanto abbiamo sin qui osservato in merito alla carenza di elementi significativi nel contesto dell'art. 416-*ter* proposto dal d.d.l. n. 957 consente ora di allargare l'oggetto della nostra indagine dal versante sostanziale a quello processuale. In effetti, l'estrema povertà contenutistica della norma determina l'inevitabile rischio di una sua impossibile o comunque problematica dimostrabilità in giudizio. Ciò soprattutto sul versante per così dire negativo o, per meglio dire, della sua confutazione.

Insomma, si tratta di un reato che possiamo qui definire senza prova, dal momento che non si presta, proprio a cagione della sua assoluta inconsistenza, ad essere seriamente accertato in giudizio, per di più nel contraddittorio tra le parti (art. III Cost.). Se, infatti, un dato così impalpabile come quello della mera "promessa" rappresenta il solo elemento costitutivo dell'offesa, è evidente che esso sarà anche il solo elemento probatorio dell'offesa medesima, sicché l'interessato non potrà nemmeno esercitare a pieno il proprio diritto costituzionale di difendersi provando. Ciò a causa della impossibilità di avvalersi di un qualsiasi elemento fattuale capace di scardinare un quadro accusatorio privo di ogni consistenza e che per definizione potrebbe accontentarsi persino di prove dichiarative, come tali ben difficilmente confutabili e destinate a dar luogo ad un contraddittorio soltanto fittizio.

Per non dire poi che il requisito della "promessa", il quale costituisce l'unico dato apparentemente fattuale presente nel d.d.l. n. 957, è reso ancora più impalpabile dall'estrema povertà contenutistica del suo necessario referente concettuale, ossia quella controprestazione del politico ora estesa sino ad abbracciare — come abbiamo poc'anzi evidenziato — anche la disponibilità a soddisfare persino le esigenze dei singoli membri dell'associazione mafiosa.

33. Invero, lo stesso d.l. n. 306 del 1992 con il quale venne introdotto l'art. 416-*ter* all'interno del codice penale elevò la pena prevista per il reato di corruzione elettorale di cui all'art. 96 d.P.R. n. 361 del 1957, ad ulteriore conferma della riconosciuta diversità del campo di applicazione delle due fattispecie incriminatrici. In dottrina, DE FRANCESCO, *Commento all'art. 11-ter d.l. 8 giugno 1992, n. 306*, in *Leg. pen.*, 1993, 132; COLLICA, *Scambio elettorale*, cit., 883 s.

8. Separate riflessioni critiche merita infine il testo dell'art. 416-ter proposto dal d.d.l. n. 957 nella parte relativa al trattamento sanzionatorio. Per come si è già in parte anticipato, continua infatti ad essere prevista la stessa pena stabilita dal primo comma dell'art. 416-bis, c.p., ossia la reclusione da sette a dodici anni destinata a colpire il partecipe all'associazione mafiosa. Anche in questo caso la scelta del legislatore non si lascia certo apprezzare sul piano della ragionevolezza, anzi espone la norma ad un duplice rischio di violazione del principio costituzionale di proporzionalità (art. 3). Principio che vieta di punire in modo uguale condotte caratterizzate da ontologica diversità.

Al riguardo occorre innanzitutto notare come la persistente equiparazione del trattamento punitivo di cui agli artt. 416-bis e 416-ter sollevi delicati problemi interpretativi per quanto attiene alla comparazione tra la fattispecie in esame e quella di concorso esterno in associazione mafiosa per la quale è appunto prevista una pena analoga a quella contemplata per l'ipotesi della partecipazione, ai sensi degli artt. 110 e 416-bis, co. 1 c.p.

Anche quest'ultima osservazione induce a ritenere che il d.d.l. n. 957 abbia ora inteso descrivere e tipizzare una particolare ipotesi di partecipazione eventuale nel reato associativo, differenziandola però dal più garantista parametro fissato dalle Sezioni unite della Corte di cassazione, così come abbiamo più volte ricordato. Donde il pericolo che l'equiparazione del trattamento sanzionatorio previsto dalle fattispecie in esame finisca con il far sì che vengano punite in modo analogo condotte al contrario connotate da una ben diversa offensività. Infatti, un conto è punire una qualsivoglia promessa, altro è condizionarne la punibilità al rafforzamento dell'organizzazione mafiosa, implicando ciò una netta progressione dell'offesa verso il bene giuridico "ordine pubblico"³⁴.

Né può trascurarsi l'ulteriore rischio che la norma proposta dal d.d.l. n. 957 alimenti una contestazione pressoché automatica della circostanza aggravante ex art. 7 legge n. 152 del 1991, consistente nel «*fine di agevolare un'associazione di tipo mafioso*», nonché il possibile concorso morale negli specifici reati elettorali commessi dai membri del sodalizio, con un conseguente notevole aumento di pena. Il che non accade invece per il concorrente esterno alla cui condotta, di regola, l'aggravante non si applica perché rientra, seppur atipicamente, tra le condotte punite a titolo associativo che già di per sé implicano la finalità di agevolare un sodalizio mafioso³⁵.

Non può allora che criticarsi la scelta di equiparare il trattamento punitivo riservato a vicende così marcatamente differenziate sul piano della meritevolezza di sanzione. Proprio con riferimento all'ultima ipotesi esem-

34. VISCONTI, *Verso la riforma del reato di scambio elettorale*, cit., 7.

35. VISCONTI, *Verso la riforma del reato di scambio elettorale*, cit., 12.

plificata, ciò rischia pure di alimentare il paradosso per effetto del quale la condotta più grave, ossia quella del concorrente esterno, potrebbe essere punita meno severamente della condotta di scambio elettorale politico-mafioso che invece, costituendo una forma di ulteriore anticipazione della tutela penale, reca con sé, almeno dal punto di vista del rafforzamento del sodalizio, un minore potenziale offensivo.

Venendo poi all'ulteriore — e poc' anzi richiamato — rischio di violazione del principio di proporzione, deve ulteriormente aggiungersi che se già oggi risulta criticabile (ma non ovviabile, data la mancanza di una specifica norma) l'equiparazione sanzionatoria tra partecipazione e concorso esterno, per l'ovvia considerazione che è irragionevole punire alla stessa maniera chi partecipa una sola volta e chi partecipa sempre, *a fortiori* i principi di ragionevolezza e proporzione risultano violati se questa particolare forma di concorso esterno, ormai normativizzata nell'art. 416-ter proposto dal d.d.l. n. 957, risulta così generica e onnicomprensiva da punire condotte irrilevanti e condotte di sicuro spessore penalistico. Per di più in un contesto di limiti edittali — quelli minimi — rimasti invece elevati e tali da non consentire al giudice di modulare la pena adeguandola agli episodi di scarsa o minima gravità.

Il procedimento di distruzione della merce in sequestro tra efficienza e salvaguardia dei diritti costituzionali*

Gianrico Ranaldi

1. L'interpolazione additiva apportata alla disciplina della distruzione delle cose sequestrate dall'art. 2, lett. a), D.L. 23 maggio 2008, n. 92, convertito con modificazioni in L. 24 luglio 2008, n. 125, recante "Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica", ha introdotto nell'art. 260 c.p.p. due nuovi commi (3-bis e 3-ter) ed ha emendato la rubrica originaria « *Apposizione di sigilli alle cose sequestrate. Cose deperibili* »¹, che è ora integrata dalla « *Distruzione di cose sequestrate* », secondo quanto previsto dall'art. 2, lett. a)-bis del suddetto decreto legge n. 92 del 2008².

La regolamentazione di nuovo conio³ — che disciplina la distruzione *illico et immediate* delle merci in sequestro⁴ di cui sono comunque vietati la

* Contributo destinato alla ricerca "Il procedimento di distruzione delle cose illegali o contraffatte", diretta dall'Avv. M. Antinucci e coordinata dal Prof. A. Gaito, presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza". Sui sequestri nel sistema processuale penale, tra gli altri, v. MONTAGNA, *I sequestri nel sistema delle cautele penali*, Padova, 2005, *passim*.

1. Sulla distruzione delle cose sequestrate, alla stregua della disciplina "originaria" dell'art. 260 c.p.p., v. SELVAGGI, *Sub artt. 260, 261 c.p.p.*, in *Comm. nuovo c.p.p.*, Chiavario, II, Torino, 1990, p. 759.

2. Sulle modifiche apportate al procedimento di distruzione delle cose sequestrate dall'art. 2, lett. a), D.L. 23 maggio 2008, n. 92, convertito con modificazioni in L. 24 luglio 2008, n. 125, recante "Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica", v. GAITO, *Illegalità dell'oggetto e procedura di distruzione. Prospettive di metodo*, in *Merci illecite o contraffatte: sequestro e distruzione (tra prassi operative e garanzie europee)*, Atti del Seminario tenutosi a Roma il 27 settembre 2011 presso il Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro, a cura di Antinucci, Roma, 2012, p. 37; SPANGHER, *Il Dipartimento di Studi Penalistici, Filosofico-Giuridici e Canonistici partner della ricerca*, *ibidem*, p. 25.

3. Va detto che una disciplina analoga era contenuta già nel c.d. disegno di legge Mastella, recante "Disposizioni in materia di reati di grave allarme sociale e di certezza della pena", approvato dal Consiglio dei Ministri nella seduta del 30 ottobre 2007. In particolare, l'art. 4, co. 1, lett. a), dello specifico articolato prevedeva l'inserimento di un comma 3-bis nell'art. 260 c.p.p. i cui toni e contenuti sono sovrapponibili a quelli attuali dell'art. 260, co. 3-bis c.p.p.

4. Sul tema specifico, tra gli altri, v. ANTINUCCI, *Sequestro probatorio e procedimento per la distruzione delle merci illecite o contraffatte*, in *La Giustizia penale differenziata*, III, coordinato da Montagna, Torino, 2011, p. 830; DIDDI, *Norme in materia di sequestri ed esecuzione penale*, in *Il decreto sicurezza*, a cura di Scalfati, Torino, 2008, p. 124; COMI, *Sequestro e distruzione di merci: quali garanzie*, in *Merci illecite o*

fabbricazione, il possesso, la detenzione o la commercializzazione⁵ « quando le stesse sono di difficile custodia, ovvero quando la custodia risulta particolarmente onerosa o pericolosa per la sicurezza, la salute o l'igiene pubblica ovvero quando, anche all'esito di accertamenti compiuti ai sensi dell'articolo 360, risulti evidente la violazione dei predetti divieti » (art. 260, co. 3–bis c.p.p.) ovvero « nei casi di sequestro nei confronti di ignoti (...) delle merci contraffatte sequestrate » (art. 260, 3–ter c.p.p.) — desta ragionate perplessità, sia rispetto al tema della conservazione delle fonti di prova e, quindi, dell'esercizio del diritto di difesa secondo una prospettiva che salvaguardi l'effettività e non l'apparenza, sia riguardo alla congrua tutela dei diritti del terzo estraneo al reato sui beni in sequestro da distruggere.

Sotto il primo profilo, la questione lambisce un punto nodale in tempi di “giurisdizione giusta”: conciliare l'invulnerabilità del diritto alla tutela giurisdizionale di tutti coloro che siano interessati ad “esaminare” ovvero a “pretendere” la restituzione del preteso corpo del reato, che è dotato di un'intrinseca valenza dimostrativa e probatoria, con il “bisogno” di efficienza che è sotteso alla specifica previsione normativa⁶.

Sotto il secondo profilo, invece, la cifra sta nell'irreversibilità degli effetti propri dell'attività di distruzione, associata alla constatazione che, nello specifico, essa non presuppone un accertamento definitivo, ma semplicemente *ex actis*.

contraffatte: sequestro e distruzione (tra prassi operative e garanzie europee), cit., p. 67; MUGNAINI, *Commento all'art. 2, d.l. 23 maggio 2008, n. 92*, in *Leg. pen.*, 2009, 139; REYNAUD, *Le modifiche al codice di procedura penale*, in *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, a cura di Amato, Santoriello, Torino, 2009, p. 77; RENZETTI, *Le nuove ipotesi di distruzione dei beni sottoposti a sequestro*, in *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica. d.l. 23 maggio 2008, n. 92 conv. in legge 24 luglio 2008, n. 125*, a cura di Mazza, Viganò, Torino, 2008, p. 228; SANTANGELO, *Brevi osservazioni sulle novità introdotte nel codice di procedura penale dal d.l. 23 maggio 2008, n. 92*, in *Critica dir.*, 2009, n. 2, 188.

5. Sul concetto di « merci di cui sono comunque vietati la fabbricazione, il possesso, la detenzione o la commercializzazione », per gli interessanti spunti definitivi, v. DIDI, *Norme in materia di sequestri ed esecuzione penale*, cit., p. 126, il quale, all'esito di un condivisibile ragionamento, conclude che in ogni caso « stante la connotazione economica della nozione, potranno essere considerate merci i prodotti che incorporano opere dell'ingegno ed artistiche, come dischi, videocassette e anche le sostanze stupefacenti qualificate come merci da una decisione della corte di giustizia sebbene rispetto ad esse, come si dirà, prevale lo speciale regime di distruzione previsto dall'art. 87, d.p.r. n. 309 del 1990 ». Si aggiunga che l'*actio finium regundorum* che il legislatore ha compiuto al co. 3–bis dell'art. 260 c.p.p. collega la possibilità di distruzione anticipata delle merci in sequestro alla circostanza che esse possano inquadarsi tra le cose obbligatoriamente confiscabili ai sensi e per gli effetti dell'art. 240, co. 2, n. 2 c.p. In proposito, tra gli altri, v. ANTINUCCI, *Sequestro probatorio e procedimento per la distruzione delle merci illecite o contraffatte*, cit., p. 831; MUGNAINI, *Commento all'art. 2, d.l. 23 maggio 2008, n. 92*, cit., p. 143.

6. Si badi che il 1° luglio 2008 il Plenum del C.S.M. ha reso — ai sensi dell'art 10, l. 24 marzo 1958, n. 195 — il parere sulla normativa inerente la sicurezza pubblica contenuta nel d.l. n. 92 del 23 maggio 2008, concernente “Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica” (Fasc. 32/RI/2008, relatori dott. Roia e dott. Pepino), rilevando, tra l'altro, con riferimento all'interpolazione additiva apportata all'art. 260 c.p.p., che « le modifiche introdotte non prevedono, soprattutto nei procedimenti relativi a indagati noti, la procedura per la distruzione e non chiariscono se nella stessa sia necessaria la garanzia della partecipazione del difensore, se debbano essere dati avvisi alle parti in ordine alle modalità e ai tempi nei quali verranno effettuati i campionamenti e la distruzione, quali siano le modalità corrette per la documentazione delle operazioni di campionamento e di distruzione ».

2. La specifica disciplina — che presenta punti di contatto anche, ma non solo⁷, con la regolamentazione posta dall'art. 240 c.p.p.⁸ in materia di « distruzione dei documenti, dei supporti e degli atti concernenti dati e contenuti di conversazioni o comunicazioni, relativi a traffico telefonico e telematico, illegalmente formati o acquisiti » e di « documenti formati attraverso la raccolta illegale di informazioni »⁹ — contempla la distruzione delle merci in sequestro di cui sia obbligatoria la confisca, come opzione doverosa per il caso in cui ricorrano le condizioni legislativamente previste, anche a prescindere dalla compiuta — *rectius*, definitiva — verifica giudiziaria dei fatti sottesi all'imposizione del vincolo di indisponibilità.

In proposito, va rilevato che l'eliminazione per legge di una fonte di prova costituisce fenomeno eccentrico rispetto alla fisiologia probatoria — che reca, tra l'altro, implicazioni ineludibili rispetto alla congrua tutela del

7. Infatti, presenta evidenti profili di analogia contenutistica con l'art. 260, co. 3-bis c.p.p. anche l'art. 87 d.P.R. n. 309 del 1990, rubricato « Destinazione delle sostanze sequestrate dall'autorità giudiziaria », alla cui stregua « Quando il decreto di sequestro o di convalida del sequestro effettuato dall'autorità giudiziaria non è più assoggettabile al riesame, l'autorità giudiziaria dispone il prelievo di uno o più campioni, determinandone l'entità, con l'osservanza delle formalità di cui all'art. 364 del codice di procedura penale e ordina la distruzione della residua parte di sostanze » (co. 2), così come con l'art. 171-sexies, legge n. 633 del 1941 (introdotto dall'art. 18 L. 18 agosto 2000, n. 248), che detta disposizioni in materia di diritto d'autore, secondo cui « Quando il materiale sequestrato è, per entità, di difficile custodia, l'autorità giudiziaria può ordinarne la distruzione, osservate le disposizioni di cui all'articolo 83 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, approvate con decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271 » (co. 1); ed ancora « Le disposizioni di cui ai precedenti commi si applicano anche se i beni appartengono ad un soggetto giuridico diverso, nel cui interesse abbia agito uno dei partecipanti al reato » (co. 3). A tale ultimo riguardo, v. REYNAUD, *Le modifiche al codice di procedura penale*, cit., p. 78, nota 97, il quale rileva che essendo l'art. 171-sexies, l. 22 aprile 1941, n. 633 « riferita a copie di prodotti tutelati dalla legge in parola che siano state abusivamente duplicate o siano sprovviste di genuino marchio SIAE — e di cui è quindi vietata la fabbricazione e la cessione, con obbligo di confisca obbligatoria (anche a norma dell'art. 171-sexies, co. 2 e 3, l. n. 633 del 1941) — la citata disposizione, che non presenta elementi di specialità, deve ritenersi assorbita (dunque, implicitamente abrogata) dall'art. 260, co. 3-bis c.p.p. Il procedimento dettato da quest'ultima norma dovrà pertanto trovare applicazione anche con riguardo al sequestro di copie illecite di opere dell'ingegno ». Inoltre, l'art. 12, co. 8, 8-bis, D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286 in materia di immigrazione, prevede una ipotesi ulteriore di distruzione, che presenta profili peculiari rispetto al modello dell'art. 260 c.p.p., tanto da renderne prevalente l'applicazione alla stregua del principio di specialità. Ad ogni modo, per la puntuale disamina dei casi analoghi, v. GAITO, *Illegaltà dell'oggetto e procedura di distruzione. Prospettive di metodo, in Mercì illecite o contraffatte: sequestro e distruzione (tra prassi operative e garanzie europee)*, cit., p. 39.

8. I contenuti vigenti dell'art. 240 c.p.p. costituiscono l'effetto dell'emenda sostitutiva che la norma ha subito ad opera dell'art. 1 del D.L. 22 settembre 2006, n. 259, convertito, con modificazioni, nella L. 20 novembre 2006, n. 281, recante « Disposizioni urgenti per il riordino della normativa in tema di intercettazioni telefoniche ».

9. Sulla tematica di specie, tra gli altri, v. BRICCHETTI, PISTORELLI, *La distruzione immediata della prova rischia di ledere i diritti dell'imputato*, in *Guida dir.*, 2006, n. 39, p. 225; CHIAVARIO, *Passi avanti sulle intercettazioni illegali ma c'è bisogno di un ampio ripensamento*, *ibidem*, p. 13; FILIPPI, *Intercettazioni: decreto necessario ma da correggere*, in *Unione Sarda*, 25 settembre 2006; GIOSTRA, *Quale utilizzabilità per le intercettazioni abusive?*, in *Cass. pen.*, 2006, 3492; GREVI, *L'« obbligo di distruzione » un'arma a doppio taglio*, in *Il Corriere della sera*, 26 settembre 2006, nonché, volendo, RANALDI, *Il procedimento per la distruzione delle intercettazioni illegali: tra fairness giurisdizionale ed esigenze di tutela costituzionale*, in *Giust. pen.*, 2007, III, 654.

diritto di difesa, del diritto di azione e dei principi del giusto processo e di obbligatorietà dell'azione penale — e che, nel caso di specie, la questione litigiosa debba risolversi nell'equo contemperamento dei bisogni di tutela che presidiano il campo, da compiersi assicurando comunque effettività al diritto di difendersi provando¹⁰.

Infatti, non è a discutersi che la distruzione *ante iudicium* del corpo del reato ovvero delle cose pertinenti al reato, che sia condotta osservando le formalità previste dall'art. 83, disp. att. c.p.p.¹¹, costituisca acquisizione consolidata del procedimento penale¹² « *se si tratta di cose che possono alterarsi* » (art. 260, co. 3 c.p.p.)¹³; parimenti, però, è incontestabile che l'art. 260 c.p.p. *nouvelle vague* abbia esteso ben oltre le cose deperibili i confini tradizionali della “distruzione giudiziaria” ed abbia fatto ciò delineando un *iter* procedurale che presenta profili problematici, sia da un punto di vista soggettivo, che modale e degli effetti

Anzitutto, non convince che la distruzione possa essere disposta, al di fuori di un effettivo contraddittorio tra le parti, dall'autorità giudiziaria (art. 260, co. 3-bis c.p.p.) ovvero direttamente dalla polizia giudiziaria « *nei casi di sequestro nei procedimenti a carico di ignoti* » e sempre che il sequestro riguardi « *merci contraffatte sequestrate* »¹⁴. Infatti, se il riferimento di genere posto

10. Sul punto, tra gli altri, v. SPANGHER, *Il Dipartimento di Studi Penalistici, Filosofico-Giuridici e Canonistici partner della ricerca*, cit., 26, secondo il quale « l'art. 260, co. 3-bis e ter c.p.p., prospetta un grosso quesito; la nodale questione che è sempre legata al processo penale: riuscire a coniugare le garanzie con l'efficienza. Il processual-penalista non può fare a meno di far riferimento sempre alle garanzie. . . Cioè da un lato siamo in presenza della necessità e dell'esigenza di sanzionare i comportamenti illeciti distruggendo con una certa celerità i prodotti alterati — anche per ragioni di economia, stante la difficoltà di contenere, di conservare il materiale contraffatto — dall'altro, dalla impossibilità per il processo penale, per il nostro processo penale, di non rispettare i diritti inviolabili in materia processuale in chiave sovranazionale, prima fra tutte le previsioni della CEDU e della sua giurisprudenza ».

11. L'art. 83, disp. att. c.p.p. — rubricato « *Vendita o distruzione delle cose deperibili* » — prevede che « *la vendita delle cose indicate nell'articolo 260, co. 3, del codice è eseguita a cura della cancelleria o della segreteria anche a trattativa privata* » (co. 1); « *allo stesso modo si procede per la distruzione delle cose. Tuttavia a questa può procedersi anche avvalendosi di persona idonea o della polizia giudiziaria che ha eseguito il sequestro. Delle operazioni compiute è redatto verbale da allegare agli atti* » (co. 2); « *l'autorità giudiziaria, prima che si proceda alle operazioni indicate nei commi 1 e 2, dispone il prelievo dei campioni, quando ciò è possibile, dando avviso al difensore* » (co. 3).

12. In proposito, tra gli altri, v. DIDDÌ, *Norme in materia di sequestri ed esecuzione penale*, cit., p. 124.

13. In tema, SELVAGGI, *Sub artt. 260, 261 c.p.p.*, in *Comm. nuovo c.p.p.*, cit., p. 759, il quale, dopo aver rilevato che l'art. 260, co. 3 c.p.p. costituisce « *esatta ripetizione* » dell'ultimo comma dell'art. 345 c.p.p. abr., ha sottolineato che una « *precisa indicazione in ordine all'ambito di applicabilità della norma contenuta nell'art. 260, è ricavabile dalla rubrica, ove l'elemento condizionante, diversamente dall'espressione adoperata nel testo (« cose che possono alterarsi »), è dato dalla locuzione « cose deperibili »: cosa deperibile è la cosa che può “andare male”, che può consumarsi. È chiara, quindi, la ratio sottesa alla disposizione ed è pertanto conseguente la delimitazione della sfera operativa: nella fattispecie in parola rientrano tutte (e solo) le cose che sono suscettibili di modificazione sostanziale e, o strutturale, nonché cose che per la loro natura possono risultare dannose, o anche solo fastidiose, per la salute pubblica (si pensi, appunto, a merci che possono “andare a male”, quindi, alterarsi, o che possono determinare l'emissione di esalazioni nauseabonde) ».*

14. Si badi che il co. 3-ter dell'art. 260 c.p.p. prevede che qualora il sequestro sia stato disposto nei confronti di ignoti, la polizia giudiziaria, « *decorso il termine di tre mesi dalla data di effettuazione del*

nel co. 3-bis dell'art. 260 c.p.p. all'autorità giudiziaria indica che nella fase investigativa la distruzione venga disposta dal pubblico ministero¹⁵, allora è chiaro che la specifica opzione non possa ritenersi soddisfacente ove si consideri che, non solo s'è "facoltizzata" una delle parti a sopprimere un elemento di prova¹⁶, ma anche s'è attribuito al magistrato inquirente il potere di applicare anticipatamente una misura di sicurezza, tra l'altro, al di fuori di qualunque modulo e controllo giurisdizionale e, quindi, in violazione del principio di riserva di giurisdizione¹⁷. A ciò s'aggiunga, poi, che risulta costituzionalmente eterodossa anche la possibilità riconosciuta alla polizia giudiziaria, nel procedimento a carico di ignoti, di disporre direttamente la distruzione delle merci contraffatte in sequestro, pur spettando all'autorità giudiziaria (di regola, s'è detto, al pubblico ministero) un vero e proprio potere di veto: il *vulnus* arrecato allo schema giurisdizionale pare decisivo « con una caduta verticale di tutte le garanzie del giusto processo che dovrebbero essere assicurate »¹⁸.

In secondo luogo, è l'assoluta informalità del procedimento di distruzione a risultare difficilmente compatibile con le regole minime che devono presidiare il *due process of law*. In proposito, il profilo problematico è duplice e si lega, sia al "contenuto" della valutazione che spetta all'organo che procede alla distruzione, che alle regole partecipative che presidiano alla nomina del difensore ed all'assistenza difensiva. Infatti, il co. 3-bis dell'art. 260 c.p.p. condiziona la distruzione delle merci di cui è vietata la fabbricazione, il possesso, la detenzione o la commercializzazione alla circostanza che esse siano di « *difficile custodia* » ovvero che essa risulti « *particolarmente onerosa o pericolosa per la sicurezza, la salute o l'igiene pubblica* » ovvero ancora — ed a prescindere da qualsivoglia difficoltà latamente logistica ed esigenza erariale — alla constatazione che risulti evidente la violazione dei predetti divieti,

sequestro », possa procedere alla distruzione delle merci contraffatte sequestrate, « *previa comunicazione all'autorità giudiziaria* » e che, in tal caso, « *la distruzione può avvenire dopo 15 giorni dalla comunicazione salva diversa decisione dell'autorità giudiziaria* », facendo salvo in ogni caso la « *facoltà di conservazione di campioni da utilizzare a fini giudiziari* ».

15. Che ciò sia, d'altronde, risalta coordinando la locuzione autorità giudiziaria con le disposizioni ulteriori contenute nel titolo III del libro III dedicato ai mezzi di ricerca della prova; pertanto, non è a discutersi che la legittimazione alla distruzione competa, nelle indagini preliminari, al pubblico ministero e, nella fase del giudizio, al giudice del dibattimento.

16. Sul punto, seppur con riferimento alla distruzione delle cose deperibili in sequestro e ben prima dell'esplicito riconoscimento dei canoni del giusto processo ad opera dell'art. III Cost., v. E. SELVAGGI, Sub artt. 260, 261 c.p.p., in *Comm. nuovo c.p.p.*, cit., p. 762, notava che « *la questione, con il nuovo codice, presenta aspetti peculiari tenuto conto che i provvedimenti di cui si discute possono essere adottati dal pubblico ministero, con la conseguenza che, ove non si prevedessero forme di garanzia, si consentirebbe ad una delle parti di sopprimere un elemento di prova* ».

17. Sul carattere giurisdizionale del c.d. processo di sicurezza, tra le altre, v. Corte cost., n. 53 del 1968, che dichiarò l'illegittimità costituzionale « *degli artt. 636 e 637 del codice di procedura penale, limitatamente alla parte in cui* » comportavano « *che i provvedimenti del giudice di sorveglianza* » potessero essere « *adottati senza la tutela del diritto di difesa nei sensi di cui in motivazione* ».

18. Così, DIDI, *Norme in materia di sequestri ed esecuzione penale*, cit., p. 124.

« anche all'esito di accertamenti compiuti » ai sensi dell'art. 360 c.p.p.¹⁹.

Stando così le cose, è indubbio che la specifica opzione disciplinare non possa essere condivisa, ove si consideri che l'irrimediabilità dell'attività di distruzione produce conseguenze "definitive" sulla merce in sequestro e si risolve nell'essere un'applicazione, anticipata ed in prevenzione, di una misura di sicurezza²⁰.

Ed ecco il punto. Da un lato, l'art. 260 c.p.p. non prevede che l'indagato e la persona estranea al reato cui dovesse appartenere la merce in sequestro possano interloquire con l'autorità giudiziaria procedente (il riferimento è, in particolare, al pubblico ministero durante le indagini preliminari), nel corso di una fase incidentale *ad hoc*, in ordine alla sussistenza, in concreto, dei presupposti operativi necessari affinché debba procedersi alla distruzione delle cose sottoposte a vincolo di indisponibilità²¹, anche agli effetti del disposto dell'art. 240, co. 4 c.p.²².

Dall'altro lato, la circostanza che il co. 3-bis dell'art. 260 c.p.p. rinvii all'art. 364 c.p.p. costituisce un presidio poco incisivo nella prospettiva di assicurare effettività alle garanzie difensive, ove si consideri che la disposizione di specie, rubricata « *Nomina e assistenza del difensore* », contempla un criterio modale che risulta inidoneo a salvaguardare il contraddittorio rispetto ad una prova che si deve distruggere.

In altri termini, la possibilità di intervento del difensore dell'indagato è riconosciuta, ad onta dei toni equivoci del co. 3-bis, solo "a valle" dell'adozione — per così dire, "in solitaria" — del provvedimento di distruzione

19. GAITO, *Illegalità dell'oggetto e procedura di distruzione. Prospettive di metodo*, in *Merci illecite o contraffatte: sequestro e distruzione (tra prassi operative e garanzie europee)*, cit., p. 42, secondo il quale « sfuggono alla capacità razionalizzatrice della norma i criteri in applicazione dei quali sia possibile stabilire a monte la soglia del "pericolo per la sicurezza, la salute o l'igiene pubblica" o "difficoltà" delle cose in custodia. Ma a suscitare maggiori perplessità è la seconda delle due situazioni, l'accertamento della natura illecita della merce, sia per la sua collocazione sistematica alternativa alla prima, sia per la derivazione di tale illiceità dalla "evidente" violazione dei divieti. L'interprete si trova, così, alle prese con un'ipotesi di epilogo anticipato del sequestro probatorio (con effetti irreversibili) in cui il doveroso controllo giurisdizionale del presupposti nel contraddittorio delle parti cede il passo ad una "evidenza" (id est: illiceità della res sequestrata), secondo un modello procedimentale sconosciuto (ad esempio, sia in materia di stupefacenti sia, in genere, in materia di confisca), nel quale l'accertamento nei termini dell'art. 360 c.p.p. avrebbe, peraltro, carattere eventuale ».

20. Si badi che l'applicazione di una misura di sicurezza presuppone la commissione di un fatto-reato o quasi reato e la sua riferibilità ad un imputato.

21. Il riferimento è alla delibazione, sia in ordine alla possibilità di "inquadrare" le merci in sequestro tra quelle di cui sono comunque vietati la fabbricazione, il possesso, la detenzione o la commercializzazione, che riguardo alla possibilità di ritenere le *res* sottoposte a vincolo di indisponibilità di difficile custodia ovvero di custodia particolarmente onerosa o pericolosa per la sicurezza, la salute o l'igiene pubblica.

22. Infatti, a mente dell'art. 240, co. 4 c.p.p., è interdetta la possibilità di procedere alla confisca delle cose in sequestro qualora la « *la cosa appartiene a persona estranea al reato e la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione possono essere consentiti mediante autorizzazione amministrativa* ». Il che rende inconcepibile la distruzione delle merci in sequestro ai sensi dell'art. 260, co. 3-bis, 3-ter c.p. per il caso in cui possa prevedersi l'applicazione, per l'appunto, della specifica ipotesi di esclusione della confisca obbligatoria.

da parte del pubblico ministero ed al solo fine di porre l'indagato ed il suo difensore nella condizione di assistere alle operazioni distruttive e di prelievo « *di uno o più campioni* » da impiegare a fini giudiziari: il che, salvo interpretazioni estensive dell'art. 364 c.p.p., impedisce alla difesa, non solo di interloquire, seppure *ex post*, sulla decisione di distruggere la merce in sequestro, ma anche di svolgere un'attività tendente ad impedire l'irrimediabile dispersione delle cose sottoposte a vincolo, che sono dotate di univoca valenza dimostrativa ai fini del decidere, ed, addirittura, di fare segni di approvazione o di disapprovazione degli atti che si compiono²³.

A quanto sin qui detto, poi, non varrebbe obiettare che le esigenze difensive risulterebbero adeguatamente garantite, qualora, rispetto alla merce in sequestro, risulti evidente, all'esito del compimento di accertamenti tecnici irripetibili ai sensi dell'art. 360 c.p.p.²⁴, l'avvenuta violazione dei divieti di fabbricazione, possesso, detenzione o commercializzazione.

Per un verso, infatti, « *non pare che il legislatore abbia inteso derogare ai presupposti dell'art. 360 c.p.p.* » che potrà applicarsi « *solo rispetto a quelle ipotesi nelle quali la distruzione avrà ad oggetto merci soggette a modificazioni non evitabili e non anche in quelle nelle quali i campioni estratti potranno essere conservati sine die* »²⁵; per un altro verso, suscita dubbi « *l'innesto dell'istituto regolato dall'art. 360 c.p.p.* » nella disciplina « *di distruzione delle merci caratterizzata da una posizione assolutamente dominante del pubblico ministero* », ove si consideri che trattasi di istituto che è connotato delle « *incrostazioni inquisitorie* » tipiche del codice di rito del 1930²⁶.

Ad ogni modo, le perplessità sopraindicate si accrescono qualora la distruzione delle merci contraffatte sequestrate venga disposta dalla polizia giudiziaria, nel caso di sequestro nei procedimenti a carico di ignoti²⁷. Infatti, nell'ipotesi di specie, non solo la distruzione è concepita come misura « *a vuoto di fini* », posto che può procedersi a prescindere dalla circostanza che sia difficile ovvero particolarmente onerosa o pericolosa per la sicurezza, la salute o l'igiene pubblica la custodia delle cose sottoposte a vincolo ovvero che risulti evidente la violazione dei divieti elencati dall'art. 260, co. 3-bis c.p.p., ma anche può essere eseguita prima della scadenza del termine di durata delle indagini preliminari (art. 415 c.p.p.). Pertanto, se nulla osta a che si proceda alla distruzione delle merci contraffatte a mente del co. 3-

23. Il difensore che assiste alle operazioni potrà solo far presente al pubblico ministero richieste, osservazioni e riserve affinché ne sia fatta menzione nel verbale.

24. Sugli accertamenti tecnici irripetibili, per gli interessanti spunti, v. GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili (tra prassi devianti e recupero della legalità)*, Torino, 2009, *passim*.

25. DIDI, *Norme in materia di sequestri ed esecuzione penale*, cit., p. 131.

26. ANTINUCCI, *Sequestro probatorio e procedimento per la distruzione delle merci illecite o contraffatte*, cit., p. 837. Sulle caratteristiche fisiologiche degli accertamenti tecnici irripetibili, GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili (tra prassi devianti e recupero della legalità)*, cit., p. 87.

27. GAITO, *Illegalità dell'oggetto e procedura di distruzione. Prospettive di metodo*, in *Merci illecite o contraffatte: sequestro e distruzione (tra prassi operative e garanzie europee)*, cit., p. 38.

ter dell'art. 260 c.p.p. e si individui solo successivamente la persona cui va ascritto il reato ovvero la persona estranea al reato cui appartengono le cose in sequestro, allora è chiaro che lo specifico schema procedimentale risulti inadeguato a garantire, tanto il diritto al contraddittorio per la prova (oramai distrutta), quanto il diritto all'integrità delle cose sequestrate in vista della loro successiva restituzione²⁸, laddove all'esito dell'eventuale processo di merito dovesse essere dimostrata la liceità delle attività aventi ad oggetto le merci in questione.

3. Le segnalate afasie sistematiche, che caratterizzano l'iter procedimentale che conduce alla distruzione della merce in sequestro, segnalano l'esigenza di un ripensamento.

In proposito, due i punti fermi da conciliare, capitalizzando anche gli spunti che promanano dal perimetro in parte finitimo della distruzione delle intercettazioni e dei dossier informativi illegali: concepire un modello procedimentale che sia costituzionalmente sostenibile e non snaturare gli obiettivi sottesi alla specifica addenda disciplinare²⁹.

Al riguardo, soccorre, quale chiave prospettica privilegiata, l'intenzione dei *conditores legum*, i quali con il meccanismo delineato dai co. 3-bis e 3-ter dell'art. 260 c.p.p. hanno inteso affermare — « *salva ovviamente l'esistenza di esigenze istruttorie che impongano il mantenimento* » del sequestro — che il principio « *secondo cui la merce in questione, destinata alla confisca obbligatoria ai sensi dell'art. 240, co. 2, n. 2 c.p., sia mantenuta in sequestro preventivo ex art. 321, comma 2 c.p.p.* », possa essere « *derogato in favore di una immediata distruzione (...) al fine di limitare* » l'incidenza « *degli oneri di custodia sull'erario* » e, quindi, sul bilancio dello Stato³⁰.

Stando così le cose la cifra sta nell'individuazione di un equilibrio nuovo, che possa conciliare esigenze di revisione della spesa pubblica ed effettività

28. In proposito, va sottolineato che l'art. 4, co. 49, L. 24 dicembre 2003, n. 350 ha espressamente previsto la possibilità di sanare sul piano amministrativo sia la fallace indicazione delle merci, sia la falsa indicazione sull'origine o sulla provenienza di prodotti o merci rispettivamente attraverso l'asportazione a cura e spese del contravventore dei segni o delle figure o di quant'altro induca a ritenere che si tratti di un prodotto di origine italiana ed attraverso l'esatta indicazione dell'origine o dell'asportazione della stampigliatura *made in Italy*. Per conseguenza, posto che la regolarizzazione amministrativa dei prodotti recanti segni mendaci e contraffatti ne consente la commercializzazione, è chiaro che la distruzione della merce in sequestro, in genere, e secondo le scadenze dell'art. 260, co. 3-ter c.p.p., in particolare, possa rendere, nei fatti, non operativo lo specifico meccanismo di regolarizzazione e, per così dire, "recupero" alla legalità, contemplato dalla disciplina in materia di contraffazione.

29. GAITO, *Illegalità dell'oggetto e procedura di distruzione. Prospettive di metodo*, in *Merci illecite o contraffatte: sequestro e distruzione (tra prassi operative e garanzie europee)*, cit., p. 45, il quale sottolinea che « *in una prospettiva de iure condendo, si dovrà evitare il rischio di una collocazione della procedura di distruzione nell'ambito di uno speciale procedimento di giustizia patrimoniale dai mille volti, sganciato dalle garanzie processuali del giusto processo in ragione di una pretesa, epperò imprecisata, utilità economica* ».

30. Così, v. Relazione al disegno di legge di conversione in legge del D.L. 23 maggio 2008, n. 92 recante: « *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica* ».

dei diritti giudiziari riconosciuti a livello costituzionale.

Sul punto, elementi univocamente indicativi sul da farsi si ricavano sia dalla disciplina dettata dal codice di rito in materia di incidente probatorio³¹, che dalle indicazioni promananti dalla sentenza della Corte costituzionale, che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 240, co. 4 e 5 c.p.p. — per contrasto con gli artt. 3, 24, III Cost. — nella parte in cui non prevedeva, rispetto all'udienza camerale destinata alla distruzione delle intercettazioni illegali, le medesime garanzie partecipative previste dall'art. 401, co. 1 e 2 c.p.p. in materia di incidente probatorio³².

Sotto il primo aspetto, la questione va risolta, seppur in prospettiva *de iure condendo*, facendo corretto uso di “esperienze operative” consolidate, che possano attagliarsi idealmente al caso. Il riferimento è alla previsione dell'art. 400 c.p.p., rubricata « *Provvedimenti per i casi di urgenza* », che contempla e regola il caso cui « *per assicurare l'assunzione della prova* » sia indispensabile procedere con urgenza all'incidente probatorio. In tale l'ipotesi, infatti, il giudice dispone con decreto motivato che « *siano abbreviati nella misura necessaria* » i termini endofasici in ordine alla presentazione delle deduzioni sull'ammissibilità e sulla fondatezza della richiesta di assunzione anticipata della prova ovvero il termine per comparire all'udienza camerale di cui all'art. 401 c.p.p. e per la relativa fissazione, così come quello sulla richiesta di differimento dell'incidente probatorio.

Pertanto, ammesso e non concesso che la distruzione anticipata — rispetto alla formazione giudicata — delle merci non deperibili che siano sottoposte a sequestro (probatorio o preventivo: è lo stesso) sia effettivamente giustificata da un'esigenza indifferibile di qualificazione della spesa pubblica, la c.d. urgenza a provvedere potrebbe essere utilmente salvaguardata, abbandonando così scorciatoie e procedure di stampo inquisitorio, attraverso la possibile estensione del modulo dell'incidente probatorio “accelerato” che consentirebbe, attraverso l'acquisizione di un *expertise* ad opera di un perito nominato da un giudice terzo ed imparziale³³, di coniugare adeguatamente

31. Sull'incidente probatorio, tra gli altri, LA REGINA, *Incidente probatorio*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da SPANGHER, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, III, a cura di Garuti, Torino, 2009, p. 551 ss. In tema, v. anche SAU, *L'incidente probatorio*, Padova, 2001, p. 2 ss.; DI CHIARA, voce *Incidente probatorio*, in *Enc. Dir., Agg.*, VI, Milano, 2002, p. 546.

32. Corte cost., n. 173 del 2009. In proposito, GAITO, *Illegalità dell'oggetto e procedura di distruzione. Prospettive di metodo*, in *Merci illecite o contraffatte: sequestro e distruzione (tra prassi operative e garanzie europee)*, cit., p. 44. Sul punto, inoltre, CONTI, *Intercettazioni illegali: la Corte costituzionale riequilibra un bilanciamento “claudicante”*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 2, p. 198; F. SIRACUSANO, *L'insufficienza dell'intervento additivo della Corte costituzionale in tema di intercettazioni “illegali” rende indispensabile il ritorno al legislatore*.

33. A seconda delle circostanze del caso concreto, la perizia potrebbe essere disposta ai sensi dell'art. 392, co. 1, lett. f) c.p.p. ovvero a mente dell'art. 392, co. 2 c.p.p. e dovrebbe assicurare non solo che la campionatura delle merci in sequestro avvenga secondo le *best practices* e nel rispetto del contraddittorio peritale, ma anche la sussistenza in concreto delle condizioni legittimanti la distruzione, per il caso in cui esse fossero controverse da un punto di vista tecnico (si pensi, solo a

gli interessi in gioco³⁴.

Sotto il secondo aspetto, invece, l'impasse cui dà luogo la fisionomia attuale del procedimento di distruzione delle merci contraffatte, recanti segni mendaci o comunque destinate alla confisca obbligatoria va risolta tornando alla Costituzione, al paniere di valori che delinea ed ai riflessi operativi che reca.

Breve. Se « *il contraddittorio è garanzia insostituibile nell'ordinamento processuale di uno Stato di diritto e i potenziali aggravati di lavoro* » — anche in presenza di procedimenti con molte parti — « *si devono fronteggiare con idonee misure organizzative e di gestione dei processi, non certo con la irragionevole compressione dei diritti garantiti dalla Costituzione* »³⁵, allora non è a discutersi che esigenze latamente erariali non possano giustificare la compressione tanto decisiva dei diritti di difesa e di azione e del principio del giusto processo che si realizza con l'attuale conformazione della distruzione giudiziaria ai sensi dei commi 3-bis e 3-ter dell'art. 260 c.p.p. Per conseguenza, l'intrinseca eccezionalità del delineato meccanismo di distruzione delle merci in sequestro — che conduce all'irrimediabile eliminazione di un elemento di prova — impone di recepire un modello a contraddittorio necessario e prefigura, anche sotto tale profilo, l'estensione *in parte qua* della regolamentazione partecipativa contemplata dall'art. 401 c.p.p. per l'udienza camerale destinata a “risolvere” l'incidente probatorio³⁶ anche se nella versione “accelerata”³⁷.

Quanto si qui detto, d'altronde, rispetto all'indifferibilità di un *maquillage* delle disciplina della distruzione “allo stato degli atti” della merce sequestrata, fa il paio anche con una considerazione ulteriore che richiama la gamma, limitata e poco incisiva, di rimedi processuali utilmente esperibili avverso il provvedimento di distruzione.

Infatti, le perplessità esplicitate sull'attuale “conformazione” della c.d. distruzione giudiziaria — che si svolga *ante* ovvero nel corso del giudizio

mò d'esempio, al tema delle pericolosità della custodia per la sicurezza o la salute pubblica ovvero, ed ancor più, all'evidenza della violazione dei divieti di commercializzazione di determinati beni).

34. Sul punto, in maniera condivisibile, GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili (tra prassi devianti e recupero della legalità)*, cit., p. 157, il quale sottolinea che, nel caso di incidente probatorio “accelerato”, per assicurare che la definizione della specifica fase avvenga in un lasso temporale brevissimo, le notificazioni potrebbe essere disposte dal giudice mediante fax o mail ai sensi dell'art. 150 c.p.p.

35. Così, Corte cost., n. 173 del 2009.

36. L'art. 418 c.p.p. — rubricato « *Udienza* » — prevede, per l'appunto, che l'udienza si svolga in camera di consiglio con la partecipazione necessaria del pubblico ministero e del difensore della persona sottoposta alle indagini e riconosce, altresì, il diritto di parteciparvi al difensore della persona offesa. È di tale opinione, tra gli altri, COMI, *Sequestro e distruzione di merci: quali garanzie*, in *Merci illecite o contraffatte: sequestro e distruzione (tra prassi operative e garanzie europee)*, cit., p. 72.

37. In tema, si veda ancora Corte cost., n. 173 del 2009 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 240, co. 4 e 5 c.p.p., nella parte in cui non prevedevano, per la disciplina del contraddittorio da osservare nel procedimento destinato alla distruzione delle intercettazioni illegali, l'applicazione dell'art. 401, co. 1 e 2 c.p.p.

— acquisiscono una particolare utilità marginale ove si consideri che *sic stantibus rebus*, per il caso in cui sia stato il pubblico ministero a disporre la distruzione con decreto, il rimedio utilmente esperibile è — ai sensi dell'art. 263, co. 5, c.p.p. — l'opposizione al giudice per le indagini preliminari in camera di consiglio, nelle forme di cui all'art. 127 c.p.p., « *tenuto conto del collegamento funzionale tra siffatta ordinanza ed il provvedimento di sequestro, alla quale inerisce* »³⁸, mentre, se la relativa statuizione decisoria sia adottata dal giudice, se ne può sollecitare il controllo con l'incidente di esecuzione, trattandosi di questione concernente la fase esecutiva del sequestro e, pertanto, « *la competenza a decidere è demandata allo stesso giudice che ha emesso il provvedimento con le forme proprie della procedura camerale previste dall'art. 666 c.p.p.* »³⁹.

Per tirare le fila del discorso: il gradualismo riformista e la logica dei diritti costituzionali rendono doveroso riconoscere una dimensione rinnovata alla distruzione anticipata delle merci sequestrate; in tale ambito prospettico la rotta sembra tracciata, potendosi conciliare — senza stravolgimenti sistematici ed operativi — tutte le esigenze di tutela che si “affacciano” sul campo; per l'effetto è auspicabile che l'ottimismo della volontà prevalga sulle “resistenze a rinnovare” che derivano dal pessimismo della ragione.

38. Cass., Sez. III, 10 aprile 2000, Carugati, in *Cass. pen.*, 2001, 2777.

39. Cass., Sez. I, 25 marzo 2003, Scalvini, in *Cass. pen.*, 2004, 1339.

QUESITI

**Antonio Picillo
Nicoletta Mani**

on line:
**Valeria Spagnoletti
Antonio Picillo**

*L'abstract (in italiano e in inglese) di ogni contributo può essere consultato
sul sito [web archiviopenale.it](http://web.archiviopenale.it)*

L'infortunio sul lavoro nell'ambito della responsabilità degli enti

Il criterio d'imputazione oggettiva

Antonio Picillo

1. L'esigenza di punire un ente collettivo era già avvertita nel XII secolo (*universitas delinquere et puniri potest*)¹.

Nel XVIII secolo si affermò l'opposta impostazione dell'incapacità giuridica di commettere i reati (*societas delinquere non potest*), la quale, dapprima, venne superata negli ordinamenti di *Common law* con l'avvento della prima rivoluzione industriale². Solo a partire dalla fine del XX secolo gli ordinamenti continentali ripresero in considerazione l'opportunità di

1. È ricca la fenomenologia dei delitti individuabili nella Costituzione siciliana federiciana e negli statuti comunali italiani: trattasi di delitti rurali; ribellione alla soggezione dell'imperatore e del pontefice; reati di eresia o di violazione della libertà ecclesiastica; delitti politici contro la città dominante (i cd. *crimina lesae maiestatis*); usurpazione della giurisdizione cittadina; violazione delle regole di elezioni locali; disobbedienza e ribellione alla città dominante; imposizione di dazi, licenze, collette senza autorizzazione. L'epoca in cui in Italia la responsabilità penale diviene solo individuale è probabilmente legata al tramonto dell'indipendenza dei comuni verso i principati e alla fine delle corporazioni (XVIII secolo), MARINUCCI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche. Uno schizzo storico-dogmatico*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2007, 447 ss.

2. L'ente, venne inizialmente sanzionato solo per responsabilità oggettiva nei casi di *public nuisance* di carattere omissivo (la decisione guida fu pronunciata dal *Queen's Bench* nel caso *Reg. v. The Birmingham and Gloucester Railway Company* del 1842). I giudici inglesi ritennero presto perseguibili anche i reati commissivi. Successivamente, con l'avvento della teoria della immedesimazione, la responsabilità oggettiva lasciò il passo ad una responsabilità avvinta dalla colpevolezza: la *societas* veniva ad essere identificata con gli stessi soggetti che nell'esplicazione delle funzioni sociali avevano commesso i reati. Tale costruzione venne trasfusa nell'*Interpretation Act* del 1889, nella quale si stabiliva che « nell'interpretazione di tutti i testi legislativi relativi a un crimine [...] l'espressione *person* dovrà includere le corporazioni, a meno che non risulti un'intenzione contraria », ALESSANDRI, *Il criterio di imputazione all'ente nei reati colposi*, in *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, a cura di Compagna, Napoli, 2012, p. 251 ss. Di recente si segnalano a livello legislativo due importanti novità: il *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act* del 2007 che ha introdotto la fattispecie di "omicidio colposo della persona giuridica", (v. TORRE, *Riflessioni sul diritto britannico in tema di responsabilità penale degli enti: il corporate killing*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009, 253 ss.) ed il *Bribery Act* del 2010 che sanziona penalmente per omessa prevenzione della corruzione persone giuridiche che non hanno adottato adeguate procedure volte a prevenire le condotte corruttive (v. FAGGIANO, *La responsabilità delle imprese nel UK Bribery Act: prime riflessioni su strategie di compliance e implicazioni per le società italiane*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2011, 1, 21 ss.).

sanzionare penalmente soggetti collettivi³, per la prima volta in Francia, con il *Code pénal* del 1994⁴. La gran parte dei paesi di *Civil law* predispose la responsabilità diretta (penale) degli enti, autonoma rispetto a quella (eventuale) delle persone fisiche che agiscono per la società⁵. La storia insegna che la punibilità della *universitas* prima, e della *societas* poi, risponde ad una comune necessità di carattere politico ovvero di conformità agli scopi: contrastare fenomeni criminali collettivi⁶. D'altronde, l'idea, sottesa alla sua progressiva affermazione all'interno degli ordinamenti mondiali, rispecchia la consapevolezza che nella realtà corporativa, l'integrazione di un reato travalica sia la sfera materiale, sia quella psichica della persona fisica che agisce. Ciò in quanto in un simile contesto, la specifica condotta del singolo individuo risulta strumentale all'utile collettivo: le strategie d'impresa, le perpetrate carenze nella valutazione, nella prevenzione, nella gestione dei rischi assumono un rilievo preponderante nella commissione dei crimini⁷. Ma vi è di più. Le offese 'industriali' non si fermano ai cancelli d'ingresso della fabbrica, ma si proiettano all'esterno generando una vittimizzazione di massa. Da qui la necessità di garantire effettività alla tutela "penalistica" dei beni giuridici individuali, collettivi, istituzionali, a fronte degli attacchi generati dalle patologie del sistema economico.

