

I reati di pericolo



Tracce

Traccia: Il candidato, premessi brevi cenni sulle caratteristiche dei reati di pericolo, esami, dandone concreta esemplificazione, le caratteristiche relative al rapporto di causalità con particolare riguardo alle ipotesi di reati a condotta colposa omissiva

Traccia: il principio di offensività e di legalità nei reati commessi con finalità di terrorismo

Traccia: Il concorso esterno in associazione mafiosa in chiave europea

Traccia: Tratta degli esseri umani e favoreggiamento all'immigrazione clandestina

Sommario generale: 1. I reati di pericolo. Il pericolo penalmente rilevante (p.1) . 2. Le fattispecie penali di terrorismo (p.25). 3. Giurisprudenza (p. 53). 4. Il reato di strage(p.66). 5. L'aggravante della finalità di terrorismo (p. 73). (p.78). 6. I reati di associativi (p.90). 7. Le nuove mafie (p. 111). 8. Il concorso esterno in associazioni di stampo mafioso (p.125). 9. Giurisprudenza (p.140). 10. I reati di sfruttamento dell'immigrazione. La tratta di esseri umani (p.142). 11 . Caporalato e sfruttamento del lavoro (p.58)

Il nuovo concetto di pericolo penalmente rilevante nel reato di commercio di alimenti contraffatti o adulterati.

Fonte: Cassazione Penale, fasc.10, 2018, pag. 3160

Autori: Fabrizio Torelli

Nota a: Cassazione penale , 21 settembre 2017, n.52574, sez. V

PERICOLO ED INCOLUMITÀ PUBBLICA: RICOSTRUZIONE DEL CONCETTO DI PERICOLO PENALMENTE RILEVANTE ALLA LUCE DEL PARADIGMA DI TUTELA ANTICIPATA DEI REATI, DOLOSI E COLPOSI,

DI COMUNE PERICOLO MEDIANTE FRODE - Risk and Public Harm: Reconfiguration of Harm that Is Criminally Relevant in Light of the Paradigm of Anticipated Protection from Public Harm by Intentional and Reckless Crimes of Fraud

Sommario 1. Introduzione. — 2. I delitti di comune pericolo contro l'incolumità pubblica: ricostruzione sistematica. — 3. Il concetto di pericolo penalmente rilevante: inquadramento generale e definizione. — 4. Segue: la distinzione fra pericolo e rischio. — 5. (Segue) la questione “ontologica”: il pericolo come relazione di probabilità. — 6. (Segue) la questione “cronologica”: il giudizio prognostico di pericolo. — 7. (Segue) la questione “gnoseologica”: la prognosi di pericolo come giudizio a base totale ex ante. — 8. (Segue) classificazioni in tema di pericolo. — 9. Pericolo ed elemento soggettivo del reato: il dolo. — 10. Pericolo ed elemento soggettivo del reato: la colpa. — 11. Il pericolo nei reati contro l'incolumità pubblica: sguardo d'insieme. — 12. Il pericolo concreto nella fattispecie di commercio di sostanze alimentari contraffatte o adulterate (art. 442 c.p.): la sentenza in commento. — 13. Ricapitolazione sull'art. 442 c.p. e conclusioni.

Con la pronuncia in commento, la Corte di cassazione ha ribadito la natura di fattispecie di pericolo concreto incentrato sulla condotta dell'art. 442 c.p. Il presente contributo si prefigge l'obiettivo di analizzare il concetto di pericolo penalmente rilevante nei reati di frode contro l'incolumità pubblica, dopo aver ripercorso l'analisi dogmatica del pericolo ed avere affrontato una generale ricostruzione dei reati di cui ai Capi II e III del Titolo VI del Libro II del codice penale.

1. INTRODUZIONE

La sentenza in commento si esprime sulla natura di reato di pericolo concreto incentrato sulla condotta della fattispecie di cui all'art. 442 c.p., aprendo alla riflessione, sempre viva in dottrina e giurisprudenza, circa la corretta qualificazione dogmatica del concetto di pericolo ed alla corretta ricostruzione dei delitti di cui ai Capi II e III del Titolo VI del Libro II del codice penale, vale a dire dei delitti di comune pericolo mediante frode contro l'incolumità pubblica e dei delitti colposi di comune pericolo contro l'incolumità pubblica. Il presente contributo si prefigge l'obiettivo di analizzare, in primo luogo, il concetto di pericolo penalmente rilevante, premessa una generale ricostruzione dei delitti in discorso, di individuarne le differenze rispetto al contiguo concetto di rischio e di valutarne le sfumature nel momento in cui venga a contatto con l'elemento soggettivo del reato, in particolare con la colpa. In secondo luogo si passerà all'analisi del pericolo nei reati contro l'incolumità pubblica.

2. I DELITTI DI COMUNE PERICOLO CONTRO L'INCOLUMITÀ PUBBLICA: RICOSTRUZIONE SISTEMATICA

Il Titolo VI del Libro II del codice penale tratta dei delitti contro l'incolumità pubblica, e si compone di tre Capi. Nel primo sono analizzati i delitti di comune pericolo mediante violenza (che non saranno approfonditi in questa sede, dato l'oggetto della sentenza in epigrafe), nel secondo i delitti di comune pericolo mediante frode e nel terzo i delitti colposi di comune pericolo. Il Capo II contiene la disciplina del delitto di epidemia (art. 438) e delle fattispecie, in ordine di discendente offensività, in tema di alimenti, acque, medicinali ed altre cose, oltre che le disposizioni comuni sulla confisca obbligatoria (art. 446) e sulle pene accessorie (art. 448). Nello specifico, vi trovano collocazione i delitti di avvelenamento di acque o di sostanze alimentari (art. 439), di adulterazione o contraffazione di sostanze alimentari (art. 440), di adulterazione o contraffazione di altre cose in danno della pubblica salute (art. 441), di commercio di sostanze alimentari contraffatte o adulterate (art. 442), di commercio o somministrazione di medicinali guasti (art. 443), di commercio di sostanze alimentari nocive (art. 444) e di somministrazione di medicinali in modo pericoloso per la salute pubblica (art. 445).

Chiarito che deve essere preliminarmente compiuta una distinzione fra l'epidemia da una parte e tutte le altre fattispecie dall'altra, dal momento che la prima funge da fattispecie "trasversale" e "dominante" (2), essendo capace di assorbire in sé le ipotesi previste negli altri articoli e richiedendo il pericolo diffusivo con conseguente danno rappresentato dal cagionare un'epidemia, occorre soffermare l'attenzione su questi ultimi. Come si nota, i delitti in commento si differenziano fra loro per l'oggetto materiale e per la natura della condotta. La nota comune relativa agli oggetti materiali è che essi devono in ogni caso essere definiti e che, pur non dovendo assumere una destinazione pubblica in senso stretto, non devono tuttavia essere indirizzati all'alimentazione od all'utilizzo individuale o di persone determinate (3).

È possibile distinguere due gruppi di fattispecie. Gli artt. 439, 440 e 441 sono caratterizzati dalla condotta, che deve essere di avvelenamento, adulterazione, corruzione o contraffazione, in modo pericoloso per la salute pubblica, di determinati oggetti materiali (acque, sostanze destinate all'alimentazione ovvero altre cose destinate al commercio), mentre gli artt. 442, 443 e 444 si caratterizzano per l'oggetto materiale pericoloso, reso tale da un precedente intervento di terzi o da un difetto sopravvenuto, mentre la condotta è neutra o lecita (commercio, somministrazione, etc.). Partendo dal primo gruppo, notiamo che si tratta di fattispecie basate sulle condotte di produzione o preparazione che incidono direttamente sull'oggetto materiale, rendendolo pericoloso. Evidentemente, le condotte prese in considerazione

sono tassative. L'art. 439 prevede la condotta di “avvelenamento” di acque o di sostanze destinate all'alimentazione. Il concetto di avvelenamento è tale che il pericolo che ne deriva non è ulteriormente esplicitato dal legislatore nel testo della fattispecie, dovendosi considerare la condotta di avvelenamento in se stessa pericolosa, derivando dal concetto di veleno (4). È infatti chiaro che il legislatore ha inteso attribuire alla condotta de qua «un significato di immediata attitudine lesiva della sostanza alimentare» (5) ed è parimenti chiaro che il concetto di avvelenamento debba di conseguenza essere ricostruito in termini assai restrittivi, facendovi confluire solamente forme di condotta particolarmente pericolose per la sanità pubblica, anche a causa degli elevati limiti edittali previsti. Gli artt. 440-441 prevedono, invece, le condotte di “adulterazione, corrompimento e contraffazione”, rivolte sempre alle acque o alle sostanze alimentari nel caso dell'art. 440 e ad altre cose destinate al commercio nel caso dell'art. 441, che si pone quindi come disposizione residuale e “di chiusura”.

Nel secondo gruppo rientrano invece fattispecie caratterizzate da condotte di commercializzazione et similia di oggetti materiali divenuti in qualche modo pericolosi. Si tratta di fattispecie connotate, nell'ottica del legislatore, da minore offensività, in quanto caratterizzate da maggiore riconoscibilità ed evitabilità, dato che normalmente i fattori che rendono le cose pericolose lasciano tracce o sono comunque percepibili (6). L'art. 442 punisce la condotta di commercializzazione, detenzione o distribuzione per il commercio di oggetti materiali non genuini, in quanto resi da altri pericolosi mediante le condotte di cui agli articoli precedenti. Al contrario, gli artt. 443 e 444 reprimono le medesime condotte di commercializzazione ma rivolte ad oggetti materiali genuini, che sono tuttavia pericolosi per cause, naturali od umane, diverse dall'azione corruttiva o di contraffazione degli artt. 439-441. Segue l'art. 445, disposizione a sé stante. Essa punisce la condotta di chi somministra sostanze medicinali in specie, qualità o quantità non corrispondente alle ordinazioni mediche, o diversa da quella dichiarata o pattuita. Come si vede, il pericolo qui non assume necessariamente natura comune e non dipende dall'oggetto materiale della condotta, in sé non nocivo, ma dalle modalità della somministrazione

Il Capo III, relativo ai delitti colposi contro l'incolumità pubblica, si compone di quattro articoli. I primi due riguardano i delitti colposi di danno (art. 449) e di pericolo (art. 450) contro l'incolumità pubblica mediante violenza. L'art. 451 prevede la peculiare fattispecie di omissione colposa di cautele o difese contro disastri o infortuni sul lavoro (da porsi in correlazione con l'ipotesi dolosa di cui all'art. 437). Infine, per quanto qui di maggiore interesse, l'art. 452 punisce i delitti colposi contro la salute pubblica, prevedendo, in ossequio all'art. 42, comma 2, la punibilità per tutti i fatti previsti dal Capo II anche a titolo di colpa, richiamando i relativi articoli e stabilendo la pena per relationem. Ciò chiarito a livello generale, occorre evidenziare come siano

due gli elementi comuni a tutte le fattispecie elencate, vale a dire il pericolo comune e la salute pubblica, i quali devono evidentemente sussistere entrambi affinché i delitti de quibus possano ritenersi integrati. È infatti chiaro che un bene giuridico quale la salute pubblica, essendo bene di rango sociale e collettivo e non già individuale, non possa che essere tutelato anticipando la soglia della tutela, in un'ottica marcatamente prevenzionistica, che chiama in causa necessariamente l'incriminazione del pericolo. Vengono infatti colpite «condotte intollerabili non in sé, ma per le conseguenze che potrebbero produrre, se per caso venissero poste in essere insieme a tutta una serie di ulteriori fattori di rischio non integralmente controllabili ex ante» (8).

Passando quindi, in via ancora introduttiva e generale, al concetto di pericolo, si noti come il pericolo, nei reati in discorso, si qualifichi come “comune”, potendo essere tale solamente ove caratterizzato da diffusività e dall'indeterminatezza delle vittime. In dottrina, si ritiene che l'indeterminatezza, la quale deriva specificamente dalla modalità di offesa del bene giuridico tutelato, possa essere intesa sia quantitativamente, ossia come vastità della cerchia delle vittime, sia qualitativamente, ossia come non individuabilità delle persone in pericolo (9). Per lo più, le fattispecie in discorso si riferiscono all'indeterminatezza quantitativa, ma vi sono alcune eccezioni. Ad ogni modo, il pericolo comune è l'unica offesa possibile al bene della salute pubblica, in quanto, una volta realizzatosi un danno, esso non potrà che riguardare nello specifico un numero più o meno vasto di persone determinate, finendo l'offesa per trasformarsi in offesa individuale, e non più comune. Tale inaggirabile constatazione porta a concludere, correttamente, che «l'ontologica indeterminatezza dei risvolti offensivi preclude la possibilità che il giudizio avente ad oggetto il pericolo comune possa mantenersi allo stesso livello di concretezza di quello concernente il pericolo individuale(10).

3. IL CONCETTO DI PERICOLO PENALMENTE RILEVANTE: INQUADRAMENTO GENERALE E DEFINIZIONE

Prima di valutare la natura che il pericolo, elemento, come abbiamo visto, fondamentale delle fattispecie de quibus, assume in riferimento ai reati contro l'incolumità pubblica, è opportuno soffermare l'attenzione sulla nozione stessa di pericolo, ovviamente colta dal punto di vista del diritto penale. Come noto, il concetto di pericolo è uno dei più complessi e sfuggenti dell'intera dogmatica penalistica (11). La stessa definizione di cosa debba intendersi per “pericolo” non è affatto scontata, ed anzi presuppone precise scelte teoriche di fondo, a favore di questa o di quella concezione del pericolo. In linea di prima approssimazione, e a livello ancora pregiuridico, si può definire il pericolo come «una circostanza o un complesso di circostanze da cui si teme che possa derivare grave danno» (12). Se tuttavia si vuole abbandonare tale primo livello semantico per passare ad indagare giuridicamente il

concetto, ci si avvede immediatamente che esso «si sottrae ad una precisa definizione scientifica. Esso non è determinabile in maniera universalmente valida» (13). Non è possibile, infatti, definire cosa sia il pericolo penalmente rilevante senza prima affrontare e risolvere almeno tre grandi questioni. In primo luogo, la questione che potremmo definire “ontologica”, vale a dire cosa sia, in rerum naturae, il pericolo, e se esso possa esistere quale entità oggettiva, ovvero debba limitarsi ad essere considerato alla stregua di un giudizio mentale esistente solamente per il soggetto che lo esprime, e dunque essere confinato nella sfera di ciò che è soggettivo. In secondo luogo, la questione che potremmo definire “cronologica”, ossia quale debba essere il momento in cui compiere il giudizio di pericolo, questione naturalmente legata alla strutturazione delle singole fattispecie di parte speciale, e dunque anche alla riferibilità dell'elemento pericolo a questo o quell'elemento del reato (condotta, oggetto materiale della stessa, evento, etc.). In terzo luogo – ed indubbiamente è questa la problematica più spinosa, da sempre al centro della riflessione scientifica – la questione per così dire “gnoseologica”, ossia quale debba essere la base di giudizio da cui esprimere la valutazione di pericolo, quale, in altri termini, l'orizzonte cognitivo ed il metro da adottare nell'indagare l'effettiva sussistenza di tale elemento del reato.

Intuitivamente, un più generale interrogativo fa da sfondo all'intera costruzione della teorica del pericolo, vale a dire quello sulla legittimità della repressione penale del mero pericolo. Può l'ordinamento reprimere penalmente la causazione non già di un effettivo danno, di una concreta lesione al bene tutelato, ma solamente della messa in pericolo del bene? L'anticipazione di tutela che questo comporta – dal momento che il bene viene tutelato in maniera, in certo senso, preventiva, ossia ancora prima di essere effettivamente leso – è scientificamente accettabile e costituzionalmente tollerabile? Come noto, la risposta da dare a tale interrogativo è positiva, e non può essere questa la sede per approfondire ulteriormente la questione. Sia sufficiente qui dire che, quale espressione, al pari del danno, di effettiva offensività (sia pure potenziale) per il bene giuridico tutelato, anche il pericolo è suscettibile di repressione penale, alla luce della teoria del bene giuridico e delle acquisizioni in tema di principio di offensività (14). Tale conclusione è avvalorata anche dal dato positivo, dal momento che negli artt. 40,43 e 49 c.p. si trova menzionato “l'evento dannoso o pericoloso” del reato. Si consideri poi che, in alcuni casi e con riferimento ad alcuni beni, è ipotizzabile solamente l'intervento del c.d. diritto penale preventivo per tutelare effettivamente l'interesse giuridico protetto. Caso esemplare, come già si è accennato, è proprio quello della sanità e dell'incolumità pubblica, che in quanto tale è offendibile solamente tramite la messa in pericolo. Tanto premesso, occorre prendere le mosse da quella che attualmente sembra essere la più valida ed accettata definizione di pericolo penalmente rilevante, definizione che si ritiene qui di condividere pienamente. Il pericolo è definibile, infatti, quale «probabilità – scientificamente apprezzabile – del

verificarsi dell'evento temuto» (15), da valutarsi secondo un giudizio di prognosi postuma (ex ante) a base ontologica totale, vale a dire tenendo presenti tutte le circostanze esistenti al momento del giudizio, e non solamente quelle conosciute o conoscibili da parte del soggetto agente, e da effettuarsi nel momento che assicura, a seconda dei tipi di reato, la maggiore efficacia preventiva, tenuto conto della funzione generalpreventiva propria dei reati di pericolo. Evidentemente, per la scelta del giusto momento in cui effettuare il giudizio sarà sempre necessario considerare la tipologia di reato, e valutare quindi se si tratti di reato di condotta pericolosa, ovvero di evento pericoloso, ovvero ancora di evento di pericolo, etc. Come si vede, quindi, le tre questioni di cui sopra, premessa la legittimità della repressione penale del pericolo, sono state risolte, dalla dottrina ampiamente maggioritaria, nel senso di considerare il pericolo come un'entità ontologicamente oggettiva, da individuarsi quale relazione di probabilità fra un fatto base e la realizzazione, nel futuro, di un danno; relazione di probabilità da valutare nel momento di massima efficacia preventiva e sulla base di tutte le circostanze ontologicamente presenti in quel momento.

4. (SEGUE) LA DISTINZIONE FRA PERICOLO E RISCHIO

Prima di ripercorrere rapidamente i motivi per cui questa impostazione ha avuto la meglio rispetto alle altre e prima di spiegarne meglio le implicazioni, è necessario porre fin da subito con nettezza la distinzione fra il concetto di pericolo ed il vicino concetto di "rischio". Lo sviluppo sempre più marcato, negli ultimi tempi, della c.d. società del rischio, vale a dire di una società che progredisce mediante una via via più complessa rete di attività intrinsecamente rischiose, ma ciononostante indubbiamente indispensabili alla collettività, ha portato all'esigenza di definire con precisione cosa sia il rischio, e, per quanto qui di interesse, in cosa differisca dal pericolo. In dottrina si afferma che «dal punto di vista normativo, il concetto di rischio allude ad una relazione di (mera) possibilità tra una condotta ed un evento prevenuto in quanto offensivo di beni che si ha interesse a proteggere» (16); id est, il rischio «inteso quale possibilità che si verifichi l'evento e, dunque, avulso dalla necessità di un riscontro certo e rigoroso circa l'idoneità causale della singola condotta inosservante, incarna l'esigenza che determinate attività siano governate in via anticipata rispetto al possibile attivarsi di una serie causale che conduce all'evento» (17). Ne consegue con evidenza che almeno due sono le differenze rispetto al concetto di pericolo. In primo luogo, il fatto che il rischio esprima la mera possibilità di realizzazione di un evento dannoso e non già una probabilità più o meno elevata e scientificamente fondata che ciò accada. In secondo luogo, che il rischio deve essere contenuto, proprio in quanto "ontologicamente" connaturato ad una miriade di attività proprie della contemporanea società di relazione, a livello di regolazione, giuridica ed ancor prima tecnico-scientifica, investente proprio tali attività, ossia attività lecite, laddove il pericolo è invece collegato intrinsecamente ad attività illecite. Unendo fra loro queste

due differenze, si coglie intuitivamente come il rischio «non si limita a precedere il pericolo, ma assume un altro oggetto ed un altro criterio di valutazione» (18). Infatti, «oggetto del rischio non è un fattore determinato, ma l'interazione 'dinamica' di un complesso di circostanze» (19), mentre il pericolo «si verifica quando l'interazione dei fattori si esprime in termini potenzialmente eziologici verso un evento di danno» (20).

Da quanto detto emerge con chiarezza che il rischio viene a porsi come qualcosa di precedente rispetto al pericolo, rappresentando una soglia ulteriormente arretrata di allarme. Quanto affermato trova oggi un'importante conferma normativa, nel d.lg. 9 aprile 2008, n. 81 (Testo unico sulla salute e sicurezza sul lavoro). All'art. 2, comma 1, lett. r), il pericolo viene definito come «proprietà o qualità intrinseca di un determinato fattore avente il potenziale di causare danni», mentre il rischio, alla successiva lett. s), come «probabilità di raggiungimento del livello potenziale di danno nelle condizioni di impiego o di esposizione ad un determinato fattore o agente oppure alla loro combinazione». Come si nota, mentre il pericolo ha in sé già il potenziale di causazione del danno, il rischio valuta la probabilità che tale potenziale possa essere raggiunto a determinate condizioni. Come è stato affermato, pertanto, «il pericolo contiene in sé la certezza del verificarsi dell'evento avverso, mentre il rischio implica solo la possibilità, con la conseguenza che il rischio non potrà essere eliminato finché esisterà una sorgente di pericolo»(21). Corollario di tale differenza fra i due concetti è che il rischio, quale nozione afferente alla regolazione giuridica di attività in sé rischiose ma pur sempre lecite, è stato correttamente indagato soprattutto nell'ambito della dogmatica della colpa, poiché il superamento del c.d. “rischio consentito” importa la determinazione della misura oggettiva della colpa e non già quella della tipicità ed offensività, cui invece va riferita la sussistenza del pericolo. È infatti corretto affermare che «mentre per l'accertamento del pericolo occorre tenere in considerazione tutti i dati relativi al singolo fatto concreto, viceversa il superamento del rischio consentito richiede una valutazione ex ante, rapportata alle qualità generiche della condotta» (22). È infatti assolutamente possibile ravvisare, in concreto, la sussistenza oggettiva del pericolo ma non già il superamento del rischio consentito da parte del soggetto agente. Sarà allora possibile escludere la responsabilità per mancanza di colpa, ma non già dell'elemento oggettivo del reato.

Il più consistente rischio che investe i rapporti fra pericolo e rischio, infatti, sembra effettivamente essere quello di prediligere il secondo quale limite della repressione penale, in chiave esasperatamente prevenzionistica. In altri termini, il pericolo è che si venga ad incriminare già il rischio, in prospettiva di minimizzazione dello stesso, sostituendo al principio di offensività quello di precauzione. Così facendo, si verrebbe a basare la repressione penale sull'esistenza «di una possibilità (o di un rischio) di pericolo» (23), segnando un'ulteriore anticipazione di tutela rispetto a quella propria dei reati di pericolo. Non è sostituibile il pericolo con il rischio quale base

dell'imputazione penale, perché non è possibile, in un diritto penale oggettivo di offesa del bene giuridico, pervenire a valorizzare istanze precauzionali rispetto a quelle preventive (24). La legittimità della repressione penale in via anticipata e preventiva postula infatti la possibilità di un giudizio prognostico a base probabilistica che sia saldamente ancorato a basi nomologiche ed al principio di evidenza scientifica (25). All'inverso, nell'ottica precauzionale «assume rilievo la gestione di sospetti o di incertezze circa la pericolosità di determinate sostanze o prodotti, in situazioni di incertezza scientifica – rischi ignoti o ipotetici, congetturali – che richiedono interventi ultraprudenziali, ossia la previsione di regole cautelative provvisorie – in attesa di conferme sufficienti a fondare scientificamente i sospetti ingenerati da determinate attività» (26). Ciò dal momento che, evidentemente, «una causalità (potenziale) senza leggi scientifiche o regole di esperienza» (27) non è idonea a fondare l'addebito penale. Se quanto fin qui affermato è vero, nondimeno è stato segnalato come la distinzione fra rischio e pericolo sia destinata a scemare in presenza di nozioni di pericolo non concreto, in particolare di pericolo presunto (28). In quest'ultimo caso, infatti, la valutazione di pericolo è compiuta una volta per tutte dal legislatore, senza che vi sia possibilità di dare la prova contraria dell'effettiva insussistenza del pericolo nel caso di specie. Tale presunzione «è in sostanza un'astrattezza 'pietrificata' nella condotta tipica, sulla base di elementi tipici che, per lo più, difficilmente si sottrarrebbero ad una valutazione di almeno generica idoneità lesiva» (29). Ne consegue logicamente che la distinzione rispetto al rischio – indicante la mera possibilità dell'evento lesivo, senza ulteriori qualifiche probabilistiche – risulti notevolmente assottigliata.

5. (SEGUE) LA QUESTIONE “ONTOLOGICA”: IL PERICOLO COME RELAZIONE DI PROBABILITÀ

Chiarita quindi la distinzione fra pericolo e rischio, è possibile ritornare sul concetto di pericolo, per approfondirne le caratteristiche più importanti, coerentemente alla definizione che ne abbiamo dato supra. È quindi in primo luogo necessario ripercorrere le diverse concezioni di pericolo che sono state teorizzate in dottrina. Come abbiamo detto, è ormai opinione condivisa quella per cui il pericolo sia un'entità oggettiva, segnatamente di tipo relazionale. Sono state infatti scartate le più risalenti teorie soggettive. In accordo con esse, il pericolo altro non sarebbe che un giudizio, dal momento che «pur riferendosi a situazioni di fatto obiettivamente rilevabili, è innanzitutto un sentimento, un'emozione, ed ha perciò origine nella psiche» (30). Secondo queste teorie, il pericolo in quanto entità oggettiva semplicemente non esisterebbe, poiché, in accordo a concezioni deterministiche, tutto ciò che accade in natura non poteva non verificarsi e, viceversa, tutto ciò che non è accaduto non poteva in alcun modo accadere. Ne consegue che la possibilità – in cui si sostanzia l'essenza

del pericolo – è soltanto la proiezione, sul piano dei fatti, delle nostre rappresentazioni mentali, ma non ha in sé alcuna consistenza oggettiva (31).

Tale teoria è stata sopravanzata dalle più moderne teorie oggettive, per le quali il pericolo è qualcosa di oggettivamente esistente. Secondo la classica teoria di Binding (32), infatti, il pericolo dovrebbe essere inteso come l'evento vero e proprio del reato, in ogni caso. In esso si sostanzierebbe sempre l'offesa, intesa quale effettiva lesione, al bene giuridico, esattamente come nel danno. Il pericolo, secondo tale concezione, sarebbe infatti non tanto la possibilità di una lesione futura, ma piuttosto un urto attuale contro il bene giuridico, del quale esso pone in crisi l'esistenza e la sicurezza. La messa in pericolo del bene, infatti, rappresenterebbe soltanto un modo diverso, rispetto al danno, di offendere il bene giuridico, e consisterebbe precisamente nel "disturbo" che viene arrecato a quest'ultimo. Tale concezione ritiene poi che la valutazione sulla sussistenza del pericolo andrebbe compiuta ex post, di fatto predicando una nozione assai ristretta di pericolo, dal momento che, a posteriori, moltissimi pericoli sono destinati a rivelarsi inconsistenti (33). La critica decisiva che è stata avanzata a quest'accezione della teoria oggettiva è che il pericolo non può mai essere considerato in se stesso, ma soltanto in quanto posto in relazione con un altro accadimento futuro ed incerto. La distinzione fra lesione (o danno) e pericolo, infatti, sta nel fatto che la prima è presa in considerazione dalla legge penale per se stessa, mentre il secondo è incriminato proprio in quanto si trova in rapporto con un ulteriore danno, futuro, che si vorrebbe evitare. Nel concetto di relazione, dunque, si annida l'essenza stessa del pericolo, come correttamente affermato, per la prima volta, da von Kries (34). Si tratta di una relazione intercorrente fra una condotta o un evento da un lato e un danno temuto dall'altro, e si tratta di una relazione di possibilità. Come è stato affermato, «essa non esprime un collegamento necessario fra due fatti, come il rapporto di causalità, ma dice che un dato complesso di circostanze è suscettibile di svilupparsi in una determinata direzione e dar luogo ad un dato risultato» (35). Evidentemente, tale opzione ricostruttiva comporta che il processo conoscitivo proprio del giudizio di pericolo non possa che essere quello prognostico e non già diagnostico (36). Infatti, «mentre il giudizio di causalità è un giudizio rivolto ad accertare se è avvenuto o no un processo causale passato, il giudizio di pericolo è un giudizio rivolto ad accertare se (probabilmente) avverrà o no un processo causale futuro» (37). È ancora possibile compiere un chiarimento di carattere terminologico. Il concetto di possibilità è un concetto "statico": «un fatto è possibile o è impossibile: tertium non datur» (38). Se si vuole esprimere attraverso «indici numerico-quantitativi la presenza di condizioni tali da rendere più verosimile il verificarsi dell'evento, dobbiamo ricorrere ad un concetto diverso, quello di probabilità, che esprime appunto il rapporto fra il numero dei casi favorevoli ad un determinato risultato e quelli sfavorevoli» (39).

Chiarito che il pericolo è sì una relazione, ma una relazione di probabilità, occorre stabilire il parametro in base al quale graduare tale probabilità, e ritenere integrato il pericolo penalmente rilevante. Secondo la più accorta dottrina (40), la probabilità dell'evento va determinata secondo la migliore scienza ed esperienza del momento storico. Correlativamente, quanto al grado necessario di probabilità, deve intendersi necessario quello della c.d. probabilità “relativa”, non essendo sufficiente la mera possibilità (perché allora dovrebbero considerarsi pericolosi anche gli eventi più improbabili, anche quelli che non si verificano quasi mai) (41), né la certezza, o si determinerebbe sempre l'evento dannoso, ed il pericolo cesserebbe di essere in sé rilevante oggettivamente. Per probabilità relativa si deve intendere quella probabilità che – sulla base del parametro appena visto della migliore scienza ed esperienza – corrisponda, variabilmente di volta in volta, a due valutazioni: quella sull'importanza del bene minacciato e quella dell'intensità dell'offesa che esso potrebbe subire, nonché, quando si tratti di beni patrimoniali, anche della quantità dei beni minacciati (42). Ricapitolando, dunque, la questione ontologica del concetto di pericolo viene risolta scartando la concezione meramente soggettiva del pericolo, nonché quella del pericolo-evento, a favore della teoria del pericolo-giudizio di relazione di probabilità fra un fatto ed un evento dannoso. Probabilità da indagare mediante l'applicazione della migliore scienza ed esperienza del momento del giudizio (del quale si dirà) – composta, come noto, da leggi scientifiche naturali, universali, statistico-probabilistiche, ovvero ancora da conoscenze sociali o da massime di esperienza – e secondo un grado relativo, da valutare caso per caso, in relazione all'importanza del bene minacciato ed all'intensità dell'offesa possibile.

6. (SEGUE) LA QUESTIONE “CRONOLOGICA”: IL GIUDIZIO PROGNOSTICO DI PERICOLO

Passando alla questione cronologica, si è detto che essa deve essere indubbiamente risolta a favore della c.d. prognosi ex ante, a scapito della diagnosi ex post. È evidente, infatti, come si è affermato supra, che valutare ex post la sussistenza del pericolo è operazione priva di senso, in quanto, a posteriori, l'evento lesivo non è più probabile, ma si è verificato o meno. Ne consegue che la relazione di probabilità di cui si compone il giudizio di pericolo non potrebbe più essere validamente accertata ex post. Si è infatti correttamente sottolineato come i giudizi di causalità e di pericolo presuppongano entrambi la relazione fra due fatti, ma nella relazione di pericolo «solamente il primo fatto fa parte della categoria dei dati realmente esistenti o esistiti, mentre il secondo fatto è assunto come soltanto possibile, come realtà eventuale, e non come realtà attuale» (43). Ne consegue che «la relazione di pericolo presuppone,

sempre per definizione, l'incertezza della verifica, del venire a esistenza storico-fenomenica del secondo termine della relazione (il risultato dannoso)» (44). È chiaro che tale tipologia di giudizio non possa che essere compiuta tramite prognosi ex ante, o non avrebbe alcun senso. Né, d'altra parte, avrebbe senso l'anticipazione di tutela che l'ordinamento penale vorrebbe raggiungere mediante l'incriminazione del mero pericolo, dal momento che se tanto alcun evento lesivo si è verificato, non vi sarebbe stato, a posteriori, alcun pericolo effettivo da reprimere. Si incorrerebbe così, tuttavia, in evidente vuoto di tutela per tutte quelle situazioni che invece vengono correttamente protette dal diritto penale c.d. preventivo.

Se tale punto di partenza è pacifico, non altrettanto può dirsi per quanto riguarda il concreto momento – nell'iter della realizzazione del reato – nel quale porsi per compiere tale giudizio prognostico. L'unica certezza, appunto, è data dal fatto che si debba trattare di un momento anteriore alla (mancata) verifica del risultato lesivo. Ebbene, come già accennato, si ritiene qui di aderire alla nota teoria di Angioni – recentemente accolta da parte consistente della dottrina (45) – secondo la quale, nell'ottica di una più generale opzione a favore della base di giudizio totale ontologica ex ante, di cui si dirà infra, il momento in cui compiere la prognosi del pericolo è quello maggiormente conferente rispetto «a quella base del giudizio che comporti fra tutte le altre la prognosi più sfavorevole» (46). Infatti, argomenta il chiaro Autore, «se è vero che le fattispecie di pericolo sono introdotte in luogo o accanto a corrispondenti fattispecie di lesione (o di risultato) al fine precipuo di rafforzare la tutela dei beni giuridici; e poiché la tutela può esplicare la sua efficacia primariamente attraverso effetti di prevenzione generale, si ha maggiore tutela se si ha maggiore prevenzione generale, e questa si ottiene [...] creando fattispecie a realizzazione anticipata» (47), allora «l'elemento pericolo tanto più agisce in funzione preventiva quanto più frequentemente esso viene realizzato senza che insieme si realizzi la lesione corrispondente» (48). Ne consegue che «in questa prospettiva teleologica la scelta del momento del giudizio di pericolo deve ispirarsi al criterio che renda possibile e più frequente l'eventualità della sussistenza del pericolo senza contemporanea presenza della lesione relativa» (49). Qual è, tuttavia, tale momento? Come si può fare per individuare il momento che assicuri maggiore efficacia preventiva? La risposta a tali interrogativi viene dall'analisi delle diverse tipologie di reato di pericolo riscontrabili in parte speciale, e poi, per ciascuna fattispecie concreta, dagli elementi che concorrono ad individuare in essa il pericolo. A livello di riferibilità del pericolo agli elementi della fattispecie, infatti, possiamo distinguere: fattispecie in cui il pericolo funge da presupposto di norme di comportamento preventivo; ovvero da qualifica di un presupposto della condotta; ovvero da qualifica della condotta vera e propria; ovvero da attributo dell'oggetto materiale della condotta; ovvero da qualifica di un evento naturalistico; ovvero da evento naturalistico in toto. A seconda della tipologia,

e seguendo il principio prevenzionistico anzidetto, sarà possibile individuare diversi momenti in cui effettuare il giudizio prognostico di pericolo⁽⁵⁰⁾. Così, il momento sarà quello della condotta nei casi in cui il pericolo sia presupposto della condotta ovvero attributo o contenuto della stessa, ovvero ancora attributo dell'oggetto materiale della stessa ⁽⁵¹⁾. Se la condotta non è unisussistente – dato che in questo caso non vi saranno problemi nell'individuarela temporalmente – il momento prescelto sarà quello che tra i più consenta la prognosi più sfavorevole. Viceversa, nel caso di fattispecie c.d. di evento pericoloso (nelle quali il pericolo è attributo dell'evento) e di quelle c.d. di evento di pericolo (in cui il pericolo è invece tutto il contenuto dell'evento), il momento prescelto sarà quello dell'evento stesso, o di uno qualsiasi dei momenti in cui l'evento permane, sempre secondo il criterio della prognosi più sfavorevole.

7. (SEGUE) LA QUESTIONE “GNOSEOLOGICA”: LA PROGNOSE DI PERICOLO COME GIUDIZIO A BASE TOTALE EX ANTE

Chiarito quindi che il giudizio di probabilità relativa, scientificamente fondato, di pericolo deve essere compiuto tramite prognosi ex ante nel momento che ne assicura la più alta efficacia preventiva, resta da risolvere la terza e più complicata questione, vale a dire quella gnoseologica, relativa alla base del giudizio. In altri termini: quali circostanze dovranno essere valorizzate nel compimento del giudizio di pericolo? Tutte quelle esistenti al momento del giudizio ovvero solamente quelle conosciute o conoscibili dall'agente? Si tratta della nota contrapposizione fra le concezioni della base totale ex ante da una parte e della base parziale ex ante dall'altra ⁽⁵²⁾. Ci sembra che la teoria della base totale ex ante, recentemente affermata rispetto alla tradizionale tesi alternativa ⁽⁵³⁾, sia nettamente da preferire, in quanto fondata su presupposti corretti e capace di pervenire a risultati sistematici migliori.

Chiarito infatti che non è possibile, in tema di pericolo, operare con il metodo ex post in senso proprio e che il pericolo può risultare funzionale rispetto alle ragioni che ne impongono l'incriminazione solamente se costruito nella maniera più concreta possibile, non v'è chi non veda che l'opzione per la base parziale ex ante non faccia altro che predicare in ogni caso un'astrazione del concetto di pericolo; un'astrazione ex post, laddove opti per sottrarre alla base del giudizio tutte le circostanze ritenute casuali, vale a dire inconsuete, straordinarie; ovvero un'astrazione ex ante, laddove sottragga alla base del giudizio tutte le circostanze non generalmente riconoscibili. Viceversa, è necessario considerare «tutte le circostanze esistenti al momento del fatto, cioè quelle che caratterizzano o accompagnano la condotta o l'evento oggetti del giudizio di pericolo»

(54). Questa opzione metodologica è indispensabile «perché essa sola renderebbe possibile effettuare una prognosi sul pericolo e non una constatazione sull'avvenuta o mancata lesione» (55). Soprattutto, tuttavia, ci sembra che la più conferente ragione per preferire la base totale ex ante sia data dalla natura stessa dell'elemento di cui trattasi. Il giudizio di pericolo, infatti, come abbiamo visto, deve essere un giudizio su un elemento oggettivo della fattispecie, e non già soggettivo. Il rischio della concezione contraria è infatti proprio quello di confondere il giudizio di pericolo con quello di colpevolezza. Selezionare – fra tutte le circostanze esistenti al momento del giudizio – solamente quelle conosciute o conoscibili, infatti, introduce una valutazione di riconoscibilità o prevedibilità che ha cittadinanza e fondamento solamente nel settore dell'elemento soggettivo del reato, ed in particolare della colpa, ma non già in quello oggettivo. Il pericolo – inteso quale elemento oggettivo che a vario titolo può venire a completare o a costituire in via esclusiva la tipicità del fatto di reato – può sussistere o meno a prescindere dalla prevedibilità di esso da parte dell'agente. Se il pericolo non può né deve essere riconosciuto dal soggetto agente non si può certo sostenere che esso non esista, ma si dovrà invece concludere per l'insussistenza del reato per difetto dell'elemento soggettivo.

8. (SEGUE) CLASSIFICAZIONI IN TEMA DI PERICOLO

Per concludere questa sintetica ricostruzione sul concetto dogmatico di pericolo, e prima di passare ad analizzarne le sfumature in riferimento ai delitti contro l'incolumità pubblica, occorre richiamare le varie tipologie di reato di pericolo che sono state elaborate in dottrina. Si fa qui evidentemente riferimento alla classica tripartizione in reati di pericolo concreto, astratto e presunto (56). Nei reati di pericolo concreto il pericolo per il bene deve effettivamente sussistere, essendo elemento espresso della fattispecie, e dovendo dunque essere accertato dal giudice in ciascun caso e concretamente. Nei reati di pericolo astratto, invece, il pericolo non è requisito tipico, ma è dato dalla legge come insito nella stessa condotta, ritenuta pericolosa. Il giudice, pertanto, si limita a verificare la sussistenza della condotta e la sua conformità alla fattispecie di legge. Nei reati di pericolo presunto, invece, il pericolo non è necessariamente insito nella condotta, poiché al momento di essa è possibile verificarne l'esistenza effettiva, verifica che però non può essere compiuta, avendo il legislatore presunto iuris et de iure il pericolo, e non ammettendosi quindi nemmeno la prova contraria della sua concreta inesistenza.

Dal punto di vista “funzionale”, invece, il pericolo può essere previsto, come detto, ora in riferimento alla condotta (ed ai suoi corollari), ora in relazione all'evento (ed ai suoi corollari) (57). È di fondamentale importanza, al riguardo, riuscire ad individuare un criterio che permetta di capire se si tratti di pericolo riferito alla condotta ovvero all'evento. Ciò in quanto, pur non cambiando la base del giudizio, che resta sempre totale *ex ante*, muta, come visto, il momento dello stesso, a seconda che il pericolo si riferisca alla condotta o all'evento. Anche in questo caso, sarà utile il principio teleologico della maggiore prevenzione. Laddove la formulazione della fattispecie risulti chiara, nulla quaestio: il pericolo si riferirà all'elemento cui il legislatore avrà inteso con nettezza ricondurlo. Laddove, invece, così non dovesse essere, si dovrà prediligere, fra momenti tutti letteralmente e semanticamente validi, quello che comporti la prognosi più sfavorevole (58).

9. PERICOLO ED ELEMENTO SOGGETTIVO DEL REATO: IL DOLO

Prima di passare ad analizzare il pericolo nelle fattispecie contro l'incolumità pubblica, occorre ancora soffermare l'attenzione sull'elemento soggettivo dei reati di pericolo, posto che, nella prospettiva teorica qui accolta, il pericolo deve indubbiamente essere qualificato come elemento ontologicamente oggettivo della fattispecie. Urge allora valutarne i rapporti con l'altro lato del reato, vale a dire con l'elemento psicologico.

Si tratterà in primo luogo del dolo di pericolo, per poi passare ad una più attenta analisi della colpa nei reati di pericolo, attesa l'estrema affinità e contiguità fra i concetti di pericolo e colpa. Partendo quindi dal dolo di pericolo (59), occorre anzitutto segnalare che, né a livello normativo, né a livello dogmatico è dato riscontrare alcuna differenza fra il dolo di pericolo ed il dolo di danno, essendo infatti entrambi caratterizzati dalla presenza degli elementi di cui all'art. 43, comma 1, c.p., vale a dire coscienza e volontà. La struttura del dolo di pericolo, pertanto, prevede «l'elemento cognitivo e quello volitivo, cosicché per la sua integrazione è indispensabile che l'agente si rappresenti il pericolo concreto e – sulla base di siffatta componente intellettuale – decida di agire» (60). Logici e pacifici corollari di tale principio sono, da una parte, il rifiuto dell'equiparazione del dolo di pericolo con il dolo eventuale di danno ovvero con la colpa cosciente e, dall'altra, la configurabilità del dolo eventuale di pericolo.

Quanto al primo corollario, chiarito che anche per il dolo eventuale (di danno) è necessario un requisito volitivo, al fine di distinguerlo dalla colpa cosciente e di farlo rientrare nella sistematica del dolo (61), è evidente che è ben ipotizzabile la circostanza in cui un soggetto sia consapevole di esporre a pericolo effettivo un bene giuridico e decida volontariamente di agire, senza per ciò solo accettare l'eventuale produzione del danno (62). *Id est*, una situazione di vero e proprio dolo di pericolo, distinto dal dolo eventuale di danno, il quale deve sempre essere caratterizzato «da una previsione effettiva dell'esito dannoso fondato sulla percezione in concreto dei fattori di rischio»

(63). Parimenti da evitare è la confusione con la colpa cosciente, a causa della più generale distinzione che investe i concetti di pericolo e colpa, e su cui si tornerà infra(64). Quanto al secondo corollario, è ammissibile nell'ordinamento la figura del dolo eventuale di pericolo, secondo, in definitiva, gli ordinari canoni di accertamento del dolo eventuale di danno. Anche nei reati di pericolo, infatti, non è sempre configurabile il dolo eventuale, ostandovi a volte la struttura stessa della fattispecie (si pensi alle «ipotesi in cui la creazione di un pericolo effettivo appare «connaturata» – vale a dire «simultanea» – all'effettuazione della condotta rischiosa» (65), in cui quindi la rappresentazione del pericolo è «conseguenza «necessaria»» (66) della condotta). D'altra parte, è del tutto ammissibile la situazione in cui la creazione di un rischio effettivo non possa dirsi sicura, ma dipenda da fattori, presenti o futuri, di cui l'autore non è a conoscenza. Ne consegue che, «se il soggetto si rappresenta come probabile l'avverarsi di tali circostanze e accetta la loro eventuale produzione – che determina uno stato di «crisi» per il bene giuridico tutelato – viene in considerazione il concetto di *dolus eventualis* di pericolo» (67). Se quanto affermato circa la non ontologica distinzione fra dolo di danno e dolo di pericolo è vero, resta pur sempre inteso che non è possibile acriticamente ritenere applicabili al dolo di pericolo tutte le caratteristiche di quello di danno, e che alcuni profili differenziali sono in ogni caso riscontrabili (68). Pur senza volere entrare eccessivamente nello specifico, data la natura della sentenza in commento, possono ravvisarsi almeno due grandi differenze. In primo luogo, nel dolo di pericolo risulta valorizzato il momento rappresentativo a scapito di quello volitivo. È infatti necessario che «l'autore della condotta si rappresenti tutte le circostanze su cui si fonda la prognosi di pericolo: mentre nei reati di evento è sufficiente che l'agente sia stato consapevole di cagionare l'esito lesivo, senza doversi necessariamente rappresentare in dettaglio il decorso causale da cui è effettivamente scaturito l'evento, negli illeciti di pericolo le singole circostanze influenti sull'esistenza del pericolo sembrerebbero assumere un ruolo assorbente»

(69).

In secondo luogo, la valorizzazione del momento rappresentativo finisce invariabilmente per assottigliare e rendere meno netta la distinzione fra le varie forme di dolo, distinzione che pure, come visto, è assolutamente possibile.

10. PERICOLO ED ELEMENTO SOGGETTIVO DEL REATO: LA COLPA

Ben più rilevanti, anche per quanto qui di interesse (trattando la sentenza in commento di un reato colposo contro l'incolumità pubblica), sono i rapporti fra pericolo e colpa. Le due nozioni sono fra loro così legate e contigue da sembrare addirittura che la lingua tedesca consenta un collegamento lessicale fra i concetti di

pericolo (Gefahr) e di colpa (Fahrlässigkeit), probabilmente entrambi derivazione della forma di antico ed alto tedesco “fara”, collegabile al greco $\pi\epsilon\tilde{\iota}\rho\alpha$ (provare, sperimentare, etc.) ed al latino periculum(70). Sicché, sembra che già a livello linguistico possa predicarsi quell'accostamento fra delitti di pericolo e colpa che la dogmatica ha cercato di analizzare.

Come si è detto più volte, tuttavia, la vera sfida sembra essere quella di non confondere assolutamente i due concetti, ma di ricavare per entrambi un perimetro operativo ben definitivo, capace di apportare un contributo alla struttura del reato. Coerentemente rispetto all'impostazione qui preferita, infatti, se il pericolo deve essere inteso come elemento ontologicamente oggettivo della fattispecie, da ponderare con giudizio prognostico a base totale ex ante, non potrà in nessun caso essere confuso con la colpa, elemento soggettivo del reato, sebbene a natura fortemente (per non dire pressoché totalmente) normativa (71). Come noto, infatti, la confusione fra pericolo e colpa può essere determinata, a primo sguardo, dal travisamento del concetto di “prevedibilità”. Affinché la colpa risulti integrata, infatti, è necessario che l'evento, oltre a non essere in nessun caso voluto (sebbene possa, nella colpa c.d. cosciente, essere previsto), sia sempre anche prevedibile, da parte del modello di riferimento, vale a dire l'homo eiusdem professionis et condicionis. Un concetto di prevedibilità di tale fatta, naturalmente, presenta molti punti di contatto con il concetto di “pericolosità”, dal momento che fondamento normativo della colpa è pur sempre la violazione non già di qualsiasi regola, ma solamente delle regole cautelari poste a tutela di determinati beni rispetto a determinati rischi ed alla verifica di determinati eventi. Ebbene, la prevedibilità-pericolosità caratterizzante la colpa è tuttavia cosa ben diversa rispetto al pericolo, in quanto «la colpa, essendo pur sempre un criterio di imputazione soggettiva, può venire fondata soltanto su ciò che, presente nel momento della condotta, era allora riconoscibile (a un osservatore avveduto)» (72). Tale impostazione, accolta dalla dottrina maggioritaria (73), trova espresse conferme di ordine normativo nella presenza, nell'ordinamento, di alcune fattispecie colpose di pericolo concreto – quali gli artt. 450 e 452, comma 2, c.p. – nelle quali «se il pericolo non venisse determinato in maniera diversa da come viene determinata la colpa, il suo contenuto si identificherebbe con quello della colpa e uno dei due elementi (pericolo o colpa) risulterebbe superfluo; con la insostenibile conseguenza che tali fattispecie verrebbero rese più povere perché private della funzione tipizzante di uno dei loro requisiti essenziali» (74). Traendo le conseguenze del discorso, è dunque opportuno distinguere nettamente colpa e pericolo. La prima fonda un giudizio di prevedibilità di carattere soggettivo, da effettuarsi necessariamente partendo da una base parziale ex ante; il secondo, invece, è elemento oggettivo della fattispecie, del quale, quindi, sarà necessario indagare l'effettiva sussistenza o meno, secondo un giudizio di prognosi a base totale, indipendentemente dalle conoscenze effettive del soggetto

agente (o di altro parametro di riferimento) (75). Ne consegue che sono ben configurabili, nell'ordinamento, oltre a condotte pericolose e colpose, anche condotte pericolose ma non colpose e condotte colpose ma non pericolose. Le condotte pericolose ma non colpose sono quelle «dove il pericolo è riscontrabile in base alla considerazione di circostanze che esulano dal quadro ambientale utilizzabile per il giudizio sulla colpa» (76), mentre quelle colpose ma non pericolose sono quelle che «pur qualificabili come imprudenti secondo la base ontologica e il metro propri del giudizio sulla colpa, se considerate secondo la base e il metro propri del pericolo reale o oggettivo, rivelano in concreto l'assenza di tale pericolo» (77), nonché quelle «a proposito delle quali nessuno è ancora in grado di affermare se possono o no cagionare certi eventi lesivi» (78). In altre parole, i giudizi di colpa e pericolo – operanti, rispettivamente, sul piano soggettivo e su quello oggettivo – si pongono in rapporto di necessaria complementarietà, sia di prospettiva, sia di valutazione ed accertamento. Perché il reato colposo di pericolo possa dirsi perfettamente integrato, infatti, entrambi dovranno poter essere compiuti in maniera autonoma, e dovranno trovare riscontro nella realtà naturalistica. Bisognerà dapprima indagare il piano della tipicità ed offensività – vale a dire della presenza di un pericolo effettivo – secondo una valutazione che tenga conto, in maniera prognostica, di tutte le circostanze sussistenti al momento del giudizio (ossia, a seconda del tipo di reato: della condotta, dell'evento, etc.); dopodiché, acclarato tale primo elemento (nonché, va da sé, il nesso causale rispetto al comportamento del soggetto agente, secondo l'ordinario giudizio ex post che presiede all'accertamento di causalità), spetterà alla colpa inserire nel giudizio la valutazione di colpevolezza, dovendosi valutare se il pericolo risultasse prevedibile, secondo i normali metri del giudizio di colpa, e dunque tenendo presenti solamente le circostanze conosciute (o doverosamente conoscibili) dal soggetto agente, secondo una base non più totale, ma solamente parziale, sebbene ad ogni modo indagata ex ante. Tale ontologica distinzione fra pericolo e colpa permette di fondare – ed allo stesso tempo ulteriormente confermare – la natura oggettiva del pericolo (79). Infine, resta da trarre un'ulteriore e definitiva conseguenza dal discorso fin qui compiuto, ed alla quale si accennava nel paragrafo precedente, relativa alla distinzione fra il dolo di pericolo e la colpa cosciente. Sebbene si possa essere portati ad assimilare i due concetti, «valorizzando le evidenti «affinità» che il concetto di dolo di pericolo presenta con la componente psicologica della colpa con previsione (del danno), dove la rappresentazione del rischio concreto si accompagna ad una fiducia – e non ad una semplice speranza – nella non verificazione della conseguenza lesiva» (80), è bene recuperare con forza la totale autonomia della colpa con previsione, dal momento che in essa, «a livello obiettivo, occorre che la rappresentazione dell'evento si concretizzi su un ventaglio specifico di circostanze collegate alla trasgressione di una determinata regola cautelare; sul piano soggettivo, la consapevolezza attuale di violare un obbligo

di diligenza non coincide con la «decisione» di «creare» un pericolo per il bene giuridico altrui» (81).

11. IL PERICOLO NEI REATI CONTRO L'INCOLUMITÀ PUBBLICA: SGUARDO D'INSIEME

Prima di passare ad analizzare nel dettaglio l'elemento del pericolo nella fattispecie che maggiormente ci interessa – vale a dire quella oggetto della sentenza in epigrafe, ossia l'art. 442 c.p. – è opportuno tratteggiare una panoramica generale e sintetica del pericolo nel sistema dei delitti di comune pericolo mediante frode contro l'incolumità pubblica. La dottrina ampiamente maggioritaria considera sicuramente fattispecie a pericolo concreto quelle previste dagli artt. 440, 441, 442 e 444 c.p., ritenendo invece variamente fattispecie di pericolo astratto, presunto o apparentemente presunto quelle rimanenti, vale a dire gli artt. 438, 439, 443 e 445 c.p. (82) Ad ogni modo, occorre sottolineare che anche nel caso del pericolo concreto, è la natura stessa del bene giuridico tutelato – vale a dire l'incolumità pubblica – ad imporre che queste fattispecie incorrano in qualche tipo di astrazione. Soffermando l'attenzione sugli artt. 440-444 (meno il 443), si nota, inoltre, che ulteriore fattore di astrazione è qui rappresentato dal fatto che il giudizio di pericolo si riferisce «alla modalità della condotta, la cui rilevanza tipica dipende dalla sua idoneità a prospettarsi come causa di futuri eventi lesivi» (83). Come si nota, infatti, si tratta sempre di fattispecie in cui il pericolo si riferisce alla condotta ovvero all'oggetto materiale di essa, e non già all'evento, imponendo quindi, per così dire, un'astrazione “di secondo grado”. Non solo il pericolo deve essere necessariamente comune – ossia, come detto, sovraindividuale e non personale – ma deve anche connotare in maniera per l'appunto pericolosa una condotta (o il suo oggetto materiale), secondo un giudizio, tuttavia, di prognosi di pericolo rivolto ad un possibile/probabile evento (dannoso) futuro.

Ecco dunque che rilievo dirimente verrà ad assumere il criterio tramite il quale contenere tale seconda astrazione e permettere che il pericolo possa in ogni caso essere concretamente accertato, riportando pienamente tali fattispecie nell'alveo dell'offensività e del modello di pericolo concreto. Tale criterio – vale a dire il criterio, che si è supra affrontato in generale, della probabilità di un futuro evento lesivo in cui si sostanzia il pericolo – non potrà qui che venire a coincidere, logicamente, con quello proprio della causalità generale, id est, dell'idoneità di un dato elemento/fattore a provocare in generale determinati eventi/danni/lesioni. È chiaro, infatti, che per mettere in pericolo (rectius: per valutare che sia avvenuta concretamente la messa in pericolo) di un bene quale l'incolumità pubblica, non si potrà che ricorrere alla generale probabilità astratta – si vedrà fra un secondo in base a quali parametri – che date alcune condizioni si possano verificare determinate conseguenze lesive. Quanto al parametro, esso non potrà che essere l'epidemiologia (84), riguardando essa

popolazioni generali con lo scopo preventivo di tutela della salute pubblica. Tramite l'utilizzo di leggi epidemiologiche, quindi, si sostanzia il parametro della scientificità come base del giudizio di pericolo, in maniera congrua rispetto al bene tutelato ed al tipo di giudizio (di mero pericolo, e non già di causalità effettiva) da compiersi. Infatti, «certamente insufficiente – sul piano strettamente causale – a spiegare il singolo evento di danno o di pericolo concreto, stante l'incapacità di predizione individuale, il parametro della causalità generale, fondato sull'aumento del rischio epidemiologico, può essere, invece, valorizzato per esprimere la possibilità scientifica di un danno alla salute di pluralità indeterminate di consociati, nella misura in cui si basi sulla probabilità statistica ex ante» (85).

Evidentemente, si raggiunge così, tuttavia, il limite estremo dell'anticipazione della repressione penale senza violare il principio di offensività, dal momento che solo la necessità di tutelare il bene della salute/incolumità pubblica – bene, come più volte ribadito, tutelabile solamente mediante fattispecie di pericolo e solamente tramite un giudizio di astrazione assimilabile a quello di causalità generale su base statistico-epidemiologica – consente di tollerare nell'ordinamento tale anticipo della soglia di punibilità. Ne consegue, doverosamente, che si debba escludere categoricamente di potere arretrare ulteriormente tale soglia, a pena di incorrere nella incriminazione del mero rischio (e non più del pericolo), vale a dire della mera possibilità che alcuni eventi seguano ad alcune condotte, senza alcuna base scientifica attendibile di riferimento. Si deve quindi escludere che «il concetto di pericolo comune possa essere dilatato sino a ricomprendere i fatti di cui non sia ancora chiara, in base ad una rilevante frequenza statistica, la generale attitudine a determinare danni»

(86), vale a dire di fatti non pericolosi, o non necessariamente, allo stato delle conoscenze scientifiche (ricomprese anche quelle epidemiologiche) (87). I delitti de quibus, come si è già detto, sono configurati dal legislatore anche nella variante colposa (88), per il tramite dell'art. 452, comma 2, c.p. Come autorevolmente sostenuto in dottrina (89), colpa e frode possono benissimo convivere, dal momento che la frode nei delitti contro l'incolumità pubblica deve essere intesa come oggettiva insidia del fatto, sussistente anche nel caso di realizzazione colposa, ed apprezzabile «nel carattere occulto (non esteriormente percepibile) del pericolo, nell'annidarsi della minaccia alla salute in cose o sostanze destinate all'uso e consumo comuni» (90). D'altra parte, dal punto di vista pratico e criminologico, è noto che le condotte incriminate come capaci di porre in pericolo l'incolumità pubblica sono in larghissima parte realizzate in forma colposa (come accade, ad es., in caso di inconsapevolezza del produttore circa la pericolosità dei materiali o dei prodotti, legata alla violazione colposa delle norme cautelari volte a prevenire offese alla salute pubblica). Infine,

occorre sottolineare che le fattispecie colpose di cui al Capo III sono modellate per *relationem* rispetto alle corrispondenti ipotesi dolose. Si ritiene, pertanto, che «i delitti colposi di comune pericolo rappresentino espresse previsioni di responsabilità colposa per analoghi fatti già considerati alla stregua della responsabilità per dolo, inducendosi una corrispondenza degli elementi caratterizzanti le rispettive fattispecie, salvo che non sia diversamente disposto» (91).

12. IL PERICOLO CONCRETO NELLA FATTISPECIE DI COMMERCIO DI SOSTANZE ALIMENTARI CONTRAFFATTE O ADULTERATE (ART. 442 C.P.): LA SENTENZA IN COMMENTO

È quindi ora possibile passare al commento della sentenza in epigrafe. Con l'arresto in discorso, la V Sezione della Corte di cassazione ha affermato che la fattispecie di cui all'art. 442 c.p. ha natura di reato di pericolo concreto la cui offensività è incentrata non già sul potenziale evento pericoloso, bensì sulla generale attitudine della condotta a produrre danni per la salute pubblica. Il caso sottoposto all'attenzione della suprema Corte riguardava, nel più ampio procedimento concernente il grave inquinamento attribuito alla produzione chimico-industriale nello stabilimento Montedison-Ausimont in provincia di Pescara, la distribuzione per il consumo di acque destinate all'alimentazione umana, da altri avvelenate, mediante immissione nella rete idrica delle acque emunte dai pozzi di Colle Sant'Angelo, oggetto della grave contaminazione. Dopo un primo rinvio da parte della I Sezione della Suprema Corte, il giudice di merito aveva derubricato il fatto da doloso a colposo (combinato disposto degli artt. 442 e 452, comma 2, c.p.) e ordinato perizia, volta all'accertamento del pericolo concreto. Infine, era pervenuto a dichiarare la prescrizione del reato (sebbene secondo un calcolo poi smentito dalla sentenza in commento, la quale però non aveva potuto escludere l'estinzione del reato, non essendo stato impugnato il relativo punto della decisione di merito).

La questione sottoposta alla Corte di cassazione riguardava proprio l'elemento del pericolo all'interno della fattispecie, ed in particolare il suo accertamento. Secondo i consulenti della difesa, infatti, le acque distribuite per il consumo erano sempre rientrate nei limiti di potabilità previsti dal d.lg. n. 31/2001 (Attuazione della direttiva 98/83/CE relativa alla qualità delle acque destinate al consumo umano), in quanto, al punto di consegna (c.d. rubinetto), non erano mai stati superati i livelli-soglia indicati dalla normativa di settore. Cionondimeno, il giudice aveva riconosciuto la sussistenza del reato, sostenendo che il giudizio di idoneità dell'acqua vada oltre la mera conformità al rubinetto. La Corte di legittimità rigettava il ricorso, applicando l'orientamento pacifico espresso dalla sentenza Tettamanti delle Sezioni unite in ordine alla possibilità di pronunciare sentenza ai sensi dell'art. 129, comma 2, c.p.p. invece della prescrizione del reato solamente ove il proscioglimento nel merito risulti

evidente, oggetto cioè di mera constatazione, e non già di valutazione (cosa non accaduta nel caso di specie, ove il giudice, per pervenire ad assoluzione nel merito, avrebbe dovuto in ogni caso valutare e comparare i vari elaborati tecnici, di segno diametralmente opposto, prodotti dalle parti).

Ciò chiarito, la Corte dava conto della natura di fattispecie di pericolo concreto incentrato sulla condotta dell'art. 442 c.p., affermando che in essa «l'apprezzamento della pericolosità per la salute pubblica non si esaurisce in un'operazione di mera interpretazione della norma – come nel caso, ad esempio, dei reati di pericolo presunto, tipizzati secondo la tecnica c.d. ingiunzionale del superamento dei limiti-soglia –, comprendendo una imprescindibile dimensione di valutazione, coesistente alla descrizione della fattispecie in termini di pericolo concreto». In relazione al pericolo, poi, veniva chiarito che la fattispecie de qua «tipizza il requisito del pericolo non già con riferimento all'offesa potenziale del bene giuridico tutelato (come reato di evento pericoloso [...]), bensì come riscontro di una generica attitudine dell'azione tipica a produrre danni, senza alcuna correlazione a soggetti determinati [...], nell'ambito della descrizione normativa di un reato di condotta pericolosa (da una parte della dottrina definito anche di pericolo astratto-concreto), il cui disvalore è concentrato sull'azione [...], non già sull'evento».

Come si vede, la Cassazione ha in questo caso perfettamente applicato i principi relativi ai reati di pericolo contro l'incolumità pubblica che si sono esposti supra, sotto ogni aspetto, e nei limiti di quanto devoluto alla sua cognizione. Infatti, la Corte chiarisce anzitutto che si tratti di un reato di pericolo concreto, in specie di condotta pericolosa (anche detto di pericolo astratto-concreto proprio per quell'astrazione, poc'anzi ricordata, che dalla condotta di pericolo permette di pronosticare un evento futuro di danno). In secondo luogo, dà prova di ritenere che effettivamente tale pericolo abbisogni di apposita «valutazione» per potere essere accertato, tanto da non ritenere sufficiente la mera mancanza del superamento dei limiti-soglia per ritenerlo insussistente. Infine, ritiene implicitamente che l'accertamento del pericolo concreto debba svolgersi mediante l'applicazione delle conoscenze scientifiche del settore, affermando che il giudice di merito, se non avesse dichiarato la prescrizione, avrebbe dovuto comparare e valutare i risultati, fra loro confliggenti, di apposite consulenze tecniche di parte, onde pervenire con certezza all'affermazione ovvero all'esclusione del pericolo concreto. In questo, si noti, la Corte opera in maniera del tutto coerente rispetto al rinvio precedentemente operato dalla I Sezione nello stesso processo, rinvio disposto proprio perché il giudice di merito aveva pronunciato assoluzione avendo escluso il pericolo senza tuttavia avere disposto alcuna perizia, e quindi solamente sulla base della sua scienza privata, insufficiente, evidentemente, a fondare la (in)sussistenza del pericolo.

La sentenza di cui si discorre, come si vede, si pone nel solco già tracciato dalla prevalente giurisprudenza di legittimità, che ha contribuito a classificare i reati di cui in discorso. Già in tempi risalenti, infatti, la giurisprudenza chiariva che i reati dolosi o colposi contro la salute pubblica debbono annoverarsi tra i reati di pericolo e non di danno; di conseguenza, per la punibilità di essi non si esige che le sostanze alimentari si siano manifestate, in concreto, nocive alla salute pubblica, essendo sufficiente che abbiano in sé l'attitudine a produrre nocimento alla pubblica salute (92). Allo stesso modo, con specifico riferimento al reato di cui all'art. 442 c.p., si affermava che, per ritenerlo integrato, fosse necessario che le cose delle quali si fa commercio, a causa della corruzione, della adulterazione o della contraffazione, si siano rese concretamente pericolose per la pubblica salute; del pari necessaria veniva considerata la volontà di detenere, porre in vendita o distribuire sostanze alimentari o medicinali avvelenate, adulterate o contraffatte, sapendo che le stesse sono pericolose per la pubblica salute (93).

Cionondimeno, la giurisprudenza ha avuto modo di approcciarsi ai delitti in questione con riferimento, per lo più, al reato di cui all'art. 439 c.p., ed al concetto di avvelenamento in esso sistematizzato. Si trova infatti affermato che per la configurabilità del reato di avvelenamento (anche nell'ipotesi colposa) di acque o sostanze destinate all'alimentazione, pur dovendosi ritenere che trattasi di reato di pericolo presunto, è tuttavia necessario che un "avvelenamento", di per sé produttivo, come tale, di pericolo per la salute pubblica, vi sia comunque stato; il che richiede che vi sia stata immissione di sostanze inquinanti di qualità ed in quantità tali da determinare il pericolo, scientificamente accertato, di effetti tossico-nocivi per la salute (94). D'altra parte, si chiarisce che l'avvelenamento, per essere tale, non deve necessariamente avere potenzialità letale, essendo sufficiente che abbia idoneità a nuocere alla salute (95). Anche recentemente, vale a dire dopo la decisione in commento, è stato ribadito che la condotta di avvelenamento di acque o sostanze destinate all'alimentazione di cui all'art. 439 c.p., a differenza di quella di corrompimento di cui all'art. 440 c.p., ha connotato in sé un intrinseco coefficiente di offensività, caratterizzandosi per l'immissione di sostanze estranee di natura e in quantità tale che, seppur senza avere necessariamente una potenzialità letale, producono ordinariamente, in caso di assunzione, effetti tossici secondo un meccanismo di regolarità causale che desta un notevole allarme sanitario da valutarsi anche in relazione alla tipologia delle possibili malattie conseguenti (96).

13. RICAPITOLAZIONE SULL'ART. 442 C.P. E CONCLUSIONI

Alla luce di quanto sin qui detto, è possibile infine tratteggiare una sintetica ricostruzione del delitto di cui all'art. 442 c.p. (anche in combinato con l'art. 452, comma 2, c.p., nella variante colposa)(97). Come si è detto, si tratta di reato unico a

modalità alternative della condotta investenti diversi possibili oggetti materiali, qualificati come pericolosi a causa della condotta preesistente di altri. Il soggetto agente, infatti, per integrare la fattispecie di reato, deve, fuori dal caso di concorso nei reati previsti dagli articoli precedenti, detenere per il commercio, ovvero porre in commercio ovvero ancora distribuire per il consumo acque, sostanze o cose che sono state da altri avvelenate, corrotte, adulterate o contraffatte, in modo pericoloso alla salute pubblica. Si tratta di un tipico reato permanente, in cui l'evento sussiste fintanto che perdura la condotta (ad es. la detenzione delle cose allo scopo di commerciarle), ed è necessario, per la realizzazione dell'ipotesi dolosa, che il soggetto agente abbia consapevolezza del pericolo per la salute pubblica (ad eccezione, come si è visto, della condotta di avvelenamento, bastando qui la conoscenza dell'avvenuto avvelenamento, operando poi la presunzione di pericolosità) (98).

Il pericolo, come abbiamo detto, deve essere inteso come concreto (99), risultando espresso nella fattispecie ed essendone indubbiamente necessaria la ricognizione effettiva. È inteso come attributo dell'oggetto materiale della condotta (100), imponendo quindi che la valutazione del pericolo avvenga – secondo la prognosi a base totale più volte ricordata – al momento di realizzazione della condotta, individuando il momento – trattandosi di reato permanente – in cui maggiore sia il disvalore e più forte l'istanza preventiva. Soffermandoci, infine, sul combinato disposto degli artt. 442 e 452, comma 2, c.p., è necessario ribadire la piena configurabilità dell'ipotesi colposa. Sebbene parte della dottrina (101) ritenga che la condotta di detenzione al fine della messa in commercio integri una condotta a dolo specifico, dunque incompatibile con la colpa, non può non osservarsi che la colpa potrebbe ugualmente concretizzarsi, «con riferimento alla pericolosità degli oggetti materiali, in termini di mancata percezione della lesività di questi ultimi, addebitale a imprudenza, imperizia, o difetto di diligenza dell'agente» (102). Infatti, se la consapevolezza della pericolosità degli oggetti materiali è necessaria per l'integrazione del dolo, ricorrerà al contrario l'ipotesi colposa allorquando l'agente ignori tale pericolosità, ovvero che le cose considerate dalla norma siano andate incontro ad una condotta di contraffazione (103). In conclusione, la fattispecie dell'art. 442 c.p. rappresenta un'ottima espressione dei più generali principi sottesi alla tutela penale della salute pubblica mediante la predisposizione di reati di pericolo. In essa – come nelle altre fattispecie del medesimo Capo – è peraltro possibile valutare l'applicazione dei caratteri propri del giudizio di pericolo, mettendone alla prova la concretezza e l'accertabilità, ed è altresì possibile individuare con nettezza

IL SISTEMA ANTITERRORISMO ALLA LUCE DELLA L. 43/2015: UN ESEMPIO DI “DIRITTO PENALE DEL NEMICO”?

Sommario: 1. Il problematico rapporto tra libertà e sicurezza, tra diritto penale cool, simbolico e del nemico. — 2. I capisaldi strutturali della riforma antiterrorismo del 2015. — 3. Le nuove fattispecie delittuose: a) l'art. 270-quater c.p. — 3.1. b) L'art. 270-quater.1 c.p. — 3.2. c) L'art. 270-quinquies c.p. — 3.3. d) Il comma 3-bis dell'art. 1, l. 43/2015. — 4. Gli altri interventi sul piano del diritto penale sostanziale. — 5. La degiurisdizionalizzazione dell'intervento lato sensu penale: cenni. — 6. La riforma operata dalla legge n. 153 del 2016: uno sguardo d'insieme. — 7. Osservazioni finali: una deriva inarrestabile?

Abstract

Con il “pacchetto” antiterrorismo del 2015, il legislatore italiano ha dichiaratamente inteso attuare obblighi di diritto internazionale derivanti dalla Risoluzione n. 2178/2014 del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite. La riforma incide significativamente sulle norme in materia di terrorismo mediante un generale processo di arretramento della soglia di rilevanza penale, rendendo punibili alcuni atti meramente preparatori. Esasperata anticipazione della tutela penale, norme non sufficientemente determinate, sanzioni sproporzionate ed importanti poteri coercitivi in capo all'esecutivo sono caratteristiche salienti del riformato sistema antiterrorismo: sembra quasi che il legislatore abbia agito con l'intento di conformarsi ai capisaldi del “diritto penale del nemico”. Si rendono quindi necessari dei correttivi al sistema, quanto meno in chiave ermeneutica, al fine di attuare tale normativa nel modo più conforme possibile ai diritti umani ed alla nostra Costituzione.

1. Il problematico rapporto tra libertà e sicurezza, tra diritto penale cool, simbolico e del nemico. — Alle porte del nuovo millennio, gli attacchi terroristici su scala mondiale hanno inflitto una profonda ferita alla società globale generando dirette conseguenze sugli ordinamenti giuridici coinvolti, spesso attraverso inquietanti derive autoritarie. In questa situazione di generale destabilizzazione — istituzionale e culturale — si pone sempre più drammaticamente il rapporto tra libertà e sicurezza (1), ormai destinate ad essere considerate monadi non sintetizzabili: un maggiore bisogno di sicurezza comporta — *rectius*, sembra dover comportare — un minore spazio per l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dalla Costituzione e dalle Convenzioni internazionali (2). Questo contesto è giocoforza caratterizzato da una normativa penale estremamente volatile, sensibile ai correlati eventi storici (3). Sia per assumere posizioni decise dal punto di vista della politica estera (tendenza che, portata alle estreme conseguenze, può degenerare in una superficializzazione delle scelte legislative in campo penale: c.d. diritto penale cool (4)), sia per placare l'allarme sociale conseguente a tali gravi accadimenti, si sono susseguite, negli ultimi quindici

anni, varie riforme legislative in materia di terrorismo che non sempre hanno agito in sintonia col sistema normativo di riferimento: ultime in ordine di tempo, le riforme introdotte nel febbraio-aprile 2015 e nel luglio 2016.

Da un lato, infatti, all'indomani dell'attacco terroristico rivendicato dallo Stato Islamico (IS o, più comunemente, ISIS) alla redazione del giornale satirico Charlie Hebdo a Parigi, il legislatore è intervenuto con il decreto-legge n. 7 del 18 febbraio 2015, convertito con modificazioni con la legge n. 43 del 17 aprile 2015; dall'altro, mediante la legge del 28 luglio 2016, n. 153, sono state ratificate cinque Convenzioni internazionali in materia di prevenzione e contrasto al terrorismo (5), con la contestuale introduzione di nuove ipotesi delittuose nel codice penale.

Le fattispecie introdotte dalle riforme si vanno ad aggiungere alle altre disposizioni codicistiche mirate alla lotta al terrorismo. Il legislatore ha inciso su un sistema particolarmente delicato, sulla cui compatibilità con i principi costituzionali di legalità, offensività, materialità e colpevolezza la dottrina si è costantemente espressa con forti e motivate perplessità.

Un esame consapevole dell'attuale normativa penale "antiterrorismo" non può comunque prescindere da una doverosa riflessione sul rapporto tra libertà e sicurezza, in un'epoca storica caratterizzata in misura sempre maggiore dalla simbolizzazione del diritto penale e dall'assunzione della dicotomia amico-nemico, pressoché in tutti i campi del diritto (6).

l'art. 3 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo sancisce che "ogni individuo ha diritto alla vita, alla libertà ed alla sicurezza della propria persona". Questa, così come varie altre disposizioni rintracciabili nel moderno ordinamento giuridico internazionale, accosta la sicurezza alla libertà in termini non antitetici, bensì come elementi strettamente connessi (7): la sicurezza non è un limite alla libertà dell'individuo, bensì un bene giuridico autonomo, di pari dignità e rilevanza dogmatica rispetto ai concetti di vita e libertà.

Eppure, nei sistemi giuridici moderni, il rapporto tra esigenze di sicurezza e diritti dell'uomo si fa sempre più complesso. Di fronte, in particolare, a fenomeni socialmente destabilizzanti quali il terrorismo internazionale, si scopre il tanto temuto "lato oscuro dei diritti umani" (8), qualora, in virtù di situazioni emergenziali (9), vengano adottate legislazioni eccezionali in grado di sospendere alcune garanzie costituzionali al fine (o col pretesto) di proteggerne altre (10). In taluni casi, come rilevato da diversi studiosi (11), le libertà dei cittadini vengono compresse per esigenze di sicurezza ed i diritti del terrorista possono essere violati, se necessario, per proteggere la pubblica incolumità. La logica della protezione dell'individuo in quanto tale da parte dell'ordinamento è totalmente ribaltata nella controversa concezione del diritto

penale del nemico (12) già elaborata da Günther Jakobs (13). Nella dicotomia Feindstrafrecht - Bürgerstrafrecht, (14) Jakobs ipotizza la coesistenza di due sistemi penali contrapposti all'interno dello stesso ordinamento giuridico: il primo rivolto ai criminali-nemici, il secondo ai criminali-cittadini. La distinzione è cruciale, perché mentre il cittadino (Bürger) delinque senza mettere a repentaglio i principi fondanti dell'ordinamento, il nemico (Feind) rappresenta un vero e proprio pericolo per la società, rendendo impossibile l'instaurazione da parte dello Stato di alcun tentativo di reintegrazione sociale. Il Nemico, in quanto tale, deve solo essere neutralizzato, con tutte le ambiguità che il termine "neutralizzazione" implica anche rispetto alle funzioni della pena. Sul piano della tecnica di formulazione normativa, il caposaldo del Feindstrafrecht è rappresentato dall'anticipazione della soglia della tutela penale, con tutti i rischi ad essa connessi (15).