2. L'Italia, solo con il d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231⁸, ha riconosciuto la capacità

3. La punizione degli enti collettivi, nel quadro evolutivo del diritto penale classico, parrebbe rappresentare « una rottura dirimpente con gli schemi del recente passato, ossia con la tradizione penalistica moderna che origina con l'Illuminismo », tuttavia si può « cogliere in questa innovazione l'ultima fase di uno sviluppo teorico unitario, che va nella direzione del progressivo allontanamento dalla concezione naturalistica del reato. Le tappe di questa evoluzione sono note: senza pretesa di completezza, si pensi al passaggio della tutela dei beni giuridici individuali a quella dei beni superindividuali, all'emersione — accanto ai reati di azione — di quelli omissivi per definizione privi di una condotta naturalistica e imperniati su valutazioni ipotetiche di causalità, al superamento del primato dell'imputazione dolosa in settori, sempre più vasti, dove trionfa il normativismo della colpa e ancora al passaggio dal giudizio di colpevolezza morale al rimprovero fondato sull'evitabilità del fatto ». GIUNTA, *La punizione degli enti collettivi: una novità attesa*, in *La responsabilità degli enti*, cit., p. 37.

4. DE SIMONE, *Il nuovo codice francese e la responsabilità penale delle personnes morales*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 189 ss.

5. Sotto la spinta di un impulso regolativo internazionale è cambiato il volto normativo dell'Europa continentale che non conosce più paradisi di impunità per la criminalità delle imprese (anche se la normativa è etichettata come responsabilità amministrativa, ad esempio in Italia, Germania, Spagna), MARINUCCI, *La responsabilità*, cit., p. 447.

6. MARINUCCI, *La responsabilità*, cit., p. 446.

7. Per un quadro esaustivo sulle posizioni emerse in merito alla opportunità di "punire le persone giuridiche" v. TIEDEMANN, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comparato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 615 ss.

8. Il d.lgs. 231 del 2001 ha dato attuazione alle linee normative già indicate nell'art. 11 della legge delega 29 settembre 2000, n. 300 in risposta alle pressanti istanze di modernizzazione degli strumenti di reazione alla criminalità d'impresa, esercitate a livello transnazionale. In argomento v. PIERGALLINI,

« delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica » di risultare responsabili di fatti costituenti reato⁹.

Il decreto 231 edifica un modello, almeno in parte, di importazione¹⁰. Si ispira al modello legale per imputazione, calibrato sul « tentativo di contemperare le ragioni dell'efficacia preventiva con quelle, ancor più ineludibili, della massima garanzia »¹¹. Infatti, prevede una responsabilità personale che è diretta, autonoma ed eventualmente concorrente con quella dall'autore del reato presupposto.

La personalità è l'elemento che viene valorizzato dall'importanza che il legislatore riserva all'organizzazione (*rectius*: alla colpa di organizzazione — artt., 6, 7 — che muta di fisionomia a seconda della posizione che l'autore assume nell'organigramma aziendale)¹² e ai criteri di ascrizione del reato (art. 5). L'ente risponde per fatti di reato commessi dai soggetti qualificati (apici o subordinati) nel suo interesse e, o a suo vantaggio.

La responsabilità dell'ente, dunque, accede a quella della persona fisica per il fatto di connessione. Sembra indiretta, tuttavia è da ritenersi diretta perché non è sussidiaria, né alternativa a quella della persona fisica¹³; ed è anche autonoma perché sussiste anche quando l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile, o il reato è estinto per una causa diversa dall'ammnistia (art. 8)¹⁴.

La disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle associazioni, Dir. pen. proc., 2001, II, 1355. La questione si era già posta all'attenzione della dottrina penalistica italiana, da almeno quarant'anni. Si veda il prezioso saggio di BRICOLA, *Il costo del principio "societas delinquere non potest" nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, 1970, in *Scritti di diritto penale*, II, 1997, p. 2975 ss. Sul piano della politica legislativa nazionale, tale problematica era stata affrontata nel Progetto penale di riforma del codice penale licenziato dalla Commissione Grosso nel 2001, consultabile sul sito internet www.giustizia.it.

9. La capacità dell'ente di commettere l'illecito amministrativo si evince dalla lettera della legge agli artt. 15, co. 2, 20, 45, co. 1 e 55, co. 1, ed è confermata nella Relazione al d.lgs. 231. Ma tale espressione non deve fuorviare l'interprete facendo intendere che l'illecito amministrativo sia un qualcosa di diverso dall'illecito penale. In realtà indica l'intera fattispecie a struttura complessa, composta dal reato e dai criteri d'imputazione dello stesso. In argomento v. DE SIMONE, *Il "fatto di connessione" tra responsabilità individuale e responsabilità corporativa*, in *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti*, cit., p. 302 ss.

10. DE SIMONE, *Il "fatto di connessione"*, cit., p. 304.

11. Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, in *Dir. e giust.*, 2001, 20, 12.

12. Il contenuto della colpevolezza ricalca quello dei *compliance programs* statunitensi inaugurati dalle *Federal Sentencing Guidelines for Organizations*, DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, Milano, 2002, p. 102.

13. Si definisce diretta per distinguerla dalla responsabilità solidale ex art. 6 della legge generale di depenalizzazione, n. 689 del 1981, MANNA, *La cd. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo d'insieme*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, 501.

14. Essa « risulta ad un tempo eventualmente concorrente con quella della persona fisica e ad un tempo subordinata al reato realizzato dalla persona fisica e autonoma dalla responsabilità di quest'ultima », GIUNTA, *Attività bancaria e responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, 6. L'autonomia è facilmente desumibile dal tenore dell'art. 8 d.lgs. secondo il quale « la responsabilità dell'ente sussiste anche quando: a) l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile; b) il reato

I fatti di reato imputabili all'ente sono espressamente previsti dal legislatore all'interno di un "catalogo" che ha conosciuto, nel corso del tempo, continue estensioni. La disciplina sanzionatoria si distingue per una « *sapiente miscela tra sanzioni pecuniarie ed interdittive, agganciata alla progressione di gravità degli illeciti da cui deriva la responsabilità* »¹⁵. Orbene, il "codice di responsabilità degli enti" è costantemente sottoposto ad un continuo lavoro interpretativo, determinato dalla tecnica di fondazione diacronica tra la parte generale e la parte speciale dello stesso: i « *Principi generali e criteri di attribuzioni della responsabilità amministrativa* » sono interessati quotidianamente dal vaglio di compatibilità con la struttura degli illeciti progressivamente inseriti. Le principali difficoltà esegetiche si sono di recente palesate con l'introduzione di delitti colposi di evento in materia di sicurezza sul lavoro di cui all'art. 25-*septies*. Le criticità riscontrate investono principalmente la tenuta dei criteri d'imputazione oggettiva dell'interesse e del vantaggio, che rappresentano parte del nucleo esistenziale e funzionale del sistema.

Ebbene, a tal riguardo risulta utile un'indagine sulla valenza attribuita agli stessi dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Ancor prima, appare dirimente analizzare la natura giuridica della responsabilità degli enti, la cui soluzione si riverbera sulla conformità costituzionale della soluzione interpretativa adottata.

3. La natura giuridica della responsabilità da reato degli enti è assai controversa. La risoluzione della questione, lungi dal costituire un mero esercizio di esegesi dogmatica, determina importanti ripercussioni sia sotto il profilo del vaglio di costituzionalità della disciplina che sotto quello dell'etero-integrazione delle lacune della stessa.

Fondamentalmente sono tre le opzioni praticate in dottrina.

Taluni sostengono che la responsabilità degli enti abbia natura puramente amministrativa¹⁶; altri (è questa l'impostazione maggioritaria) ritengono che sia una responsabilità sostanzialmente penalistica¹⁷; un terzo orientamento, delineato nella stessa Relazione al decreto, la considera

si estingue per una causa diversa dall'amnistia». Ebbene, se l'eventualità di un reato commesso da un soggetto non imputabile "ha un sapore più teorico che pratico", quella del fatto di reato commesso da una persona fisica non identificata « *rappresenta un fenomeno tipico della criminalità d'impresa: anzi, esso rientra proprio nel novero delle ipotesi in relazione alle quali più forte si avvertiva l'esigenza di sancire la responsabilità degli enti* », Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231, cit., 20.

15. GUERRINI, *Le sanzioni a carico degli enti nel d.lgs. n. 231 del 2001*, in *La responsabilità degli enti*, cit., 67.

16. Per la tesi amministrativistica, MARINUCCI, "Societas puniri potest": *uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1201 ss; ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.*, 2002, 400.

17. Per la tesi penalistica, tra gli altri AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 167; DE VERO, *La responsabilità*, DE VERO, *La responsabilità delle persone giuridiche*, in *Trattato di diritto penale. Parte generale*, a cura di Grosso,

un *tertium genus* « che coniuga i tratti essenziali del sistema penale e di quello amministrativo »¹⁸. Difficoltà di qualificazione giuridica emergono anche in giurisprudenza, dove nonostante la tesi maggioritaria propenda per la natura amministrativa¹⁹, non mancano pronunce che mostrano di aderire all'approccio del *tertium genus*²⁰ e a quello penalistico²¹. I sostenitori della tesi amministrativa fanno anzitutto leva sul *nomen iuris*²²: è lo stesso legislatore a qualificare come amministrativa la responsabilità dell'ente²³. A livello costituzionale contestano la compatibilità con l'art. 27, co. 1 e 3. Ritengono inconcepibile una responsabilità penale che non sia riferita alla persona fisica²⁴, e per di più, ad un soggetto che per sua natura sia

Padovani, Pagliaro, IV, Milano, 2008, p. 322; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VI ed., Bologna, 2009, p. 165; MANNA, *La cd. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1103; PADOVANI, *Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità "amministrativa" delle persone giuridiche*, in *La responsabilità degli enti: un modello di giustizia "punitiva"*, a cura di De Francesco, Torino, 2004, 16; PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.* 2002, 598. Nel senso di responsabilità, almeno para-penale, FIORELLA, *Responsabilità da reato negli enti collettivi*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di Cassese, V, Milano, 2006, p. 89.

18. Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, cit., 20.

19. Cass., Sez. un., 23 gennaio 2011, Deloitte & Touche s.p.a., in *Cass. pen.*, 2012, 433 ss.

20. Cass., Sez. VI, 18 febbraio 2010, Brill Rover, in *Cass. pen.* 2011, 1876; Id., Sez. VI, 9 luglio 2009, Mussoni, *ivi*, 2010, 1938 ss. Le pronunce, pur aderendo all'impostazione del *tertium genus*, enunciano la necessità di ancorare il decreto 231 al rispetto dei principi costituzionali che presidono alla materia penale.

21. Cass., Sez. II, 20 dicembre 2005, J. M., in *Cass. pen.*, 2007, 74 ss., in cui viene affermato che nonostante l'etichetta, la responsabilità amministrativa degli enti dissimula la sua natura sostanzialmente penale, forse per non aprire ai delicati con i parametri costituzionali dell'imputazione criminale; Cass. civ. Sez. un., 30 settembre 2009, n. 20936, in *Foro it.*, 2010, 2, 3127 ss., ricostruiscono la responsabilità degli enti sulla falsa riga di una responsabilità penale. Nel caso di specie hanno ritenuto legittimo il cumulo tra la responsabilità amministrativa prevista per gli abusi di mercato (art. 187-*quinquies* d.lgs n. 58 del 1998) e la responsabilità "sostanzialmente penale" di cui al d.lgs. 231 (art. 25-*sexies*).

22. L'assunto è criticabile: la concreta articolazione della disciplina non può essere offuscata da un'etichetta. All'uopo rilevano le indicazioni fornite dalla Corte eur. dir. uomo sulla natura giuridica delle sanzioni: per qualificare come penale una disciplina non si deve adottare un'impostazione formale (nominalistica), bensì sostanziale che guardi agli effetti prodotti. Gli indici sintomatici sono le finalità, l'afflittività, le modalità di esecuzione e di comminazione della sanzione oltre che la qualificazione giuridica scelta dall'ordinamento. In materia cfr. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Roma, 2011, p. 20.

23. In argomento, MANNA, *La cd. responsabilità*, cit., p. 1103.

24. Il legislatore costituzionale ha inteso riferire con l'aggettivo « personale » la responsabilità penale alla persona umana, in ossequio al principio di umanità, in base al quale il diritto penale è fatto solo per l'uomo: la persona giuridica sarebbe incapace di azione perché sprovvista di un sostrato antropologico — naturalistico che le consenta di agire, DE FELICE, *Lezioni di diritto penale. Principi generali e struttura del reato*, Bari, 2002, p. 105. Inoltre, « il significato primordiale del principio di personalità della responsabilità penale è rappresentato dal vincolo della responsabilità per fatto proprio (autore del fatto e destinatario delle conseguenze debbono coincidere) [...] Ora, nel caso della responsabilità "amministrativa", ma in realtà penale delle persone giuridiche, è in discussione proprio il significato originario e primordiale del principio di personalità [...] La normativa di organizzazione

incolpevole (*rectius*: incapace di esprimere un atteggiamento colpevole) e ineducabile²⁵. Richiamano poi altri aspetti della disciplina che sembrano cozzare con la qualificazione in termini penalistici della responsabilità: su tutti, il regime della prescrizione (art. 22), che si rifà a quello della legge sugli illeciti civili²⁶ e la disciplina delle vicende modificative dell'ente (art. 28 ss.), la cui *ratio* di stampo civilistico stride col principio di personalità della responsabilità²⁷.

Sull'altro piano, i sostenitori della tesi sostanzialmente penalistica denunciano una classica "frode delle etichette", richiamando una pluralità di aspetti che riecheggiano moduli e cadenze tipicamente penalistici.

Sotto il profilo costituzionale si afferma la piena riconducibilità del decreto ai principi che governano la materia penale. La responsabilità penale personale e colpevole di cui all'art. 27, co. 1, si ritiene configurabile anche

*legalmente propria del tipo di ente di cui si tratta [...] individuando precise persone fisiche legittimate e tenute ad agire per l'ente, consente di stabilire quale condotta di un essere umano sia rilevante per stabilire se, rispetto ad una norma brachilogicamente diretta all'ente, si può rilevare osservanza, inosservanza, adempimento, inadempimento e così via [...] Com'è ovvio, una volta determinato se una certa norma sia stata o meno osservata, le conseguenze (positive o negative) di natura non penale rifluiscono sull'ente secondo i criteri dell'imputazione organica; ma le conseguenze di natura penale si arrestano allo stadio dell'individuazione del soggetto tenuto all'osservanza, che è al contempo, e non può non essere, anche il soggetto della responsabilità, e cioè degli effetti della inosservanza: diversamente, si autorizzerebbe la scissione tra soggetto dell'obbligo e destinatario delle conseguenze, e cioè, in pratica la responsabilità per fatto altrui. Quel che per l'appunto l'art. 27, co. 1, Cost. vieta», PADOVANI, *Il nome dei principi*, cit., p. 17.*

25. L'art. 27, co. 1, secondo la lettura della Corte costituzionale (sent. n. 364 del 1988), consacra il principio della responsabilità colpevole. La persona può essere sanzionata penalmente solo se, ad essa, sia imputabile il fatto di reato almeno a titolo di colpa. Ma l'ente è incapace di colpevolezza: è impossibile rinvenire una volontà psicologica in capo all'ente, ed ancora, è impossibile muovergli un rimprovero in ragione della sua insensibilità etica. A fortiori, la pena non può esperire alcuna funzione rieducativa nei confronti dell'ente. V. ALESSANDRI, *Commento all'art. 27, co. 1, Cost.*, in *Rapporti civili, Comm. Cost.*, Torino, 1991, p. 150; ROMANO, *Societas delinquere non potest, (Nel ricordo di Franco Bricola)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 1036.

26. MARINUCCI, *Societas*, cit., p. 1202. *Contra*, DE VERO, *La responsabilità*, cit., p. 320, ribalta l'argomento sostenendo che l'art. 22, prevedendo una disciplina severa del regime di prescrizione, sottende l'interesse del legislatore a rendere effettiva la risposta punitiva verso gli enti, tanto da evidenziare la natura penalistica della disciplina.

27. MARINUCCI, *Societas*, cit. p. 1202. *Contra*, AMARELLI, *Profili*, cit., p. 170, ritiene che sia un "espediente giuridico necessario" per evitare che le operazioni di fusione, scissione, trasformazione possano rappresentare, così come affermato nella Relazione al d.lgs., "agevoli modalità di elusione della responsabilità".

nei confronti di una persona giuridica²⁸, ma per colpa di organizzazione²⁹. E la sanzione che da essa origina può perseguire finalità rieducative ex art. 27, co. 3, Cost. anche nei confronti dell'ente collettivo. Infatti, nell'impianto sanzionatorio 231, le misure pecuniarie e interdittive affliggono beni essenziali dell'ente, quali il patrimonio e la libertà di azione³⁰: sono in grado di svolgere le funzioni proprie delle pene, in quanto idonee sia ad esprimere il giudizio di disvalore etico sociale, sia a svolgere la funzione rieducativa³¹.

28. La locuzione « la responsabilità penale è personale », di cui all'art. 27 Cost., comprende tanto la responsabilità della persona fisica, quanto la responsabilità della persona giuridica. Qualora il costituente avesse voluto limitare il campo alla persona fisica avrebbe dovuto utilizzare termini più specifici. « L'utilizzo, invece, del termine "personale" autorizza ad una interpretazione aderente con la formula legislativa in grado di abbracciare nel suo raggio d'azione, la responsabilità di ogni soggetto titolare di diritti e destinatario di doveri, che nel linguaggio dell'ordinamento, riceve il nome di "persona", comprensivo anche della persona giuridica », MANNA, *La cd. responsabilità*, cit., p. 1109. « In secondo luogo, se non par dubbio che, nel formulare l'art. 27, co. 1, i costituenti non intendevano riferirsi che alla responsabilità della persona fisica, è parimenti vero che quello della volontà storica è un canone ermeneutico poco indicato per l'interpretazione dei principi costituzionali, in quanto intrisi di contenuti metagiuridici destinati al superamento della dimensione positivista del diritto », GIUNTA, *La punizione degli enti*, cit., p. 38. Inoltre, lo sbarramento della pretesa incapacità di azione da parte della persona giuridica è superabile « in una prospettiva di individuazione di criteri di iscrizione normativa, destinati a supplire alla carente capacità naturalistica di azione dell'ente e tuttavia compatibili con il principio di personalità della responsabilità [...] la persona giuridica è normativamente capace di azione, tramite il ricorso a nessi di collegamento che permettano di riferirle il fatto. Si pensi per tutte, alla teoria organicista, secondo la quale le azioni dei soggetti che agiscono in qualità di organi dell'ente sono da ritenere azioni dell'ente. Questa è stata la strada imboccata dal decreto legislativo in esame, che all'art. 5, stabilisce che l'ente risponde per i reati che sono stati commessi nell'interesse o a suo vantaggio, individuando così il parametro oggettivo di ascrizione della responsabilità. Il visibile aggancio alla teoria dell'identificazione ovvero dell'immedesimazione organica permette di affermare la piena compatibilità tra la responsabilità dell'ente e il principio sancito nell'art. 27, co. 1, Cost., inteso nella sua accezione minima (come responsabilità per fatto altrui) », PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica: profili strutturali e sistematici*, in *La responsabilità degli enti*, cit., p. 22.

29. Non bisogna sopravvalutare i contenuti etici del giudizio di colpevolezza. « La colpevolezza giuridica (prima di quella morale) si pone in relazione con gli obblighi di un soggetto verso la società, e la violazione di tali obblighi, anche se posti in essere da un soggetto collettivo, autorizza la formulazione di un giudizio di disvalore. Ciò che si imputa al soggetto collettivo è di non essere stato all'altezza delle aspettative sociali di comportamento: in questo modo la colpevolezza si orienta alla tutela dei beni giuridici e non si esaurisce nella retribuzione di una colpevolezza morale ancorata sulla possibilità di agire altrimenti ». Il sistema 231 valorizza il rispetto di adeguate regole di diligenza auto-imposte da parte della società e finalizzate a prevenire la commissione di reati. Genera così un'aspettativa sociale: si pretende che l'ente, mediante meccanismi di controllo interno ponga in essere idonee ed efficaci 'controspinte' alla realizzazione di reati, PALIERO, *La responsabilità penale*, cit., p. 26. In questa ipotesi la colpa dell'ente è costruita sul modello della c.d. colpa di organizzazione, MANNA, *La cd. responsabilità amministrativa*, cit., p. 1110.

30. *Contra*, si afferma che un'analogia intensità afflittiva è riscontrabile in numerose disposizioni di diritto amministrativo. Ad esempio, l'art 3 d.lgs. n. 507 del 1999 prevede la sospensione o la revoca della licenza o dell'autorizzazione, ovvero la chiusura dello stabilimento, MARINUCCI, *Societas*, cit., p. 1201.

31. « La responsabilità delle persone giuridiche, nel decreto in esame, appare basata soprattutto sui c.d. compliance programs, ovvero su quei meccanismi che tendono proprio, all'interno dell'azienda, a prevenire il rischio reato e, quindi, a tenere un comportamento secundum ius, sia se si tiene conto delle condotte legate al c.d. post factum, cioè risarcitorie, reintegrative e di adozione successiva dei compliance programs, che fanno intendere come una delle funzioni della responsabilità dell'ente e delle relative sanzioni sia

Le sanzioni, sono irrogate all'esito di un procedimento che ricalca « *quasi pedissequamente* » quello penale. L'ambientazione processuale è l'altro elemento utilizzato per sostenere la natura penale della responsabilità e della correlata sanzione³². Infatti, la responsabilità dell'ente viene accertata all'interno di un procedimento penale, dove il pubblico ministero svolge le indagini preliminari ed esercita l'azione penale, e dove il giudice penale competente per il reato presupposto conosce anche della responsabilità da reato dell'ente, secondo la regola del c.d. *simultaneus processus* ed irroga anche all'ente la relativa sanzione con un provvedimento giurisdizionale (art. 36)³³. Ed ancora, si ritiene incline ad un approccio penalistico la disciplina della successione delle leggi nel tempo (art. 3)³⁴, della rilevanza extraterritoriale dell'illecito dell'ente (art. 4), della punibilità dell'ente anche nelle ipotesi tentate (art. 26)³⁵.

Un ulteriore elemento viene altresì ravvisato nella natura dell'interesse violato³⁶. La persona giuridica risponde per un fatto qualificato come illecito penale dal legislatore, che è tale a seguito di un giudizio di meritevolezza della pena compiuto avendo riguardo al rango del bene tutelato³⁷: sarebbe contraddittorio qualificare come amministrativo un illecito « *il cuore della cui fattispecie è costituito da un reato* »³⁸ e ciò solo per la natura del soggetto che ha commesso la violazione.

Verosimilmente, il sistema 231 sembra delineare un "nuovo diritto penale", peculiare in quanto modellato sui soggetti collettivi³⁹. Del diritto

senz'altro la prevenzione speciale [...] La sanzione nei confronti della persona giuridica può, infatti, ambire al raggiungimento di obiettivi irraggiungibili con le pene detentive, perché, nell'ambito della responsabilità degli enti, manca « un corpo da straziare e un animo da umiliare ». La sanzione all'impresa può permettersi un'invadenza e una violenza che un diritto penale moderno e rispettoso della dignità umana non può permettersi. Nei confronti della persona giuridica, il diritto penale può permettersi di operare una riformulazione completa della sua struttura e della sua personalità, reimpostandone la condotta di vita, MANNA, La cd. responsabilità, cit., p. IIII, IIII2.

32. « *Si può replicare che il giudice penale è spesso chiamato ad accertare anche forme di responsabilità diverse da quella penale (civile, per diuturna tradizione, e in qualche caso anche amministrativa), e ad applicare le relative sanzioni [...] Ma si tratta di situazioni in qualche modo "eccezionali", nel senso che la devoluzione al giudice penale sottrae la cognizione alla competenza del giudice o dell'autorità "naturali". Nel caso della responsabilità amministrativa degli enti l'attribuzione al giudice penale è viceversa istituzionale, nel senso che il giudice penale è il giudice naturale preconstituito per legge all'accertamento e alla definizione della relativa responsabilità* », PADOVANI, *Il nome dei principi*, cit., p. 14.

33. DE VERO, *La responsabilità*, cit., p. 313.

34. DE VERO, *La responsabilità*, cit., p. 314.

35. Tale formula non trova alcun riscontro nel settore del diritto amministrativo sanzionatorio, AMARELLI, *Profili*, cit., p. 179.

36. AMARELLI, *Profili*, cit., p. 171.

37. AMARELLI, *Profili*, cit., p. 171.

38. DE VERO, *La responsabilità*, cit., p. 231.

39. La responsabilità degli enti rappresenterebbe il terzo binario del diritto penale che si aggiunge a quelli previsti per la persona fisica, DE VERO, *La responsabilità*, cit. p. 322.

penale della persona fisica condivide i principi e le garanzie fondamentali, ma allo stesso tempo, dallo stesso differisce perché assume come destinatario una persona collettiva. Pertanto, il decreto 231 si espone al giudizio di compatibilità con i principi costituzionali di stampo penalistico⁴⁰. Tuttavia, la giurisprudenza maggioritaria, aderendo alla soluzione amministrativistica, nega che possano porsi questioni di legittimità della normativa con riferimento ai parametri costituzionali che governano il diritto penale⁴¹.

4. L'art. 5, co. 1, d.lgs. 231 del 2001, collegando la responsabilità degli enti ai « reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio », mira a coniugare l'efficacia preventiva della sanzione con il rispetto del divieto di responsabilità per fatto altrui⁴². Ciò in quanto la formula legislativa traduce in termini normativi il rapporto di immedesimazione organica tra autore del fatto ed ente.

Il tenore letterale della disposizione sembra conferire un distinto significato ai due requisiti. La differenza intercorrente tra l'interesse e il vantaggio starebbe nel fatto che il primo « caratterizza in senso marcatamente soggettivo la condotta delittuosa della persona fisica e che (sotto il profilo dell'accertamento) “si accontenta” di una verifica ex ante; viceversa il vantaggio (che assume connotati marcatamente oggettivi, tanto) che può essere tratto dall'ente anche quando la persona fisica non abbia agito nel suo interesse, richiede sempre una verifica ex post »⁴³.

I due termini esprimerebbero « concetti giuridicamente diversi, potendosi distinguere un interesse “a monte” della società ad una locupletazione — prefigurata, pur se di fatto eventualmente non realizzata — in conseguenza dell'illecito rispetto ad un vantaggio obbiettivamente conseguito all'esito del reato perfino se non espressamente divisato ex ante dall'agente »⁴⁴.

Tuttavia, la valenza attribuita ai criteri in esame è assai discussa.

5. Taluni ritengono che quello dell'interesse sembra essere l'unico criterio

40. I principi sanciti agli artt. 25, co. 1 e 2, 27, co. 1, 2, 3, III, II2 Cost. diventerebbero « giustiziabili da parte della Corte costituzionale al fine di vagliare la legittimità (...) delle singole disposizioni normative che compongono il d.lgs. n. 231 », AMARELLI, *Profili*, cit., p. 160. Sulle potenziali ipotesi di illegittimità costituzionale v. DE SIMONE, *Persone giuridiche, responsabilità penale e principi costituzionali*, in *Criminalia*, 2010, 626 ss.

41. Cfr. Trib. Torino, 15 aprile 2011, Espenhahn, disponibile sul sito www.penalecontemporaneo.it, dove, in considerazione della natura amministrativa della responsabilità degli enti è stata dichiarata la manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale involgenti la “presunzione di colpevolezza” emergente dagli artt. 5, 6, 7 e l'indeterminatezza in riferimento ai modelli organizzativi disciplinati dagli artt. 6, 7. L'impostazione è stata confermata dal giudice dell'appello (App. Torino, 28 febbraio 2013, Espenhahn). Ed ancora v. Trib. Milano, Gip, (ord) 8 marzo 2012, consultabile sul sito www.penalecontemporaneo.it, dove sempre in ragione della natura amministrativa della responsabilità è stato escluso che l'art. 25, co. 2, Cost., potesse operare come parametro di costituzionalità del decreto.

42. GIUNTA, *La punizione degli enti*, cit., p. 40.

43. *Relazione al decreto legislativo 8 giugno 2001*, n. 231, cit., pp. 16–17.

44. Cass., Sez. II, 30 gennaio 2006, n. 3615, *Jolly Mediterraneo*, in *Riv. pen.*, 2006, 814.

rilevante ovvero che l'interesse e il vantaggio costituiscono nella struttura della norma un'endiadi⁴⁵.

Il dato viene rinvenuto nella lettura sistematica dell'art. 5, d.lgs. 231⁴⁶: il co. 2, disponendo che l'ente non risponde se l'agente abbia commesso il fatto nell'interesse esclusivo proprio o di terzi, scioglie il rapporto di immedesimazione organica tra l'autore e lo stesso ente.

Di talché, il fatto commesso, pur apportando un vantaggio all'ente, non potrebbe essere ritenuto un suo fatto proprio. In tale evenienza, « *il giudice non dovrà neanche verificare se la persona morale abbia per caso tratto un vantaggio* »⁴⁷, dato che si tratterebbe di un vantaggio fortuito, di per sé estraneo alla 'volontà' dell'ente⁴⁸. Ulteriori conferme sarebbero fornite dal combinato disposto di cui agli artt. 5, co. 1, ed 12, co. 1 lett. a), d.lgs. n. 231: l'art. 12 riduce della metà la sanzione pecuniaria se l'autore del reato ha commesso il fatto nel prevalente interesse proprio o di terzi e l'ente non ne ha tratto vantaggio o ne ha tratto un vantaggio minimo⁴⁹. Se ne deduce che la responsabilità sussisterebbe a fronte di un minimo interesse dell'ente anche in mancanza di un suo vantaggio.

Sulla scorta di tali argomentazioni, viene escluso che il criterio del vantaggio possa rivestire un ruolo autonomo nell'imputazione del fatto di reato all'ente⁵⁰. La tesi è stata fortificata da chi ha relegato il vantaggio a mero indice probatorio della sussistenza dell'interesse e da chi ha ritenuto che il vantaggio non possa da solo garantire il rispetto del principio di personalità, *ex art. 27 Cost.*: affinché si possa muovere un rimprovero all'ente è necessario tener conto della sua realtà in termini di difetto di organizzazione, ovvero di politica d'impresa. Pertanto il solo criterio dell'interesse risulterebbe idoneo a tratteggiare l'atteggiamento complessivo dell'ente e a fondare la responsabilità dello stesso⁵¹.

Chiarita la pretesa rilevanza del criterio d'imputazione dell'interesse, resta da comprendere se lo stesso debba assumere rilevanza in senso subiet-

45. PULITANÒ, *La responsabilità « da reato » degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 425.

46. DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato. Luci ed ombre nell'attuazione della delega legislativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1131.

47. *Relazione al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*, cit., 16.

48. Cass., Sez. VI, 23 giugno 2006, La Fiorita, in *Cass. pen.*, 2007, 89.

49. SELVAGGI, *L'interesse dell'ente collettivo quale criterio di iscrizione della responsabilità da reato*, Napoli, 2006, p. 82 ss.

50. L'interesse rappresenterebbe « *il canale di collegamento realmente indefettibile tra il reato commesso e la persona giuridica, mentre il vantaggio, pur essendo concettualmente ed empiricamente distinto dal primo, gioca un ruolo sostanzialmente comprimario, ove riscontrabile, e comunque non realmente alternativo* », DE VERO, *La responsabilità*, cit., p. 158.

51. SELVAGGI, *L'interesse dell'ente quale criterio di iscrizione della responsabilità da reato colposo*, in *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti*, cit., p. 355 ss.

tivo, come criterio di connessione con l'atteggiamento psicologico della persona fisica, ovvero in senso obiettivo, in quanto oggettivatosi nel fatto di reato.

La prima ipotesi implica un'indagine nella sfera psicologica dell'autore del reato volta a ricercare la finalità o anche la consapevolezza di agire in vista di una possibile utilità dell'ente. Tale tesi si espone però a critiche non facilmente superabili.

In *primis* apre la struttura della responsabilità da reato ad un inopportuno ingresso dell'atteggiamento psicologico⁵², con la conseguenza, irragionevole, di radicare la responsabilità dell'ente sulla singola rappresentazione, eventualmente erronea, dell'agente⁵³. Ed ancora contraddice l'autonomia del sistema 231: sarebbe impossibile, in ottica soggettiva, ravvisare la responsabilità dell'ente nel caso in cui rimanga ignota l'identità del reo⁵⁴, e di conseguenza, si consentirebbe ad una *interpretatio abrogans* dell'art. 8.

Più convincente è quindi la tesi che ricostruisce l'interesse in chiave oggettiva, come proiezione della condotta idonea a produrre un *benefit* per l'ente⁵⁵. Si ritiene che ai fini del suo accertamento possano trovare utile applicazione i requisiti oggettivi del tentativo (art. 56 c.p.) — l'idoneità e la non equivocità — in rapporto all'intenzione di conseguire un vantaggio⁵⁶.

Si sostiene che la rilettura dell'interesse in senso oggettivo sia più coerente con l'intero sistema della responsabilità degli enti. Tuttavia, volgendo lo sguardo alla compatibilità dell'interesse con la struttura dei reati colposi sulla sicurezza nei luoghi di lavoro di cui all'art. 25-*septies*, si perviene ad un risultato *contra legem* qualora si consideri l'interesse l'unico criterio operante, sia in chiave soggettiva che oggettiva⁵⁷. Aderendo alla tesi soggettivizzante, si distingue a seconda che il fatto venga commesso con colpa cosciente o incosciente. Poiché l'illecito si caratterizza per la non volontarietà della condotta (e maggior ragione delle sue conseguenze) si esclude la possibilità di far rispondere l'ente per un illecito commesso con colpa incosciente (e analogamente per *culpa in vigilando*): l'autore, ignorando (e similmente dimenticandosi) di agire in violazione di regole cautelari, mai potrebbe

52. MANNA, *La cd. responsabilità*, cit., p. III4.

53. PULITANÒ, *La responsabilità*, cit., p. 425.

54. PELISSERO, *La responsabilità degli enti*, in Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol I, XIII ed., a cura di Grosso, Milano, 2007, p. 865.

55. DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti nel sistema sanzionatorio italiano: alcuni aspetti problematici*, in *Riv. it. dir. pen. econ.*, 2004, 671; in argomento v. anche DE VERO, *La responsabilità*, cit.; GIUNTA, *Attività bancaria*, cit., p. 7; MANNA, *La cd. responsabilità*, cit., p. III4; PELISSERO, *La responsabilità*, cit., p. 865; PULITANÒ, *La responsabilità*, cit., p. 425.

56. DE SIMONE, *La responsabilità*, cit., p. 672.

57. RIVERDITI, "Interesse o vantaggio" dell'ente e reati (colposi) in materia di sicurezza sul lavoro, in questa Rivista, 2011, 2, 395.

agire nell'interesse dell'ente⁵⁸. In tali casi l'art. 25–septies sarebbe inapplicabile, comportando un evidente *vulnus* di tutela. Di converso, l'opposta impostazione consentirebbe di radicare sempre ed in ogni caso la responsabilità dell'ente (anche nelle ipotesi di colpa incosciente): l'illecito colposo non potrebbe mai essere realizzato nell'interesse dell'autore, ed essendo compiuto nell'ambito dell'attività d'impresa, verrebbe considerato sempre commesso indirettamente nell'interesse dell'ente⁵⁹.

6. Tale considerazione sembrerebbe avvalorare la natura dualistica della formula, accolta sia dalla Relazione al decreto, che dalla giurisprudenza di legittimità.

In dottrina si evidenzia che l'argomento utilizzato dalla tesi monistica, incentrato sul rapporto tra i diversi commi dell'art. 5, è mal posto. Invero, il secondo comma prende in considerazione un caso eccezionale: la persona fisica — che nell'ambito di un'impresa opera nell'interesse e a vantaggio dell'ente in virtù del rapporto di immedesimazione organica — commette il reato nel proprio esclusivo interesse o di un terzo. È un'ipotesi estrema che porta il legislatore a derogare la disciplina del primo comma e a consentire che l'ente non risponda anche se abbia tratto un obiettivo vantaggio. Se così non fosse, l'ente sarebbe chiamato a rispondere per un fatto altrui. Tuttavia, si afferma che il vantaggio rappresenterebbe un criterio di notevole estensione della responsabilità, tale da incardinare la responsabilità dell'ente per tutti i reati presupposto che avvantaggino (anche fortuitamente) l'ente, sia sotto un profilo patrimoniale e che non patrimoniale⁶⁰.

Si obietta che non potrebbero essere tollerate ipotesi di responsabilità oggettiva, dato che il criterio oggettivo d'imputazione non rappresenta l'unica modalità di connessione tra il reato e la *societas*. Opera, in ogni caso, il criterio soggettivo della cd. colpa di organizzazione (artt. 6, 7 d.lgs. 231) che svolge un importante ruolo selettivo dei fatti penalmente rilevanti imputabili all'ente⁶¹ e consente di mantenere inviolato il principio di colpevolezza di cui all'art. 27 Cost.

Inoltre, il criterio del vantaggio si ritiene possa svolgere una funzione selettiva, anche se, in effetti, non si evincono nel testo del decreto aggettivi di specificazione (come ad es. “patrimoniale”) idonei a perimetrare il raggio di azione del concetto.

58. DOVERE, *Osservazioni in tema di attribuzione all'ente collettivo dei reati previsti dall'art. 25–septies del d.lgs. n. 231 del 2001*, in *Riv. it. dir. pen. econ.*, 2008, 327.

59. EPIDENDIO, PIFFER, *La responsabilità degli enti per reati colposi*, in *d.lgs. n. 231 del 2001: dieci anni di esperienze nella legislazione e nella prassi*, in *Gli Speciali de Le società*, 2011, 40.

60. SELVAGGI, *L'interesse collettivo*, cit., p. 28.

61. AMARELLI, *I criteri oggettivi di iscrizione del reato all'ente collettivo ed i reati in materia di sicurezza sul lavoro*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 7.

Ma dal conteso in cui opera il decreto 231 — la realtà imprenditoriale, dominata da una logica economica⁶² — si ritiene possibile, in quanto aderente al dettato normativo, una lettura meramente economica del vantaggio⁶³.

Il vantaggio può svolgere un ruolo selettivo ed autonomo, soprattutto nello specifico settore degli illeciti colposi⁶⁴. Si sostiene, altresì, che un ruolo significativo lo possa svolgere anche nel campo dei reati dolosi, dove l'interesse svolge un ruolo assorbente ai fini dell'ascrizione della responsabilità all'ente. Ciò si desume dal tipo di accertamento che i sostenitori della tesi monistica (dell'assorbenza dell'interesse) ritengono si debba seguire col rinvio ai criteri di cui all'art. 56 c.p.: l'idoneità, al pari dell'univocità, è un termine di relazione che deve essere posto in collegamento con un altro referente concettuale. Il vantaggio, o l'intenzione di conseguire lo stesso, rappresenta il suo referente naturale⁶⁵. Senza il referente del vantaggio sarebbe assai difficile anche giudicare *ex ante* la sussistenza dell'interesse⁶⁶.

7. Il legislatore italiano ha apparentemente avvertito l'esigenza di presidiare la salute e la sicurezza negli ambienti di lavoro per mezzo del decreto 231 solo con la L. 3 agosto 2007, n. 123, che ha inserito all'interno del catalogo dei reati presupposto l'art. 25-*septies*, prontamente riformulato dal d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81.

L'intervento normativo presenta criticità che investono un triplice piano.

Innanzitutto, quello della tempistica: il ritardo della previsione normativa è addebitabile alle pressioni che il mondo dell'impresa ha originariamente esercitato sull'esecutivo⁶⁷: in un Paese in cui, ancora oggi, appare lontana la pacifica convivenza tra l'integrità fisica (e la vita) e l'esercizio dell'attività lavorativa, può ben comprendersi come i costi per mettere in sicurezza gli ambienti di lavoro fossero considerati tali da non poter essere sostenuti dalle PMI. La pronta applicazione del decreto legislativo 231, secondo le

62. La rilettura in chiave economica del vantaggio è assai criticata, dato che rischia di tenere fuori dalla tutela "penale" situazioni altrettanto meritevoli. Ad esempio, sulla base di tale assunto, non sarebbero "punibili" gli enti quando la violazione delle regole cautelari dipenda una *culpa in vigilando* e ciò non si traduca in un effettivo profitto o risparmio di spesa per l'ente, soprattutto se si volge lo sguardo alla rilevanza dei beni giuridici in gioco, DE VERO, *La responsabilità*, cit., p. 280.

63. AMARELLI, *I criteri oggettivi*, cit., p. 10.

64. Si rinvia al § 5.1.2.

65. Così DE SIMONE, *La Responsabilità*, cit., p. 38, il quale sottolinea che « l'unica chiave di lettura che consenta di attribuire a questo criterio un'autonoma rilevanza — perlomeno in relazione ai fatti dolosi — sia quella processualistica: l'accertato conseguimento di un vantaggio per la persona fisica dovrebbe determinare un'inversione dell'onere della prova, nel senso che dovrebbe comportare una presunzione *juris tantum* circa la sussistenza di un interesse della persona giuridica, alla quale spetterà, pertanto, il dover dimostrare che l'autore ha commesso il reato-presupposto nell'interesse esclusivo proprio o di terzi, così da rompere il nesso di immedesimazione organica che altrimenti lo avrebbe legato alla *societas* ».

66. AMARELLI, *I criteri oggettivi*, cit., p. 38.

67. MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, II, Padova, 2012, p. 154.

associazioni di categoria, avrebbe potuto rappresentare la spada di Damocle per l'economia italiana⁶⁸.

In secondo luogo, quello dell'insufficienza della tutela: con l'art. 25-*septies*, il legislatore ha inserito distinte tipologie delittuose, di natura colposa (omicidio e lesioni gravi e gravissime). Sorprende che non abbia considerato espressamente tra i reati presupposto, soprattutto, i classici delitti di cui agli artt. 437 e 451 c.p. che rappresentano un baluardo nella tutela penalistica dell'incolumità nei luoghi di lavoro.

Infine, le sopramenzionate insidie che la previsione di fattispecie colpose ha comportato in termini di coordinamento con la disciplina di parte generale del decreto, che nell'applicazione pratica, era stata collaudata solo per reati di natura dolosa.

7.1 La compatibilità tra il criterio di ascrizione oggettivo e i reati d'infortunio

Sotto quest'ultimo profilo, giova ricordare che il reato presupposto, nell'ambito della responsabilità degli enti, è considerato lo strumento che la persona fisica utilizza per l'ottenimento di una utilità economica d'impresa⁶⁹. Tale strumentalità, nei reati dolosi, sussiste solo se il dolo dell'autore rappresenta il perseguimento, almeno in parte, dell'oggettivo interesse dell'ente. La configurazione di una tale strumentalità nei reati colposi è assai problematica⁷⁰.

Orbene, la lettura in combinato disposto dell'art. 5 con l'art. 25-*septies* conduce a valutare la sussistenza dell'interesse o vantaggio dell'ente con riferimento ai reati di cui agli artt. 589 e 590 c.p. Questo significa che il giudice riterrà ascrivibile oggettivamente all'ente solo l'omicidio colposo e la lesione aggravata che siano state realizzate nel suo interesse o a suo vantaggio.

A rigor di logica apparirebbe una contraddizione in termini pensare che un soggetto possa, non volendolo, commettere un fatto (illecito) nell'interesse di qualcun altro⁷¹.

Soprattutto con riferimento alla materia della salute e della sicurezza sul lavoro la questione si profila assai delicata.

Infatti, non è concepibile che l'ente tragga un interesse, né tanto meno un vantaggio da un infortunio. Basti pensare agli obblighi derivanti dal risar-

68. Il d.lgs. 231 è risultato amputato, rispetto alla delega conferita, proprio di quei reati — tra gli altri quelli previsti in materia di infortunistica sul lavoro — che dovevano costituire il presupposto di maggiore significato della novella legislativa, secondo scelte che è difficile non ricondurre a valutazioni di opportunità contingenti, ricollegabili alla scadenza elettorale, così MANZIONE, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: una soluzione opportuna o solo "di comodo"?*, in *La responsabilità degli enti*, cit., p. 98.

69. ALESSANDRI, *Il criterio d'imputazione*, cit., p. 256.

70. DOVERE, *Osservazioni*, cit., p. 325.

71. ALESSANDRI, *Il criterio d'imputazione*, cit., p. 256.

cimento danni, ai danni d'immagine per l'azienda; ai costi della sostituzione del lavoratore e per la formazione del sostituto; alla flessione dei livelli di produttività derivanti dalle esigenze investigative.

8. Si è tentato di risolvere l'*empasse* interpretativo mediante interpretazioni alquanto discutibili⁷²:

- a) inapplicabilità dell'art. 5 per le fattispecie colpose;
- b) abrogazione tacita dell'art. 25–*septies*.

La prima ipotesi non è condivisibile. Una tale soluzione condurrebbe ad una tacita abrogazione dell'art. 5, in aperto contrasto col principio di legalità (art. 25, co. 2, Cost.) così smentendo, tra l'altro, il tenore della legge delega che ha inserito il criterio in esame tra i vincoli imposti al legislatore delegato⁷³. Sarebbe, inoltre, viziata da irragionevolezza (art. 3 Cost.) perché comporterebbe un trattamento sanzionatorio deteriore rispetto alle ipotesi di reati presupposto dolosi.

La seconda interpreta l'art. 25–*septies* in maniera estremamente garantista, non ritenendolo mai sussistente per mancanza del nesso oggettivo d'imputazione. Di talché, sempre in aperto contrasto col principio di legalità, comporterebbe l'abrogazione giudiziale dell'art. 25–*septies*, e priverebbe l'ordinamento, in violazione dell'art. 2 Cost., delle potenzialità di tutela insite nella disciplina sulla responsabilità "penale" degli enti. Ma sarebbe anche irragionevole, perché intensificherebbe le garanzie costituzionali di cui all'art. 27, co. 1, Cost. nei confronti degli enti rispetto alle persone fisiche.

8.1 La soluzione che opta per la compatibilità tra il criterio d'imputazione, ex art. 5 e i delitti di cui all'art. 25–*septies* appare, a determinate condizioni, l'unica perseguibile, dato che valorizza il principio di legalità, di conservazione dei beni giuridici, nonché le ragioni di prevenzione generale e speciale e di effettività di tutela che hanno portato il legislatore ad estendere la responsabilità da reato degli enti agli infortuni (colposi) sul luogo di lavoro.

Invero, la dottrina ha maturato diverse opzioni per consentire la compatibilità tra i criteri oggettivi dell'interesse o del vantaggio ed i reati colposi.

Le soluzioni più appaganti sono sostanzialmente tre:

- a) sussistenza del solo criterio del vantaggio;

72. Per una panoramica delle soluzioni dottrinali cfr. SELVAGGI, *Infortuni sul lavoro e interesse dell'ente. Tra « rottura » e « conservazione », l'unità del sistema di responsabilità dell'ente alla prova dei reati colposi*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2010, 510.

73. EPIDENDIO, PIFFER, *Criteri d'imputazione del reato all'ente: nuove prospettive interpretative*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2008, p. 3, 18.

b) oggettivizzazione del criterio dell'interesse e correlata sussistenza a fronte di una violazione cautelare commessa nell'ambito di un'attività dell'ente;

c) ricostruzione del requisito dell'interesse in chiave 'mista' soggettiva e oggettiva.

La prima impostazione ritiene che il criterio dell'interesse sia ontologicamente inoperante: il collegamento oggettivo ente-reato può essere affidato al solo vantaggio⁷⁴.

Orbene, si ritiene che dall'omissione dei comportamenti doverosi imposti dalle norme cautelari può derivare solo un vantaggio sotto forma di risparmio di spesa ovvero di aumento della produttività e del profitto, anche, se in concreto, manca l'interesse a commettere il reato.

Un argomento posto a sostegno di tale soluzione è il sopramenzionato riferimento alle disposizioni di cui agli artt. 5 co. 2, e 12 d.lgs. 231, che si ritengono inefficaci rispetto ai reati colposi. Ciò perché in tali tipologie delittuose non si riscontrerebbe mai un esclusivo interesse, né tanto meno, uno prevalente della persona fisica alla commissione dei fatti, dal momento che per definizione, la stessa persona fisica commettere il reato senza volerlo⁷⁵. La deroga prevista dalle due norme opererebbe solo per i reati dolosi e non anche per quelli colposi proprio in quanto proiettata sul criterio dell'interesse, e di conseguenza sulla tensione finalistica del comportamento dell'autore del reato.

Inoltre, si ritiene che l'art. 8 d.lgs. n. 231, confermi implicitamente la rilevanza (autonoma) del vantaggio, dato che disegna un modello autonomo di responsabilità. Se ai fini dell'imputazione sarebbe rilevante il solo criterio dell'interesse — sia esso inteso in chiave soggettiva che oggettiva — non sarebbe ascrivibile all'ente il fatto in caso di mancata identificazione del reo. Sotto un profilo soggettivo, perché non si potrebbe provare se il fatto sia stato commesso nell'interesse esclusivo o prevalente della persona fisica. Sotto quello oggettivo, perché non essendo identificato l'autore materiale del fatto, non si sarebbe in grado di accertare che esso sia stato commesso da un soggetto qualificato destinatario di regole cautelari⁷⁶.

La critica principale mossa a tale ricostruzione muove dall'incapacità selettiva del criterio del vantaggio e dal correlato rischio di consentire un'imputazione automatica dell'ente in ogni ipotesi di illecito colposo. Si replica che l'imputazione all'ente del reato non poggia sui soli criteri oggettivi, ma opera di concerto con quello soggettivo della c.d. colpa di organizzazione

74. SANTORIELLO, *Violazione delle norme antinfortunistiche e reati commessi nell'interesse o a vantaggio della società*, in *La responsabilità amministrativa della società e degli enti*, 2008, I, p. 161.

75. AMARELLI, *I criteri oggettivi*, cit., p. 36.

76. AMARELLI, *I criteri oggettivi*, cit., p. 37.

(artt. 6, 7). Tuttavia, si considera necessario non cedere alla tentazione di considerare l'ente rimproverabile solo per inadeguatezza organizzativa⁷⁷, ed in particolare, nello specifico campo degli illeciti colposi, solo per i fatti che trovano realizzazione a causa di una deficitaria o assente organizzazione prevenzionistica, a fronte di un qualsiasi vantaggio che ne abbia tratto⁷⁸: il vantaggio, si afferma, può e deve svolgere una funzione selettiva, specie se rivalutato in termini economici.

Nonostante ciò la tesi si espone ad una un difetto insanabile: nei casi in cui il soggetto "significativo" ometta le cautele doverose in virtù di atti che riflettono una certa cultura imprenditoriale oppure per mera dimenticanza, il reato che consegue non potrà essere ascritto all'ente se non ne deriva un utile.

La seconda impostazione valorizza la teoria della immedesimazione organica, e considera rilevante il criterio d'interesse, ma previa una sua ricostruzione in chiave oggettiva.

La condotta (e non l'evento) viene assunta come termine di paragone dell'interesse. Ciò in quanto nelle condotte colpose non è rintracciabile alcun atteggiamento finalistico da parte del soggetto agente alla realizzazione dell'evento. Infatti, la colpa non è un coefficiente psicologico, bensì normativo, in cui il finalismo della condotta può bene armonizzarsi con la non volontarietà dell'evento. « *Il singolo viene accusato di aver tenuto una determinata condotta pericolosa per l'altrui incolumità per violazione della normativa cautelare che prescrive le precauzioni da assumere prima di adottare quel determinato comportamento, fermo rimanendo che esula dall'intenzione dell'agente qualsiasi volontà di cagionare danni ai terzi, giacché è proprio tale ultimo elemento — ovvero la non volontarietà delle conseguenze negative subite da altri soggetti in conseguenza della condotta negligente ed imprudente — a differenziare la condotta colposa da quella dolosa* »⁷⁹.

Quindi, se la « *condotta che la persona fisica abbia tenuto nello svolgimento della sua attività per l'ente* »⁸⁰ è il riferimento obbligato per l'accertamento dell'interesse, in quest'ottica, non è l'infortunio sul lavoro (omicidio/lesioni) a rilevare in prima battuta per l'impresa, bensì una condotta inosservante delle norme inerenti la tutela della sicurezza sul lavoro.

77. Sulla teorica che valorizza la rimproverabilità dell'ente proprio in ragione delle caratteristiche organizzative dello stesso si rimanda ad ALESSANDRI, *Il criterio d'imputazione*, cit., p. 265.

78. ALESSANDRI, *Il criterio d'imputazione*, cit., p. 266.

79. SANTORIELLO, *Violazione delle norme antinfortunistiche*, cit. p. 171.

80. PULITANÒ, *La responsabilità*, cit., p. 426. *Contra*, si afferma che l'ente non avrebbe interesse alla violazione della regola cautelare così come non avrebbe interesse alla lesione o alla morte del lavoratore. La formula normativa dovrebbe essere intesa come interesse della compagine organizzata a non evitare il reato. Così inteso, il criterio d'imputazione può riferirsi a tutto l'illecito colposo, e non solo alla violazione della regola cautelare, SELVAGGI, *L'interesse dell'ente*, cit., p. 360.