In effetti, i caratteri essenziali del diritto penale del nemico si sostanziano in almeno tre aspetti: in primo luogo, come già accennato sopra, le pene svolgono in questi casi una mera funzione neutralizzatrice del reo, abbandonando ogni finalismo rieducativo; in secondo luogo, la soglia della tutela penale è eccessivamente arretrata, esasperando la tensione con i principi di colpevolezza, materialità ed offensività; infine, si assiste ad un processo di degiurisdizionalizzazione, mediante l'attribuzione di poteri coercitivi all'esecutivo, al di fuori delle garanzie tipiche del processo penale (16). È legittimo nutrire ben più di qualche perplessità in merito a tale teoria, sia sul piano del rispetto del nucleo essenziale dei diritti inalienabili dell'uomo, sia su quello dell'uguaglianza formale e sostanziale degli individui, sia, ancora, su quello delle funzioni della pena. Certamente un'impostazione come quella del diritto penale del nemico non è coerente con l'assetto costituzionale di moltissimi Stati moderni; eppure, sempre più spesso, i legislatori ricorrono a innovazioni normative chiaramente ispirate alle logiche di disuguaglianza tipiche del Feindstrafrecht jakobsiano. La questione, oggi, non è più meramente teorica: essa è anzi ulteriormente complicata dalla sempre maggiore sovrapposizione di sistemi sociali e normativi diversi e dalle dinamiche relazionali intercorrenti tra di essi.

L'attuale quadro storico ci porta immediatamente a pensare ai riflessi populistici di fenomeni quali l'immigrazione di massa sulle scelte politico-criminali. Non è nuova, in una prospettiva criminologica, l'equazione « straniero » uguale « cattivo » (17), ma tale assimilazione, che non ha certamente natura scientifica, ha portato ad un atteggiamento di chiusura del legislatore il quale, nel tentativo di limitare il fenomeno dell'immigrazione clandestina (18), ha agito, negli ultimi anni, mediante una politica normativa che ha alimentato il pregiudizio nei confronti degli immigrati.

Le complicazioni non finiscono qui: il giurista moderno non può non confrontarsi con le spinte ed i principi innovatori determinati dall'inarrestabile processo di

integrazione europea. L'adattamento alle norme “eurounitarie” (19) ha comportato l'ingresso, nel nostro ordinamento, di una serie di principi di portata fondamentale nella materia qui affrontata. Il trattato di Lisbona, inoltre, ha introdotto una serie di norme prefissate allo scopo di garantire ai cittadini europei uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, ma sempre nel rispetto dei diritti fondamentali (20).

Strumentale al raggiungimento di tale scopo, **l'art. 83 TFUE prevede, per specifiche materie, particolarmente delicate e tassativamente indicate, una competenza dell'Unione Europea in materia penale; competenza che, come rilevato in dottrina, è indiretta, in quanto esercitata mediante direttive (21).** Non è un caso che tra le sfere di criminalità indicate nell'art. 83 TFUE rientri anche il terrorismo. Considerato tuttavia che l'art. 67 TFUE sancisce il principio del necessario rispetto dei diritti fondamentali nella creazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, non v'è alcun margine, a livello europeo, per eventuali legislazioni sullo stampo del Feindstrafrecht jakobsiano. L'ordinamento sovranazionale e la centralità dei diritti umani nell'ambito di tale sistema si pongono quindi come dei veri e propri limiti per lo Stato nell'adozione di normative penali, anche in materia di terrorismo, che comportino la violazione dei diritti fondamentali.

Il riferimento all'ordinamento sovranazionale non sarebbe completo se non si prendesse in considerazione la “Grande Europa” dei diritti umani: la Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali (CEDU) e l'interpretazione che delle sue norme fornisce la Corte di Strasburgo hanno assunto un ruolo fondamentale negli ordinamenti degli Stati che ad essa aderiscono. Il sistema CEDU pone al centro di ogni considerazione i diritti dell'uomo: alcuni di essi sono assolutamente inviolabili, sottratti a qualsiasi margine di apprezzamento limitatore dello Stato; altri sono invece derogabili a determinate condizioni ed entro specifici limiti (22). Secondo il sistema convenzionale, non è pensabile una deroga a diritti come quelli alla vita, all'integrità fisica, al divieto di tortura, all'irretroattività della legge penale neanche per esigenze di sicurezza. Il sistema Cedu si pone quindi sicuramente come un estremo baluardo a tutela dei cittadini, rectius di tutti gli esseri umani. Ecco che, anche sotto questo specifico angolo prospettico, le esigenze di sicurezza trovano un limite invalicabile nell'interpretazione che la Corte Edu dà di alcune delle disposizioni contenute nella Convenzione. Rispetto alla materia in esame, indicativo è il riferimento alle decisioni della Corte che hanno applicato il principio di non-refoulement a tutti gli stranieri che rischiano di subire trattamenti contrari all'art. 3 della Convenzione nel proprio Paese di origine (23).

È quindi nell'ambito di un contesto politico-giuridico di base piuttosto complesso che il legislatore odierno si trova ad operare. Non è un caso che, negli ultimi quindici anni, l'intervento penale in materia di terrorismo sia stato la diretta conseguenza di

drammatici avvenimenti, e che all'uopo sia stato fatto abuso della decretazione d'urgenza. La foga del legislatore di dare risposte, più politiche che giuridiche, alla popolazione destabilizzata da simili sconvolgenti accadimenti, ha portato alla produzione di un'esorbitante quantità di norme, talvolta inutili per l'eccessiva caratterizzazione casistica, altre volte assolutamente carenti dal punto di vista della tassatività. Tale ipertrofia normativa assume la triste colorazione del diritto penale simbolico, il quale, giuridicamente, non può fare altro che danni; esso rimane, tuttavia, un resistibile strumento politico per tacitare esigenze sociali di sicurezza pubblica. Sempre più spesso il diritto penale viene strumentalizzato in chiave di rassicurazione sociale, al fine di acquisire consenso davanti all'opinione pubblica. Le riforme in materia di terrorismo non rappresentano che l'ennesima conferma di una tendenza legislativa che ha infervorato il dibattito dottrinale, voltosi generalmente in senso critico rispetto all'introduzione di fattispecie incriminatrici di dubbia utilità giuridica: si pensi, ad esempio, all'annosa diatriba sull'incriminazione del negazionismo (24) ed alla recente introduzione del delitto di omicidio stradale (25).

2. I capisaldi strutturali della riforma antiterrorismo del 2015. — Seguendo il trend delle ultime riforme in materia di terrorismo, anche nel 2015 il legislatore “emotivo” è intervenuto, come detto, all'indomani degli attacchi alla redazione del periodico satirico francese Charlie Hebdo, tramite il decreto legge n. 7/2015, convertito con l. n. 43/2015 (26). La riforma ha inciso su vari livelli: sul piano del diritto penale sostanziale, su quello del processo penale e infine su quello — insidioso — delle misure di prevenzione; inoltre, la l. 43/2015 ha modificato alcune previsioni riguardanti i poteri delle forze di polizia in sede d'indagini per la prevenzione e per la repressione dei reati.

La nuova sfida che sul piano lato sensu penale si pone è quella del contrasto alle recenti forme di terrorismo collegate allo Stato Islamico: non si combatte più, quindi — o, almeno, non soltanto — un'organizzazione internazionale con finalità terroristiche in senso tradizionale. La destabilizzazione sociale discende particolarmente dall'emersione di nuovi e inquietanti fenomeni, quali quelli dei c.d. foreign fighters e dei c.d. “lupi solitari” (27). Come rilevato in modo sostanzialmente unanime in dottrina (28), la tecnica di formulazione normativa utilizzata dal legislatore della riforma mostra, per l'ennesima volta, i limiti della legislazione penale dell'emergenza, e le problematicità intrinseche ad una disordinata stratificazione normativa (29) aggravata da un approccio di tipo estremamente casistico (30). Non è un caso, peraltro, che l'utilizzo del decreto legge come fonte produttiva di norme penali sia concettualmente criticato dalla dottrina più accorta, ponendosi in tensione con il principio di legalità, sub specie riserva di legge, per motivi sia formali che sostanziali (31). Ma, volendo mettere da parte le delicate questioni conseguenti all'utilizzo dello

strumento formale del decreto legge, la legislazione d'emergenza — emergenza, si noti, più politico-sociale che giuridica — ha avuto come effetto principale quello di introdurre o modificare una serie di norme incriminatrici in cui l'exasperata anticipazione della soglia della tutela penale è talora determinata — oltre che, come di consueto, dalla quasi impalpabilità del grado dell'offesa al bene giuridico — anche da una sconcertante carenza di tassatività delle disposizioni introdotte o modificate: con la conseguenza che è possibile evidenziare un duplice attrito, sia rispetto alla sufficiente determinatezza che alla materialità-offensività (32).

Il punto di partenza nell'analisi della disciplina è la Risoluzione n. 2178 del 2014 del Consiglio di Sicurezza dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, cui la relazione illustrativa della riforma fa esplicito riferimento (33). Tale risoluzione, adottata ai sensi del Capo VII della Carta delle Nazioni Unite, evidenzia alcuni punti nevralgici su cui gli Stati Membri devono concentrarsi in fase di attuazione: il contrasto all'estremismo violento; la cooperazione internazionale finalizzata ai controlli sul movimento dei sospetti terroristi, mediante l'eventuale utilizzo di misure di prevenzione; la risposta punitiva, consistente sostanzialmente nell'anticipazione della tutela penale, attraverso l'incriminazione degli stessi atti preparatori, antecedenti alla commissione di un attentato terroristico. La Risoluzione prende inoltre espressamente in considerazione i c.d. *foreign terrorist fighters*, ovvero “individuals who travel to a State other than their States of residence or nationality for the purpose of the perpetration, planning, or preparation of, or participation in, terrorist acts or the providing or receiving of terrorist training, including in connection with armed conflict” (34), prevedendo specifici obblighi di incriminazione del fenomeno in capo agli Stati Membri. In particolare, la sesta clausola operativa della Risoluzione 2178/2014, fa riferimento, nelle sue tre lettere, rispettivamente: a) alla condotta di coloro i quali “travel or attempt to travel to a State other than their States of residence or nationality, and other individuals who travel or attempt to travel from their territories to a State other than their States of residence or nationality, for the purpose of the perpetration, planning, or preparation of, or participation in, terrorist acts, or the providing or receiving of terrorist training”; b) alla condotta della “wilful provision or collection, by any means, directly or indirectly, of funds [...] with the intention that the funds should be used, or in the knowledge that they are to be used, in order to finance the travel of individuals who travel to a State other than their States of residence or nationality for the purpose of the perpetration, planning, or preparation of, or participation in, terrorist acts or the providing or receiving of terrorist training”; c) alla “wilful organization, or other facilitation, including acts of recruitment”, ad opera dei cittadini degli Stati Membri, o nel loro territorio, “of the travel of individuals who travel to a State other than their States of residence or

nationality for the purpose of the perpetration, planning, or preparation of, or participation in, terrorist acts or the providing or receiving of terrorist training” (35).

In attuazione quindi della Risoluzione 2178/2014, interviene la riforma operata dal d.l. n. 7/2015, il quale è stato strutturato in modo assai peculiare: accanto all'introduzione ed all'estensione di norme penali in malam partem, si pongono l'ampliamento dei poteri di polizia e delle misure di prevenzione, oltre all'approvazione di una serie di missioni internazionali.

Queste ultime, introdotte nell'ambito di un provvedimento normativo attinente alla lotta interna al terrorismo internazionale, rappresentano in realtà un eterogeneo gruppo di missioni finalizzate ai più diversi scopi, rispetto alle quali il Governo sembra aver richiesto al Parlamento un'approvazione in blocco (36).

Per la struttura singolare del provvedimento, nel quale confluiscono norme incriminatrici ed aggravanti in materia di terrorismo, sostanze esplosive ed istigazione a delinquere, prescrizioni che ampliano le misure di prevenzione ed i poteri di polizia, e disposizioni relative a missioni internazionali, si è parlato della riforma antiterrorismo, in modo del tutto condivisibile, come di uno strano “zibaldone” (37), il quale cerca di dare una risposta in termini simbolico-penalistici (38) ad un problema molto più grave e nei confronti del quale non è stata ancora prestata la dovuta attenzione a livello di politica legislativa, ovvero quello dell'integrazione sociale e culturale e della garanzia di uno spazio di uguaglianza dei diritti fondamentali di tutti i cittadini.

3. Le nuove fattispecie delittuose: a) l'art. 270-quater c.p. — L'art. 1 della l. 43/2015 conia nuove fattispecie di delitto in materia di terrorismo, aggiungendo un secondo comma all'art. 270-quater c.p., introducendo un art. 270-quater.1 c.p., modificando l'art. 270-quinquies c.p. e, da ultimo, aggiungendo la pena accessoria della perdita della potestà genitoriale, qualora sia coinvolto un minore, nel caso di condanna per i delitti ex artt. 270-bis, 270-ter, 270-quater, 270-quater.1 e 270-quinquies c.p.

Le disposizioni introdotte modificano la normativa in materia di terrorismo per incriminare le condotte dei foreign terrorist fighters: in tal senso, è la stessa relazione illustrativa del provvedimento a ricollegare la riforma alla Risoluzione n. 2178/2014.

Il secondo comma dell'art. 270-quater c.p. punisce con la pena della reclusione da cinque a otto anni (39), fuori dai casi di cui all'articolo 270-bis c.p. e salvo il caso di addestramento, la persona che viene arruolata dai soggetti che commettono il delitto di cui al primo comma. L'ambito di applicazione della disposizione è ampiamente ristretto dalle due clausole di riserva ivi previste, la prima a favore dell'art. 270-bis c.p., norma cardine del sistema, e la seconda a favore dell'art. 270-quinquies c.p.,

dedicato alla fattispecie di addestramento ad attività con finalità di terrorismo. Mediante l'introduzione di questo secondo comma, il legislatore ha sostanzialmente voluto incriminare, attraverso l'impianto complessivo dell'art. 270-quater c.p., i c.d. "lupi solitari" (40), ovvero quei soggetti i quali, pur non facendo tecnicamente parte delle associazioni di cui all'art. 270-bis c.p., arruolano e vengono arruolati al fine di commettere atti terroristici.

La norma de qua si presta, tuttavia, ad importanti critiche relative alle evidenti carenze in termini di tecnica legislativa. In particolare, essa non descrive in modo sufficientemente determinato la fattispecie: e questo rilievo riguarda la norma nel suo complesso, sin dalla formulazione originaria introdotta dal d.l. n. 144 del 2005, convertito, con modificazioni, nella l. n. 155 del 2005.

La disposizione, rubricata "arruolamento con finalità di terrorismo anche internazionale", punisce chi arruola e chi si fa arruolare, mediante una descrizione della condotta tipica a dir poco tautologica (41). Già all'indomani della riforma del 2005, la dottrina (42) discuteva sulla corretta interpretazione da dare al termine arruolare, e quindi se accentuare il significato etimologico del verbo, ovvero aderire ad un'interpretazione teleologica che avrebbe comportato l'incriminazione di qualsiasi forma di propaganda e, più in generale, di qualunque attività volta a trovare proseliti funzionale a commettere atti terroristici. Entrambe le interpretazioni comportano, comunque, tensioni con principi penali di rilevanza costituzionale, e questo dato fa riflettere sull'efficacia della tecnica di formulazione normativa adoperata dal legislatore. Un'interpretazione conforme ai principi di materialità e offensività imporrebbe di incriminare l'attività di arruolamento in senso letterale, intesa come iscrizione nei ruoli dell'esercito o di altra forza militare. Tale interpretazione, tuttavia, cozzerebbe con l'impostazione sistematica delle prescrizioni in materia di terrorismo di cui agli articoli 270-bis e ss. c.p.: la disposizione centrale del sistema è proprio l'art. 270-bis c.p., il quale incrimina le associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale, e a favore del quale gli artt. 270-quater, 270-quater.1 e 270-quinquies c.p. dispongono specifiche clausole di riserva — rilevando tali norme quali fonti d'incriminazione di tipo sussidiario. L'arruolamento, inteso come reclutamento nell'ambito di una struttura di tipo paramilitare (43), si sovrapporrebbe alla condotta di chi promuove od organizza le associazioni di cui all'art. 270-bis c.p.: disposizione, peraltro, che prevede la stessa pena — ovvero la reclusione da sette a quindici anni — prevista dall'art. 270-quater, primo comma, del codice penale.

Tale soluzione non pare praticabile per due ordini di ragioni.

In primo luogo, essa comporterebbe l'assimilazione della condotta di cui all'art. 270-quater c.p. ad una delle condotte ex art. 270-bis, primo comma, c.p., giacché

l'arruolante verrebbe identificato nel soggetto il quale raccoglie nuove reclute nell'ambito dell'associazione con finalità terroristica. Ma tale condotta sarebbe stata punibile già ex art. 270-bis c.p.! Peraltro, a tale interpretazione osta anche il dato letterale, ovvero la clausola di riserva espressa formulata dall'art. 270-quater c.p. a favore dell'art. 270-bis c.p. (44). Inoltre, se l'arruolamento dovesse considerarsi condotta finalizzata a reperire nuovi membri dell'associazione, non avrebbe senso il secondo comma dell'art. 270-quater c.p., il quale incrimina, come detto, il soggetto passivo dell'arruolamento. Evidentemente il soggetto arruolato è diverso da chi partecipa alle associazioni ex art. 270-bis c.p.: il legislatore ha persino individuato un minor disvalore nella condotta dell'arruolato rispetto al partecipante, avendo previsto lo stesso minimo (cinque anni), ma un diverso massimo edittale (45) (otto anni per l'arruolato ex art. 270-quater, secondo comma, c.p., dieci per il partecipante ex art. 270-bis, secondo comma, c.p.), e senza considerare che anche questa norma riserva la precedenza all'applicazione dell'art. 270-bis c.p. Non resta che concludere che il termine arruolamento debba essere interpretato in modo diverso rispetto al suo significato letterale (46), andandosi altrimenti giocoforza incontro a seri cortocircuiti sistematici.

L'interpretazione “corretta” da attribuire al termine arruolare verrebbe in realtà fornita dalla decisione quadro 2008/919/GAI del Consiglio dell'Unione Europea del 28 novembre 2008, la quale, modificando la decisione quadro 2002/475/GAI in materia di reati terroristici, espressamente definisce il “recruitment for terrorism” come qualsiasi attività volta a “soliciting another person to commit one of the offences listed in Article 1” (47), ovvero un reato terroristico. L'arruolamento consisterebbe quindi in un più generico reclutamento, da intendersi come una particolare forma d'istigazione a commettere un delitto terroristico (48). Sebbene proveniente da fonte europea, nemmeno tale interpretazione convince del tutto: il legislatore avrebbe, peraltro, potuto specificare in modo più dettagliato la condotta per evitare eccessi di anticipazione della tutela penale, ai limiti del contrasto con il principio di materialità.

Come si può arrivare ad affermare che tra i possibili significati del verbo “arruolare” rientri la condotta di chi “sollecita qualcuno a commettere un reato terroristico”? Come si può giustificare nei confronti di un mero istigatore una pena detentiva che va dai sette ai quindici anni — la stessa a cui soggiace chi promuove, costituisce, organizza, dirige, finanzia un'associazione con finalità terroristiche? Peraltro, ragionando in tal senso, si verrebbero a creare delle ulteriori interferenze tra la norma de qua e gli artt. 115 (rispetto all'arruolato) e 302 (rispetto all'arruolante) del codice penale (49). La relazione al disegno di legge di conversione cerca in realtà di differenziare la fattispecie ex art. 270-quater, secondo comma, c.p., dal mero assenso,

rilevante ex art. 115 c.p.: “la condotta dell'arruolato [...] non si esaurisce nella prestazione del mero assenso al compimento di reati con finalità terroristiche, rispetto al quale può trovare applicazione solo la misura di sicurezza di cui all'art. 115 c.p.”; la relazione tenta di ritagliare uno spazio di autonomia alla condotta dell'arruolato, che consisterebbe “nel mettersi seriamente e concretamente a disposizione come milite, e quindi soggiacendo a vincoli di obbedienza gerarchica, per il compimento di atti di terrorismo, pur al di fuori ed a prescindere dalla messa a disposizione con assunzione di un ruolo funzionale all'interno di una compagine associativa, tradizionalmente intesa. In questo senso, il mettersi in viaggio, o l'apprestarsi ad un viaggio, per raggiungere i luoghi ove si consumano azioni terroristiche [...] altro non sono che l'esplicazione di un precedente reclutamento, ossia di immissione volontaria e consapevole in una ‘milizia’, votata al compimento di azioni terroristiche”. Come rilevato in dottrina (50), la relazione fallisce nel tentativo di delineare una reale distinzione tra l'accordo ex art. 115 c.p. e la fattispecie dell'arruolamento passivo, in quanto, a rigor di logica, anche l'accordo per commettere un crimine, per avere rilevanza ai fini dell'applicazione della misura di sicurezza, deve essere serio e concreto: a contrario, non sarebbe un vero accordo! La spiegazione della condotta da parte della relazione, peraltro, nel riferirsi all'immissione in una “milizia”, torna a scontrarsi con la clausola di riserva a favore della partecipazione all'associazione con finalità terroristiche, accentuando il circolo vizioso disegnato dalla norma. Ed ancora, in giurisprudenza, prima dell'introduzione della disposizione, la condotta descritta è stata costantemente riportata alla vera e propria partecipazione, ritenendosi sufficiente a configurare la stessa il fatto che il soggetto avesse dato la propria seria e consapevole disponibilità a contribuire al raggiungimento dei fini dell'associazione (51): non si vede come l'introduzione di questa norma, atteso il tenore letterale della disposizione, possa modificare tale prassi giurisprudenziale (52). Eppure, in un recente arresto (53), la Corte di Cassazione, valorizzando il procedimento di interpretazione teleologica della norma rispetto alle finalità di terrorismo che si intende reprimere, arriva a delle conclusioni che sembrano disattendere tutti i rilievi appena formulati. La Suprema Corte afferma che il termine arruolamento non è stato scelto a caso dal legislatore: lo stesso non può essere considerato un sinonimo del più generico reclutamento, ma va inteso piuttosto come ingaggio, ovvero come il raggiungimento di un serio accordo tra il reclutante ed il reclutato. Il momento della consumazione del reato viene individuato dalla Corte proprio nel momento del raggiungimento del serio accordo, connotato dalla doppia finalità del compiere atti di sabotaggio o di violenza con finalità di terrorismo (54), il quale si caratterizza come evento del reato. La ratio della norma sarebbe quella di “reprimere l'accrescimento umano (anche di un solo soggetto) della potenzialità di offesa del sottostante gruppo”. Sulla base delle conclusioni teoriche cui la Cassazione arriva, si afferma altresì la

configurabilità del delitto ex art. 270-quater, primo comma, c.p. in forma tentata. Neanche questa ricostruzione appare scevra da critiche. Il richiamo al sottostante gruppo ed all'accrescimento delle potenzialità terroristiche dell'apparato non riesce a spiegare l'operatività della norma in relazione alla centralità dell'art. 270-bis c.p., il quale, come detto, è il punto di riferimento dell'intero sistema antiterrorismo previsto dal codice. Il reclutante, che svolge un'attività di ricerca ed ingaggio di possibili militi che vadano ad accrescere l'organico dell'apparato paramilitare, è un promotore od organizzatore dell'associazione; il reclutato, che va ad accrescere il potenziale aggressivo dell'organizzazione, non può che essere considerato come un partecipante. Per altro verso, la configurabilità del tentativo rispetto all'enigmatica condotta dell'arruolamento, considerata pacificamente come atto preparatorio (55) rispetto alla commissione di atti terroristici, appare un'estrema anticipazione della soglia penale, verosimilmente al di là dei confini tracciati dal principio di offensività (56). Tale interpretazione, attesa la difficoltà in sede processuale di provare l'idoneità e non equivocità della condotta diretta a concludere un accordo serio e concreto, finalizzato all'ingaggio di un soggetto per la commissione di atti terroristici, rischia di comportare strumentalizzazioni soggettivistiche, tipiche del diritto penale dell'autore. Inoltre, ammessa la configurabilità del tentativo, quali saranno i criteri discretivi tra il tentato arruolamento e l'istigazione, non accolta o alla quale non sia seguita la commissione del delitto, ex art. 302 c.p., a partecipare all'associazione?

È evidente che la norma sull'arruolamento non poteva essere scritta in modo più ambiguo. Il difetto principale della disposizione sta nell'assoluta carenza di tassatività nella descrizione della condotta di arruolamento (attivo e passivo): la genericità ed insufficiente determinatezza della norma sembrano tradursi in un escamotage finalizzato ad anticipare a qualunque costo la soglia della tutela penale. Esclusa la plausibilità delle interpretazioni in precedenza esaminate, l'unico spazio applicativo ipotizzabile per la norma de qua, alla luce delle clausole di riserva contenute nell'art. 270-quater c.p., è quello dell'incriminazione della condotta del "lupo solitario" il quale, essendosi auto-addestrato, senza aver avuto in precedenza contatti con l'organizzazione terroristica, convinca un concorrente — senza addestrarlo — a coadiuvarlo in un atto terroristico (57).

Bisogna sempre tenere presente che la punibilità dell'agente per gli atti preparatori, in un ordinamento che non si ispiri dichiaratamente al diritto penale del nemico, dovrebbe essere sempre valutata in relazione alla concreta idoneità dell'atto stesso ad esporre a pericolo il bene giuridico tutelato dalla norma: l'agente non potrà essere punito, finanche con le pene assai elevate previste dall'art. 270-quater c.p., per il solo fatto di essersi accordato con taluno per commettere un crimine. In questi casi

dovrebbe semmai trovare applicazione l'art. 302 c.p., contestualmente ad una misura di sicurezza.

3.1. b) L'art. 270-quater.1 c.p. — Il secondo comma dell'art. 1 della l. n. 43 del 2015 introduce all'art. 270-quater.1 c.p., con modificazioni rispetto a quanto previsto nel d.l. originario, la fattispecie di “organizzazione di trasferimenti per finalità di terrorismo”, punendo, fuori dai casi di cui agli artt. 270-bis e 270-quater, chiunque organizza, finanzia o propaganda viaggi in territorio estero, finalizzati al compimento delle condotte di cui all'art. 270-sexies c.p., con la pena della reclusione da cinque a otto anni.

La formulazione della disposizione nell'originario disegno del decreto legge 7/2015 prevedeva due differenze rispetto a quanto approvato in sede di conversione. Accanto ad una diversa e minore previsione sanzionatoria (la pena prevista era quella della reclusione da tre a sei anni), la norma era meno precisa in termini di formulazione della fattispecie: non era specificato che i viaggi dovessero essere diretti in territorio estero. Questa mancata puntualizzazione non era irrilevante, ed è stata anzi prontamente criticata in dottrina (58) sia per l'imprecisione in sede di attuazione della Risoluzione n. 2178/2014 del Consiglio di Sicurezza (59), sia per la possibile strumentalizzazione della fattispecie rispetto a fenomeni di contestazione interni (sarebbero stati potenzialmente incriminabili gli organizzatori di viaggi in Val di Susa nell'ambito delle contestazioni del movimento no-TAV).

La precisazione del legislatore in sede di conversione del d.l. è stata sicuramente opportuna; eppure, anche questa norma presenta specifiche e rilevanti problematicità. Anzitutto, è opportuno precisare che anche tale disposizione è stata emanata con lo scopo di punire gli atti preparatori ad un attentato terroristico. In questo senso, rispetto alle problematiche legate all'eccessivo arretramento della soglia dell'intervento penale, valgono le stesse considerazioni operate a proposito dell'art. 270-quater c.p. Anche questa norma si apre con una duplice clausola di riserva, a favore, ancora una volta, dell'art. 270-bis e dell'art. 270-quater c.p.: l'organizzazione, il finanziamento, la propaganda di viaggi finalizzati a compiere condotte con finalità di terrorismo sono punibili sempre che gli agenti non facciano parte dell'associazione, o che non abbiano già reclutato i partecipanti al viaggio. Atteso il tenore letterale della disposizione, quindi, l'ambito di applicazione della stessa appare assai risicato.

Riguardo alle condotte di organizzazione e finanziamento, sembra eufemisticamente difficile ipotizzare l'esistenza di un soggetto disposto a organizzare o finanziare un viaggio con finalità terroristiche, senza che lo stesso faccia parte di un apparato strutturato, concretamente in grado di esporre a pericolo l'ordine pubblico; allo stesso modo, non si vede come possa essere ipotizzabile il caso in cui l'organizzatore o il

finanziatore del viaggio non abbiano preventivamente arruolato (60) coloro i quali il viaggio lo stanno per intraprendere. La stessa relazione al d.d.l. di conversione precisa che “l'applicazione del nuovo art. 270-quater c.p. sia al ‘reclutatore’ che all'arruolato consente di soddisfare, sul versante penale, gli obblighi assunti sul piano internazionale, nella misura in cui il viaggio — sia che lo si riguardi dal punto di vista di chi lo organizza, ovvero dal punto di vista di chi lo compie — assume i tratti oggettivi dell'estrinsecazione di una pregressa, o comunque almeno contestuale, condotta di reclutamento”; ma se il viaggio è estrinsecazione del reclutamento, che senso ha riservare la precedenza all'applicazione dell'art. 270-quater c.p.? In tal modo il legislatore riserva prioritaria applicazione a una fattispecie che si colloca, dal punto di vista della verifica del fatto terroristico, in un momento antecedente rispetto alla fattispecie residuale: la conseguenza è che l'art. 270-quater.1 c.p. difficilmente troverà applicazione (61).

L'incriminazione della condotta di propaganda del viaggio comporta ancora una volta la punibilità di un atto preparatorio, ponendosi sostanzialmente sullo stesso piano della condotta di arruolamento, almeno dal punto di vista del momento dell'intervento penale.

Per altro verso, lascia perplessi la differenza sanzionatoria tra gli artt. 270-quater e 270-quater.1 c.p.: l'organizzazione del viaggio, come detto, si pone in un momento successivo all'arruolamento (o reclutamento?), e quindi, in linea teorica, dovrebbe comportare un'esposizione a pericolo maggiore del bene giuridico. Eppure l'arruolamento è punito con la reclusione da sette a quindici anni, mentre, per l'organizzazione del trasferimento, la reclusione va dai cinque agli otto anni.

Ovviamente la norma tace sulla pena cui soggiace il soggetto che decide di compiere il viaggio: la sua condotta potrà essere qualificata come partecipazione ex art. 270-bis, o, al limite, come arruolamento passivo ex art. 270-quater, secondo comma (62), c.p. Tale soggetto, per inciso, andrà incontro alla pena prevista per le fattispecie di riferimento, le quali sono, nel primo caso, maggiore nel massimo edittale e, nel secondo caso, eguale a quella cui soggiacerà l'organizzatore del viaggio: secondo il legislatore della riforma, quindi, prendere parte a un viaggio con finalità terroristiche è più grave che organizzare il viaggio stesso! E ancora, il trattamento sanzionatorio previsto dalla norma fa sì che la competenza a trattare il reato sia del Tribunale monocratico, ex art. 33 ter c.p.p.: non sarebbe stato opportuno che di una fattispecie così delicata si fosse occupato, quanto meno, il Tribunale Collegiale, se non la Corte d'Assise (63)?

Si segnala inoltre che la fattispecie trova un precedente, a livello di condotta, nell'art. 600-quinquies c.p. (64), che incrimina le iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile. Anche rispetto a tale disposizione la dottrina ha rivolto critiche pregnanti alla tecnica di formulazione normativa, incentrata sull'elemento soggettivo sullo sfondo di elementi tipizzanti appena abbozzati (65).

Tali condotte rientrano nella problematica categoria dei delitti a dolo specifico a condotta neutra, in cui l'intero potenziale di disvalore pare racchiuso nella finalità perseguita dall'agente. Addirittura l'art. 270-*quater*.1 c.p. prevede un doppio dolo specifico, ovvero il compimento di atti dotati a loro volta di finalità terroristica ex art. 270-*sexies* c.p. (66) In dottrina è pacifico che i reati a dolo specifico a condotta neutra possano essere ritenuti coerenti con il principio di offensività a patto che tali fattispecie vengano interpretate in modo costituzionalmente orientato, esigendosi una proiezione oggettiva della finalità nella condotta (67): il fine deve connotare causalmente l'azione di intrinseca offensività, in caso contrario si finisce inevitabilmente per violare il principio per cui *cogitationis poenam nemo patitur*. Il rischio, specialmente nella materia oggetto di esame, è di ricorrere, di fronte alle difficoltà pratiche nel raggiungimento della prova della finalità, a pericolose semplificazioni probatorie. A prescindere, comunque, da questi ultimi rilievi, la fattispecie descritta dall'art. 270-*quater*.1 c.p. sembra essere un ennesimo esempio di norma penale simbolica, introdotta per adempiere gli obblighi assunti sul piano internazionale, ma formulata in modo tale da riempire vuoti di tutela solo apparenti. A parere di chi scrive, la norma possiede importanti spunti applicativi ma, per come è impostato il rapporto tra le disposizioni in esame, il suo spazio nel sistema antiterrorismo è assolutamente ristretto. È sì dovere dello Stato ottemperare agli obblighi di diritto internazionale assunti, ma l'intervento in materia penale richiederebbe — a rigore — un'attenta ponderazione su tecnica e limiti della nuova fattispecie incriminatrice. Proprio questo tipo di ponderazione sembra essere mancata al legislatore nell'introduzione di questa disposizione, complice, probabilmente, la fretta determinata — ancora una volta — dal ricorso compulsivo alla decretazione d'urgenza (68).

3.2. c) L'art. 270-*quinquies* c.p. — Il terzo comma dell'art. 1 della l. n. 43 del 2015 modifica l'art. 270-*quinquies* c.p., ampliando l'ambito di applicazione della previgente disposizione. Accanto a colui il quale addestra o comunque fornisce istruzioni sulla preparazione o sull'uso di materiali esplosivi, di armi da fuoco o di altre armi, di sostanze chimiche o batteriologiche nocive o pericolose, nonché di ogni altra tecnica o metodo per il compimento di atti di violenza ovvero di sabotaggio di servizi pubblici essenziali, con finalità di terrorismo, ed alla persona addestrata, la norma punisce, adesso, anche la persona che avendo acquisito, anche autonomamente, le istruzioni per

il compimento degli atti di cui al primo periodo, pone in essere comportamenti univocamente finalizzati alla commissione delle condotte di cui all'art. 270-sexies c.p.

È da segnalare che l'avverbio univocamente, riferito ai comportamenti compiuti dal soggetto che acquisisce istruzioni per il compimento di atti terroristici, è stato aggiunto in sede di legge di conversione. La norma avrebbe altrimenti incriminato dei generici comportamenti finalizzati alla commissione delle condotte di cui all'art. 270-sexies c.p., e la carenza di tassatività (69), insieme all'arretramento scivoloso della soglia della tutela penale, avrebbe comportato un'intollerabile ampiezza della fattispecie incriminatrice.

Nella sua versione originaria (70), la norma aveva già comportato alcuni problemi interpretativi. La dottrina aveva distinto la condotta dell'addestratore, caratterizzata dalla ripetitività e quindi abituale, da quella di colui che avesse fornito informazioni — condotta, questa, non idonea, se non ripetuta più volte nel tempo, ad addestrare taluno (71). In base a tale differenziazione, parte della dottrina aveva distinto la posizione dell'addestrato da quella della persona alla quale fossero state fornite le informazioni specifiche di cui all'art. 270-quinquies c.p.: solo il primo sarebbe dovuto essere punito, come la norma espressamente prevede, mentre nel secondo caso il delitto, rispetto alla posizione del soggetto informato, non si sarebbe consumato, in quanto l'addestramento può configurarsi solo in relazione al carattere sistematico dell'assunzione delle informazioni.

In materia, tuttavia, la Suprema Corte (72) ha disatteso tale interpretazione, affermando la possibilità di applicare la pena prevista per la persona addestrata al soggetto il quale abbia autonomamente reperito informazioni sulla preparazione di materiali esplosivi, concludendo per l'irrilevanza della distinzione delle condotte operata dalla dottrina e rendendo applicabile la seconda parte del primo comma dell'art. 270-quinquies c.p. ante riforma ex l. 43/2015 alla persona che si sia auto-addestrata. La riforma interviene anche su questo punto, verosimilmente per fare chiarezza sui dubbi interpretativi sorti sulla fattispecie, introducendo la punibilità della persona che avendo acquisito, anche autonomamente, le istruzioni per il compimento degli atti di cui al primo periodo, pone in essere comportamenti univocamente finalizzati alla commissione delle condotte di cui all'art. 270-sexies c.p. In effetti, la relazione illustrativa al d.d.l., riferendosi all'auto-addestramento, individua il reato nella fattispecie introdotta dalla novella, ovvero “la condotta di chi si prepara al compimento di atti di terrorismo, attraverso una ricerca e un apprendimento individuali e autonomi delle ‘tecniche’ necessarie a perpetrare simili

atti”. In realtà, la fattispecie introdotta mira a punire un fatto sostanzialmente diverso da quello descritto nella prima parte del primo comma (73).

Mentre la disposizione, nella sua prima parte, incrimina il solo fatto di addestrare o fornire informazioni, oltre alla stessa attività di apprendimento, attraverso l'estensione della punibilità alla persona auto-addestratasi, la novella legislativa punisce l'attività di colui il quale pone in essere comportamenti univocamente finalizzati alla commissione di atti terroristici, che abbia in precedenza acquisito istruzioni per il compimento degli stessi.

La differenza è notevole. Nella condotta di addestramento, attivo e passivo, la carica offensiva risiede principalmente nel dolo specifico della finalità terroristica. La condotta descritta dalla seconda parte della disposizione, invece, è incriminata in quanto atto preparatorio univocamente diretto alla commissione di un attentato terroristico, posto in essere da colui il quale abbia preventivamente acquisito, anche in via autonoma, delle generiche istruzioni per il compimento dello stesso.

Le fattispecie non sembrano porsi in relazione di specialità, incriminando due comportamenti diversi: in tal senso, è anzitutto criticabile da un punto di vista sistematico la scelta del legislatore di regolamentare le due condotte nella stessa norma, finanche nel medesimo comma. In sostanza, quindi, e come già rilevato in dottrina (74), la riforma non introduce il reato di auto-addestramento, nonostante questo fosse il fine della novella, bensì una nuova fattispecie a consumazione anticipata che pone nuovi, soliti, problemi relativi all'exasperato arretramento della soglia dell'intervento penale. È verosimile, comunque, che la condotta di auto-addestramento continui ad essere incriminata, nella prassi giurisprudenziale, sulla base del tenore letterale dell'art. 270-quinquies c.p. nella sua vecchia formulazione, interpretando la nozione di persona addestrata in senso ampio, sino a ricomprendervi i terroristi “fai-da-te” (75).

Premesso questo, la nuova norma punisce un comportamento univocamente diretto alla commissione di atti terroristici alla stessa stregua dell'addestratore e dell'addestrato. L'equiparazione avrebbe avuto un senso se la disposizione si fosse limitata ad estendere la pena prevista per l'addestratore alla persona addestrata, anche autonomamente; ma nel momento in cui la norma incrimina un comportamento che già si pone come antecedente causale rispetto ad un atto terroristico, è evidente che la pena non possa essere la stessa, rappresentando questa condotta, con tutta evidenza, una più sensibile esposizione a pericolo del bene giuridico protetto dalla norma.