Ai fini dell'imputazione rileva, infatti, la posizione rivestita dall'agente nell'ambito dell'organizzazione: la mera circostanza che il fatto (anche colposo) sia commesso da una persona fisica qualificata, nello svolgimento delle attività istituzionali dell'ente di appartenenza, è condizione necessaria e sufficiente ai fini dell'operatività del criterio dell'interesse; esulano dall'indagine sia le finalità che il soggetto agente intendeva perseguire, sia i vantaggi che l'ente avrebbe in concreto tratto⁸¹. La condotta deve, inoltre, inserirsi nella relazione diretta tra l'attività d'impresa e la regola violata, il cui rispetto è condizione per il lecito agire dell'ente: solo se la norma cautelare violata dal soggetto qualificato (la cui posizione di garanzia è inserita nell'organizzazione imprenditoriale) sia diretta all'ente, può presumersi che il reato presupposto, che su tale violazione si fonda, sia stato commesso nell'interesse dell'ente⁸².

La tesi si espone però ad una duplice censura. Si contesta che una simile lettura condurrebbe ad una modifica surrettizia delle fattispecie presupposto con la conseguente compressione del principio di legalità: nei reati colposi di evento è lo stesso evento, e non la condotta, a dover essere associato all'ente: « *se la violazione cautelare non integra di per sé reato l'ente viene chiamato a rispondere per una condotta che gli appartiene, ma che non costituisce illecito penale; se a quella violazione consegue un'autonoma sanzione penale, l'ente è chiamato a rispondere in realtà per un reato diverso da quelli previsti dall'art. 25-septies* »⁸³. A tal proposito si osserva come l'epicentro dell'art. 25-septies sia proprio costituito dalla violazione di norme antinfortunistiche e, quindi, delle pertinenti regole cautelari e che « *è nella fisiologia di ogni meccanismo d'imputazione la circostanza che non tutte le note di una fattispecie rilevino allo stesso modo nell'ottica dell'iscrizione* »⁸⁴. Soprattutto si mette in dubbio l'opportunità di riferire il criterio dell'interesse alla condotta, dato che il criterio di imputazione potrebbe riferirsi a tutto l'illecito colposo se inteso come interesse della *societas* a non evitare il reato⁸⁵.

In secondo luogo si stigmatizza la soluzione di riferire l'interesse all'attività nella quale l'illecito s'inserisce, in quanto contraddirebbe la coerenza del criterio d'imputazione con il canone costituzionale di personalità⁸⁶.

81. DE VERO, *La responsabilità*, cit., p. 280.

82. EPIDENDIO, PIFFER, *Criteri d'imputazione*, cit., p. 19.

83. DOVERE, *Osservazioni*, cit., p. 334.

84. SELVAGGI, *Infortuni*, cit., p. 513 ss.

85. « *Ad emergere saranno semmai prospettive puntuali, di regola collegate alla organizzazione e, o all'andamento della produzione — ad esempio un risparmio mediante il taglio dei costi alla sicurezza o un maggior livello produttivo — delle quali si può dire che manifestano un dato unitario — su cui propriamente si accentrano le valutazioni dell'ordinamento — cioè l'interesse della compagine organizzata a non evitare il reato* », SELVAGGI, *Infortuni*, cit., p. 514.

86. SELVAGGI, *Infortuni*, cit., p. 524.

In questa prospettiva la terza tesi valorizza l'operatività del concetto d'interesse solo se ricostruito in modo da combinare un aspetto soggettivo e oggettivo. Sotto un profilo soggettivo il criterio dell'interesse pretende che il reato promani da una "ragione collettiva": la persona fisica commette il reato 'immedesimandosi' nella "cultura imprenditoriale"⁸⁷ ovvero nel "modus operandi" della persona morale al fine di perseguire un interesse collettivo. Sotto quello oggettivo, l'interesse collettivo deve essere realizzabile⁸⁸. Ciò consentirebbe di evitare che vengano ascritte all'ente situazioni di associazione improbabile tra un reato e i reali interessi dell'ente, evitando presunzioni di destinazione e favorendo l'accertamento dell'interesse concreto⁸⁹.

9. La giurisprudenza di merito non ha ravvisato alcuna antinomia tra la formula legislativa di cui all'art. 5 e i delitti di cui all'art. 25-septies, ma nell'applicazione pratica, è pervenuta ad epiloghi interpretativi differenti a seconda che abbia valorizzato le istanze general-preventive, ovvero quelle liberal-garantiste.

L'impostazione che va per la maggiore afferma che tanto l'interesse quanto il vantaggio devono essere interpretati in senso alternativo e oggettivo e vanno accertati in sede giudiziale con riferimento alla condotta colposa che ha generato l'evento infortunistico. Inoltre, la condotta deve possedere un contenuto economico: le violazioni della normativa antinfortunistica devono essere "interessate" al perseguimento della finalità del profitto o, in particolare, della riduzione dei costi.

Sussiste, comunque, un certo disorientamento riguardo all'individuazione e alla portata del criterio da utilizzare in concreto.

Infatti, sul significato da attribuire all'interesse, non mancano decisioni che non lo intendano in senso oggettivo, ma soggettivo⁹⁰; sotto il profilo della rilevanza, se alcune pronunce danno prevalenza al criterio dell'interesse ai fini dell'imputazione, altre lo danno al vantaggio (in una circostanza si è perfino ritenuto intercambiabile il requisito dell'interesse con quello

87. Si critica il frequente ricorso a concettualizzazioni vaghe e approssimative come quelle di cultura d'impresa, di politica d'impresa. Anzitutto perché esse mirano a fornire una sorta di identità reale all'ente: sottendono un'impostazione antropomorfa, che cerca di offrire un surrogato avvicinabile alla figura e all'attività della persona fisica. In secondo luogo perché una tale visione è capace di descrivere un quadro antico, che era possibile tracciare rispetto all'impresa tradizionale, della fabbrica fordista, ma è anacronistica ed inefficace dinanzi alla disarticolazione della moderna realtà aziendale, ALESSANDRI, *Il criterio*, cit., p. 255.

88. SELVAGGI, *L'interesse dell'ente*, cit., p. 361.

89. SELVAGGI, *L'interesse dell'ente*, cit., p. 362.

90. Trib. Cagliari, 4 luglio 2011, Saras S.p.a., in *Corr. merito*, 2012, 169, con nota di GENTILE; Trib. Tolmezzo, 23 gennaio 2012, Giud. Massarelli, in www.penalecontemporaneo.it.

del vantaggio⁹¹); ancora, in punto di accertamento, si è affermato che l'interesse vada accertato *ex ante*, anche se a volte ci si è "accontentati" di una presunzione, facendolo dipendere dalla verifica che l'autore non abbia agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi⁹².

La prima decisione in materia ha avallato una lettura dell'interesse in chiave oggettiva, sull'assunto che « *l'art. 5 individua una responsabilità per reati commessi nell'interesse dell'ente e non semplicemente commessi ritenendo di perseguire un suo interesse. L'interesse deve essere concreto e non va agganciato alle mere intenzioni dell'autore del reato* »⁹³. Ha ritenuto il dato giustificato dal tenore dell'art. 8 del decreto, il quale, fissando il principio di autonomia della responsabilità dell'ente, non richiederebbe un'indagine sull'elemento psicologico dell'agente, con la conseguenza che non sarebbe addebitabile all'ente un fatto commesso con l'intento di perseguire un interesse dell'ente, laddove il fatto non corrisponda ad un obiettivo riconducibile alla politica d'impresa.

Il parametro di riferimento dell'interesse concreto viene rinvenuto nella condotta, la quale se posta in essere nell'interesse dell'ente (*rectius*: se è confacente alla politica d'impresa di quest'ultimo), comporta l'integrazione della responsabilità di quest'ultimo. Qualora, infatti, « *la morte o le lesioni subite dal lavoratore potessero corrispondere all'interesse della società o provocare alla medesima un vantaggio, la finalizzazione della condotta in tale direzione escluderebbe la natura colposa del reato* ».

Nelle pronunce successive sono emerse impostazioni divergenti.

In un caso, si è valorizzata una lettura purista del concetto d'interesse inteso in chiave oggettiva: è stato imputato il fatto all'ente perché commesso dal persona fisica inserita nell'organigramma aziendale, in violazione della normativa antinfortunistica incombente sull'ente. Infatti, il Tribunale ha ritenuto responsabile l'ente perché il datore di lavoro « *è apparso indifferente (o, comunque, non sufficientemente attento) alla tutela delle condizioni di lavoro dei propri dipendenti* »⁹⁴. Una tale ricostruzione consente una piena operatività del decreto legislativo n. 231 sia nei casi di colpa cosciente, che incosciente.

In un altro caso, si è affermato che l'interesse deve essere avvinto da una tensione finalistica verso un "risparmio di spesa", indipendentemente dal fatto che si sia raggiunto un tale risultato⁹⁵. « *Si deve trattare anzitutto*

91. Trib. Trani, Sez. dist. Molfetta, 26 ottobre 2009, Truck Center S.a.s., in *Corr. merito*, 2010, 408 ss., con nota di GATTA.

92. Trib. Pinerolo, 23 settembre 2010, Giud. Reynaud, in *www.penalecontemporaneo.it*.

93. Trib. Torino, 15 aprile 2011, Espenhahn, cit., e Corte d'app. Torino, 28 febbraio 2013, Espenhahn, cit.

94. Trib. Pinerolo, 23 settembre 2010, cit.

95. GIUNTELLI, *Interesse e, o vantaggio dell'ente: nuovi percorsi giurisprudenziali (in particolare nei reati colposi)*, in *Riv. 231*, I, 2012, 91 ss.

di un'azione od omissione consapevole o volontaria; ciò che esclude, ad esempio, tutte le ipotesi di imperizia [...] In secondo luogo, la volontarietà della condotta non deve derivare da una semplice sottovalutazione dei rischi o da una cattiva considerazione delle misure di prevenzione »⁹⁶. L'ambito delle condotte colpose, rilevanti ex art. 25-septies, è stato così limitato ai soli casi di colpa cosciente.

Un'altra pronuncia, anche se ha riconosciuto nel vantaggio il criterio più idoneo di collegamento tra il reato e l'ente⁹⁷, è pervenuta al medesimo risultato. È ascrivibile all'ente la condotta del soggetto qualificato che agisce per conto dello stesso con sistematiche violazioni cautelari in materia di sicurezza sul lavoro, produttive di un « *abbattimento di costi e spese per l'adozione ed attuazione dei presidi antinfortunistici, nonché ottimizzazione dei profitti* »⁹⁸. In altri termini, la condotta rilevante è quella che si “immedesima” in una politica d'impresa finalizzata alla svalutazione della gestione della sicurezza e produttiva di vantaggi consistenti in risparmi d'impresa.

10. La soluzione interpretativa da preferire deve rifuggire dal rischio di oscillare tra i due approcci radicali: la necessitata e imprescindibile responsabilità dell'ente o l'esclusione dal qualsiasi forma di responsabilità.

L'impostazione mediana è l'unica strada percorribile. Deve riconoscersi ai criteri dell'interesse e del vantaggio una chiara autonomia concettuale ed una piena indipendenza funzionale ai fini dell'imputazione oggettiva del reato, ma a condizione di una compiuta valorizzazione della nozione di interesse in termini oggettivi: la condotta oggetto di rimprovero deve essere « *posta in essere dal suo autore (persona fisica) nell'ambito del perseguimento di compiti “istituzionalmente” affidatigli dall'ente* »⁹⁹.

In altre parole, l'accertamento dell'interesse dovrà saggiare le finalità della condotta dell'agente significativo verso la realizzazione di un compito istituzionale dell'ente: il giudice dovrà verificare, non solo, se la condotta abbia rilevanza causale nei confronti dell'evento, ma soprattutto se la stessa si inserisca nel contesto dell'attività istituzionale dell'ente. La condotta riferibile all'ente sarà quella riconducibile ad una posizione di garanzia; è, infatti, la posizione di garanzia a testimoniare la “connaturalità” tra la regola violata e l'attività dell'ente. Pertanto, sarà considerato perpetrato nell'interesse dell'ente il reato realizzato da un soggetto qualificato (*rectius*: garante) che ha posto in essere un comportamento difforme da quello normativamente imposto, consistente in una violazione di una regola cautelare (il cui rispetto connota l'agire lecito dell'ente).

96. Trib. Cagliari, 4 luglio 2011, Saras. S.p.a., cit.

97. Trib. Novara, 26 ottobre 2010, G.u.p. Pezzone, in www.rivista231.it.

98. Trib. Novara, 26 ottobre 2010, G.u.p. Pezzone, cit.

99. In argomento v. RIVERDITI, “*Interesse o vantaggio*” dell'ente cit., p. 402 ss.

Tanto basterebbe su piano obiettivo per ritenere la responsabilità della persona morale aderente al significato primordiale del principio di personalità della responsabilità penale: la *societas* risponderebbe per fatto proprio perché il soggetto, in qualità di organo immedesimo nell'ente, perseguirebbe (illecitamente) compiti sociali. Ciò, tuttavia, non appare sufficiente, perché, in materia di reati colposi, va, a nostro avviso, valorizzato soprattutto il criterio del vantaggio, particolarmente in rapporto alle spese per evitare infortuni sul lavoro, perché in genere costituisce il "movente" reale dell'atteggiamento antidoveroso dell'ente e, quindi, legittima l'ascrizione a quest'ultimo anche dei reati colposi previsti dal decreto legislativo 231.

Rinnovazione istruttoria e giudizio di rinvio

Problematiche e prospettive in caso di rito abbreviato

Nicoletta Mani

1. La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in grado di appello, strumento finalizzato — negli intenti del legislatore — a garantire il diritto alla prova nel contesto di un processo di parti, assume connotati inediti e poco prevedibili nell'ambito del giudizio di rinvio a seguito di annullamento da parte della Corte di cassazione, così come disciplinato dall'art. 627 c.p.p.¹, secondo cui, ove le parti ne facciano richiesta, il giudice dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale ai fini dell'assunzione delle prove rilevanti per la decisione². Evidente è l'attribuzione alle parti dell'esclusiva titolarità in ordine all'ingresso delle prove nel giudizio e la contestuale esclusione di ogni potere d'ufficio del giudicante in tal senso³.

1. Per un inquadramento storico-sistematico del giudizio di rinvio v. SIRACUSANO, *I rapporti tra cassazione e rinvio nel processo penale*, Milano, 1967, p. 136; sul tema v. anche BARGI, *Il ricorso per cassazione*, in *Le impugnazioni penali*, a cura di Gaito, II, Torino, 1998, p. 632; BELLAVISTA, *Corte di cassazione (diritto processuale penale)*, in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962, p. 851; BELTRANI, *Il giudizio di rinvio*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, V, Torino, 2009, p. 786; PITTARO, *Sub art. 627 c.p.p.*, in *Comm. c.p.p.*, Giarda, Spangher, Milano, 1997, p. 3; GRILLO, *Sub art. 627 c.p.p.*, in *c.p.p. ipert.* Gaito, IV ed., Torino, 2012, p. 3796. Sulla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello v. MAZZARRA, *La rinnovazione del dibattimento in appello*, Padova, 1995, p. 32 s.; PERONI, *L'istruzione dibattimentale nel giudizio d'appello*, Padova, 1995, pp. 133 s. In tema di diritto alla prova v. BARGI, *La rinnovazione istruttoria in appello tra potere discrezionale del giudice e diritto alla prova*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 95; Id., *Procedimento probatorio e giusto processo*, Napoli, 1990; VASSALLI, *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, 12.

2. Ad un attento esame, si nota come l'immediato referente della struttura del giudizio di rinvio, sia per quanto concerne i poteri del giudice, sia in riferimento allo spazio probatorio concesso, è rappresentato dalla sentenza di annullamento della Cassazione, la quale costituisce non solo « il dato genetico da cui il giudizio di rinvio trae origine, ma anche quell'elemento della fattispecie che concorre ad individuarne l'ambito cognitivo », FIORIO, *La prova nel giudizio di rinvio*, in *La prova penale*, diretto da Gaito, Torino, 2008; cfr. DINACCI, *Il giudizio di rinvio nel processo penale*, Padova, 2002, p. 231.

3. La previsione è chiaramente limitata alle ipotesi in cui oggetto di annullamento sia una sentenza di appello, non ponendosi problemi particolari nel caso di rinvio in primo grado, ove verrà ricebrato un completo dibattimento. Sul punto v. MONACO, *Il giudizio di rinvio*, in *Le impugnazioni penali*, a cura di Gaito, II, Torino, 1998, p. 776. Cfr. SPANGHER, *La pratica del processo penale*, II ed., Padova, 2012, pp. 282 e ss.: « Poiché elemento caratterizzante del giudizio di rinvio è proprio la regressione del procedimento in una fase anteriore, al fine di una sua totale o parziale ripetizione, la determinazione dei poteri del giudice di rinvio risulta — in linea generale — correlata a quelli propri dello stato e del grado

Le differenze rispetto alla disciplina tipica di cui all'art. 603 c.p.p. emergono già a prima lettura. L'ingresso del nuovo materiale probatorio nel processo di secondo grado soggiace, di fatto, ad una valutazione discrezionale condotta alla stregua di un parametro di particolare restrizione⁴, atto a consentire al giudice, il quale ritenga di « *non essere in grado di decidere allo stato degli atti* » (art. 603, co. 1 c.p.p.), di disporre d'ufficio la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, quando la ritenga « *assolutamente necessaria* »⁵; l'attività istruttoria nel giudizio di rinvio innanzi al giudice di appello, invece, si presenta spogliata da tutte le limitazioni strutturali proprie del giudizio di secondo grado⁶. La valutazione giudiziale in punto di rilevanza probatoria, tuttavia, soffre della peculiarità che deve riconoscersi al giudizio di rinvio come ultimo segmento di un sistema processuale di controlli, fatta salva l'impugnabilità della sentenza *ex art.* 628 c.p.p. Il concetto di rilevanza della prova, nel giudizio di rinvio, si spinge ben più lontano rispetto alla sua individuazione nella « *attitudine dimostrativa dello strumento prescelto, in rapporto allo specifico oggetto di prova ritenuto pertinente* »⁷, in quanto è proprio l'oggetto di prova ad acquisire una potenzialità espansiva che supera le paratie dell'art. 187 c.p.p., prima parte.

Se il giudizio di rilevanza non rappresenta una regola di esclusione, poiché l'art. 190 c.p.p. non comporta giudizi induttivi volti a stabilire la

nel quale il procedimento viene rimesso e, più in particolare, a quelli stessi che spettavano al giudice che ha deciso nella fase processuale alla quale il processo è riportato a seguito dell'annullamento operato dalla Corte di Cassazione ». È opportuno segnalare che qualche pronuncia recente, nonostante la *littera legis*, riconosce un potere d'ufficio del giudice in materia probatoria anche nel giudizio di rinvio, non ravvisando alcuna differenza tra rinnovazione *ex art.* 603 e 627 c.p.p.: Cass., Sez. V, 18 gennaio 2011, M.R.S., in *Mass. Uff.*, n. 250166.

4. Si rileva, tuttavia, un tentativo da parte della giurisprudenza più recente di arginare gli ampi poteri discrezionali del giudice in punto di valutazione sull'ammissione del *novum probatorio* a richiesta di parte, prescrivendo un rigoroso obbligo di motivazione: v. Cass., Sez. VI, 5 febbraio 2013, B.A, in *Giur. it.*, 2013, 1915, con nota di SCACCIANOCE. Lo stesso rigore è riscontrabile con riferimento al giudice del rinvio, su cui v. Cass., Sez. VI, 19 dicembre 2011, D.G., in *Mass. Uff.*, n. 252014.

5. Operando un'assimilazione con i poteri del giudice *ex art.* 507 c.p.p. Tale minimo comune denominatore — il valore attribuito alla c.d. necessità assoluta ai fini della decisione — non è capace di occultare la sostanziale differenza fra le due situazioni descritte: è evidente come nel giudizio di primo grado il potere istruttorio possa essere esercitato solo dopo che sia terminata l'acquisizione delle prove, mentre nel giudizio di appello tale presupposto non è da ravvisarsi, poiché estremamente diversa è la natura di tale grado di giudizio, avente sostanziale funzione di controllo con mera eventualità di un completamento istruttorio a beneficio del giudice sovraordinato, che non ha limiti di cognizione degli atti fin dall'inizio del processo. In tal senso MANI, *Tra diritto alla prova e principio di legalità: giudizio abbreviato e rinnovazione istruttoria in appello*, in *questa Rivista*, 2013, 575.

6. Il rapporto da *species* a *genus* si fonda, nello specifico, sull'assenza delle inutili distinzioni tra le più diverse categorie di prova nuova, essendo sufficiente valutare la rilevanza delle prove da introdurre ai fini della decisione, oltre alla non manifesta superfluità del mezzo, che si ritiene applicabile anche alla fase in esame. Cfr. PERONI, *L'istruzione dibattimentale nel giudizio d'appello*, cit., p. 201.

7. Così CARACENI, *Poteri d'ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice penale*, Milano, 2007, p. 134.

potenziale capacità conoscitiva della prova sottoposta al vaglio *de quo*⁸, il posizionamento del ragionamento valutativo nel giudizio di rinvio si colloca in un limbo concettuale da cui difficilmente si riesce a uscire. E il motivo di tale *impasse* è giustificato dalla natura di giudizio ultimo di riesame e rivalutazione di tutto l'*iter* processuale e probatorio propria del giudizio di rinvio: sul tavolo del giudice di tale ultima fase non è collocata esclusivamente la verifica della fondatezza o meno dell'ipotesi contenuta nell'imputazione, ma anche il principio di diritto stabilito dalla Cassazione, le parti della sentenza oggetto di annullamento, le parti della sentenza che si pone in connessione essenziale con queste e, infine, gli argomenti posti a fondamento della pronuncia annullata⁹.

Da tali osservazioni affiora progressivamente la fisionomia di un giudizio — quanto a struttura e logiche probatorie — caratterizzato da una differente impostazione di fondo: nel giudizio di cui all'art. 627 c.p.p., alla parte è attribuito un vero e proprio diritto di richiedere la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in tutti quei casi in cui si debba procedere all'ammissione e all'acquisizione di una prova rilevante per la decisione. In tale sede, il giudizio di rilevanza sfugge ad un positivo inquadramento entro le categorie dogmatiche delle regole di esclusione (o meno), posto che l'orizzonte cognitivo del giudice non manifesta una « *dimensione determinata e costante* »¹⁰.

Il giudizio di pertinenza–rilevanza, in realtà, sembra quasi riavvicinarsi alle caratteristiche di quello proprio del giudice del primo grado di giudizio tanto che autorevole dottrina è giunta ad affermare — con la consueta risolutezza — che « *qui (nel giudizio di rinvio), invece, l'istruzione va rinnovata ogni qualvolta lo richiedano le parti* »¹¹.

8. Cfr. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino, 2009, p. 48, secondo cui « *l'art. 190, co. 1, non pone una regola di esclusione sanzionata ex art. 191 c.p.p.: le prove irrilevanti non sono vietate, ma solo incapaci di generare informazioni utili ai fini della decisione, e il loro eventuale impiego causerebbe, al più, un vizio di motivazione* »; contra BARGI, *Procedimento probatorio e giusto processo*, Napoli, 1991, pp. 258 e ss. Sul tema, di recente, v. LA ROCCA, *Le regole di esclusione della prova nel processo penale*, Roma, 2013, p. 51.

9. Sul punto v. MONACO, *Il giudizio di rinvio. Struttura e logiche probatorie*, Padova, 2012, pp. 106 e ss., il quale correttamente precisa che, in ogni caso, visto che il giudizio di rinvio può proseguire con un successivo ricorso per cassazione ed un nuovo annullamento, più che ultimo sarebbe meglio definirlo quale "ulteriore" segmento. Ciò che in effetti rileva, conclude l'A., è che la sentenza emessa dal giudice di rinvio deve essere comunque idonea a definire una volta per tutte l'intera *res iudicanda*.

10. SPANGHER, *Impugnazioni*, in *Profili del nuovo codice di procedura penale*, a cura di Conso, Grevi, Padova, 1996, p. 721.

11. Così CORDERO, *Procedura penale*, VIII ed., Milano, 2006, p. 1181; nello stesso senso DINACCI, *Il giudizio di rinvio*, cit., p. 98; FIORIO, *La prova nuova nel processo penale*, Padova, 2008, p. 208. La giurisprudenza ha precisato che, in ogni caso, il mezzo di prova di cui si chiede l'ammissione deve riferirsi alle tematiche oggetto dei capi e dei punti della sentenza la cui cognizione è devoluta direttamente o indirettamente al giudice del rinvio, v. Cass., Sez. I, 19 maggio 1993, Condello, in *Mass. Uff.*, n. 195817; Id., Sez. I, 27 gennaio 1987, Freda, in *Riv. pen.*, 1988, 72.

Per contro, suscita perplessità quell'orientamento giurisprudenziale in forza del quale « il giudice (del rinvio) dispone in merito degli stessi poteri di quello la cui sentenza è stata annullata, e quindi è tenuto alla rinnovazione sempre che la prova sia indispensabile per la decisione, con l'ulteriore condizione che sia anche rilevante »¹² non avendo le parti, nel caso di annullamento di una sentenza d'appello, « un diritto incondizionato alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale »¹³.

Tale percorso argomentativo, tuttavia, pare avvitarci su sé stesso: per poter considerare indispensabile un elemento probatorio, è necessario riconoscerne preliminare rilevanza, mentre non è possibile affermare il contrario, in quanto una prova rilevante « può anche essere non indispensabile per sciogliere il dubbio del giudice »¹⁴. Apprezzabile è invece quella giurisprudenza più isolata che tenta di interpretare l'istituto della rinnovazione istruttoria nel giudizio di rinvio senza incorrere nell'errore logico di cui si è detto: l'art. 627, co. 2 c.p.p., invero, prevede che, ove sia annullata una sentenza d'appello e le parti ne facciano richiesta « il giudice dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale per l'assunzione delle prove rilevanti per la decisione ». La norma, pertanto, « disciplina autonomamente l'ipotesi di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale — che trova collocazione, nel giudizio di appello, al co. 2, dell'art. 603 codice di rito — reintegrando le parti in un diritto alla prova (sopravvenuta o meno, ma nel caso sopravvenute) che non può essere negato dal giudice ritenendosi in grado di pervenire alla decisione sulla sola base degli atti, come invece può fare nel dibattimento di appello ed evidentemente improprio, a tal punto, deve dirsi l'apprezzamento delle prove — distinto ma concorrente al diniego del diritto alla prova in capo al pubblico ministero — come “non assolutamente necessarie” »¹⁵.

La Suprema Corte, inoltre, ha chiarito che il giudice di rinvio è vincolato dal divieto di fondare la nuova decisione sugli stessi argomenti ritenuti illogici o carenti dalla Corte di cassazione, ma resta libero di pervenire, sulla scorta di argomentazioni diverse da quelle censurate in sede di legittimità ovvero integrando e completando quelle già svolte, allo stesso risultato decisorio della pronuncia annullata. Ciò in quanto spetta esclusivamente

12. Così Cass., Sez. V, 18 gennaio 2011, M.R.S., cit.; Id., Sez. III, 15 dicembre 2005, P.G. in proc. E.A.F., in *Guida dir.*, 2006, 21, 59; Id., Sez. I, 24 marzo 2004, De Falco, in *Dir. e Giust.*, 2004, 41, 112; Id., Sez. III, 3 luglio 1995, D'Urso, in *Cass. pen.*, 1997, 277, 437, con nota di CIMINI.

13. Cass., Sez. II, 13 luglio 2007, Acampora, in *Mass. Uff.*, n. 237165.

14. Così MONACO, *Il giudizio di rinvio*, cit., p. 108.

15. Così Cass., Sez. V, 22 settembre 2004, Lepore e altri, in *Mass. Uff.*, n. 229923. L'opinione è avallata altresì dalla migliore dottrina che evidenzia come « [...] la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale per l'assunzione di prove rilevanti si configura come atto dovuto del giudice del rinvio al quale risulta precluso pervenire alla decisione sulla base dei soli atti già acquisiti nei precedenti giudizi », cfr. GAITO, *Il ricorso per cassazione*, in Dominioni, Corso, Gaito, Dean, Garuti, Mazza, *Procedura penale*, Torino, 2010, p. 811; cfr. anche CIANI, *Sub art. 627 c.p.p.*, in *Comm. c.p.p. Chiavario*, VI, Torino, 1991, p. 313; MONACO, *Il giudizio di rinvio*, cit., p. 14.

al giudice di merito il compito di ricostruire i dati di fatto risultanti dalle emergenze processuali e di apprezzare il significato e il valore delle relative fonti di prova; tale ricostruzione non deve essere condizionata, dunque, da valutazioni in fatto eventualmente sfuggite al giudice di legittimità nelle proprie argomentazioni, essendo diversi i piani su cui operano le rispettive valutazioni e non essendo compito della Corte di cassazione di sovrapporre il proprio convincimento a quello del giudice di merito in ordine a tali aspetti. Del resto, ove la Suprema Corte soffermi eventualmente la sua attenzione su alcuni particolari aspetti da cui emerga la carenza o la contraddittorietà della motivazione, ciò non comporta che il giudice di rinvio sia investito del nuovo giudizio sui soli punti specificati, poiché egli conserva gli stessi poteri che gli competevano originariamente quale giudice di merito relativamente all'individuazione ed alla valutazione dei dati processuali, nell'ambito del capo della sentenza colpito da annullamento¹⁶.

Questo approccio trova avallo nella Relazione al progetto definitivo del codice di procedura penale, illuminante quando rileva che mentre nel giudizio d'appello « *il diritto alla prova è limitato perché, se non si tratta di prove sopravvenute o scoperte dopo il giudizio di primo grado, il giudice è tenuto alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale solo se non si ritiene in grado di decidere allo stato degli atti* », « *nel giudizio di rinvio riprende pieno vigore il diritto alla prova, senza possibilità per il giudice di negare la rinnovazione ritenendosi in grado di pervenire alla decisione sulla sola base degli atti. Si è voluto così evitare che il giudizio di rinvio nei limiti in cui impone una rivalutazione del merito si risolva [. . .] in un giudizio esclusivamente cartolare* »¹⁷.

Tale estratto della relazione al progetto del nuovo codice di rito rappresenta un esempio di come le idee anticipino spesso i tempi della storia. Sembra quasi che i compilatori della relazione auspicassero il *revirement* interpretativo che, ad opera della storica pronuncia della Corte EDU "Dan

16. In questo senso Cass., Sez. IV, 18 ottobre 2011, F.R., in *Mass. Uff.*, n. 251660; v. anche Id., Sez. V, 3 luglio 2009, L.C., *ivi*, n. 245389, che precisa: « *il giudice di rinvio è investito di pieni poteri di cognizione e può — salvi i limiti nascenti da eventuale giudicato interno — rivisitare il fatto con pieno apprezzamento ed autonomia di giudizio, sicché egli non è vincolato all'esame dei soli punti indicati nella sentenza di annullamento né ad eventuali elementi di fatto e valutazioni contenuti nella pronuncia di annullamento (vedi Mass. Uff., 226418; Mass. Uff., 209692). Egli può bensì accedere alla piena rivalutazione del compendio probatorio, che può anche integrare, ove le parti ne facciano richiesta (e a maggior ragione quando, come nella specie, sia stata la stessa Corte di cassazione a sollecitarlo), a mezzo di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, ai sensi dell'art. 627 c.p.p., co. 2. Ne deriva che in esito alla compiuta rivisitazione ben può addivenire a soluzioni diverse da quelle del precedente giudice di merito, ma può anche condividerne le conclusioni, pervenendo ad identico epilogo decisivo, purché motivi il suo convincimento sulla base di argomenti diversi da quelli ritenuti illogici o carenti in sede di illegittimità* ». Sulle problematiche in punto di integrazione probatoria derivanti dai diversi tipi possibili di annullamento della S.C., v. DINACCI, *I poteri del giudice di rinvio tra esigenze di integrazione probatoria e limiti stabiliti dalla Corte di cassazione*, in *Giur. it.*, 1997, 7.

17. Cfr. Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale del 1988, Roma, 1989, p. 200.

c. Moldavia”, del 14 giugno 2011, si impone nell’attuale interpretazione dell’istituto processuale della rinnovazione istruttoria, disposta nel giudizio d’appello ordinario o nel giudizio di rinvio, fatte salve le distinzioni derivanti dalla natura dei rispettivi giudizi¹⁸.

Nella menzionata pronuncia, la Corte di Strasburgo ha sancito il doveroso rispetto del principio di immediatezza e oralità nella rinnovazione integrale delle prove anche nel secondo grado del giudizio di merito. E tanto consente, partendo dal ragionamento sulla prova nuova, di sviluppare altresì l’analisi della peculiare fisionomia che va assumendo il giudizio d’appello, il quale dovrà dismettere i panni di strumento di controllo prevalentemente cartolare sulla motivazione, per vestire quelli del “giusto processo” di secondo grado, in linea con gli *standards* europei.

I medesimi principi si ritiene siano tendenzialmente¹⁹ valevoli anche nel giudizio di rinvio d’appello: i casi di rinnovazione dell’istruttoria dibattimentale non dovranno rappresentare più un evento eccezionale rimesso alla discrezionalità dei giudici d’appello, ma piuttosto costituire un nuovo *iter* di elaborazione del materiale decisorio ogni qualvolta la responsabilità non sia provata al di là di ogni ragionevole dubbio, attraverso un nuovo giudizio in contraddittorio caratterizzato da oralità e immediatezza.

Le pronunce successive hanno confermato la linea interpretativa della sentenza “Dan c. Moldavia”: la Corte europea ritiene iniquo il processo che, in secondo grado, conduca alla condanna dell’imputato attraverso la rivalutazione su base esclusivamente cartolare delle prove senza passare attraverso la rinnovazione completa della prova stessa²⁰ e la giurisprudenza di legittimità sembra recepire con favore tale orientamento²¹.

2. Non pochi problemi pratici, nonché di tipo concettuale, pone il rapporto fra l’istituto della rinnovazione dell’istruttoria dibattimentale nel giudizio di rinvio e i procedimenti speciali. La natura di tali riti “alternativi” al dibattimento, “differenziati” rispetto alla struttura del giudizio ordinario quanto a contenuti e finalità, cozza con l’indole scivolosa del giudizio di rinvio, il quale presenta — come ampiamente spiegato — una tipologia rinnovatoria

18. Corte eur. dir. uomo, Sez. III, 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia, in *questa Rivista*, 2012, 349, con commento di GAITO, *Verso una crisi evolutiva per il giudizio d’appello. L’Europa impone la riassunzione delle prove dichiarative quando il p.m. impugna l’assoluzione*. Sulla stessa linea v. anche Corte eur. dir. uomo, Sez. III, 21 settembre 2010, Marcos Barrios c. Spagna; Id., Sez. II, 27 novembre 2007, Popovic c. Moldavia; Id., Sez. I, 27 giugno 2000, Costantinescu c. Romania, tutte consultabili su www.echr.coe.int.

19. Le ragioni di tale formula “dubitativa” si spiegheranno nel prosieguo della trattazione.

20. Corte eur. dir. uomo, Sez. III, 5 marzo 2013, Manolachi c. Romania, in www.archiviopenale.it, con commento a prima lettura di ROMOLI; Id., Sez. III, 9 aprile 2013, Fluera c. Romania, in www.penalcontemporaneo.it, con nota di RECCHIONE.

21. Si segnala, da ultimo, Cass., Sez. III, 9 luglio 2013, P.S., in www.giurisprudenzapenale.com; Id., Sez. V, 10 aprile 2013, T.P., in *Dir. pen. proc.*, 2013, 7, 784, con breve commento di GARUTI, *Il recupero del contraddittorio nella formazione della prova nel giudizio d’appello*.

caratterizzata da un « *automatismo nella sua adozione* »²². Infatti, a seconda del procedimento — ordinario o differenziato — su cui va a innestarsi il giudizio di rinvio, il giudice è tenuto al rispetto di una disciplina diversa da individuare “rito per rito”, non potendosi dunque parlare genericamente ed esaustivamente di « *poteri del giudice del rinvio* »²³.

In particolare, appare interessante analizzare la questione relativa alla possibilità o meno di procedere alla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nel corso del giudizio di rinvio seguente ad annullamento di sentenza emessa con le forme del rito abbreviato. Il quesito si inserisce nella più ampia problematica della ammissibilità della rinnovazione istruttoria in un giudizio d'appello proveniente rito abbreviato. La “rinuncia” totale o parziale dell'imputato che domandi di essere giudicato con il rito speciale in esame all'ingresso di materiale probatorio utile per la decisione, in virtù di una “contropartita” — che consiste in una ben precisa strategia difensiva unita alle classiche finalità premiali e deflative proprie del giudizio semplificato — pone seri problemi di compatibilità concettuale con l'istituto della rinnovazione istruttoria nel giudizio d'appello²⁴.

Sul punto, è necessario evidenziare come l'*impasse* originato dalla possibile lesione del diritto alla prova nel caso di rigetto di istanze di rinnovazione in secondo grado sia al centro di un dibattito della giurisprudenza di legittimità, il quale si inserisce in un contesto in cui un ruolo di primo piano è da riconoscersi alle Sezioni unite Clarke, che hanno tenuto per anni le redini dell'interpretazione in materia²⁵.

Il ragionamento delle Sezioni unite si fondava su due principi: da un lato, la rinuncia al diritto alla prova insita nella richiesta di giudizio abbreviato *ex art. 438 c.p.p.*, non produce preclusioni, ostacoli o impedimenti di sorta all'esercizio del potere di disporre d'ufficio i mezzi di prova ritenuti assolu-

22. FIORIO, *La prova nel giudizio di rinvio*, cit., pp. 960 e s.

23. DINACCI, *Il giudizio di rinvio*, cit., p. 25, il quale aggiunge che « *abbandonando generalizzazioni astratte aprioristiche e di comodo, occorrerà procedere in primis all'individuazione dei poteri tipici attribuiti in via generale al giudice del rinvio; e poi alla loro specificazione (una sorta di adattamento consequenziale) a seconda del procedimento su cui il giudizio di rinvio si innesta* ».

24. Il tema è stato approfondito, di recente, in altro contributo, v. MANI, *Tra diritto alla prova e principio di legalità: giudizio abbreviato e rinnovazione istruttoria in appello*, cit., 575. V. anche FIORIO, *L'appello*, in *Le impugnazioni penali*, a cura di Gaito, I, Torino, 1998, p. 347; CAMPO, *Giudizio abbreviato e rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello*, in *Giur. mer.*, 1993, II, 133; CONTI, *Giudizio abbreviato ed integrazione probatoria*, in *Cass. pen.*, 1992, 203; PAOLOZZI, *Il giudizio abbreviato*, Padova, 1991, p. 183.

25. Cass., Sez. un., 13 dicembre 1995, Clarke, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 734, con nota di SPANGHER, *Le acquisizioni probatorie nel giudizio abbreviato in grado d'appello*. In precedenza la Corte costituzionale, nell'ambito della stessa vicenda giunta successivamente alle sezioni unite, aveva affermato che dalle caratteristiche del giudizio abbreviato « *non discende che la disciplina posta nell'art. 603 non possa almeno in parte operare (...) ove il giudice dell'appello ritenga assolutamente necessario, ai fini della decisione, assumere d'ufficio nuove prove o riassumere prove già acquisite agli atti del giudizio di primo grado* », così Corte cost., n. 470 del 1991, in *Cass. pen.*, 1992, 901 con nota di CONTI.

tamente necessari per l'accertamento dei fatti che formano oggetto della decisione secondo la previsione dell'art. 603, co. 3 c.p.p., considerato, non a caso, come precipua manifestazione dei poteri del giudice in materia probatoria; dall'altro, deve ritenersi operante una rigida preclusione all'attivazione dei poteri di iniziativa delle parti in ordine all'assunzione di prove in grado di appello, non soltanto perché costituirebbe una contraddizione palese procedere al rinnovo di una fase, quella della istruttoria dibattimentale, che nel rito abbreviato è, per definizione, insussistente, ma anche e soprattutto per la precisa ragione che le parti hanno definitivamente consumato il loro diritto alla prova allorché hanno acconsentito alla adozione del giudizio abbreviato allo stato degli atti; con la conseguenza che ad esse non resta che sollecitare i poteri suppletivi di iniziativa probatoria che spettano al giudice di secondo grado, qualora rilevi una "assoluta necessità"²⁶.

Ciò premesso, si evidenzia come una parte della giurisprudenza sia attualmente protesa verso il riconoscimento progressivo di spazi sempre maggiori alla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nel caso di rito abbreviato allo stato degli atti e, nel contempo, stia tentando di affrancarsi dall'impianto concettuale delle Sezioni unite Clarke, così da costruire un ragionamento ulteriore, che tenga conto dei fisiologici cambiamenti normativi e di sistema degli ultimi vent'anni²⁷; dall'altro lato, si deve dare atto della resistenza di una linea di pensiero totalmente arroccata nelle argomentazioni della citata pronuncia a sezioni unite, decisamente restia a pervenire a conclusioni diverse²⁸.

Ebbene, soluzioni analoghe sembrerebbero doversi riconoscere — a prima lettura — anche nel caso di giudizio di rinvio, nel quale è espressamente prevista la rinnovazione dell'istruttoria in tutti i casi in cui la prova da acquisire abbia i connotati della pertinenza e della rilevanza per la decisione. Come nel caso di giudizio d'appello, il diritto alla prova dovrebbe essere tendenzialmente salvo per l'imputato che abbia subordinato la richiesta di accedere al rito abbreviato ad una specifica integrazione probatoria in quanto sostanzialmente pacifico è il riconoscimento di un diritto alla rinnovazione del dibattimento in appello; in caso di rito abbreviato allo stato

26. Senza mezzi termini, le Sezioni unite affermano chiaramente che «*deve escludersi l'anomalia di un giudizio d'appello, che, con palese inversione delle normali caratteristiche dei due gradi del giudizio ordinario presenta possibilità di sviluppi probatori superiori a quelle del processo di primo grado*».

27. Cass., Sez. II, 21 dicembre 2012, Santostasi, in *Mass. Uff.*, n. 255358; Id., Sez. I, 23 maggio 2012, P.G. in proc. Andali, *ivi*, n. 253729; Id., Sez. II, 3 febbraio 2012, P.G. in proc. Aracri e altri, *ivi*, n. 252108; Id., Sez. III, 13 gennaio 2011, *ivi*, n. 249114. V. anche Cass., Sez. I, 14 ottobre 2010, Arshad e altri, in *Mass. Uff.*, n. 248979 e Id., Sez. un., 19 luglio 2012, Bell'Arte, *ivi*, n. 253211, con riferimento al tema della sopravvenuta impossibilità dell'acquisizione della prova richiesta dall'imputato e la revocabilità dell'ordinanza di ammissione del rito.

28. Cass., Sez. V, 19 aprile 2013, P.G. in proc. Papalia e altri, in www.archiviopenale.it, con nota di CIANFERONI e di APRATI.

degli atti, invece, l'imputato dovrebbe accontentarsi di un mero potere di sollecitazione del giudice d'appello circa l'esercizio del potere d'ufficio di cui all'art. 603, co. 3 c.p.p.

Ulteriori considerazioni si impongono, tuttavia, quando trattasi di giudizio di rinvio: soffermando l'attenzione sulle prove conoscibili in primo grado — fatto salva, a precise condizioni, la prova *noviter reperta* — la natura di giudizio speciale “allo stato degli atti” crea un *vulnus* a quanto finora affermato, esattamente come la regola di giudizio che presiede l'ammissione delle prove nel giudizio di rinvio.

La struttura peculiare del rito abbreviato, da un lato, comporta che la richiesta di rinnovazione dell'istruttoria sia consentita — a determinate condizioni — nei casi di abbreviato subordinato ad integrazione probatoria e nei limiti di pertinenziale funzionalità di tale integrazione, ma non anche quando si tratti di giudizio abbreviato incondizionato, proprio perché la fissazione del materiale probatorio fino a quel momento selezionato si arresta al momento della individuazione del rito speciale e preclude l'incremento probatorio ai dati conoscibili al momento della scelta stessa.

D'altro canto, è ineludibile un ragionamento ulteriore: la rinnovazione istruttoria nel giudizio di rinvio è governata da una regola generale di ammissione della prova a maglie larghe: il criterio della semplice “rilevanza”, previsto nell'art. 627, co. 2 c.p.p., se inserito all'interno di un giudizio differenziato “a prova contratta”²⁹, rischia di diventare fonte di pericolose reintroduzioni probatorie dalla via secondaria.

Nel giudizio ordinario di seconda istanza, difatti, può ragionevolmente auspicarsi un'applicazione dell'istituto della rinnovazione istruttoria che si affranchi dalla cartolarità che attualmente lo caratterizza, posto che la celebrazione di giudizi di secondo grado con rinnovazione istruttoria — ancora relegata ad ipotesi marginali discrezionalmente rimesse agli umori della Corte d'appello — « *al di fuori e senza tener conto dei parametri del giusto processo europeo, non può più essere intesa quale modulo standardizzato imm modificabile* »³⁰.

29. O a prova “limitata”, se si preferisce. Cfr. Corte cost., n. 333 del 2009, in *Giur. it.*, 2010, 1279; Id., (ord.) n. 129 del 2003, in www.cortecostituzionale.it; nonché Id., n. 265 del 1994, *ivi*. In dottrina v. GUALAZZI, voce *Giudizio abbreviato*, in *Dig. Pen.*, Roma, Agg. V, II, 2010, pp. 332 ss.; v. anche GIUNCHEDI, *Giudizio abbreviato*, in *La giustizia penale differenziata*, cit., pp. 655; CANZIO, *Giudizio abbreviato*, in *Enc. Dir.*, Milano, Agg., IV, 2000, p. 617.

30. In tal senso GAITO, *Verso una crisi evolutiva per il giudizio d'appello*, cit. p. 349. Si condivide l'opinione di chi sostiene che « *visto l'immobilismo del legislatore, la distonia ha da essere risolta almeno a livello di praxis: in attesa dei tempi (questi si irragionevoli) di modifiche normative, la responsabilità di riportare il giudizio di appello in sintonia con le corde del giusto processo non può che spettare all'operatore del diritto, abituato del resto a supplire alle molte inerzie del legislatore con un ruolo innaturale* », così 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 *questa Rivista*, 2012, 921.

E tale conclusione può intravedersi — con i dovuti accorgimenti — anche nel caso di rinnovazione della prova in giudizio abbreviato d'appello, stante la regola di giudizio a maglie strette posta a presidio dell'ammissibilità delle prove da rinnovare *ex art. 603 c.p.p.*; le limitazioni insite nella regola di ammissione fondata sulla impossibilità di decidere allo stato degli atti e la catena di rinvii normativi previsti nella regola relativa alla prova nuova (cfr. artt. 495, co. 1, 190, 190-bis c.p.p.) consentono di arginare — nel bene e nel male — richieste di ampliamento del materiale probatorio tendenti alla vanificazione del rito speciale scelto dall'imputato, soprattutto da parte dei pubblici ministeri che potrebbero valicare — almeno in appello — il muro rappresentato dallo stato degli atti.

Nel giudizio di rinvio, invece, la prospettiva è differente: la regola posta alla base del giudizio di ammissione della prova da rinnovare si fonda su maglie estremamente larghe essendo ancorata, come detto, sulla valutazione in punto di semplice "rilevanza" della prova richiesta dalle parti per la decisione.

Nell'ambito di un rito speciale caratterizzato dal tendenziale "congelamento" del materiale probatorio al momento della richiesta del rito (in primo grado), si nutrono dubbi circa l'ammissibilità di una rinnovazione istruttoria nel successivo giudizio di rinvio, stante l'ampiezza del giudizio di semplice rilevanza della prova. Diversamente opinando, si correrebbe il rischio di aprire un varco al mutamento del giudizio di appello, da "abbreviato" a dibattimentale, nella quasi totalità dei casi, annullando di fatto la funzione del giudizio speciale prescelto³¹. Lo stato degli atti, invero, ha l'effetto di bloccare l'incremento probatorio ai dati conoscibili all'epoca del primo grado, se indispensabili.

Con riferimento alla prova nuova, inoltre, è d'obbligo una considerazione ulteriore: essendo ormai pacifico che per prove "nuove" debbano intendersi « *non solo quelle sopravvenute alla sentenza definitiva di condanna e quelle scoperte successivamente ad essa, ma anche quelle non acquisite nel precedente giudizio ovvero acquisite ma non valutate neanche implicitamente* »³², l'effetto inibitorio

31. Di diverso avviso la giurisprudenza recente, la quale addirittura ritiene che « *a seguito di annullamento con rinvio da parte della Corte di cassazione, il giudice, nel giudizio abbreviato di appello, può acquisire i documenti ritenuti necessari (nella specie, sentenze e relazioni di servizio), anche se gli stessi erano già esistenti al momento della celebrazione del giudizio di primo grado, senza che sia nemmeno necessaria la rinnovazione dell'istruttoria, essendo sufficiente il previo contraddittorio fra le parti* », così Cass., Sez. VI, 6 giugno 2012, R.A., in *Mass. Uff.*, n. 253466.

32. Così Cass., Sez. V, 24 novembre 2009, Z.N.B.A., in *Mass. Uff.*, n. 246883; Id., Sez. un., 26 settembre 2001, Pisano, *ivi*, n. 220443. L'evoluzione giurisprudenziale, dopo un primo orientamento propenso a qualificare come nuovi i soli mezzi di prova non assunti in primo grado e rispetto ai quali non fossero intervenute preclusioni, era approdata ad una diversa linea interpretativa, volta a comprendere nel concetto di prova nuova anche quegli apporti conoscitivi non introdotti per difetto di iniziativa ovvero per il verificarsi delle preclusioni di cui agli artt. 468 e 493 c.p.p. Con riferimento

del rito dovrebbe ragionevolmente estendersi anche a tali ultime tipologie probatorie o, quantomeno, sottoporre la loro introduzione nel giudizio di rinvio da abbreviato a una valutazione rigorosa, che superi la regola troppo labile dell'art. 627, co. 2 c.p.p.

La valutazione giudiziale dovrebbe essere rigorosa e ancorata al principio del *favor rei*, unito al divieto di *reformatio in peius*, al fine di salvaguardare la soglia probatoria scelta col rito contratto, almeno di fronte alle richieste di introduzione di prova nuova (sopravvenuta o meno) da parte del magistrato inquirente; un simile approccio limiterebbe, forse, una ingiustificata espansione del materiale originariamente introdotto e cristallizzato con la scelta del rito, preservando il rispetto del principio di completezza delle indagini preliminari.

Un principio, quest'ultimo, che assolve, secondo la giurisprudenza costituzionale ed europea, una duplice fondamentale funzione: « *la completa individuazione dei mezzi di prova è necessaria, da un lato, per consentire al pubblico ministero di esercitare le varie opzioni possibili (tra cui la richiesta di giudizio immediato, saltando l'udienza preliminare) e per indurre l'imputato ad accettare i riti alternativi; ciò che è essenziale ai fini della complessiva funzionalità del sistema, ma presuppone, appunto, una qualche solidità del quadro probatorio; dall'altro il principio di completezza funge da argine contro eventuali prassi di esercizio apparente dell'azione penale, che, avviando la verifica giurisdizionale sulla base di indagini troppo superficiali, lacunose o monche, si risolverebbero in un ingiustificato aggravio del carico dibattimentale* »³³.

Del resto, la Corte costituzionale ha già da tempo affermato il principio suesposto per ribadire che « *l'esigenza di completezza delle indagini risulta rafforzata dal riconoscimento del diritto dell'imputato ad essere giudicato, ove ne faccia richiesta, con il rito abbreviato* »³⁴ sicché « *il pubblico ministero dovrà tener conto, nello svolgere le indagini preliminari, che sulla base degli elementi raccolti l'imputato potrà chiedere ed ottenere di essere giudicato con tale rito, e non potrà quindi esimersi dal predisporre un esaustivo quadro probatorio in vista dell'esercizio dell'azione penale* »³⁵.

Tali ultime osservazioni sono state condivise dalla giurisprudenza costante della Corte europea, la quale ha chiarito che: « *la ratio dell'art. 13*

al primo orientamento citato v. Cass., Sez. V, 25 giugno 1992, Nazzaro, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1993, 116; in relazione al secondo v. Cass., Sez. V, 19 ottobre 1999, P.m. in proc. Pirastu, in *Mass. Uff.*, n. 216102; Id., Sez. I, 21 febbraio 1994, Rosati, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1994, 361; nello stesso senso v. Id., Sez. V, 17 dicembre 1999, *ivi*, 2000, 553.

33. Così testualmente Corte cost., n. 88 del 1991, in *Giust. pen.*, 1992, I, 184 e s., con nota di ROCA, *Archiviazione, non luogo a procedere e dovere di completezza delle indagini nella sentenza della Corte costituzionale n. 88 del 1991*.

34. Corte cost., n. 115 del 2001, in *Giur. cost.*, 2001, 917.

35. Così ancora Corte cost., n. 115 del 2001, cit.

CEDU (diritto ad un ricorso effettivo) è da rinvenire nel principio secondo il quale alla Corte invece spetta di verificare se l'accusato ha avuto adeguata e sufficiente occasione di difendersi e se le indagini compiute siano state complete ed adeguate anche ai sensi della normativa statale»³⁶.

3. L'analisi condotta sulla configurazione della tipologia di incremento della prova nel giudizio di rinvio, con particolare riferimento al caso dell'innesto dell'attività di integrazione sul rito contratto per eccellenza, il giudizio abbreviato, consente di pervenire ad alcune considerazioni conclusive.

È noto come il processo penale si collochi nel *genus* dei procedimenti — come *species* del processo — e debba essere inteso come «una serie di atti, compiuti in una forma e in un tempo prescritti, finalizzati al raggiungimento di un determinato risultato e posti in essere, in virtù del coordinato esplicarsi di situazioni subiettive disciplinate da una serie coordinata di norme da soggetti ai quali sia riconosciuto, e da soggetti avanti ai quali sia consentito esercitare un potere di contraddittorio»³⁷.

Individuato il contesto, può affermarsi che i protagonisti del processo penale — nell'ambito delle facoltà e dei diritti ad ognuno di essi spettanti per legge — compiono precise scelte, adottano provvedimenti, formulano richieste sulla base del livello di conoscenza raggiunto in ordine a argomenti di prova rilevanti; e le menzionate attività sono strettamente correlate al grado di completezza raggiunto dall'accertamento relativo proprio ai suddette tematiche³⁸.

Tale ultima attività accertativa, svolta principalmente dall'organo inquirente, risulta inserita all'interno di una progressione in fasi: il fenomeno appare con particolare evidenza se si raffronta l'effetto di una fattispecie complessa con l'effetto proprio di uno dei fatti che la costituiscono; l'effetto, per esempio, dell'istruzione probatoria al termine del suo espletamento, con l'effetto di un singolo atto probatorio³⁹.

36. Corte eur. dir. uomo, 27 luglio 2000, Pisano c. Italia; Id., 22 maggio 2001, Sarli c. Turchia; Id., 14 marzo 2002, Edward c. Regno Unito, Id., 24 novembre 1993, Imbrioscia c. Svizzera, tutte consultabili in www.echr.coe.int.

37. Così testualmente TRANCHINA, *Il diritto processuale penale e il processo penale*, in Siracusano, Galati, Tranchina, Zappalà, *Diritto processuale penale*, I, Milano, 2004, 32; si veda anche FAZZALARI, voce *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 819; CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, 1955, p. 121; GRISPIGNI, *Diritto processuale penale, con l'indicazione di tutte le modificazioni legislative posteriori all'8 settembre 1943, fino al 28 febbraio 1945*, Roma, 1945, p. 89.

38. Del resto, è possibile individuare il tratto distintivo dell'accertamento penale proprio nello scopo che intende perseguire e che lo differenzia dai processi civile e amministrativo: la diversità di fondo non consiste nel provvedimento finale, che sentenza sarà anche in questi casi, ma nell'obiettivo, costituito dalla attuazione della norma penale sostanziale, ovvero l'accertamento relativo alla liceità o illiceità penale di un determinato comportamento e l'applicazione della sanzione correlativa.

39. Sul tema v. SABATINI, *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, Torino, 1953, p. 113.

In tutti i casi, il grado di completezza del compendio conoscitivo raggiunto in fase di indagini preliminari in ordine al *thema probandum* rappresenta per l'imputato la base sulla quale operare la scelta di moduli procedurali differenziati, da un lato; mentre permette al pubblico ministero di valutare modalità alternative dell'esercizio dell'azione penale, dall'altro lato⁴⁰. L'esigenza di dotare l'imputazione di un supporto probatorio completo risiede, infatti, nella necessità di consentire all'imputato scelte alternative al giudizio dibattimentale, in ottica di deflazione processuale.

È stata proprio la Corte costituzionale ad ammonire come il giudizio abbreviato debba esser presieduto da regole ben precise quanto a obbligo di motivazione del dissenso⁴¹, superabilità del diniego ingiustificato del p.m. e completezza delle indagini preliminari, tanto che in dottrina s'è osservato che « *la funzionalità del sistema e la stessa praticabilità del giudizio abbreviato puntano proprio sulla completezza delle indagini preliminari* »⁴². Già da tempo, dunque, la giurisprudenza costituzionale ha tentato di razionalizzare le possibili scelte del pubblico ministero sul giudizio abbreviato, rilevando gli insuperabili limiti di un sistema in cui la definibilità allo stato degli atti dipendeva dall'impulso dato alle indagini dallo stesso soggetto chiamato successivamente alla scelta del rito⁴³.

Pur riconoscendo che tali considerazioni della Corte debbano essere lette nel contesto della disciplina del giudizio abbreviato ancorata all'ormai superato requisito del consenso del pubblico ministero, si ritiene che le preoccupazioni derivanti da possibili manovre scorrette da parte dei rappresentanti dell'accusa rimangano attuali nel caso di giudizio di rinvio da abbreviato.

Come anticipato, la labilità della regola che presiede al giudizio di am-

40. « *La cifra di completezza raggiunta dall'indagine diviene, così, parametro di riferimento sia per le scelte in rito del pubblico ministero, sia per quelle dell'imputato* », SIRACUSANO, *La completezza delle indagini nel processo penale*, Torino, 2005, p. 148. Il principio suddetto trova riscontro nell'art. 2, n. 37 della L. 16 febbraio 1987 n. 81 (Delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale), in cui si evidenzia la necessità che il pubblico ministero conduca l'indagine sempre attraverso l'indispensabile specificazione dei fatti, anche in vista della possibile alternativa costituita dalla scelta del giudizio abbreviato. Per un'ampia disamina sui contenuti della Legge Delega in tema di completezza delle indagini v. Corte cost., n. 88 del 1991, cit. in nota 34.

41. La disciplina originaria imponeva il previo consenso del pubblico ministero quale presupposto indispensabile per procedere con le forme del giudizio abbreviato.

42. SIRACUSANO, *Per una revisione del giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 1994, 476 s. Secondo l'A., l'osservanza del principio di tendenziale completezza delle indagini preliminari diviene paradigma indispensabile nell'ottica di consolidamento del giudizio abbreviato quale rito effettivamente alternativo rispetto a quello ordinario. In giurisprudenza, v. Corte cost., n. 66 del 1990, in *Giur. cost.*, 1990, 274; Id., n. 183 del 1990, in *Cass. pen.*, 1990, II, 109; Id., n. 81 del 1991, in *Foro it.*, 1991, I, 2322.

43. Con l'inaccettabile paradosso per cui il pubblico ministero (poteva, *ante riforma*) legittimamente precludere l'instaurazione del giudizio abbreviato allegando lacune probatorie da lui stesso discrezionalmente determinate. Così Corte n. 92 del 1992, in *Giur. cost.*, 1992, 913, con nota di BIANCHI, *Il giudizio abbreviato nella giurisprudenza della Corte cost.*.

missibilità della prova nel giudizio di rinvio, legato alla semplice “rilevanza” della stessa per la decisione, produce una riespansione del diritto alla rinnovazione probatoria, decisamente più ampia e garantita rispetto all’istituto omologo in grado d’appello.

Tale possibile ampliamento del materiale probatorio, tuttavia, se inserito all’interno di un modulo procedimentale a prova *ab origine* limitata (il giudizio abbreviato), rischierebbe di vanificare i vantaggi derivanti dalla scelta stessa del rito da parte dell’imputato il quale, analizzati gli elementi fino a quel momento raccolti dal pubblico ministero, decida di esser giudicato allo stato degli atti. Il rischio che il rappresentante dell’accusa, nel giudizio di rinvio, alleghi carenze probatorie da lui stesso consapevolmente calcolate, al fine di reintrodurre prove che sarebbero inibite dalla natura stessa del rito prescelto, è concreto e certamente non auspicabile in un sistema che non subordina (anzi, non subordina più) la definibilità allo stato degli atti alla « scelta discrezionale del pubblico ministero di svolgere indagini più o meno approfondite »⁴⁴. Non essendo più soggetta la possibile instaurazione del rito a preventivi consensi del pubblico ministero e, nella sua forma incondizionata, a preliminari valutazioni di ammissibilità da parte del giudice, può parlarsi di un « vero e proprio diritto »⁴⁵ alla celebrazione del giudizio con le forme di cui all’art. 438 c.p.p. ss., che appare ragionevole preservare anche in sede di giudizio di rinvio, stante il ruolo rivestito dell’organo inquirente e l’esigenza di completezza che deve orientarne le scelte investigative nel corso delle indagini⁴⁶. Un rischio prevedibile, dunque, ma arginabile facendo riferimento, in ogni caso, agli stessi principi che presidono alla regolamentazione dell’attività di indagine del pubblico ministero: la completezza del quadro investigativo assume infatti un decisivo rilievo nella valorizzazione e nella salvaguardia, durante le successive fasi del processo, della cristallizzazione probatoria derivante dal rito speciale precedentemente scelto⁴⁷.

44. SIRACUSANO, *La completezza delle indagini nel processo penale*, cit., 139 e ss.

45. Così KOSTORIS, *Udienza preliminare e giudizio abbreviato, snodi problematici della riforma*, in *Nuovi scenari del processo penale alla luce del giudice unico*, a cura di Nosengo, Milano, 2002, p. 47; prima della riforma del 1999, nello stesso senso v. FERRUA, *La giustizia negoziata nella crisi della funzione cognitiva del processo penale*, in Id., *Studi sul processo penale*, vol. III, *Declino del contraddittorio e garantismo reattivo*, Torino, 1997, p. 159; sulla riforma del giudizio abbreviato v. anche MAFFEO, *Il giudizio abbreviato*, in *Le recenti modifiche al codice di procedura penale*, a cura di Normando, III, Milano, 2000, p. 58.

46. V. Corte cost., n. 115 del 2001, cit.

47. Il principio di completezza delle indagini, dunque, non presiede esclusivamente alle scelte della parte pubblica inerenti all’esercizio dell’azione penale e alle sue diverse modalità attuative, ma vale anche ad orientare le scelte “in rito” delle parti private, nell’ambito di un sistema che sembra erigere “ponti d’oro” a chi opta per una rapida fuoriuscita dal circuito processuale, garantendo una congrua concentrazione dei tempi e conferendo maggiore efficienza all’intero sistema. Cfr. SIRACUSANO, *La completezza delle indagini nel processo penale*, cit, 150.

QUESTIONI APERTE

**Roberta Aprati
Luca Cianferoni
Valeria Marchese
Caterina Scaccianoce
Marina Minasola
Adelmo Manna**

on line:

**Ali Abukar Hayo
Nadia Elvira La Rocca
Caterina Scaccianoce
Ciro Santoriello
Adelmo Manna
Marco Gambardella
Mario Antinucci
Davide Barillà
Alessandro Dello Russo
Gianrico Ranaldi
Luigi Trombetta**

L'abstract (in italiano e in inglese) di ogni contributo può essere consultato
sul sito *web archiviopenale.it*

Il testo delle decisioni commentate è consultabile sul sito *web archiviopenale.it*

Appello — Giudizio abbreviato

Giudizio abbreviato e imprevedibilità della rinnovazione istruttoria in appello

Roberta Aprati

La decisione

Appello — Giudizio abbreviato — Prove nuove sopravvenute o scoperte successivamente — Rinnovazione istruttoria — Esclusione (C.p.p. art. 603).

Nel giudizio di appello conseguente allo svolgimento del giudizio di primo grado nelle forme del rito abbreviato le parti — ivi compreso il pubblico ministero nonostante non abbia più il potere di consenso sulla richiesta del rito speciale — non possono far valere un diritto alla rinnovazione dell'istruzione per l'assunzione di prove nuove sopravvenute o scoperte successivamente, spettando in ogni caso al giudice la valutazione se sia assolutamente necessaria la loro acquisizione (massima redazionale).

CASSAZIONE PENALE, QUINTA SEZIONE, 3 maggio 2013 (ud. 19 aprile 2013) — GRASSI, *Presidente* — VESSICHELLI, *Relatore* — Scardaccione, *P.M.* (diff.) — Papalia e altri, *ricorrenti*.

Il testo della decisione in commento è consultabile sul sito *web archivio-penale.it*.

Il commento

La decisione in commento si inserisce nell'inesauribile dibattito relativo alla possibilità o meno di acquisire prove nel giudizio di appello contro una sentenza emessa a seguito della celebrazione del rito abbreviato; dibattito che trova la sua ragione nell'esistenza di orientamenti giurisprudenziali decisamente contrastanti sul punto.

E vale la pena ripercorrere le oscillazioni giurisprudenziali che si sono succedute per un decennio: da esse emerge una forte "imprevedibilità" delle regole che governano il giudizio abbreviato; e la Corte EDU ha iniziato a censurare i sistemi giuridici che delineano i giudizi speciali senza connotarli del carattere della "prevedibilità".

Nel 2003 abbiamo le prime pronunce della Cassazione a seguito delle novità strutturali del rito abbreviato introdotte con le leggi Carotti. La Suprema Corte sottolinea come la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello sia un potere esclusivamente officioso che va esercitato dal giudice solo quando emerga un'assoluta esigenza probatoria *ex art. 603, co. 3 c.p.p.*¹ Si aderisce quindi alla ricostruzione operata dalle Sezioni unite prima che il giudizio abbreviato fosse riformato².

Nel 2004 nasce il primo contrasto. Si afferma che « *a seguito della nuova formulazione dell'art. 438 c.p.p., deve ritenersi possibile la richiesta di rinnovazione in appello dell'istruttoria dibattimentale da parte dell'imputato che abbia subordinato la richiesta di accedere al rito abbreviato a una specifica integrazione probatoria, mentre chi abbia richiesto il rito abbreviato allo stato degli atti può solo sollecitare il giudice di appello all'esercizio del potere di ufficio di cui all'art. 603, co. 3 c.p.p.* »³. Accanto a tale orientamento si trova poi anche quello che segue la precedente prospettiva: « *le parti non sono titolari del diritto alla prova, ma solo di una facoltà di sollecitazione, in quanto il potere alla rinnovazione spetta solo al giudice* »⁴.

Nel 2005 il contrasto si perpetua. Da una parte si sostiene che solo al giudice spetta la rinnovazione dibattimentale, anche se può essere sollecitata dalle parti⁵. Dall'altra si continua a ritenere che anche le parti abbiano un diritto alla prova, ma solo nel caso in cui abbiano optato per il giudizio abbreviato condizionato⁶.

Nel 2006 e nel 2007 la Cassazione con due interventi si assesta sul potere esclusivamente officioso⁷; in uno invece attribuisce anche alle parti il diritto alla prova⁸.

Nel 2008 e 2009 si riconosce sempre in capo alle parti un diritto alla rinnovazione in appello nel caso di scelta del rito abbreviato condizionato, escludendosi quindi il monopolio del giudice⁹.

1. Cass., Sez. III, 13 febbraio 2003, Paccone, in *Mass. Uff.*, n. 224865; Id., Sez. VI, 26 giugno 2003, Carollo, *ivi*, n. 226806.

2. Cass., Sez. un., 13 dicembre 1995, Clarke, in *Mass. Uff.*, n. 203427.

3. Cass., Sez. III, 2 marzo 2004, Simek, in *Mass. Uff.*, n. 228535.

4. Cass., Sez. I, 26 febbraio 2004, Alampi, in *Mass. Uff.*, n. 228644; Cass., Sez. I, 9 giugno 2004, n. Campisi, *ivi*, n. 229837.

5. Cass., Sez. VI 20 aprile 2005, Aglieri, in *Mass. Uff.*, n. 233090.

6. Cass., Sez. IV, 20 dicembre 2005, Coniglio, in *Mass. Uff.*, n. 233956; nonché Cass. Sez. VI, 10 novembre 2005, Spagnoli, *ivi*, n. 233506, in cui si ammette senza specificazioni comunque il diritto alla prova delle parti.

7. Cass., Sez. V, 9 maggio 2006, Biondo, in *Mass. Uff.*, n. 234157; Cass., Sez. IV, 14 novembre 2007, n. Pozzi, *ivi*, n. 238956.

8. Cass., Sez. VI, 18 dicembre 2006, Gagliano, in *Mass. Uff.*, n. 236064 (non massimata sul punto, v. soprattutto motivazione).

9. Cass., Sez. VI, 16 ottobre 2008, Monetti, in *Mass. Uff.*, n. 242905; Cass., Sez. III, 29 gennaio

Nel 2010 alla giurisprudenza che distingue fra abbreviato semplice e condizionato ai fini della configurazione di un diritto delle parti alla rinnovazione¹⁰, si continua a contrapporre la tesi che attribuisce solo al giudice il potere di disporre la rinnovazione¹¹.

Nel 2011 si ammette un pieno diritto alla prova delle parti in caso di prova nuova o sopravvenuta, senza più distinguere fra giudizio abbreviato semplice e condizionato¹². Di contro però si opta anche per il potere esclusivamente d'ufficio alla rinnovazione¹³.

Nel 2012 nuovamente due pronunce accordano alle parti il diritto alla rinnovazione dell'istruzione in caso di prova sopravvenuta¹⁴; una decisione, invece, insiste per il solo potere d'ufficio¹⁵.

La sentenza in commento — e siamo al 2013¹⁶ — aderisce alla tesi dell'impossibilità per le parti di chiedere la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello: si tratta di un potere esercitabile solo dal giudice *ex art.* 603.

Il tema meriterebbe (anzi imporrebbe) una posizione più netta da parte della Corte di cassazione. Dalle pronunce della Corte EDU, infatti, emerge come il consenso dell'imputato ai riti speciali debba essere *informato*, devono cioè risultare *chiare* sia le garanzie a cui si rinuncia, sia i benefici che conseguono alle rinunce¹⁷. E non è certo *chiaro* come si atteggi nel giudizio abbreviato la fase d'appello: nel corso di dieci anni — ripetiamo — *undici* sentenze escludono un diritto alla prova delle parti, *quattordici* lo ammettono.

In particolare, la Corte sovranazionale ha precisato che la portata effettiva

2008, n. D'Angelo, *ivi*, n. 239081; Cass., Sez. I, 24 gennaio 2008, Diana, *ivi*, n. 239767; Cass., Sez. II, 15 maggio 2009, Marincola, *ivi*, n. 244163.

10. Cass, Sez. II, 17 giugno 2010, Melillo, in *Mass. Uff.*, n. 248181.

11. Cass., Sez. I, 14 ottobre 2010, Arshad, in *Giur. it.*, 2011, 2653, con nota di Rossi; e in *Dir. pen. proc.*, 2011, 1243, con nota di Segala.

12. Cass., Sez. III, 22 settembre 2011, De Cesare, in *Mass. Uff.*, n. 251798 (cfr. soprattutto motivazione).

13. Cass., Sez. II, 18 gennaio 2011, n. 3609, Sermone, in *Mass. Uff.*, n. 249161; Cass., Sez. III, 13 gennaio 2011, Ndreu, *ivi*, n. 249114 (cfr. soprattutto motivazione).

14. Cass., Sez. II, 3 febbraio 2012, Aracri, in *Mass. Uff.*, n. 252108; Cass., Sez. VI, 30 ottobre 2012, Pompeo, *ivi*, n. 255737.

15. Cass., Sez. I, 23 maggio 2012, Andali, in *Mass. Uff.*, n. 253729.

16. Cfr. anche Cass., Sez. I, 16 aprile 2013, Cimpoesu, in *Mass. Uff.*, n. 256165, che invece nella motivazione sembrerebbe ammettere il diritto delle parti alla rinnovazione in caso di abbreviato condizionato.

17. Cfr. Corte eur. dir. uomo, Gr. Cam., 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia; Id., 30 novembre 2000, Kwiatkowska c. Italia; Id., 6 novembre 2007, Hany c. Italia; Id., 23 novembre 1993, Poitrimol c. Francia; Id., 21 febbraio 1990, Håkansson e Sturesson c. Svezia; Id., Gr. Cam., 18 ottobre 2006, Hermi c. Italia.

delle rinunce deve risultare obiettivamente dai testi normativi¹⁸. Ma in tema di abbreviato non c'è una disciplina specifica che governa la fase d'appello: di qui l'incertezza oggettiva sui limiti di applicabilità dell'art. 603 c.p.p.

Inoltre, se pur la Corte EDU ha specificato che la difesa tecnica è onerata di informare l'imputato di tutte le conseguenze giuridiche che conseguono alla rinuncia delle garanzie¹⁹, non si può non riconoscere come sia assai difficile per il difensore prospettare di fronte a un dato normativo non equivoco e a una giurisprudenza divisa.

Infine la Corte europea ha rafforzato tale tutela, ritenendo che sia vietato al legislatore di modificare unilateralmente il quadro normativo successivamente al consenso; ovvero che siano inapplicabili eventuali mutamenti giurisprudenziali sopravvenuti al consenso dell'imputato che producano lo stesso risultato. In pratica la situazione di rinuncia e i conseguenti benefici si vanno a cristallizzare nel momento in cui si accede al rito²⁰.

Orbene, l'esistenza di un quadro normativo controverso e di una giurisprudenza oscillante impediscono che possa valutarsi come *informata, consapevole e non equivoca* la scelta dell'imputato all'accesso al rito abbreviato.

Di qui la necessità di un intervento delle Sezioni unite, volto a dare *stabilità* a un profilo interpretativo che potrebbe comportare per l'Italia il rischio di eventuali condanne per violazione del § 6 CEDU, sul presupposto della non chiarezza della disciplina positiva e dunque dell'*imprevedibilità* delle conseguenze che scaturiscono dalla scelta di richiedere il giudizio abbreviato.

18. Corte eur. dir. uomo, Gr. Cam., 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia.

19. Corte eur. dir. uomo, 30 novembre 2000, Kwiatkowska c. Italia.

20. Corte eur. dir. uomo, Gr. Cam., 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia.

Appello — Riforma *in peius*

Le Corti superiori e il divieto di *reformatio in peius* senza la rinnovazione delle prove orali

Luca Cianferoni

La decisione

Appello — Diritto alla prova — Rinnovazione dell’istruzione dibattimentale — Giudizio di rinvio dopo annullamento — Principio del giusto processo (CEDU, art. 6 Cost., art. III c.p.p., artt. 190, 593, 603, 627).

In tema di reformatio in peius della sentenza di assoluzione di primo grado qualora ad impugnare sia stato il p.m. “... la Corte di appello deve prestare la massima attenzione alle garanzie difensive allorché intenda valutare le medesime prove in senso sfavorevole all’imputato. 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 e contrasti sui quali l’esame 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 e 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 imparziali, 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”.

CASSAZIONE PENALE, TERZA SEZIONE, 15 ottobre 2013, (ud. 9 luglio 2013) — FIALE, Presidente – MARINI, Relatore – FRATICELLI, P.G. (diff.) — P. S., ricorrente.

Il testo della decisione in commento è consultabile sul sito web *archivio-penale.it*.

Il commento

1. Con la sentenza annotata la Terza Sezione penale della Corte di cassazione si è pronunciata su questioni relative a una criticità ormai sistemica dell'ordinamento processuale penale italiano, ossia il meccanismo delle impugnazioni e segnatamente dell'appello. Al riguardo non vi è chi non veda l'opportunità di una riforma legislativa tesa a correggere le storture di un sistema, quale quello delineato dal codice di procedura del 1988, in cui si ravvisa una sfasatura nella struttura del procedimento penale per cui a un assetto accusatorio caratterizzante in primo grado si contrappone un rito cartolare essenzialmente scritto nel secondo. È bene precisare che non si tratta di questioni di pura teoria del diritto concernenti le distinzioni fra metodo orale e metodo scritto nella formazione della prova, ma, al contrario, di questioni di carattere pratico-applicativo. L'insistenza con cui la giurisprudenza interna e quella europea affrontano il tema della prova nei giudizi di impugnazione dimostra, ove mai ve ne fosse bisogno, la centralità e l'attualità del medesimo: si tratta della necessità di declinare correttamente il diritto alla prova di cui all'art. 190 c.p.p. nella fase dell'appello come anche nelle eventuali fasi successive (compreso il giudizio di rinvio), ovvero, detto in altri termini, si tratta della necessità di individuare esattamente quali sono oggi i limiti della rinnovazione dell'istruzione dibattimentale *ex art. 603 c.p.p.* (questo vale *mutatis mutandis* anche per l'ipotesi di cui all'art. 627 c.p.p.) perché recenti vicende processuali, soprattutto di matrice europea, mettono in crisi il canone della sua eccezionalità che ormai da tempo si è affermato nella giurisprudenza interna.

Nel caso che ora ci occupa la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale da eccezione dovrebbe diventare la regola e qui l'uso del verbo al condizionale non esprime dubbi sul fatto che ciò sia richiesto dal principio del giusto processo, soprattutto nella sua interpretazione evolutiva e innovativa data dai giudici di Strasburgo, quanto piuttosto la refrattarietà della giurisprudenza interna a recepire ciò, se è vero, come è vero, che ancora lo scorso mese di gennaio la Quinta sezione penale della Corte di cassazione affermava che «*premesso che il secondo grado di giudizio non è costituzionalmente garantito... il giudice d'appello può rivalutare il materiale probatorio a sua disposizione, in particolare le dichiarazioni della persona offesa, apprezzandone l'attendibilità alla luce di ulteriori elementi trascurati dal primo giudice*»¹. Questo ragionamento sviluppato dal Supremo Collegio in quella occasione induce alla seguente riflessione: è vero sì che il secondo grado di giudizio non è garantito dalla Carta fondamentale, anche se esso fa parte del patrimonio giuridico inter-

1. Cass., Sez. V, 11 gennaio 2013, Cava, in www.archiviopenale.it.

no², europeo³ e internazionale⁴, ma è altrettanto vero che il principio del giusto processo trova applicazione trasversale ossia senza distinzione per gradi di giudizio e per materia, visto che all'art. III, CO. 1, Cost. afferma *claris verbis* che « la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge », non distinguendo in alcun modo con riferimento a una determinata fase processuale ovvero alla materia del contendere (ossia se civile o penale dato che solo i commi centrali di detto articolo, ossia dal terzo al quinto, riguardano esclusivamente il processo penale). La successiva evoluzione giurisprudenziale ha però dimostrato come la posizione espressa in quel frangente dalla Suprema Corte fosse destinata ad essere superata e il modello accusatorio a trovare piena estensione nel giudizio di appello per lo meno quando si versi in ipotesi di impugnazione della sentenza di assoluzione di primo grado da parte della Procura.

Il punto è delicato, la questione controversa.

Se la giurisdizione si attua mediante il giusto processo, questo principio deve potersi dispiegare lungo tutto l'*iter* processuale nessuna fase esclusa, ma il grado di appello si è sempre caratterizzato per la sua cartolarità, da qui la criticità e la sua attuale e non sofferta metamorfosi. Il nodo dal quale passa il cambiamento in atto è dato proprio dall'ipotesi in parola perché è fuor di dubbio che, quando a proporre l'appello è il solo p.m. al fine di giungere a un ribaltamento della sentenza assolutoria di primo grado, il livello di attenzione si fa più elevato proprio per la delicatezza delle implicazioni pratiche che si verificano sul piano delle garanzie difensive. L'ordinamento non impedisce al p.m. di proseguire in ulteriore grado di giudizio l'ipotesi accusatoria pur a fronte di un *decisum* di esclusione della penale responsabilità, ma, stante i poteri della pubblica accusa in caso di impugnazione di sentenza di assoluzione e i limiti difensivi dell'imputato, devono sussistere le condizioni di parità cui lo stesso art. III, CO. 2, Cost. si riferisce. Questo però non significa necessariamente identici poteri, facoltà e diritti per l'accusa e per la difesa (cosa che del resto è tecnicamente impossibile), ma contraddittorio pieno ed effettivo nella formazione della prova, vale a dire integrale rinnovazione dell'istruzione dibattimentale secondo i principi dell'oralità e della immediatezza in un confronto dialettico fra le parti davanti al secondo giudice.

Ovviamente il problema riguarda la prova orale in appello: non può darsi come pure accade nelle aule di giustizia che in sostanza tale prova si trasformi in una sorta di prova documentale, perché questo si verifica

2. Per esempio, l'art. III, co. 6, Cost., stabilisce il secondo grado di giudizio laddove prevede il ricorso in cassazione avverso le sentenze e i provvedimenti sulla libertà personale.

3. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo prevede il doppio grado di giurisdizione all'art. 2 del VII Protocollo.

4. Si pensi all'art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici.

quando la valutazione circa l'attendibilità di un testimone avviene mediante la semplice lettura delle sue dichiarazioni. In merito i giudici europei sono stati chiari nella pronuncia richiamata dalla sentenza annotata perché hanno delineato l'obbligo per il giudice dell'appello di rinnovare l'istruzione dibattimentale qualora intenda operare un diverso apprezzamento di attendibilità di una prova orale ritenuta in primo grado non attendibile.

Le difficoltà palesate dai giudici di merito come anche in alcune occasioni da quelli di legittimità di escludere la possibilità di una riforma *in peius* della sentenza di assoluzione senza la rinnovazione della prova orale disponibile e determinante risiedono nel fatto che il principio del giusto processo esige di superare il connotato di eccezionalità dello strumento di cui all'art. 603 c.p.p. non potendo tollerare, detto principio, quella compressione delle garanzie difensive causate da scorrette procedure di accertamento dei fatti che altrimenti si verrebbe a verificare.

2. La vicenda processuale sfociata nella sentenza annotata ha inizio con la decisione del Tribunale di Lecce di assolvere l'imputato non ritenendolo responsabile del reato di cui all'art. 2, co. 1-bis, D.L. 12 settembre 1983, n. 463 convertito in L. 11 novembre 1983, n. 638 e modificato dal D.Lgs. 24 marzo 1994, n. 211, ossia omissione di versamento delle ritenute previdenziali e assistenziali.

Alla sentenza di assoluzione il giudice di primo grado era pervenuto all'esito di una istruzione probatoria soltanto parziale. Infatti, con ordinanza, il Tribunale aveva ammesso le prove richieste dalla difesa e dal p.m., ma in dibattimento si procedette all'assunzione di due soltanto dei testimoni citati dalla difesa, risultando peraltro tutti i testimoni presenti. In esito a tale esame la difesa rinunciò ai testi restanti dei quali il Tribunale revocò l'ammissione *ex art. 495, co. 3 c.p.p.*, dando quindi la parola alle parti per le conclusioni. Al termine della discussione, il giudice, ritenendo raggiunta la prova in ordine al punto centrale della avvenuta corresponsione delle retribuzioni da cui sarebbero originate le ritenute non versate, emetteva sentenza assolutoria escludendo la penale responsabilità dell'imputato per il reato per il quale si era proceduto.

A questo punto l'impugnazione della sentenza da parte del solo p.m. incardinava il processo davanti alla Corte di appello di Lecce. Nelle more del secondo giudizio è accaduto quanto successivamente la Corte di cassazione ha censurato perché, ribaltando il *decisum* del giudice di prime cure, la Corte di appello emetteva una sentenza di condanna sulla base della rilettura e della rivalutazione delle dichiarazioni dei testimoni introdotti dalla difesa.

È qui che si annida il punto centrale della questione affrontata nella sentenza in commento, perché il fatto che, nello specifico caso in esame e alla luce dell'orientamento della giurisprudenza di legittimità e di quella

europea, il giudice di seconde cure sia stato chiamato a valutare complessivamente la responsabilità penale dell'imputato senza che ciò sia stato bilanciato dalla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale determina quello scompenso, ossia quella disfunzione, nel meccanismo di accertamento dei fatti acclarato dalla Corte di cassazione. Avverso la sentenza di condanna è stato l'imputato a proporre impugnazione, adducendo quali motivi di ricorso in cassazione l'errata applicazione della legge e il vizio di motivazione per avere la Corte di appello di Lecce erroneamente rovesciato il giudizio di assoluzione operato dal primo giudice dopo che questi aveva revocato l'iniziale ammissione di alcune prove testimoniali introdotte dalla difesa e ritenute superflue a seguito di quelle già acquisite. Nello specifico, il ricorrente affermava che l'opzione per la revoca *ex art. 495, co. 4, secondo periodo c.p.p.*, non poteva trovare rimedio ad opera del ricorrente in quanto attinto da una sentenza assolutoria impugnata dal solo p.m. e che le argomentazioni poste dal giudice di seconde cure a fondamento della condanna risultano palesemente illogiche nella parte in cui non rilevano che la mancata presentazione dei modelli DM 10 costituisce fattispecie più grave della mera omissione di versamento delle ritenute.

A ben vedere nel ricorso presentato dalla difesa dell'imputato sono stati delineati con precisione i due temi, distinti ma strettamente connessi fra di loro, che hanno formato oggetto di una attenta analisi da parte del Supremo Collegio. È da notare, però, che nella parte motiva della sentenza il giudice estensore ha ribaltato l'ordine di trattazione dei due temi rispetto a quello delineato nel ricorso difensivo e ciò non senza ragione. Infatti la cassazione si arresta già sul percorso argomentativo seguito dal giudice di seconde cure in quanto logicamente viziato, ma il punto centrale, efficacemente evidenziato dalla Corte, è che ciò è espressione del modo errato con cui si è proceduto all'accertamento dei fatti e ciò equivale a dire che le storture sul piano probatorio ridondano in motivazione, inficiandola.

Non è dato al giudice del gravame valutare negativamente l'attendibilità dei testimoni senza che i medesimi siano stati chiamati a spiegare le imprecisioni o i contrasti di cui vengono rimproverati in seconda sede.

Se nel dibattimento dinanzi al Tribunale tutte le prove non vengono assunte per la prospettiva di una sentenza di assoluzione e se ciò è in linea con i principi basilari del diritto e della procedura penale, allora contrasta con i predetti principi l'opzione inversa seguita dalla Corte di appello per cui nella prospettiva di una sentenza di condanna non si procede a un contraddittorio pieno ed effettivo sulla prova, non si escutono i testimoni, non si sviluppa nella dialettica fra le parti l'esame su imprecisioni o contrasti delle dichiarazioni rese in primo grado, si effettua una valutazione negativa dell'attendibilità delle prove orali e si valuta le stesse in senso sfavorevole per l'imputato perché tutto questo significa vulnerare pesantemente i diritti

della difesa che invece debbono in questo specifico caso, ossia nel caso dell'appello della sola Procura avverso una sentenza che ha escluso la penale responsabilità dell'imputato, più che in ogni altro, essere garantiti.

È il principio del giusto processo a esigere questo sotto un triplice profilo: quello di legittimità, trattandosi di capire l'ampiezza e l'attuale portata della disciplina relativa al diritto alla prova di cui all'art. 190 c.p.p. nei gradi di giudizio successivi al primo; quello di costituzionalità, dovendo accertare allo stato attuale quale sia il contenuto effettivo e sostanziale del diritto dell'imputato alla prova affermato *claris verbis* dall'art. 111, co. 3, Cost.; quello di convenzionalità (che in considerazione delle sentenze gemelle del 2007 ridonda in quello di costituzionalità per violazione indiretta dell'art. 117, co. 1, Cost.) trattandosi di recepire, pienamente e senza le ritrosie manifestate sia dai giudici di merito sia da quelli di legittimità, l'interpretazione dell'art. 6 CEDU sviluppata in recenti sentenze dal suo giudice.

Il primo tema che quindi viene in considerazione è quello del vizio logico della motivazione elevato a vizio di legittimità secondo lo schema dell'art. 606, co. 1, lett. e) c.p.p.

Al riguardo la Corte di cassazione rileva che il giudizio di penale responsabilità dell'imputato, comportante il rovesciamento della decisione del Tribunale, si fonda su una operazione di rilettura e rivalutazione delle dichiarazioni dei testimoni introdotti dalla difesa (per cui poi il secondo giudice ha concluso attribuendo ai medesimi dichiarazioni non veritiere) basata sui seguenti elementi: le imprecisioni e i contrasti fra i due dipendenti della ditta del ricorrente in ordine all'epoca e alle ragioni dei mancati pagamenti delle retribuzioni, l'illogicità del comportamento dei dipendenti che avrebbero continuato a lavorare per alcuni mesi senza percepire la corrispondente retribuzione, il fatto che le difficoltà economiche riferite da uno dei testi ai mancati pagamenti da parte della Regione Puglia non hanno avuto alcun supporto documentale da parte del ricorrente (che non ha fornito elementi di prova in tal senso) e i motivi per i quali l'imputato avrebbe dovuto presentare modelli DM 10 non veritieri, dichiarando come corrisposte retribuzioni in realtà non versate ai dipendenti, tanto più che detti modelli costituiscono elemento di prova proveniente dallo stesso imputato e, dunque, particolarmente significativo.

E qui i vizi logici sono così palesi da inficiare il complessivo percorso motivazionale e tali da imporre da soli l'annullamento della decisione perché, per esempio e corrispondentemente agli elementi sopra indicati, non si comprende come le dichiarazioni dei testimoni della difesa debbano ritenersi inconciliabili, come la non perfetta coincidenza delle dichiarazioni costituisca da sola elemento di sospetto o di giudizio di falsità, come la circostanza che l'imputato non abbia fornito la prova dei mancati pagamenti possa riverberare effetti sulla credibilità delle dichiarazioni rese dai testi,

come sia da ritenere inverosimile che i dipendenti abbiano continuato a lavorare per mesi pur senza percepire la corrispondente retribuzione (perché ben possono sussistere le ragioni di crisi di liquidità affermate dal datore di lavoro, le difficoltà dei lavoratori a trovare altra occasione di lavoro, la speranza che il momento di crisi possa trovare soluzione) ed infine come sia da considerarsi inconcepibile che un datore di lavoro presenti modelli DM 10 in parte non veritieri, visto che le conseguenze della mancata presentazione di detti modelli possono essere più pesanti di quelli della presentazione di modelli solo in parte veritieri e che la presentazione di modelli recanti l'indicazione di omesso pagamento di parte delle retribuzioni può dare origine a controlli che si intendono evitare.

Sebbene la sentenza gravata non abbia retto alla censura di legittimità già sotto il profilo del suo impianto motivazionale dal momento che la trama argomentativa palesava patenti vizi logici tali da non consentirle di superare il vaglio critico e per ciò solo da imporne l'annullamento, la Corte di cassazione non si esime dall'affrontare il secondo tema che viene in considerazione, che poi è il tema centrale della questione, ossia il livello di tutela delle garanzie difensive nell'ipotesi di appello avverso sentenza di assoluzione proposto dal solo p.m. Al riguardo il Supremo Collegio ha precisato che se il Tribunale non ha ritenuto necessario assumere tutte le prove a difesa in quanto l'assunzione di una parte di esse è stata dallo stesso ritenuta sufficiente per addivenire a sentenza assolutoria, la Corte di appello è tenuta a prestare la massima attenzione ai diritti della difesa qualora intenda valutare le medesime prove in senso sfavorevole all'imputato. Questo significa che il rovesciamento del giudizio circa l'attendibilità dei testimoni della difesa deve essere sostenuto da elementi quasi incontrovertibili⁵ e non dovrebbe mai essere effettuato evidenziando incoerenze o contrasti sui quali l'esame in primo grado non si è sviluppato sia perché, altrimenti, il secondo giudice opera una valutazione negativa di attendibilità senza che i testimoni siano stati chiamati a spiegare le imprecisioni e i contrasti in quella sede oggetto di rimprovero ovvero a chiarire i punti ritenuti controversi dalla Corte, sia perché tutto ciò rende gli esami incompleti e parziali e, in quanto tali, insuscettibili di trasformarsi in elemento positivo che smentisce la versione difensiva che il primo giudice ha ritenuto, viceversa, fondata anche sulla base delle medesime dichiarazioni che egli ha giudicato sufficienti per

5. Questo significa che in punto di motivazione al giudice che intenda ribaltare il verdetto assolutorio di primo grado è richiesto un impegno argomentativo particolarmente significativo che difficilmente nello specifico caso può essere onorato senza che alla base vi sia un effettivo esame delle incoerenze e contraddizioni rimproverate. Del resto già da tempo il Supremo Collegio ha delineato la necessità di una motivazione particolarmente pregnante e approfondita del giudice di seconde cure che voglia riformare una assoluzione: v. Cass., Sez. un, 20 settembre 2005, Mannino, in *Mass. Uff.*, n. 231669 e Id., Sez. VI, 16 febbraio 2006, Aglieri, *ivi*, n. 233083.

escludere la responsabilità penale dell'imputato.

In sostanza se la tesi difensiva ha trovato conferma nella sentenza di assoluzione per aver ritenuto il Tribunale raggiunta la prova tanto da ritenere superflua l'ulteriore attività istruttoria e se quello stesso *decisum* nel successivo giudizio provocato dall'impugnazione del p.m. viene *in toto* disatteso allora l'esame dibattimentale deve essere completo e la rinnovazione probatoria integrale. Non può essere che ragioni di economia processuale, di celerità dell'accertamento penale e di snellezza di procedure (che poi costituiscono i motivi per i quali in sede di riforma venne delineato un processo di appello essenzialmente cartolare stante la presunzione di completezza della piattaforma probatoria delineatasi nel corso del primo giudizio) prevalgano nella prassi invalsa nelle aule di giustizia (e quindi nella sostanza) su principi di caratura costituzionale e addirittura convenzionale come la presunzione di non colpevolezza ovvero di innocenza e il giusto processo.

Davvero il *modus procedendi* seguito dalla la Corte di appello di Lecce e l'esito cui la medesima è pervenuta suscita qualche perplessità. *Quid est* dei predetti principi in uno con la difesa definita in modo limpido dalla Carta fondamentale all'art. 24 come diritto inviolabile; *quid est* del processo a struttura accusatoria chiara opzione del riformatore in risposta alla struttura inquisitoria prevista dal vecchio codice di rito e peraltro divelta nei suoi punti cardini da antecedenti interventi legislativi; e, infine, *quid est* delle tutele che l'ordinamento deve assicurare anche mediante la garanzia dei diritti difensivi nel procedimento penale complessivamente inteso?⁶

Perché di questo si tratta. Non si deve dimenticare che nel caso di specie si è giunti a una sentenza di condanna escludendo dal novero delle fonti di prova i testimoni che il giudice di prime cure aveva ritenuto superflui rispetto a conclusioni favorevoli all'imputato che egli giudicava già accertate sulla base delle prove raccolte.

A ciò si potrebbe obiettare richiamando proprio la disciplina di cui all'art. 603 c.p.p. per sottolineare che, nelle more del processo di appello *de quo*, la difesa dell'imputato non ha richiesto ai sensi del co. 1 del citato articolo l'assunzione di nuove prove per cui poi, come da disposizione codicistica, se il giudice ritiene di non essere in grado di decidere allo stato degli atti dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale. *Ergo*, niente richiesta, niente rinnovazione.

Veramente stupisce questo *bypass* dell'art. 603, co. 3 c.p.p. e viene da

6. Non ci si riferisce qui solamente al frammento procedimentale che inizia con l'iscrizione di cui all'art. 335 c.p.p. e si conclude con il passaggio in giudicato della sentenza, ma da quando si ha una qualsiasi attività di indagine o di acquisizione *latu sensu* di elementi di prova fino al giudizio di revisione ex art. 630 c.p.p. nell'ipotesi introdotta con sentenza additiva dalla Consulta a seguito di ripetute condanne dell'Italia da parte della Corte di Strasburgo per violazione degli artt. 6 e 46 CEDU.

domandarsi cosa realmente voglia significare l'espressione che qui e nell'art. 507, co. 1 c.p.p. ricorre, ossia "assolutamente necessaria" con riferimento al potere *ex officio* di disporre, nel primo caso, la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale e, nel secondo caso, l'assunzione di nuovi mezzi di prove al termine dell'acquisizione di quelle già ammesse.

Perché se nello specifico caso in esame la rinnovazione non è assolutamente necessaria, allora quando è tale?

I giudici delle Corti superiori, nelle loro recenti sentenze sul tema, sono concordi nell'affermare (sia pure diversamente argomentando essendo ciò dovuto alle differenze di tipologia di giudizio, di struttura del collegio e di ruolo nei rispettivi ordinamenti) che quando si versa nell'ipotesi in parola si deve avere un'istruzione probatoria piena ed effettiva per cui viene a avere contenuto concreto l'espressione di cui sopra delineandosi a questo punto l'obbligo del giudice di adottare d'ufficio misure positive allo scopo, anche se ciò non era stato espressamente richiesto dalla difesa dell'imputato.

Di tutto ciò i giudici di merito devono prendere atto visto che questo è evidentemente il senso della giurisprudenza di legittimità⁷ e di quella europea sull'argomento⁸.

Del resto il principio di diritto di cui qui si discorre era stato affermato, sia pure sotto diverso profilo, dal Supremo Collegio già nel 2005 allorquando le Sezioni Unite penali⁹ precisarono l'effetto devolutivo dell'appello proposto dal p.m. avverso la sentenza assolutoria anche in funzione di individuare i diritti dell'imputato, ritenendo che, non potendosi menomare detto potere di impugnazione della pubblica accusa¹⁰ e dovendo il medesimo essere compensato con una piena garanzia dei diritti difensivi, il *devolutum* debba essere totale.

7. Si vedano i precedenti conformi la maggioranza dei quali è costituita da pronunce della Sesta Sezione penale della Corte di cassazione: Cass., Sez. VI, 09 febbraio 2012, Abbate, in *Mass. Uff.*, n. 251782; Id., Sez. VI, 07 novembre 2011, Galante, *ivi*, n. 251066; Id., Sez. II, 10 luglio 2012, Urciuoli, *ivi*, n. 253407.

8. Corte eur. dir. uomo, Sez. III, 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia; Id., Sez. III, 5 marzo 2013, Manolachi c. Romania; Id., Sez. III, 4 giugno 2013, Hanu c. Romania. Le citate sentenze sono espressione di un percorso che si caratterizza per il fatto di delineare un legame effettivo fra il principio del giusto processo e la declinazione di una prova dichiarativa rispettosa dell'oralità del contraddittorio fra le parti.

9. Ci si riferisce alla nota sentenza della Cass., Sez. un., 20 settembre 2005, Mannino, in *Mass. Uff.*, n. 231617.

10. Con l. 20 febbraio 2006, n. 46 (meglio nota come "legge Pecorella") il legislatore ha sostituito il testo dell'art. 593 c.p.p. prevedendo che l'imputato e il p.m. potessero proporre appello avverso le sentenze di proscioglimento nelle ipotesi di cui all'art. 603, co. 2 c.p.p., se la nuova prova è decisiva. Con riferimento al potere di appello del p.m., la Consulta con la sentenza n. 26 del 2007 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 della l. 20 febbraio 2006, n. 46, nella parte in cui, sostituendo l'art. 593 c.p.p., esclude che il p.m. possa appellare contro le sentenze di proscioglimento, fatta eccezione per le ipotesi previste dall'art. 603, co. 2 c.p.p.

3. A questo punto è possibile fare una prima duplice osservazione.

Quanto alla parte motiva della sentenza, il giudice di legittimità ha indicato quali debbano esserne i connotati, i requisiti e la struttura affinché la medesima non palesi quei vizi di tipo logico tali da non consentirle di superare il vaglio *ex art. 606, co. 1, lett. e) c.p.p.*

Quanto al regime della prova orale nel giudizio di appello, la Terza sezione penale della Corte di cassazione ha in sostanza affermato la necessità-obbligatorietà della rinnovazione della prova per lo specifico caso in esame affinché venga rispettato il principio del giusto processo.

Ergo, la mancata osservanza di principi *de quibus* da parte di entrambi questi profili determina una violazione del diritto dell'imputato alla prova fissato innanzitutto dall'art. III, co. 3, Cost. e dall'art. 190 c.p.p., nonché una compressione delle corrette procedure di accertamento dei fatti.

Quale, dunque, il contenuto del diritto alla prova sancito in esordio del Libro III del codice di rito nel giudizio di appello e in quello di rinvio con riferimento ai profili di legittimità, di costituzionalità e di convenzionalità che qui innegabilmente vengono in considerazione?

Perché senza dubbio questo è il quesito giuridico sottostante alla questione posta all'attenzione della prova è decisiva.

Suprema Corte oltre a quello della — è il caso di dire — metamorfosi del giudizio di appello che dal momento di verifica circa la correttezza del *decisum* del primo giudice tende a diventare *novum iudicium* come lo specifico caso in esame mette in evidenza.

Su entrambi i fronti gioca un ruolo fondamentale la più recente giurisprudenza sull'art. 6, § 1, CEDU.

È per questi motivi che il giudice di legittimità richiama sul punto la nota sentenza Manolachi c. Romania, in cui la Terza sezione della Corte europea dei diritti dell'uomo, in linea con quanto già affermato nella precedente sentenza Dan c. Moldavia e con quanto verrà ribadendo nella recentissima sentenza Hanu c. Romania, precisa che con riferimento a una persona che, in grado di appello, sia stata « *riconosciuta colpevole sulla base delle stesse testimonianze che avevano portato il Tribunale a dubitare della fondatezza dell'accusa (...) la mancata audizione del ricorrente e dei testimoni da parte della Corte di appello e dell'Alta Corte prima di dichiarare il ricorrente colpevole ha limitato notevolmente i diritti della difesa* ». Siccome la Corte di appello non dispone di alcun dato nuovo, deve evidenziarsi come la possibilità per l'imputato di confrontarsi con un testimone in presenza del giudice chiamato a decidere in ultima istanza sull'accusa è una delle garanzie di un processo equo e come, pur in assenza di espressa richiesta di un nuovo esame dei testimoni da parte dell'imputato, « *il giudice del ricorso fosse tenuto ad adottare d'ufficio misure positive a tale scopo, anche se ciò non era stato espressamente richiesto dal ricorrente* ». Quindi « *la condanna pronunciata nei confronti del ricorrente*

senza che egli sia stato sentito personalmente dai giudici di appello e di ricorso e in assenza di audizione dei testimoni quando il ricorrente era stato assolto in primo grado non soddisfa le esigenze del processo equo ».

All'art. 190 del codice di rito il legislatore delegato del 1988 ha scritto: « Diritto alla prova — 1. Le prove sono ammesse a richiesta di parte. Il giudice provvede senza ritardo con ordinanza escludendo le prove vietate dalla legge e quelle che manifestamente sono superflue o irrilevanti. 2. La legge stabilisce i casi in cui le prove sono ammesse di ufficio. 3. I provvedimenti sull'ammissione della prova possono essere revocati sentite le parti in contraddittorio ».

Senza alcuna pretesa di esaustività, per quello che qui rileva occorre sottolineare due aspetti. In primo luogo la disposizione in parola ha valenza trasversale nel senso che essa riguarda qualunque fase del processo penale ed infatti essa è ubicata nel Libro III del codice dedicato appunto alle prove. In secondo luogo la regola è che il diritto probatorio è di parte per cui il potere *ex officio* sussiste solo nei casi previsti dalla legge. Queste regole basilari devono però confrontarsi con le peculiarità del processo di secondo grado come con quello di rinvio, perché, per esempio, nel procedimento *ex art. 627 c.p.p.* è come se rivivesse la sentenza di assoluzione di primo grado dal momento che in questa sede il giudice ha gli stessi poteri del collega la cui sentenza è stata annullata¹¹. Non a caso nella pronuncia in commento la Corte di cassazione ha disposto l'annullamento della sentenza gravata con rinvio ad altra sezione della Corte di appello di Lecce, precisando che nel nuovo giudizio dovranno essere rispettati i principi di diritto così sanciti. Ergo, le considerazioni svolte dal Supremo Collegio per il grado di appello valgono anche per il giudizio di rinvio.

Il confronto — di cui poco prima si diceva — fra l'art. 190 c.p.p. e gli artt. 603 e 627 c.p.p. vive inevitabilmente di alcuni momenti di criticità, come quello visto nella vicenda processuale che ha dato luogo alla sentenza annotata e che ben potrebbe riproporsi nel giudizio seguente la cassazione qualora nella nuova sede non venga rispettato il divieto di *reformatio in peius* senza la rinnovazione della prova, delineato in questa occasione come anche in altre sentenze conformi e indicato a baluardo del principio del giusto processo.

Qui oltre al profilo di legittimità che in questo modo viene delineandosi, sussiste anche un profilo di costituzionalità–convenzionalità del quale la Sezione terza della Corte di cassazione si mostra ben consapevole. Sul punto il Supremo Collegio ha richiamato l'art. III, co. 3, Cost., ma benissimo avrebbe potuto fare riferimento anche all'art. 24, co. 2, Cost. (non si deve

11. GAITO, *Verso una crisi evolutiva del giudizio di appello, L'Europa impone la riassunzione delle prove dichiarative quando il p.m. impugna la sentenza di assoluzione*, commento alla sentenza Dan c. Moldavia in questa Rivista, 2012, 349 ss.

infatti dimenticare che la giurisprudenza costituzionale aveva affermato il principio *de quo* argomentando *ex art. 24 Cost.* ben prima che con la riforma del 1999 facesse formale ingresso il principio dell'*equal process* nella Carta fondamentale), per sottolineare il fatto che la compressione delle corrette procedure di accertamento dei fatti verificatasi nel giudizio di appello sia in sostanza causata dalla compressione del diritto di difesa dovuta a sua volta dalla compressione del diritto alla prova.

La previsione di limiti alla prova in appello deve essere rispettosa del principio in parola anche e soprattutto nella sua interpretazione evolutiva offerta dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo cui oggi, più che in passato, i giudici interni mostrano di seguire e del resto non potrebbe essere altrimenti stante la maggiore rilevanza che il sistema convenzionale ha assunto all'interno degli interni degli stato membri, ivi compreso il nostro, soprattutto nel corso dell'ultimo quindicennio.