Dal punto di vista della descrizione della condotta, viene incriminato un atto preparatorio rispetto ad un attentato terroristico, ex art. 280 c.p. (in precedenza non sanzionato espressamente). Il fatto di aver acquisito le istruzioni per il compimento

degli atti è un elemento ulteriore, di per sé non sufficiente ad integrare la nozione di addestramento.

Il problema che a questo punto si pone è quello della concreta punibilità ai sensi della nuova parte del primo comma dell'art. 270-quinquies c.p.: se l'aver acquisito informazioni non è di per sé sufficiente ad integrare l'addestramento, bisognerà dimostrare che il comportamento posto in essere dall'agente, oltre che univoco, sia stato altresì idoneo a mettere concretamente in pericolo la sicurezza dello Stato e l'ordine pubblico (76). Il giudizio sull'idoneità è necessario: in presenza di un comportamento univoco ma inidoneo saremmo di fronte ad un reato impossibile ex art. 49, secondo comma, c.p. Visto lo stretto rapporto tra acquisizione delle istruzioni e comportamento univoco, evidenziato dalla norma, bisognerà provare che le istruzioni acquisite, pur non avendo propriamente addestrato l'agente per mancanza di ripetitività, siano state sufficienti a renderlo edotto rispetto ai metodi di commissione di un attentato, e quindi idonee, se concretizzate mediante un comportamento univoco, a esporre a pericolo la sicurezza pubblica. Bisognerebbe quindi analizzare, posta la necessaria univocità del comportamento, l'idoneità dell'acquisizione delle informazioni e, in un secondo momento, quella del comportamento successivo. Nel caso in cui l'acquisizione delle istruzioni non sia stata idonea a rendere edotto l'agente, ed anche il successivo comportamento finalizzato sia inidoneo, deve necessariamente concludersi per la non punibilità del soggetto, in ossequio all'impossibilità del reato per inidoneità dell'azione, sia rispetto all'art. 270-quinquies c.p., che rispetto all'art. 280 c.p.; all'imputato sarà applicabile tuttavia una misura di sicurezza ex art. 49, secondo e quarto comma, c.p. Nel diverso caso dell'acquisizione inidonea d'istruzioni seguita da un comportamento idoneo e univocamente diretto alla commissione dell'attentato, deve concludersi per la punibilità dell'agente nel solo caso in cui la sua condotta arrivi ad integrare la fattispecie prevista dall'art. 280 c.p., posta la tradizionale interpretazione attuata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, per cui l'attentato è punibile qualora vengano commessi atti idonei diretti alla commissione dello stesso (77). In questo caso, quello che viene meno è il collegamento causale tra le informazioni acquisite e i comportamenti realizzati: beninteso, questa condotta sarebbe stata ovviamente incriminata, sulla base dell'art. 280 c.p., a prescindere dalla riforma del d.l. n. 7/2015 (78). Anche nel caso in cui l'acquisizione delle informazioni sia di per sé idonea, se concretizzata, mediante il comportamento univoco, per mettere in pericolo la sicurezza pubblica, dovrà verificarsi l'idoneità del comportamento univoco successivo. Nel caso in cui esso sia inidoneo, il soggetto sarà ancora una volta esente da pena, andando semmai incontro ad una misura di sicurezza ex art. 49 c.p.: è da segnalare, tuttavia, che la linea di demarcazione tra acquisizione idonea d'istruzioni e addestramento è evidentemente molto fumosa; la differenza in termini di punibilità è

però immensa, essendo la prima condotta non incriminabile in sé, al contrario della seconda. La difficoltà, in sede processuale, di provare che l'acquisizione d'istruzioni non seguita da un comportamento univoco si sia concretizzata in un vero e proprio addestramento pone il serio rischio del ricorso a scorciatoie probatorie e soggettivistiche in senso repressivo, rispetto ad un delitto per cui è consentita la misura della custodia cautelare in carcere.

L'ultima ipotesi, di acquisizione idonea di istruzioni seguita da comportamento a sua volta idoneo, rappresenta l'ambito di applicazione della seconda parte dell'art. 270-quinquies c.p.: essa tuttavia pone delicati problemi di demarcazione rispetto alla fattispecie descritta dall'art. 280 c.p., che contempla il già richiamato attentato per finalità terroristiche o di eversione.

In dottrina (79) si è giustamente rilevata una progressione criminosa tra le due fattispecie, ma rimane il problema di identificare i criteri di differenziazione tra le due disposizioni: l'atto preparatorio dovrà comunque essere idoneo, ed in assenza di una maggiore circoscrizione della condotta da parte del legislatore, si rischiano interpretazioni giurisprudenziali altalenanti (80). Che una norma che incrimina il porre in essere dei generici “comportamenti”, seppur univocamente finalizzati agli scopi di cui all'art. 270-sexies c.p., si ponga in tensione con il principio di sufficiente determinatezza è lapalissiano: è necessario con tutta evidenza un nuovo intervento legislativo che descriva in modo più accurato una fattispecie nata perseguendo, ricordiamo, un'altra ratio — ovvero quella di punire l'auto-addestramento — ma che rischia di arricchire il novero di disposizioni di diritto penale del nemico e comunque, per così dire, “ornamentali”, del sistema italiano antiterrorismo.

In chiusura, si segnala l'introduzione, ad opera della lettera b) del terzo comma dell'art. 1, l. 43/2015, della circostanza aggravante di cui al secondo comma dell'art. 270-quinquies c.p., per la quale le pene previste dalla disposizione sono aumentate se il fatto di chi addestra o istruisce è commesso attraverso strumenti informatici o telematici (81). La circostanza aggravante, introdotta per colpire la diffusione di informazioni utilizzabili per la preparazione di atti terroristici, non sembra incriminare un reale ulteriore disvalore rispetto alla condotta in sé considerata. Parte della dottrina (82) ha difatti criticato l'introduzione della circostanza, comune anche agli artt. 302 e 414 c.p., ritenendola irragionevole e disegnata sulla base delle spinte emotive conseguenti a fatti di attualità.

3.3. d) Il comma 3-bis dell'art. 1, l. 43/2015. — In sede di legge di conversione, il legislatore ha introdotto un ultimo comma all'articolo 1, non previsto nel disegno originario del decreto legge. Esso sancisce che “la condanna per i delitti previsti dagli articoli 270-bis, 270-ter, 270-quater, 270-quater.1 e 270-quinquies del codice penale

comporta la pena accessoria della perdita della potestà genitoriale quando è coinvolto un minore”.

La previsione, senza dubbio fondamentale dal punto di vista della risposta punitiva e della tutela del minore, pecca gravemente, ancora una volta, in quanto a determinatezza (83), considerando che non è precisato a che titolo debba essere coinvolto il minore. Naturalmente, l'ipotesi sembra da riferire al caso in cui il minore concorra con il genitore alla commissione di uno dei delitti indicati: il legislatore avrebbe dovuto comunque specificare in modo più dettagliato la previsione della sanzione, quanto meno per ridurre inevitabili divergenze interpretative in giurisprudenza.

4. Gli altri interventi sul piano del diritto penale sostanziale. — Accanto alle innovazioni relative propriamente ai delitti di terrorismo ex artt. 270-bis e seguenti del codice penale, la legge di riforma interviene a modificare altre norme del sistema, per punire le attività collegate alle finalità terroristiche. Il primo comma dell'art. 2 della legge di conversione, in particolare, alle lettere a) e b) introduce, negli artt. 302 e 414 c.p., dedicati all'istigazione ed all'apologia di delitti, l'aggravante di aver commesso il fatto attraverso strumenti informatici o telematici: l'aumento della pena sarà, ex art. 64 c.p., di un terzo, ad eccezione del caso del quarto comma dell'art. 414 c.p., in cui l'aumento della pena è fino a due terzi.

Rispetto alla potenziale carenza di ragionevolezza di questa aggravante, si ribadisce quanto detto a proposito della medesima circostanza, ex art. 270-quinquies, secondo comma, c.p. In particolare, appare decisamente eccessiva la previsione, ex art. 414 quarto comma c.p., dell'aumento di pena fino a due terzi se l'istigazione o l'apologia riguarda delitti di terrorismo o crimini contro l'umanità, ed in tal senso si è espressa la dottrina.

Attraverso un'altra controversa disposizione, ovvero la lettera b-bis) del primo comma dell'art. 2, la legge di conversione incide sulla sanzione prevista dall'art. 497-bis, primo comma, del codice penale, relativo al possesso di un documento falso valido per l'espatrio: la pena è quella della reclusione dai due ai cinque anni. L'aumento rispetto alla precedente sanzione — reclusione da uno a quattro anni — peraltro non previsto nell'originario decreto legge, comporta la possibilità di applicare all'indagato, ricorrendone i presupposti, la misura della custodia cautelare in carcere. Il comma 1-ter dell'art. 2 ha inoltre previsto l'obbligo di arresto in flagranza di reato, ex art. 380 c.p.p., per il reato in questione. L'art. 3 della legge di conversione introduce invece, ai

commi 1 e 2, due reati contravvenzionali in materia di precursori di esplosivi, attraverso i nuovi articoli 678-bis e 679-bis del codice penale.

L'art. 678-bis c.p. punisce con l'arresto fino a diciotto mesi e con l'ammenda fino a euro 1.000 chiunque, senza averne titolo, introduce nel territorio dello Stato, detiene, usa o mette a disposizione di privati le sostanze o le miscele che le contengono indicate come precursori di esplosivi nell'allegato I del regolamento (CE) n. 98/2013, mentre l'art. 679-bis c.p. punisce l'omessa denuncia del furto o della sparizione di precursori di esplosivi indicati agli allegati I e II del medesimo regolamento.

Queste due norme sono state ampiamente criticate sia per la loro formulazione, che per la scelta punitiva privilegiata dal legislatore. In effetti, tali previsioni arretrano la soglia dell'intervento penale alla detenzione abusiva di precursori di esplosivi, ovvero di sostanze comuni e di facile reperibilità, in sé non pericolose ma che possono essere utilizzate per la fabbricazione di ordigni esplosivi (84). È legittimo domandarsi se tale risposta sanzionatoria possa ritenersi ragionevole alla luce dei criteri di proporzione e necessità che devono guidare il legislatore nell'introduzione di sanzioni penali, le quali devono essere utilizzate come risposta punitiva di extrema ratio. D'altronde, il regolamento eurounitario cui la riforma ha voluto dare attuazione non richiedeva espressamente la criminalizzazione di tali condotte, bensì che esse venissero presidiate da sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive. Verosimilmente, la sanzione delle medesime condotte mediante la forma dell'illecito amministrativo, da un lato avrebbe soddisfatto le istanze più marcatamente general-preventive richieste dal diritto eurounitario, dall'altro sarebbe stata più aderente al principio per cui il legislatore deve introdurre sanzioni penali solo nei casi di ultima ratio (85).

È peraltro da segnalare che, raffrontando l'art. 678-bis c.p. con l'art. 678 c.p., il quale incrimina la fabbricazione o il commercio abusivo di materie esplodenti, si rileva come la pena prevista da quest'ultimo sia eguale nell'arresto ed addirittura inferiore nell'ammenda, che può arrivare a (soli) 247 euro a fronte dei 1.000 euro previsti come tetto massimo dall'art. 678-bis c.p. Il legislatore della riforma sancisce quindi che la detenzione abusiva di precursori di esplosivi rappresenti un maggior grado di disvalore rispetto alla fabbricazione o al commercio abusivi di materie già di per sé esplodenti! La mancanza di sistematicità della riforma è evidenziata altresì dal mancato adeguamento dell'art. 680 c.p., in tema d'ipotesi aggravate di tali fattispecie. L'art. 680 c.p., infatti, sancisce l'aggravamento della pena per le contravvenzioni previste dai due articoli precedenti se il fatto è commesso da alcuna delle persone alle quali la legge vieta di concedere la licenza, ovvero se questa è stata negata o revocata. Mettendo da parte il cortocircuito determinato dal mancato adeguamento della norma — che adesso, letteralmente, appare riferirsi agli artt. 679 e 679-bis c.p. e non più agli artt. 678 e 679 c.p. — per quale motivo l'aggravante non dovrebbe applicarsi anche ai

casi previsti dagli artt. 678-bis e 679-bis c.p.? Anche in questo caso, l'apparente irragionevolezza delle previsioni sembra conseguenza della carente analisi del sistema nell'ambito del quale si è intervenuto, per la precipitazione con la quale si è cercato di adeguare la legislazione interna a dei — in questo caso, supposti — obblighi di criminalizzazione previsti dal diritto europeo ed internazionale (86).

5. La degiurisdizionalizzazione dell'intervento lato sensu penale: cenni. — La riforma è intervenuta altresì sul fronte preventivo, attraverso alcune importanti previsioni: l'art. 4 della legge di conversione, in particolare, opera sul Codice antimafia, in materia di misure di prevenzione (87).

La disposizione in questione modifica la lettera d) del comma 1 del d.lgs. n. 159/2011, c.d. Codice antimafia, consentendo l'applicazione delle misure di prevenzione personali e patrimoniali a coloro i quali pongano in essere atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti alla commissione dei reati con finalità di terrorismo anche internazionale. Inoltre, viene aggiunto un comma 2-bis all'art. 9 del Codice antimafia, il quale attribuisce al Questore il potere, all'atto della presentazione della proposta di applicazione delle misure di prevenzione della sorveglianza speciale e dell'obbligo di soggiorno nel comune di residenza o di dimora abituale, nei confronti delle persone di cui allo stesso art. 4, comma 1, lett. d), di disporre il temporaneo ritiro del passaporto e la sospensione della validità ai fini dell'espatrio dei documenti ad esso equipollenti: tali atti devono essere comunicati immediatamente al procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto ove la persona dimora, il quale, se non dispone la cessazione della misura, ne chiede la convalida entro quarantotto ore al presidente del tribunale, che provvede, a sua volta, entro le quarantotto ore successive. Se il ritiro del passaporto e la sospensione della validità ai fini dell'espatrio dei documenti equipollenti non vengono convalidati entro novantasei ore dalla loro adozione, cessano di avere effetto. Parallelamente, viene introdotto nel Codice antimafia un art. 75-bis, il quale punisce con la reclusione da uno a cinque anni il contravventore al divieto di espatrio conseguente all'applicazione delle misure di cui ai commi 1 e 2-bis dell'art. 9. L'ampliamento del novero dei soggetti cui diventano applicabili le misure di prevenzione, la possibilità di disporre, per via amministrativa, il ritiro del passaporto e la sospensione della validità ai fini dell'espatrio dei documenti ad esso equipollenti, e la previsione dell'incriminazione ex art. 75-bis del Codice antimafia, sono strumenti tra di essi collegati, come spiega la relazione illustrativa al disegno di legge di conversione.

L'art. 7 della legge di conversione introduce invece “nuove norme in materia di trattamento di dati personali da parte delle forze di polizia”. La disposizione sostituisce l'art. 53 del d.lgs. 196/2003, c.d. “Codice in materia di protezione dei dati personali”, il quale, antecedentemente alla riforma, prevedeva la possibilità di

derogare ad alcune norme di garanzia (88) relative al trattamento dei dati personali “effettuato dal Centro elaborazione dati del Dipartimento di pubblica sicurezza o da forze di polizia, sui dati destinati a confluirci in base alla legge, ovvero da organi di pubblica sicurezza o altri soggetti pubblici per finalità di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica, prevenzione, accertamento o repressione dei reati”, purché il trattamento fosse previsto da un'espressa disposizione di legge. La previgente disposizione è stata ritenuta limitante per le forze di polizia, proprio perché vincolava la deroga alle garanzie poste a presidio del corretto trattamento dei dati all'espressa previsione di legge (89): alla luce del nuovo art. 53 del d.lgs. 196/2003, i trattamenti di dati effettuati per finalità di polizia (90) rispetto ai quali si può derogare alle garanzie indicate, possono essere individuati, oltre che per legge, anche per regolamento e tramite apposito decreto adottato dal Ministro dell'Interno, previa comunicazione alle competenti Commissioni parlamentari — ex art. 53, terzo comma, del d.lgs. 196/2003.

È incontestato che la lotta al terrorismo debba essere presidiata da efficaci controlli, in particolare preventivi, da parte delle forze di polizia; tuttavia, posto che l'art. 53 del d.lgs. 196/2003 non si applica soltanto ai casi di indagini sui reati di terrorismo, la deroga a prerogative essenziali in materia di trattamento di dati personali comporta la necessità di riflessioni particolarmente delicate: in una materia che, seppur non penale, incide sensibilmente su delicati diritti della persona (in particolare, quello alla riservatezza), lo spostamento di poteri derogativi della disciplina garantistica dal legislativo all'esecutivo assume ancora una volta la specifica fisionomia del diritto penale del nemico. Tale disposizione può comportare, in prospettiva futura, possibili tensioni con l'art. 8 della Convenzione per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, il quale, in materia di diritto al rispetto della vita privata e familiare, sancisce il principio per cui non può aversi interferenza di un'autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto, a meno che essa non sia prevista dalla legge e costituisca una misura necessaria per una serie di prerogative, tra cui la sicurezza nazionale e la prevenzione dei reati.

La tensione con l'art. 8 CEDU non dipende, dunque, dalla limitazione in sé del diritto al rispetto della vita privata che deriva dal nuovo art. 53 del d.lgs. 196/2003, bensì dal fatto che i trattamenti per finalità di polizia, nell'ambito dei quali l'autorità pubblica può derogare a specifiche garanzie, possono essere previsti anche da una fonte diversa dalla legge e svincolata, comunque, dal controllo propriamente legislativo (91). Alla luce di questi brevi cenni sulle modifiche alla disciplina delle misure di prevenzione e dei nuovi poteri attribuiti alle forze di polizia rispetto al trattamento dei dati personali, è possibile rimarcare una tendenza allo spostamento di

delicati poteri preventivi, in grado di incidere ampiamente su specifiche garanzie e libertà della persona, in capo al potere esecutivo. È indubbio il fatto che la lotta interna al terrorismo debba giocarsi fundamentalmente sul piano preventivo, ma lo sbilanciamento degli equilibri costituzionali appare, più che un mezzo efficace per combattere tale fenomeno, un inquietante segnale di deriva autoritaria, tanto più che la normativa introdotta può essere applicata ben oltre il settore del terrorismo.

6. La riforma operata dalla legge n. 153 del 2016: uno sguardo d'insieme. — Con la legge n. 153 del 28 luglio 2016 il legislatore italiano, evidentemente non soddisfatto dal precedente intervento del febbraio — luglio 2015, opera alcune innovazioni nel codice penale. Contestualmente alla ratifica di diverse Convenzioni internazionali in materia (92), la riforma, mediante l'art. 4, introduce ulteriori fattispecie di reato nell'ambito delle norme volte al contrasto del terrorismo.

a) In primo luogo, viene introdotto un art. 270-quinquies.1, che punisce chiunque, al di fuori dei casi di cui agli articoli 270-bis e 270-quater.1, raccoglie, eroga o mette a disposizione beni o denaro, in qualunque modo realizzati, destinati a essere in tutto o in parte utilizzati per il compimento delle condotte con finalità di terrorismo di cui all'articolo 270-sexies, indipendentemente dall'effettivo utilizzo dei fondi per la commissione delle citate condotte, con la reclusione da sette a quindici anni. Il secondo comma della disposizione, inoltre, prevede che chiunque deposita o custodisce i beni o il denaro indicati al primo comma è punito con la reclusione da cinque a dieci anni.

La norma, finalizzata a punire il finanziamento di condotte con finalità di terrorismo, dovrebbe colmare una “lacuna” del sistema, potendosi adesso incriminare i finanziatori di atti terroristici organizzati al di fuori di un'associazione ex art. 270-bis.

Anche in questo caso, infatti, la presenza di una duplice clausola di riserva dovrebbe comportare un limitato ambito di attuazione della norma, che non troverà applicazione nei casi di finanziamento a favore di un'associazione terroristica ovvero di viaggi con la finalità di cui all'art. 270-sexies. La disposizione sembra, inoltre, prevedere una responsabilità del finanziatore dipendente esclusivamente dal collegamento causale tra la destinazione dei beni e la potenziale utilizzazione degli stessi per condotte con finalità di terrorismo, la realizzazione delle quali, tra l'altro, non è necessaria ai fini dell'incriminazione. Anche a voler interpretare la condotta di “destinazione” quale peculiare esempio di dolo specifico (in tal senso, quindi, la messa a disposizione di beni o denaro dovrebbe intendersi finalizzata alla realizzazione di atti terroristici), si porrà il problema, sul piano applicativo, dell'accertamento in concreto del collegamento psicologico — e non meramente oggettivo — tra la stessa e le condotte potenzialmente realizzabili.

Si prenda ad esempio il caso del giovane attentatore il quale, abitando lontano da casa ed approfittando di un bonifico bancario per il suo ordinario sostentamento (magari più cospicuo del solito) da parte dei propri familiari, acquisti del materiale attraverso cui sia in grado di creare un ordigno esplosivo. Se, sul piano oggettivo, la condotta dei familiari può facilmente integrare la fattispecie di cui all'art. 270-quinquies.1, i problemi maggiori si pongono quanto all'elemento soggettivo: come si potrà accertare oltre ogni ragionevole dubbio che l'intenzione dei genitori dell'attentatore era quella di finanziare un'attività terroristica? Considerate la particolare ampiezza della condotta di finanziamento così come descritta dalla norma e la verosimile difficoltà in concreto, almeno di certe ipotesi, di individuare un nesso psicologico tra finanziamento ed atto terroristico, è facile ipotizzare abusi della fattispecie sul piano giurisdizionale — volti, ad esempio, a subordinare l'applicazione della fattispecie al mero accertamento del nesso eziologico tra disposizione dei beni e (potenziale) utilizzazione degli stessi per il compimento di condotte con la finalità ex art. 270-sexies.

b) In secondo luogo, vengono introdotte due disposizioni, gli artt. 270-quinquies.2 (93) e 270-septies (94) c.p., collegate dal punto di vista finalistico, in quanto tentano di colpire i focolai terroristici alla base, sottraendo loro le disponibilità materiali ed economiche. Questa strategia, mutuata in qualche modo dalla legislazione antimafia (95), sembra cogliere nel segno. Viene quindi, da un lato, incriminato chiunque ponga in essere condotte di sottrazione di beni o denaro sottoposti a sequestro per finalità di prevenzione del finanziamento delle condotte terroristiche, e, dall'altro, disposta l'obbligatorietà, alle condizioni dell'art. 270-septies c.p., della confisca dei beni, utilizzati o destinati al compimento di reati di terrorismo, nel caso di condanna per taluno dei delitti con la finalità di cui all'art. 270-sexies c.p.

c) Infine, la riforma inserisce nel codice penale l'articolo 280-ter, rubricato “atti di terrorismo nucleare”. La disposizione contiene in realtà due diverse incriminazioni, correlate strettamente alla finalità di cui all'art. 270-sexies. La norma punisce con la pena della reclusione non inferiore a quindici anni chiunque procura a sé o ad altri materia radioattiva, ovvero crea un ordigno nucleare o ne viene altrimenti in possesso; la disposizione sanziona altresì, con la reclusione non inferiore a vent'anni, chiunque utilizza materia radioattiva o un ordigno nucleare ovvero utilizza o danneggia un impianto nucleare in modo tale da rilasciare o con il concreto pericolo che rilasci materia radioattiva. Il terzo comma dell'articolo prevede infine che le disposizioni di cui ai primi commi si applicano altresì quando la condotta ivi descritta abbia ad oggetto materiali o aggressivi chimici o batteriologici.

La previsione, dalla evidente valenza simbolica, si presta a due ordini di critiche.

In primo luogo, la scelta del legislatore di regolare tale tipologia di fattispecie — con particolare riferimento alle condotte di cui al primo comma — al di fuori del reato associativo è opinabile: appare improbabile che un quisque de populo possa procurarsi spavalamente del materiale radioattivo e/o sia in grado di creare (in casa? In un laboratorio segreto degno di Ian Fleming?) un ordigno nucleare. D'altra parte, stante la ridotta e residuale attività nucleare nel nostro Paese, la condotta descritta al numero 2) del secondo comma della norma (utilizzare o danneggiare un impianto nucleare in modo tale da rilasciare o con il concreto pericolo che rilasci materia radioattiva) non sembra essere destinata ad intasare i Palazzi di Giustizia italiani attraverso la sua applicazione. Ciononostante, la disposizione non determina particolari problemi di compatibilità con i principi costituzionali di rilevanza penale (96), con la conseguenza che essa appare, a dispetto della gravità delle condotte ivi descritte, piuttosto innocua.

7. Osservazioni finali: una deriva inarrestabile? — L'attuale sistema antiterrorismo presenta numerose criticità, e non è azzardato pensare che si renda necessario — Parlamento permettendo — un ulteriore intervento legislativo volto a stemperare le tensioni di alcune disposizioni con determinati principi penali di rilevanza costituzionale. Problemi davvero urgenti sono posti dall'attuale formulazione dell'art. 270-quater c.p., che incrimina una condotta non sufficientemente determinata. In presenza di una norma che non specifichi in modo adeguato la condotta punibile, il rischio di abusi in sede di applicazione giurisprudenziale è intollerabile. Non bisogna dimenticare che l'emotività del diritto penale simbolico ha determinato, in questo caso, l'inserimento di una norma destinata a permanere nel nostro sistema giuridico, e applicabile a prescindere dalla circostanza che l'arruolamento sia finalizzato ad attentati di matrice jihadista. A ciò si aggiunga che la stessa finalità di terrorismo, cui la disposizione fa riferimento per circoscrivere il concetto di arruolamento penalmente rilevante, determina a sua volta importanti questioni in termini di certezza del diritto, come già rilevato (97).

A prescindere dall'ambiguo concetto di arruolamento, la critica che è possibile rivolgere alle fattispecie incriminatrici introdotte è quella di una tecnica di formulazione normativa carente, poco attenta alle problematiche giuridiche che discendono dalla normazione penale, e, soprattutto, connotata da un'evidente mancanza di coordinamento con le norme previgenti. L'impressione generale, in quest'ultimo senso, è che il sistema antiterrorismo non abbia ratio e struttura omogenee; al contrario, l'abuso delle clausole di riserva da parte del legislatore appare come un campanello d'allarme rispetto alla confusione creata. Alcune di queste

disposizioni (ad esempio l'art. 270-quater.1 c.p.) sembrano destinate a non trovare un proprio spazio di autonomia, per quanto già detto. Nel caso delle contravvenzioni ex artt. 678-bis e 679-bis c.p., sorgono seri dubbi sulla reale necessità e proporzionalità della sanzione penale in senso stretto.

L'introduzione, sull'onda compulsiva del diritto penale simbolico, di incriminazioni nella pratica inutili, e l'utilizzo dello strumento penale per il contrasto dei più remoti atti preparatori, riportano alla mente quanto detto in tema di superficializzazione delle scelte incriminatrici del legislatore: in tal senso, alcune delle disposizioni introdotte dalla riforma sembrano in qualche modo essere connotate dall'ideologia del “diritto penale cool” (98).

La relazione illustrativa al d.d.l. di conversione del decreto del 2015, ripetutamente, “giustifica” l'ampliamento dello spazio del penalmente rilevante sulla base di specifici obblighi di incriminazione di matrice europea ed internazionale. In dottrina (99) si è precisato, in relazione a tale tentativo di legittimazione logico-giuridica, che l'attuazione degli obblighi di tutela derivanti dall'ordinamento sovranazionale debba avvenire nel rispetto dei “controlimiti”. Tale assunto paventa, evidentemente, il rischio di una compressione dello spazio di operatività delle garanzie costituzionali — in particolare, dei principi di legalità e offensività — in rapporto all'introduzione nel nostro ordinamento di fattispecie incriminatrici attuative di normative europee o internazionali — nello specifico, alla Risoluzione vincolante del Consiglio di Sicurezza ONU, n. 2178/2014, cui più volte si è fatto riferimento. Pur potendosi, in generale, condividere tali preoccupazioni, il riferimento ai controlimiti, nel caso di specie, non sembra del tutto appropriato. L'esigenza astratta di anticipazione della tutela penale nella lotta interna al terrorismo internazionale, vero e proprio ganglio della Risoluzione n. 2178/2014, sembra condivisibile: e, d'altra parte, in quale altro campo del diritto penale, se non nell'ambito del contrasto al terrorismo, le fattispecie a consumazione anticipata hanno senso di esistere? (100).

Le tensioni con il principio di offensività, determinate dall'arretramento della soglia penale richiesto a livello internazionale, potrebbero essere agilmente superate da riforme che agiscano con padronanza sistematica e precisione della tecnica di formulazione normativa. Non sembra, dunque, che la Risoluzione n. 2178/2014 abbia vincolato l'Italia a introdurre norme volte a sanzionare condotte, in sé considerate, non punibili alla luce dei principi contenuti nella nostra Carta Costituzionale. Sembra, piuttosto, che il legislatore, in sede di attuazione degli obblighi di matrice internazionale, abbia peccato in termini di adattamento della normativa al sistema di

riferimento (101). Per altro verso, non si può non rimarcare un grande assente nell'assetto della riforma antiterrorismo, ovvero il piano dell'integrazione sociale. Eppure è la stessa Risoluzione n. 2178/2014 che, alla sedicesima clausola operativa, fa espresso riferimento alla necessità che gli Stati Membri promuovano l'inclusione e la coesione sociale (102). La risposta penale al terrorismo deve essere l'ultima risorsa e non può costituire lo strumento principale di lotta a tali fenomeni, posta la scarsa efficacia general-preventiva della pena rispetto a soggetti aderenti a modelli etico-comportamentali strutturalmente diversi ed in rottura rispetto al modello sociale dominante. In presenza di una risposta sanzionatoria particolarmente dura — si pensi, ad esempio, a quanto previsto dall'art. 270-quater c.p. — e dell'ampliamento dell'operatività delle misure di prevenzione, sembra piuttosto che il legislatore si sia mosso in un'ottica strettamente neutralizzatrice.

Eccessivo arretramento della soglia dell'intervento penale e, appunto, pena finalizzata alla neutralizzazione del reo sono, come segnalato in premessa, due dei tre punti cardine della dottrina del diritto penale del nemico. Il profilo residuale della degiurisdizionalizzazione del processo penale, per quanto la riforma sia intervenuta ampliando alcuni poteri dell'esecutivo idonei ad incidere su diritti fondamentali di portata costituzionale, sembra non essere, allo stato, pienamente integrato.

Si pensi ad esempio al potere attribuito al Questore, ex art. 9, comma 2 bis, del Codice antimafia, di disporre il temporaneo ritiro del passaporto e la sospensione di validità ai fini dell'espatrio di ogni altro documento equipollente. Le garanzie del prevenuto legate al controllo giurisdizionale della misura sono fatte salve dal duplice controllo, ex post, del procuratore della Repubblica e, soprattutto, del presidente del tribunale.

Permangono, invece, i dubbi espressi sul nuovo art. 53 del d.lgs. 196/2003, specie in rapporto alla possibile violazione dell'art. 8 CEDU.

Ma, a prescindere dalla configurazione della “terza colonna” del diritto penale del nemico, un'analisi attenta della riforma impone serie riflessioni su problemi di garanzia penale che non sono più meramente teorici. La lotta interna al terrorismo internazionale non può portare alla disapplicazione dei diritti umani. Sulla base di questo assunto irrinunciabile, garanzia delle garanzie, si può osservare come, a livello interno, l'intervento penalistico non sia idoneo, da solo, ad arginare con la sua forza deterrente i fenomeni terroristici (103). Esso deve essere accompagnato senz'altro da concrete ed efficaci politiche d'integrazione sociale, volte a ridurre i forti disagi creati dall'avvicinamento di culture turbate dall'odio e dalla negazione del senso stesso della nostra umanità.

GIURISPRUDENZA IN MATERIA DFI REATI DI TERRORISMO

Cassazione penale , sez. I , 09/10/2018 , n. 51654

In tema di reato di apologia riguardante delitti di **terrorismo**, previsto dall' art. 414, comma 4, c.p. , il pericolo concreto, derivante dalla condotta dell'agente di consumazione di altri **reati** lesivi di interessi omologhi a quelli offesi dal reato esaltato, può concernere non solo la commissione di specifici atti di **terrorismo** ma anche la adesione di taluno a un'associazione terroristica (nella specie, relativa a vicenda cautelare, correttamente il reato era stato ravvisato nella condotta dell'indagato, valorizzando - tra l'altro - la circostanza dell'aver questi svolto attività di apologia del **terrorismo** diffondendo sulla rete internet documenti audio/video di esaltazione della formazione terroristica Isis).

Fonte:

Guida al diritto 2019, 5, 90

Cassazione penale , sez. I , 19/12/2017 , n. 21948

Cassazione penale , sez. VI , 19/12/2017 , n. 14503

Il delitto di partecipazione ad associazioni terroristiche rientra tra quelli di pericolo presunto e implica l'esistenza di una struttura organizzata, dotata di un proprio programma eversivo. Da ciò discende che, con riferimento alla condotta del partecipe, se non è sufficiente — ai fini della responsabilità penale — l'espressione di una mera idea eversiva, risulta invece perseguibile la condotta del singolo che si innesta in una struttura organizzata, tale da rendere possibile l'attuazione del programma criminoso.

Fonte:

Responsabilità Civile e Previdenza 2018, 4, 1308

Diritto & Giustizia 2018, 30 marzo (nota di: Grillo)

Cassazione penale sez. I, 28/06/2017, n.7203

Ai fini della sussistenza dell'aggravante dell'aver commesso reati per finalità di terrorismo è necessario che la condotta sia idonea a tale scopo

Sentenza

La circostanza aggravante dell'aver commesso reati per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, di cui all'art. 1 del D.L. n. 625 del 1979, richiede, per la relativa integrazione, non soltanto il profilo dell'intenzione terroristica, ma anche e necessariamente l'idoneità della condotta allo scopo di intimidire la popolazione oppure di ingenerare effetti riflessi nell'ordinamento istituzionale o ad esporre a pericolo le strutture di un Paese o di un organismo internazionale. Ne consegue che detta aggravante, per essere sussistente, deve essere ancorata ad una condotta caratterizzata, anche per modalità attuative, dalla percepibile finalizzazione al terrorismo, ossia palesarsi come tale da poter arrecare, per la natura dell'azione e/o per il contesto in cui essa si iscriva, grave danno al Paese, ovvero essere volta alla sostanziale deviazione eversiva dai principi regolatori dell'essenza della vita democratica.

Fonte:

Diritto & Giustizia 3 APRILE 2018

Consiglio di Stato , sez. IV , 29/08/2017 , n. 4092

L'art. 1, l. 20 ottobre 1990 n. 302, recante "norme a favore delle vittime del **terrorismo** e della criminalità organizzata", prevede una elargizione, nell'ammontare massimo di euro 200.000,00 in favore di chiunque subisca un'invalità permanente per effetto di ferite o lesioni riportate in conseguenza dello svolgersi, nel territorio dello Stato, di atti di **terrorismo** o di eversione dell'ordine democratico, ma a condizione (comma 1) che il soggetto non abbia concorso alla commissione degli atti medesimi ovvero di **reati** a questi connessi ovvero in conseguenza di fatti delittuosi commessi per il perseguimento delle finalità delle associazioni di cui all'art. 416-bis c.p.; il successivo art. 4 attribuisce l'elargizione di cui al precedente art. 1 ai familiari di colui che perda la vita per effetto di ferite o lesioni riportate in conseguenza dello svolgersi delle azioni od operazioni di cui al succitato art. 1; inoltre, il successivo art. 10 comma 2 - nel disporre che elargizioni ed assegni vitalizi sono erogati indipendentemente dalle condizioni economiche e dall'età del soggetto leso o dei soggetti beneficiari e dal diritto al risarcimento del danno agli stessi spettante nei confronti...

Fonte:

Redazione Giuffrè amm. 2017

LE SEZIONI UNITE RISOLVONO L'ENIGMA: L'UTILIZZABILITÀ DEL “CAPTATORE INFORMATICO” NEL PROCESSO PENALE - Joint Chambers Solves the Riddle: the Possibility to Use the “Captatore Informatico” (Trojan Virus) in Criminal Trial

Massime

Sommario 1.Premessa. —2.Gli apprezzabili risvolti della pronuncia delle Sezioni unite. —3.Il discutibile inquadramento dell'attività captativa nella disciplina delle intercettazioni di comunicazioni tra presenti alla luce della giurisprudenza precedente. —4.I limiti all'utilizzabilità del captatore informatico: la nozione di criminalità organizzata. —5.La sentenza 20 aprile 2016 del Bundesverfassungsgericht. L'approccio tedesco in materia. —6.Il difficile bilanciamento tra esigenze investigative e tutela dei diritti fondamentali nel rispetto del principio di proporzionalità.

1. PREMESSA

Si è peccato di ingenuità nel pensare che le Sezioni unite della Corte di cassazione sarebbero intervenute solo dopo che l'“enigma” sull'utilizzabilità del c.d. captatore informatico si sarebbe fatto più intricato, a suon di multipli interventi delle sezioni ordinarie.

Con ordinanza del 10 marzo 2016 (1), la sesta sezione sceglie di rimettere all'organo riunito tre differenti questioni nelle quali esaurisce il ventaglio delle situazioni giuridiche percorribili: escludere in toto l'utilizzabilità dei risultati dell'attività condotta a mezzo di virus trojan in mancanza dei requisiti degli artt. 266 ss. c.p.p., escludere solo le captazioni effettuate nei luoghi di privata dimora, ovvero ammetterle esclusivamente in relazione ai delitti di criminalità organizzata.

Le Sezioni unite sciolgono l'enigma optando per la terza soluzione, vale a dire limitatamente «ai procedimenti relativi a delitti di criminalità organizzata, anche terroristica, nonché quelli comunque facenti capo ad un'associazione per delinquere».

Per onestà intellettuale, va preliminarmente detto che nessuno dei tre quesiti sottoposti al vaglio delle Sezioni unite sembra convincere, né tantomeno la soluzione “residuale” offerta dalle stesse: anticipando la conclusione cui si giungerà di seguito, si ritiene di non condividere l'inclusione del c.d. captatore informatico nella categoria degli strumenti investigativi utilizzabili per condurre intercettazioni e, di conseguenza, neanche la soluzione apparentemente più garantista delle Sezioni unite.

2. GLI APPREZZABILI RISVOLTI DELLA PRONUNCIA DELLE SEZIONI UNITE

Al di là di posizioni più o meno critiche nei confronti della decisione in commento, l'interprete può ritenersi soddisfatto di alcune innovative riflessioni di metodo, contenute nel ragionamento delle Sezioni unite. Intanto, è apprezzabile l'attenzione posta sulle «caratteristiche tecniche ed informatiche del mezzo investigativo in argomento». La suprema Corte coglie, infatti, l'importanza del dato tecnico ai fini della comprensione dei risultati giuridici che dall'utilizzo dello stesso possono derivare. Per troppo tempo il mondo del diritto ha peccato di miopia nel ritenere che l'analisi giuridica potesse prescindere della conoscenza tecnico-scientifica che permea molti mezzi di ricerca della prova.