L'equilibrio fra le due esigenze che qui vengono a confronto si individua secondo i giudici delle Corti superiori dando prevalenza al canone del giusto processo che — si badi — trova affermazione con riguardo all'intera giurisdizione, anche se è fuor di dubbio che è in ambito penale che vengono in considerazione i momenti critici come quelli palesati dalla vicenda processuale in commento visto che è in questa sede che il principio *de quo* si fa particolarmente pregnante, trattandosi di tutelare adeguatamente i diritti della difesa e soprattutto — e prima ancora di detti diritti — il bene della dignità umana.

In apertura si accennava all'opportunità di una revisione legislativa della disciplina del meccanismo delle impugnazioni e in particolare dell'appello. Mentre nel processo civile questo è recentemente avvenuto¹², nel processo penale ancora si attende, ma casi come quello in commento mettono in evidenza sia la necessità di un intervento riformatore in materia sia il cambiamento in atto del giudizio di appello per via giurisprudenziale.

Stante l'attuale giurisprudenza non resta quindi alla Sezione di rinvio della Corte di appello di Lecce che adeguarsi ai principi di diritto sanciti dalla Suprema Corte nella sentenza annotata, altrimenti ben potendosi delineare ulteriore ricorso in cassazione *ex art. 628, co. 2 c.p.p.*

12. Il legislatore con il d.l. 83 del 2012 (c.d. "Decreto Sviluppo") convertito con modificazioni dalla l. 134 del 2012 ha riformato l'appello civile con le importanti modifiche apportate agli artt. 339 e ss. c.p.c.: il senso della riforma è stato quello di restringere le ipotesi di appello al fine di alleggerire il carico di lavoro delle Corti introducendo il c.d. filtro di ammissibilità di cui agli artt. 342 e 348-bis c.p.c., riducendo ulteriormente gli spazi per le nuove prove ed eliminando la discrezionalità del giudice di secondo grado che le voglia ammettere.

La reformatio in peius della sentenza di assoluzione tra vincoli europei e diritto ad un equo processo

Valeria Marchese

La decisione

Appello penale — Riforma della sentenza di assoluzione — Condizioni — Motivazione — Riassunzione della prova orale — Rinnovazione dell'istruzione — Equo processo (CEDU, art. 6; Cost., art. III; C.p.p., art. 603)

È illegittima la sentenza d'appello che in riforma di quella assolutoria affermi la responsabilità dell'imputato, sia pure ai soli fini civili, sulla base di un'interpretazione alternativa del medesimo compendio probatorio utilizzato nel primo grado di giudizio, occorrendo una forza persuasiva superiore, tale da far cadere ogni ragionevole dubbio: ogni volta che intenda operare un diverso apprezzamento di attendibilità di una prova orale decisiva, ritenuta in primo grado non attendibile, il giudice d'appello deve procedere alla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale.

CASSAZIONE PENALE, QUINTA SEZIONE, 26 giugno 2013 (ud. 7 maggio 2013) — BEVERE, *Presidente* — LIGNOLA, *Relatore* — D'ANGELO, P.M. (diff.) — Marchetti, *ricorrente*.

Il testo della sentenza in commento è consultabile integralmente sul sito *web archiviopenale.it*.

Il commento

I. Nella vicenda esaminata nella sentenza in commento, una decisione assolutoria era stata riformata in condanna, senza che la Corte d'appello si fosse premurata di riassumere una prova orale decisiva¹. Con questa sentenza il nostro ordinamento accenna ad adeguarsi a quanto previsto

1. Al riguardo si vedano le più recenti Cass., Sez. II, 17 luglio 2013, Marotta, in *Mass. Uff.*, n. 255984, secondo la quale l'art. 6 della CEDU impone di rinnovare l'istruttoria soltanto in presenza di due presupposti: la decisività della prova testimoniale e la necessità di una rivalutazione da parte del

dall'art. 6 della CEDU, in tema di equo processo e regole del contraddittorio, così come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

I giudici di legittimità si sono pronunciati su una sentenza del Tribunale di Perugia, che, in seguito ad appello della parte civile, aveva dichiarato l'imputato, precedentemente assolto in primo grado, colpevole ai fini civili. La Corte, in accoglimento del primo motivo di ricorso, ha dichiarato illegittima la statuizione di secondo grado, per insufficienza della motivazione, poiché questa si limitava a registrare una erronea valutazione delle prove e rovesciava il giudizio di attendibilità sulle dichiarazioni della persona offesa, senza farsi carico delle incongruenze segnalate dal primo giudice. In secondo luogo, la Cassazione ha ritenuto applicabili alla vicenda esaminata i principi sanciti dalla Corte EDU nella sentenza *Dan c. Moldavia*², poiché il tribunale aveva riformato la sentenza di primo grado sulla base di una mera rivalutazione delle dichiarazioni del testimone fondamentale, senza averlo escusso nuovamente, violando l'art. 6, § 1, della CEDU. I giudici, inoltre, hanno precisato che le regole enunciate sono applicabili anche nel caso in cui la responsabilità venga dichiarata ai soli fini civili, posto che l'art. 573 c.p.p. dispone che l'impugnazione per i soli interessi civili è assoggettata alle medesime regole del processo penale³.

La sentenza commentata è rilevante perché la Cassazione ha ritenuto sussistenti i presupposti per l'applicazione dei principi sanciti dalla giurisprudenza di Strasburgo, discostandosi dalle precedenti decisioni al riguardo⁴. Tuttavia, essa è intervenuta sul tema in maniera poco incisiva, confermando i limiti interpretativi della giurisprudenza di legittimità e dimostrando come sia ancora radicata l'idea di un giudizio di secondo grado impermeabile ai principi di oralità e contraddittorio, se non in via residuale.

2. La questione al vaglio della Corte rappresenta un aspetto di forte criticità del nostro sistema processuale e trova fondamento nell'antinomia tra giudizio di primo grado, regolato dai principi del modello accusatorio e del giusto processo, e giudizio di secondo grado, nel quale l'acquisizione di nuovi elementi di prova è ammessa solo in via residuale, ove si renda necessaria per completare l'attività già svolta o per rinnovare gli atti assunti⁵.

giudice d'appello dell'attendibilità dei testimoni; Id., Sez. II, 17 maggio 2013, Marchi, in *Mass. Uff.*, n. 21284, secondo la quale il giudice d'appello, per riformare in *peius* una sentenza di assoluzione, non è obbligato alla rinnovazione delle prove dichiarative assunte in primo grado quando la sua decisione si fonda su un diverso apprezzamento di conversazioni telefoniche oggetto di intercettazione.

2. Corte eur. dir. uomo, Sez. III, 5 ottobre 2011, *Dan c. Moldavia*, in www.archiviopenale.it.

3. In questo senso, Cass., Sez. VI, 19 dicembre 2012, Crispi, in *Mass. Uff.*, n. 253940.

4. In motivazione vengono richiamate Cass., Sez. V, 5 luglio 2012, Luperi, in *Mass. Uff.*, n. 253541; Id., Sez. VI, 26 febbraio 2012, Caboni, in *Giur. it.*, 2013, in corso di pubblicazione, con nota di COMI, *Riforma in appello di una sentenza assolutoria e obbligo di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale*.

5. Si veda, *ex multis*, Cass., Sez. VI, 5 febbraio 2013, Baccouche Abderazack, in

Il regime delle letture, finalizzato ad una valutazione critica di quanto già acquisito al processo, rappresenta l'ipotesi tipica per lo svolgimento del dibattimento in appello⁶.

Lo stato di tensione con il diritto alla prova ha generato dubbi sull'ammissibilità e sui limiti della riforma in appello di una pronuncia assolutoria, poiché l'imputato viene condannato senza aver beneficiato delle garanzie del giusto processo, sancite dall'art. 111 Cost. e dall'art. 6 della CEDU.

Dalla prospettiva dell'accusa, si potrebbe obiettare che la riforma in senso assolutorio di una sentenza di condanna porrebbe analoghi problemi. Tuttavia, l'aspetto differenziale di maggiore rilevanza consiste nel fatto che, mentre la conversione di una condanna in assoluzione può realizzarsi con un'attività essenzialmente demolitiva, la conversione di un'assoluzione in condanna implica un'attività costruttiva, per la quale è più che mai importante il rapporto diretto con le fonti di prova⁷.

Si consideri, inoltre, che la violazione delle garanzie in appello si manifesta anche in ordine alla disparità di trattamento tra l'imputato riconosciuto colpevole in primo grado, che può avvalersi di un ulteriore grado di giudizio di merito per difendersi, e quello che viene condannato per la prima volta in appello, che può impugnare la statuizione ritenuta viziata solo per motivi di legittimità⁸.

Al riguardo, non è stato risolutivo l'intervento legislativo del 2006⁹, che, limitando l'appellabilità delle sentenze di proscioglimento ai casi marginali in cui vi fosse una prova sopravvenuta o scoperta dopo il giudizio di primo grado, suscitava dubbi, se non di costituzionalità, quantomeno di opportunità e razionalità: la riforma appariva troppo sbilanciata a favore dell'imputato, alterando il principio della *égalité des armes*, desumibile dall'art. 111 Cost.¹⁰.

Questi rilievi sono stati condivisi dalla Corte Costituzionale¹¹, secondo la quale « il rimedio ad eventuali deficit delle garanzie che assistono una parte processuale va rinvenuto in soluzioni che escludono quel difetto e non già in una

www.archiviopenale.it, sul dovere del giudice di secondo grado di motivare in modo logico, congruo e corretto le ragioni del rigetto delle richieste di prova ex art. 603 c.p.p.

6. NUZZO, *L'appello nel processo penale*, in *Quaderni di Cassazione penale*, 5, Milano, 2008, p. 267.

7. FERRUA, *Carenze ed eccessi di garanzia nel diritto di difesa dell'imputato*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 549.

8. FERRUA, *Studi sul processo penale*, vol. II, Torino, p. 151. Per approfondimenti si veda anche, FERRUA, *Legge "Pecorella": giudizi e criticità*, in *Corr. mer.*, 2007, 483 s., secondo il quale è « difficile sostenere la compatibilità di un simile regime con le esigenze di ragionevolezza e di giustizia imposte dagli artt. 3 e 111 co. 1 Cost., e soprattutto con il diritto al riesame garantito dall'art. 14 co. 5 del Patto internazionale sui diritti civili e politici: "ogni individuo condannato per un reato ha diritto a che l'accertamento della sua colpevolezza e la condanna siano riesaminati da un tribunale di seconda istanza in conformità della legge" ».

9. L. 20 febbraio 2006, n. 46.

10. CIANI, *Il doppio grado di giudizio: ambito e limiti*, in *Cass. pen.*, 2007, 1388 s. Di diverso avviso, COPPI, *No all'appello del P.m. dopo la sentenza di assoluzione*, in *Il giusto processo*, 2003, 30.

11. Corte cost., n. 26 del 2007.

eliminazione dei poteri della parte contrapposta che generi un radicale squilibrio nelle rispettive posizioni ». Rendendo inappellabili le sole sentenze di condanna, si introduceva « *una dissimetria radicale* » nella posizione delle parti processuali, non giustificata da ragioni di adeguatezza e proporzionalità.

Nell'ambito della giurisprudenza di legittimità, si è affermato un orientamento restrittivo, secondo il quale, per riformare una sentenza assolutoria, non è sufficiente l'indicazione di una tesi alternativa a quella affermata in primo grado. Il giudice, infatti, è tenuto a rilevare specifici vizi logici o fattuali della decisione impugnata e fornire una corretta, completa e convincente motivazione, che, sovrapponendosi a tutto campo a quella del primo giudice, dia ragione delle scelte operate e della preferenza accordata ad elementi di prova diversi o diversamente valutati¹².

La giurisprudenza successiva alla legge 46 del 2006, valorizzando il principio di diritto previsto dal nuovo comma 1 dell'art. 533 c.p.p., ha affermato che, in mancanza di elementi sopravvenuti, una sentenza d'appello, che riformi in senso peggiorativo quella di primo grado, deve possedere una tale forza persuasiva da far cadere ogni ragionevole dubbio. Mentre la regola di giudizio per l'assoluzione è la mera non certezza della colpevolezza, quella per la condanna è la certezza della colpevolezza, oltre ogni ragionevole dubbio¹³. Invero, questo orientamento consente all'organo giurisdizionale di emettere per la prima volta una sentenza di condanna in appello sulla base di un contraddittorio debole, che ha ad oggetto la lettura di atti probatori già formati nella precedente fase di giudizio¹⁴.

Lo scenario muta in seguito all'intervento della Corte di Strasburgo, la

12. Cfr. Cass., Sez. V, 5 maggio 2008, Aleksy, in *Mass. Uff.*, n. 241169; Id., Sez. VI, 20 aprile 2005, Aglieri, *ivi*, n. 233083; Id., Sez. I, 27 giugno 1995, Manservigi, *ivi*, n. 202280. Si veda in particolare, Cass., Sez. un., 30 ottobre 2003, Andreotti, in *Mass. Uff.*, n. 226093; Id., Sez. un., 12 luglio 2005, Mannino, *ivi*, n. 231679. Nella prima pronuncia, i giudici di legittimità affermano che l'omesso esame da parte del giudice di altre prove acquisite in dibattimento, diverse, favorevoli e decisive, pretermesse dal giudice di primo grado, è censurabile per il vizio di mancanza di motivazione, purché l'esistenza e il contenuto delle prove stesse siano stati prospettati dalla difesa al giudice di secondo grado. Con la sentenza Mannino, le Sezioni Unite affermano che l'imputato può riproporre in appello tutte le istanze probatorie, anche se respinte, e il giudice è legittimato a verificare tutte le risultanze processuali e a riconsiderare anche i punti della sentenza che non abbiano formato oggetto di specifica critica, non potendo sottrarsi all'onere di esprimere le proprie determinazioni in ordine ai rilievi dell'imputato. Viene ribadito l'impegno argomentativo richiesto al giudice di seconda istanza in caso di *reformatio in peius* della sentenza di primo grado, consistente nell'obbligo di delineare le linee portanti del proprio ragionamento alternativo e di confutare specificamente i più rilevanti argomenti della motivazione della sentenza di primo grado, dando conto delle ragioni della relativa incompletezza e incoerenza.

13. Cfr. Cass., Sez. IV, 10 luglio 2013, M.L.; Id., Sez. VI, 24 gennaio 2013, Farre, in *Mass. Uff.*, n. 254113; Id., Sez. VI, 10 ottobre 2012, Andrini, *ivi*, n. 254024; Id., Sez. VI, 10 luglio 2012, Aimone, *ivi*, n. 253718; Id., Sez. II, 27 marzo 2012, Urciuoli, *ivi*, n. 253407; Id., Sez. VI, 3 novembre 2011, Galante, *ivi*, n. 251066.

14. SCACCIANOCE, *Riforma in peius della sentenza di assoluzione senza rinnovare la prova orale: una decisione che fa discutere*, in *infra*.

quale richiede all'Europa di adeguare il giudizio di appello ai principi del giusto processo, con tutto quanto ne consegue in termini di prova, oralità e contraddittorio¹⁵. Nel caso Dan c. Moldavia¹⁶, viene sancita l'irrinunciabilità della riassunzione della prova orale a carico, quando il giudice d'appello intenda riformare *in peius* una sentenza di assoluzione, sulla base di un diverso apprezzamento della stessa prova orale ritenuta in primo grado non attendibile, imponendo l'applicazione delle regole del giusto processo anche nel giudizio di appello¹⁷. Nella successiva decisione Hanu c. Romania¹⁸, la Corte conferma e amplia i principi espressi, affermando che la rinnovazione in appello della prova dichiarativa è sempre dovuta quando la riforma di una sentenza assolutoria avviene sulla base di una diversa valutazione di circostanze di fatto. Pertanto, la regola del controllo esclusivamente o prevalentemente cartolare nel giudizio di appello, al di fuori e senza tenere conto dei principi del giusto processo europeo, cede il posto al meccanismo di rinnovazione degli apporti dichiarativi a carico già acquisiti in primo grado, dovendo, altrimenti, essere applicata una vera e propria « *regola di giudizio ad excludendum* », secondo la quale il giudice non può riformare la sentenza di assoluzione¹⁹.

3. La decisione della Cassazione suscita alcune perplessità, rispetto alle quali si potrebbe profilare un contrasto interpretativo, tale da richiedere un intervento chiarificatore delle Sezioni Unite. Invero, la Corte, confermando il precedente orientamento, ha affermato che l'art. 6 CEDU impone di rinnovare l'istruttoria solo in presenza di due presupposti: la decisività della prova testimoniale e la necessità di una rivalutazione della stessa da parte del giudice d'appello, sotto il profilo dell'attendibilità. Secondo questo orientamento, la regola affermata dalla Corte europea non è assoluta, in quanto la rinnovazione della prova orale deve avvenire in linea di massima, « *in principle* », poiché generalmente, ma non sempre, la lettura degli atti non è sufficiente per una corretta valutazione da parte del giudice.

In primo luogo, particolarmente problematica è l'interpretazione del requisito della "decisività", da cui dipende la possibilità di esplicitare pienamente il diritto di difesa nel giudizio di secondo grado. La giurisprudenza

15. GAITO, *Riformiamo le impugnazioni penali senza rinunciare al giusto processo*, in questa Rivista, 2012, 451 s.

16. Corte eur. dir. uomo, Sez. III, 5 ottobre 2011, Dan c. Moldavia, cit.

17. In seguito, Corte eur. dir. uomo, Sez. III, 5 marzo 2013, Manolachi c. Romania, in www.archiviopenale.it; Id., Sez. III, 4 giugno 2013, Hanu c. Romania, *ivi*; Id., Sez. III, 9 aprile 2013, Flueraș c. Romania, *ivi*, stabiliscono che la violazione delle regole del giusto processo si verifica anche se la nuova audizione non sia stata richiesta dall'imputato, dovendo, in questo caso, il giudice procedere d'ufficio alla citazione del testimone.

18. Corte eur. dir. uomo, Sez. III, 4 giugno 2013, Hanu c. Romania, cit.

19. GAITO, *Verso una crisi evolutiva per il giudizio di appello*, in questa Rivista, 2012, 349 s.

ne ha individuato la sussistenza solo nei casi in cui la prova orale sia l'unica determinante, escludendo l'applicabilità dei principi convenzionali in tutti i casi in cui il compendio probatorio sia costituito non solo dalla testimonianza di cui si chiede la riassunzione, per quanto determinante, ma anche da altri elementi²⁰.

Recentemente, la Cassazione²¹ è tornata sull'argomento e, pur riconoscendo formalmente gli spunti interpretativi dei giudici europei, ha escluso l'applicabilità degli stessi al caso esaminato, ritenendo che le prove labiali, di cui il ricorrente lamentava la mancata riassunzione, fossero prive di contenuto decisivo. La Corte, lungi dal limitarsi a censurare le statuizioni del primo giudice, di cui pure ha evidenziato la illogicità e l'inconcludenza, ha effettuato una vera e propria nuova valutazione dei fatti, riconsiderando il contenuto dimostrativo di prove già assunte dinanzi ai giudici di prima istanza.

Sembra, allora, che la Cassazione cada in un equivoco: l'*error in procedendo* diventa rilevante solo a condizione che risulti la decisività della prova, confermando un *trend* interpretativo già affermato in tema di decisioni viziate a causa dell'assunzione di prove nulle o inutilizzabili²². Invero, non è mai possibile stabilire in termini di certezza quale tra le molteplici prove abbia svolto un ruolo effettivamente determinante nel percorso argomentativo seguito dal giudice di primo grado, in particolare quando vi sia un quadro indiziario complesso, nell'ambito del quale la decisività di un elemento non può che derivare dalla sua concordanza con l'intero quadro probatorio. Ciò conduce, inevitabilmente, ad una valutazione dagli esiti incerti, fondata su un potere fortemente discrezionale del giudice in ordine alla sussistenza o meno dei presupposti per disporre la rinnovazione istruttoria. D'altra parte, la verifica inerente la decisività di un elemento rischia di indurre il giudice di legittimità al compimento di manovre argomentative, tali da sfociare in un vero e proprio giudizio sul fatto, precluso in questa fase. Pertanto, la Cassazione dovrebbe annullare la sentenza impugnata, tutte le volte in cui la reale irrilevanza della prova non emerga *ictu oculi* dagli elementi utilizzati dal giudice d'appello in motivazione²³.

Di certo, non si vuole affermare che i presupposti per la rinnovazione

20. Cass., Sez. V, 5 luglio 2012, Luperi, cit.

21. Cass., Sez. II, 17 luglio 2013, Marotta, cit.

22. VALENTINI, *Cronaca di una morte annunciata: l'incidente probatorio e il diritto alla prova*, in questa Rivista, 2013, 306, la quale rileva che non si può riconoscere « il conferimento implicito, al giudice del controllo di legittimità, dell'autorizzazione ad effettuare una verifica identica a quella spettante al giudice del merito, che comporti, cioè, l'esclusione della prova nulla o inutilizzabile dalle premesse storiche di una decisione assunta dal giudice dei gradi precedenti senza aver ottemperato al dovere di elidere la prova in questione dal materiale legittimamente adoperabile ».

23. VALENTINI, *Cronaca di una morte annunciata: l'incidente probatorio e il diritto alla prova*, cit., 309 s.

dell'istruzione dibattimentale in appello debbano coincidere con i criteri di ammissibilità della prova in primo grado, i quali configurano un vero e proprio diritto alla prova. Tuttavia, un'interpretazione eccessivamente restrittiva rischia di far coincidere la regola sancita dalla Corte EDU con quella prevista dall'art. 603, co. 1 c.p.p., intesa anch'essa dalla giurisprudenza in termini di decisività²⁴, vanificando di fatto l'applicazione della prima²⁵.

Del resto, nella sentenza Dan c. Moldavia si utilizzano espressioni come « *main evidence* », « *great importance for the determination of the case* », senza fare alcun riferimento alla decisività, intesa come unicità della prova da acquisire.

Nemmeno la distinzione tra attendibilità intrinseca ed estrinseca della dichiarazione testimoniale, operata dalla giurisprudenza di legittimità²⁶, sembra trovare alcun fondamento nella sentenza della Corte di Strasburgo; quando i giudici europei affermano che « *coloro che hanno la responsabilità di decidere sulla colpevolezza o l'innocenza degli accusati devono in linea di principio essere in grado di sentire i testimoni e di valutare la loro attendibilità in prima persona* », intendono dire che solo la decisione scaturita da un rapporto diretto e immediato tra organo giudicante e prove può essere ritenuta giusta. Non si vede perché questo vincolo di immediatezza debba essere interrotto quando la diversa valutazione della testimonianza non concerna la sua affidabilità e coerenza intrinseca, ma la sua convergenza con altri elementi esterni. Invero, i giudici di seconda istanza effettuano una vera e propria rivalutazione di una prova orale, dalla quale dipende la riforma sfavorevole della sentenza, mascherandola come una rilettura del quadro probatorio formato in primo grado²⁷.

A causa di questa prassi restrittiva, l'imputato viene condannato sulla base di una prova che nella sua diversa valutazione, sebbene da un punto di vista estrinseco, diventa di fatto nuova e di fronte alla quale non è stato messo in condizione di esercitare le garanzie difensive. Si dovrebbe, allora, attribuire il giusto valore all'espressione « *usually* » utilizzata nella pronuncia

24. Per tutte Cass., Sez. III, 27 settembre 2012, M.W., in *Mass. Uff.*, n. 253604.

25. V. Cass., Sez. II, 8 novembre 2012, Consagra, in *Mass. Uff.*, n. 254726: « È importante, a tal proposito rilevare come il principio per cui la riassunzione di prove già acquisite in dibattimento di primo grado — stabilito dall'art. 603, co. 1 c.p.p. — (subordinata alla duplice circostanza che a) i dati raccolti siano incerti b) l'incombente richiesto sia decisivo e, quindi idoneo ad eliminare le eventuali incertezze ovvero ad inficiare ogni altra risultanza) è perfettamente coincidente e sovrapponibile con il principio di diritto enunciato dalla Corte EDU (omissis) ».

26. V. Cass., Sez. VI, 26 febbraio 2013, Caboni, cit.; Id., Sez. V, 11 gennaio 2013, Cava, in www.archiviopenale.it, secondo la quale non si applicano i principi sanciti dalla Corte EDU, quando le prove dichiarative non sono oggetto di una « *pura e semplice rivalutazione, ma dell'apprezzamento di tali dichiarazioni, alla luce degli ulteriori elementi trascurati dal primo giudice e valorizzati dal secondo* ».

27. SCACCIANOCE, *Riforma in peius della sentenza di assoluzione senza rinnovare la prova orale: una decisione che fa discutere*, cit.

europea e prendere atto che i principi di oralità e contraddittorio sono intesi come vere e proprie regole anche nel giudizio di secondo grado, derogabili solo nell'ipotesi di impossibilità materiale di escutere il testimone, come espressamente previsto dalla Corte EDU, oltre che nei casi tassativamente contemplati dall'art. III, co. 5, Cost.

Infine, sembra opportuna un'ulteriore riflessione su un aspetto rimasto in ombra nella giurisprudenza di Strasburgo. L'assenza del metodo del contraddittorio in appello non si ripercuote solo sull'indebolimento delle garanzie difensive dell'imputato, ma sulla stessa funzione cognitiva del giudice di secondo grado e sull'accertamento della verità processuale. Nella sua accezione più accreditata, infatti, il contraddittorio non è solo un'efficace garanzia individuale, ma è, altresì, un metodo, anzi, il miglior metodo di ricostruzione dei fatti, pur nella fallibilità di ogni criterio²⁸. Esso è un valido canone epistemologico, che consente l'accertamento giudiziale di una vicenda, con il contributo dialettico di tutte le parti²⁹. La stessa Corte Costituzionale ha affermato che con l'art. III Cost. « *il legislatore ha dato formale riconoscimento al contraddittorio come metodo di conoscenza dei fatti oggetto del giudizio* »³⁰.

Pertanto, il modello di processo cognitivo, « *volto alla formazione di un sapere attraverso la pratica comunicativa rappresentata dal contraddittorio* »³¹, non può che riguardare anche il giudizio di appello, quantomeno nel caso in cui l'imputato venga condannato per la prima volta, perché solo con un rito scandito dalle regole del contraddittorio e dell'oralità è possibile provare la colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio e rendere giusta una condanna.

4. Si ritiene che gli interventi giurisprudenziali volti ad adeguare in chiave interpretativa il diritto interno ai moniti provenienti dall'Europa, per quanto apprezzabili, non siano riusciti a colmare adeguatamente il *deficit* di garanzie presente nel giudizio di appello. Le conclusioni cui giunge la Corte creano un'insanabile aporia: se si parte dalla premessa europea della generalizzata rinnovazione dell'istruttoria in appello per pervenire ad una sentenza di condanna, non sono accettabili i limiti posti dai giudici italiani. Per questo motivo, sarebbe auspicabile una maggiore apertura verso un pieno ed effettivo recepimento dei principi del giusto processo in secondo grado, tale

28. FERRUA, *Il "giusto" processo tra modelli, regole e principi*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 403. Osserva l'autore che « *l'importanza della riforma sul "giusto" processo sta nell'aver superato l'idea del contraddittorio come semplice diritto individuale (quale emerge ancora dall'art. 24, co. 2, Cost.), nell'averlo elevato a regola epistemica che connota l'essenza della giurisdizione* ». Sul punto, si veda anche TONINI, *Il contraddittorio: diritto individuale e metodo di accertamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 1388 s.

29. CIANI, *Il doppio grado di giudizio: ambito e limiti*, cit., 1388 s.

30. Corte cost., n. 32 del 2002.

31. FERRUA, *Il "giusto" processo tra modelli, regole e principi*, cit., 401.

da superare definitivamente l'ormai anacronistico dogma del giudizio *per tabulas*.

In attesa di un reale adeguamento della giurisprudenza interna all'interpretazione estensiva della Corte EDU, si potrebbero prospettare delle soluzioni alternative.

Lasciando sullo sfondo la questione inerente la copertura costituzionale del secondo grado di merito³², la strada dell'eliminazione del giudizio di appello non sembra percorribile. Esso, infatti, assume una fondamentale importanza in punto di garanzie soggettive, consentendo all'imputato condannato una seconda *chance* di difendersi nel merito.

Sembrirebbe da escludere anche la possibilità di risolvere la questione in termini di compatibilità costituzionale dell'art. 603 c.p.p. con l'art. 117, co. 1, Cost. e 6 CEDU.

Al riguardo, la giurisprudenza ha univocamente affermato che, nel caso in cui si profili un contrasto tra una norma interna e una norma convenzionale, il giudice debba prima verificare la praticabilità di un'interpretazione conforme e solo successivamente, ove questa operazione fallisca, sollevare la questione di legittimità costituzionale. Pertanto, la declaratoria di incostituzionalità rappresenta l'*extrema ratio* e deve essere evitata in tutti i casi, come quello di specie, in cui sia possibile trovare una soluzione a livello interpretativo. D'altro canto, la Cassazione³³ si è già pronunciata sul punto, decretando la manifesta infondatezza dell'eccezione di legittimità costituzionale dell'art. 603 c.p.p., proprio in ragione dell'applicabilità nell'ordinamento interno, in base ad un'interpretazione conforme di questa norma, della regola che risulta dalla giurisprudenza europea.

Ragionando in una diversa prospettiva, *de jure condendo*, si potrebbe auspicare un intervento del legislatore che riformi l'art. 603 c.p.p. e lo adegui ai principi del giusto processo. In tal caso, le strade percorribili sarebbero due. Una prima soluzione potrebbe consistere in una revisione del giudizio di appello in impugnazione a contenuto solo rescindente, tutte le volte in cui si intenda riformare una decisione di primo grado. Di conseguenza, alla pronuncia di annullamento dovrebbe seguire la celebrazione di un nuovo giudizio, con il rispetto dei principi del contraddittorio, dell'oralità e

32. La Corte Costituzionale, con costante orientamento, afferma l'assenza di una norma costituzionale che sancisca il doppio grado di giudizio (cfr. Corte cost., n. 316 del 2002). Invero, l'art. 111, co. 7, Cost. si limita a garantire copertura costituzionale solo al ricorso in Cassazione per violazione di legge « contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali ». La Corte esclude, altresì, che l'art. 2 del protocollo addizionale n. 7 della CEDU, e l'art. 14, par. 5, del PIDCP, nel prevedere la necessità di un giudizio di seconda istanza a seguito di una sentenza di condanna, richiedano che sia un giudizio di merito (così Corte cost., n. 26 del 2007).

33. Cass., Sez. VI, 26 febbraio 2012, Caboni, cit.; sulla manifesta infondatezza della questione di legittimità v. anche Cass., Sez. V, 5 luglio 2012, Luperi, cit., e Id., Sez. II, 8 novembre 2012, Consagra, cit.

dell'immediatezza³⁴. Tuttavia, questa scelta comporterebbe delle notevoli conseguenze negative, quali ad esempio un eccessivo allungamento dei tempi del processo e un inutile appesantimento della giustizia, con inevitabili ricadute in termini di efficienza del sistema processuale.

Sarebbe preferibile, allora, che il legislatore si conformasse agli *standards* europei, riconoscendo spazi più ampi all'attività istruttoria e valorizzando la piena attuazione delle garanzie del modello accusatorio. Infatti, se prima della costituzionalizzazione del giusto processo era possibile pensare all'appello come *revisio prioris instantiae*, sulla base della mera rivalutazione delle prove assunte in primo grado, oggi il recepimento da parte della Costituzione del principio del contraddittorio impone una rivisitazione dell'istituto come fase di giudizio in cui l'integrazione probatoria non può più essere intesa in termini di eccezionalità, bensì come momento istituzionalmente deputato all'esercizio del diritto alla prova³⁵. In questo senso depone l'art. 598 c.p.p., che estende le regole proprie del giudizio di primo grado a quello di appello, seppure con la clausola di salvezza "in quanto applicabili", che di certo non vale ad escludere i principi del contraddittorio e dell'oralità, la cui applicazione appare ormai doverosa.

In ogni caso, una riforma di questo tipo dovrebbe essere affiancata da un intervento legislativo volto ad allungare i termini di prescrizione o a sospendere gli stessi in pendenza del giudizio di secondo grado, al fine di scongiurare un abuso dei mezzi di impugnazione.

D'altra parte, riconoscere spazi più ampi alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale non significa trasformare l'appello da mezzo di impugnazione, con funzione di controllo sui vizi decisori del primo giudice, in nuovo giudizio sulla medesima fattispecie. Ed infatti, è dato connotativo incontrovertibile dell'attività di controllo l'intrinseca sussidiarietà della stessa ad altra precedente, che si pone come oggetto di verifica³⁶. Le distinzioni tra seconda istanza in funzione critica e *novum iudicium* poggiano, pertanto, su dati oggettivi e l'ampiezza della rinnovata acquisizione non può mai escludere la finalità di controllo dell'impugnazione, quando esiste il confronto con una statuizione non provvisoria sull'episodio controverso³⁷.

Fino ad oggi, non sembra che il legislatore abbia recepito l'urgenza di una profonda e radicale revisione del giudizio di appello. Nemmeno il progetto di riforma del codice di procedura penale, elaborato dalla Commissione Riccio³⁸, sembrava riconoscere adeguati spazi a questa esigenza.

34. CIANI, *Il doppio grado di giudizio: ambito e limiti*, cit., 1388 s.

35. GAITO, *Riformiamo le impugnazioni penali senza rinunciare al giusto processo*, cit., 451 s.

36. PERONI, *L'istruzione dibattimentale nel giudizio di appello*, Padova, 1995, p. 77.

37. MENNA, *Il giudizio d'appello*, Napoli, 1995, p. 283.

38. Si tratta della *Bozza di delega legislativa al governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo*

Ed infatti, la Commissione, dopo aver riconosciuto le criticità inerenti la compatibilità del processo di appello con il modello accusatorio, esprimeva il più modesto intento di circoscrivere la legittimazione ad appellare del pubblico ministero e dell'imputato, in relazione alla tipologia delle ipotesi incriminatrici³⁹. Riguardo la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello, la Bozza prevedeva solo la generica necessità di predeterminarne i casi e i limiti, senza soffermarsi sulla questione della riassunzione della prova in ipotesi di riforma della sentenza di assoluzione.

Recentemente, è stata istituita una nuova Commissione di studio in tema di processo penale⁴⁰, al fine di esaminare le principali criticità riscontrate nella concreta applicazione degli istituti processuali e provvedere alla formulazione di una proposta di intervento. È ancora prematuro prevedere quali possano essere le direttive e i principi a cui si ispireranno i lavori della Commissione, ma è auspicabile che questa sia l'attesa occasione per attuare una radicale rivisitazione del giudizio di appello, accogliendo l'invito del ministro di tenere conto nell'articolazione delle proposte dei « *recenti contributi offerti sul tema dalla dottrina e dalla giurisprudenza* ».

codice di procedura penale, della Commissione Riccio (27 luglio 2006). Invero, come emerge dalla *Nota di commento tecnico*, il progetto di riforma era ispirato essenzialmente al bisogno di equilibrio tra garanzie processuali e ragionevole durata del processo, e ad una nuova concezione politica della formula "giusto processo", in grado di contemperare garanzie e tempi, nell'ottica del « *garantismo efficientista* ».

39. Per ulteriori approfondimenti, si rinvia alla Relazione che accompagna la Bozza, in www.giustizia.it.

40. La Commissione, presieduta da Giovanni Canzio, è stata nominata con D.M. 10 giugno 2013, per procedere ad un riesame della vigente normativa processuale penale.

Appello — Riforma *in peius*

Riforma *in peius* della sentenza di assoluzione senza rinnovare la prova orale

Una decisione che fa discutere

Caterina Scaccianoce

La decisione

Appello — Rinnovazione dell'istruzione dibattimentale — Necessità della rinnovazione della prova dichiarativa — Riforma *in peius* (CEDU, art. 6; Cost., artt. 24 e III; C.p.p., art. 603).

Premesso che il secondo grado di giudizio non è costituzionalmente garantito [...], il giudice d'appello può rivalutare il materiale probatorio a sua disposizione, in particolare le dichiarazioni della persona offesa, apprezzandone l'attendibilità alla luce di ulteriori elementi trascurati dal primo giudice.

CASSAZIONE PENALE, QUINTA SEZIONE, 8 marzo 2013 (ud. II gennaio 2013) — FERRUA, *Presidente* — FUMO, *Relatore* — VOLPE, *P.G.* — Cava e Rainone, *ricorrenti*.

Il testo della sentenza in commento è consultabile integralmente sul sito *web archiviopenale.it*.

Il commento

I. La Corte di cassazione, con la pronuncia annotata, affronta un aspetto critico del vasto e complesso tema concernente la prova in appello, quello della possibilità per i giudici di secondo grado di procedere alla ri-valutazione della prova orale precedentemente formata senza averne rinnovato l'assunzione.

Secondo i giudici di legittimità, la Corte d'appello, nella specie, non avrebbe operato, come sostenuto dai ricorrenti, una pura e semplice ri-valutazione delle dichiarazioni della persona offesa, avendole apprezzate alla luce di ulteriori elementi, trascurati dal primo giudice, e valorizzati dal secondo. Mascherata, quindi, come una ri-lettura del quadro probatorio

già formato nel primo giudizio, integrato da “asserite” acquisizioni documentali che avrebbero « *trovato illustrazione nel corpo della motivazione della sentenza di secondo grado* » (ma che, a dire della difesa, non sarebbero state mai compiute), la Suprema Corte ha deciso di non censurare l’itinerario cognitivo attraverso il quale i giudici di seconde cure, valutate come credibili le dichiarazioni della persona offesa, ribaltavano l’esito favorevole della prima decisione, ove, invece, delle medesime se ne era attestata l’inattendibilità. Questa, la veloce replica, in punto di diritto, alle critiche mosse dai ricorrenti, tutte facenti richiamo al recente orientamento, contenuto nella sentenza della Corte europea Dan c. Moldavia, secondo cui il giudice di secondo grado non può condannare per la prima volta l’imputato, assolto nel primo giudizio, senza compiere una valutazione diretta delle prove dichiarative sulle quali ritenga di fondare la colpevolezza.

2. La questione, assai delicata, sollecita più di una riflessione. In primo luogo, in quanto premessa sistematica, va ricordato come il diritto alla prova in appello, disciplinato dal solo art. 603 c.p.p., sia soggetto a restrittivi criteri di ammissibilità diversamente modulati a seconda del tipo di prova richiesta. Se la parte ha chiesto nell’atto di appello o nei motivi aggiunti la riassunzione di prove già acquisite in primo grado ovvero l’assunzione di nuove prove, queste saranno ammesse dal giudice quando non è in grado di “decidere allo stato degli atti”; se le nuove prove sono, invece, sopravvenute o scoperte dopo il giudizio di primo grado, la loro ammissione sarà soggetta ai parametri previsti dagli artt. 190, co. 1, e 190-bis c.p.p.¹; infine il giudice potrà *ex officio* attivare residuali² poteri istruttori se lo riterrà “assolutamente necessario”. In ogni caso, è la logica di eccezionalità che sta a base della rinnovazione dell’istruzione dibattimentale in appello, sicché sarà possibile ricorrervi solo ove appaia « *indispensabile* »³, ovvero semplicemente « *utile* » quando ha ad oggetto l’acquisizione di elementi di prova sopravvenuti o scoperti dopo la conclusione del primo grado di giudizio.

1. Sulla base dei medesimi criteri si ammettono le prove richieste dal contumace impugnante, al quale il co. 4 dell’art. 603 c.p.p. riconosce il diritto a una piena rinnovazione, a condizione che lo stesso dia prova di non essere potuto comparire per caso fortuito o forza maggiore o per non avere avuto conoscenza, senza sua colpa, del decreto di citazione.

2. I poteri del giudice in materia probatoria, come noto, hanno acquistato sempre più terreno sino a rispondere oggi a una logica, non più meramente residuale-integrativa, ma anche suppletiva, soprattutto nei casi di inerzia delle parti. Si veda, tra le altre, Cass., Sez. un., 6 novembre 1992, Martin, in *Riv. it. Dir. proc. pen.*, 1993, 822; Id., Sez. un., 17 ottobre 2006, Greco, in *Cass. pen.*, 2008, 1087; nonché Corte cost., n. III del 1993, in *Giur. cost.*, 1993, 901 e Id., n. 73 del 2010, *ivi*, 2010, 833. In dottrina v., ampiamente, BELLUTA, *Imparzialità del giudice e dinamiche probatorie ex officio*, Torino, 2006, pp. 157 ss.; CARACENI, *Poteri d’ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice penale*, Milano, 2007, pp. 166 ss.

3. Cass., Sez. V, 17 marzo 1999, Bianchi, in *Mass. Uff.*, n. 213403; Id., Sez. VI, 17 ottobre 1994, Armanini, *ivi*, n. 199997.

Muovendo dalla natura eccezionale dell'istituto in esame, la giurisprudenza prevede l'obbligo per il giudice d'appello di disporre la rinnovazione solo nel caso in cui la richiesta della parte è riconducibile alla violazione del diritto alla prova non esercitato in precedenza o per forza maggiore o per sopravvenienza o, ancora, perché l'ammissione della prova, ritualmente richiesta, sia stata irragionevolmente negata dal primo decidente⁴.

Esula da tale schema la situazione in cui il giudice d'appello intende riformare *in peius* la sentenza di assoluzione: la necessità della rinnovazione della prova in tale evenienza è, infatti, questione ancora controversa.

Una parte della giurisprudenza afferma che il giudice potrà limitarsi a fornire una lettura logica e corretta degli elementi probatori palesemente travisati dal giudice *a quo*⁵, purché la nuova valutazione abbia una «forza persuasiva superiore, tale da far venire del tutto meno quella situazione di “ragionevole dubbio”, in qualche modo intrinseca alla stessa esistenza del contrasto»⁶. Compito della corte d'appello intenzionata a ribaltare l'esito favorevole della prima decisione è, dunque, quello di dissipare in modo compiuto i dubbi sulla colpevolezza dell'imputato ragionevolmente rilevati dal primo giudice.

Si tratta di un orientamento che consente all'organo giurisdizionale di emettere per la prima volta una sentenza di condanna in seconda istanza sulla base della sola e diversa lettura degli atti probatori già formati, guidata al più da un contraddittorio sulla prova “inevitabilmente debole”, a dispetto delle regole del giusto processo che — è il caso di sottolineare — non possono non valere anche per il secondo giudizio di merito.

E sono proprio i principi di un processo equo ad essere evocati dalla Corte EDU, quando, chiamata a pronunciarsi sulla necessità della prova orale in appello, ha affermato come «*coloro che hanno la responsabilità di decidere sulla colpevolezza o l'innocenza degli accusati [debbano] in linea di principio essere in grado di sentire i testimoni e di valutare la loro attendibilità in prima persona*», in quanto «*la valutazione dell'attendibilità di un testimone è un compito complesso che di solito non può essere soddisfatto da una semplice lettura delle sue dichia-*

4. Cass., Sez. V, 18 marzo 2003, Prospero, in *Mass. Uff.*, n. 225633, che esclude come il giudice debba, con un provvedimento *ad hoc*, dar conto dei motivi che lo hanno determinato a non accogliere la richiesta di rinnovazione, dovendo giustificare l'uso del suo potere discrezionale in sentenza, in modo congruo e logicamente corretto (Cass., Sez. II, 4 novembre 2003, Marzullo, in *Mass. Uff.*, n. 226977), anche tramite il riferimento alla mera sufficiente consistenza e assorbente conclusione delle prove già acquisite (Cass., Sez. II, 4 novembre 2003, Marzullo, cit.; Id., Sez. VI, 18 dicembre 2006, G.R., in *Mass. Uff.*, n. 236064). Il dovere di motivare in modo congruo, logico e corretto le ragioni del rigetto delle richieste di prova *ex art. 603 c.p.p.* è ribadito, da ultimo, in Cass., Sez. VI, 18 febbraio 2013, Baccouche Abderazak, in *Giur. it.*, 2013, 1916, con nota di SCACCIANOCE, *Sulla prova in appello: ancora una lettura del giudizio di seconda istanza quale novum iudicium*.

5. Cass., Sez. IV, 6 dicembre 2012, Bifulco, in *Mass. Uff.*, n. 254950.

6. Cass., Sez. VI, 13 gennaio 2012, C. M. e altri, inedita.

razioni »⁷. Tale indirizzo è stato ultimamente richiamato da un'altra parte di giurisprudenza che, distaccandosi dalla precedente posizione, sostiene che il giudice di appello, per riformare *in peius* una pronuncia assolutoria, è obbligato — in base all'art. 6 CEDU, così come interpretato dalla sentenza della Corte europea del 5 luglio 2011, nel caso Dan c. Moldavia — alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale quando intenda operare un diverso apprezzamento di attendibilità di una prova orale, ritenuta in primo grado non attendibile⁸.

Il caso è perfettamente sovrapponibile a quello in esame. Qui, però, la Corte di cassazione sembra ignorare del tutto i recenti spunti interpretativi dei giudici europei, tornando ad avallare un sorta di 'superpotere' del giudice di appello tale da consentirgli, in quanto mero revisore della correttezza della sentenza impugnata, di eludere le regole del giusto processo che devono pure governare il procedimento probatorio di seconda istanza. Quello che emerge, in altri termini, è un approccio che, seguitando a concepire e regolare l'istituto della rinnovazione come meccanismo cui ricorrere soltanto in via eccezionale⁹, finisce con l'attribuire all'appello una funzione di critica, a considerarlo un giudizio *ex actis* volto sostanzialmente a verificare la giustizia della decisione già resa¹⁰, sul presupposto che la conoscenza giudiziale già c'è¹¹. L'appello è, quindi, mezzo di verifica della pregressa

7. Corte eur. dir. uomo, Sez. III, 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia (per la quale si rimanda alle osservazioni di GAITO, *Riformiamo le impugnazioni penali senza rinunciare al giusto processo*, in *questa Rivista*, 2012, 455 s.); in senso analogo v. anche Id., 21 settembre 2010, Marcos Barrios c. Spagna; Id., 27 novembre 2007, Popovici c. Moldavia. Da ultimo, v. inoltre Id., 5 marzo 2013, Manolachi c. Romania, secondo la quale « la condanna pronunciata nei confronti del ricorrente senza che egli sia stato sentito personalmente dai giudici di appello e di ricorso e in assenza di audizione dei testimoni, quando il ricorrente era stato assolto in primo grado, non soddisfa le esigenze di un processo equo ».

8. Cass., Sez. VI, 12 aprile 2013, Caboni, in *Mass. Uff.*, n. 254623. In termini analoghi, anche se il procedimento di primo grado era stato definito con il rito abbreviato, v. Id., Sez. III, 29 novembre 2012, R., in *Mass. Uff.*, n. 254850. Si afferma, invece, come il giudice d'appello, per riformare *in peius* una sentenza di assoluzione, non sia obbligato a rinnovare la prova dichiarativa assunta in primo grado quando la sua decisione si sia fondata su un diverso apprezzamento di conversazioni telefoniche oggetto di intercettazione, in Cass., Sez. II, 10 luglio 2013, Marchi e altri, *inedita*.

9. L'istituto dell'istruzione dibattimentale in appello è, secondo PERONI, *Nuove deduzioni probatorie in fase di discussione finale: tra logica dei gravami e diritto alla prova*, in *Cass. pen.*, 1997, 2105, la « chiave privilegiata per chi si proponga di ricostruire la vocazione funzionale del giudizio di secondo grado nell'ambito di un determinato sistema ». Attribuisce all'art. 603 c.p.p., pur nella sua laconicità, un tenore che lascia « intravedere tra le sue pieghe la possibilità di un'effettiva attività istruttoria, non necessariamente ristretta in funzione integrativa della prima », CHINNICI, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nel giudizio di appello*, in *Cass. pen.*, 2012, 3162.

10. Per una configurazione del giudizio di appello con funzione di mero controllo della decisione di primo grado, tra i tanti, v. BARGIS, *Impugnazioni*, in Conso, Grevi, *Compendio di procedura penale*, IV ed., Padova, 2008, pp. 852 ss.; MENNA, *Il giudizio d'appello*, Napoli, 1995, 112 ss., per cui « una serie di limitazioni procedurali inerenti all'oggetto ed allo svolgimento della seconda istanza si oppone all'attribuzione all'impugnazione in questione del carattere di novum iudicium »; PERONI, *L'istruzione dibattimentale nel giudizio di appello*, Padova, 1995, pp. 182 ss.

11. La presunzione di completezza del sapere probatorio acquisito in primo grado è un assunto

valutazione, e, in ipotesi di lacune, idoneo a consentire una rivalutazione dei fatti, se del caso supplendo all'eventuale *deficit* cognitivo riscontrato¹².

Si tratta di una concezione che, malgrado abbia radici consolidate, sembra, tuttavia, essere destinata a cedere in favore di una logica diversa, dovendosi necessariamente misurare con la finalità cognitiva propria tanto del processo di primo grado, quanto di quello di seconda istanza. Non può negarsi, infatti, che anche quest'ultimo è un processo a vocazione accusatoria, potenzialmente orale e da svolgersi nel contraddittorio delle parti¹³. Quando, poi, si prospetta un ribaltamento dell'esito assolutorio dei primi giudici, la rinnovazione della prova orale diviene il perno probatorio attorno al quale deve svilupparsi il nuovo accertamento¹⁴. Diversamente, ammettendosi la mera rivalutazione della prova già acquisita, si determinerebbe una palese violazione delle garanzie, soggettive e oggettive, insite nei principi del giusto processo, da considerare anche in sede di appello irrinunciabili, nemmeno se si abdica in favore di un modello di giudizio di secondo grado con funzione di mero controllo delle statuizioni del primo giudice.

Al giudizio di appello, pertanto, andrebbe attribuita la funzione di nuovo giudizio conseguente a un rinnovato, o anche meramente rivalutato, quadro probatorio: un giudizio deputato all'esercizio del diritto alla prova nel contraddittorio delle parti¹⁵.

ormai diffuso in giurisprudenza, v., per tutte, Cass., Sez. un., 24 gennaio 1996, Panigoni, in *Cass. pen.*, 1996, 2892.

12. Contrariamente a tale orientamento, si afferma come l'esistenza di una fase di seconda istanza non possa non essere attraversata processualmente dalla tensione verso l'accertamento della verità, così SPANGHER, *Appunti per un ripensamento del giudizio d'appello*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 626.

13. Attribuiscono all'appello natura di nuovo giudizio nel merito, sia pure con diverse impostazioni e sfumature, BARGI, *La rinnovazione istruttoria in appello tra potere discrezionale del giudice e diritto alla prova*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 82 ss.; CHINNICI, *Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo*, Torino, 2009, pp. 102 ss.; GAITO, *Riformiamo le impugnazioni senza rinunciare al giusto processo*, cit. 456, cui si rimanda anche per i ricchi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali ivi contenuti; GRASSI, NUNZIATA, in *Il processo. Tempi e scopi. Principio accusatorio, impugnazioni, ragionevole durata*, in *Dir. giust.*, 2004, (suppl. al n. 29), 82 ss.; GUALTIERI, *Il secondo grado di giudizio: ambito e limiti*, in *Le impugnazioni penali: evoluzione o involuzione? Controlli di merito e controlli di legittimità*, Atti del Convegno dell'Associazione tra gli Studiosi del Processo Penale, Palermo, 1-2 dicembre 2006, 2008, 245 ss.; LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2009, pp. 667 ss., secondo il quale « in un processo accusatorio, nel quale il giudizio di merito consegue all'assunzione delle prove effettuata alla stregua del principio dell'oralità e del contraddittorio nel momento di formazione della prova, costituisce dal punto di vista logico una contraddizione un secondo giudizio di merito basato sugli atti del processo e, quindi, su prove già formate »; SPANGHER, *Appunti per un ripensamento del giudizio d'appello*, cit., 623 ss.

14. Vedi al riguardo Cass., Sez. III, 9 novembre 2006, Casale, in *Riv. pen.*, 2007, 1043, secondo la quale il giudice d'appello, di fronte a una richiesta ex art. 603 c.p.p., dovrebbe apprezzare la necessità dell'integrazione anche in relazione alle prospettive di riforma della sentenza impugnata e alla idoneità della stessa a giustificare un ragionevole dubbio sulla colpevolezza.

15. Secondo GAITO, *Riformiamo le impugnazioni penali senza rinunciare al giusto processo*, cit., 456, l'esaltazione del diritto alla prova contraria previsto dall'art. III Cost. induce a pretendere un *novum iudicium* vero e proprio in secondo grado e non una ortodossa *revisio prioris instantiae*.

Il giudice di secondo grado, d'altronde, rinnovata anche solo parzialmente l'istruzione, è tenuto a rivalutare la cornice probatoria prima cristallizzata alla luce del *novum* istruttorio. Un'operazione che postula un contraddittorio delle parti dalla triplice modulazione: alle due tradizionali forme di contraddittorio, quello *sulla prova*, riferito ai risultati cognitivi di primo grado, letti in appello, e quello *per la prova*, con riguardo al nuovo *thema probandum*, se ne affianca una terza, quello "per la ri-lettura" di ogni dato probatorio acquisito nel dibattimento di primo grado, che, alla luce dei *nova*, diverrà, almeno potenzialmente, suscettibile di approdare a esiti diversi rispetto a quelli del primo grado¹⁶. È, inoltre, l'uso del termine "rinnovazione" che sembrerebbe rimandare a un congegno in cui il riesame generale della pregressa esperienza cognitiva non può non tenere conto dell'incidenza che su essa hanno le nuove prove escusse in appello¹⁷.