La motivazione chiarisce cosa è il c.d. “Trojan horse”, più comunemente definito “captatore informatico” ovvero “agente intrusore. Trattasi di software, installato da remoto per il tramite di una mail, di un sms o di un'applicazione di aggiornamento (RCS: remote control systems), che si compone di due moduli principali; il primo (server) è un programma che “infetta” la macchina bersaglio, il secondo (client) è l'applicativo che il virus usa per controllare detto dispositivo.

La motivazione spiega correttamente che grazie all'utilizzo di tali “programmi spia”, si possono condurre molteplici attività sulla “macchina bersaglio”, tali da permettere un controllo indiscriminato ed incondizionato dell'apparecchio sui cui il malware viene inoculato. In particolare, il virus informatico non solo consente di monitorare, da remoto e in modalità stealth (ossia celata agli occhi del titolare della macchina bersaglio), sia il flusso di comunicazioni riguardanti sistemi informatici o telematici

(2), che il contenuto degli stessi, nascondendo le tracce del suo passaggio o della sua presenza attraverso la modifica di file o utilities di sistema finalizzati proprio al controllo dell'attività, ma, attraverso l'inconsapevole (auto)installazione del programma spia su un supporto informatico, è possibile copiare, modificare, cancellare e addirittura creare file, inserire documenti e, attivando microfono e videocamera dello stesso, ascoltare le conversazioni ovunque e con chiunque detenute, visionare le immagini e le videoriprese effettuate, nonché decifrare tutto ciò che viene digitato sulla tastiera collegata al sistema (keylogger) e visualizzare quanto appare sul dispositivo della macchina bersaglio (screenshot) (3).

Va detto, comunque, che l'elenco delle operazioni esperibili attraverso il c.d. captatore informatico, contenuto nelle motivazioni della sentenza, non è completo, contemplando solo quelle inquadrabili nelle attività intercettive ed escludendone tante altre, come ad esempio l'immissione di dati e di documenti all'interno della macchina bersaglio, che allontanerebbero di sicuro il Trojan virus da ogni mezzo di ricerca della prova tipizzato dal codice di rito.

Apprezzabile, altresì, è l'attenzione posta dal Procuratore generale, prima, e dalle Sezioni unite, poi, sull'impiego del captatore informatico come strumento investigativo assai efficace per la repressione del crimine: progredendo, infatti, con straordinaria velocità, tanto le tecnologie di captazione (che diventano sempre più sofisticate ed invasive) quanto le tecniche di elusione di ogni captazione possibile (che si affidano alla impenetrabilità degli apparecchi utilizzati, all'inaccessibilità di particolari reti di captazione ovvero all'adozione di sistemi di criptazione dei messaggi scambiati (4), i virus informatici risulterebbero gli unici dispositivi in grado di «penetrare canali criminali di comunicazione o scambio di informazioni utilizzati per la commissione di gravissimi reati contro le persone» (5).

Ancora. Nell'evidenziare l'importanza di tali strumenti ai fini investigativi, la Corte ne individua gli enormi rischi in punto di lesione di diritti. La motivazione sottolinea come il loro utilizzo potrebbe dar luogo ad una serie indefinita di intercettazioni ambientali domiciliari non autorizzate: il soggetto intercettato potrebbe, infatti, recarsi nei luoghi di privata dimora di altre persone portando con sé il dispositivo su cui il trojan è stato inoculato e permettendo l'intercettazione di comunicazioni tra presenti anche nei confronti una pluralità di soggetti non preventivamente determinabile, di fatto estranei al decreto autorizzativo, emesso ai sensi dell'art. 267 c.p.p. (6).

A rigor di onestà, i potenziali rischi sono molti di più e vanno enunciati ai non addetti ai lavori per comprendere a fondo la portata della lesività di tali mezzi investigativi. La possibilità di controllare il dispositivo sui cui il malware agisce crea preoccupazioni in relazione ai pericoli tecnici che potrebbero derivare dalla disinstallazione degli stessi dalla macchina bersaglio: dovendo questa avvenire necessariamente da remoto, potrebbero perdersi le tracce e il controllo stesso del virus, banalmente perché il dispositivo elettronico non si connette più alla rete, permettendo, dunque, un monitoraggio “perenne” dello stesso, che travalica le finalità per cui viene autorizzato. Si creerebbero problemi anche in tema di data retention: la conservazione dei dati

personali, come di recente precisato dalla Corte di giustizia, può avvenire «solo nel rispetto del principio di proporzionalità, nel bilanciamento tra diritto alla protezione dei dati personali ed esigenze di pubblica sicurezza» (7) e non certo senza limiti spazio-temporali, «generando nell'interessato un sentimento di soggezione ad una costante sorveglianza».

Per finire, vanno lodati i puntuali richiami alla dottrina e alle proposte di legge in materia (p. 9) (8), sebbene parta proprio da quest'ultima riflessione (rectius: i lavori parlamentari) il limite della sentenza in commento che da per scontato che l'attività di captazione a mezzo di virus trojan sia aprioristicamente inquadrabile nella disciplina delle intercettazioni ambientali (9).

3. IL DISCUTIBILE INQUADRAMENTO DELL'ATTIVITÀ CAPTATIVA NELLA DISCIPLINA DELLE INTERCETTAZIONI DI COMUNICAZIONI TRA PRESENTI ALLA LUCE DELLA GIURISPRUDENZA PRECEDENTE

Per comprendere le perplessità mosse alla decisione, occorre partire dalla sua genesi. La questione rimessa alle Sezioni unite, frutto del sempre più frequente ricorso a tali strumenti, concerne la necessità di inquadrare l'attività compiuta a mezzo di virus trojan nell'ambito delle categorie giuridiche previste dal codice di rito, in modo tale da verificarne l'ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico: nell'assenza di specifici interventi legislativi, infatti, nel corso degli anni è stata la giurisprudenza di legittimità a tentare di fornire una risposta al problema (10). In tutti i casi, si è data per certo che l'attività costituisse «intercettazione di comunicazioni tra presenti» (11). La questione concerne l'utilizzabilità di un agente intrusore (virus informatico) come inedito strumento di indagine, al fine di captare conversazioni e comunicazioni tra presenti, nonché comunicazioni informatiche o telematiche (12). A parere dei giudici di legittimità tale attività dovrebbe essere ricondotta alla disciplina delle intercettazioni (13): risulterebbero, infatti, legittime le intercettazioni ambientali e telematiche condotte attraverso l'impiego del captatore informatico, installato su un dispositivo elettronico, purché l'attività avvenga nel rispetto dei limiti imposti dal decreto autorizzativo dell'autorità giudiziaria, ai sensi dell'art. 267 c.p.p. (14).

La suprema Corte da una parte ha ammesso, implicitamente, l'uso del captatore informatico come strumento per condurre intercettazioni ambientali e telematiche, configurando l'attività in esame come una nuova modalità attraverso cui può espletarsi un «vecchio» mezzo di ricerca della prova; dall'altra ha specificato che «[N]on si tratta [...] di una semplice modalità attuativa del mezzo di ricerca della prova, costituito dalle intercettazioni. Si tratta, invece, di una tecnica di captazione che presenta delle specifiche peculiarità e che aggiunge un *quid pluris* rispetto alle ordinarie potenzialità dell'intercettazione [...]».

Pur non trovando una puntuale definizione nel codice di rito, le intercettazioni consistono «nella captazione occulta e contestuale di una comunicazione o conversazione tra due o più soggetti che agiscano con l'intenzione di escludere gli altri e con modalità oggettivamente idonee allo scopo, attuata da un soggetto estraneo

alla stessa mediante strumenti tecnici di percezione tali da vanificare le cautele ordinariamente poste a protezione del suo carattere riservato» (15).

Un atto del genere, più di ogni altro mezzo di ricerca della prova (16), inevitabilmente, comprime diritti ritenuti inviolabili (17): la libertà e la segretezza delle comunicazioni, la tutela delle riservatezza e della privacy(18), come rilevano i giudici della Consulta, rappresentano «[...] un presidio [...] operante contro le intrusioni (sia) dei privati [...] e dei pubblici poteri» (19), ma deve anche trovare protezione l'interesse «connesso all'esigenza di prevenire e reprimere i reati», attraverso una limitazione di tali libertà» (20).

Affinché tale compressione non risulti ingiustificata e, quindi illegittima, è opportuno, in primo luogo, che il decreto con cui l'autorità giudiziaria (g.i.p. o, nei casi di urgenza, il p.m., ex art. 267 c.p.p.) autorizza l'attività intercettiva individui, a pena di inutilizzabilità, «con precisione i luoghi nei quali dovrà essere espletata l'intercettazione di comunicazioni tra presenti, non essendo ammissibile un'indicazione indeterminata [...]» (21).

A parere dei giudici di legittimità, non sarebbero consentite, in virtù di una «corretta ermeneutica dell'art. 15 Cost.», intercettazioni ambientali effettuate “ovunque”, senza limitazioni di luoghi in cui l'attività possa essere espletata(22).

Va, tuttavia, rilevata, come dimostrano orientamenti giurisprudenziali ormai consolidati (23), la peculiarità delle intercettazioni ambientali, che le differenziano nettamente da quelle telefoniche.

Queste ultime, infatti, presuppongono l'esistenza di una specifica apparecchiatura o di un particolare sistema da sottoporre ad intercettazione, in modo tale che per ciascuna operazione di intercettazione i dati di identificazione dell'apparecchio da sottoporre a verifica e controllo devono essere precisati nel decreto autorizzativo.

Diverso discorso vale per le intercettazioni ambientali che, per la «loro intrinseca natura», non necessitano dell'individuazione degli apparecchi, ma si riferiscono, più genericamente, ad “ambienti” in cui deve intervenire la captazione, con la conseguenza che devono considerarsi legittime, con possibilità di piena utilizzazione dei risultati, anche quando in corso di esecuzione intervenga una variazione dei luoghi in cui deve svolgersi la captazione(24).

Risulterebbe, quindi, assolutamente necessario che il decreto indicasse “specificamente” le situazioni ambientali (e non il luogo) oggetto di intercettazione (25): “l'adeguata motivazione” va, quindi, riferita alla “specificità ambientale” che, nel caso di attività intercettiva a mezzo di virus trojan, non può essere in alcun modo dettagliata. Il telefono cellulare è, oramai, «uno strumento che accompagna ogni movimento del soggetto» ed è ovvio che, se usato con finalità captatorie, è in grado di operare un controllo indiscriminato della vita privata e sociale di ogni individuo, non permettendo, per le ragioni su esposte, all'autorità giudiziaria di indicare e precisare i luoghi (“l'ambiente”) in cui l'attività possa essere svolta.

Ma c'è di più. L'attivazione, da remoto, della videocamera del telefono cellulare, consentirebbe di effettuare videoriprese di comportamenti non comunicativi

(26)anche nell'ambito domiciliare (27), che, ai fini processuali, risultano essere inutilizzabili, in quanto acquisite illecitamente (28).

Risulta, pertanto, opportuno verificare in concreto la compatibilità tra gli strumenti utilizzati per captare conversazioni o immagini e le norme del codice di rito sull'attività intercettiva: il rispetto delle stesse implica automaticamente l'impossibilità di ammettere tecniche che, per loro stessa natura (come nel caso del trojan), ne implicherebbero una violazione (29).

D'altra parte la suprema Corte non avrebbe avuto alternative percorribili: definendo l'attività in esame come «intercettazione telematica e ambientale», ha dovuto imporre il rispetto dell'adeguata motivazione del decreto imposta dall'art. 267 c.p.p., assolutamente incompatibile con l'invasività propria della succitata tecnica captatoria. È opportuno precisare che solo in una precedente occasione la Corte si è pronunciata circa la possibilità di avvalersi di un simile strumento investigativo al fine di acquisire dei documenti contenuti in un dispositivo elettronico (30): nel caso di specie i giudici hanno considerato che l'attività condotta a mezzo trojan, volta a captare «un flusso unidirezionale di dati», ovvero una «relazione operativa tra microprocessore e video del sistema elettronico» non costituirebbe intercettazione di comunicazioni (31)(e nemmeno sarebbe inquadrabile negli altri mezzi di ricerca della prova tipici) (32), ma prova atipica (33), con conseguente non operatività dei limiti previsti dagli artt. 266 ss. c.p.p. (34).

La novità della pronuncia dei Giudici supremi del 2015 risiederebbe, in sostanza, non solo nell'innovativa ed onnicomprensiva denominazione fornita allo strumento (non più “captatore informatico”, ma “agente intrusore”, così da sottolineare le potenzialità invasive dello stesso), ma nell'inedito utilizzo dello stesso, nonché nell'inquadramento della relativa attività investigativa.

Per quanto concerne il primo aspetto, va rilevato che, da un punto di vista tecnico, esistono due diverse modalità di monitoraggio: le online search o one time copy ovvero le online surveillance (35). La prima, che ha caratterizzato la pronuncia del 2009, consente l'acquisizione, mediante copia, dei dati contenuti all'interno delle memorie di un dispositivo informatico, di norma un personal computer (il captatore informatico funge, quindi, da “ribaltatore di conoscenza”); la seconda, propria del caso di specie, permette un monitoraggio costante delle attività compiute, in entrata o in uscita, da un dispositivo informatico (36).

Tale mezzo di ricerca della prova risulterebbe, quindi, essere tipizzato dall'art. 266-bis c.p.p., che consente la captazione (intesa come controllo continuo) del flusso di comunicazioni relativo a sistemi informatici o telematici ovvero intercorrente tra più sistemi (37). Si tratterebbe, secondo l'orientamento dominante (38), di una tipologia di intercettazione telematica che trova la sua disciplina negli artt. 267 ss. c.p.p.

Per quanto, invece, concerne il secondo aspetto, se la captazione di immagini, di conversazioni o comunicazioni tra presenti, condotta attraverso l'installazione del virus trojan su un dispositivo elettronico, non può rientrare, per i suddetti motivi, nell'ambito delle intercettazioni ambientali, sarà opportuno provvedere ad un più corretto inquadramento sistematico nei “tradizionali mezzi di ricerca della prova”.

4. I LIMITI ALL'UTILIZZABILITÀ DEL CAPTATORE INFORMATICO: LA NOZIONE DI CRIMINALITÀ ORGANIZZATA

Se, dunque, il nocciolo della questione risulta essere quello del difficile inquadramento sistematico dell'attività captativa condotta tramite strumenti di controllo a distanza e, quindi, la legittimità dello strumento ex se, le Sezioni unite offrono una soluzione parziale al problema, dirimendo solo in parte i dubbi esistenti in merito all'ammissibilità dello stesso. L'interrogativo posto alla Corte concerne, in sostanza, la legittimità del ricorso al virus trojan come strumento per condurre intercettazioni di comunicazioni tra presenti in luoghi di privata dimora, ex art. 614 c.p., pur non singolarmente individuati e al di fuori dei presupposti indicati dall'art. 266, comma 2, c.p.p.

Le Sezioni unite hanno riconosciuto la possibilità di dar luogo alla captazione a mezzo di agente intrusore anche nei luoghi di privata dimora e senza necessità di indicare nel decreto autorizzativo i luoghi di effettuazione, con il solo requisito di doversi trattare di procedimento relativi a «delitti di criminalità organizzata, anche terroristica (a norma dell'art. 13 d.l. n. 152 del 1991)». L'iter logico seguito dai giudici di legittimità segue una corretta ermeneutica della speciale norma derogatrice dettata dall'art. 13 d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito in l. 12 luglio 1991, n. 203. Tale norma, nonché l'art. 266, comma 2, del vigente codice, non riferendosi alle «intercettazioni ambientali», ma di «intercettazioni di comunicazioni tra presenti», distinguono, in sostanza, due categorie di intercettazioni, quella – più ampia – delle «intercettazioni di comunicazioni tra presenti» e quella – più circoscritta – delle «intercettazioni di comunicazioni tra presenti nei luoghi di privata dimora»; queste ultime risultano, in particolare, sottoposte a requisiti differenti a seconda che siano disposte o meno nei procedimenti per delitti di criminalità organizzata: nel primo caso si esclude espressamente il requisito autorizzativo previsto dall'art. 266, comma 2, c.p.p., e cioè la sussistenza di un «fondato motivo di ritenere che nei luoghi» di privata dimora «si stia svolgendo l'attività criminosa», potendo, dunque, condurre, senza alcuna limitazione, intercettazioni ambientali anche nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p.

Le Sezioni unite, superando l'orientamento espresso dalla sesta sezione nel 2015, pongono al centro della questione non più la “predeterminazione” e la “specificazione” dei luoghi in cui la captazione possa essere effettuata, ma la delimitazione dei casi e delle modalità con cui il malware può essere utilizzato come strumento investigativo. Appare, dunque, opportuno soffermarsi, in primis, sulla nozione di criminalità offerta dai giudici di legittimità: disattendendo quanto auspicato dalla Procura generale, la Corte sembra abbracciarne un'interpretazione assai ampia, ricomprendendo tra gli stessi «non solo quelli indicati nell'art. 51, commi 3-bis e 3-quater c.p.p., ma anche quelli comunque facenti capo ad un'associazione per delinquere, ex art. 416 c.p.,

correlata alle attività criminose più diverse, con esclusione del mero concorso di persone nel reato», seguendo gli orientamenti giurisprudenziali già espressi e sedimentati sul punto, nonché con la normativa sovranazionale e con la giurisprudenza europea. L'ammissibilità di uno strumento così tanto invasivo per i diritti e le libertà fondamentali ai soli delitti di criminalità organizzata, potrebbe essere "giustificata" proprio in relazione alla ratio che ha spinto il legislatore del '91 ad introdurre uno speciale regime derogatorio in ordine a tali reati.

In effetti, il legislatore, con l'introduzione dell'art. 13 d.l. n. 152/1991, ha inteso favorire l'operatività dell'attività intercettiva in relazione a fattispecie criminose per le quali l'attività di indagine risulta assai complessa: ha, in sostanza, preferito limitare il diritto alla segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione (art. 15) e l'inviolabilità del domicilio (art. 14) in relazione all'eccezionale gravità e pericolosità sociale di tali delitti, stante anche le oggettive difficoltà di acquisizione delle prove. Ed oggi, anche a causa dell'articolazione su scala mondiale delle organizzazioni terroristiche, «le minacce che derivano alla società e ai singoli» a seguito di una criminalità che oramai dispone di sofisticate tecnologie e notevoli risorse finanziarie, «richiedono una forte risposta dello stato con tutti i mezzi che la moderna tecnologia offre per adeguare l'efficacia investigativa all'evoluzione tecnologica dei mezzi adoperati dai criminali».

In ragione delle succitate argomentazioni, a parere della suprema Corte non sussiste alcuna violazione dell'art. 8 CEDU, risultando essere ampiamente rispettato il principio di proporzionalità «tra la forza intrusiva del mezzo usato e la calibrata e motivata compressione dei diritti fondamentali che ne deriva», purché l'impiego di tale strumento sia circoscritto alle prescrizioni tecniche di utilizzo e le limitazioni fissate dal giudice.

5. LA SENTENZA 20 APRILE 2016 DEL BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. L'APPROCCIO TEDESCO IN MATERIA

La Germania costituisce un importante punto di riferimento in materia, essendo stato il primo Paese europeo ad autorizzare forme di captazione occulta mediante strumenti di controllo a distanza e, nel contempo, a dubitare sulla liceità degli stessi.

In particolare, la possibilità di utilizzare questo specifico software per condurre attività di intelligence è stata introdotta nel Land Nord Rhein Westfalen, dove, attraverso una modifica della Legge sulla Protezione della Costituzione del Land(39), si autorizzava un organismo di intelligence a «protezione della costituzione» (Verfassungsschutzbehörde) (40) ad effettuare due tipi di indagine: il monitoraggio e la ricognizione segreti di Internet e l'accesso segreto a sistemi informatici (41).

Sulla questione è intervenuta nel 2008 la Corte costituzionale tedesca (42) che, pur dichiarando la suddetta normativa incostituzionale, non rispettosa dei principi di proporzionalità e determinatezza, non ha escluso in assoluto l'ammissibilità di tale strumento di indagine: l'utilizzo di programmi spia, non equiparabile in toto alle intercettazioni di comunicazioni, permettendo una raccolta a distanza di dati non

legata al luogo in cui il soggetto fisicamente si trova, viene considerato come una violazione del nuovo «diritto alla garanzia dell'integrità e della riservatezza dei sistemi informatici» (43), configurando come un controllo “onnipresente” della vita degli individui, da limitare a precise e determinate circostanze.

I Giudici hanno rilevato che l'uso di sistemi di “sorveglianza” o di “monitoraggio” dell'attività degli users potrebbero portare alla profilazione dell'utente: emerge, dunque, la necessità di proteggere i diritti fondamentali riconducibili all'art. 1, comma 1, GG (Grundgesetz), per cui «la dignità umana è inviolabile ed il suo rispetto e la sua protezione costituiscono un dovere da parte delle autorità statali»; all'art. 2, comma 1, GG, secondo cui «ogni individuo ha diritto al libero sviluppo della sua personalità, nella misura in cui non viola i diritti degli altri e l'ordine costituzionale o la legge morale»; all'art. 10 GG, che tutela la «segretezza della corrispondenza e delle [tele]comunicazioni (Das Briefgeheimnis sowie das Post- und Fernmeldegeheimnis sind unverletzlich)»; nonché all'art. 13 GG, posto a presidio dell'invulnerabilità del domicilio (Die Wohnung ist unverletzlich).

Consapevole delle peculiarità proprie dello strumento informatico rispetto ai tradizionali mezzi di comunicazione, la Corte costituzionale tedesca ha, quindi, ritenuto opportuno predisporre una tutela ulteriore e sussidiaria rispetto a quella già vigente, stabilendo che le operazioni investigative suscettibili di comprimere tale nuovo diritto della personalità possono essere giustificate, non solo da finalità di repressione di reati, ma anche da finalità preventive, a condizione che siano rispettati il principio di proporzionalità e la riserva di giurisdizione (44).

La sicurezza dello Stato, come potere di garantire la pace e l'ordine pubblico, sono valori di rango costituzionale, che devono essere valutati e considerati nel bilanciamento con altrettanti valori e controinteressi (45): in particolare, l'art. 5, comma 2, n. 11 VSG non è conforme al principio di proporzionalità in senso stretto (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne), che presuppone che qualunque restrizione dei diritti fondamentali non possa essere sproporzionata rispetto alla gravità dei motivi che la giustificano.

In questo caso, le misure previste dalla norma incidono sui diritti fondamentali in modo «intenso e sproporzionato» rispetto al pubblico interesse alle indagini effettuate tramite l'accesso segreto, che può essere realizzato anche neutralizzando misure di sicurezza (quali la crittografia) adottate dallo stesso titolare per la sicurezza del sistema e dei dati (46).

Non solo, ma il Bundesverfassungsgericht, rivolgendosi al legislatore tedesco che voglia disciplinare questo particolare strumento, ha auspicato l'adozione di un adeguato sistema di misure tecniche preventive idoneo ad impedire di avere accesso a dati personali, irrilevanti per le indagini o comunque la previsione di garanzie ex post consistenti nell'immediata cancellazione di tali dati e nella loro inutilizzabilità processuale. Il legislatore tedesco viene, in sostanza, chiamato a rispettare il principio di chiarezza, di sufficiente determinatezza della fattispecie e il principio di proporzionalità: la possibilità di effettuare un accesso segreto, dunque, è

costituzionalmente ammissibile solo se tale misura risulta essere necessaria per la protezione di importanti e predominanti beni giuridici, quali possono essere la vita, l'incolumità fisica e la libertà dei singoli, nonché quelli della collettività (Güter der Allgemeinheit), la cui minaccia tocca le fondamenta dello Stato o il suo mantenimento o la base dell'esistenza umana, fino a comprendere anche la possibilità di funzionamento delle parti essenziali dei servizi di pubblica utilità.

Quasi contemporaneamente alla sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione italiana – pur nella diversità delle argomentazioni e conclusioni cui approda – a dimostrazione dell'attualità del tema in questione (47), la Corte costituzionale tedesca è tornata ad affrontare il tema dei limiti alle investigazioni compiute con strumenti di sorveglianza occulta (48).

Nell'occasione la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità di alcune disposizioni della legge federale denominata “Bundeskriminalamtgesetz”, che disciplina i compiti e l'attività della forza di polizia federale (Bundeskriminalamt) e la cooperazione in materia penale tra i Governi statali e quello federale e con i Paesi terzi. Sulla stessa scia della pronuncia del 2008, il Bundesverfassungsgericht riconosce in capo al legislatore il dovere di effettuare un bilanciamento tra la protezione che lo Stato deve accordare ai cittadini e i diritti fondamentali vantati dagli stessi, e tale bilanciamento deve essere condotto nel rispetto del principio di proporzionalità, base al quale «i poteri investigativi che incidono in maniera profonda sulla vita privata vanno limitati dalla legge alla tutela di interessi sufficientemente rilevanti nei casi in cui sia prevedibile un pericolo sufficientemente specifico a detti interessi» (49).

Come evidenziato dalla dottrina, l'importanza di tale pronuncia è determinata dal fatto che rappresenta un decisivo intervento chiarificatore nel dibattito sul conflitto tra la necessità dei Governi di assicurare la sicurezza nazionale e diritto dei cittadini alla tutela della privacy, da intendere sia nel senso di riservatezza da possibili ingerenze esterne, sia come protezione dei dati personali (50).

6. IL DIFFICILE BILANCIAMENTO TRA ESIGENZE INVESTIGATIVE E TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI NEL RISPETTO DEL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ

Ancora una volta la suprema Corte di cassazione si è, dunque, trovata a fare i conti con un sistema giuridico che si è dovuto adeguare, adattare e plasmare alla realtà contingente, in rapporto a quei fenomeni che turbano l'ordine sociale, all'evoluzione che questi subiscono con il passare del tempo e col modificarsi dell'esigenze della società (51). Si tratterebbe, secondo una definizione ormai diffusa, dei “problemi [propri] della modernità” (52): «[I]l futuro si presenta dominato dalla tecnologia e l'epoca tecnologica è destinata ad alterare i caratteri tipici del processo penale» (53).

Era il 1968 quando l'illustre studioso Gaetano Foschini prevede la dirompenza del progresso scientifico-tecnologico destinato, di lì a poco, a travolgere ogni settore della vita umana. Ed infatti, negli ultimi venti anni, la società ha sperimentato quella che potremmo indiscutibilmente definire una vera e propria “rivoluzione tecnologica”: il diritto, ed in particolare quello penale, inteso quale ordinamento del sociale

(54), non rimane estraneo a questo moto (55). Appare, infatti, un dato di comune esperienza l'impiego, sempre più frequente, di strumenti di indagine ad elevato contenuto tecnologico, non sempre di agevole classificazione, caratterizzati dall'inscindibile connubio tra l'efficacia investigativa e la rilevante incidenza sui diritti fondamentali costituzionalmente garantiti

(56). Al riguardo, è stato affermato che «i diritti fondamentali sono oggetto di tutela “progressiva” non solo nel senso di un loro opportuno adeguamento all'evoluzione tecnologico e alle sfide del tempo, ma altresì per il fatto di trovarsi in rapporto di costante tensione con l'esigenza – anch'essa di rango costituzionale – di un efficace perseguimento dei reati» (57). Ecco, quindi, paventarsi la sfida tra «il costruito (il fare, l'artefatto) ed il dato (l'essere, il valore)» (58), tra i vantaggi che la tecnologia importa al processo «ai fini di una giustizia meglio organizzata e più efficiente» (59), preservando i valori fondamentali che permeano, più di ogni altro settore, il sistema penale.

Il rischio è quello di tendere ad innovare il processo penale al fine della rigorosa ricerca del vero e della verità, allontanandolo dai valori fondamentali che lo hanno ispirato (60): la difficoltà in cui il “moderno” giurista si trova è, dunque, l'equo bilanciamento tra accertamento del fatto, facilitato dal sempre più frequente utilizzo di nuovi strumenti di indagine (61), e tutela dei diritti fondamentali di ogni individuo (62).

Sul punto il supremo Collegio è chiaro: non possono essere ammesse intercettazioni di comunicazioni tra presenti nei luoghi di privata dimora in assenza di fattispecie criminose riconducibili alla criminalità organizzata e assimilati perché ciò comporterebbe una compressione dei fondamentali valori costituzionali, posti a presidio della libertà di ogni individuo.

La possibilità di monitorare, segretamente e senza limiti spazio-temporali, ogni attività che il soggetto conduce, non può che stridere con le prerogative di riservatezza sancite sia a livello costituzionale che sovranazionale

(63): risulterebbe, tout court, configurarsi una violazione dell'art. 13 Cost., baluardo della libertà di ogni individuo; dell'art. 14 Cost., posto a protezione del domicilio (64); dell'art. 15 Cost., che tutela la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione; nonché una lesione del principio di proporzionalità così come previsto dall'art. 8 CEDU (65).

Ed è proprio su questo principio che i giudici di legittimità si sono concentrati: la proporzionalità tra la potenziale forza invasiva del mezzo e la compressione dei diritti fondamentali risulterebbe essere giustificata solo in relazioni a quei delitti in relazione ai quali è necessario predisporre adeguati strumenti di tutela delle esigenze del singolo e della collettività proprio per la loro intrinseca pericolosità; non risulterebbe, invece, essere rispettata in relazione ai c.d. reati tradizionali, per cui sarebbero utilizzabili, e comunque efficaci, i classici strumenti previsti dall'attuale codice di rito

Per le suddette ragioni, i sistemi di controllo da remoto, in assenza di una esplicita disposizione legislativa ad hoc, darebbero potenzialmente luogo ad una prova incostituzionale, offrendo al processo elementi «raccolti con modalità non disciplinate dal codice di rito e lesive dei diritti dell'individuo», tutelati dalla Carta costituzionale (67), e di essi non dovrebbe essere fatto alcun uso nel corso del procedimento (68): parrebbe meglio ricercare un compromesso «meno comodo e meno all'avanguardia» (69) che ai profili “tecnici” anteponga quelli metodologici, senza alternative utopistiche (70).

Occorre, tuttavia, prendere atto che i risultati ottenibili attraverso l'utilizzo di tali strumenti sono efficacissimi nella persecuzione del crimine, per cui non è prospettabile che il processo penale ne venga completamente privato: sembra, quindi, doveroso intraprendere una strada diversa rispetto a quella prospettata dai giudici di legittimità.

Se, dunque, non può considerarsi a priori incostituzionale qualsiasi sistema di investigazione operato tramite mezzi tecnologici, occorre che questo sistema venga regolamentato, tenendo conto del bilanciamento tra i vari interessi che possono venire in contrasto. Da ciò deriva la necessità che il legislatore rispetti il principio di chiarezza, sufficienza, determinatezza della fattispecie nonché, in particolare, il principio di proporzionalità (71): non potendo lasciare alla disponibilità degli inquirenti (72) la scelta di utilizzare “nuovi” ed invasivi strumenti d'indagine (73), occorrerebbe che si pervenga ad una disciplina legislativa espressa in relazione ai casi e ai modi entro i quali tali atti possano essere eseguiti.

Una volta ritenuto indispensabile l'impiego di tale strumento per la ricerca della prova dovrebbe, in sostanza, essere circoscritto attraverso l'apposizione di limiti tecnici preventivi (per esempio inibendo a priori l'operatività di alcune delle loro molteplici funzioni acquisitive), nonché di precise limitazioni giuridiche in ordine alle modalità di utilizzo degli stessi (escludendo, per esempio, che i programmi di monitoraggio a distanza siano impiegati per acquisire dati, al di fuori o in contrasto con le regole in tema di perquisizioni e sequestri). Aver previsto nel codice l'art. 189, non esonera il Parlamento da un impellente intervento che adegui il processo a nuovi strumenti di indagine, intervento che risulterà necessario ogniqualvolta la prassi registri l'emergere di mezzi di comprovata efficacia, ma potenzialmente idonei a ledere diritti fondamentali.

QUALIFICAZIONE DEL DELITTO DI STRAGE - LA QUALIFICAZIONE DEL DELITTO DI STRAGE COME CRIMINE CONTRO L'UMANITÀ

Francesca Capone

[Cass. pen. Sez. II, 11 febbraio 2016, n. 15107](#)

[c.p. art. 157](#)

[L. 04-08-1955, n. 848, 7.](#)

In linea con l'orientamento recentemente stabilito dalle Sezioni unite della Corte di cassazione, la seconda sezione, con la sentenza n. 15107 del 12 aprile 2016 ha affermato l'imprescrittibilità del delitto di strage astrattamente punibile ai sensi [dell'art. 422 c.p.](#) con l'ergastolo, indipendentemente dal ricorrere di circostanze attenuanti che determinino, in concreto, l'applicazione di una pena detentiva temporanea. Secondo la Corte di cassazione, infatti, un approccio diverso rispetto a quello seguito comporterebbe una violazione dei diritti fondamentali che la stessa Convenzione europea dei diritti dell'uomo intende garantire. In particolare la Corte di cassazione, chiamata a pronunciarsi sulla equiparabilità dell'orientamento giurisprudenziale adottato a una modifica normativa *contra reum*, ha respinto questa analogia e ha, inoltre, affermato che il principio di irretroattività risulterebbe comunque non invocabile in relazione al delitto di strage. Secondo la Corte, infatti, tale delitto, in quanto "crimine che offende in ogni tempo e luogo gli interessi dell'Unione", rientrerebbe comunque tra le ipotesi di cui al 2° comma dell'art. 7 CEDU. La presente nota si propone di analizzare le questioni giuridiche sollevate dal caso in esame, soffermandosi in particolare sugli aspetti di rilievo internazionalistico.

Sommario: [Introduzione](#) - [La sentenza Cass. pen. n. 15107/2016](#) - [La "formula di Radbruch" e la sua \(non\) applicabilità al delitto di strage](#) - [La qualificazione del delitto di strage come crimine contro l'umanità che offende interessi transnazionali](#) - [Considerazioni conclusive](#)

Introduzione

La seconda sezione, con la sentenza Cass. n. 15107/2016, si è uniformata all'orientamento recentemente stabilito dalle Sezioni unite⁽¹⁾, affermando l'imprescrittibilità del delitto di strage in quanto astrattamente sanzionabile con l'ergastolo⁽²⁾. La Corte, dopo aver negato che nel caso di specie possa riconoscersi un mutamento giurisprudenziale *in peius* equiparabile a una modifica normativa sfavorevole, ha ribadito che tale approccio è compatibile con il principio di irretroattività sancito dall'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (d'ora in poi, CEDU). Inoltre, la Corte, richiamandosi al 2° comma dell'art. 7 CEDU, ha sostenuto l'inoperatività, in virtù di stringenti esigenze di carattere sovranazionale, dei principi di legalità e irretroattività delle norme penali rispetto al delitto di strage⁽³⁾.

La Corte di cassazione nella sentenza in esame ha affrontato diverse questioni giuridiche rilevanti, due delle quali in particolare richiedono una attenta analisi attraverso una prospettiva internazionalistica. La presente nota si propone pertanto di soffermarsi sui seguenti aspetti: i) la coerenza dell'orientamento sposato dalla Corte rispetto ai limiti alla applicabilità del 2° comma dell'art. 7 CEDU chiariti dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (d'ora in poi, Corte Edu); ii) le implicazioni derivanti dalla qualificazione ad opera della seconda sezione della Corte di cassazione del delitto di strage come "crimine contro l'umanità che offende interessi transnazionali".

Ciò premesso i successivi paragrafi saranno articolati come segue. Nella prima parte presenteremo un breve sommario della decisione delle Sezioni unite attraverso la quale si è affermato il principio di imprescrittibilità dei delitti sanzionabili in astratto con l'ergastolo ed esamineremo brevemente i punti salienti della sentenza in commento (par. 2). Nella seconda parte saranno affrontate le questioni di rilievo internazionalistico che emergono dall'esame del caso oggetto della sentenza in commento (parr. 3 e 4). Nell'ultimo paragrafo della presente nota troveranno collocazione alcune riflessioni conclusive, sottolineando, in particolare, le criticità rilevate in relazione all'operato della Corte di cassazione nel caso di specie (par. 5).

La sentenza Cass. pen. n. 15107/2016

Nella sentenza relativa al caso in commento la seconda sezione della Corte di cassazione ha dato inizio alle sue considerazioni facendo espresso riferimento alla decisione delle Sezioni unite in virtù della quale i reati puniti con la pena astratta dell'ergastolo sarebbero imprescrittibili anche nel vigore della precedente disciplina [dell'art. 157 c.p.](#)⁽⁴⁾. In particolare, secondo le Sezioni unite, già prima della riforma del 2005 la prescrizione era applicabile esclusivamente ai reati punibili con pene pecuniarie e/o con pene detentive temporanee.⁽⁵⁾ La modifica [dell'art. 157 c.p.](#), dunque non avrebbe innovato in proposito; piuttosto, "ponendosi in un rapporto di continuità" con la disciplina novellata e con l'orientamento della giurisprudenza consolidato, avrebbe "formalmente recepito" il principio della imprescrittibilità dei reati in parola, per dirimere ogni controversia in proposito.⁽⁶⁾

Nella decisione in commento la seconda sezione della Corte di cassazione si è confrontata nuovamente con la spinosa questione della imprescrittibilità dei reati puniti con l'ergastolo, questa volta però estendendo l'indagine al rapporto tra l'orientamento delle Sezioni unite in materia e la disciplina *ex art. 7 CEDU*.

I fatti che hanno dato origine al caso qui in esame possono essere sintetizzati come segue. Con la sentenza datata 27 febbraio 2013 la Corte di Assise di Napoli condannava tutti gli imputati per il delitto di cui [all'art. 422 c.p.](#) in relazione alla c.d. strage del bar Sayonara, avvenuta a Napoli l'11 novembre 1989⁽⁷⁾. Dieci degli imputati sono stati condannati alla pena dell'ergastolo previa concessione dell'attenuante di cui all'art. 8, [D.L. n. 152/1991](#)⁽⁸⁾. La Corte di Assise di appello di Napoli con sentenza emessa il giorno 23 gennaio 2015 riformava la sentenza di primo grado dichiarando di non doversi procedere per avvenuta prescrizione del contestato delitto *ex art. 422 c.p.*, nei confronti di tutti gli imputati ai quali era stata riconosciuta l'attenuante prevista dall'art. 8, [D.L. n. 152/1991](#), ad eccezione di uno, Sarno Ciro, il quale aveva espressamente rinunciato all'effetto estintivo espletato [dall'art. 157 c.p.](#) Avverso detta sentenza di appello hanno proposto ricorso per Cassazione gli imputati sulla base di svariati motivi su cui qui non è importante soffermarsi, ad eccezione dell'appello proposto da Sarno Vincenzo e Sarno Pasquale che contestava il recente orientamento delle Sezioni unite in tema di imprescrittibilità dei reati punibili con ergastolo e sosteneva che l'applicazione retroattiva di tale orientamento avrebbe comportato una violazione dell'art. 7 CEDU in relazione ad un mutamento giurisprudenziale *in peius*.

Il Procuratore Generale di Napoli, in risposta alla declaratoria di prescrizione pronunciata nei confronti di coloro contro i quali erano state emanate le condanne alla pena dell'ergastolo, essenzialmente sosteneva che anche nel vigore della vecchia disciplina *ex art. 157 c.p.* dovesse ritenersi operante il principio di imprescrittibilità dei reati puniti con la pena della reclusione a vita. In accoglimento del ricorso del Procuratore Generale la Corte di cassazione ha predisposto l'annullamento della sentenza impugnata con rinvio ad altra sezione della Corte di Assise di Appello di Napoli, la Corte ha inoltre respinto i ricorsi proposti negli interessi degli imputati giudicati colpevoli all'esito dei giudizi di primo e secondo grado.

La "formula di Radbruch" e la sua (non) applicabilità al delitto di strage

Come evidenziato dalla Corte di cassazione, nel caso della sentenza in commento la questione dell'imprescrittibilità non attiene all'incriminazione di una condotta non punibile al momento della sua esecuzione e divenuta penalmente illecita in seguito, da cui deriverebbe l'applicazione immediata dell'art. 25, 2° comma, Cost. e dell'art. 7, 1° comma, CEDU⁽⁹⁾. Piuttosto la sentenza in esame concerne la ben differente questione delle modifiche in tema di prescrizione del reato, che secondo i ricorrenti si qualificerebbero come violazione dell'art. 7 CEDU in quanto "mutamento giurisprudenziale sfavorevole in tema sostanziale analogo a riforma legislativa *in peius*"⁽¹⁰⁾.

La Corte, chiamata a pronunciarsi sull'eventuale contrasto tra l'orientamento delle Sezioni unite in tema di prescrittibilità dei reati puniti con la pena dell'ergastolo e l'art. 7 CEDU, ha innanzitutto chiarito che, come già affermato sia dalla Corte costituzionale⁽¹¹⁾, sia dalla Corte Edu, l'art. 7 CEDU si riferisce alla fattispecie incriminatrice e alla pena⁽¹²⁾, non anche alla disciplina della prescrizione, che va pertanto considerata una norma di procedura che non definisce reati e sanzioni, ma reca soltanto una mera condizione preliminare per l'esame del caso⁽¹³⁾. Inoltre, la seconda sezione della Corte di cassazione ha proseguito nel suo ragionamento affermando che poiché nel caso in esame si procede per il delitto di strage, tale fattispecie secondo i giudici rientrerebbe comunque nella eccezione al principio di irretroattività della legge penale sancita nel 2° comma dell'art. 7 CEDU.

Preme sottolineare che la maggior parte delle sentenze emesse dalla Corte Edu in materia di violazioni dell'art. 7 si sono concentrate sul 1° comma⁽¹⁴⁾, mentre più nebulosa appare l'interpretazione del 2° comma, che ha recepito la c.d. formula di Radbruch e prevede che la regola dell'irretroattività della legge penale non debba ostare alla punizione di fatti che al momento della loro commissione costituivano crimini alla luce dei principi generali di diritto riconosciuti dai paesi civili⁽¹⁵⁾. Pertanto la sentenza in esame offre una occasione importante per riflettere sulla conformità della pronuncia della Corte di cassazione all'orientamento della Corte Edu circa l'applicabilità del principio di irretroattività della legge penale nel caso di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine "secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili"⁽¹⁶⁾.

Il 2° comma dell'art. 7, pur essendo stato redatto con lo scopo specifico di delineare l'unica eccezione al principio di legalità, è stato effettivamente formulato in maniera

piuttosto ampia, così ampia che potrebbe dare adito ad interpretazioni particolarmente estensive (e audaci)⁽¹⁷⁾. La Corte Edu pertanto ha cercato di chiarire la portata del 2° comma dell'art. 7 alternando approcci poco lineari ed infine adottando un orientamento piuttosto rigido nella recente sentenza *Matkouf e Damjanovic c. Bosnia Erzegovina*⁽¹⁸⁾. In primo luogo rileva osservare che i due commi dell'art. 7 CEDU sono da considerarsi collegati e da leggersi in modo sistematico, in forza soprattutto di quanto annunciato nei *travaux préparatoires*. Alla luce di questa affermazione la conseguenza da trarre è che il 1° comma è da ritenersi norma generale che consacra il principio dell'irretroattività, mentre il secondo, diretto derivato dello Statuto del Tribunale di Norimberga, avrebbe la sola funzione di chiarire l'ambito operativo di tale regola, con lo scopo primario di non impedire la fondamentale contestazione degli efferati crimini commessi dal regime nazista⁽¹⁹⁾.

Ciò premesso con la pronuncia *Matkouf e Damjanovic c. Bosnia Erzegovina*, la Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato in modo perentorio che l'eccezione contenuta nel 2° comma dell'art. 7, in linea con un'interpretazione storica basata sui lavori preparatori della Convenzione, deve essere riferita esclusivamente ai fatti commessi durante la Seconda Guerra mondiale ed il suo ambito di applicazione non può quindi essere esteso a condotte non legate a quegli specifici eventi⁽²⁰⁾. Sarebbe fuorviante indugiare in questa sede sull'approccio poco lineare seguito dalla Corte Edu fino alla sentenza *Matkouf e Damjanovic*⁽²¹⁾. Basta rilevare che in diverse pronunce la Corte aveva dimostrato invece una certa apertura nei confronti dell'applicazione del 2° comma anche a casi non legati alla Seconda Guerra Mondiale⁽²²⁾.

L'articolo 7, 2° comma dunque mira a far fronte alla eccezionalità di un determinato periodo storico, durante il quale si erano prodotte situazioni di impunità a livello nazionale in relazione a condotte particolarmente atroci e nettamente contrarie ai principi di diritto di ogni paese civile, fornendo pertanto basi giuridiche per la successiva punizione di quelle condotte a partire dalla conclusione del conflitto armato⁽²³⁾. È dunque evidente, secondo la Corte Edu, come la *ratio* sottesa al 2° comma non sia suscettibile di essere interpretata come deroga generale al principio di irretroattività applicabile ogniqualvolta una condotta sia qualificabile come crimine secondo i principi del diritto internazionale. Ne consegue che l'eccezione al 1° comma dell'art. 7 vede il proprio ambito circoscritto in base alle contingenze storiche da cui è stato dettato, e, secondo quanto stabilito dalla Corte nella sua formazione più autorevole, non è applicabile al di fuori di esse. Pertanto, la conclusione raggiunta dalla Corte di cassazione nel caso oggetto della sentenza in commento ed espressa come segue "appare infatti evidente che la dizione contenuta nel 2° comma dell'art. 7 CEDU vada riferita *ad ogni crimine* che per la sua particolare gravità ed efferatezza costituisca violazione delle regole di comune convivenza esistenti all'interno dell'unione europea"⁽²⁴⁾ non appare coerente con l'orientamento espresso dalla Corte Edu, ma al contrario, se ne discosta sensibilmente affermando che la portata applicativa del 2° comma si estende al delitto di strage commesso in tempo di pace e per di più non legato in alcun modo alla Seconda Guerra mondiale. Vale la pena sottolineare, peraltro, che l'orientamento affermato dalla Corte Edu solleva non pochi

problemi e che in calce alla sentenza *Matkouf e Damjanovic c. Bosnia Erzegovina* sono riportate tre opinioni concorrenti tra le quali si segnala soprattutto quella dei giudici Pinto de Albuquerque e Vučinić⁽²⁵⁾. I due giudici hanno, correttamente a nostro avviso, sostenuto la applicabilità del 2° comma dell'art. 7 CEDU anche a vicende successive alla Seconda Guerra mondiale, a patto che i "principi generali" richiamati dalla disposizione siano sufficientemente "accessibili" e "prevedibili" sulla base dell'evoluzione legislativa e giurisprudenziale degli Stati membri⁽²⁶⁾. Questo ragionamento appare coerente con l'orientamento dottrinale che inquadra il 2° comma dell'art. 7 CEDU non come deroga, bensì come sorta di specificazione rispetto a quanto stabilito dal 1° comma.

La qualificazione del delitto di strage come crimine contro l'umanità che offende interessi transnazionali

Il secondo aspetto di rilievo internazionalistico affrontato dalla Corte di cassazione nel caso in esame concerne l'equiparazione del delitto di strage alle fattispecie dei "crimini contro l'umanità lesivi di interessi transnazionali"⁽²⁷⁾. Vediamo innanzitutto come viene definita la categoria dei crimini contro l'umanità nel diritto internazionale vigente. Gli atti che rientrano in questa "macrofattispecie" presentano una serie di caratteristiche comuni: i) sono atti che costituiscono crimini particolarmente odiosi; ii) non sono eventi sporadici o isolati, ma fanno parte di una politica governativa, ovvero di una prassi estesa o sistematica; iii) sono atti proibiti e possono essere puniti sia in tempo di pace che in tempo di guerra; iv) le vittime possono essere civili, ovvero in caso di crimini commessi durante un conflitto armato persone che non prendono (o che hanno cessato di prendere) parte alle ostilità armate ma anche, in base alle norme internazionali consuetudinarie, combattenti nemici⁽²⁸⁾. Rileva notare la assoluta necessità del carattere sistematico sicché un crimine, per costituire un attacco all'umanità, deve inevitabilmente fare parte di un modello più ampio di condotte illecite⁽²⁹⁾.

I crimini contro l'umanità sono costituiti da varie tipologie di reato elencate nell'art. 7 dello Statuto della Corte penale internazionale (d'ora in poi, CPI) che ha cristallizzato il diritto consuetudinario già esistente in materia⁽³⁰⁾. Tra le tipologie identificate le più rilevanti ai fini della presente analisi sono l'omicidio volontario e lo sterminio⁽³¹⁾. Il primo si configura come omicidio doloso, premeditato o meno, mentre lo sterminio si riferisce all'uccisione di massa o su larga scala, ovvero il sottoporre intenzionalmente le persone a condizioni di vita quali ad esempio impedire l'accesso al vitto e alle medicine, dirette a cagionare la distruzione di parte di una popolazione⁽³²⁾. Inoltre, per quanto riguarda l'elemento soggettivo che contraddistingue la categoria dei crimini contro l'umanità, inclusi ovviamente omicidio e sterminio, è possibile individuare tre punti fondamentali, innanzitutto il dolo, cioè l'intenzione di causare un determinato risultato; in secondo luogo la consapevolezza del rischio che l'azione potrebbe causare gravi conseguenze per la vittima; infine la cognizione del nesso esistente tra la condotta espletata e una politica o una prassi sistematica di atrocità⁽³³⁾.

Alla luce di queste considerazioni ed in virtù dei criteri stringenti che si applicano alla categoria dei crimini contro l'umanità appare evidente quanto sia difficile equiparare *tout court* il delitto di strage *ex art. 422 c.p.* a queste fattispecie. In particolare, per quanto concerne l'elemento soggettivo nel caso del delitto di strage esso consiste nella coscienza e volontà del compimento di atti aventi obiettivamente l'idoneità a determinare pericolo per la vita e l'integrità fisica della collettività mediante violenza, con la possibilità che dal fatto derivi la morte di una o più persone⁽³⁴⁾. Non c'è dunque alcun cenno all'esistenza di una politica governativa, ovvero di una prassi estesa o sistematica, di cui l'autore deve essere a conoscenza.

La Corte di cassazione nel caso in esame oltre a definire il delitto di strage un crimine contro l'umanità ha anche sottolineato la sua capacità di ledere "interessi transnazionali", senza però fornire alcuna definizione o chiarimento circa l'utilizzo di questa espressione. Ai sensi della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale (c.d. Convenzione di Palermo), un reato è di natura transnazionale se: (a) è commesso in più di uno Stato; (b) è commesso in uno Stato, ma una parte sostanziale della sua preparazione, pianificazione, direzione o controllo avviene in un altro Stato; (c) è commesso in uno Stato, ma in esso è implicato un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato; o (d) è commesso in uno Stato ma ha effetti sostanziali in un altro Stato⁽³⁵⁾. Nel caso oggetto della sentenza in commento il carattere transnazionale della strage decisa dal clan camorristico dei Sarno, e attuata da affiliati al clan Aprea per colpire il gruppo rivale capeggiato dal boss Andrea Andreotti, non è mai stato al vaglio dei giudici di primo e secondo grado e pertanto anche questa caratterizzazione da parte della Corte di cassazione appare alquanto fuorviante.

Considerazioni conclusive

La Corte di cassazione sembra essersi allontanata dal nucleo centrale del suo ragionamento, che verteva sull'imprescrittibilità dei reati puniti con la pena astratta dell'ergastolo anche nel vigore della previgente disciplina dell'art. 157 c.p. recentemente sancita da un'autorevole pronuncia delle Sezioni unite, per cimentarsi in uno sforzo esegetico in ultima analisi non convincente dal punto di vista del diritto internazionale vigente. Sarebbe, infatti, stato più che sufficiente rifarsi all'orientamento espresso dalle Sezioni unite in materia di imprescrittibilità di determinati reati, sottolineando come quest'ultimo fosse coerente con la CEDU e con la giurisprudenza della Corte Edu giacché la prescrizione, considerata una norma non sostanziale, bensì meramente procedurale e pertanto incapace di incidere sulla *species* e sul *quantum* della sanzione imponibile, non è soggetta all'applicazione del regime *ex art. 7, 1° comma* della Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁽³⁶⁾. Alla luce di questa osservazione, appare evidente la scarsa utilità del tentativo di applicazione della disciplina *ex art. 7, 2° comma*, CEDU che, come chiarito dalla Grande Camera della Corte Edu è soggetta ad una (opinabile) interpretazione restrittiva per cui l'eccezione al 1° comma dell'art. 7 rimane circoscritta a determinati confini storici, ben delineati e apparentemente invalicabili⁽³⁷⁾.

Infine, è opportuno sottolineare la "frettolosità" con cui il delitto di strage *ex art. 422 c.p.* è stato equiparato alla fattispecie dei crimini contro l'umanità, categoria sufficientemente ben definita nel diritto internazionale vigente e riferibile esclusivamente ad atti accomunati da determinati tratti caratteristici. Lo stesso vale per il poco chiaro collegamento con la lesione di non meglio precisati "interessi transnazionali". La qualificazione della fattispecie criminale ovviamente è interessante per quanto riguarda il profilo internazionalistico, ma perde di significato una volta appurata la macchinosità del procedimento argomentativo della Corte di cassazione che avrebbe raggiunto lo stesso traguardo, cioè l'accoglimento dell'appello proposto dal Procuratore Generale di Napoli e il respingimento dei ricorsi degli imputati, semplicemente aderendo all'orientamento stabilito dalle Sezioni unite in materia di imprescrittibilità dei reati astrattamente punibili con la pena dell'ergastolo e chiarendone la compatibilità con il principio di retroattività della *lex mitior ex art. 7 CEDU* in virtù della natura marcatamente procedurale dell'istituto della prescrizione.

(1) Cass. pen., Sez. un., 12 maggio 2016, n. 19756. La questione era stata rimessa alle Sezioni unite dalla Sez. pen. I con ordinanza n. 26859 del 3 giugno 2015. Sul punto, v. Gittardi, *In claris non fit interpretatio? Un discutibile caso di rimessione alle Sezioni Unite in materia di prescrizione e reati puniti con l'ergastolo*, in *Diritto Penale Contemporaneo on-line (www.penalecontemporaneo.it)*, 2015.

(2) Cass. pen., Sez. II, sentenza 12 aprile 2016, n. 15107.

(3) Sull'Art. 7 CEDU v., *ex plurimis*, Diotallevi, *Creazione giurisprudenziale, irretroattività e legalità penale (art. 7 CEDU)*, in *Cedu e ordinamento italiano la giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, a cura di Di Stasi, Vicenza, 591 e segg.

(4) L'art. 157 c.p., nella versione che precede le modifiche, al 2° comma stabiliva infatti che per determinare il tempo necessario alla prescrizione dovesse guardarsi al massimo della pena stabilita dalla legge per il reato, consumato o tentato, tenuto conto dell'aumento massimo di pena stabilito per le circostanze aggravanti e della diminuzione minima stabilita per le circostanze attenuanti; ai sensi del 3° comma, inoltre, in caso di concorso tra circostanze aggravanti e attenuanti, doveva farsi applicazione dell'istituto del bilanciamento di cui all'art. 69 c.p. V.

Sulla *ratio* dell'istituto della prescrizione v. in generale Molari, voce 'Prescrizione del reato e della pena', in *Noviss. Dig. It.*, XIII, Torino, 1966, 680; Fiandaca, Musco, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2010, 792; Mantovani, *Diritto penale*, Padova, 1979, 741.

(5) La tesi favorevole alla imprescrittibilità è stata supportata da diverse pronunce, Cass. pen., Sez. I, sentenza 7 febbraio 2013, n. 11047; Cass. pen., Sez. I, sentenza 22 ottobre 2009, n. 41964.

(6) V. sul punto Ricciarelli, *La prescrittibilità dei reati puniti con l'ergastolo secondo la disciplina previgente: un contrasto risolto?*, in *Archivio Penale*, n. 3, 2014, 7 e segg.; v. Toffoli, *Imprescrittibilità dei delitti puniti con l'ergastolo*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2016, 6. Un diverso indirizzo, che ha portato al sollevamento della questione in esame, affermava l'imprescrittibilità dei delitti punibili in astratto con la pena dell'ergastolo soltanto se commessi dopo la modifica [dell'art. 157 c.p.](#) da parte della [L. n. 251/2005](#). Cass. pen., Sez. I, 17 gennaio 2013, n. 9391; Cass. pen., Sez. I, sentenza 27 gennaio 2015, n. 20430; Cass. pen., Sez. I, sentenza 22 maggio 2014, n. 32781; Cass. pen., Sez. I, sentenza 1 aprile 2014, n. 35407.

(7) "L'elemento materiale del delitto di cui [all'art. 422 c.p.](#) è rappresentato dal compimento di atti obiettivamente idonei a determinare il pericolo per la vita e l'integrità fisica di una collettività mediante violenza (evento di pericolo), con la possibilità che dal fatto derivi la morte di una o più persone. La condotta deve essere tale da porre in pericolo la pubblica incolumità e non limitata ad offendere la vita di una singola persona. In punto elemento psicologico, la norma richiede il dolo specifico di cagionare la morte di un numero indeterminato di persone". Cass. pen., Sez. II, sentenza 18 novembre 2004, n. 49292.

(8) [D.L. n. 152/1991](#) (poi convertito in [L. 12 luglio 1991, n. 203](#)).

(9) Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 20 ottobre 2015, n. 35343/05, Vasiliauskas c. Lituania, in [hudoc.echr.coe.int](#). Rileva peraltro notare che in questa recente sentenza la Grande Camera si è espressa con una maggioranza di 9 a 8 a favore della violazione dell'art. 7, 1° comma, affermando che all'epoca della commissione dei fatti non esistevano elementi sufficienti nel diritto internazionale per assimilare l'uccisione di due membri della resistenza lituana al crimine di genocidio. Per un commento sulla sentenza v., *ex plurimis*, Schabas, *Judgments on Genocide from the European Court of Human Rights*, in OUPblog (<http://blog.oup.com/2015/12/judgments-genocide-european-court-human-rights/>), 2015.

(10) Cass. pen., Sez. II, sentenza 12 aprile 2016, n. 15107, par. 2.12.

(11) Corte cost., 12 ottobre 2012, n. 230; Corte cost., sent. 18 luglio 2013, n. 210.

(12) V. Romeo, *Le Sezioni Unite sull'applicazione retroattiva della disciplina più favorevole in materia di prescrizione*, in *Diritto Penale Contemporaneo on-line* ([www.penalecontemporaneo.it](#)), 2012. Carlizzi, *La teoria della successione di leggi nel tempo sul banco di prova del "caso Scoppola" e dei casi analoghi*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 2013, n. 27 e segg.

(13) Corte eur. dir. uomo, 22 giugno 2000, nn. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 e 33210/96, Coëme e altri c. Belgio, in [hudoc.echr.coe.int.](#), par. 145.

(14) Tra le numerose sentenze, si veda in particolare Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 17 settembre 2009, n. 10249/03, Scoppola c. Italia, in [hudoc.echr.coe.int.](#), in cui per la prima volta nella giurisprudenza di Strasburgo, attraverso un'interpretazione evolutiva dell'art. 7 CEDU, il principio di retroattività della legge

penale favorevole, c.d. *lex mitior*, assurgeva al rango di diritto fondamentale. V. Amoroso, *Sugli effetti ultra partes del giudicato di Strasburgo*, in *Giur. It.*, 2014, 8; Bignami, *Il giudicato e le libertà fondamentali: le Sezioni Unite concludono la vicenda Scoppola-Ercolano*, in *Diritto Penale Contemporaneo* on-line (www.penalecontemporaneo.it), 2014; Lamarque-Viganò, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola* (ovvero: sul gioco di squadra tra Cassazione e Corte costituzionale nell'adeguamento del nostro ordinamento alla sentenza di Strasburgo), in *Giur. It.*, 2014, 393 e segg.

(15) La *ratio* della formula di Radbruch può essere riassunta come segue "possono crimini così feroci come quelli perpetrati sotto il regime nazista rimanere impuniti poiché non sanzionati (o addirittura imposti) al momento della loro commissione, o il 'bisogno di pena' che questi crimini richiamano può giustificare una deroga ad un principio considerato assoluto in ogni nazione civile, quale quello di irretroattività della legge penale?"; V. Bin, "Formula di Radbruch", principio di irretroattività e *lex mitior*, in *Diritto Penale Contemporaneo* on-line (www.penalecontemporaneo.it), 2014, 10.

(16) Vassalli, *Formula di Radbruch e diritto penale*, Milano, 2001, 6.

(17) Cian, *The Principle of Legality in Criminal Law Under the ECHR* (November 16, 2009), in *European Human Rights Law Review*, 2010, 207; Greer, *The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge, 2006, 233.

(18) Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 18 luglio 2013, nn. 2312/08 e 34179/08, Matkouf e Damjanovic c. Bosnia Erzegovina.

(19) Bin, cit., 6.

(20) V. Mazzacuva, *La Corte europea torna sul principio di legalità della pena e chiarisce la portata della c.d. formula di Radbruch*, in *Diritto Penale Contemporaneo* on-line (www.penalecontemporaneo.it), 2013.

(21) Per un'analisi dettagliata v. Bernardi, *Art. 7*, in *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di Bartole, Conforti, Raimondi, Padova, 2001, 298; De Sena, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e repressione dei crimini contro l'umanità: in margine al caso Touvier*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1998, fasc. 2, 416 segg.; Nicosia, *Art. 7, Par. XVI*, in *Commentario breve alla convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di Bartole, De Sena, Zagrebelsky, Padova 2012, 289-290.

(22) Corte eur. dir. uomo, 7 dicembre 2006, n. 10504/03, Linkov c. Repubblica Ceca; Corte eur. dir. uomo, 4 maggio 2000, n. 51891/99, Naletilic c. Croazia.

(23) Schabas, *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford, 2015, 1765 e segg.

(24) Cass. pen., Sez. II, sentenza 12 aprile 2016, n. 15107, par. 3.1.

(25) Mazzacuva, cit., par.6.

(26) Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 18 luglio 2013, nn. 2312/08 e 34179/08, Matkouf e Damjanovic c. Bosnia Erzegovina, opinione concorrente del giudice Pinto

De Albuquerque, a cui si è aggiunto il giudice Vučinić, par.10: "General principles of law can be a source of international criminal law if and when they are sufficiently accessible and foreseeable at the material time."

(27) Cass. pen., Sez. II, sentenza 12 aprile 2016, n. 15107, par. 3.1.

(28) V. Cassese, *Lineamenti di diritto internazionale penale vol. I il diritto sostanziale*, Bologna, 2005, 79 e segg.

(29) V. Frulli, *Are Crimes against humanity more serious than war crimes?*, in *European Journal of International Law*, 2001, 332 e segg.

(30) Non tutti i crimini di competenza della CPI costituiscono reato ai sensi della legislazione italiana. Per quanto riguarda per esempio i crimini contro l'umanità l'art. 7 dello Statuto della CPI specifica e rielabora sotto molti aspetti il diritto internazionale consuetudinario al quale l'art. 10, 1° comma, Cost. consente di dispiegare effetti diretti nell'ordinamento italiano. Rileva notare che manca ancora nel nostro ordinamento la normativa di adattamento al diritto penale internazionale sostanziale. Al momento la [L. 20 dicembre 2012, n. 237](#) ("Norme per l'adeguamento alle disposizioni dello statuto istitutivo della Corte penale internazionale"), prende in considerazione solo due aspetti: (a) la cooperazione giudiziaria dell'Italia con la Corte e (b) l'esecuzione interna dei provvedimenti della Corte, incluse le sentenze di condanna. Sul punto v. Guarducci e Tucciarelli, *Il parziale adeguamento allo statuto della Corte Penale Internazionale nella [legge n. 237 del 2012](#)*, in *Federalismi.it*, 2013; Meloni, *Il lento adeguamento dell'Italia allo statuto della Corte penale internazionale: pubblicata la legge sulla cooperazione giudiziaria con la Corte e sull'esecuzione dei suoi provvedimenti*, in *Diritto Penale Contemporaneo on-line* (www.penalecontemporaneo.it), 2013.

(31) Rispettivamente art. 7(1)(a) e art. 7(1)(b) dello Statuto della CPI.

(32) Sulla distinzione tra "murder" and "extermination" v. Cryer et al, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge, 2014, 202. Cassese, 2005, cit., 92.

(33) Ibid., 102.

(34) Cass. pen., Sez. I, sentenza 18 novembre 2008, n. 42990.

(35) Art. 3, 2° comma della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale sottoscritta nel corso della Conferenza di Palermo (12-15 dicembre 2000), ratificata dal Parlamento Italiano con la L. 16 marzo 2006, n. 146.

(36) Sul concetto di "law" ex art. 7 CEDU e la sua applicabilità si veda, *ex plurimis*, Corte eur. dir. uomo, 22 luglio 2003, n. 68066/01, Gabarri Moreno c. Spagna; Corte eur. dir. uomo, 12 febbraio 2008, n. 21906/04, Kafkaris c. Cipro; Corte eur. dir. uomo, 17 maggio 2010, n. 36376/04, Kononov c. Lettonia.

(37) V. *infra* par. 4.

L DECRETO ANTITERRORISMO - I RIFLESSI SUL SISTEMA PROCESSUALE, PENITENZIARIO E DI PREVENZIONE

di Maria Francesca Cortesi

D.L. 18-02-2015, n. 7, epigrafe

L. 17-04-2015, n. 43, Art. 1.

La necessità di fronteggiare le sempre più frequenti condotte riconducibili al fenomeno del "terrorismo, anche internazionale" ha determinato il legislatore all'intervento in commento. L'effetto è di una ulteriore parcellizzazione delle diverse discipline ed una esaltazione del sistema del "doppio binario" che lungi dal costituire una eccezione sta assurgendo a forma ordinaria di regolamentazione delle materie processual-penalistiche.

Sommario: **Considerazioni introduttive - Il nuovo assetto del procedimento penale - A) Le norme sulla risoluzione dei contrasti tra pubblici ministeri e la richiesta di trasmissione degli atti - B) Attività di coordinamento del procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo - C) L'acquisizione dei documenti informatici - D) Le nuove ipotesi di arresto in flagranza di reato - E) La tutela dell'identità degli agenti sotto copertura - F) Le rogatorie - G) Le novità in materia di collaboratori di giustizia - Modifiche al sistema penitenziario - A) La nuova formulazione dell'art. 4 bis, ord. penit. - b) i colloqui a fini investigativi - Le novità della prevenzione penale - A) I nuovi destinatari delle misure ante delictum - B) La sospensione della validità dei documenti necessari per l'espatrio ex art. 9, D.Lgs. n. 159 del 2011 - C) Il nuovo delitto di cui all'art. 75 bis, D.Lgs. n. 159 del 2011 - D) l'estensione della disciplina delle circostanze aggravanti - E) La direzione nazionale antimafia ed antiterrorismo - F) Il nuovo potere di proposta del procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo - G) Le intercettazioni preventive - H) Le novità in tema di immigrazione**

Considerazioni introduttive

Il D.L. 18 febbraio 2015, n. 7, convertito, con modificazioni, dalla L. 17 aprile 2015, n. 43, contiene un coacervo di modifiche, di ritocchi e di inserimenti che abbracciano il sistema processuale penale nella sua globalità, a partire dalla fase della prevenzione fino al momento di esecuzione della sanzione irrogata, oltre che prevedere alcune importanti novità anche nell'ambito del diritto penale sostanziale. Non si tratta, però, a ben vedere, di una novella che stravolge le strutture preesistenti, avendo in via principale solo il chiaro intento di allargare l'efficacia dei precetti dettati in tema di criminalità organizzata alla lotta al terrorismo, anche internazionale, che costituisce una emergenza sempre più attuale e dilagante. Se questa è la linea fondamentale che ispira la decretazione di urgenza, confermata nella legge di conversione, ad essa si accompagnano altri emendamenti in diversi settori dell'ordinamento che non sempre paiono congruenti e che rendono perciò non facile l'approccio interpretativo alla novella legislativa.

Il nuovo assetto del procedimento penale

Diverse sono le disposizioni normative contenute nel codice di rito penale oggetto di interesse per il legislatore del 2015, alcune delle quali, tra l'altro, modificate solo con la legge di conversione.

A) Le norme sulla risoluzione dei contrasti tra pubblici ministeri e la richiesta di trasmissione degli atti

L'attribuzione al procuratore nazionale antimafia delle funzioni anche in ordine ai procedimenti per i delitti commessi con finalità di terrorismo ha condotto il legislatore ad introdurre una serie di correttivi nell'ambito delle disposizioni codicistiche volti ad adeguare a tale novità la pregressa disciplina.

Il primo precetto in tal guisa modificato è l'art. 54 *ter* c.p.p., che nella versione aggiornata stabilisce che nel caso di contrasti negativi o positivi tra pubblici ministeri riguardanti taluno dei reati indicati dall'art. 51, comma 3 *bis* ed, ora anche, comma 3 *quater*, c.p.p., se la decisione spetta al procuratore generale presso la corte di cassazione, questi decide sentito il procuratore nazionale, confermando, dunque, il ruolo consultivo dello stesso; se, invece, riguarda il procuratore generale presso la corte di appello, quest'ultimo provvede ad informare il procuratore *de quo*. In sostanza il tenore della disposizione non muta, se non nella sua estensione oggettiva, che, come detto, in ossequio al contenuto del comma 3 *quater* dell'art. 51 c.p.p., ora riguarda anche i delitti, consumati o tentati, con finalità di terrorismo.

Nella medesima prospettiva subisce correttivi anche la disciplina dettata allorquando pervenga da parte della persona sottoposta alle indagini, della persona offesa o dei rispettivi difensori, i quali ritengano che il reato appartenga alla competenza di un giudice diverso da quello presso il quale il pubblico ministero che procede esercita le sue funzioni, la richiesta di trasmissione degli atti al pubblico ministero presso il giudice competente. La modifica involge l'ultimo periodo dell'art. 54 *quater*, comma 3, c.p.p. nella parte in cui prevede che quando la richiesta riguarda taluno dei reati di cui all'art. 51, comma 3 *bis* ed ora anche comma 3-*quater*, c.p.p. si osservino le disposizioni dettate dall'art. 54 *ter* c.p.p. ossia il coinvolgimento in funzione, a seconda dei casi, consultiva od informativa del procuratore nazionale antimafia ed antiterrorismo.

B) Attività di coordinamento del procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo

Alla luce della ridefinizione e dell'ampliamento dei poteri attribuiti alla procura nazionale antimafia ed antiterrorismo voluti dal legislatore del 2015, l'art. 371-*bis* c.p.p. riveste un ruolo centrale e, pertanto, subisce dalla novella in commento qualche modifica strutturale. L'art. 9, comma 4, D.L. n. 7 del 2015, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 43 del 2015 ne ridisegna, infatti, i profili, pur non alterandoli del tutto rispetto alla versione originaria.

In primis, alcuni rilievi presentano un carattere meramente formale teso ad adeguare l'intera disciplina, ivi contenuta, alla locuzione con cui, ora, si denomina il procuratore nazionale non più, pertanto, solo antimafia, ma anche antiterrorismo⁽¹⁾.

L'attribuzione di un ruolo al procuratore nazionale anche in siffatto settore, al di là dell'aspetto nominalistico, determina, poi, la necessità di specificare, all'interno del precetto, che egli esercita le sue funzioni anche per i delitti indicati nell'art. 51, comma 3 *quater*, c.p.p. e che, in tale ultimo caso, si avvale dei servizi centrali ed interprovinciali delle forze di polizia ed impartisce direttive volte a regolarne l'impiego a fini investigativi.

Si confermano le funzioni di impulso nei confronti dei procuratori distrettuali per rendere effettivo il coordinamento delle attività di indagine, di garantire la funzionalità dell'impiego della polizia giudiziaria nelle sue diverse articolazioni e di assicurare la completezza e tempestività delle investigazioni (art. 371 *bis*, comma 2, c.p.p.). Al fine di svolgere i compiti attribuitigli il procuratore nazionale antimafia ed antiterrorismo: a) assicura, d'intesa con i procuratori distrettuali interessati, il collegamento investigativo anche per mezzo dei magistrati della Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo; b) cura, mediante applicazioni temporanee dei magistrati della Direzione nazionale e delle procure distrettuali, la necessaria flessibilità e mobilità atta a soddisfare specifiche e contingenti esigenze investigative e processuali; c) ai fini del coordinamento investigativo e della repressione dei reati, provvede all'acquisizione ed all'elaborazione di notizie, informazioni e dati attinenti alla criminalità organizzata ed ai delitti di terrorismo, anche internazionale; d) impartisce ai procuratori distrettuali specifiche direttive alle quali attenersi al fine di prevenire o risolvere contrasti riguardanti le modalità secondo le quali realizzare il coordinamento nell'attività di indagine; e) riunisce i procuratori distrettuali interessati al fine di risolvere i contrasti che, nonostante le specifiche direttive impartite, sono insorti e hanno impedito di promuovere o rendere effettivo il coordinamento; f) dispone, con decreto motivato, reclamabile al procuratore generale presso la corte di cassazione, l'avocazione delle indagini preliminari relative a taluno dei delitti di cui all'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p., quando non hanno dato esito le riunioni disposte al fine di promuovere o rendere effettivo il coordinamento e questo non sia stato possibile per perdurante e ingiustificata inerzia nell'attività di indagine ovvero per ingiustificata e reiterata violazione dei doveri previsti dall'art. 371 c.p.p. ai fini del coordinamento delle indagini (art. 371-*bis*, comma 3, c.p.p.). Il procuratore nazionale antimafia ed antiterrorismo provvede, infine, all'avocazione dopo aver assunto sul luogo le necessarie informazioni personalmente o tramite un magistrato della Direzione nazionale antimafia ed antiterrorismo, a tal scopo nominato. Né il procuratore nazionale né il magistrato designato, salvi casi particolari, possono delegare il compimento di atti di indagine ad altri uffici del pubblico ministero (art. 371 *bis*, comma 4, c.p.p.).

In modo da consentire lo svolgimento di tutte le predette attività è stato parzialmente mutato anche il contenuto dell'art. 117, comma 2 *bis*, c.p.p., prevedendo che il procuratore nazionale nell'ambito delle funzioni di cui all'art. 371 *bis* c.p.p. possa accedere al registro delle notizie di reato di cui all'art. 335 c.p.p., al registro di prevenzione di cui all'art. 81, D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (*Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia*)⁽²⁾, nonché a tutti gli altri registri relativi al procedimento penale ed al procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione⁽³⁾. Ulteriori informazioni potranno, inoltre, essere acquisite dalle banche di dati logiche dedicate alle procure distrettuali e realizzate nell'ambito della banca dati condivisa della Direzione nazionale antimafia ed antiterrorismo. In tal modo si consente allo stesso

di esercitare nel modo più ampio e completo possibile i poteri di informazione e di coordinamento nelle materie assegnategli.

C) L'acquisizione dei documenti informatici

Il legislatore prevede, poi, una disciplina specifica in tema di acquisizione di documenti e dati informatici all'interno del procedimento penale. A tal fine, inserisce l'art. 234 *bis* c.p.p., ove si stabilisce che è sempre consentito acquisire documenti e dati informatici conservati all'estero, anche diversi da quelli disponibili al pubblico, previo consenso, in quest'ultimo caso, del legittimo titolare.

È un correttivo, che palesa tratti di obiettiva utilità proprio in riferimento ai delitti con finalità di terrorismo, anche internazionale, ovvero in tutte le altre ipotesi di reato, ove, la prassi recente, ha dimostrato che il ricorso agli strumenti informatici costituisce un mezzo peculiare di realizzazione degli stessi. È chiaro, però, come l'ampia portata del precetto permetterà di ricorrere a tale mezzo di prova qualsiasi sia l'oggetto della investigazione, non essendo stata, correttamente, inserita alcuna cornice normativa limitativa in tal senso.

Non si tratta, invero, di un precetto che presenta profili di estrema originalità, né caratteri innovativi. La portata della norma in esame, infatti, non deroga i meccanismi attraverso cui si acquisiscono dall'estero tali elementi che saranno sempre veicolati o attraverso l'utilizzo del sistema di cooperazione in ambito europeo ed internazionale, che consente la rapida circolazione dei documenti, ovvero, al di fuori di tali ipotesi, attraverso l'utilizzo della rogatoria verso l'estero, ma regola le modalità con cui gli stessi confluiscono, poi, nel fascicolo processuale. Le regole, in tal senso, sono piuttosto ampie essendo prevista sempre la possibilità di procedere all'acquisizione *de qua*⁽⁴⁾. Importante è il riferimento a documenti e dati informatici anche diversi da quelli disponibili al pubblico, i quali, però, necessitano del consenso del legittimo titolare. Da tale punto di vista, la norma non specifica null'altro e sarà, dunque, la prassi operativa ad evidenziare eventuali lacune di una disciplina di così vasta portata.

D) Le nuove ipotesi di arresto in flagranza di reato

Seguendo una via oramai usuale, allorché si inseriscono precetti tesi a fronteggiare peculiari emergenze criminali, il legislatore integra il catalogo di reati per cui è consentita l'esecuzione dell'arresto in flagranza.

In modo più specifico, annovera ora tra le ipotesi di arresto obbligatorio in flagranza il delitto di cui all'art. 497-*bis* c.p. (Possesso e fabbricazione di documenti di identificazione falsi), prima indicato come fattispecie per cui era consentito l'arresto facoltativo in flagranza (art. 380, comma 2, lett. *m bis*, c.p.p.) ed i delitti di promozione, direzione, organizzazione, finanziamento o effettuazione di trasporto di persone ai fini dell'ingresso illegale nel territorio dello Stato, di cui all'art. 12, commi 1 e 3, D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (*Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*) (art. 380, comma 2, lett. *m ter*), c.p.p.). Quest'ultimo inserimento appare, invero, inutile e sovrabbondante dal momento che già l'art. 12, comma 4, D.Lgs. n. 286 del 1998 prescrive che nei casi previsti dai commi 1 e 3 del medesimo articolo è obbligatorio l'arresto in flagranza.