Tali considerazioni inducono a non condividere l'indirizzo avallato nella sentenza annotata.

Intanto, l'argomento iniziale per il quale il secondo grado di giudizio non sarebbe costituzionalmente garantito, essendo tale garanzia prevista dall'art. III, co. 6, Cost., unicamente per il ricorso per cassazione nei confronti delle sentenze e dei provvedimenti sulla libertà personale, motivo per cui i ricorsi sarebbero infondati e andrebbero rigettati, prova tutto (cioè, non prova niente). Non è questa la sede per riflettere sulla questione dell'immanenza, nel nostro sistema, del principio del doppio grado di giurisdizione¹⁸, ciò nondimeno, è da rilevare come, finché il nostro sistema processuale penale lo prevede, il secondo giudizio di merito non può non essere assestato e modulato secondo quello di primo grado, come, del resto, si evince dal richiamo effettuato dall'art. 598 c.p.p. alle disposizioni che regolano il primo giudizio. Insomma, che sia costituzionalizzato o no esula dall'esigenza di

16. Per tali considerazioni sia consentito rinviare a SCACCIANOCE, *Sulla prova in appello: ancora una lettura del giudizio di seconda istanza quale novum iudicium*, cit., 1917, la quale afferma, inoltre, come la connotazione di "nuovo", solitamente attribuita dalla Corte di cassazione al giudizio cui rinvia previo annullamento della decisione impugnata, potrebbe essere di per sé convincente suggestione verso quella concezione dell'appello che lo vuole funzionale a un nuovo accertamento dei fatti secondo le direttive costituzionali del modello del "giusto processo".

17. V., al riguardo, Cass., Sez. I, 4 giugno 1996, Emmanuello, in *Mass. Uff.*, n. 204857, secondo cui la possibilità di rinnovazione del dibattimento in appello, stabilita dall'art. 603 c.p.p., non viola il criterio del doppio grado di giurisdizione stabilito dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, posto che le nuove prove assunte in secondo grado integrano e si coordinano con gli elementi già acquisiti nel primo giudizio, che il giudice d'appello deve valutare congiuntamente ai nuovi.

18. Per doppio grado di giurisdizione s'intende quel « modello di disciplina giuridica che, per ogni controversia suscettibile di esame sul merito, consente, ad opera di due giudici diversi, due successive statuizioni sul rapporto giuridico dedotto nel processo, la seconda delle quali di competenza di un giudice di grado superiore al primo, destinata a prevalere sulla precedente »: così SPANGHER, *Il doppio grado di giurisdizione*, in *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, Milano, 2000, p. 105.

rispettare anche nel processo di appello le garanzie oggettive e soggettive in tema di prova, proprie del modello accusatorio, a cui si è ispirato il legislatore del 1988, e che hanno trovato consacrazione, a livello di fonte legislativa primaria, nel riscritto art. III Cost. Non sembra, quindi, conducente muovere dal mancato suggello di costituzionalità per rigettare, *sic et simpliciter*, le censure dei ricorrenti, peraltro, tutte volte a rilevare avvenute violazioni dei principi del giusto processo in punto di prova: la mancanza di copertura costituzionale non può, infatti, decurtare il valore che fatalmente il principio del doppio grado di giurisdizione riveste per la giustizia del sistema processuale penale.

Per di più, da tempo, in sede internazionale è riservata all'istituto dell'appello un'attenzione particolare, stabilendosi in varie fonti che ciascuna persona dichiarata colpevole della commissione di un delitto ha diritto a che la sentenza di condanna sia riesaminata da un tribunale superiore¹⁹. Si tratta di un riconoscimento sancito a livello di garanzia soggettiva dell'imputato, una sorta di diritto fondamentale, dal quale una parte della dottrina italiana fa discendere una sua implicita legittimazione anche sul piano costituzionale²⁰. Nondimeno, la Corte, pur trovandosi ad operare in un sistema di tutela "multilivello", omette di evocare le predette statuizioni internazionali, mostrando di essere poco incline a far proprio un modello di ragionamento che si misuri anche con i parametri normativi europei, così come interpretati dalla Corte EDU, destinati ormai a fare parte stabilmente della struttura della giurisprudenza interna di ogni Stato membro²¹. Come è stato acu-

19. Si vedano: l'art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici e, soprattutto, l'art. 2 del VII Protocollo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

20. CERESA, GASTALDO, *I limiti all'appellabilità delle sentenze di proscioglimento: discutibili giustificazioni e gravi problemi di costituzionalità*, in *Cass. pen.*, 2007, 277 s.; DE CARO, "Doppio grado di giurisdizione" ed efficienza del processo penale, in *Stud. Iur.*, 1999, 946; MOSCARINI, *L'omessa valutazione delle prove favorevoli all'imputato*, Padova, 2005, p. 132 s.; SERGES, *Il principio del doppio grado di giurisdizione nel sistema costituzionale italiano*, 1993, p. 1 ss.; SOTTANI, *Verso il doppio grado di giurisdizione nel procedimento di prevenzione*, in *Giur. cost.*, 1995, 4183; VERRINA, *Doppio grado di giurisdizione, convenzioni internazionali e Costituzione*, in *Le impugnazioni penali*, a cura di Gaito, I, Torino, 1998, pp. 143 s.

Escludono, invece, una legittimazione del canone del doppio grado di giurisdizione da parte della Costituzione, *ex plurimis*, CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, II, Milano, 1976, p. 229; PIZZORUSSO, *Doppio grado di giurisdizione e principi costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 36 s.; SPANGHER, voce *Appello nel diritto processuale penale*, *Dig. Pen.*, I, Torino, 1987, p. 197; FERRUA, voce *Appello II*, *Diritto processuale penale*, in *Enc. Giur. Treccani*, II, Roma, 1988, 1 s. In giurisprudenza, v., tra le più recenti, Corte cost., n. 26 del 2007, ord. n. 84 del 2003, n. 316 del 2002; n. 288 del 1997; n. 438 del 1994.

21. Che la Convenzione europea sia ormai chiamata a interagire profondamente con il nostro diritto interno è assodato (si rinvia, ovviamente, a Corte cost., nn. 348 e 349 del 2007, entrambe in *Giur. cost.*, 2007, rispettivamente 3475 ss. e 3535 ss., ove si riconosce, tra l'altro, come il testo della Convenzione, stante la funzione interpretativa attribuita alla Corte europea, sia da intendersi implementato dalle interpretazioni offerte in sentenza che vanno a integrare, così, il parametro interposto di costituzionalità). Al riguardo, v. KOSTORIS, *Verso un processo penale non più statocentrico*, in *Giurisprudenza europea e processo italiano*, a cura di Balsamo, Kostoris, Torino, 2008, pp. 7 ss., per il quale la prospettiva del dialogo tra le due giurisprudenze è duplice: «anzitutto, l'interpretazione datane dalla Corte di

tamente osservato, la nostra giustizia penale « non può più prescindere dai cromosomi europei »²²: i giudici hanno il dovere di tenere nel massimo conto gli indirizzi interpretativi di Strasburgo, potendo, solo con adeguata motivazione, adottare una diversa e, in ipotesi, più fondata lettura delle norme convenzionali²³.

Entrando *in medias res*, poi, il giudice di legittimità ritiene corretta e logica la ri-valutazione compiuta dai colleghi d'appello del materiale probatorio a loro disposizione, escludendo che lo schema della ricordata sentenza della Corte EDU, Dan c. Moldavia, possa essere applicato al caso di specie. Secondo il giudice di legittimità, invero, la Corte territoriale avrebbe sì apprezzato in modo diverso le dichiarazioni della persona offesa, ma tale operazione sarebbe avvenuta a seguito di nuove acquisizioni, onde la legittimità del ri-esame del pregresso esito cognitivo. Il ragionamento sarebbe di per sé accettabile se non fosse che i giudici di appello, in realtà, hanno sancito la credibilità della persona offesa, non dopo averla ri-escussa, ma semplicemente ri-valutando le sue dichiarazioni alla luce di ulteriori elementi che si riferivano all'esito di altri procedimenti penali nei quali il dichiarante in questione aveva assunto la veste di persona offesa e che si erano conclusi con la condanna delle persone dal medesimo denunciate. La Corte di cassazione pare così essersi arroccata su una posizione — come accennato, prossima al suo superamento — che non considera necessario rinnovare la prova orale, nemmeno se i giudici d'appello intendano alla stessa attribuire un diverso grado di attendibilità. Ed è proprio il differente apprezzamento delle prove dichiarative che dovrebbe, invece, imporre il rispetto dei principi di oralità-immediatezza, insieme a quello del contraddittorio, richiedendone l'opportuna ripetizione, *a fortiori* se la prospettiva è quella di condannare chi è stato assolto in primo grado.

L'assunto fa emergere l'equivoco in cui incorrono coloro che, ostinandosi a qualificare attività di critica una cognizione che può estendersi a

Strasburgo è divenuta [...] parametro di costituzionalità. Questa scelta [...] richiederà che i giudici italiani posseggano un'approfondita e aggiornata conoscenza degli orientamenti e delle tecniche di ragionamento della giurisprudenza europea. In secondo luogo, alle indicazioni della Corte europea si dovrà comunque adeguare l'interpretazione delle norme interne, proprio per non incorrere in vizi di illegittimità costituzionale o in censure di non conformità».

22. L'espressione è di MAZZA, *Giustizia penale in trasformazione: profili d'indagine*, in questa Rivista, 2012, I, 2.

23. In questi termini, FERRUA, *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il preteso monopolio della Corte di Strasburgo*, in *Processo penale e Giustizia*, 2011, 4, 124, per il quale, quindi, le interpretazioni della Corte EDU rappresentano soltanto autorevolissimi precedenti, senza assurgere mai a vincolo giuridico né per la Corte costituzionale né per i giudici ordinari, se non in rapporto alla specifica controversia decisa. Di contrario avviso è UBERTIS, *La Corte di Strasburgo quale garante del giusto processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 372, che afferma come togliere alla Corte europea il monopolio interpretativo costituirebbe un pericolo per la definitiva uniformità di applicazione della Convenzione, pertanto, un ostacolo all'evoluzione del sistema di protezione dei diritti umani.

trecentosessanta gradi, non tengono conto di come la ricostruzione compiuta dalla corte d'appello, trasformandosi da strumento per la critica a « *mezzo funzionale alla nuova decisione* »²⁴, prospetti un giudice di secondo grado al quale è concesso di entrare nel merito dei fatti per verificare la giustizia della decisione impugnata, con l'opzione di potere esorbitare dal presunto raggio d'azione, ri-accertando quei fatti.

Ne deriva come anche la “terza via istruttoria” — quella della ri-lettura del complessivo quadro probatorio — vada percorsa secondo i canoni ermeneutici del giusto processo, *id est*: nel contraddittorio delle parti. Un contraddittorio che non sia meno forte rispetto a quello che informa il dibattimento di primo grado, in quanto « *non ci può più essere un giudizio, dal punto di vista epistemico, diminuito [...] solo perché teleologicamente orientato alla verifica della giustizia della prima decisione* »²⁵.

In definitiva, riteniamo che la rinnovazione della prova in appello, nell'ipotesi in esame, deve uscire dall'angusta dimensione dell'eccezionalità, consentendo la massima espansione della forza maieutica che è insita nel contraddittorio, indefettibile metodo per ogni accertamento a vocazione accusatoria, incluso quello che si svolge nel secondo grado di giudizio, nel quale l'attività cognitiva si prospetta sempre come nuova, in quanto deputata a sostituire quella precedente.

24. CHINNICI, *Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo*, cit., p. 75.

25. CHINNICI, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nel giudizio di appello*, cit., p. 3163.

Diffamazione — Blog

Bloggig e diffamazione

Responsabilità dell'amministratore del sito per i commenti dei lettori

Marina Minasola

La decisione

Diffamazione — Blog — Responsabilità dell'amministratore (C.p., artt. 81, cpv., art. 595 co. 1, 2, 3, L. 8 febbraio 1948, n. 47, art. 13; L. 6 agosto 1990, n. 223, art. 30).

Le offese all'altrui reputazione diffuse su un blog rendono configurabile a carico del suo amministratore il reato di diffamazione continuato e aggravato dall'uso del mezzo di pubblicità, dovendosi sempre ritenere costui responsabile dei contenuti accessibili dalla Rete, ivi compresi dei commenti inseriti da altri utenti ed indipendentemente dall'eventuale predisposizione di filtri.

TRIBUNALE DI VARESE, UFFICIO G.I.P. — 8 aprile 2013 (ud. 22 febbraio 2013), n. 116 — BATTARINO, G.u.p. — P.M. (diff.) — R. L., imputato.

Il testo della sentenza in commento è consultabile integralmente sul sito *web archiviopenale.it*.

Il commento

1. La sentenza in commento, emessa in sede di giudizio abbreviato, si contraddistingue per la soluzione di inedito rigore cui perviene in materia di responsabilità penale del *blogger*.

Nel caso di specie la giovane imputata, ideatrice ed amministratrice di una nota *community* avente ad oggetto libri e scrittura, aveva da tempo avviato una campagna denigratoria nei confronti delle case editrici a pagamento (cc.dd. EAP), consistente nella redazione di appositi elenchi degli editori che, per la pubblicazione, erano soliti richiedere esborsi anche sotto forma di partecipazione ai costi editoriali.

Il sito era quindi divenuto sede di un acceso dibattito tra scrittori esordienti o aspiranti tali, che si era fra l'altro tradotto nell'attribuzione da parte di taluni lettori di una serie di epiteti offensivi alla legale rappresentante e

fondatrice di una delle predette case editrici, della quale erano state altresì diffuse immagini mortificanti e allusive frutto di montaggio. L'editrice, sporta querela nei confronti della *blogger*, si era quindi costituita parte civile nel processo.

Il Giudice ha pertanto dovuto prendere in esame l'obiettiva lesività delle richiamate condotte nonché la loro qualificazione e riferibilità soggettiva all'imputata.

Sotto il primo profilo, ha ritenuto che la semplice inclusione della casa editrice tra le cc.dd. EAP non potesse costituire reato, « *risolvendosi l'espressione in una sintesi opinabile ma non offensiva delle suaccennate forme di partecipazione al costo editoriale* ». Allo stesso modo ha giudicato non integranti il reato di diffamazione « *le affermazioni circa la pessima qualità di talune produzioni editoriali* », costituendo queste piuttosto una forte ma legittima espressione del diritto di critica. Ha però reputato alcuni degli epiteti, immagini ed affermazioni diffuse tramite il *blog* anche dagli utenti "obiettivamente tali" da ledere l'onore ed il decoro della querelante.

Quanto alla qualificazione delle condotte, il Giudice lombardo si è detto consapevole del fatto che la prevalente giurisprudenza di merito e di legittimità ha negato l'assimilabilità della comunicazione giornalistica su internet a quella tradizionale, in forza del tenore letterale delle norme in materia¹ e del divieto di analogia *in malam partem* che contraddistingue la materia penale².

Pur evidenziando la possibilità di pervenire ad una diversa soluzione interpretativa applicando alla disciplina attualmente vigente il criterio storico sistematico, il Decidente ha tuttavia rilevato come in concreto compete all'interprete l'attribuzione della natura di "stampà" al sito *web* sulla base delle sue caratteristiche intrinseche, fenomeniche e formali (come, ad esempio, l'eventuale registrazione). Ciò premesso ha dunque negato la natura di mezzo stampa al sito amministrato dall'imputata e l'ha qualificato piuttosto come un mero gruppo di discussione su temi di interesse settoriale. Sulla base di tale rilievo ha escluso la configurabilità di una responsabilità dell'imputata per omesso controllo *ex art. 57 ss. c.p.*, facendo tale norma espresso riferimento ai soli reati commessi a mezzo stampa.

Il G.u.p., tuttavia ha compiuto un "passo in avanti" ben maggiore, giungendo addirittura ad affermare la sussistenza in capo alla *blogger* amministratrice del sito di una responsabilità diretta, anche se con riferimento ai contenuti immessi da altri utenti.

1. In particolare si richiama il testo dell'art. 1 L. 8 febbraio 1948 n. 47 sulla stampa e dell'art. 57 c.p.

2. Il giudice varesino richiama in proposito il "*leading case*", Trib. Oristano, G.i.p., 25 maggio 2000, Z. e altra, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1405 e Cass. Sez. V, 1 ottobre 2010, Brambilla, in *Guida dir.*, 2010, 44, 18 ss.

All'uopo ha giudicato del tutto indifferente la predisposizione o meno di un sistema di filtri: secondo il Giudice, infatti, nel primo caso i contenuti lesivi dell'altrui onorabilità si sarebbero dovuti ritenere specificamente approvati dal *dominus* del sito, nel secondo, invece, previamente approvati in modo generico ed incondizionato.

Parimenti irrilevante è stata ritenuta la clausola di attribuzione esclusiva di responsabilità agli autori dei commenti, contenuta nel regolamento dagli stessi approvato, in ragione della natura esclusivamente privata dello stesso.

Il Giudice, con la sentenza in esame, è quindi giunto ad affermare la responsabilità aggravata dell'imputata *ex art. 595, co. 3*, e la natura continuata del reato³.

Proprio il riconoscimento dell'aggravante del mezzo di pubblicità e l'affermazione di una responsabilità diretta della *blogger* per i commenti degli utenti, a prescindere dalla predisposizione di filtri, costituiscono gli aspetti maggiormente significativi e meritevoli di approfondimento della pronuncia. Essa, come vedremo, pur ponendosi quanto al primo profilo in linea di stretta continuità con la giurisprudenza dominante, presenta indubbi caratteri di originalità che cercheremo di evidenziare nel corso della trattazione. Dopo aver fatto cenno all'antica questione dell'estendibilità al *blogger* della disciplina dettata per il direttore di un periodico "tradizionale" e al controverso rapporto tra *blogging* e art. 21 Cost., in conclusione del lavoro esamineremo la proposta di riforma in materia di diffamazione attualmente posta al vaglio delle Camere, cercando di delineare così alcune prospettive *de jure condendo*.

2. Il riconoscimento dell'aggravante dell'utilizzo di « qualsiasi altro mezzo di pubblicità » *ex art. 595, co. 3, c.p.* non costituisce un elemento di novità della pronuncia in esame: la più recente giurisprudenza sia di merito⁴ che di legittimità⁵, infatti, ne ammette pacificamente la configurabilità in tutti i casi in cui l'offesa all'altrui reputazione avvenga mediante immissione di notizie o immagini lesive "in rete".

Secondo la Suprema Corte di Cassazione in tali ipotesi la comunicazione

3. Va fra l'altro evidenziato che è stata altresì rigettata l'eccezione di tardività della querela sollevata dall'imputata, in virtù della natura di reato di evento della fattispecie e della conseguente rilevanza del momento di effettiva percezione dell'offesa. A tal proposito il Giudice ha rimarcato l'esigenza di contemperare in concreto le applicazioni meramente processuali del principio di *favor rei* con la necessità di elevato grado di protezione della vittima.

4. *Ex multis*, v. Trib. Oristano, 25 maggio 2000, Z. e altra, con commento di SCOPINARO, *Diffamazione via internet: applicabilità della circostanza aggravante relativa all'uso del mezzo di pubblicità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1410 ss. In senso conforme cfr. anche Trib. Trani, Sez. dist. Molfetta, 16 maggio 2003, in *Dir. e giust.*, 2003, 83, in *Cass. pen.*, 2003, 3956, ed in *Fam. e dir.*, 2003, 95.

5. V. Cass., Sez. V, 25 luglio 2006, Cicino e altro, in *Dir. internet*, 2007, 2, 165; Id., Sez. V, 17 novembre 2000, P.m. in proc. ignoti, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 229.

si deve intendere potenzialmente effettuata *erga omnes*, e proprio la particolare diffusività del mezzo renderebbe giustificabile il più severo trattamento sanzionatorio e la *presunzione iuris tantum* di pubblicazione⁶.

Alcuni Autori, tuttavia, hanno evidenziato gli aspetti più problematici dell'estensione della circostanza aggravante in questione alla diffamazione mediante strumenti informatici, riferendo che la semplice più elevata potenzialità divulgativa non possa fungere di per sé da *discrimen* tra un normale mezzo di comunicazione ed un mezzo di pubblicità: l'estensione numerica degli utenti in grado di raggiungere l'addebito offensivo dovrebbe invece essere valutata esclusivamente ai fini dell'esercizio del potere discrezionale del giudice di commisurazione della pena *ex art. 133 c.p.*, costituendo un indice di maggiore gravità della condotta⁷.

Sarebbe dunque opportuno riconoscere l'aggravante in questione solo nei casi in cui il messaggio diffamatorio venisse diffuso tramite un servizio accessibile ad un numero indeterminato di utenti e negarla, al contrario, laddove fosse rivolto a più destinatari determinati⁸.

Sebbene l'orientamento da ultimo citato risulti in astratto preferibile, nel caso di specie la notorietà della *community* gestita dall'imputata, unitamente alla sua generale accessibilità, potevano legittimamente indurre a considerare il *blog* effettivamente destinato al pubblico. Conseguentemente appare corretta la qualificazione come mezzo di pubblicità operata dal G.u.p. di Varese, anche in considerazione della maggiore lesività intrinseca di una condotta diffamatoria perpetrata attraverso un sito quotidianamente frequentato da migliaia di utenti. Sarebbe stato tuttavia opportuno, alla luce della posizione dottrina da ultimo descritta, un maggior impegno esplicativo del Decidente: sotto tale profilo, infatti, la parte motiva della pronuncia si è risolta nell'acritica affermazione della natura di mezzo di pubblicità del sito, senza alcuna considerazione espressa delle sue specificità.

3. L'aspetto maggiormente innovativo ed invero criticabile della pronuncia è dato invece proprio dall'affermazione della riferibilità soggettiva all'imputata delle condotte offensive poste in essere dagli utenti del *blog*, a prescindere

6. MACRILLÒ, *Presunzione iuris tantum di pubblicazione e prova del delitto di diffamazione con il mezzo della rete telematica*, in *Dir. dell'internet*, 2007, 170 (nota a Cass., Sez. V, 25 luglio 2006, Cicino ed altro, in *Dir. internet*, 2007, 2, 165).

7. V. SCOPINARO, *Internet e delitti contro l'onore*, in *Riv. it. di dir. e proc. pen.*, 2000, 631 ss. Secondo l'Autrice potrebbe invece tentarsi una elaborazione della nozione di "mezzo di pubblicità" in chiave sistematica, facendo leva su altre espressioni affini adoperate dal codice penale per richiedere che la condotta incriminata avvenga pubblicamente. Rivestirebbe un ruolo decisivo in tal senso l'art. 266 c.p. (Istigazione di militari a disobbedire alle leggi).

8. Ben diverso, infatti, sarebbe il grado di offensività della condotta diffamatoria nel caso in cui, ad esempio, la comunicazione avvenisse mediante *email*, *chatline*, *newsgroup* o appunto tramite *blog*, non potendosi in taluni casi neppure ritenere integrato il requisito della comunicazione a più persone. V. in proposito, *Comm. C.p., Marinucci, Dolcini*, 2006, II, p. 4074.

re dalla predisposizione di filtri: secondo il G.u.p., infatti, « la disponibilità dell'amministrazione del sito Internet rende l'imputata responsabile di tutti i contenuti di esso accessibili dalla Rete, sia quelli inseriti da lei stessa, sia quelli inseriti da utenti ».

Una simile interpretazione della normativa vigente, laddove venisse accolta dalla giurisprudenza successiva, sarebbe destinata ad incidere fortemente sulla *vexata quaestio* della responsabilità del *blogger* per i contenuti diffamatori veicolati attraverso il proprio sito *web*.

La statuizione appare sotto più profili poco convincente, non risultando affatto chiaro il ragionamento logico-giuridico posto a suo fondamento. Nella pronuncia, infatti, da un lato è stata come cennato espressamente esclusa una responsabilità per culpa in vigilando *ex art. 57 c.p.*, dall'altro non si è neppure tentato di affermare una responsabilità a titolo di concorso omissivo nell'altrui reato commissivo o una responsabilità omissiva impropria. Anche tale ultima operazione, in ogni caso, sarebbe stata contestabile, difettando in capo al gestore di un blog nella legislazione vigente un obbligo giuridico di impedire l'evento e non essendo configurabile dunque una generale posizione di garanzia.

Invero non si rinviene nella sentenza del G.u.p. di Varese neppure alcun riferimento ad una responsabilità concorsuale commissiva di tipo morale, che pure sarebbe stata in astratto ipotizzabile dimostrando la sussistenza, in capo alla *blogger*, di un dolo di partecipazione particolarmente intenso accompagnato da una oggettiva possibilità di impedire la commissione del reato, oltre che del nesso di causalità tra la stessa condotta e l'evento⁹.

Per affermare il concorso dell'imputata nella diffamazione, dunque, sarebbe stato necessario dimostrare che costei avesse effettivamente voluto la pubblicazione, che fosse stata esattamente a conoscenza del suo contenuto lesivo e che avesse agito, quindi, con la consapevolezza di aggredire la reputazione altrui. Il Giudice, invece, sembra ricorrere ad una vera e propria *fictio iuris*, considerando le "offese" degli utenti come provenienti direttamente dal *dominus* del sito.

Nella sentenza, peraltro, non si fa alcun riferimento al reato commesso dagli utenti, autori dei messaggi offensivi, che non sono stati neppure chiamati in giudizio.

La pronuncia sembra inoltre far ricorso ad una presunzione di dolo, fondata sull'idoneità offensiva intrinseca dei contenuti diffusi tramite il sito *web* gestito dall'imputata e sul dato oggettivo della pubblicazione, da cui viene implicitamente ricavata la volontà lesiva della *blogger* senza alcuna particolare indagine sull'effettiva presenza dell'elemento psicologico del reato.

9. Nesso verificabile alternativamente secondo il criterio condizionalistico o secondo quello, oggi maggiormente adoperato in giurisprudenza, della c.d. causalità agevolatrice o di rinforzo.

Una simile impostazione della problematica, che parrebbe addirittura configurare un *dolus in re ipsa*, non può essere accettata, posto che per espresa previsione di legge rientra tra i compiti assegnati al giudice di merito l'accertamento dell'esistenza in concreto del dolo e dell'idoneità offensiva delle esternazioni del soggetto attivo¹⁰. Essa, peraltro, appare stridente con il principio di stretta legalità, oltre che con quello di personalità della responsabilità penale contemplato dall'art. 27 Cost. ed inteso sia come divieto di responsabilità per fatto altrui sia nella sua accezione più forte di necessaria responsabilità colpevole: non si tiene infatti in alcuna considerazione il dato di ordine empirico costituito dall'enorme mole di messaggi e commenti contenuti nel *blog*, né la conseguente impossibilità tecnica di un efficace controllo sul loro contenuto.

Assai più condivisibile appare quindi la decisione dell'1° marzo 2008 n. 5 del Tribunale militare di Padova in materia di responsabilità del c.d. *webmaster*¹¹, ovverosia del moderatore nei *newsgroup*¹². Secondo i giudici padovani, infatti, al fine dell'affermazione della responsabilità del *webmaster* non si può prescindere dalla verifica della sua effettiva e consapevole adesione alla condotta qualificante, e pertanto, tenuto conto dell'elevato numero di messaggi da gestire per la pubblicazione nel sito, a questi si può richiedere unicamente un controllo *prima facie* circa la presenza di espressioni immediatamente ed oggettivamente valutabili come diffamatorie.

In senso analogo si è espressa ancor più di recente la giurisprudenza con riferimento alla responsabilità dell'*internet provider* nel ben noto "caso Google–Vividown", relativo alla pubblicazione di un video contenente gravi offese rivolte ad un minore affetto dalla sindrome di *Down*. Sia il Tribunale di Milano in primo grado¹³ che successivamente la Corte d'Appello¹⁴ hanno reputato non configurabile il reato di diffamazione a carico degli amministratori e gestori della *Google Italy S.r.l.*, della *Google Inc.* e del responsabile del progetto *Google Video*. Secondo i Giudici, infatti, il gestore o proprietario di un sito *web* qualificabile come *content provider* non è titolare di alcuna

10. Va contestata dunque anche la posizione di quella parte di dottrina che, in armonia con certa giurisprudenza, ha talora sostenuto che il dolo di diffamazione potesse « essere ricostruito attraverso un procedimento di semplificazione probatoria, risalendo presuntivamente dall'obiettivo sussistenza dell'elemento materiale all'esistenza della volontà e consapevolezza sottostanti » cfr. CORRIAS, LUCENTE, *Il diritto penale dei mezzi di comunicazione di massa*, 2000, p. 40.

11. V. nota di CAPRARO, PINTO, *Forum di discussione on line, diffamazione e responsabilità: che ruolo gioca il webmaster?*, in *Riv. pen.*, 2009, 982 ss.

12. Questi, più precisamente, è stato definito dalla giurisprudenza di merito come colui il quale « analizza i messaggi in arrivo e cancella gli interventi non in linea per forma o contenuto con i requisiti essenziali del gruppo (...) », generalmente cristallizzati negli appositi codici di condotta resi noti a tutti i partecipanti ed in particolare nella c.d. *netiquette*. V. Trib. Roma, Sez. I civ., 4 luglio 1998, Banca del Salento S.p.a. c. Pantheon S.r.l e altro, in *Dir. inf. e informatica*, 1998, 811.

13. Trib. Milano, Sez. IV, 12 aprile 2010, D. e altro, in *Riv. dir. ind.*, 2010, 4-5, II, 328 ss.

14. Corte d'app. Milano, Sez. I, 27 febbraio 2013, D. e altro, in *Danno e resp.*, 2013, 5, 554 ss.

posizione di garanzia. La legge non pone a suo carico un obbligo di controllo preventivo dell'innumerabile serie di dati che circolano attraverso il server, né tale obbligo potrebbe essere ricavato *aliunde* (come ad esempio dagli artt. 57 e 57 bis c.p. in materia di stampa) senza incorrere in un'evidente violazione del divieto di analogia *in malam partem*. In modo assai convincente, fra l'altro, la Corte d'Appello — confermando quanto statuito sul punto dal primo giudice — ha negato la possibilità effettiva e concreta di esercitare un pieno ed efficace controllo sulla massa dei video caricati da terzi, ed al contempo ha evidenziato, in una prospettiva costituzionalmente orientata, come l'attribuzione di dovere-potere di verifica preventiva e la conseguente imposizione di un filtro all'internet provider « *potrebbe finire per collidere contro forme di libera manifestazione del pensiero* » e alterare la funzionalità del web¹⁵.

4. Ai sensi dell'art. 57 c.p., nel testo modificato dalla L. 4 marzo 1958, n. 127, il direttore o il vice-direttore del periodico che abbiano ommesso di esercitare su di esso il controllo necessario ad impedire che col mezzo della pubblicazione venissero commessi reati sono responsabili a titolo di colpa, fatta comunque salva la responsabilità dell'autore della pubblicazione e fuori dei casi di concorso. Tale responsabilità, nel caso di stampa non periodica, è estesa dal successivo art. 57-bis all'editore se l'autore della pubblicazione è ignoto o non imputabile, ovvero allo stampatore, laddove a non essere indicato o imputabile fosse altresì l'editore. Si tratta in entrambi i casi, dunque, di una responsabilità suppletiva e sussidiaria¹⁶.

Ebbene, come cennato, l'orientamento giurisprudenziale dominante esclude l'applicabilità della disciplina di cui agli artt. 57 e 57-bis c.p. alle fatti-

15. Ad ulteriore sostegno della propria posizione i Giudici d'Appello hanno in proposito aggiunto come, tenendo a mente l'art. 15 del d.lgs 70 del 2003, la relazione al Parlamento Europeo in merito alla responsabilità giuridica degli intermediari Internet dell' 8 giugno del 2000 addirittura vieti « ... agli Stati membri di imporre agli intermediari Internet l'obbligo generale di controllare le informazioni che si trasmettano o si archiviano ovvero l'obbligo generale di cercare attivamente fatti o circostanze atte a indicare il perseguimento di attività illegali ». Sul caso "Google-Vividown" si vedano Trib. Milano, Sez. IV, 12 aprile 2010, D. e altro, in *Riv. dir. ind.*, 2010, 4-5, II, 328 ss., con nota di MANNA, *La prima affermazione a livello giurisprudenziale della responsabilità penale dell'internet provider: spunti di riflessione tra diritto e tecnica* in *Giur. cost.*, 2010, 2, 1840 ss. Cfr. anche MANNA, *I soggetti in posizione di garanzia*, in *Dir. informaz. informat.*, 2010, 6, 779 ss. Si veda altresì Corte d'app. Milano, Sez. I, 27 febbraio 2013, D. e altro, con nota di PIERGALLINI, *Responsabilità dell'internet service provider (isp) per il reato di trattamento illecito di dati personali*, in *Danno e resp.*, 2013, 5, 554 ss. e RICCIO, *Google/Vividown: leading case o abbaglio giurisprudenziale?*, in *Vita notar.*, 2013, 609 ss.

16. Per un approfondimento critico della tematica, cfr. GROSSO, *Responsabilità penale per i reati commessi col mezzo della stampa*, 1969, p. 85 ss. e PAGLIARO, *La responsabilità per i reati commessi col mezzo della stampa periodica secondo il nuovo testo dell'art. 57 c.p.*, in *Scritti De Marsico*, II, 1960, p. 241 ss., ove per la prima volta viene formulata la c.d. « teoria della responsabilità da rischio totalmente illecito », strutturalmente distinta dalla responsabilità colposa.

specie poste in essere a mezzo internet, riconoscendo l'assoluta eterogeneità della Rete rispetto agli altri mezzi di comunicazione¹⁷.

Con riferimento specifico ai coordinatori dei *blog*, tuttavia, un'interpretazione assai diversa da quella tradizionale è stata anche fornita nel 2006 in un'ormai celebre pronuncia del Tribunale di Aosta¹⁸, che ha sancito la possibilità di assimilare la figura del gestore di tali siti a quella di direttore di una testata giornalistica. Secondo la richiamata sentenza, infatti, « *il gestore di un blog ha il totale controllo di quanto viene postato e, per l'effetto, allo stesso modo di un direttore responsabile, ha il dovere di eliminare [gli scritti] offensivi* ».

L'equiparazione affermata dal Giudice valdostano, ad ogni modo, ha immediatamente suscitato aspre critiche da parte della dottrina che, sostenendo l'incongruenza di una simile soluzione, ha messo in luce le differenze strutturali intercorrenti tra le testate giornalistiche vere e proprie ed il *blog*: le prime si caratterizzano per la professionalità degli operatori e per la natura imprenditoriale, il secondo invece può di norma essere commentato da altri e tenuto in forma anonima. Meglio sarebbe allora, secondo questi Autori, procedere a siffatta parificazione solo dopo aver verificato la finalità divulgativa del sito ed il suo far ricorso al criterio di veridicità¹⁹.

La soluzione adottata dal Tribunale di Aosta è rimasta comunque alquanto isolata in giurisprudenza: l'art. 57 c.p. non è stato infatti di norma ritenuto applicabile né ai responsabili di periodici *on line* né, *a fortiori*, ai gestori di *blog* o agli utenti dei *social networks*.

17. Si richiama in proposito anche Cass. Sez. V, 1 ottobre 2010, Brambilla, in *Guida dir.*, 2010, 44, 18 ss., con nota di PISA, *Profili di responsabilità penale del direttore di periodici telematici*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 457 ss.; Id., Sez. III, 10 marzo 2009, Donvito, in *Dir. e giur.*, 2009, 1, 75 ss. con nota di CATALANO, *Ai forum di discussione in internet non è applicabile la disciplina sulla stampa: una sentenza della Corte di Cassazione*, in *Dir. e giur.*, 2009, 75 ss. In quest'ultima pronuncia gli Ermellini sono giunti alla conclusione che mentre alla pubblicazione *online* di notizie o di raccolta di articoli già apparsi su altri giornali la legge sulla stampa si applica in via analogica, ciò non è possibile né per i forum né per i *blog*: i messaggi di posta elettronica scambiati nell'ambito di una *mailing list*, invece, vanno assimilati alla tradizionale corrispondenza epistolare. La questione, ancora oggi come si vede non pienamente superata, è tutt'altro che recente: si veda in proposito ZENO-ZENCOVICH, *La pretesa estensione alla telematica del regime della stampa: note critiche*, in *Dir. inf.*, 1998, 15 ss.

18. Trib. Aosta, 26 maggio 2006, Mancini, n. 553, www.penale.it. Tra le numerose note alla sentenza si segnalano GALDIERI, FALETTI, *Giornalismo, diffamazione e blogging*, in *Dir. internet*, 2006, 489 ss. Il primo Autore si sofferma sui vecchi e nuovi problemi interpretativi posti dai delitti informatici e sull'applicabilità degli artt. 595 e 596-bis c.p. alle ipotesi di diffamazione realizzate attraverso un *blog*, la seconda Autrice invece dà conto della giurisprudenza statunitense in tema di estensione al *blogger del journalist's privilege* e di commenti diffamatori pubblicati anonimamente, proseguendo con una breve panoramica della giurisprudenza europea e in particolare francese.

19. V. BICO, SORGATO, *Diffamazione: aspetti pratici e nuove problematiche*, 2007, Torino, p. 252, 253; VIOLA, *La diffamazione on line non segue automaticamente i principi della normativa sulla stampa*, in *Stud. iur.*, 2009, 689 (nota a Trib. Modica, 8 maggio 2008, Ruta). In senso fortemente critico nei confronti dell'estensione al *blogger* della disciplina prevista dall'art. 57 c.p. cfr. anche SALVADORI, *I presupposti della responsabilità penale del blogger per gli scritti offensivi pubblicati su blog da lui gestito*, in *Giur. mer.*, 2007, 1069 ss. (nota a Trib. Aosta, 1 giugno 2006, Mancini).

Tale approccio appare ancora oggi quello preferibile, consentendo esso soltanto il pieno rispetto del principio di legalità: l'estensione dell'ambito applicativo della ricordata disciplina sembra ipotizzabile soltanto nell'eventualità di un espresso intervento in tal senso del legislatore.

A sostegno di tale impostazione appare possibile addurre un ulteriore argomento di ordine, per così dire, "teleologico": il legislatore, infatti, ha già sentito in passato l'esigenza di intervenire espressamente al fine di estendere all'ipotesi di diffamazione commessa tramite trasmissioni radiofoniche o televisive l'aggravante complessa prevista dall'art. 13 della legge sulla stampa²⁰.

In proposito occorre rilevare che è stato di recente assegnato all'esame della Commissione Giustizia del Senato un d.d.l., presentato su iniziativa del senatore Turrisi, ribattezzato dalla cronaca giornalistica come "ammazza-blog". Il disegno di legge contempla l'introduzione, entro l'ambito del più volte menzionato art. 57 c.p., di un nuovo comma in base al quale la ricordata disciplina della responsabilità del direttore e vice-direttore di un periodico tradizionale si applicherà « (...) anche alla persona fisica o giuridica che abbia registrato, presso il Consiglio nazionale delle ricerche di Pisa, il sito tramite il quale il reato viene commesso, ovvero, in caso di reato commesso tramite un blog, nei confronti di colui che si collega alla rete internet per gestire lo stesso blog, da individuare attraverso l'indirizzo IP del dispositivo utilizzato per la connessione. Tali soggetti rispondono del reato di cui al primo comma anche quando non cancellino, entro 24 ore dalla pubblicazione, scritti inseriti autonomamente dagli utenti, tali da configurare la commissione di reati ».

Laddove il d.d.l. giungesse ad approvazione, all'obbligo di controllo preventivo già previsto in capo al direttore di un periodico ed esteso anche ai *blogger* si affiancherebbe un obbligo di controllo successivo, che di fatto si tradurrebbe in un vero e proprio potere censorio *ex post* il cui esercizio, non è difficile immaginarlo, potrebbe essere in concreto condizionato dal timore di incorrere in pesanti sanzioni di natura penale ed extrapenale.

È evidente come simili considerazioni di politica criminale dovranno essere effettuate in sede di esame parlamentare. Ad ogni modo è chiaro che iniziative siffatte confermano la non opportunità, *de jure condito*, di procedere ad un'interpretazione volta ad estendere alla Rete in genere la disciplina dettata per il direttore responsabile di un periodico tradizionale, risultando a tal fine necessario un apposito intervento del potere politico.

Anche sotto tale profilo, dunque, la sentenza del G.u.p. di Varese non appare pienamente convincente. Se nella pronuncia in commento si giunge ad affermare una responsabilità diretta dell'imputata, non mediata dai criteri di cui agli artt. 57 e ss. c.p., la ragione sembra risiedere unicamente nelle carat-

20. V. art. 30 della L. 6 agosto 1990, n. 223 (c.d. Legge Mammi).

teristiche intrinseche, fenomeniche e formali del sito dalla stessa gestito. Il G.u.p. non ha escluso in astratto, come avrebbe invece dovuto, la possibilità di pervenire ad un'assimilazione per via interpretativa della comunicazione giornalistica su internet a quella tradizionale: soltanto l'assenza nello specifico *blog* amministrato dall'imputata delle caratteristiche di informazione ascrivibili alla "stampa" gli ha impedito infatti al di ricomprenderlo nella relativa nozione.

5. L'attribuzione al *blogger* di un generale potere-dovere censorio potrebbe comportare un'ingiustificata compressione dell'altrui libertà di manifestazione del pensiero, solennemente riconosciuta e tutelata dall'art. 21 della Carta.

Internet, strumento democratico per eccellenza che consente ad ogni individuo di essere contemporaneamente autore e fruitore di messaggi, costituisce oggi il mezzo più accessibile attraverso cui esercitare tale libertà: *blog* e *social networks* sono ormai diventati luogo elettivo di scambio di idee, opinioni nonché (com'è noto) strumento di partecipazione politica, e vengono pertanto spesso erroneamente percepiti da larga parte dell'opinione pubblica come spazi intangibili. Ciò alimenta la diffidenza verso uno strumento che certamente, proprio per la sua generale accessibilità, in assenza di opportuni controlli è atto ad amplificare le tradizionali problematiche connesse ai mezzi di comunicazione di massa.

Tuttavia non bisogna cedere nel facile errore di considerare i destinatari di addebiti offensivi tramite esso diffusi del tutto privi di tutela: rimangono assolutamente ferme, in tali casi, sia la responsabilità personale e diretta dell'autore di scritti o disegni offensivi dell'altrui reputazione sia l'eventuale responsabilità a titolo di concorso di altri soggetti (come appunto il *blogger*, il *webmaster*, il direttore di un periodico *on line* o il *provider*) il cui comportamento risulti caratterizzato dalla coscienza e volontà di partecipare con esso alla commissione del reato. Risulta per tali ragioni certamente sdrammatizzabile il c.d. problema della "anarchia della Rete".

Bisogna comunque rammentare che la questione dell'applicabilità delle scriminanti del diritto di cronaca, critica e satira alla diffamazione a mezzo internet è stato per lo più risolto da dottrina e giurisprudenza in senso positivo: le peculiarità di tale mezzo di diffusione dell'informazione, infatti, non sono state ritenute tali da farne escludere l'operatività, pur imponendo ovviamente dei correttivi.

Secondo la dottrina più accorta²¹, confermata peraltro dalla giurisprudenza più recente²², è riduttivo configurare il diritto di cronaca come una

21. PERON, *La diffamazione tramite mass media*, Padova, 2006, p. 107.

22. Cass., Sez. V, 1° luglio 2008, P.C. in proc. Alberti, in *Dir. informatica*, 2008, 808, in *Cass. pen.*,

prerogativa esclusiva del giornalista: esso, più coerentemente, deve ritenersi esistente in tutti i casi in cui una notizia appaia in un mezzo di comunicazione di massa. La circostanza che l'autore sia o meno un giornalista è dunque assolutamente irrilevante, posto che « *la libertà di manifestazione del pensiero e quella di stampa non sono due diverse libertà, da cui promanano autonomi diritti, ma si tratta del medesimo diritto di libertà che si atteggia nella sua dimensione sostanziale ed in quella strumentale* »²³.

In ogni caso la libertà di espressione non può mai certamente essere esercitata in dispregio di altri beni giuridici primari quali l'onore e la reputazione altrui, sicché anche nella Rete il diritto di cronaca e quello di critica avranno valore scriminante soltanto nel caso in cui siano esercitati nel rispetto dei limiti ad essi inerenti della verità, pertinenza e continenza²⁴.

6. La materia della « *diffamazione a mezzo stampa o altro mezzo di diffusione* » è stata fatta oggetto nell'ultimo decennio di numerosi disegni di legge volti a ridisegnarne i confini e a disciplinare in modo esplicito la realtà, ormai non più trascurabile, della diffamazione a mezzo internet. I progetti di riforma depositati in Parlamento a partire dalla XIII legislatura, ispirati talora da istanze libertarie talaltra di tipo conservatore-repressivo, sono stati tanto numerosi quanto contraddittori, sì da meritarsi la definizione, da parte di un insigne studioso del diritto penale quale Angelo Carmona, di “prove di *maquillage*”²⁵.

Il dibattito politico, reso ancora più acceso in questi mesi dal c.d. “caso Sallusti” balzato agli onori della cronaca, si è incentrato principalmente sulla necessità o meno di mantenere una pena detentiva per l'offesa da parte di un giornalista all'altrui reputazione, nonché sulla responsabilità per *culpa in vigilando* del direttore responsabile²⁶. Le varie proposte si sono rivelate sotto

2008; in Guida dir., 2008, 40, 87, secondo cui il diritto di cronaca e di critica spettano « *ad ogni individuo uti civis e non solo ai giornalisti o a chi svolge professionalmente attività di informazione* ».

23. POLVANI, *La diffamazione a mezzo stampa*, Padova, 1998, p. 99.

24. In questo senso si è espressa con rara chiarezza la Corte di Cassazione, affermando che la « *rilevanza sociale, verità obiettiva e continenza esigono rispetto anche da chi diffonde via internet una notizia pur non essendo giornalista; solo l'esistenza di tali presupposti, infatti, attribuisce efficacia scriminante ai diritti di cronaca e critica da chiunque e con qualsiasi mezzo esercitati. (...) anche attraverso tale strumento di comunicazione si estrinseca il diritto di esprimere le proprie opinioni, tutelato dall'art. 21 cost., che, per essere legittimo, deve essere esercitato rispettando le condizioni e i limiti dei diritti di cronaca e di critica* ». cfr. Cass., Sez. V, 1^o luglio 2008, P.C. in proc. Alberti, cit.

25. CARMONA, *La diffamazione a mezzo internet: prove di maquillage (nella XIII legislatura)*, in *Dir. pen. dell' econ.*, 2001, 620, 640 (Relazione al Convegno su “Internet e legge penale”, Empoli, 24 novembre 2000). Per una panoramica completa dei diversi disegni di legge vedi anche STEA, *La diffamazione a mezzo internet*, cit., 1258, 1259, CULTRERA, *Diffamazione, Internet e libertà di stampa*, Matelica, 2006, p. 103, III e PERON, *La diffamazione tramite mass media*, cit., p. 96, 101.

26. Da ultimo anche i giudici di Strasburgo hanno reputato la previsione di una pena detentiva per il giornalista, salvo che in casi eccezionali, idonea ad integrare una violazione dell'art. 10 CEDU. Cfr. Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 24 settembre 2013, Belpietro c. Italia, in www.giurisprudenzapenale.com.

tale profilo per lo più concordi nell'abbracciare l'idea di un diritto penale minimale, che debba fungere cioè, in questa materia più che mai, come *extrema ratio*²⁷.

All'uopo merita particolare considerazione il nuovo testo della proposta di legge n. 925 relativo alla diffamazione a mezzo stampa (meglio noto come d.d.l. Costa-Verini), in esame alla Camera dal 5 agosto 2013 dopo il via libera della Commissione Giustizia²⁸.

Il provvedimento si segnala ai nostri fini soprattutto per l'espressa considerazione del *web* come luogo di diffusione degli addebiti offensivi, ma di notevole importanza risultano altresì l'esclusione della pena detentiva, l'incremento dell'ammontare delle pene pecuniarie e la nuova disciplina degli obblighi di rettifica.

Il testo anzitutto arreca profonde modifiche alla legge sulla stampa, estendendone finalmente l'ambito di applicazione sia alle testate giornalistiche *on line* registrate sia a quelle radiotelevisive.

La diffamazione a mezzo stampa o a mezzo radiotelevisione non sarà più sanzionata con la reclusione ma con la sola multa da 5.000 a 10.000 euro, ovvero con la multa da 20.000 a 60.000 euro se l'offesa consisterà nell'attribuzione di un fatto determinato falso la cui diffusione sia avvenuta con la consapevolezza delle sua falsità. In entrambe le ipotesi conseguirà alla condanna la pena accessoria della pubblicazione della sentenza e, nel caso di recidiva con nuovo delitto non colposo della stessa indole, l'interdizione dalla professione di giornalista per un periodo da uno a sei mesi. Inoltre con la sentenza di condanna il giudice disporrà la trasmissione degli atti al competente ordine professionale per le determinazioni relative alle sanzioni disciplinari.

Dunque, diversamente da quanto dispone l'attuale testo dell'art. 595, co. 3, c.p., la diffamazione a mezzo stampa non risulterà più equiparata *quoad poenam* a quella realizzata con qualsiasi altro mezzo di pubblicità o in atto pubblico²⁹. Non sarà tuttavia punibile l'autore dell'offesa che abbia

27. Si veda in proposito MANNA, *Problemi vecchi e nuovi in tema di diffamazione a mezzo stampa*, in *questa Rivista*, 2012, 989 ss. L'Autore (prendendo spunto dal libro di FUMO, *La diffamazione mediatica*, 2012) pone particolare attenzione proprio sull'opportunità di una riforma del sistema sanzionatorio in materia di delitti contro l'onore. Rilevata l'inadeguatezza della pena detentiva, il Prof. Manna evidenzia i limiti insiti nella proposta di ridurre la tutela nei reati *de quibus* entro l'ambito del binomio rettifica–replica, rimedio considerato « *sproporzionato per difetto* ». Parallelamente, pur reputando potenzialmente adeguato per l'ingiuria e la diffamazione il rimedio risarcitorio, contesta l'idea di una depenalizzazione della diffamazione commessa a mezzo stampa o con altro mezzo di pubblica diffusione. In una prospettiva sia di prevenzione generale che speciale, l'Illustre Autore richiama un disegno di legge in materia elaborato in seno all'Unione delle Camere Penali e pone l'accento sull'opportunità di utilizzare come sanzione principale quella interdittiva, eventualmente affiancandola ad un meccanismo risarcitorio concepito come « *alternativa alla c.d. poena criminalis* ».

28. V. www.camera.it

29. Ipotesi per le quali la disciplina vigente fissa oggi la pena della reclusione da 6 mesi a 3 anni o

provveduto alla rettifica secondo quanto previsto dalla legge.

Per ciò che riguarda specificatamente le modifiche al codice penale occorre segnalare in primo luogo la sostituzione del vecchio art. 57 c.p. (reati commessi col mezzo della stampa periodica), che viene adesso riferito anche ai reati commessi con il mezzo della diffusione radiotelevisiva o con altri mezzi di diffusione. In luogo della responsabilità “a titolo di colpa” viene opportunamente precisato nel disegno di legge il nesso di causalità che deve intercorrere tra la violazione dei doveri di vigilanza ed il reato commesso. Viene comunque eliminata per tali figure la pena accessoria dell’interdizione della professione di giornalista e resa possibile la delega delle funzioni di vigilanza ad uno o più giornalisti professionisti idonei a svolgerle³⁰.

Sia con riferimento alla diffamazione che all’ingiuria il disegno di legge contiene poi un espresso riferimento alla comunicazione telematica, e prevede l’eliminazione della pena della reclusione contemplando quale unica sanzione quella della multa.

La pena stabilita per la diffamazione (multa da 3.000 a 10.000 euro o, in caso di attribuzione di un fatto determinato, fino a euro 15.000) è aumentata della metà nell’ipotesi in cui l’offesa sia arrecata con qualsiasi mezzo di pubblicità, per via telematica o in atto pubblico. Quanto agli effetti, dunque, la diffamazione a mezzo internet viene assimilata pienamente ed in modo espresso dal legislatore a quella arrecata con qualsiasi mezzo di pubblicità, ponendosi fine alle lunghe incertezze in merito.

Modifiche vengono infine apportate anche al codice di procedura penale, ed in particolare all’art. 427 c.p.p.: il testo, infatti, introduce la previsione della condanna del querelante alle spese e ai danni, oltre che ad una eventuale sanzione pecuniaria, nel caso di temerarietà della querela. Viene inoltre modificato l’art. 200 c.p.p., con l’estensione della disciplina del segreto professionale anche ai giornalisti pubblicitari iscritti al rispettivo albo.

Tale progetto di riforma costituisce indubbiamente un significativo passo in avanti nella disciplina dei delitti contro l’onore, ma continua a presentare alcune criticità.

nella multa non inferiore ad euro 516.

30. Il disegno di legge supera dunque l’assai contestabile posizione assunta fino ad oggi dalla giurisprudenza di legittimità che, abbracciando una interpretazione di particolare rigore, non ha riconosciuto efficacia scusante alle difficoltà organizzative o alla delega di funzioni conferita ad esempio al redattore capo di edizioni locali (cfr. Cass., Sez. V, 2 agosto 2007, Marchesini ed altro, in *Mass. Uff.*, n. 31491, Id., Sez. V, 11 novembre 2009, Bianchi e altri, *ivi*, n. 246093, e, nello stesso senso, Id., Sez. V, 2 dicembre 2004, Graldi, in *Giur. it.*, 2005, 1703 ss.). Per una posizione duramente critica verso tale atteggiamento giurisprudenziale di chiusura nei confronti dello strumento della delega di funzioni e sulla tendenza ad identificare la prova della colpa del direttore responsabile con quella della coscienza e volontarietà dell’omissione di controllo v. DI MINO, *Responsabilità penale del direttore del giornale ed “esigibilità” del controllo*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 885 ss. (nota a Cass., Sez. V, 14 agosto 2008).

Sicuramente va accolta con favore l'eliminazione della pena detentiva nei reati *de quibus*, perfettamente coerente con la più volte evocata idea di un diritto penale minimale.

Parimenti apprezzabile sotto il profilo della ragionevolezza, intesa come necessità di non trattare in modo diverso situazioni sostanzialmente eguali, risulta l'equiparazione delle testate giornalistiche *on line* registrate a quelle tradizionali, con la correlativa estensione dell'ambito applicativo della legge sulla stampa.

Anche in ragione delle forti spinte operate in tal senso dall'opinione pubblica, rimangono invece tuttora estranei all'ambito applicativo della legge sulla stampa i *blog* ed i *social networks*: in seguito all'approvazione della riformulazione degli emendamenti in precedenza apportati al disegno di legge in parola, sono stati infatti espunti i riferimenti ai "siti informatici" in genere ed a quelli "aventi natura editoriale". Questa scelta appare tuttavia condivisibile soltanto nei casi in cui tali strumenti siano adoperati da privati senza finalità informativa e senza far capo, neppure mediamente, ad una testata tradizionale o *on line* regolarmente registrata.

Un giudizio positivo, infine, può esprimersi sia in riferimento al citato inasprimento delle sanzioni pecuniarie (con il correlativo presumibile incremento dell'efficacia deterrente delle stesse) sia all'esplicita considerazione della comunicazione telematica nell'ambito degli artt. 594 e 595 c.p.

Permangono tuttavia svariati aspetti di insoddisfazione, non essendo stati superati neppure da tale ultimo progetto di riforma i profili problematici già rilevati dalla dottrina più accorta con riferimento ai precedenti disegni di legge³¹.

Ci si può ancora chiedere, ad esempio, quale sia il « surplus di efficacia deterrente » della multa rispetto al risarcimento danni azionabile in sede civile: l'opzione legislativa pare infatti realizzare in via occulta una « depenalizzazione di fatto », conservando la qualificazione penalistica ai soli fini di orientamento culturale.

Tuttora contestabile appare poi il ruolo centrale attribuito alla rettifica, che nella sostanza costituisce una « tecnica di degradazione » dell'illecito penale in civile. Essa ha una funzione di salvaguardia tardiva della reputazione, mentre certamente non le si potrà riconoscere né una funzione retributiva, né riconciliativa né, tantomeno, preventiva (comportando essa al contrario il pericolo di neutralizzare la potenzialità deterrente della norma penale). Peraltro dubbia risulta la sua concreta efficacia riparatoria nel caso in cui l'offesa all'altrui reputazione sia avvenuta in violazione non tanto del dovere

31. Vedi le critiche rivolte al d.l. n. 3176, approvato dalla Camera dei deputati il 26 ottobre del 2004 e ripresentato con minime variazioni anche nelle due legislature successive, da TESAURO, *La diffamazione come reato debole e incerto*, cit., pp. 83, 105.

di verità quanto dei limiti dell'interesse pubblico o della continenza. Utilizzando come *tertium comparationis* la disciplina delle condotte riparatorie previste nell'ambito della competenza penale del giudice di pace dall'art. 35 d.lgs. 274 del 2000, poi, tuttora valide sono le perplessità già evocate in dottrina sotto il profilo della ragionevolezza–uguaglianza³².

Per ciò che riguarda specificatamente la diffamazione a mezzo internet, il legislatore ha ancora una volta del tutto ignorato le problematiche specifiche inerenti le peculiarità di questo straordinario mezzo di comunicazione, quali ad esempio la necessità di rielaborare i criteri della presenza–assenza della persona offesa e la necessità di prevedere meccanismi idonei a garantire la reale identificazione degli utenti–autori dei messaggi diffamatori.

Non convince appieno neppure l'equiparazione *tout court* ai fini del trattamento sanzionatorio della comunicazione telematica a qualsiasi altro mezzo di pubblicità, non essendosi minimamente presa in considerazione l'opportunità di una verifica della consistenza numerica dei potenziali fruitori del messaggio offensivo.

L'obbligo di rettifica nel caso di giornali *on line*, peraltro, si sarebbe dovuto per coerenza affiancare alla previsione di un obbligo di rimozione dell'articolo diffamatorio (eventualmente estendibile anche ai motori di ricerca) per evitare il protrarsi nel tempo dell'effetto lesivo.

Del tutto carente nel progetto, infine, è un'espressa considerazione del problema oggetto della presente trattazione, ovvero quello inerente la responsabilità del *blogger* per le offese all'altrui reputazione poste in essere dagli utenti del sito da lui gestito.

Sotto tale ultimo profilo può dirsi, in conclusione, che sarebbe auspicabile *de jure condendo* l'estensione al *blogger* degli obblighi previsti in capo al *provider* dall'art. 17, co. 2, del ben noto decreto legislativo sul commercio elettronico n. 70 del 2003, ovvero l'obbligo di denuncia ed il divieto di anonimato³³.

32. Mentre le forme di riparazione previste dalla disciplina relativa alle competenze penali del Giudice di Pace si caratterizzano per la personalità e volontarietà della prestazione, l'integrità almeno tendenziale della riparazione e la discrezionalità giudiziale nella declaratoria di estinzione del reato, la rettifica concepita nella riforma opera invece su richiesta della persona offesa, determina una riparazione parziale ed è configurata come una causa di non punibilità ad effetto automatico, realizzando un meccanismo para–premiare. V. TESAURO, *La diffamazione come reato debole e incerto*, *ibidem*.

33. Con il primo si intende l'obbligo del *provider* di informare senza indugio l'autorità giudiziaria o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza, qualora sia a conoscenza di presunte attività o informazioni illecite riguardanti un suo destinatario del servizio della società dell'informazione. Con il secondo, invece, quello di fornire senza indugio, a richiesta delle autorità competenti, le informazioni in suo possesso che consentano l'identificazione del destinatario dei propri servizi con cui ha accordi di memorizzazione dei dati, al fine di individuare e prevenire attività illecite. La delibera n. 467 del 2000 del Consiglio dell'AGCOM ha posto anche in capo dei titolari di *Internet points* l'obbligo di attendere alla identificazione degli utilizzatori dei terminali, esso però non comporta un parallelo

Si noti in proposito che l'obbligo di denuncia grava sul *provider* anche nei casi in cui sia soltanto presunto lo svolgimento di un'attività illecita attraverso il servizio da lui offerto, e persino laddove la segnalazione in merito provenga da un privato. Quanto al divieto di anonimato, qualora il soggetto obbligato non dovesse essere in grado di individuare l'autore dell'illecito « *potrebbe essere considerato responsabile per aver permesso e agevolato l'anonimato* » e, conseguentemente, per aver determinato l'impossibilità di individuare il soggetto che lo ha commesso³⁴.

Solo in via suppletiva o sussidiaria inoltre, analogamente a quanto dispone l'art. 57-bis c.p. per l'editore o lo stampatore, si reputerebbe opportuna la previsione di una autonoma responsabilità del gestore del sito laddove l'autore della pubblicazione restasse ignoto o non fosse imputabile.

Un simile intervento del legislatore consentirebbe di rispondere all'esigenza, largamente avvertita in caso di commissione di reati per via telematica, di comminare una pena ed un eventuale obbligo risarcitorio anche nei casi in cui fosse impossibile procedere all'individuazione dell'autore diretto della condotta lesiva a causa dall'anonimato generalmente garantito dalla Rete.

Ad ogni modo, fuori dalle ipotesi di concorso, una responsabilità per *culpa in vigilando* del *blogger* per gli illeciti posti in essere dagli utenti del sito dovrebbe essere riconosciuta soltanto in presenza di una apposita norma incriminatrice e sempreché venisse accertato che, attraverso una condotta diligente, questi avrebbe potuto prevedere ed impedire l'evento, tenuto conto di tutte le circostanze fattuali del caso. Dovrebbe dunque essere sempre tenuta in debita considerazione la mole di contenuti immessi nel sito dagli utenti e l'eventuale predisposizione di filtri, potendosi accertare solo così la "rimproverabilità" di tutti gli elementi significativi della fattispecie³⁵.

Proprio sotto tale profilo la statuizione di condanna cui perviene la pro-

obbligo di conoscenza o controllo delle comunicazioni inviate. Sul punto v. commento a Cass., Sez. IV, 11 febbraio 2009, Ricci e altro, in *Mass. Uff.*, n. 4404; GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 1256 ss. Con riferimento più specifico alla posizione del gestore di un *forum*, invece, cfr. VIGNUDELLI, *Il gestore del forum: spunti su identificazione dell'utente, anonimato e (ir)responsabilità*, in *Il dir. informaz. informat.*, 2011, 107 ss. Deve però notarsi come in realtà il registro dei c.d. *files di log*, obbligatorio in virtù dell'art. 6 del codice di deontologia e di buona condotta dei servizi telematici, debba essere detenuto dall'*internet provider* per un periodo di tempo troppo limitato per risultare realmente efficace sotto il profilo probatorio, sicché anche in tal senso sarebbe opportuno un intervento del legislatore. Cfr. MACRILLÒ, *Presunzione iuris tantum di pubblicazione e prova del delitto di diffamazione con il mezzo della rete telematica*, cit. p. 173.

34. STEA, *La diffamazione a mezzo internet*, in *Riv. pen.*, 2008, 1256.

35. V. in tal senso la fondamentale pronuncia Corte cost., n. 364 del 1988, confermata dalla successiva giurisprudenza della stessa Corte e da quella di legittimità. Più in generale sull'interpretazione costituzionalmente orientata della responsabilità obbiettiva v. MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, III ed., 2009, pp. 72 ss.; PADOVANI, STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, 2006, p. 94 ss.

nuncia del G.u.p. di Varese oggetto del presente commento non risulta affatto condivisibile, in quanto afferma la responsabilità diretta dell'imputata sulla base di una postulata generale riconducibilità soggettiva alla stessa delle offese immesse nel sito da altri utenti.

Non rimane dunque che auspicarsi che la giurisprudenza successiva, prestando maggior attenzione al principio di legalità, si disallinei della citata pronuncia e che il legislatore provveda quanto prima a colmare i vuoti normativi presenti in *subiecta materia*, ponendo così fine alle incertezze ermeneutiche che troppo spesso ancora oggi si traducono in orientamenti giurisprudenziali ondivaghi ed in pronunce contraddittorie.

Giudizio abbreviato — Ergastolo

Ergastolo *in executivis* e rideterminazione della pena

Il confronto fra i giudici di merito e il giudice di legittimità

Luca Cianferoni

La decisione

Esecuzione — Giudizio abbreviato — Ergastolo — Rideterminazione della pena (C.p. artt. 71 ss., 81 cpv. C.p.p. artt. 438 ss.).

In tema di determinazione della pena per i reati satellite quando si versa nell'ipotesi di cui all'art. 442, cpv., ultimo periodo c.p.p. ed è già in esecuzione l'ergastolo irrogato con sentenza definitiva, il metodo da seguire è quello del cumulo giuridico, se sussistente la continuazione di cui all'art. 81, cpv. c.p., che prevale su quello del cumulo materiale di cui all'art. 72, cpv. c.p. in quanto: « Si tratta di un procedimento di calcolo della pena (...) che nulla ha che vedere con la esecuzione concreta della pena detentiva temporanea... ma che costituisce il presupposto logico-giuridico ineludibile, di tipo virtuale, per passare alla seconda fase di computo della pena dell'isolamento diurno ».

CASSAZIONE PENALE, QUINTA SEZIONE, 3 maggio 2013 (ud. 19 aprile 2013) — GRASSI, *Presidente* — VESSICHELLI, *Relatore* — SCARDACCIONE P.M. (diff.) — Papalia e altri, ricorrenti.

Il testo della decisione in commento è consultabile sul sito *web* archivio-penale.it.

Il commento

1. Con la sentenza annotata la Corte di cassazione ha avuto modo di affrontare un tema, quale quello della rideterminazione della pena nel caso di ergastolo *in executivis*, piuttosto complesso e articolato per le delicate implicazioni di carattere penale e processuale penale che esso comporta.

La questione, di assoluta attualità e rispetto alla quale ancora non è dato rinvenire un preciso orientamento in dottrina e in giurisprudenza¹, si impone in maniera rilevante agli operatori di diritto ed emerge con una certa frequenza nelle aule di giustizia.

A ben vedere, però, qui non vengono in considerazione soltanto problematiche di carattere applicativo, quali la rideterminazione della pena quando già è in esecuzione un'altra ovvero la tenuta del giudicato (istituto la cui *ratio* è quella di garantire uno dei principi cardini dell'intero ordinamento giuridico, ossia il principio della certezza del diritto), ma anche rilevanti implicazioni di sistema afferenti alla libertà personale, bene di primaria importanza, costituzionalmente garantito.

La sentenza in commento è il risultato del confronto fra i giudici di merito e l'organo nomofilattico in ordine alla quantificazione dell'irrogando trattamento sanzionatorio nell'ipotesi in cui si abbia, sul piano sostanziale, il concorso fra un delitto punito con la pena dell'ergastolo e reati che importino pene detentive temporanee per un tempo complessivo superiore a cinque anni, e, sul piano processuale, la scelta per il giudizio abbreviato. Un quesito di difficile soluzione che, a distanza di poco tempo, ha portato la questione per ben due volte all'attenzione del Supremo Collegio.

2. Nel corso del giudizio di primo grado era stata ritenuta la penale responsabilità degli imputati per tutti i reati loro ascritti e cioè quello di tentata rapina aggravata, di omicidio volontario aggravato, di violazione delle leggi sulle armi, di detenzione e porto di armi clandestine e di ricettazione delle predette armi e di due autoveicoli di provenienza delittuosa. Inoltre, in quella sede, dopo aver riscontrato la sussistenza del vincolo della continuazione, la Corte di Assise di Reggio Calabria riteneva, stante la scelta per il giudizio abbreviato *ex art. 438 c.p.p.*, di poter irrogare per tutte le persone accusate la pena dell'ergastolo semplice. Successivamente, il giudice del gravame confermava la sentenza impugnata, riformandola solamente nei confronti di uno degli imputati al quale venivano concesse le circostanze attenuanti generiche ritenute equivalenti a quelle aggravanti con conseguente riduzione della pena fino a venti anni di reclusione.

In sostanza, nei due gradi di giudizio non era stata quantificata la pena per i reati diversi da quello di omicidio. Il ragionamento fatto dai giudici di merito era il seguente: siccome l'art. 442, co. 2 c.p.p. prevede la sostitu-

1. Come si verrà argomentando di seguito, il fatto che attualmente non sia emerso un indirizzo dottrinale e giurisprudenziale consolidato sul quesito giuridico in esame risiede nella difficoltà di individuare la natura giuridica della pena dell'ergastolo con isolamento diurno. Non si tratta di una sterile disputa di teoria del diritto, ma di una questione di rilievo pratico-applicativo, visto che, per esempio, la scelta per il rito abbreviato provoca il venire meno di tale maggiorata afflittività nei casi di concorso di reati e di reato continuato.

zione della pena dell'ergastolo con isolamento diurno (che nell'ipotesi in esame veniva in considerazione) con quella dell'ergastolo semplice, non è necessario procedere alla quantificazione della stessa per i reati satellite, oppure, detto in altri termini, le modalità di determinazione del trattamento sanzionatorio dipendente dalla scelta per il rito abbreviato presuppongono rispettato il calcolo ai sensi dell'art. 71 e ss. c.p.

Tale presunzione induceva i giudici di merito a esimersi dal computo della pena per i reati concorrenti. Tuttavia emergeva un evidente *vulnus* di legittimità per violazione dell'art. 72, co. 2 c.p. e dell'art. 442, co. 2 c.p.p.

La Corte di cassazione, investita della questione, prendeva atto della totale mancanza nella sentenza impugnata della determinazione della pena e, conseguentemente, disponeva l'annullamento con rinvio affinché il giudice di merito provvedesse al relativo calcolo. Ciò che maggiormente rileva sono i criteri indicati nella sentenza oggetto di commento per lo svolgimento di tale operazione.

Primariamente, il rispetto della disciplina prevista dagli artt. 71 e ss. c.p. non può affidarsi a vuote clausole di stile, ma occorre stabilire specificamente la pena per i reati satellite proprio e soprattutto in virtù di quanto disposto dall'art. 72, co. 2 c.p., perché se detto *quantum* supera i cinque anni di reclusione la pena è quella dell'ergastolo con isolamento diurno che per effetto della scelta per il rito abbreviato viene meno residuando l'ergastolo semplice, ma se viceversa detto *quantum* non supera i cinque anni di reclusione allora la pena è quella dell'ergastolo semplice che l'opzione per il giudizio abbreviato converte nella pena di trenta anni di reclusione. È certo difatti che, se anche non esistesse la disciplina in commento, sussiste in capo al giudice l'obbligo di determinare in maniera precisa la pena. Si tratta di un principio di civiltà giuridica direttamente discendente dai principi di stretta legalità e di riserva di giurisdizione per la comminazione di una sanzione penale. Come a monte del procedimento penale la persona accusata di un reato ha diritto a essere informata del contenuto dell'accusa elevata contro di lei², così a valle del medesimo l'imputato ha diritto a conoscere l'esatto *quantum* di pena in caso di condanna. Questo diritto e il corrispondente obbligo si traggono dalla complessiva disciplina penal-processuale prevista dal nostro ordinamento giuridico.

La Corte di Assise di Reggio Calabria, in base alle indicazioni del Supremo Collegio, individuava la pena per i reati concorrenti in dodici anni di

2. V. art. III, co. 2, Cost. e art. 6, co. 3, CEDU. L'ampiezza del diritto in parola è stato precisato da plurime sentenze della Corte di Strasburgo alcune delle quali riguardanti l'Italia. Si vedano in particolare: Corte eur. dir. uomo, Gr. Cam., 25 marzo 1999, Pélissier e Sassi c. Francia; Id., 28 giugno 1995, Stoitchkov e Chindarov c. Bulgaria; Id., Sez. II, 31 maggio 2001, Ortolani c. Italia; Id., 4 aprile 2000, Ferrarin c. Italia; Id., Sez. III, 28 febbraio 2002, D.C. c. Italia; Id., Sez. II, 11 dicembre 2007, Drassich c. Italia.

reclusione per tutti gli imputati tranne che per uno di essi che, avendo nel frattempo iniziato a collaborare, vedeva ridotta la pena per i reati satellite a sette anni e sei mesi, quindi sempre al di sopra della soglia dei cinque anni normativamente prevista. Anche se diversa era stata la via percorsa, uguale era la conclusione cui il giudice del rinvio era pervenuto.

Tuttavia ancora qualcosa non tornava.

Come mai la determinazione esatta del *quantum* di pena per i reati concorrenti non aveva in alcun modo inciso sulla riduzione dovuta al giudizio abbreviato? perché, sebbene i giudici di merito antecedenti all'annullamento avessero ritenuto i reati unificati nel vincolo della continuazione e pertanto, in punto di pena, applicato il c.d. cumulo giuridico, il giudice del rinvio, viceversa, applicava l'altro criterio, sicuramente più sfavorevole per l'imputato, ossia quello del c.d. cumulo materiale?

3. Un primo e importante problema di diritto sostanziale emergeva a questo punto della vicenda processuale, ossia quello relativo al metodo da seguire per la quantificazione della pena dei reati satellite.

Inevitabilmente le parti hanno presentato ricorso in Cassazione avverso il capo della sentenza relativo al trattamento sanzionatorio. In particolare, tutti i ricorsi presentano uno stesso motivo, anche se variamente argomentato, vale a dire l'erronea applicazione degli artt. 72, cpv, e 81, cpv c.p. in quanto essa ridonda nell'inesatta determinazione della pena da parte del giudice del rinvio. Inoltre, altro elemento comune, limitatamente però ai soli ricorsi difensivi, è dato dall'indicazione di un vizio procedurale. perché qui, a ben vedere, si tratta di capire come operino i sopracitati articoli nell'ipotesi di cui all'art. 442, cpv. c.p.p.

Un secondo e rilevante problema di diritto processuale emergeva a questo punto in tutta la sua evidenza, ossia quello dell'ampiezza dell'istruzione probatoria nel rito abbreviato sotto il duplice profilo dei poteri del giudice e dei diritti della difesa.

Quando l'imputato chiede che il processo sia definito già all'udienza preliminare *ex art. 438 c.p.p.*, rinuncia al diritto alla prova nella sua più ampia portata, ferma restando la possibilità del giudice *ex art. 441, co. 5 c.p.p.* di assumere gli elementi necessari ai fini della decisione. Il sacrificio che tale rito speciale impone al diritto di difesa, oppure, detto in altri termini, questo sbilanciamento dovuto all'elisione della fase dibattimentale, viene compensato dalla previsione della diminuzione della pena. Al riguardo è stato efficacemente sottolineato dalla dottrina³, dalla giurisprudenza di legit-

3. CERQUA, *Riti alternativi e incentivi premiali: implicazioni di natura sostanziale*, in *Cass. pen.*, 1992, 1702; GALLO, *Sistema sanzionatorio e nuovo processo*, in *Giust. pen.*, 1989, III, 650; MERCONE, *Le diminuenti dei nuovi riti premiali e i limiti di pena applicabile*, in *Cass. pen.*, 1990, 1825; PAGLIARO, *Riflessi del nuovo*

timità⁴ e da quella costituzionale⁵ che la riduzione nei modi indicati dall'art. 442, co. 2 c.p.p. ha valenza processuale e non sostanziale, ossia ha natura puramente premiale e impone un abbattimento fisso, secco e predeterminato della pena, la cui applicazione è sottratta a qualsiasi valutazione del giudice.

Se si pongono a confronto gli istituti rispettivamente disciplinati dall'art. 72, cpv. c.p. e dall'art. 442, cpv. c.p.p. si nota quella c.d. disomogeneità ontologica che è stata puntualmente evidenziata da attenta dottrina⁶.

Con riferimento alla natura della pena dell'ergastolo con isolamento diurno non è dato riscontrare fra la dottrina e la giurisprudenza unanimità di vedute e ciò ha importanti implicazioni non solo a livello teorico ma anche a livello pratico. Mentre infatti secondo la prima⁷ l'isolamento diurno è solamente una modalità esecutiva della pena dell'ergastolo, per la seconda si tratta a tutti gli effetti una sanzione penale autonoma e ulteriore prevista per i delitti concorrenti, onde evitare che quest'ultima sia assorbente, sul piano del trattamento sanzionatorio, rispetto alle altre pene che devono essere irrogate.

La difficoltà palesata dai giudici nella vicenda processuale in disorso sembra risiedere nell'individuazione del punto di equilibrio fra la disciplina di carattere sostanziale e quella processuale.

A ben vedere, nel secondo rinvio la Quinta sezione penale è stata impegnata non tanto in un confronto bilaterale, quanto piuttosto in uno trilaterale fra norme. Secondo il Supremo Collegio non esiste un netto contrasto sul piano teorico fra i due criteri di calcolo previsti dall'ordinamento. Quando viene in considerazione l'isolamento diurno, l'art. 72, cpv. c.p. trasforma il cumulo materiale (inattuabile) fra l'ergastolo e le altre pene detentive temporanee di una certa entità, in una sorta di pena aggravata, rappresentata dal medesimo con afflittività aumentata dalla sanzione dell'isolamento diurno del condannato per un tempo determinato. Una simile previsione può considerarsi compatibile con il vantaggio che può derivare all'imputa-

processo sul diritto penale sostanziale, in *Dir. pen. proc.*, 1990, 36; FERRUA, *Il ruolo del giudice nel controllo delle indagini e nell'udienza preliminare*, in *Studi sul processo penale*, Milano, 1990, p. 53; LAVARINI, *Il giudizio abbreviato*, Napoli, 1996, p. 76.

4. Cass., Sez. VI, 26 gennaio 2000, Fadda, in *Mass. Uff.*, n. 215643; Id., Sez. IV, 28 giugno 2000, Simoncelli, in *Foro it.*, 2001, III, 68; Id., Sez. V, 14 giugno 2000, Izzo, in *Giur. it.*, 2001, 1008; Id., Sez. I, 05 giugno 2000, Hasani, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2000, 524; Id., Sez. I, 10 marzo 1997, Spagnuolo, in *Giust. pen.*, 1998, III, 176.

5. Corte cost., n. 277 del 1990.

6. MERCONE, *Le diminuenti dei nuovi riti premiali ed i limiti minimi di pena applicabili*, in *Cass. pen.*, 1990, 1825; RANDAZZO, *I limiti minimi della pena e la diminuzione del patteggiamento*, *Cass. pen.*, 1993, 120.

7. ALTAVISTA, *L'isolamento diurno e la sua applicazione nel codice penale e nel regolamento penitenziario*, in *Rass. stud. pen.*, 1952, 89; MARTINI, *Ergastolo e isolamento continuo: l'art. 72 c.p. fra abrogazione e incostituzionalità*, in *Cass. pen.*, 1982, 268; NUCCI, *Sui benefici applicabili all'isolamento diurno ed in particolare sulla grazia sovrana secondo la legislazione penale vigente in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, 1940, 22; RIVA, *Sub art. 72*, in *Comm. C.p.*, Dolcini, Marinucci, Milano, 2011, p. 1274.

to dal calcolo delle pene per i reati concorrenti, unificati dal vincolo della continuazione, con il criterio del cumulo giuridico delle pene.

Senonchè il problema del trattamento sanzionatorio veniva legato nei ricorsi difensivi al carattere del giudizio abbreviato come rito a “prova contratta”⁸ tanto da indurre la Corte di cassazione a trattare tale questione in via preliminare e a considerarla assorbente rispetto alle altre. Secondo quanto sostenuto dalla difesa, l’integrazione probatoria è da ritenersi necessaria al fine di arrivare a una ricostruzione utile per calibrare esattamente la pena per i reati satellite.

Il punto è che la scelta fatta nella fase iniziale del procedimento penale dall’imputato, vale a dire quella di essere giudicato allo stato degli atti, si riverbera su tutti i successivi eventuali gradi di giudizio, ivi compreso quello del rinvio. Quale sarebbe altrimenti il senso della disciplina codicistica?

Se l’obiettivo perseguito con l’introduzione del giudizio abbreviato è stato quello di deflazionare il dibattimento, se a riprova della bontà della scelta effettuata pochi anni più tardi il legislatore ha ampliato il ventaglio delle possibilità di accesso a tale rito (prevedendolo anche per i reati punibili con la pena dell’ergastolo) e se detto istituto risponde chiaramente a preminenti esigenze di economia processuale, allora non può essere che in sede di gravame o di rinvio tutto ciò venga disatteso. Detto in altri termini, se la prova è contratta tale deve essere lungo tutto l’*iter* processuale.

L’evidente contrazione che qui il diritto di difesa subisce, viene bilanciato dalla diminuzione della pena nei modi di cui all’art. 442, cpv. c.p.p.: tuttavia non si tratta solo di questo.

L’opzione per il giudizio abbreviato ha importanti ricadute anche sui poteri del giudice il quale può solamente assumere gli elementi necessari *ex art. 441, co. 5 c.p.p.* Questo vale anche per il giudice degli eventuali gradi successivi. Nello specifico non viene meno nè il potere del giudice dell’appello di integrare il fascicolo con gli atti necessari alla decisione *ex art. 599 c.p.p.* e quello di integrazione probatoria *ex art. 603 c.p.p.*, nè tanto meno il potere del giudice del rinvio di disporre la rinnovazione dell’istruzione dibattimentale *ex art. 627 c.p.p.*

In generale, i poteri del giudice dell’appello sul processo celebrato in primo grado nelle forme dell’abbreviato sono più limitati di quelli dello stesso giudice sul processo svolto con rito ordinario e ciò vale *mutatis mutandis* per i poteri del giudice del rinvio. Quindi, in questi casi, il giudice può (ma non deve) integrare il quadro probatorio, mentre la difesa dell’imputato non ha diritto a chiedere la rinnovazione dell’istruzione dibattimentale. Questo

8. AMODIO, *Giudice unico e garanzie difensive nella procedura penale riformata*, in *Studi Pisapia*, II, Milano, 2000, p. 15. In particolare, per quel che riguarda la disciplina della prova nel giudizio abbreviato, l’Autore parla di dibattimento ad attività probatoria contratta.

dipende dal fatto che, con la richiesta di essere giudicato allo stato degli atti, l'imputato ha rinunciato a ulteriori prove, tranne quelle alla cui acquisizione il giudizio abbreviato sia stato subordinato, secondo quanto previsto dall'art. 438, co. 5 c.p.p.⁹

È per questo che in simile ipotesi la contrazione della prova sembra operare — si potrebbe dire — in maniera unidirezionale (ossia solo per la difesa) anziché bidirezionale (*rectius* anche per l'organo giudicante).

In tema di prove nuove o sopravvenute, la Corte di cassazione¹⁰ ha precisato che nel giudizio di appello su abbreviato, l'imputato e il pubblico ministero (nonostante quest'ultimo non abbia più il potere di consenso sulla richiesta *ex art. 438 c.p.p.*) non possono far valere un diritto all'integrazione probatoria, spettando in ogni caso al giudice la valutazione se sia assolutamente necessaria la loro acquisizione. Nella vicenda in esame, il problema si era posto con riferimento all'assunzione (nella forma verbalizzata in altro procedimento o in quella dell'esame diretto) delle dichiarazioni rese da uno degli imputati che aveva nel frattempo iniziato la collaborazione in un separato processo.

Si trattava di una prova che era sopravvenuta alla sentenza di annullamento del Supremo Collegio e che pertanto doveva ritenersi nuova e quindi soggetta al regime di cui all'art. 603, cpv. c.p.p. che prevede un vero e proprio diritto della parte alla sua acquisizione. In sostanza si lamentava la mancata assunzione di una prova decisiva *ex art. 606, co. 1, lett. d) c.p.p.*

Questo specifico motivo di ricorso veniva ritenuto infondato per l'ulteriore considerazione di carattere eminentemente tecnico-processuale in base alla quale, in caso di appello su abbreviato, non si può versare nell'ipotesi di cui all'art. 606, co. 1, lett. d) c.p.p. perché la mancata assunzione di una prova decisiva, quale motivo di ricorso in cassazione, può essere dedotta solo in relazione ai mezzi di prova di cui sia stata chiesta l'ammissione ai sensi dell'art. 495, cpv. c.p.p.¹¹

Per questi motivi l'attuale assetto della disciplina per i gradi successivi al primo suscita alcune perplessità dal momento che l'acquisizione di una prova ulteriore può incidere sulla determinazione della pena e tuttavia l'organo nomofilattico esclude il diritto alla stessa in capo all'imputato.

La Quinta sezione penale ha concluso che il giudice del rinvio deve rideterminare la pena affermando nuovamente il vincolo della continuazione con i conseguenti benefici effetti del cumulo giuridico, non escludendo, per questa via, una più favorevole rivalutazione della pena per i reati meno gravi.

9. Cass., Sez. II, 18 gennaio 2011, Sermone, in *Mass. Uff.*, n. 249161; Id., Sez. I, 23 maggio 2012, P.G. in proc. Andali, *ivi*, n. 253729.

10. Cass., Sez. I, 23 maggio 2012, P.G. in proc. Andali, *cit.*

11. Cass., Sez. VI, 08 luglio 2003, Pacor, in *Mass. Uff.*, n. 226534; Id., Sez. VI, 16 ottobre 2008, Monetti, *ivi*, n. 242905.

Del resto, tale modalità di calcolo non concerne l'esecuzione concreta della pena detentiva temporanea posto che l'isolamento diurno costituisce la sanzione per i delitti concorrenti e che esso afferisce alla genesi del rapporto esecutivo.

Spetta adesso al giudice del rinvio il delicato compito di operare, alla luce delle indicazioni fornite dall'organo nomofilattico, il calcolo per i reati satellite, allo scopo di individuare la pena finale per il rito abbreviato.

4. A questo punto si impongono alcune considerazioni conclusive sulle ricadute che la statuizione in parola può avere sulla teoria del giudicato.

In particolare, siccome l'impugnazione ha riguardato soltanto il capo della sentenza relativo al trattamento sanzionatorio per i reati concorrenti, il giudicato si è formato per la differenza, ossia sul capo riguardante la condanna alla pena dell'ergastolo. Viene qui in rilievo la c.d. teoria della formazione progressiva del giudicato che è stata elaborata dalla Corte di cassazione¹² e sulla quale si è pure espressa la dottrina¹³. Anche se tale teoria si è sviluppata soprattutto in ambito cautelare, non è da escludere che la stessa possa interessare la materia dell'esecuzione penale.

Del resto, già a partire dalla riforma del codice di rito, furono introdotti dal legislatore importanti breccie nel giudicato penale allorquando, per esempio, autorizzò espressamente il giudice dell'esecuzione a modificare il trattamento sanzionatorio del condannato successivamente alla formazione della *res iudicata*.

In generale, questi cambiamenti sia sul piano legislativo che su quello giurisprudenziale si caratterizzano per essere indirizzati già nella fase della cognizione, come in quella dell'esecuzione, a intaccare il giudicato per conseguire l'obbiettivo — si potrebbe dire — di “ottimizzare” la pena. perché a ben vedere questo è il senso della crisi attraversata dall'istituto del giudicato: l'esigenza di calibrare con esattezza il trattamento sanzionatorio spinge continuamente a rivalutare lo stesso con la conseguenza che, ad esempio, il giudice della cognizione (come nell'ipotesi qui in considerazione) ridetermini la pena pur essendo di fronte a un ergastolo *in executivis*,

12. Cass., Sez. IV, 11 marzo 2013, F.M., in www.leggiditalia.it. Con questa sentenza il Supremo Collegio ha fatto il punto della situazione sulla giurisprudenza di legittimità relativa alla teoria della formazione progressiva del giudicato. Ad essa si rinvia per una completa sintesi del tema e per tutti i riferimenti giurisprudenziali.

13. Si ritiene qui di poter condividere e quindi citare l'orientamento dottrinale che argomentando ex art. 624 c.p.p. si esprime in senso favorevole all'applicabilità dell'art. 129, co. 1 c.p.: BARGI, *Il ricorso per cassazione*, in *La impugnazione penali*, a cura di Gaito, II, Torino, 1998, p. 647; CIANI, *Sub art. 624*, in *Comm. c.p.p. Chiavario*, VI, Torino, 1991, p. 305; CORDERO, *Procedura Penale*, IV ed., Milano, 1998, p. 1048; SPANGHER, *Impugnazioni*, in *Profili del nuovo codice di procedura penale*, a cura di Conso, Grevi, IV, Padova, 1996, p. 721; ID., *Bis in idem delle Sezioni Unite sui limiti di applicabilità dell'art. 152 c.p.p. 1930 nel giudizio di rinvio con annullamento parziale*, in *Cass. pen.*, 1993, 2505.

oppure che il giudice dell'esecuzione modifichi la pena irrogata dal giudice della cognizione.

Anche la giurisprudenza europea e, in particolare, quella della Corte di Strasburgo sempre molto attenta alla sostanza e all'effettività dei diritti, ha offerto un suo rilevante contributo sull'argomento, basti pensare che, con le sue ripetute condanne nei confronti dell'Italia per violazione dell'art. 46, CEDU, ha indotto la Consulta¹⁴, stante l'inerzia del legislatore, a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p. nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza in modo tale da consentire l'adeguamento del nostro ordinamento a quello convenzionale. Si tratta di un'operazione degna di rilievo perché tra le sue molteplici conseguenze si sottolinea quella che qui rileva, ossia il fatto che oltre a un moto interno diretto a riconsiderare la essenza del giudicato penale ne esiste anche uno esterno che si muove in quella stessa direzione: entrambi rispondono all'esigenza di offrire la migliore tutela possibile ai diritti e alle libertà fondamentali, *in primis* la libertà personale, che vengono in considerazione nel processo penale.

14. Si tratta della nota sentenza della Corte cost., n. 113 del 2011, con ampi riferimenti dottrinali. Qui, per tutti, si rinvia a RANIERI, *Sub art. 630*, in *Comm. c.p.p. ipert. Gaito*, Torino, 2012, pp. 3817 ss.

Omicidio colposo

Prevedibilità–evitabilità dell’evento o prevedibilità–evitabilità del rischio nei delitti colposi di danno?

Adelmo Manna

La decisione

Omicidio colposo — Evento — Prevedibilità — Evitabilità — Rischio — Causalità della colpa (C.p., artt. 40, 43, 589, 590; l. 24 febbraio 1992 n. 225, artt. 3, 9)

Rispondono dei reati di omicidio colposo e di lesioni colpose plurimi i componenti della Commissione Grandi Rischi istituita presso la Protezione Civile, i quali nel corso di una riunione operativa, effettuando una valutazione approssimativa, generica ed inefficace in violazione di doveri di previsione e prevenzione e fornendo informazioni incomplete, imprecise e contraddittorie sulla natura, sulle cause, sulla pericolosità e sui futuri sviluppi di attività sismica, abbiano indotto parte della popolazione civile a dismettere le cautele fino a quel momento adottate e capaci di sottrarre le vittime agli effetti distruttivi di una scossa di terremoto successivamente intervenuta. La vulnerabilità degli edifici crollati e l'intensità della scossa verificatasi non escludono il nesso di causalità fra le condotte degli imputati e la morte o le lesioni delle vittime, se l'una e l'altra non costituiscono fattori eccezionali o atipici né imprevedibili. La condotta degli imputati si espone a un rimprovero colposo, poiché il corretto adempimento dei compiti loro assegnati avrebbe ridotto il rischio delle vittime di subire gli effetti distruttivi del terremoto e perché, quali autorevoli scienziati nel campo delle dinamiche sismiche, gli stessi avrebbero potuto fornire informazioni atte ad orientare diversamente la popolazione sul rischio incombente.

TRIBUNALE DI L'AQUILA, 22 ottobre 2012 — BILLI, GIUDICE UNICO — PICUTI, D'AVOLIO, P.M. (parz. conf.) — Barberi e altri, imputati.

Il testo della sentenza in commento è consultabile integralmente sul sito [web archiviopenale.it](http://web.archiviopenale.it).

Il commento

1. Con la sentenza annotata¹, il Tribunale di L'Aquila condannava alcuni componenti della Commissione Nazionale per la Previsione e Prevenzione dei Grandi Rischi, per omicidio colposo di cui all'art. 589 c.p., co. 1 e 4, e per lesioni colpose di cui all'art. 590 c.p. a sei anni di reclusione, nonché all'interdizione perpetua dai pubblici uffici.

La sentenza, è bene esplicitare subito la nostra visione politico criminale², sembrerebbe incorrere in un equivoco (o in una vera e propria contraddizione) che inficia le argomentazioni giuridiche che seguiranno. Infatti, il giudice giunge ad affermare che il terremoto del 6 aprile 2009 non poteva classificarsi come un evento sismico eccezionale, anomalo, atipico (p. 42).

Il Tribunale utilizza il termine *evento* che al penalista fa sorgere immediatamente un quesito: si tratterà dell'evento in astratto (un generico terremoto) o l'evento in concreto (*hic et nunc*)?³ La questione è quantomai cruciale dal momento che, come ripetuto nelle stesse motivazioni, l'evento terremoto, come quasi unanimemente si ritiene nella letteratura scientifica, è imprevedibile (aggiungiamo noi in concreto); lo può invece essere — questa è l'argomentazione che il giudice è costretto ad utilizzare — in astratto, tenuto conto dello sciame sismico, dei precedenti (seppur datati nel tempo), della tipologia di abitazioni, ecc. (cfr. *infra*).

Ma se, come risulta dagli atti, l'evento preso in considerazione è l'evento in astratto, in realtà, come viene esplicitato — utilizzando una terminologia *à la page* anche nella letteratura penalistica — esso coincide con il rischio e non con la verifica di un danno⁴. Il rischio è categoria “magmatica”, indeterminata, apparentemente oggettiva, ma intrisa di giudizi valoriali e soggettivi⁵.

1. Per un commento a prima lettura v. BARBRIERI, *La sentenza sul terremoto dell'Aquila: una guida alla lettura*, in www.penalecontemporaneo.it; NOTARO, “A ciascuno il suo”: nesso di causalità (e colpa) in materia penale fra scienza, ragione ed emozione, in *Corr. mer.*, 2013, 531; nonché, più in generale, VALBONESI, *Scienza, «grandi rischi» e responsabilità penale*, in *Ind. pen.*, 2013, 525 ss.

2. Sull'utilità scientifica di esplicitare i propri convincimenti politico criminali, v. FIANDACA, *Sul ruolo delle emozioni e dei sentimenti nella genesi e nell'applicazione delle leggi penali*, in *Diritto penale e neuroetica*, a cura di Di Giovine, Padova, 2013, pp. 205 ss.

3. Sull'evento nella colpa in concreto PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Milano, 2004, pp. 140 ss.; in astratto RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Dolcini, Paliero, II, Milano, 2006, p. 1743; anche se in senso parzialmente diverso PULITANÒ, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 647 ss.; PLANTAMURA, *Diritto penale e tutela dell'ambiente*, Bari, 2007, pp. 123 ss.

4. Sul concetto di rischio e la sua differenziazione rispetto al pericolo, v. da ultimo PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010, p. 371.

5. Sulla possibile natura soggettiva dello stesso giudizio di pericolo, v. ANGIONI, *Note sull'imputa-*

Il danno (e l’evento in concreto) è (*rectius*, può essere) imprevedibile, ma il rischio è sempre prevedibile⁶. Banalmente, la circolazione stradale è attività consentita ma rischiosa (art. 2054 c.c.), il che significa che ogniqualvolta il soggetto si pone alla guida, già prevede il rischio che qualcosa possa verificarsi, magari non quel giorno, magari fra un mese, ma prima o poi quel rischio potrà concretizzarsi in un evento. Ecco perché il rischio, se consentito, non provoca alcuna responsabilità.

Tornando alla sentenza, bisognerà capire quale rischio (ammesso che sia corretto utilizzare questo concetto⁷) debba ritenersi prevedibile.

La sentenza risulta sul punto fuorviata dall’interpretazione dell’art. 3 della l. 24 febbraio 1992, n. 225, il quale definisce la *previsione* come l’attività diretta « *allo studio ed alla determinazione delle cause dei fenomeni calamitosi, alla identificazione dei rischi ed alla individuazione delle zone del territorio soggette ai rischi stessi* », e la *prevenzione* come l’attività volta « *ad evitare o ridurre al minimo la possibilità che si verificano danni conseguenti agli eventi di cui all’articolo 2 anche sulla base delle conoscenze acquisite per effetto delle attività di previsione* ». L’importanza del rischio nell’interpretazione dell’art. 3 conduce il giudice ad affermare, contestando l’impostazione della difesa, la condotta colposa degli imputati in base a criteri strettamente normativi⁸, non trattandosi di giudicare della incapacità di prevedere in modo deterministico un accadimento futuro e non prevedibile come il sisma, ma di valutare se gli imputati avessero effettuato una valutazione del rischio sismico in conformità alle regole di analisi, previsione e prevenzione disciplinate dalla legge. Non sarà il processo alla scienza, ma la scienza è sotto processo se il giudice può sindacare o riformulare il giudizio tecnico dei componenti la Commissione Grandi Rischi.

2. Il Tribunale aggiunge altresì che la finalità cautelare della Commissione sarebbe confermata dall’art. 9 legge n. 225 del 1992, che definisce la Commissione: « *organo consultivo e propositivo del Servizio Nazionale di Protezione*

zione dell’evento colposo con particolare riferimento all’attività medica, in *Studi in onore di Marinucci*, cit., pp. 1279 ss.

6. RISCATO, *Il terremoto dell’Aquila davanti al giudice: un processo alla scienza o all’incoscienza?*, in *Quest. giust.*, 2013, 102 ss.; DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, 2003, *passim*; ERONIA, *Tutta colpa... del cane?*, in *Cass. pen.*, 2010, 598 ss.; RUSSO, *Sul principio di affidamento in materia di circolazione stradale*, in *Cass. pen.*, 2010, 3201 ss.

7. Su cui esprime le dovute riserve PAGLIARO, *Bozza di osservazioni sulla sentenza “Grandi Rischi”*, in *Cass. pen.*, 2013, 1818 ss.

8. Un giudizio di colpa, però, così oggettivizzato da sconfinare nella responsabilità oggettiva. Per una riscoperta della colpa colpevole, invece, v. DONINI, *L’elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 125 ss.; CANEPA, *L’imputazione soggettiva della colpa*, Torino, 2012, *passim*; GROTTI, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, 2012, pp. 135, 347 ss.

Civile su tutte le attività di protezione civile volte alla previsione e prevenzione delle varie ipotesi di rischio » (p. 100).

L'addebito di colpa che il giudice ritiene di ravvisare nella condotta degli imputati consiste, sotto il primo profilo, nella mancata presa in considerazione dei fattori che servono a valutare il rischio. Nel far ciò utilizza una formula matematica (p. 313 ss.) secondo cui $R=P*V*E$, dove (P) rappresenta la probabilità che un terremoto di una certa intensità si verifichi in un determinato territorio (area geografica) ed in un determinato intervallo temporale; (E) indica il valore d'insieme di vite umane e di beni materiali (patrimonio storico, abitativo, lavorativo, socio-culturale ed ambientale) che, appunto in quanto esposto, può essere perduto o danneggiato in caso di verificazione di un forte terremoto; (V) la "predisposizione della società ad affrontare l'evento". Posto che sul primo fattore l'intervento dell'uomo non può influire, per ridurre il rischio occorre diminuire il secondo e il terzo.

A prescindere da una considerazione in fatto⁹, dal punto di vista giuridico sorgono alcuni interrogativi. In quale ambito scientifico è stata elaborata tale formula? Sulla scorta di quale metodologia? Sulla base di quali valutazioni di carattere tecnico? Quale grado di oggettività possiede? Quale verifica empirica ha subito? È frutto di reiterazione nel tempo di giudizi di prevedibilità ed evitabilità? Domande alle quali non è possibile dare una risposta e che evidenziano come, in realtà, questa "sbandierata" nozione oggettiva di rischio, celata dietro l'impiego di formule matematiche, porti con sé una buone dose di soggettivismo¹⁰ e di creatività giurisprudenziale¹¹. La formula viene riempita di dati sulla sismicità del territorio, sullo sciame sismico, sulla vulnerabilità di alcuni edifici, ma si tratta di fattori di rischio per nulla ancorati a parametri oggettivi di valutazione. Anzi, non si tiene conto del fatto che se il dato relativo alle scosse era caratterizzato da un aumento delle accelerazioni, al contrario lo spostamento spettrale (in grado di causare danni alle strutture) era molto contenuto. Il Tribunale dunque conferisce al dato delle accelerazioni, capace di provocare danni a strutture molto fragili, un valore maggiore al dato dello spostamento spettrale (che viene escluso dalle valutazioni), in base a dati non scientifici ma a proprie valutazioni. Quest'ultime ben esplicitate laddove si afferma che « *ragioni di prudenza, e forse anche di buon senso, avrebbero dovuto indurre gli imputati a meglio valutare il rischio in funzione della pericolosità e del livello potenziale di danno in caso*

9. Vale a dire se la riunione della Commissione è la sede istituzionalmente preposta alla valutazione di quel tipo di rischio che la Procura e il Tribunale pretendono debba essere valutato.

10. Il che ricorda le critiche di Federico Stella alla presunta tecnicità ed a-valutatività (o a-politicità) della scienza, v. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2002, pp. 332 ss.

11. Per una critica al diritto penale giurisprudenziale ed al suo ruolo creativo, v. MUSCO, *L'illusione penalistica*, Milano, 2004.

di ulteriore crescita della magnitudo, anche rispetto a quella grande percentuale di edifici che, seppur non ancora lesionati, presentavano, come gli imputati ben sapevano, carenze in tema di adeguatezza sismica » (p. 349).

3. Per la verità, cambiano le fattispecie concrete, ma in punto di diritto questioni come quella giudicata dal Tribunale dell’Aquila sono frutto di “terremoti dogmatici” causati dall’ingresso del principio di precauzione¹² (in un’accezione *hard*) nell’ambito del diritto penale. Il precipitato più significativo dell’ingresso di tale principio in materia penale consiste nel mutare l’ottica dell’imputazione, oggettiva e soggettiva, trascinandola dal fatto al rischio, di modo che le regole cautelari, in contesti di incertezza scientifica, diventano oltremodo elastiche, tali cioè da rendere prevedibile (ma *ex post*, cioè col “senno del poi”) ciò che, al contrario, non risulta prevedibile *ex ante*¹³. Nella sentenza che si annota, il principio di precauzione porta a ri–descrivere una regola cautelare *ex post* ed a farla retroagire *ex ante*, dal momento che agli imputati non viene contestata la mancata previsione di un evento disastroso (che era, invece, imprevedibile), ma viene contestata il mancato “allarme” e l’aver invece tranquillizzato la popolazione, in un contesto di rischio ma al tempo stesso di incertezza sulle conseguenze di questo rischio. Ecco inserirsi il contenuto *hard* della precauzione, cioè in contesti di incertezza scientifica è precauzionale astenersi dall’intraprendere una data condotta o, per concretizzarla al caso di specie, impedire che altri tengano una data condotta (rimanere nelle proprie abitazioni) in una situazione di rischio ubiquitario. Questa visione della precauzione che oscilla fra “scienza e oscurantismo”¹⁴, sembra, in realtà, molto più sbilanciata verso l’oscurantismo, perché imporrebbe, nei casi di rischi da ignoto tecnologico, di astenersi sempre da ogni condotta¹⁵. Si tratta di una lettura inaccettabile, almeno per il penalista, il quale infatti nega che il principio di precauzione possa essere utile in chiave *de jure condito* in materia penale, cioè mutarne i presupposti di imputazione oggettiva e soggettiva¹⁶, potendo, al massimo

12. Sul principio di precauzione, per limitarci alla letteratura penalistica, v. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici*, Milano, 2004; CORN, *Il principio di precauzione nel diritto penale*, Torino, 2013; CONSORTE, *Tutela penale e principio di precauzione*, Torino, 2013; CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009; Id., *Principio di precauzione e diritto penale*, Roma, 2013; MASULLO, *Colpa e precauzione nel segno della complessità*, Napoli, 2012.

13. Al contrario, come noto in letteratura la colpa è un giudizio *ex ante*, v. MARINUCCI, *Colpa per inosservanza di leggi*, in Id., *La colpa*, Milano, 2013, p. 151.

14. GIUNTA, *Prudenza nella scienza vs prudenza della scienza? In margine alla disciplina dei trapianti e degli xenotrapianti*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 162; DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale*, Milano, 2004, pp. 104 ss.

15. STORTONI, *Angoscia tecnologica ed esorcismo penale*, in *Il rischio da ignoto tecnologico*, Milano, 2002, pp. 85 ss.

16. Pena la violazione del principio di offensività, DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica*

ed a certe condizioni, essere utilizzato in chiave *de jure condendo*, come base per legittimare alcuni reati di pericolo astratto¹⁷.

Una lettura così “forte” del principio di precauzione non è più sostenuta, anche in ambito europeo dove è nata¹⁸, dal momento che si è attestata una lettura in chiave *soft* del suddetto principio, capace quindi di armonizzare la precauzione e l’offensività¹⁹, e dunque di rendere operante il principio solo laddove si versi in una situazione di incertezza scientifica, ma la base del giudizio di rischio sia suffragata da dati ragionevoli, accreditati in letteratura. Il che non accade nella sentenza in esame, dal momento che la regola cautelare viene ricavata dando per valida una tesi minoritaria e non accreditata in letteratura circa la prevedibilità degli eventi sismici²⁰.

L’argomento del giudice nel ricostruire la regola cautelare come riduzione del rischio, viene giustificata dal parallelo con la vicenda della tragica alluvione di Sarno (p. 305)²¹. In tale vicenda, la Cassazione evidenziava come i sindaci di Comuni limitrofi, pur non avendo le competenze scientifiche e tecniche dell’imputato, avevano con i pochi mezzi a disposizione (auto e megafoni) allertato i cittadini ad abbandonare i paesi, al contrario del sindaco di Sarno che invece tranquillizzò la popolazione. A seguito di ciò, nei paesi limitrofi trovarono la morte solo coloro che vollero restare nelle proprie abitazioni, al contrario degli abitanti di Sarno. Il parallelo con tale vicenda serve a corroborare la creazione di una regola cautelare elastica (ma, indeterminata)²², ma in realtà questo parallelo è un ulteriore punto debole della sentenza che si annota.