Volendo escludere che la novella in commento sia frutto di una mera svista legislativa, la menzione delle fattispecie suddette all'interno del catalogo di reati di cui [all'art. 380, comma 2, c.p.p.](#) potrebbe avere lo scopo di dare un maggior rilievo al suo significato precettivo, non relegandolo solo nell'ambito della legislazione speciale. Si tratta, infatti, di condotte criminose non solo particolarmente gravi, ma che, di certo, possono essere finalizzate ad un più ampio progetto legato ai fenomeni di terrorismo, anche internazionale, idonee, pertanto, a giustificare l'utilizzo di strumenti, benché provvisori, di limitazione della libertà personale.

E) La tutela dell'identità degli agenti sotto copertura

L'art. 8, [D.L. n. 7 del 2015](#), convertito, con modificazioni, dalla [L. n. 43 del 2015](#), rubricato Disposizioni in materia di garanzie funzionali e di tutela, anche processuale, del personale e delle strutture dei servizi di informazione per la sicurezza, interviene, tra l'altro, sul testo dell'art. 497, comma 2 *bis*, c.p.p.

Si tratta del precetto che regola gli atti preliminari all'esame testimoniale ed, in particolare, prevede, nella sua formulazione originaria, che gli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria, anche appartenenti ad organismi di polizia esteri, gli ausiliari e le interposte persone chiamate a deporre, in ogni stato e grado del procedimento, sulle attività svolte sotto copertura dall'art. 9, [L. 16 marzo 2006, n. 146](#) (*Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001*), invitati a fornire le generalità, indicano quelle di copertura utilizzate nel corso delle attività *de quibus*. All'elenco dei soggetti autorizzati a proteggere la propria identità si aggiungono ora i dipendenti dei servizi di informazione per la sicurezza nonché si inserisce il richiamo alle attività delineate dalla [L. 3 agosto 2007, n. 124](#) (*Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e nuova disciplina del segreto*).

A completare siffatta tutela l'art. 8, comma 2, lett. c) e d), [D.L. n. 7 del 2015](#), convertito, con modificazioni, dalla [L. n. 43 del 2015](#) prescrive che, fino al 31 gennaio 2018⁽⁵⁾, le identità di copertura di cui all'art. 24, comma 1, [L. n. 124 del 2007](#)⁽⁶⁾ possono essere utilizzate nei procedimenti penali di cui all'art. 19 della medesima legge, dandone comunicazione con modalità riservate all'autorità giudiziaria procedente contestualmente all'opposizione della causa di giustificazione. Inoltre, fatto salvo sempre il medesimo limite temporale e fermo restando quanto disposto dall'art. 497, comma 2 *bis*, c.p.p., l'autorità giudiziaria, su richiesta del direttore generale del DIS o dei direttori dell'Agenzia informazioni e sicurezza interna (AISE) o dell'Agenzia informazioni e sicurezza interna (AISI), quando sia necessario mantenerne segreta la reale identità nell'interesse della sicurezza della Repubblica o per tutelarne l'incolumità, autorizza gli organismi di cui agli artt. 4, 6 e 7, [L. n. 124 del 2007](#), a deporre, in ogni stato o grado di procedimento, con identità di copertura.

Si tratta, invero, di precetti non sovrapponibili con il testo dell'art. 497, comma 2 *bis*, c.p.p., ove l'utilizzo delle generalità di copertura è automatico se si riferisce all'attività di servizio da parte di uno dei soggetti delineati dalla norma, chiamato a deporre

nell'ambito del procedimento penale. Di converso l'area individuata dall'art. 8, comma 2, lett. d), D.L. n. 7 del 2015, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 43 del 2015 è molto più ampia rispetto a quella indicata nel codice di rito, poiché prescinde dalla circostanza che l'interessato abbia utilizzato generalità di copertura in una attività dei servizi ovvero che l'oggetto della testimonianza sia proprio un'attività dei servizi. In ragione di ciò il meccanismo, oltre ad avere un'efficacia temporale limitata allo spirare del 31 gennaio 2018, è subordinato ad una richiesta formulata all'autorità giudiziaria motivata dalla presenza di esigenze di interesse della sicurezza o di tutela dell'incolumità dell'operatore. Ne consegue, pertanto, anche un possibile rigetto della stessa qualora non si ritengano sussistenti i presupposti di legge ovvero carenti le motivazioni addotte⁽⁷⁾.

F) Le rogatorie

Anche il procedimento dettato in tema di rogatorie dall'estero ed all'estero subisce alcuni ritocchi necessari in ragione dell'ampliamento della sfera di cognizione del procuratore nazionale antimafia ed antiterrorismo. L'art. 9, commi 4 *bis* e 4 *ter*, D.L. n. 7 del 2015, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 43 del 2015 modifica rispettivamente il testo dell'art. 724, comma 2, c.p.p. e dell'art. 727, comma 5 *ter*, c.p.p. Il primo prevede, infatti, che il procuratore generale, ricevuti gli atti dal ministro della giustizia, trasmetta al procuratore nazionale antimafia ed antiterrorismo copia delle rogatorie dell'autorità straniera che si riferiscono ai delitti di cui all'art. 51, commi 3 *bis* ed, ora anche, 3 *quater*, c.p.p. Viceversa, si prescrive che copia delle rogatorie dei magistrati del pubblico ministero, formulate nell'ambito di procedimenti relativi ai medesimi delitti, sia trasmessa senza ritardo al procuratore nazionale.

G) Le novità in materia di collaboratori di giustizia

Le modifiche che riguardano la disciplina dettata sui collaboratori di giustizia subisce, con le indicazioni contenute nella legge di conversione, una serie di correttivi di rilievo quasi esclusivamente formale.

In primo luogo, i precetti di cui agli artt. 11, commi 4, 5 e 6, 16 *octies*, comma 1, D.L. 15 gennaio 1991, n. 8, convertito, con modificazioni, dalla L. 15 marzo 1991, n. 82 (*Nuove norme in materia di sequestri di persona a scopo di estorsione e per la protezione dei testimoni di giustizia, nonché per la protezione e il trattamento sanzionatorio di coloro che collaborano con la giustizia*) sono aggiornati alla nuova denominazione della procura nazionale antimafia, a cui è aggiunta la locuzione antiterrorismo.

Più significativi sono, invece, altri ritocchi.

L'art. 11, comma 2, D.L. n. 8 del 1991, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 82 del 1991 prevede che la proposta di ammissione alle speciali misure di protezione relativa a procedimenti per taluno dei delitti previsti, non più solo, dall'art. 51, comma 3 *bis*, c.p.p., ma anche dal successivo, comma 3 *quater*, che si riferisce ai delitti, consumati o tentati, con finalità di terrorismo, per i quali risulta che più uffici del pubblico ministero procedono ad indagini collegate, debba essere formulata da uno degli uffici precedenti d'intesa con gli altri e comunicata al procuratore nazionale, che, in caso di mancato accordo, risolve il contrasto. Si accorpano, pertanto, sulla figura del

procuratore nazionale i compiti di controllo e di risoluzione di eventuali contrasti che, ai sensi della formulazione precedente, erano attribuiti in capo al procuratore generale presso la corte d'appello del rispettivo distretto (art. 118 *bis* disp. att. c.p.p.) nel caso di reati commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine costituzionale. Si tratta di una soluzione del tutto condivisibile, alla luce delle nuove attribuzioni affidate al procuratore *de quo* in ordine alle condotte di matrice terroristica, anche internazionale. Alla luce della modifica predetta, si adegua anche il successivo precetto contenuto nell'art. 16 *nonies*, D.L. n. 8 del 1991, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 82 del 1991, ove si specifica che, nel caso di richiesta dei benefici penitenziari, sia solo il procuratore nazionale antimafia ed antiterrorismo e non più anche i procuratori generali a dover allegare alla proposta o al parere ogni informazione utile sulle caratteristiche della collaborazione prestata dall'interessato.

Modifiche al sistema penitenziario

Le novità che involgono il sistema penitenziario sono, invero, abbastanza circoscritte e riguardano due istituti di sicuro rilievo nell'ambito della struttura *de qua*: l'uno finalizzato a prevedere un percorso di esecuzione più rigido per coloro che sono detenuti o internati per talune fattispecie tassativamente indicate; l'altro teso a potenziare l'acquisizione di informazioni da coloro che si trovano in uno stato di limitazione della libertà personale, informazioni che trascendono anche le indagini relative ai reati per cui sono ristretti.

A) La nuova formulazione dell'art. 4 bis, ord. penit.

A conferma di una tecnica legislativa oramai consolidata, l'art. 3 *bis*, comma 1, D.L. n. 7 del 2015, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 43 del 2015 inserito dalla legge di conversione, integra il catalogo di reati per cui opera il divieto di cui all'art. 4 *bis* ord. penit., che costituisce uno dei baluardi con cui si attua il sistema del "doppio binario" all'interno della fase dell'esecuzione penitenziaria. In particolare, il precetto *de quo* vede ora al comma 1⁽⁸⁾ il richiamo anche al delitto di cui all'art. 12, commi 1 e 3, D.Lgs. n. 286 del 1998, che punisce, salvo che il fatto costituisca più grave reato, con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa di euro 15.000 per ogni persona chiunque, in violazione delle disposizioni del testo unico, promuove, dirige, organizza, finanzia o effettua il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato ovvero compie altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato ovvero di altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente (comma 1) ovvero, salvo che il fatto non costituisca più grave reato, punisce con la reclusione da cinque a quindici anni e con la multa di € 15.000 per ogni persona chiunque, nelle medesime condizioni sopramenzionate, pone in essere la stessa condotta descritta dal comma 1, ma aggravata dalla circostanza che il fatto riguarda l'ingresso o la permanenza illegale nel territorio dello Stato di cinque o più persone (lett. *a*); la persona trasportata è stata esposta a pericolo per la sua vita o per la sua incolumità per procurarne l'ingresso o la permanenza illegale (lett. *b*); la persona trasportata è stata sottoposta a trattamento inumano o degradante per procurarne l'ingresso o la permanenza illegale (lett. *c*); il fatto è commesso da tre o più

persone in concorso tra loro o utilizzando servizi internazionali di trasporto o documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente detenuti (lett. *d*); gli autori del fatto hanno la disponibilità di armi o materie esplosive (lett. *e*) (art. 12, comma 3, D.Lgs. n. 286 del 1998).

Pertanto, l'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione previste nel Capo VI⁽⁹⁾, ad esclusione della liberazione anticipata, possono essere concessi ai detenuti e internati per una delle fattispecie criminose sopramenzionate solo qualora gli stessi collaborino con la giustizia ai sensi dell'art. 58 *ter*, ord. penit. (art. 4 *bis*, comma 1, ord. penit.). I benefici predetti possono essere, altresì, concessi ai medesimi soggetti, detenuti o internati per i delitti di cui all'art. 12, commi 1 e 3, D.Lgs. n. 286 del 1998, purché siano acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, nei casi in cui la limitata partecipazione al fatto criminoso, accertata nella sentenza di condanna, ovvero l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità, operato con sentenza irrevocabile, rendono comunque impossibile un'utile collaborazione con la giustizia nonché nei casi in cui, anche se la collaborazione che viene offerta risulti oggettivamente irrilevante, nei confronti dei medesimi detenuti o internati sia applicata una delle circostanze attenuanti di cui all'art. 62, n. 6 c.p., anche qualora il risarcimento del danno sia avvenuto dopo la sentenza di condanna, dagli artt. 114 ovvero 116, comma 2, c.p. (art. 4 *bis*, comma 1 *bis*, ord. penit.).

L'inserimento delle predette fattispecie criminose risponde, invero, ad una duplice esigenza.

Da un lato, infatti, costituisce una risposta normativa volta a limitare i continui sbarchi di clandestini nelle coste italiane attraverso la previsione di un sistema di esecuzione penitenziaria più rigido e sicuramente più pregiudizievole nei confronti dei destinatari. Giova, a tal fine, solo rammentare che non a caso il legislatore integra il testo del comma 1 dell'art. 4 *bis*, ord. penit., poiché esso individua anche i potenziali destinatari del regime differenziato di cui all'art. 41 *bis*, ord. penit., approntando così un meccanismo completo ed uniforme.

Dall'altro, risponde alla *ratio* più evidentemente connessa alla materia oggetto della novella in esame, dal momento che con frequenza è stato posto in luce come le condotte punite ai sensi dell'art. 12, D.Lgs. 286 del 1998 siano modalità attraverso cui vengono portati nel territorio nazionale anche persone legate ad organizzazione terroristiche di matrice internazionale.

b) i colloqui a fini investigativi

L'altra disposizione ritoccata dalla decretazione in esame è l'art. 18 *bis*, ord. penit., rubricato Colloqui a fini investigativi.

Attraverso tale istituto si permette al personale della Direzione investigativa antimafia ed antiterrorismo e dei servizi centrali ed interprovinciali, agli ufficiali di polizia giudiziaria designati dalla Direzione e dai predetti servizi (comma 1), ai responsabili a livello almeno provinciale degli uffici o reparti della Polizia di Stato o dell'Arma dei carabinieri competenti per lo svolgimento di indagini in materia

di terrorismo, agli ufficiali di polizia giudiziaria, designati dai responsabili di livello centrale e, solo in ordine agli aspetti connessi al finanziamento del terrorismo, a quelli del Corpo della guardia di finanza, designati dal responsabile a livello centrale (comma 1 *bis*), di visitare ed essere autorizzati ad avere colloqui personali con detenuti o internati, al fine i primi (comma 1) di acquisire informazioni utili per la prevenzione e repressione dei delitti di criminalità organizzata e gli altri (comma 1 *bis*) per la prevenzione e repressione dei delitti commessi con finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico.

Si tratta di un importante strumento investigativo la cui disciplina è stata modificata, in particolare, con riguardo alle competenze del procuratore nazionale. In primo luogo, infatti, è stata adeguata la denominazione della procura nazionale antimafia, che vede aggiunta la locuzione antiterrorismo. Inoltre, si prevede che vengano comunicati al procuratore *de quo* i provvedimenti di autorizzazione sopramenzionati, qualora riguardino colloqui di persone sottoposte alle indagini, imputate o condannate non più solo per taluno dei delitti di cui all'art. 51, comma 3 *bis*, c.p.p., ma anche per quelli di cui al successivo comma 3 *quater* ossia delitti, consumati o tentati, con finalità di terrorismo (art. 18 *bis*, comma 5, ord. penit.), al fine di consentire un più ampio potere di coordinamento investigativo.

In detta prospettiva, si segnala, tra l'altro, che l'art. 6, comma 1, lett. b), D.L. n. 7 del 2015, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 43 del 2015 ha integrato anche il testo dell'art. 4, D.L. 27 luglio 2005, n. 144, convertito, con modificazioni, dalla L. 31 luglio 2005, n. 155 (*Misure urgenti per contrastare il terrorismo internazionale*). In modo specifico, ha prescritto che, fino al 31 gennaio 2016, il Presidente del Consiglio dei ministri, anche tramite il Direttore generale del Dipartimento delle informazioni per la sicurezza può richiedere che i direttori dei servizi di informazione per la sicurezza di cui all'art. 2, comma 2, L. 3 agosto 2007, n. 124 (*Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e nuova disciplina del segreto*)⁽¹⁰⁾ ovvero il personale dipendente espressamente delegato siano autorizzati a colloqui personali con detenuti e internati, al solo fine di acquisire informazioni per la prevenzione di delitti con finalità terroristica di matrice internazionale. Siffatta autorizzazione è concessa dal procuratore generale presso la corte di appello di Roma quando sussistono specifici e concreti elementi informativi che rendano assolutamente indispensabile l'attività di prevenzione. Lo svolgimento del colloquio è comunicato al procuratore *de quo* ed al procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo nel termine di cinque ovvero dieci giorni, in virtù del rinvio al testo dell'art. 226, comma 3, disp. coord. c.p.p., il cui testo ha subito qualche correttivo proprio dalla novella in esame⁽¹¹⁾. Le autorizzazioni e le successive comunicazioni sono annotate in un apposito registro riservato, tenuto presso l'ufficio del procuratore generale. Dello svolgimento del colloquio è data, infine, comunicazione al Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica a conclusione delle operazioni effettuate⁽¹²⁾. Si richiama, infine, l'operatività dei precetti di cui all'art. 23, commi 6, 7 e 8, L. n. 124 del 2007 per cui, in deroga alle disposizioni ordinarie, il personale ha l'obbligo di denunciare i fatti costituenti reato ai rispettivi

direttori, che, senza ritardo, informano il Presidente del Consiglio dei ministri o l'Autorità delegata, se istituita (comma 6); i direttori dei servizi di informazione per la sicurezza e il direttore generale del DIS hanno, altresì, l'obbligo di fornire agli organi competenti di polizia giudiziaria le informazioni e gli elementi di prova relativi ai fatti configurabili come reati, di cui sia stata acquisita conoscenza nell'ambito delle strutture che da essi dipendono (comma 7); l'adempimento del predetto obbligo può essere ritardato, su autorizzazione del Presidente del Consiglio dei ministri, quando risulti essere strettamente necessario al perseguimento delle finalità istituzionali del Sistema di informazione per la sicurezza (comma 8). In ogni caso, gli elementi acquisiti attraverso le attività *de quibus* non possono essere utilizzati nel procedimento penale, fatti salvi i fini investigativi. Le informazioni acquisite non possono neppure essere menzionate in atti di indagine né costituire oggetto di deposizione né essere altrimenti divulgate, in ragione del rinvio al contenuto dell'art. 226, comma 5, disp. coord. c.p.p., che detta siffatta rigorosa disciplina in riferimento alle attività di intercettazione preventiva (art. 4, comma 2 *quinquies*, D.L. n. 144 del 2005, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 155 del 2005).

Le novità della prevenzione penale

La volontà di apprestare un sistema idoneo a fronteggiare in modo efficace il dilagare dei fenomeni legati al terrorismo, anche internazionale ha portato il legislatore ad anticipare la tutela della sicurezza pubblica con un intervento novellistico all'interno della struttura di prevenzione. Invero, i ritocchi non sono tutti concentrati nel **D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159** (*Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia*), che costituisce la principale fonte normativa in materia, ma riguardano anche altre disposizioni speciali, che, al medesimo modo, contengono precetti volti a garantire una forma di protezione contro tali manifestazioni di pericolosità sociale⁽¹³⁾.

Non si tratta di modifiche che stravolgono il sistema, bensì di alcune integrazioni che dovrebbero permettere una concreta risposta rispetto a nuove condotte, palesate attraverso anche i recenti episodi di cronaca, idonee a mettere in pericolo la sicurezza pubblica.

A) I nuovi destinatari delle misure ante delictum

Il primo intervento di riforma si incentra sul contenuto dell'art. 4, **D.Lgs. n. 159 del 2011**, precetto che delimita soggettivamente i destinatari di una misura di prevenzione personale ovvero patrimoniale, quest'ultima applicata anche disgiuntamente rispetto alla precedente in virtù del disposto di cui all'art. 18, comma 1, **D.Lgs. n. 159 del 2011**⁽¹⁴⁾.

Essi sono gli indiziati di appartenere alle associazioni di tipo mafioso anche straniere di cui all'art. 416-*bis* c.p. (art. 4, comma 1, lett. a, **D.Lgs. n. 159 del 2011**); i soggetti indiziati di uno dei reati previsti dall'art. 51, comma 3 *bis*, c.p.p. (art. 4, comma 1, lett. b, **D.Lgs. n. 159 del 2011**)⁽¹⁵⁾; coloro che sono indiziati del delitto di cui all'art. 12 *quinquies*, comma 1, **D.L. n. 8** giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla **L. 7 agosto 1992, n. 356** (*Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e*

provvedimento di contrasto alla criminalità mafiosa) (art. 4, comma 1, lett. b, D.Lgs. n. 159 del 2011).

I soggetti di cui all'art. 1, D.Lgs. n. 159 del 2011 (art. 4, comma 1, lett. c, D.Lgs. n. 159 del 2011) ossia coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi; di coloro che per la condotta ed il tenore di vita debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, vivere abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose; di coloro che per il loro comportamento debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che sono dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica.

Coloro che, operanti in gruppi o isolatamente, pongono in essere atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti a sovvertire l'ordinamento dello Stato, con la commissione di uno dei reati previsti dal capo I, titolo VI, del libro II, del codice penale o dagli artt. 284, 285, 286, 306, 438, 439, 605, 630 c.p. nonché alla commissione dei reati con finalità di terrorismo anche internazionale (art. 4, comma 1, lett. d, D.Lgs. n. 159 del 2011); coloro che abbiano fatto parte di associazioni politiche disciolte ai sensi della L. 20 giugno 1952, n. 645 (*Norme di attuazione della XII disposizione transitoria e finale (1° comma) della Costituzione*), e nei confronti dei quali debba ritenersi, per il comportamento successivo, che continuino a svolgere un'attività analoga a quella precedente (art. 4, comma 1, lett. e, D.Lgs. n. 159 del 2011); coloro che compiano atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti alla ricostituzione del Partito fascista, ai sensi dell'art. 1, L. n. 645 del 1952, in particolare con l'esaltazione o la pratica della violenza (art. 4, comma 1, lett. f, D.Lgs. n. 159 del 2011); coloro che, fuori dei casi prima citati nelle lett. d), e) ed f), siano stati condannati per uno dei delitti previsti nella L. 2 ottobre 1967, n. 895 (*Disposizioni per il controllo delle armi*) e nell'art. 8 ss., L. 14 ottobre 1974, n. 497 (*Nuove norme contro la criminalità*), quando debba ritenersi che, per il loro comportamento successivo, siano proclivi a commettere un reato della stessa specie e con il fine indicato all'art. 4, comma 1, lett. d), D.Lgs. n. 159 del 2011 (art. 4, comma 1, lett. g, D.Lgs. n. 159 del 2011). Il medesimo trattamento è, inoltre, previsto per gli istigatori, i mandanti ed i finanziatori, intendendo per questi ultimi coloro i quali forniscono somme di denaro o altri beni, conoscendo lo scopo a cui sono destinati (art. 4, comma 1, lett. h, D.Lgs. n. 159 del 2011).

Coloro che sono indiziati di aver agevolato gruppi o persone che hanno preso parte attiva, in più occasioni, alle manifestazioni di violenza sportiva di cui all'art. 6, L. n. 13 dicembre 1989, n. 401 (*Interventi nel settore del giuoco e delle scommesse clandestini e tutela della correttezza nello svolgimento delle manifestazioni sportive*) nonché le persone che, per il loro comportamento, debba ritenersi, anche sulla base della partecipazione in più occasioni alle medesime manifestazioni ovvero della reiterata applicazione nei loro confronti del divieto previsto dallo stesso articolo, che sono dediti alla commissione di reati che mettono in pericolo l'ordine e la sicurezza pubblica ovvero l'incolumità delle persone in occasione o a causa dello svolgimento di manifestazioni sportive (art. 4, comma 1, lett. i, D.Lgs. n. 159 del 2011).

Le modifiche operate dal decreto in commento si incentrano, in particolare sulla lett. d) dell'art. 4, comma 1, D.Lgs. n. 159 del 2011, estendendone la sfera applicativa a coloro che operanti, in gruppi o isolatamente, pongono in essere atti preparatori obiettivamente rilevanti diretti a prendere parte ad un conflitto in territorio estero a sostegno di un'organizzazione che persegue le finalità terroristiche di cui all'art. 270-*sexies* c.p. (art. 4, comma 1, lett. a, D.L. n. 7 del 2015, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 43 del 2015)⁽¹⁶⁾.

Tali soggetti, pertanto, potranno essere sottoposti ai mezzi *ante delictum* personali e reali previsti dal nostro ordinamento nel D.Lgs. n. 159 del 2011.

Il riferimento a reati commessi con finalità di terrorismo anche internazionale era già presente nella pregressa formulazione dell'art. 4, D.Lgs. n. 159 del 2011, con la conseguenza che la categoria di destinatari oggi disegnata dal legislatore è tesa a comprendere diverse modalità di condotte con l'intento di allargare la sfera di protezione verso nuove forme di espressione della pericolosità sociale.

Il rinvio al precetto di cui all'art. 270 *sexies* c.p. fornisce, poi, uno strumento di interpretazione autentica, volta ad evitare il pericolo di differenti e non omogenee letture ermeneutiche sul punto, foriere di una lesione dell'art. 3 Cost. Esso consente, infatti, di circoscrivere le ipotesi da cui rilevare l'esistenza di fini terroristici, poiché il precetto *de quo* precisa che sono considerate con finalità di terrorismo le attività che, per loro natura o contesto, possono arrecare grave danno ad un Paese o ad una organizzazione internazionale e sono compiute allo scopo di intimidire la popolazione o costringere i poteri pubblici o una organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere qualsiasi atto o destabilizzare o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche e sociali di un Paese o di un'organizzazione internazionale nonché le altre condotte definite terroristiche o commesse con finalità di terrorismo da convenzioni o altre norme di diritto internazionale vincolanti per l'Italia.

B) La sospensione della validità dei documenti necessari per l'espatrio ex art. 9, D.Lgs. n. 159 del 2011

L'art. 4, comma 1, lett. b), D.L. n. 7 del 2015, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 43 del 2015 aggiunge all'interno dell'art. 9, D.Lgs. n. 159 del 2011 il comma 2 *bis*.

Il precetto in questione, rubricato "Provvedimenti d'urgenza", regola l'utilizzo di limitazioni provvisorie della libertà di circolazione nei confronti del proposto per l'applicazione della misura della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza con obbligo o il divieto di soggiorno nelle more della decisione del tribunale della prevenzione.

Gli strumenti *de quibus* si inseriscono, pertanto, nell'ambito di un giudizio promosso per l'applicazione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, che, comportando il rispetto di diverse tipologie di prescrizioni gravanti su diritti costituzionalmente garantiti, costituisce la forma di prevenzione più incidente sulla sfera giuridica del destinatario e la cui applicazione, per tale motivo, è subordinata allo svolgimento di un accertamento giudiziale.

Nelle ipotesi sopramenzionate, il presidente del Tribunale può disporre il ritiro temporaneo del passaporto e la sospensione della validità ai fini dell'espatrio di ogni documento equipollente (art. 9, comma 1, D.Lgs. n. 159 del 2011). Qualora sussistano motivi di particolare gravità, può anche adottare, in via provvisoria, nei confronti del proposto l'obbligo o il divieto di soggiorno, fino al momento in cui la misura di prevenzione non diviene esecutiva (art. 9, comma 2, D.Lgs. n. 159 del 2011)⁽¹⁷⁾.

Si tratta, dunque, di veri e propri provvedimenti di natura cautelare, di cui la dottrina ha sempre criticato l'eccessiva ampiezza applicativa, frutto dello scarno ed indeterminato dettato normativo⁽¹⁸⁾, interpretazione mitigata, però, dalla lettura offerta dalla giurisprudenza di legittimità, che ha interpretato il contenuto dell'art. 9, D.Lgs. n. 159 del 2011 in modo conforme ai canoni costituzionali sia in ordine alla necessità di motivazione⁽¹⁹⁾, sia all'impugnabilità del decreto presidenziale⁽²⁰⁾ sia, infine, alla durata degli strumenti di cautela⁽²¹⁾.

All'interno di siffatto quadro normativo, il legislatore del 2015 rafforza la tutela anticipata nell'ipotesi in cui l'azione di prevenzione volta alla applicazione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza e dell'obbligo di soggiorno nel comune di residenza o di dimora abituale sia stata esercitata nei confronti dei soggetti di cui all'art. 4, comma 1, lett. d), D.Lgs. n. 159 del 2011⁽²²⁾, consentendo, nei casi di necessità ed urgenza, al questore, all'atto di presentazione della proposta, di disporre il temporaneo ritiro del passaporto e la sospensione di validità ai fini dell'espatrio di ogni altro documento equipollente.

Il provvedimento questorile deve essere comunicato immediatamente al procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto ove dimora la persona, il quale, se non ritiene di disporre la cessazione, ne richiede la convalida, entro le quarantotto ore, al presidente del tribunale del capoluogo della provincia in cui la persona dimora che provvede nelle successive quarantotto ore secondo le modalità di cui all'art. 9, comma 1, D.Lgs. n. 159 del 2011 ossia con decreto. Il ritiro del passaporto e la sospensione di validità cessano di avere effetto se la convalida non interviene nelle novantasei ore successive alla loro adozione (art. 9, comma 2 bis, D.Lgs. n. 159 del 2011).

La ratio di tale strumento di cautela è evidente.

Si intende, infatti, permettere la sospensione di validità dei documenti *de quibus sin* dalla presentazione della proposta di prevenzione e non solo durante la pendenza del procedimento così come previsto dal comma 1 del medesimo art. 9, D.Lgs. n. 159 del 2011, dal momento che il termine di trenta giorni entro cui il tribunale deve incardinare il giudizio ed assumere la decisione è meramente ordinatorio (art. 7, comma 1, D.Lgs. n. 159 del 2011), con la conseguenza che potrebbero dilatarsi eccessivamente i tempi per adottare il provvedimento presidenziale con il rischio di un allontanamento del proposto dal territorio del nostro Stato.

Il raffronto fra il testo del comma 1 e del comma 2 *bis* dell'art. 9, D.Lgs. n. 159 del 2011 evidenzia come non si tratti di meccanismi identici.

Il decreto del questore è limitato, infatti, solo ai soggetti di cui all'art. 4, comma 1, lett. d), D.Lgs. n. 159 del 2011 e non, in modo generico, a tutti i possibili destinatari di una proposta di prevenzione personale, così come, invece, prescritto dal comma 1 dell'art. 9, D.Lgs. n. 159 del 2011, trattandosi di una esigenza eccezionale che si configura con maggiore urgenza rispetto a persone che abbiano manifestato una pericolosità legata ad una matrice politica e precisamente di natura terroristica.

Ancora, la proposta deve riguardare solo la sorveglianza speciale e l'obbligo di soggiorno nel comune di residenza o di dimora abituale, non essendo contenuto alcun richiamo anche al divieto de quo, a differenza del già citato comma 1 dell'art. 9, D.Lgs. n. 159 del 2011.

Il provvedimento questorile deve essere convalidato dal presidente del tribunale secondo cadenze conformi al precetto di cui all'art. 13 Cost., peraltro, già utilizzate nell'ambito della struttura di prevenzione penale ai sensi dell'art. 6, L. n. 401 del 1989 nel caso di violenza nell'ambito ed in occasione di manifestazioni sportive ovvero ai sensi dell'art. 75 bis, d.P.R. n. 309 del 1990⁽²³⁾.

Appare, invero, poco coerente con la struttura preesistente aver concentrato siffatto potere in capo al solo questore.

Sono legittimati a presentare la proposta di prevenzione, infatti, a norma dell'art. 5, comma 1, D.Lgs. n. 159 del 2011, anche il procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo, il procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo di distretto ove dimora la persona e il direttore della Direzione investigativa antimafia e non si comprende, stante il tenore letterale della norma, con quale modalità dovrebbero attivarsi detti soggetti, qualora si trovino nelle condizioni di cui all'art. 9, comma 2 bis, D.Lgs. n. 159 del 2011.

Escludendo di dover accedere ad una lettura restrittiva per cui solamente in caso di proposta avanzata dal questore possa utilizzarsi lo strumento in analisi, lettura che apparirebbe incomprensibile e soprattutto lesiva dei canoni di cui all'art. 3 Cost., deve prospettarsi l'esistenza di un potere sollecitatorio nei confronti dell'autorità di pubblica sicurezza, a cui dovrebbe conseguire l'invio della documentazione idonea a consentire alla medesima di formulare il giudizio imposto dal comma 2 bis, circostanza che potrebbe determinare una eccessiva dilatazione temporale, che potrebbe anche vanificare l'efficacia della sospensione. Si auspica, pertanto, un ripensamento sul punto, consentendo, quanto meno, un analogo potere in capo al procuratore distrettuale.

Aderendo alla interpretazione giurisprudenziale già formatasi in riferimento al comma 1 dell'art. 9, D.Lgs. n. 159 del 2011, prima, seppur sinteticamente, richiamata, si ritiene che il decreto presidenziale di convalida debba essere motivato circa la sussistenza, nel caso concreto, di tutti i requisiti prescritti dalla legge e che esso sia impugnabile con ricorso per cassazione, trattandosi di un provvedimento incidente sulla libertà personale.

Anche in ordine alla durata della misura provvisoria, soccorre l'orientamento giurisprudenziale di cui sopra, per cui il provvedimento adottato perderà efficacia

qualora il tribunale della prevenzione non decida entro il termine di trenta giorni dalla proposta, termine che, pertanto, rispetto agli strumenti cautelari di cui al citato art. 9 possiede natura perentoria.

C) Il nuovo delitto di cui all'art. 75 bis, D.Lgs. n. 159 del 2011

Al fine di garantire una maggiore efficacia ai provvedimenti previsti dall'art. 9, D.Lgs. n. 159 del 2011, l'art. 75 bis, D.Lgs. n. 159 del 2011, rubricato "Violazione delle misure imposte con i provvedimenti di urgenza", punisce con la reclusione da uno a cinque anni chi viola il divieto di espatrio conseguente all'applicazione delle misure di cui all'art. 9, commi 1 e 2 bis, D.Lgs. n. 159 del 2011.

La legge di conversione ha, invero, sollevato la pena massima edittale da tre a cinque anni, eliminando l'inciso che autorizzava l'arresto nei casi di flagranza. Alla luce, infatti, degli attuali parametri sanzionatori sarebbe possibile eseguire l'arresto in flagranza di reato, ai sensi dell'art. 381 c.p.p., circostanza che ha reso superfluo mantenere la locuzione *de qua*.

D) l'estensione della disciplina delle circostanze aggravanti

La novella in commento integra anche il contenuto dell'art. 71, D.Lgs. n. 159 del 2011, rubricato "Circostanza aggravante", ove si prescrive l'aumento della pena da un terzo alla metà ovvero nell'ipotesi contravvenzionali nella misura di cui all'art. 99, comma 2, c.p., qualora determinate ipotesi di reato siano commesse da persona sottoposta con provvedimento definitivo ad una misura di prevenzione personale durante il periodo previsto per l'applicazione della stessa e sino a tre anni da quando ne è cessata l'esecuzione. Si aggiunge, pertanto, al pregresso catalogo di reati⁽²⁴⁾ gli artt. 270 bis (Associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico), 270 ter (Assistenza agli associati), 270 quater (Arruolamento con finalità di terrorismo anche internazionale), 270 quater.1 (Organizzazione di trasferimenti per finalità di terrorismo), 270 quinquies (Addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale) c.p. nonché i delitti commessi con le finalità di terrorismo di cui all'art. 270 sexies (Condotte con finalità di terrorismo) c.p., nel chiaro intento di fornire un apparato sanzionatorio più grave nei confronti di chi ha commesso delitti di evidente matrice terroristica pur essendo sottoposto o essendovi stato ad uno strumento di prevenzione personale e, quindi, essendo già ritenuto secondo la nostra legislazione un soggetto pericoloso socialmente.

E) La direzione nazionale antimafia ed antiterrorismo

L'art. 103, D.Lgs. n. 159 del 2011, rubricato "Direzione antimafia ed antiterrorismo", è stato sostituito dalla novella in commento, allo scopo non solo di aggiornare la denominazione aggiungendovi la locuzione "antiterrorismo", ma anche al fine di mutarne in parte la struttura operativa⁽²⁵⁾.

La Direzione *de qua* è istituita presso la procura generale presso la corte di cassazione. Ad essa sono preposti un magistrato, con funzioni di procuratore nazionale, e due magistrati con funzione di procuratore aggiunto, elemento di novità rispetto alla disciplina pregressa, nonché, quali sostituti, magistrati che abbiano conseguito la

terza valutazione di professionalità. I magistrati sono scelti tra coloro che abbiano svolto, anche se in modo non continuativo, funzioni di pubblico ministero per almeno dieci anni e che abbiano specifiche attitudini, capacità organizzative ed esperienze nella trattazione di procedimenti in materia di criminalità organizzata e terroristica. L'anzianità nel ruolo è oggetto di valutazione solo ove i requisiti professionali risultino equivalenti.

Gli incarichi di procuratore nazionale e procuratore aggiunto hanno una durata quadriennale e possono essere rinnovati solo una volta.

Il procuratore nazionale svolge le funzioni previste dall'art. 371 *bis* c.p.p., il cui testo è stato anch'esso oggetto di modifiche ad opera della novella in commento, alla cui analisi si rimanda. Il procuratore generale della corte di cassazione esercita la sorveglianza sul procuratore nazionale antimafia ed antiterrorismo e sulla Direzione nazionale (art. 104, [D.Lgs. n. 159 del 2011](#)).

Qualche correttivo è stato apportato anche all'art. 105, [D.Lgs. n. 159 del 2011](#), rubricato "Applicazione di magistrati del pubblico ministero in casi particolari".

Al di là, infatti, dell'adeguamento nominalistico della nuova dizione della procura nazionale, si estende la disciplina dell'applicazione per la trattazione dei procedimenti relativi ai delitti di cui all'art. 51, comma 3 *bis*, c.p.p. anche alle ipotesi enucleate al successivo comma 3 *quater*, il quale richiama i delitti, consumati o tentati, con finalità di terrorismo.

In siffatte ipotesi il procuratore nazionale antimafia ed antiterrorismo può, dunque, quando si tratta di procedimenti caratterizzati da una particolare complessità ovvero che richiede specifiche esperienze e competenze professionali, applicare temporaneamente alle procure distrettuali i magistrati appartenenti alla Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo e quelli appartenenti alle direzioni distrettuali, oltre che quelli addetti presso le procure distrettuali alla trattazione di procedimenti in materia di terrorismo, anche internazionale. L'applicazione *de qua* è, altresì, disposta quando sussistono protratte vacanze di organico, inerzia nella conduzione delle indagini ovvero specifiche e contingenti esigenze investigative o processuali (art. 105, comma 1, [D.Lgs. n. 159 del 2011](#)).

F) Il nuovo potere di proposta del procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo

L'art. 17, comma 1, [D.Lgs. n. 159 del 2011](#), così come modificato dalla novella in analisi, annovera tra i legittimati a richiedere nei confronti dei soggetti di cui all'art. 16, [D.Lgs. n. 159 del 2011](#) l'adozione di una misura di prevenzione patrimoniale il procuratore nazionale antimafia ed antiterrorismo nell'esercizio delle funzioni contenute nell'art. 371 *bis* c.p.p.

In tal modo uniforma la disciplina rispetto al potere di proposta di una misura di prevenzione personale ove è già riconosciuta siffatta titolarità al procuratore *de quo*, garantendo una maggiore omogeneità del sistema e superando così una discrasia ingiustificata.