È acquisizione ormai pacifica in dottrina²³ che la regola cautelare debba avere carattere determinato ed avere contenuto modale²⁴, cioè specificare

italiana ai programmi europei, in www.penalecontemporaneo.it; SALCUNI, *L’euuropeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Milano, 2011, pp. 235 ss., 300 ss.

17. FORTI, “Accesso” alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione, in *Criminalia*, 2006, 155 ss.

18. *La sicurezza agroalimentare nella prospettiva europea. Precauzione, prevenzione e repressione*, a cura di Foffani, Doval Pais, Castronuovo, Milano, 2013, *passim*.

19. SALCUNI, *L’euuropeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, cit., p. 436.

20. Il giudice deve essere fruitore di regole cautelari e non creatore delle stesse, v. CANEPA, *L’imputazione soggettiva della colpa*, cit., p. 63; GROTTI, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, cit., p. 417.

21. Vicenda giudicata in Cass., Sez. IV, 11 marzo 2010, P.G. in proc. B.G. e altro, in olympus.uniurb.it.

22. TORRE, *La “privatizzazione” delle fonti di diritto penale*, Bologna, 2013, p. 338.

23. FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, VI ed., Bologna, 2011, pp. 546 ss.; DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, cit., pp. 422 ss.

24. VENEZIANI, *Regole cautelari “proprie” ed “improprie”*, Padova, 2003, p. 19; MEZZETTI, *Colpa per assunzione*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, a cura di Vinciguerra, Dassano, Napoli, 2010, pp. 513 ss.; FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, p. 291; GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, pp. 234 ss.; DONINI, *L’elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, cit., 155.

(cosa che la sentenza che si annota omette) quale sia il comportamento doveroso che il reo dovrebbe tenere²⁵. Di questo dato pacifico tiene conto la Cassazione nella vicenda richiamata dell’alluvione di Sarno. Inoltre, paragonare il rischio alluvionale con quello sismico è illogico ed errato. La regola cautelare che, è bene ripeterlo, deve avere contenuto modale, presuppone la possibilità di uno studio, di una preparazione, di una valutazione che è resa possibile, ad esempio, nel disastro alluvionale, dal momento che è possibile, anche per i non addetti ai lavori, prendere contezza della situazione di rischio, del mutare delle condizioni meteorologiche e geologiche circostanti e valutare se il rischio stia per trasmodare in danno. Insomma, il disastro alluvionale concede del tempo per riflettere e prevedere l’evento, ma soprattutto escogitare soluzioni per evitare che l’evento (alluvione) si traduca in danno (morte dei cittadini).

Purtroppo, il disastro sismico si manifesta diversamente, non dà tempo di reazione e soprattutto non è prevedibile quando e se ci sarà un evento disastroso²⁶. Di modo che, la “mappatura” e lo studio della situazione e dell’evoluzione del rischio è rimessa solo agli esperti, i quali hanno condotto e rispettato le regole cautelari tipizzate cioè hanno valutato, nel tempo disponibile, il rischio e, in forza della letteratura scientifica più accreditata, hanno ritenuto che non si potesse realizzare il disastro²⁷. L’immediatezza del disastro, in altri termini, erode sino ad annullarli gli spazi di prevedibilità e quindi il contenuto della regola cautelare doverosa.

4. La prevedibilità e l’evitabilità dell’evento poi devono essere condotti alla luce di un agente modello o *homo eiusdem conditionis et professionis* (pp. 884 ss.), che però risulta essere molto spesso un biancosegno nelle mani del giudice che rende a piacimento prevedibile ed evitabile un evento²⁸. Per valutare la condotta degli imputati sotto il profilo del grado di esigibilità della condotta doverosa il giudice si richiama alla teoria dell’agente modello così come ripresa dalla Cassazione²⁹. Il giudice individua dunque l’agente modello come colui che « *nel suo comportamento concreto, deve garantire un*

25. DONINI, *La causalità omissiva e l’imputazione « per 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, 50 ss.

26. Sul ruolo del fattore tempo sulle categorie penalistiche, v. DE SANCTIS, *Gli effetti del tempo nel reato*, Milano, 2006, pp. 41 ss.

27. Il comportamento degli esperti sarebbe, volendo riprendere una particolare impostazione dottrinale, da considerare come una azione socialmente adeguata, v. FIORE, *L’azione socialmente adeguata nel diritto penale*, Padova, 1966.

28. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, cit., pp. 436 ss., il quale sostituisce all’agente modello il rinvio agli usi sociali ed alla prassi; diversamente MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche : costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 29 ss.

29. Cass., Sez. IV, 11 marzo 2010, Catalano, in *Foro it.*, 2011, 9, 2, 482.

livello di diligenza che non deve essere limitato all'esame dei soli elementi percepiti ("che appaiono certi alla sua percezione"), ma deve essere esteso alla considerazione (nei limiti della prevedibilità) anche di situazioni percepibili». Applicando questi criteri, occorre dunque verificare se nel caso di specie l'agente modello vada ricercato nella cerchia ristretta degli specialisti o se invece non coincida proprio con il tipo di agente incarnato dagli imputati stessi. La scelta va in quest'ultima direzione, con un accertamento « individualizzato » della colpa che abbia come parametro uno *standard* di perizia elevatissimo richiedendo agli stessi « una condotta di previsione degli sviluppi causali parametrata in base alle loro (non comuni) capacità, alle loro (non comuni) competenze e alle loro (non comuni) conoscenze » (p. 885).

Nel caso di specie il dibattito sul come riempire il contenitore dell'agente modello risulta stemperato, infatti, sia che lo si voglia identificare con la migliore scienza ed esperienza possibili³⁰, sia che si voglia tenere in conto delle conoscenze causali e non delle capacità³¹, sia che si voglia prendere in esame oltre alle conoscenze anche le capacità³², il risultato cambia poco, dal momento che gli imputati rappresentano il massimo *standard* di competenze e conoscenze del settore. Qui si annida però un "tranello verbale" o un pregiudizio ermeneutico, vale a dire il giudice ha ritenuto che le altissime competenze degli imputati possano giungere a prevedere³³ qualsiasi cosa, anche eventi imprevedibili³⁴. Correttamente il giudice richiama l'agente

30. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2013, pp. 346 ss.; MANTOVANI, *Colpa e preterintenzione*, in *Introduzione al sistema penale*, II, Torino, 2001, pp. 208 ss.

31. FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., pp. 567; CANESTRARI, *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, in *Scritti in onore di Franco Coppi*, I, Torino, 2011, pp. 73 ss.; ma già ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, Milano, 1995, pp. 427 ss.

32. MANNA, *Corso di diritto penale*, II, Padova, 2012, pp. 218 ss.

33. La sentenza a volte parla di previsione, a volte di prevedibilità come se fossero sinonimi, ma non lo sono affatto, v. PAGLIARO, *Bozza di osservazioni sulla sentenza "Grandi Rischi"*, cit., 1819 ss.

34. Rischio insito nella figura dell'agente modello, v. GIUNTA, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 86, Id., *I tormentati rapporti fra colpa e regola cautelare*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 1295; ATTILI, *L'agente-modello "nell'era della complessità": tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1240; CASTRONUOVO, *L'evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1594 ss. In particolare la tendenza è quella di ricostruire la tipicità colposa secondo una prospettiva di giudizio *ex post*: ovvero i giudizi di prevedibilità ed evitabilità, che individuano la regola cautelare, anziché calibrarsi sul rischio situazionale esistente al momento della condotta, vengono rielaborati secondo una logica retrospettiva che include nella base del giudizio l'evento stesso. Inoltre, sempre più spesso il giudice utilizza come base nomologica, che sostiene e fonda i giudizi di prevedibilità ed evitabilità dell'evento, le conoscenze scientifiche disponibili al momento del giudizio, facendo sostanzialmente retroagire la regola cautelare. La regola cautelare, invece, integrando il contenuto precettivo della fattispecie colposa e, quindi, concorrendo a definire la tipicità colposa, scandendo le modalità di realizzazioni del fatto tipico, è, comunque, sottoposta al principio di legalità. In questo senso la regola cautelare, per il fondamentale ruolo tipizzante, funge da regola di condotta che deve essere necessariamente disponibile già al momento in cui si realizza la condotta tipica, altrimenti non avrebbe alcuna possibilità di orientare il comportamento del cittadino.

modello, ma dimentica un limite immanente alla teoria dell’agente modello, vale a dire *ad impossibilia nemo tenetur*³⁵. Gli scienziati, definiti come agenti modello ideali, scontino le conseguenze della coincidenza tra ideale e reale, essi devono avere come punto di riferimento non il percepito, ma il percepibile³⁶. Si crea così uno *standard* di diligenza sbilanciato per eccesso, dovendo attenersi a livelli di diligenza eccezionali che renderebbero impossibile alcun margine di errore, anche quando la valutazione dei dati non possa essere giudicata alla stregua del metro vero–falso, ma plausibile–implausibile.

Individuata la regola cautelare violata, per affermare il giudizio di colpa è necessario verificare se l’evento risulta la concretizzazione del rischio attivato dalla condotta. In altri termini, bisogna verificare se l’evento rientra nello spettro cautelare delle norme violate. Il giudice ritiene sussistente questo nesso di rischio³⁷, « *l’esame delle disposizioni normative*³⁸ *rende evidente che le attività di protezione civile sono finalizzate alla tutela dell’integrità della vita, dei beni e degli insediamenti dai danni (o dal pericolo di danni) derivanti da grandi eventi che determinino situazioni di grave rischio (p. 712)* ». Tale ricostruzione è nuovamente inficiata dall’idea secondo cui i terremoti, e più in generale gli eventi sismici, sono prevedibili, il che porta a leggere le norme istitutive della Commissione Grandi rischi come funzionali a salvaguardare vita e integrità fisica.

In realtà, quelle norme posseggono una finalità diversa di tipo istituzionale, perseguendo il duplice obiettivo: 1) di permettere, in situazioni normali, la realizzazione di una mappatura del rischio sismico, nella prospettiva di un adeguamento delle costruzioni alla normativa antisismica; 2) di consentire, nei casi di urgenza, una valutazione circa anche il possibile sgombero da cui non è in alcun modo possibile escludere margini di discrezionalità e di incertezza.

Qui si inserisce un dato che la sentenza non ha smentito, né poteva smentire, vale a dire la difficoltà di stabilire se l’analisi del rischio operata dalla Commissione non fosse *ex ante* corretta, cioè non fosse una delle possibili interpretazioni del rischio sismico.

5. Per il giudice la prevedibilità e l’evitabilità propria del delitto colposo, definito all’art. 43, co. 3 c.p., avrebbe come oggetto non l’evento naturalistico,

35. PAGLIARO, *Bozza di osservazioni sulla sentenza “Grandi Rischi”*, cit., 1819.

36. RISCATO, *Il terremoto dell’Aquila davanti al giudice: un processo alla scienza o all’incoscienza?*, cit., 113.

37. Su tale categoria, v. DONINI, *Imputazione oggettiva dell’evento. « Nesso di rischio » e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006, pp. 41 ss., 76 ss., 11 ss.

38. Ci si riferisce agli artt. 2, 3, 9 legge n. 225 del 1992, agli artt. 5 e 7–bis L. 9 novembre 2001, n. 401, dell’art. 4 L. 26 gennaio 2006, n. 21, dell’art. 3 Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri n. 23582 del 3 aprile 2006; alla L. 7 giugno 2000, n. 150 in materia di disciplina delle attività di informazione e comunicazione delle pubbliche amministrazioni.

ma quello in senso giuridico (p. 298), di modo che oggetto di prevedibilità ed evitabilità non deve essere il danno, bensì la messa in pericolo del bene protetto, vale a dire la scorretta analisi del rischio, da cui è successivamente derivata la morte delle vittime (p. 299).

Questo costituisce, molto probabilmente, il punto di maggior debolezza della sentenza per una serie di ragioni. È ormai pacifico per la maggior parte della dottrina che la nozione di evento in senso giuridico, pur se autorevolmente accolta³⁹, deve essere respinta in quanto tale tesi violerebbe l'art. 5 c.p., oltre che renderebbe indeterminata e irrispettosa della riserva di legge la norma penale, dato che al giudizio di tipicità formale (operato dal legislatore), si aggiungerebbe quello di tipicità sostanziale (ad opera del giudice)⁴⁰. L'evento in senso giuridico però nasce in chiave garantista, cioè per escludere dal penalmente rilevante fatti conformi al tipo, ma inoffensivi⁴¹; al contrario, il giudice utilizza questa dottrina *contra reum*, ritenendo che oggetto di prevedibilità sia il rischio e non il danno. Tale conclusione appare tuttavia inaccettabile per due ordini di motivi. Il primo è che tale tesi si scontra col dato letterale dell'art. 43, co. 3 c.p., il quale, a differenza del co. 1, non qualifica l'evento come dannoso o pericoloso, il che farebbe intendere che la nozione di evento di cui alla definizione di colpa sia comunque diversa da quella di cui al co. 1, di modo che l'evento è da intendersi solo in senso naturalistico nel delitto colposo.

In secondo luogo, l'evento in senso giuridico conservava una sua autonomia nei reati privi di evento in senso naturalistico, in modo da rendere conformi al principio di offensività i reati di mera condotta⁴². Nei reati ad evento naturalistico, invece, questo coincideva con l'evento in senso giuridico, dal momento che la lesione o la messa in pericolo del bene protetto erano già considerate dal legislatore nella fattispecie legale⁴³.

Il risultato interpretativo ottenuto dal giudice di prime cure provoca, infine, la trasformazione di un reato di evento di danno, in un reato di pericolo, in cui il danno (l'evento in senso naturalistico) risulta costituire una sorta di "condizione obiettiva di punibilità"⁴⁴.

6. Il giudice di prima istanza nell'analizzare il nesso causale (p. 299 ss.) tra

39. GALLO, *L'elemento oggettivo del reato*, Torino, 1966, p. 52; SANTAMARIA, voce *Evento*, in *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 118; MAZZACUVA, voce *Evento*, in *Dig. Pen.*, IV, Torino, 1990, pp. 445 ss.; PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, VIII, Milano, 2003, p. 131.

40. FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 275.

41. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Milano, 1965, p. 292; *contra* F. STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 16 ss.

42. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, 1; BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, XIX, Torino, 1973, pp. 15 ss.

43. MARINI, *Lineamenti di diritto penale*, Torino, 1993, p. 111.

44. Su questa tematica DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, p. 159.

la condotta colposa e gli eventi, va alla ricerca di una legge di copertura, replicando alle difese secondo le quali non sarebbe possibile individuare nel campo della “causalità psicologica” una legge di copertura dotata di valore scientifico che consenta di accertare un nesso causale, al di là di ogni ragionevole dubbio⁴⁵, tra la condotta degli imputati e la decisione delle vittime di rimanere in casa. Le decisioni personali sarebbero, infatti, governate da una pluralità di motivazioni che sfuggono alla riconducibilità di uno schema logico di analisi.

Il Tribunale ritiene invece sussistente una legge di copertura che spieghi il rapporto fra l’informazione e le scelte delle singole vittime e che si fonda sull’autorevolezza della Commissione e sul fatto che le vittime possedessero capacità di percepire l’informazione e l’autorevolezza della stessa. Si tratterebbe di una causalità psichica da indagare secondo leggi socio culturali che tengono conto della prevedibilità dei comportamenti altrui entro date griglie di comportamento⁴⁶. La percentuale frequentista di questa legge di copertura è alquanto bassa, ma ciò non esclude la sua validità richiamando la sentenza Franzese che, appunto, legittima anche leggi statistiche a percentuali medio basse nell’individuazione della causalità in generale o in astratto. Anzi, la sentenza Franzese, aprendo anche alle massime di esperienza ed alle generalizzazioni del senso comune⁴⁷, non esclude affatto l’utilizzo di leggi, non propriamente statistiche, ma, come sottolineato dalla dottrina, di tipo antropologico o socio culturale⁴⁸. Il problema è però costituito dal secondo momento della sentenza Franzese, cioè la prova della causalità in concreto o, per dirla diversamente, il passaggio dalla probabilista statistica a quella logica. Il giudice ritiene sussistente il nesso causale, escludendo con “certezza” i decorsi alternativi, in forza delle testimonianze in virtù delle quali i soggetti periti, prima delle assicurazioni, non avevano fatto rientro nelle abitazioni. Inoltre, avendo le vittime tutte un buon livello culturale, erano soggetti che si orientavano in maniera ragionevole per cui, in assenza delle assicurazioni, sarebbero rimasti in strada evitando il pericolo⁴⁹.

Se la causalità materiale è però terreno arato, su cui si è giunti ad alcuni

45. Sulla valenza anche sostanziale del principio, v. PALIERO, *Il ragionevole dubbio diventa criterio*, in *Guida dir.*, 2006, 10, 73; PIERGALLINI, *La regola dell’“oltre ogni ragionevole dubbio” al banco di prova di un ordinamento di civil law*, in *Impugnazioni e regole di giudizio nella legge di riforma del 2006*, a cura di Bargi, Caprioli, Torino, 2007, pp. 361 ss.

46. In dottrina, v. RISICATO, *la causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino, 2007, pp. 23 ss.

47. Punto della sentenza Franzese, condivisibilmente criticato da STELLA, “Verità, scienza e giustizia: le frequenze medio-basse nella successione di eventi”, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1234 ss.

48. RISICATO, *Il terremoto dell’Aquila davanti al giudice: un processo alla scienza o all’incoscienza?*, cit., 110.

49. Si utilizza un modello induttivo per escludere i decorsi alternativi, v. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, Torino, 2010, pp. 232 ss.

punti fermi, quella della causalità psichica è ancora da esplorare e presenta peculiarità tali da far dubitare che sia assimilabile al modello nomologico deduttivo⁵⁰. Non essendoci strumenti per indagare il foro interno⁵¹ non bisogna però rassegnarsi e “consegnarsi” nelle mani dell’intuito del giudice o del suo libero (ma probabilmente arbitrario) convincimento. Allora, un approccio corretto, tenta di procedimentalizzare la decisione del giudicante. Bisogna cioè individuare criteri capaci di selezionare *ex ante* il novero delle possibili condotte condizionanti rilevanti e in grado di ridurre il rischio di indeterminatezza legato alla fase *ex post* dell’accertamento della relazione causale, soprattutto quando la fattispecie incriminatrice non seleziona preventivamente le condotte causali rilevanti. Nelle ipotesi in cui la norma incriminatrice non seleziona preventivamente il novero delle condotte causali rilevanti, oltre ad effettuare una rigorosa “contestualizzazione” del nesso causale alla stregua di criteri probatori capaci di soddisfare l’esigenza della elevata credibilità razionale o probabilità logica, si potrebbero utilizzare massime di comune esperienza ben consolidate e capaci di selezionare *ex ante* le condotte condizionanti da sottoporre all’accertamento causale *ex post*. In effetti, nel contesto dei condizionamenti psichici il ricorso a massime di comune esperienza pare in grado di soddisfare al meglio i principi di legalità e personalità della responsabilità penale in un settore in cui ai fini della imputazione oggettiva dell’evento non è possibile esigere la certezza scientifica nomologico-deduttiva ma una certezza qualitativamente diversa di tipo normo-valutativo⁵². Questa ricostruzione della causalità psichica si distingue perché costituita da due distinte e diverse fasi: la prima generalizzante, *ex ante*, volta a selezionare le condotte condizionanti rilevanti e incentrata su regole di comune esperienza analoghe a quelle usate dal legislatore per la selezione delle condotte tipiche nelle fattispecie ad “evento psichico vincolato”. La seconda fase, *ex post*, volta a fornire la prova della relazione causale in negativo, cioè mediante l’esclusione della riconducibilità dell’evento psichico concreto a decorsi causali alternativi rispetto alla condotta selezionata *ex ante*. In concreto dunque se, per assurdo, dovessimo qualificare *ex ante* la condotta della Commissione come istigatoria, *ex post* dovremmo però fare i conti con il grado di autodeterminazione della vittima⁵³. Questi due concetti sono inversamente proporzionali, nel

50. RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, cit.

51. GAROFOLI, PAPAGNO, *L'accertamento della responsabilità*, in *Le prove penali*, a cura di Gaito I., Torino, 2008, pp. 473 ss.

52. CORNACCHIA, *Il problema della causalità psichica rispetto ai condizionamenti mentali*, in *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, a cura di Canestrari, Fornasari, Bologna, 2001, p. 222; RONCO, *Le interazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico*, in *Ind. pen.*, 2004, 817 ss.

53. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, 2003, p. 330; TORDINI CAGLI,

senso che più aumenta il grado di autodeterminazione della vittima, più, in proporzione, si riduce l’efficacia istigatrice della condotta dell’agente ciò vale, naturalmente, mutatis mutandis, anche nell’ipotesi di reato colposo.

7. Il giudice de L’Aquila conferma l’addebito agli imputati di avere, afferito, colposamente, nella propria qualità di componenti della Commissione Nazionale per la Previsione e Prevenzione dei Grandi Rischi, riunitasi all’Aquila il 30 marzo 2009, sminuito il rischio davanti alla popolazione della città, già allarmata per i molteplici fenomeni sismici che si stavano susseguendo da alcune settimane, inducendo così la popolazione medesima a rimanere nelle proprie case, e cagionando conseguentemente la morte di 37 persone e il ferimento di altre 5 in occasione del successivo devastante terremoto del 6 aprile 2009.

Nell’affermare ciò, oltre ai rilievi già mossi, si deve altresì aggiungere come manchi nella sentenza l’individuazione di una precisa condotta doverosa, in concreto non adottata dagli imputati, che ci si sarebbe potuta attendere da un agente modello rivestito delle medesime funzioni istituzionali degli imputati e dotato delle loro medesime competenze tecniche. Da ciò poi, il giudice avrebbe dovuto verificare che quella condotta doverosa, in concreto omessa, avrebbe avuto efficacia impeditiva degli eventi lesivi.

Il comportamento alternativo lecito o la c.d. causalità della colpa opera, infatti, indipendentemente dalla natura commissiva od omissiva della condotta contestata⁵⁴. Nel caso di addebito commissivo, per evitare che la colpa sfoci in responsabilità oggettiva⁵⁵, si pone il problema di individuare la condotta doverosa che un agente modello al posto dell’imputato avrebbe tenuto nelle medesime circostanze, il giudizio di colpa consistendo, per l’appunto, nel riscontro della divergenza tra la condotta di quell’agente ideale e la condotta posta in essere dall’imputato. L’individuazione della condotta doverosa da parte degli imputati è la più problematica, dato che, come anticipato, per le vittime, l’unica precauzione idonea a evitare gli eventi in concreto verificatisi sarebbe stata quella di non rimanere, specie nelle ore notturne, all’interno di edifici non costruiti con criteri antisismici. Il che però presuppone che sia prevedibile e quindi evitabile l’evento *hic et nunc*, cioè, in altri termini, che gli scienziati avrebbero potuto prevedere l’imminente terremoto di magnitudo elevata e potenzialmente distruttivo per gli edifici.

Se davvero il terremoto fosse prevedibile, o anche soltanto se fosse doveroso prevedere il rischio terremoto, oppure — come precisa il Tribunale —

Principio di autodeterminazione e consenso dell’avente diritto, Bologna, 2008, pp. 77 ss.

54. VIGANÒ, *Il capo di imputazione nel processo sul terremoto dell’Aquila*, in www.penalecontemporaneo.it.

55. FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., pp. 522 ss.

non sminuire il rischio terremoto, gli imputati, qualora avessero allarmato la città, avessero consigliato di non rientrare nelle abitazioni, non sarebbero però andati esenti da responsabilità penali. È un paradosso, ma evidenzia al contempo la scarsa dominabilità del concetto di rischio. Cosa sarebbe successo, per ipotesi, qualora non si fosse verificato l'evento terremoto, ma in forza di un atteggiamento improntato a precauzione, gli imputati avessero esortato a rimanere all'aperto anziché far ritorno nelle abitazioni? Probabilmente sarebbero comunque incorsi nel reato, senza dubbio meno grave, previsto dall'art. 658 c.p., vale a dire il c.d. procurato allarme. Preannunciare, infatti, l'imminenza di un terremoto o il rischio dello stesso, in presenza di dati che non sono univocamente diretti in tal senso, dato che lo spostamento spettrale era in diminuzione, parrebbe chiaramente integrare la tipicità della suddetta contravvenzione.

8. Il giudice condivide inoltre la funzione incriminatrice dell'art. 113 c.p. inglobando nella disciplina della cooperazione anche condotte « *atipiche, agevolatrici, incomplete, di semplice partecipazione* » (p. 893) che accedono ad una condotta colposa.

Richiamandosi ancora alla giurisprudenza di legittimità, il giudice aderisce alla tesi secondo la quale per aversi cooperazione colposa non è necessario che sussista la consapevolezza del carattere colposo della condotta con la quale si coopera solo quando « *il coinvolgimento integrato di più soggetti sia imposto dalla legge, da esigenze organizzative connesse alla gestione del rischio, o almeno sia contingenza oggettivamente definita senza incertezze e pienamente condivisa sul piano della consapevolezza* » (p. 893). Nella ricostruzione del giudice la struttura della cooperazione colposa si compone così di tre elementi: la presenza di più soggetti e la consapevolezza in capo a ciascun soggetto di agire insieme agli altri nella medesima direzione, contribuendo così a cagionare l'evento non voluto; la violazione della regola cautelare; il dovere di agire tenendo conto del ruolo e della condotta altrui.

La riunione della Commissione Grandi Rischi è dunque riconducibile al presupposto previsto dalla Suprema Corte per l'applicabilità della struttura della cooperazione colposa così individuata, e « *ciascuno degli imputati, proprio in ragione della qualità contestata e della consapevole partecipazione alla riunione, risponde a titolo personale di tutti i profili di colpa che qualificano la condotta cooperativa complessivamente considerata* ». La tesi non è tuttavia divisibile. Uno degli aspetti più spinosi che riguardano il tema in oggetto consiste, infatti, nell'individuazione del criterio distintivo fra la cooperazione colposa ed il c.d. concorso di cause colpose indipendenti. Secondo un primo orientamento, nella cooperazione colposa sarebbe necessario un collegamento psicologico tra le condotte dei partecipi, elemento che, vice-

versa, difetterebbe nel concorso di cause colpose indipendenti⁵⁶. Tale tesi, però, rischia di accentuare la funzione incriminatrice dell’art. 113 c.p., anche in settori, come quelli dei reati causali puri dove, invece, la dottrina tende giustamente a riconoscervi solo una funzione di disciplina⁵⁷. Per garantire la funzione di disciplina, prima ancora che incriminatrice, dell’art. 113 c.p., un recente orientamento normativista, invero, richiama l’attenzione, ai fini della distinzione fra la cooperazione colposa ed il concorso di cause indipendenti, su di un ulteriore e pregnante criterio, in base al quale la prima delle suddette ipotesi presuppone la coincidenza della regola cautelare violata dai concorrenti, a differenza del secondo caso, che invece implica una diversità delle regole cautelari trasgredite⁵⁸.

In alcuni casi, secondo questa tesi che si condivide, l’art. 113 c.p. verrebbe ad assumere una funzione limitativa della punibilità, nel momento in cui, muovendo dall’assunto secondo cui anche la cooperazione colposa richiede l’integrazione sia della misura oggettiva che soggettiva della colpa, in assenza della prima, ovvero sia della verifica di un evento che rappresenti la concretizzazione del rischio che la regola cautelare tende a prevenire, nemmeno l’istigatore può rispondere per un contributo che, non accedendo ad una condotta colposa, non può assumere una connotazione tipicamente colposa⁵⁹.

In conclusione, possiamo ritenere che la disposizione di cui all’art. 113 c.p. assuma la funzione di disciplinare le ipotesi di concorso attraverso la realizzazione di condotte atipiche che, per assurgere a rilevanza penale, richiedono la colpa non solo nella sua dimensione soggettiva, bensì anche in quella oggettiva, requisito per la cui integrazione risulta necessario che il contributo del cooperante acceda ad un fatto “tipicamente” colposo⁶⁰. Il che non si verifica nel caso di specie, dal momento che viene a mancare una condotta tipicamente colposa, non potendo certo considerarsi tale la partecipazione alla Commissione.

9. Il carico sanzionatorio riservato agli imputati risulta infine comunque sproporzionato, anche considerando il fatto che il Tribunale ha concesso le attenuanti generiche individuate nei seguenti elementi: « *comportamento processuale estremamente corretto, la difesa nel processo e non dal processo (...) la leale collaborazione nella ricerca della verità processuale, la costante partecipazione*

56. SEVERINO, *La cooperazione nel delitto colposo*, Milano, 1988, p. 90; *contra* FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., pp. 575 ss.

57. CORBETTA, *Sub art. 113*, in *Comm. c.p. Marinucci, Dolcini*, I, Milano, 1999, p. 943.

58. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004, 540 ss.

59. DE FRANCESCO, *Il concorso di persone nel reato*, in *Introduzione al sistema penale*, II, cit., pp. 349 ss.

60. MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., p. 481.

alle udienze, il rispetto manifestato non solo verso l'autorità giudiziaria ma anche nei confronti delle vittime » (p. 906).

All'inizio delle presenti considerazioni si è precisato come bisognerebbe esplicitare le proprie posizioni politico criminali, in modo da renderle pubbliche e falsificabili. Se ciò fosse possibile anche nelle sentenze, oltre che negli scritti accademici, si potrebbero ottenere pronunce meglio controllabili anche sotto il profilo sanzionatorio, oltre che di qualificazione giuridica dei fatti.

La scelta del carico sanzionatorio, espressione di esigenze general-preventive⁶¹, dimostra la concezione *termica* del diritto penale, vale a dire: laddove il processo è ancora “caldo”, cioè influenzato fortemente dalla pubblica opinione⁶², il giudice tende maggiormente alla soluzione più gravosa, lasciandosi persuadere da fini general prevenzionistici⁶³, mentre, laddove il processo penale, soprattutto nei successivi gradi di giudizio, si “raffredda”, sussiste una maggior apertura da parte dell'organo giudicante verso soluzioni meno gravide di effetti stigmatizzanti, orientandosi nella commisurazione su indici finalistici orientati alla special-prevenzione⁶⁴. Tale concezione “termica” del processo è stata però criticata, perché, in realtà, non sarebbe fondata⁶⁵. Riteniamo, al contrario, che quest'ultima opinione non tenga nel dovuto conto proprio la c.d. pre-comprensione di Esser, in base alla quale, com'è noto, il giudice è inevitabilmente condizionato dalla propria “concezione del mondo”⁶⁶, che a sua volta è inevitabilmente influenzata anche dalla pressione derivante dall'ambiente esterno, dalle emozioni e dai sentimenti⁶⁷.

61. PAGLIARO, voce *Prevenzione generale e specifica*, in *Enc. Dir.*, Annali, I, 2007, pp. 895 ss.; *contra* DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1989, pp. 101 ss.; DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in *Scritti in onore di Franco Coppi*, II, Napoli, 2011, pp. 889 ss.

62. BERTOLINO, *Privato e pubblico nella rappresentazione mediatica del reato*, in *La televisione del crimine*, a cura di Forti, Bertolino, Milano, 2005, pp. 191 ss.; HASSEMER, *Metodologia giuridica e pragmatica giudiziaria*, in *Criminalia*, 2007, 73 ss.;

63. Una general-prevenzione à la Jakobs, funzionale a rinsaldare la fiducia nello Stato, v. JAKOBS, *Schuld und Prävention*, Tübingen, 1976; *contra*, da ultimo, v. BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005, pp. 200 ss.

64. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit.; DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, cit.

65. COPPI, *Relazione conclusiva del Convegno su: “Il mistero del dolo eventuale”*, tenutosi all'Università di Perugia il 27 gennaio 2012, Atti in corso di pubblicazione.

66. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel modello di individuazione del diritto*, Napoli, 1983.

67. FIANDACA, *Sul ruolo delle emozioni e dei sentimenti*, cit., 205 ss.; Id., *Diritto penale, tipi di morale e tipi di democrazia*, in *Sulla legittimazione del diritto penale*, a cura di Fiandaca, Francolini, Torino, 2008, pp. 153 ss.; Id., *Punire la semplice immoralità? Un vecchio interrogativo che tende a riproporsi*, in *Laicità, valori e diritto penale*, a cura di Cadoppi, Milano, 2010, pp. 207 ss.; DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico?*, Torino, 2009, pp. 151 ss.; VOGLIOTTI, *Dove passa il confine?*, Torino, 2011, pp. 29 ss., 149 ss.

CONVEGNI

Elio Romano Belfiore

« La pazzia dimenticata. Viaggio negli ospedali psichiatrici giudiziari »*

Elio Romano Belfiore

La pubblicazione del volume “La pazzia dimenticata. Viaggio negli ospedali psichiatrici giudiziari” ci costringe ad interrogarci sulla “chiusura” degli ospedali psichiatrici giudiziari, che, come preconizzato dagli osservatori più attenti, è stata rinviata al 31 marzo 2014 (art. 1, D.L. 25 marzo 2013, n. 24), non essendo state poste le basi per la realizzazione delle misure stabilite dalla L. 17 febbraio 2012, n. 9.

La svolta epocale che si attendeva almeno a far tempo dalla legge “Basaglia”, la quale aveva sancito la mancanza di capacità terapeutica delle strutture asilari, è stata ulteriormente posticipata. E, come tutti i rinvii, alimenta il timore che l’evento tanto atteso sia destinato a non realizzarsi.

Sembra quindi dover rimanere ancora sospeso il destino di coloro che per lungo tempo la storia ha tentato di far naufragare nell’oblio, nonostante l’abolizione dei manicomi giudiziari previsti dal R.D. 1° febbraio 1891, n. 260 (il sistema manicomiale conobbe poi effettiva attuazione solo con la L. 14 febbraio 1904, n. 36), sostituiti dall’OPG con l’entrata in vigore dell’art. 62 ord. penit.

Lo studioso del diritto penale è abituato alla mistificazione delle categorie che deriva dal contrasto tra le diverse concezioni della politica criminale, così come dalle diverse funzioni della pena.

Con riferimento a questa materia, soprattutto con riguardo alle implicazioni sociologiche e criminologiche, si affianca all’approfondimento dogmatico lo studio della “devianza”.

La “devianza”, in sé, è categoria molto ampia. Ogni scostamento dal “rituale vivere civile” costituisce devianza, e ogni devianza genera paura, insicurezza. L’esempio più significativo è quello dello straniero: come bene spiega Umberto Curi in un suo recente scritto, « *nelle lingue indoeuropee il termine che designa lo straniero contiene contemporaneamente in sé l’intero repertorio delle accezioni semantiche dell’alterità, e cioè il forestiero, l’estraneo, il nemico — ma anche lo strano, lo spaesante — in una parola tutto ciò che è altro* ».

* Il testo riproduce la relazione introduttiva al convegno “La pazzia dimenticata. Viaggio negli ospedali psichiatrici giudiziari”, Caltanissetta, 11 aprile 2013.

da noi, anche se con noi viene comunque in rapporto»¹.

La storia del trattamento della follia e pazzia, prima, e della malattia mentale, poi, gli illustri Relatori la conoscono molto meglio di me.

Non mi dilungherò né sulle posizioni dei giuristi né su quelle degli psichiatri.

Rischierei il ridicolo se tentassi di spiegare a Fiandaca quello che lui ha scritto e detto in decenni di attività di studio e di ricerca.

Fra l'altro, si potrebbe scoprire che non l'ho neppure capito bene.

E allora mi scuso per l'indebita incursione e l'inevitabile carattere approssimativo delle brevi considerazioni che seguono.

A me sembra che follia, religione e potere giudiziario siano caratterizzate da un intreccio inscindibile, almeno in una prospettiva storicizzata.

Di questa evoluzione, alcuni passaggi conservano a mio avviso, a tutt'oggi, rilevanza fondamentale.

Nelle società antiche la follia possedeva una significativa connotazione mistica, essendo espressione dell'influsso di qualche divinità, che se ne serviva come strumento di trasmissione di messaggi ovvero modalità di punizione per violazioni della legge sacra.

Il basso medioevo consacrò l'interpretazione in chiave demonologica della pazzia, che veniva considerata come una forma di possessione da parte di spiriti maligni.

Secondo questa cifra di lettura, agli indemoniati sono equiparati uomini ma soprattutto donne che vengono considerate streghe. In molti casi la caccia alle streghe è caccia al folle, e costituisce un'eccellente "copertura" per l'esercizio *extra ordinem* del potere.

La contrapposizione tra "bene" e "male", tra Dio e Demonio, trae nuova linfa dalla necessità di contrastare le eresie, portando alla istituzione del Tribunale dell'Inquisizione (1231), che nel corso del tempo estenderà il suo raggio repressivo a coloro che sono ritenuti praticare una qualche forma di magia o stregoneria. La Chiesa cattolica investe tale organismo di una funzione fondamentale: contrastare la diversità nella fede, nelle opinioni, nei costumi e nella morale; diversità vista come potenziale pericolo in grado di dissolvere la struttura sociale.

Ad opinione della maggior parte degli studiosi del tempo, le malattie del corpo e della mente, infatti, rientravano nella "competenza" del diavolo. In particolare, le alterazioni mentali si ritenevano determinate dai demoni che agivano corrompendo i sensi e rendendoli incapaci di riferire al cervello impressioni esatte, oppure inviando ai sensi dati falsi sotto forma di fantasmi e altre apparizioni, oppure stravolgendo la facoltà dell'immaginazione,

1. CURI, *L'ambivalenza costitutiva della figura dello straniero*, in *Lo straniero nel diritto penale del lavoro e dell'impresa*, a cura di Curi, Bologna, 2011, p. 19 s.

oppure ancora penetrando nell'organismo corrompendo gli umori o squilibrandone la proporzione. Le cause principali della pazzia erano, dunque, da ricercarsi nell'opera delle streghe e nella possessione demoniaca.

In ambito letterario il tema della follia assume, nel teatro in particolare, una dimensione macroscopica che trova la sua genesi in convenzioni antiche e mode recenti, ma la cui funzionalità si rivela senza precedenti, in quanto metafora privilegiata della rappresentazione di un'epoca che innalza la ragione a strumento infallibile di conoscenza e di comprensione dell'ordine naturale. Quest'ultimo è visto come esatta proiezione di quello sovranaturale e, quindi, come parametro al quale l'uomo "deve" rapportarsi per orientare le proprie condotte.

In questo scenario a tinte fosche, mi piace però richiamare l'attenzione sul fatto che fortunatamente filtra nel panorama culturale del tempo un raggio di luce assoluto: l'associazione tra demoni e pazzia non solo non è coltivata, ma è addirittura rigettata dal dramma elisabettiano e shakespeariano, che raramente presenta il diavolo o le streghe come cause della pazzia o di altra alienazione mentale. La drammaturgia inglese tende ad attribuire alla pazzia cause molteplici, ma naturali, collegate al temperamento e ai suoi squilibri, all'azione combinata di fattori ed eventi esterni o a situazioni psicologiche di particolare tensione.

Nonostante il pubblico elisabettiano fosse abituato ad assistere a pratiche esorcistiche collettive e avesse quindi familiarità con lo spettacolo dei c.d. invasati dal demonio, il teatro tende a non riflettere questa pratica. Anzi, quando i drammi presentano gli ossessi, questi sono solo simulazione, travestimento per necessità come nel caso di *Re Lear*.

Qui Edgar (il pazzo) svolge una funzione metateatrale, agisce da "coro" e veicola la risposta emotiva del pubblico.

La pazzia rappresentata da Shakespeare è finta, proprio perché ridotta a possessione demoniaca, a *cliché* comico, a ruolo da recitare.

Ma c'è un altro aspetto che trovo particolarmente interessante.

Per quanto sorprendente possa sembrare, il recupero e l'umanizzazione della malattia mentale parte dagli ambienti religiosi. Cioè da quegli stessi ambienti che l'hanno così ferocemente combattuta e criminalizzata. È nota a tutti la vicenda della fondazione, nella prima metà del 500, del Fatebenefratelli, al fine di garantire assistenza ai malati, soprattutto mentali.

Non solo. Ma gli stessi storici del processo ci spiegano come la tanto deprecata Inquisizione — quella Romana, più che la Suprema spagnola — sia all'origine di molta parte delle "moderne" garanzie processuali (per lo meno di quelle appartenenti al c.d. rito inquisitorio).

L'emancipazione della psichiatria dalla religione ne ha decretato il pieno riconoscimento come scienza medica, che oggi affronta lo studio della malattia mentale in senso interdisciplinare, con l'apporto della sociologia,

della psicologia sociale, della psicoanalisi.

Nella percezione comune, tuttavia, il pazzo, il folle, il malato di mente genera un senso di disagio, diffidenza e paura. Ma rappresenta anche una irrinunciabile valvola di sfogo.

A fronte di crimini particolarmente efferati o abominevoli a danno di minori, la foglia di fico della malattia mentale consente spesso di superare l'inaccettabilità della realizzazione di un fatto così grave. Basti pensare al caso delle madri assassine, che Adriana Pannitteri ha già affrontato in un suo precedente e bel volume.

L'internamento viene a corrispondere ad una profilassi sociale che, con varietà di sfumature, continua sino ad oggi. Dalla seconda metà del Seicento i malati di mente venivano rinchiusi in carcere insieme a vagabondi, poveri e delinquenti, a prescindere dal fatto che il loro comportamento bizzarro ed aggressivo costituisse reato. La struttura contenitiva del carcere consentiva di mettere al sicuro la collettività da comportamenti avvertiti come incomprensibili e connotati da un elevato grado di pericolosità.

Carcere e manicomio rappresentano modalità di difesa dall'uomo delinquente e dall'uomo folle, e dalle rispettive forme di pericolosità; il manicomio giudiziario rappresenta invece una modalità di difesa da un soggetto che sia al contempo delinquente e folle.

Come dire: i pazzi sono brutti e sporchi. Quelli delinquenti sono anche cattivi.

INDICE ANNATA

Indice generale

Ricordo

- 375 ALFREDO GAITO, Ricordo di Giovanni Dean.
377 GIOVANNI CANZIO, Ricordo di Giovanni Silvestri.

Editoriale

- 3 LEONARDO FILIPPI, La riservatezza delle comunicazioni del Presidente della Repubblica.
381 DAVID BRUNELLI, Paradossi e limiti della attuale realpolitik in materia penale.
755 ALFREDO BARGI, La “giustizia del metodo” come criterio del controllo di legittimità del vizio di motivazione.

Confronto di idee su:

« La recente riforma dei reati di concussione e corruzione »

- 13 ADELMO MANNA, La scissione della concussione in due fattispecie distinte, nell’ambito di un quadro d’assieme.
35 MAURO RONCO, L’amputazione della concussione e il nuovo delitto di induzione indebita: le aporie di una riforma.
51 MARCO GAMBARDELLA, Dall’atto alla funzione pubblica: la metamorfosi legislativa della corruzione “impropria”.
71 DAVID BRUNELLI, La riforma dei reati di corruzione nell’epoca della precarietà.

« Luci e ombre sull’azione civile nel processo penale »

- 391 CIRO SANTORIELLO, ALFREDO GAITO, Ma davvero il processo penale è luogo adatto al soddisfacimento delle istanze civilistiche?
405 ROSSELLA FONTI, L’opposizione alla richiesta di archiviazione.
425 AVE GIOIA BUONINCONTI, Famiglie in crisi e minori devianti: premesse allo studio di un diritto penale « dalla parte della vittima ».
443 DANIELA CHINNICI, Gli « Enti esponenziali di interessi lesi dal reato »: figli legittimi del ‘nuovo’ codice, ma ancora eredi del ‘vecchio’ status di parti civili.

- 459 GIANRICO RANALDI, Parte civile e processo *de societate*: profili di un'esclusione ragionevole.
- 473 CRISTIANA VALENTINI, L'impugnazione della parte civile: in mezzo al gua-
do fra la riforma della "Pecorella" e le dichiarazioni di incostituzionalità.
- 487 TERESA BENE, La persona offesa tra diritto di difesa e diritto alla
giurisdizione: le nuove tendenze legislative.
- 509 GIORGIO SPANGHER, Azione civile e processo penale.

« Il sistema penale alla prova del cyber-spazio »

- 765 DONATELLA CURTOTTI, Le ragioni di un confronto di idee.
- 771 MAURIZIO FUMO, La condotta nei reati informatici.
- 799 CLAUDIA PECORELLA, MASSIMILIANO DOVA, Profili penali delle truffe
on-line.
- 819 FILIPPO GIUNCHEDI, Le *malpractices* nella *digital forensics*: quali
conseguenze sull'inutilizzabilità del dato informatico?
- 835 FRANCESCO CAJANI, Il vaglio dibattimentale della digital evidence.
- 851 GIANPAOLO MARIA RUOTOLO, *Hey! You! Get Off My Cloud!* Accesso
autoritativo alle nuvole informatiche e diritto internazionale.
- 863 STEFANO ATERNO, MARCO MATTIUCCI, Il *Cloud Forensics* e nuove frontiere
delle indagini informatiche nel processo penale.
- 877 LUCA LUPÁRIA, Le scienze penalistiche nella "tempesta" digitale. Quali
approdi?

L'opinione

- 85 GABRIELE CIVELLO, Responsabilità medica e rispetto delle "linee-guida",
tra colpa grave e colpa lieve (La nuova disposizione del "decreto sanità").
- 515 GIULIANO DOMINICI, Legittimità e merito. Il deducibile dubbio.
- 883 ADELMO MANNA, La legge Merlin e i diritti fondamentali della persona:
la rilevanza penale della condotta di favoreggiamento.

Cultura penale e spirito europeo

- 113 FILIPPO GIUNCHEDI, La tutela dei diritti fondamentali previsti dalla CE-
DU: la Corte europea dei diritti dell'uomo come giudice di quarta
istanza?
- 141 ANNA MARIA CAPITTA, Conservazione dei DNA *profiles* e tutela europea
dei diritti dell'uomo.
- 529 DOMENICA NAIKE CASCINI, Italia "maglia nera" a Strasburgo. A proposito
di un eccesso che continua.

- 539 VINCENZO COMI, Interessi finanziari UE, procura europea, difesa: nessun passo indietro sul piano delle garanzie.
- 903 GAETANO STEA, L'offensività europea come criterio di proporzione dell'opzione penale.

Orientamenti

- 167 CATERINA SCACCIANOCE, La retroattività della *lex mitior* nella lettura della giurisprudenza interna e sovranazionale: quali ricadute sul giudicato penale?
- 557 VICO VALENTINI, Ancora sulla frattura della disposizione *ex art. 317 c.p.* Qualche rapido spunto in attesa delle Sezioni Unite.
- 939 CIRO SANTORIELLO, La costituzione di parte civile nel processo contro gli enti collettivi: le decisioni della Cassazione e della Corte di Giustizia segnano un punto di approdo solo parziale?
- 951 ETTORE SQUILLACI, Punti fermi e aspetti problematici nella riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso.
- 967 GIANRICO RANALDI, Il procedimento di distruzione della merce in sequestro tra efficienza e salvaguardia dei diritti costituzionali.

Quesiti

- 197 MARIANNA BIRAL, *L'overall examination*: nuove frontiere sul diritto a confrontarsi con i testimoni?
- 211 PIETRO POMANTI, Ancora sul potere di grazia.
- 219 GIOVANNI CARUSO, Su recidiva reiterata e giudizio di bilanciamento: parola "fine" della Corte costituzionale?
- 575 NICOLETTA MANI, Tra diritto alla prova e principio di legalità: giudizio abbreviato e rinnovazione istruttoria in appello.
- 981 ANTONIO PICILLO, L'infortunio sul lavoro nell'ambito della responsabilità degli enti: il criterio d'imputazione oggettiva.
- 1003 NICOLETTA MANI, Rinnovazione istruttoria e giudizio di rinvio. Problematiche e prospettive in caso di rito abbreviato.

Criminologia

- 595 ROSANNA ROMANELLI, L'impenetrabilità del sistema penale e penitenziario cinese: la macchina repressiva del regime nella condanna ai laogai tra violazione dei diritti umani ed economia di schiavitù.

Questioni aperte

- 235 MARIA BEATRICE MAGRO, In tema di profitto confiscabile (a proposito del mancato pagamento della sanzione tributaria).

- 253 STEFANO BUONOCORE, L'iva in importazione e il delitto di contrabbando doganale nei rapporti tra l'Italia e la Repubblica di San Marino.
- 267 CRISTIANA VALENTINI, Cronaca di una morte annunciata: l'incidente probatorio e il diritto alla prova.
- 279 NOEMY SPAGNOLI, Legittimo impedimento a comparire del difensore e diritto alla difesa tecnica, nel segno del « giusto processo ».
- 289 ANDREA MONTELEONE, Principio del contraddittorio e nuove contestazioni: tra interpretazione funzionale e tutela del diritto di difesa.
- 303 ERICA FARINELLI, L'ambito di operatività della presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere.
- 321 FEDERICO ROMOLI, Omesso versamento di I.V.A. e crisi di liquidità.
- 333 GIUSEPPE INZERILLO, Questioni in tema di revisione: condanna patteggiata e assoluzione dei coimputati per insussistenza del fatto.
- 345 MICAELA RAIMONDO, Responsabilità del produttore di rifiuti per illecito smaltimento tra obblighi di garanzia e obblighi di sorveglianza.
- 357 FRANCESCA ZAVAGLIA, In tema di domande suggestive nell'esame testimoniale condotto dal giudice.
- 613 ALESSANDRO SERRANI, Aperture ed esitazioni della Corte costituzionale.
- 623 DANIELA CHINNICI, DANIELE LIVRERI, La Corte di cassazione tra aspirazioni garantiste e perduranti insensibilità verso il giusto processo d'appello.
- 639 CIRO SANTORIELLO, Quali responsabilità per l'incendio della Thyssen? Osservazioni a prima lettura sulla sentenza d'appello.
- 655 NADIA E. LA ROCCA, Il ridimensionamento progressivo delle presunzioni nel regime custodiale obbligatorio.
- 667 MARINA TIBERI, Il computo delle restrizioni alla libertà personale nei rapporti di cooperazione Italia-Regno Unito: alla ricerca di una base concettuale comune.
- 679 FRANCESCA ROMANA FULVI, Istigazione alla corruzione ed oltraggio.
- 693 NICOLA GIANARIA, Usura bancaria. La C.M.S. non va inclusa nel calcolo del T.E.G.M.
- 701 DANIELA FALCINELLI, La complessità del reato: tra unità del fatto, unicità dell'offesa e pluralità del "danno".
- 719 ANTONIO FABERI, Sui confini delle garanzie autodifensive. Accertamenti fiscali, richiesta di documenti, rischio di autoincriminazione.
- 733 PIERLUIGI CIPOLLA, L'elusione fraudolenta dei Modelli di organizzazione.

- 1019 ROBERTA APRATI, Giudizio abbreviato e imprevedibilità della rinnovazione istruttoria in appello.
- 1023 LUCA CIANFERONI, Ergastolo *in executivis* e rideterminazione della pena: il confronto fra i giudici di merito e il giudice di legittimità.
- 1033 VALERIA MARCHESE, La *reformatio in peius* della sentenza di assoluzione tra vincoli europei e diritto ad un equo processo.
- 1045 CATERINA SCACCIANOCE, Riforma *in peius* della sentenza di assoluzione senza rinnovare la prova orale: una decisione che fa discutere.
- 1055 MARINA MINASOLA, *Blogging* e diffamazione: responsabilità dell'amministratore del sito per i commenti dei lettori.
- 1073 LUCA CIANFERONI, Le Corti superiori e il divieto di *reformatio in peius* senza la rinnovazione delle prove orali.
- 1085 ADELMO MANNA, Prevedibilità–evitabilità dell'evento o prevedibilità–evitabilità del rischio nei delitti colposi di danno?

Le idee degli altri

- 369 CIRO SANTORIELLO, Recensione a *Procedura penale* di Studio Gaito & partners, a cura di Alfredo Gaito (Milano, 2013, pp. 1658).
- 751 SANDRO FURFARO, Recensione a *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione* di Francesco Mauro Iacoviello (Milano, 2013, pp. 940).

Convegni

- 1103 ELIO ROMANO BELFIORE, « La pazzia dimenticata. Viaggio negli ospedali psichiatrici giudiziari ».

AREE SCIENTIFICO–DISCIPLINARI

AREA 01 – Scienze matematiche e informatiche

AREA 02 – Scienze fisiche

AREA 03 – Scienze chimiche

AREA 04 – Scienze della terra

AREA 05 – Scienze biologiche

AREA 06 – Scienze mediche

AREA 07 – Scienze agrarie e veterinarie

AREA 08 – Ingegneria civile e architettura

AREA 09 – Ingegneria industriale e dell'informazione

AREA 10 – Scienze dell'antichità, filologico–letterarie e storico–artistiche

AREA 11 – Scienze storiche, filosofiche, pedagogiche e psicologiche

AREA 12 – **Scienze giuridiche**

AREA 13 – Scienze economiche e statistiche

AREA 14 – Scienze politiche e sociali

Il catalogo delle pubblicazioni di Aracne editrice è su

www.aracneeditrice.it

Compilato il 14 febbraio 2014, ore 14:19
con il sistema tipografico L^AT_EX 2_ε

Finito di stampare nel mese di dicembre del 2013
dalla «ERMES. Servizi Editoriali Integrati S.r.l.»
00040 Ariccia (RM) – via Quarto Negroni, 15
per conto della «Aracne editrice S.r.l.» di Roma