G) Le intercettazioni preventive

Gli artt. 2, comma 1 *quater* (inserito nella legge di conversione), e 4, **D.L. n. 7 del 2015**, convertito, con modificazioni, dalla **L. n. 43 del 2015** intervengono sul testo dell'art. 226 disp. coord. c.p.p. in materia di intercettazioni e di controlli preventivi sulle comunicazioni.

Si estende la possibilità di ricorrere a detti strumenti di investigazione anche per l'acquisizione di notizie concernenti la prevenzione di delitti di cui all'art. 51, comma 3 *quater*, c.p.p., commessi mediante l'impiego di tecnologie informatiche o telematiche, che si aggiungono, pertanto, ai delitti di cui agli artt. 407, comma 2, lett. a), n. 4 e 51, comma 3 *bis*, c.p.p. (art. 226, comma 1, disp. coord. c.p.p.)⁽²⁶⁾.

Appare, invero, troppo restrittiva l'indicazione delle modalità di commissione delle condotte delittuose predette, che devono essere compiute con l'utilizzo di strumenti informatici o telematici, così come emergerebbe dal dato testuale. Se è certo, infatti, che questa costituisce la forma più frequente di manifestazione delle stesse e anche quella capace di diffondersi con maggiore rapidità, esaltando la necessità di un celere ed efficace intervento preventivo, sarebbe stato forse preferibile non circoscrivere solo a ciò il ricorso agli strumenti in parola, ma almeno letteralmente prevederlo in modo più ampio⁽²⁷⁾.

Viene, altresì, raddoppiato il termine per la redazione del verbale sintetico delle operazioni svolte e dei contenuti intercettati che deve essere depositato presso il procuratore che ha autorizzato l'attività, nel termine di dieci e non già di cinque giorni quando sussistono esigenze di traduzione delle comunicazioni o conversazioni, evenienza che ricorrerà con frequenza in riferimento ai delitti con finalità di terrorismo, anche internazionale, di cui all'art. 51, comma 3 *quater*, c.p.p. (art. 226, comma 3, disp. coord. c.p.p.).

Infine, in deroga alla ordinaria disciplina, la quale prevede che il procuratore, verificata la conformità delle attività compiute all'autorizzazione, disponga la distruzione dei verbali e dei supporti, si consente che lo stesso autorizzi, per un periodo non superiore a ventiquattro mesi, la conservazione dei dati acquisiti, anche relativi al traffico telematico, esclusi comunque il contenuto delle comunicazioni, quando gli stessi siano indispensabili per la prosecuzione dell'attività finalizzata alla prevenzione dei delitti per cui sono consentite le intercettazioni *de quibus* (art. 226, comma 3 *bis*, disp. coord. c.p.p.).

Si tratta di un correttivo di estremo rilievo tenuto conto della complessità che spesso contraddistingue tale tipologia di investigazioni anche se solo per fini di prevenzione.

H) Le novità in tema di immigrazione

L'art. 4, comma 2, **D.L. n. 7 del 2015**, convertito, con modificazioni, dalla **L. n. 43 del 2015** integra la disciplina dell'espulsione, quale misura di prevenzione, di cui all'art. 13, comma 2, lett. c), **D.Lgs. n. 25** luglio 1998, n. 286 (*Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*).

I destinatari di siffatta forma di espulsione, prima della novella *de qua*, erano individuati negli appartenenti ad una delle categorie indicate nell'art. 4, **D.Lgs. n. 159**

del 2011 ossia coloro che possono essere sottoposti ad una misura di prevenzione personale.

L'attuale formulazione dell'art. 13, comma 2, lett. c), D.Lgs. n. 286 del 1998 richiama i soggetti di cui agli artt. 1, 4 e 16 D.Lgs. n. 159 del 2011.

Il riferimento all'art. 16, D.Lgs. n. 159 del 2011 costituisce la reale novità, poiché permette di utilizzare il provvedimento prefettizio anche nei confronti di coloro che possono essere sottoposti ad una misura di prevenzione patrimoniale. Essi sono, oltre le persone indicate all'art. 4, D.Lgs. n. 159 del 2011, il cui richiamo è, invero, del tutto sovrabbondante essendo già presente nel testo normativo, le persone fisiche o giuridiche segnalate al Comitato per le sanzioni delle Nazioni Unite o ad altro organismo internazionale competente per disporre il congelamento di fondi o di risorse economiche, quando vi sono fondati elementi per ritenere che i fondi o le risorse possano essere dispersi, occultati o utilizzati per il finanziamento di organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali (art. 16, comma 1, lett. b, D.Lgs. n. 159 del 2011), ampliando, in modo condivisibile, la sfera di protezione della sicurezza pubblica.

Non si comprende, invece, la necessità di riferirsi in modo esplicito all'art. 1, D.Lgs. n. 159 del 2011, la cui categoria soggettiva è ricompresa all'interno dell'art. 4, D.Lgs. n. 159 del 2011, per cui è già da tempo potenziale destinataria dello strumento *de quo*.

Si segnala, infine, il correttivo operato dall'art. 6, comma 1, lett. a), D.L. n. 7 del 2015, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 43 del 2015 alla disciplina dettata in tema di permessi di soggiorno a fini investigativi. L'art. 2, comma 1, D.L. n. 144 del 2005, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 155 del 2005 prevede, infatti, che, quando, nel corso di operazioni di polizia, di indagini o di un procedimento relativo a delitti commessi con finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico, sorge l'esigenza di garantire la presenza nel territorio dello Stato dello straniero, il quale abbia offerto all'autorità giudiziaria o agli organi di polizia una collaborazione che possenga le caratteristiche elencate all'art. 9, comma 3, D.L. n. 8 del 1991, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 82 del 1991, il questore, autonomamente o mediante segnalazione dei responsabili di livello almeno provinciale delle Forze di polizia ovvero dei direttori dei Servizi informativi e di sicurezza ovvero quando è richiesto dal procuratore della Repubblica, rilascia allo straniero uno speciale permesso di soggiorno per un anno, rinnovabile per periodi eguali. L'intervento novellistico è teso a prevedere la possibilità di ottenere tale peculiare permesso anche quando la collaborazione abbia ad oggetto delitti di criminalità transnazionale, completando, così il novero di fattispecie penalmente rilevanti per cui può essere ottenuto lo strumento in analisi, trattandosi di reati di significativo allarme sociale per cui le informazioni offerte possono essere assai rilevanti ai fini della prevenzione e repressione degli stessi. Si segnala, però, come non ogni forma di collaborazione consente di ottenere la concessione del permesso *de quo*. Essa, infatti, deve possedere carattere di intrinseca attendibilità, di novità o di completezza o per altri elementi deve apparire di notevole importanza per lo sviluppo

delle indagini o ai fini del giudizio ovvero per le attività di investigazione sulle connotazioni strutturali, le dotazioni di armi, esplosivi o beni, le articolazioni e i collegamenti interni o internazionali delle organizzazioni criminali di tipo mafioso o terroristicо-eversivo o sugli obiettivi, le finalità e le modalità operative di dette organizzazioni (art. 9, comma 3, D.L. n. 8 del 1991, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 82 del 1991).

-
- (1) Onde evitare eventuali dimenticanze l'art. 20, comma 4, D.L. n. 7 del 2015, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 43 del 2015 precisa che, a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto legge "...nelle disposizioni vigenti le parole: "procuratore nazionale antimafia", ovunque ricorrono, si intendono sostituite dalle seguenti: "procuratore nazionale antimafia ed antiterrorismo" e le parole: "Direzione nazionale antimafia" si intendono sostituite dalle seguenti: "Direzione nazionale antimafia ed antiterrorismo".
- (2) Il precetto di cui all'art. 81, comma 1, D.Lgs. n. 159 del 2011 prescrive, in particolare, che presso le segreterie delle procure della Repubblica e presso le cancellerie dei tribunali sono istituiti appositi registri, anche informatici, per le annotazioni relative ai procedimenti di prevenzione. Nei registri viene curata l'immediata annotazione nominativa delle persone fisiche e giuridiche nei cui confronti sono disposti gli accertamenti personali e patrimoniali da parte dei soggetti titolari del potere di proposta. Il questore territorialmente competente ed il direttore della Direzione investigativa antimafia provvedono a dare immediata comunicazione alla procura della Repubblica competente per territorio della proposta di misura personale e patrimoniale da presentare al tribunale competente.
- (3) Cfr. A. Cisterna, *All'Aise l'attività di informazione verso l'estero*, in *Guida al dir.*, 2015, n. 19, 98, il quale sul punto osserva che "La possibilità di acquisire e consultare i registri delle intercettazioni (incluse quelle preventive ai sensi dell'articolo 226 delle disposizioni di attuazione c.p.p.) è il vero passo in avanti che quell'ufficio compie nella direzione di un reale coordinamento delle indagini e del collegamento con le procure distrettuali; soprattutto se si considera la costante ritrosia degli uffici periferici a permettere una tale forma di verifica".
- (4) A. Cisterna, *All'Aise l'attività di informazione verso l'estero*, in *Guida dir.*, 2015, n. 19, 95, il quale, correttamente, osserva che "Resta da considerare se tali procedure di acquisizione di questo materiale debbano osservare gli standard che, nel nostro ordinamento, sono fissati dagli articoli 254-bis e 352, comma 1-bis, del c.p.p. per le acquisizioni "informatiche, telematiche e di telecomunicazione", tra le quali figurano le garanzie di conformità agli originali e quella di immodificabilità del dato".
- (5) In senso critico G. Amato, *Limitate nel tempo le garanzie funzionali attribuite agli* 007, in *Guida dir.*, 2015, n. 19, 90, il quale puntualizza che "La scelta di limitare nel tempo talune disposizioni lascia in ogni caso francamente perplessi, quanto meno per

quegli interventi che non sono il frutto dell'emergenza terrorismo, quali, in particolare, quelli in tema di vigilanza delle sedi dei servizi e quelli relativi alla identità di copertura: questi interventi, probabilmente, meritavano un inserimento duraturo e non a scadenza".

(6) L'art. 24, comma 1, L. n. 124 del 2007 prescrive che il direttore generale del DIS, previa comunicazione al Presidente del Consiglio dei ministri o all'Autorità delegata, ove istituita, può autorizzare, su proposta dei direttori dell'AISE e dell'AISI, l'uso, da parte degli addetti ai servizi di informazione per la sicurezza, di documenti di identificazione contenenti indicazioni di qualità personali diverse da quelle reali. Con la medesima procedura può essere disposta o autorizzata l'utilizzazione temporanea di documenti e certificati di copertura.

(7) G. Amato, *Limitate nel tempo le garanzie funzionali attribuite agli 007*, in *Guida dir.*, 2015, n. 19, 91.

(8) L'art. 4 *bis*, comma 1, ord. penit. riguarda: delitti commessi con finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza, delitto di cui all'art. 416 *bis* (Associazione di tipo mafioso, anche straniera) e 416 *ter* (Scambio elettorale politico-mafioso) c.p., delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività di associazioni in esso previste, delitti di cui agli artt. 600 (Riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù), 600 *bis*, comma 1, (Prostituzione minorile) 600 *ter*, commi 1 e 2, (Pornografia minorile) 601 (Tratta di persone), 602 (Acquisto e alienazione di schiavi), 609 *octies* (Violenza sessuale di gruppo) e 630 (Sequestro di persona a scopo di estorsione) c.p., art. 291 *quater* (*Associazione per delinquere finalizzata al contrabbando al contrabbando di tabacchi lavorati esteri*), d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43 (*Approvazione del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale*), art. 74 (Associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope), d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (*Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza*).

(9) Si rammenta che Corte cost. 22 ottobre 2014, n. 239, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 *bis*, comma 1, ord. penit., nella parte in cui non esclude dal divieto di concessione dei benefici penitenziari, da esso stabilito, la misura della detenzione domiciliare speciale prevista dall'art. 47 *quinquies*, ord. penit. e ha dichiarato, altresì, in via consequenziale, l'illegittimità dell'art. 4 *bis*, comma 1, ord. penit., nella parte in cui non esclude dal divieto di concessione dei benefici, da esso stabilito, la misura della detenzione domiciliare prevista dall'art. 47 *ter*, comma 1, lett. a) e b), ord. penit., ferma restando la condizione dell'insussistenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti.

(10) Il precetto citato specifica che per "servizi di informazione per la sicurezza" si intendono l'Agenzia informazioni e sicurezza esterna (AISE) e l'Agenzia delle informazioni e sicurezza interna (AISI).

(11) Cfr., *infra*, la disciplina in tema di intercettazioni preventive.

(12) A. Cisterna, *Le "finalità di polizia" mettono a rischio la privacy*, in *Guida dir.*, 2015, n. 11, 100, il quale osserva che "Siamo in presenza, come si diceva, di una singolare confluenza tra potere di controllo giurisdizionale e potere di controllo politico. Un inedito che crea un precedente importante, poiché evidenzia una linea di saldatura tra istanze di legalità e ragioni di controllo politico che potrebbe portare a ulteriori sviluppi".

(13) V. A. Balsamo, *Decreto antiterrorismo e riforma del sistema delle misure di prevenzione*, 2015, 5, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, il quale evidenzia che "Si tratta di un intento sicuramente condivisibile, in quanto lo sviluppo di un "doppio binario" di misure di prevenzione e sanzionatorie nei confronti del terrorismo, in conformità al modello già sperimentato per la lotta alla mafia, trova un solido fondamento nella rilevazione di una serie di aspetti significativi che, nel presente momento storico, sembrano accumunare i due fenomeni criminali, entrambi caratterizzati da una ibrida polivalenza (con la conseguente necessità di una pluralità di chiavi di lettura, che spaziano dalla sociologia e dall'antropologia culturale dell'economia e alla scienza politica), da connotati che superano la dimensione delittuosa e svelano la radicata persistenza di modelli culturali di comportamento, dalla compresenza di elementi di innovazione ed elementi di continuità (sicché alla dimensione transnazionale si accompagna il radicamento nei tradizionali contesti di appartenenza), dalla combinazione di attività economiche legali ed illegali, dalla intesa potenzialità di destabilizzazione del sistema democratico".

(14) Per completezza si rammenta che l'art. 16, D.Lgs. n. 159 del 2011 individua quali ulteriori destinatari degli strumenti di prevenzione patrimoniali le persone fisiche e giuridiche segnalate al Comitato per le sanzioni delle Nazioni Unite, o ad altro organismo internazionale competente per disporre il congelamento di fondi o di risorse economiche, quando vi sono fondati elementi per ritenere che i fondi o le risorse possano essere dispersi, occultati o utilizzati per il finanziamento di organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali (art. 16, comma 1, lett. b, Codice delle leggi antimafia). L'art. 16, comma 2, D.Lgs. n. 159 del 2011 precisa, inoltre, che nei confronti dei soggetti di cui all'art. 4, comma 1, lett. i), del medesimo decreto la misura di prevenzione patrimoniale della confisca può essere applicata relativamente ai beni, nella disponibilità dei medesimi soggetti, che possono agevolare, in qualsiasi modo, le attività di chi prende parte attiva a fatti di violenza in occasione o a causa di manifestazioni sportive. Il sequestro effettuato nel corso di operazioni di polizia destinate a prevenire le predette manifestazioni di violenza è convalidato ai sensi dell'art. 22, comma 2, D.Lgs. n. 159 del 2011.

(15) Si tratta, in particolare, dei delitti, consumati o tentati, di cui agli artt. 416, commi 6 e 7 (Associazione per delinquere), 416, realizzato allo scopo di commettere i delitti previsti dagli artt. 473 (Contraffazione, alterazione o uso di marchi o segni distintivi ovvero brevetti, modelli e disegni), 474 (Introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi), 600 (Riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù), 601 (Tratta di persone), 602 (Acquisto o alienazione di schiavi), 416-

bis(Associazioni di tipo mafioso anche straniere), 416 *ter* (Scambio elettorale politico-mafioso) e 630 (Sequestro di persona a scopo di estorsione) c.p., dei delitti commessi avvalendosi delle condizioni del predetto art. 416 *bis* c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo nonché i delitti previsti dall'art. 74 (Associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope), d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (*Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza*), dall'art. 291 *quater*, d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43 e dall'art. 260, D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (*Norme in materia ambientale*).

(16) In senso critico sull'inserimento della nuova categoria soggettiva all'interno della lett. d) dell'art. 4, comma 1, D.Lgs. n. 159 del 2011, cfr. A. Balsamo, *Decreto antiterrorismo e riforma del sistema delle misure di prevenzione*, 2015, 10, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, il quale osserva che il riferimento nell'*incipit* del precetto agli "atti preparatori obiettivamente rilevanti" determinerà un'applicazione residuale degli strumenti di prevenzione rispetto all'area di rilevanza penale delle condotte motivate da finalità di terrorismo anche internazionale. "L'effetto, dopo il "decreto antiterrorismo", potrebbe essere paradossale: le misure di prevenzione, e il connesso divieto di espatrio, potrebbero infatti applicarsi a chi si limita ai primi preparativi per prendere parte ad un conflitto in territorio estero, ma non anche ad un soggetto che inizia ad attuare l'intento programmato, ed appare ormai in procinto di lasciare il territorio nazionale".

(17) M.C. Russo, voce *Processo di prevenzione*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1991, 5, la quale, in riferimento ai "motivi di particolare gravità", ritiene che possano essere considerati quelli che denotano un aggravamento della pericolosità, come il fondato sospetto di fuga per sottrarsi all'esecuzione delle misure.

(18) P. Miletto, *Le misure di prevenzione*, Torino, 1989, 236 - 239.

(19) Cass., Sez. I, 4 febbraio 1991, Versace, in *Cass. pen.*, 1992, 1320, secondo cui l'imposizione provvisoria del divieto di soggiorno è giustificata soltanto se la pericolosità sociale risulti talmente evidente da richiedere, in via di assoluta urgenza, l'adozione del provvedimento, essendo richiesta la sussistenza di motivi di particolare gravità, che debbono risultare da *facta concludentia*, essere specificamente indicati nel provvedimento e rappresentare un *quid pluris* rispetto alla generica pericolosità.

(20) Cass., Sez. I, 27 gennaio 2009, n. 10737, in *CED*, n. 242881, secondo cui, in tema di misure di prevenzione personali, il decreto emesso dal presidente del Tribunale in pendenza del procedimento per l'applicazione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, a norma dell'art. 6, L. n. 1423 del 1956 (oggi trasfuso nell'art. 9, D.Lgs. n. 159 del 2011), è ricorribile per cassazione, pur non essendone prevista espressamente l'impugnabilità, in quanto comporta limitazioni alla libertà personale ed è, conseguentemente, assimilabile ai provvedimenti sulla libertà personale, per i quali l'art. 111 *Cost.* prevede la facoltà di esperire ricorso per cassazione.

(21) Cass., Sez. I, 23 aprile 2004, n. 26268, in *CED*, n. 228433, secondo cui la misura di prevenzione a carattere personale che il presidente del Tribunale può applicare "in via provvisoria" (art. 6, L. n. 1423 del 1956, oggi trasfuso nell'art. 9, D.Lgs. n. 159 del 2011), poiché comprime la libertà dell'interessato e non può avere durata illimitata, diventa inefficace qualora maturi inutilmente il termine di trenta giorni entro il quale il tribunale, a norma dell'art. 4, comma 5, L. n. 1423 del 1956 (oggi art. 7, comma 1, D.Lgs. n. 159 del 2011), deve deliberare sulla richiesta di applicazione della misura di prevenzione della sorveglianza speciale. (In motivazione la Corte ha specificato che detto termine, di natura ordinatoria per la procedura in merito alla quale è fissato, va considerato perentorio quanto all'efficacia della misura adottata in via provvisoria); Cass., Sez. I, 2 giugno 1967, Manfredi, in *Cass. pen.*, 1998, 631; Cass., Sez. I, 12 novembre 1990, Vaccaro, *ivi*, 1991, 816. *Contra* Cass., Sez. II, 16 febbraio 1996, Lo Presti, in *Cass. pen.*, 1997, 1143. Del medesimo avviso in dottrina: P. Celentano, *La pretesa necessità della fissazione di un termine certo di durata massima delle misure limitative della libertà personale applicate provvisoriamente: un ingiustificato salto in avanti della Corte di Cassazione*, in *Riv. pen.*, 1992, 165.

(22) Si tratta di coloro che, operanti in gruppi o isolatamente, pongono in essere atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti a sovvertire l'ordinamento dello Stato, con la commissione di uno dei reati previsti dal Capo I, Titolo VI, del Libro II, del codice penale o dagli artt. 284, 285, 286, 306, 438, 439, 605, 630 c.p. nonché alla commissione dei reati con finalità di terrorismo anche internazionale ovvero a prendere parte ad un conflitto in territorio estero a sostegno di un'organizzazione che persegue le finalità terroristiche di cui all'art. 270 *sexies* c.p.

(23) Sulle tematiche in esame sia consentito il rinvio a l. Filippi - M.F. Cortesi, *Il codice delle misure di prevenzione*, Torino, 2011, 54 e ss.

(24) I reati già ricompresi nel novero dell'art. 71, D.Lgs. n. 159 del 2011 sono: gli artt. 336 (Violenza o minaccia a pubblico ufficiale), 338 (Violenza o minaccia ad un Corpo politico, amministrativo o giudiziario), 353 (Turbata libertà degli incanti), 377 (Intralcio alla giustizia), comma 3, 378 (Favoreggiamento personale), 379 (Favoreggiamento reale), 416 (Associazione per delinquere), 416 *bis* (Associazioni di tipo mafioso anche straniere), 424 (Danneggiamento seguito da incendio), 435 (Fabbricazione e detenzione di materie esplodenti), 513 *bis* (Illecita concorrenza con minaccia e violenza), 575 (Omicidio), 600 (Riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù), 601 (Tratta di persone), 602 (Acquisto o alienazione di schiavi), 605 (Sequestro di persona), 610 (Violenza privata), 611 (Violenza o minaccia per costringere a commettere un reato), 612 (Minaccia), 628 (Rapina), 629 (Estorsione), 630 (Sequestro di persona a scopo di estorsione), 632 (Deviazione di acque e modificazione dello stato dei luoghi), 633 (Invasione di terreni ed edifici), 634 (Turbativa violenta del possesso di cose immobili), 635 (Danneggiamento), 636 (Introduzione o abbandono di animali nel fondo altrui e pascolo abusivo), 637 (Ingresso abusivo nel fondo altrui), 638 (Uccisione o danneggiamento di animali altrui), 640 *bis* (Truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche), 648-

bis (Riciclaggio), 648-*ter* (Impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita), 695, comma 1, (Fabbricazione o commercio non autorizzato di armi) 696 (Vendita ambulante di armi), 697 (Detenzione abusiva di armi), 698 (Omessa consegna di armi), 699 (Porto abusivo di armi) c.p.

(25) A. Cisterna, *Indagini coordinate da un unico organismo di vertice*, in *Guida dir.*, 2015, n. 11, 96, osserva che "La trasformazione della Dna in Direzione nazionale antimafia ed antiterrorismo e il conseguente riconoscimento al Pna delle funzioni di procuratore nazionale antimafia ed antiterrorismo vanno a coprire il cono d'ombra organizzativo e funzionale resosi manifesto subito dopo l'attribuzione alle procure distrettuali delle funzioni antiterrorismo".

(26) G. Amato, *Ampliati controllo e monitoraggio dei siti informatici*, in *Guida dir.*, 2015, n. 19, 89, il quale osserva che "La previsione assume particolare rilievo con riferimento ai reati di cui agli articoli 270-*quater*, 270-*quater*.1 e 270-*quinquies* del c.p., se e in quanto commessi con le modalità ed i mezzi sopra indicati".

(27) Sul punto cfr. anche A. Cisterna, *All'Aise l'attività di informazione verso l'estero*, in *Guida dir.*, 2015, n. 19, 96, il quale sottolinea che "È impellente l'esigenza di contenere l'operatività delle microcellule eversive che si costituiscono e addestrano valendosi delle connessioni con siti internet fondamentalistici, ma non si intende perché non si possano autorizzare da parte del procuratore distrettuale delle semplici intercettazioni telefoniche per prevenire reati di terrorismo

AGGRAVANTE DELLA FINALITA' DI TERRORISMO

Corbetta Stefano

[Cass. pen. Sez. I, 24 maggio 2011, n. 29480](#)

[D.L. 15-12-1979, n. 625, art. 1](#)

Sommario: [Il caso](#) - [La decisione](#) - [I precedenti](#) - [La dottrina](#)

Il caso

All'esito di giudizio abbreviato, il g.u.p. presso il Tribunale di Cagliari condannava l'imputato per il delitto continuato di cui agli artt. 61, n. 5 e n. 10, 342, 423 e 424, commi 1 e 2, 612 e 635, nonché *artt. 1, 2 e 4 l. n. 895 del 1967*, per avere commesso in concorso con altri, rimasti ignoti, molteplici reati di minaccia, danneggiamento, danneggiamento seguito da incendio, oltraggio a corpi politici, amministrativi e giudiziari, fabbricazione detenzione e porto di ordigni esplosivi, agendo quale ideatore e/o esecutore di una programmazione di atti ricondotta ad una sigla eversiva; il g.u.p., peraltro, non riteneva sussistente, per tutti gli episodi, la contestata aggravante della finalità di terrorismo di cui all' *art. 1 l. n. 15 del 1980*, mancando l'oggettiva idoneità delle azioni a creare grave danno ad un Paese o ad una organizzazione internazionale; per questi stessi motivi, il g.u.p. assolveva l'imputato dal delitto di cui all'*art. 280- bis* c.p. In parziale accoglimento dell'appello del p.m., la Corte di Appello di Cagliari riteneva sussistente l'aggravante *ex art. 1 l. n. 15 del 1980*, sul rilievo della presenza, in capo all'agente, del dolo specifico diretto verso l'auspicato

panico della popolazione. Nel ricorrere per cassazione, la difesa impugnava deduceva l'erronea applicazione della legge penale

La decisione

La Corte ha accolto il ricorso. La Cassazione ha preso le mosse dalla sentenza di primo grado, la quale aveva esattamente osservato la previsione dell'art. 270- *sexies* c.p. - introdotto dal [d.l. n. 144 del 2005](#), convertito dalla [l. n. 155 del 2005](#) - "ha inciso anche sulla latitudine applicativa dell'aggravante di cui alla [l. n. 15 del 1980](#)", nel senso che per la sussistenza dell'aggravante è necessario appurare "la idoneità della condotta ad intimidire la popolazione o ad ingenerare effetti riflessi nell'ordinamento istituzionale o ad esporre a pericolo le strutture di un Paese o di un organismo internazionale". In particolare, la Corte ha ripreso espressamente un precedente arresto (cfr. *infra*) considerata la ricostruzione della "finalità di terrorismo", in relazione al delitto di atto di terrorismo con ordigni micidiali o esplosivi, previsto dall'art. 280- *bis* c.p. aggravato ai sensi dell' *art. 1 l. n. 15 del 1980*, evidenziando, proprio alla stregua dei parametri indicati dall'art. 270- *sexies* c.p., "lo scopo di intimidazione della popolazione, insito nell'attentato, e la gravità del danno arrecato al Paese, in relazione alla turbativa dell'ordine democratico e costituzionale, comportata dalla messa in pericolo, anche mediante la mera collocazione dell'ordigno micidiale in una sede dell'ufficio politico-elettorale di un candidato al Parlamento della Repubblica, appena venti giorni prima delle votazioni". Orbene, se, come ritenuto anche dalla Corte d'appello, le azioni poste in essere dall'imputato erano bensì dimostrative ma non esprimevano alcuna attitudine realmente offensiva dei beni tutelati dalla norma, nessuna di esse essendo idonea a provocare un effetto intimidatorio della popolazione od a cagionare una reazione attiva dei pubblici poteri, avevano errato i giudici di secondo grado a ritenere sussistente l'aggravante sulla base della mera finalità dell'agente di destare panico nella popolazione. La sentenza è stata perciò annullata senza rinvio, nella parte in cui ha applicato l'aggravante in parola e rideterminato la pena in relazione all'aumento imposto dalla stessa aggravante.

I precedenti

In senso conforme cfr. Cass., Sez. I, 11 febbraio 2010, in *Ced Cass.* n. 246122, la quale, dopo aver affermato che la circostanza aggravante ad effetto speciale della finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale è configurabile anche con riferimento ad azioni dimostrative e non necessariamente cruento, ha ritenuto sussistente gli estremi del delitto *ex art. 280 bis* c.p., aggravato ai sensi dell' *art. 1 l. n. 15 del 1980*, nel fatto di aver collocato un ordigno micidiale sul davanzale di una finestra dell'ufficio elettorale di candidato alle elezioni per il rinnovo del Parlamento della Repubblica. Si veda anche [Cass., Sez. I, 27 maggio 2008, n. 25949](#), in questa *Rivista*, 2008, 1102, la quale ha escluso la sussistenza dell'aggravante in esame nel caso di fatti di devastazione commessi, in occasione della morte di un tifoso di calcio, da un gruppo di tifosi e concretatisi in

aggressioni violente alle forze di polizia, lancio di bombe carta, assalto a caserme e incendio di autobus della stessa polizia, danneggiamento indiscriminato di auto e moto in sosta, sul presupposto che in tali condotte, quantunque gravi, non è ravvisabile, in assenza di elementi di più adeguata strutturazione, la prospettiva teleologica ineludibile nella finalità medesima.

La dottrina

M. Laudi, voce *Terrorismo (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XLIV, 1992, 355 ss.; A. Peccioli, *Lotta agli attentati terroristici mediante ordigni esplosivi: le modifiche al codice penale*, in questa *Rivista*, 2005, 944 ss.; F.C. Palazzo, *La recente legislazione penale*, 1985, Padova, 170 ss.; L. Picotti, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli "elementi finalistici" delle fattispecie penali*, Milano, 1993; D. Spoliti, *Spunti sulla figura del delitto terroristico*, in *Giust. pen.*, 1980, 310 ss.; P.L. Vigna, *La finalità di terrorismo ed eversione*, Milano, 1981, 39 ss.

I reati associativi

ESTORSIONE “AMBIENTALE” E ART. 416-BIS.1 C.P. AL COSPETTO DEI MODELLI MAFIOSI ELABORATI DALLA GIURISPRUDENZA “Environmental” Extorsion and Art. 416-bis.1, Criminal Code. The Mafia-model Developed by the Case Law

Sommario >1. Premessa: uno scenario empirico complesso e la necessità di un riordino ermeneutico. — 2. I dati normativi di partenza (l'elemento “ambientale” nel delitto di cui all'art. 629 c.p. e l'aggravante ex art. 416-bis.1 c.p.) e primi cenni sull'accertamento del fatto — 3. Le fattispecie al cospetto della realtà criminologica. — 3.1. Le forme estorsive. — 3.2. Le forme del metodo. — 3.2.1. L'importanza (probatoria) dello “sfondo mafioso” nella vicenda estorsiva. — 3.2.2. Il concetto di mafia tradizionale: metodo statico e metodo dinamico. — 3.2.3. Oltre il concetto di mafia tradizionale: gli altri paradigmi. — 4. Declinare l'estorsione ambientale in base alle diverse realtà criminologiche. — 5. Gli insufficienti contenuti normativi dell'aggravante e sua possibile interpretazione. — 6. Conclusioni: tra ermeneutica penale, statuto della prova e principi di garanzia.

Il metodo mafioso è un concetto normativo di per sé mobile. Le (oggi palesi) trasmutazioni dei modelli associativi mafiosi – registrate, nelle loro forme evolutive ma anche regressive, dagli studiosi di varie branche come dalla giurisprudenza, all'interno di un rapporto inferenziale – impongono un ripensamento ermeneutico di tutte quelle norme che si fondano proprio su un tale concetto. L'attenzione deve essere in particolare rivolta alla c.d. “aggravante mafiosa” di cui all'art. 7 d.l. n. 152/1991 (oggi contenuta nell'art. 416-bis.1 c.p.) nella sua declinazione del metodo: la quale,

presa a prestito dal delitto di estorsione, va a comporre la peculiare figura denominata “estorsione ambientale”.

1. PREMESSA: UNO SCENARIO EMPIRICO COMPLESSO E LA NECESSITÀ DI UN RIORDINO ERMENEUTICO

È noto agli operatori del diritto che in quelle aree del Paese definite “a tradizionale radicamento mafioso” (1) la contestazione della fattispecie di estorsione di cui all'art. 629 c.p. è spesso accompagnata – in presenza di taluni fattori “ambientali”, attinenti appunto il contesto mafioso entro cui la vicenda delittuosa si svolge, che caratterizzano l'elemento costitutivo della minaccia (2) (spesso implicita) – da una congerie di aggravanti dal notevole peso specifico (3). In questa sede, ci si deve rivolgere a quella di cui all'art. 7, d.l. n. 152/1991 (conv. in l. n. 203/1991), oggi trasfusa (4) nell'art. 416-bis.1 c.p. (significativamente rubricato “Circostanze aggravanti e attenuanti per reati connessi ad attività mafiose”) e d'ora innanzi così indicata, che prevede le aggravanti del “metodo mafioso” e della “agevolazione mafiosa”. Ragionando in termini di law in action, lo schema di applicazione dell'art. 416-bis.1 alla condotta estorsiva appare consolidato. Anzitutto, la prassi giudiziaria evidenzia che tutte le volte in cui gli estorsori siano partecipi della (o anche solo contigui alla) associazione mafiosa, pressoché invariabilmente si integra tanto il reato-fine – che però nella nostra prospettiva va inteso soprattutto come reato-base (l'art. 629) – tanto l'aggravante citata, che può venire in essere sia sotto il profilo del metodo, sia sotto quello della finalità: il metodo utilizzato dal reo nel suo agere criminoso è, infatti, quello tipico dell'associazione mafiosa, mentre la finalità è quella di agevolare l'associazione stessa. Sempre osservando i moduli di applicazione giudiziale, si nota altresì che nelle aree ad alta densità mafiosa la configurazione dell'aggravante risulta comunque, sotto l'aspetto probatorio, agevolata: nel senso che se anche gli estorsori non partecipano ad una (recte: alla) associazione mafiosa presente sul territorio, su quel territorio, neppure in veste di concorrenti esterni, le loro condotte attraggono più facilmente, in sede di qualificazione giuridica del fatto, elementi “ambientali” capaci di integrare l'aggravante de quo. Come infatti può immaginarsi, la vittima dell'estorsione subisce – in misura comparabile a poche altre fattispecie delittuose – l'influsso dell'ambiente criminale circostante: e se questo è tradizionalmente mafioso, allora più agevole sarà in giudizio reputare come “mafiosi” i metodi delinquenziali del reo e spiegare, sotto l'aspetto causale, la dazione o la promessa della vittima coartata nel suo volere.

Questo schema prasseologico, che si impernia sul concetto di metodo mafioso e sulle connesse applicazioni giurisprudenziali, necessita – se è vero che l'interpretazione degli elementi costitutivi di una fattispecie si muove sul binario della realtà criminologica sottesa (5) – di essere riconsiderato alla luce di nuovi aspetti.

In prima battuta, occorre evidenziare che il modello fino a poco tempo fa unitario, granitico e perciò idealtipico di associazione mafiosa, quello a cui si è sempre pensato a partire dal 1982, momento d'apparizione del 416-bis (6), è tramontato (7). Da qualche anno, e in gran quantità, si susseguono studi (di natura tanto giuridica quanto socio-criminologica) incentrati sui nuovi modelli di “mafia” enucleati dalla stessa giurisprudenza (8): mafie straniere impiantate in Italia, mafie del Sud che esportano proprie cellule operative al Nord, mafie politico-amministrative, mafia autoctone; ma anche, mafie “silenti” e persino mafie “inattive” (9). Se così, come una conferenza sformata sposta il suo centro, la diversa natura dell'associazione si riflette parimenti sul metodo mafioso utilizzato dai singoli (10); conseguentemente, nelle tante pieghe dell'interpretazione dei reati-fine. Da un quadro così complesso discendono approfondimenti sulle singole questioni che, alla ricerca di un riordino ermeneutico, verranno legate tra loro seguendo un preciso filo conduttore: appurato come le fattispecie principali oggetto dell'indagine (estorsione e aggravante mafiosa) interagiscono nella realtà empirico-criminologica, ci si concentrerà sulla ragione stessa di questo studio, ovvero sia il metodo mafioso e le sue evoluzioni sul (parallelo) terreno giuridico; si potrà così, in ultimo, riflettere sui confini esegetico-applicativi della fattispecie di estorsione ambientale.

2. I DATI NORMATIVI DI PARTENZA (L'ELEMENTO “AMBIENTALE” NEL DELITTO DI CUI ALL'ART. 629 E L'AGGRAVANTE EX ART. 416-BIS.1 C.P.) E PRIMI CENNI SULL'ACCERTAMENTO DEL FATTO

L'estorsione è, come noto, uno dei principali delitti a cooperazione con la vittima (11), e si configura allorquando il reo, mediante violenza o minaccia, costringendo taluno a fare o ad omettere qualche cosa, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno. Sicché, nel suo aspetto strutturale, la fattispecie di cui all'art. 629 c.p. si caratterizza, da un lato, per il sussistere di una situazione di metus, tale per cui la vittima avverta la propria posizione di soggezione e sulla base di questa si decida a fare od omettere qualcosa; dall'altro, dal margine di scelta comunque concesso, tradizionalmente condensato nel brocardo *tamen coactus sed voluit* (12). Ciò distingue il delitto da quello, contiguo, di rapina (che pure contempla gli stessi elementi costitutivi della violenza e minaccia), in cui la coartazione della volontà è assoluta e i margini di scelta della vittima sono azzerati: tanto che la dottrina correttamente afferma che la condotta estorsiva, a ben riflettere, non può che risolversi in una minaccia, «e precisamente in una ipotesi particolarmente efficace di minaccia» (13). Su quest'ultima affermazione corre il crinale della fattispecie estorsiva ambientale, considerata in sé, dalla più attenta dottrina, figura *extra legem* (14). Difatti, la minaccia è sì prospettazione di male ingiusto, ma può realizzarsi in molte forme: in particolare, può consistere in una minaccia implicita, larvata, indeterminata, perciò incompiuta, e pure efficace, tale cioè da indurre la vittima ad un comportamento

attivo o passivo per lui dannoso, cui consegua un ingiusto vantaggio per il reo; come si dirà meglio nel prosieguo, anche una richiesta in sé lecita, o addirittura un legittimo comportamento omissivo, possono, in presenza di alcuni fattori situazionali, integrare il reato di estorsione. Accomodatasi in questo ordine di idee, la giurisprudenza da lungo tempo oramai considera la fattispecie «avuto riguardo alle circostanze ambientali» (15); le quali, se è vero che influiscono sul procedimento di applicazione giudiziale del requisito della minaccia, permettono di colorare d'illecito un elemento fattuale in sé neutro (ad es. un'omissione, slegata da qualsivoglia obbligo giuridico d'azione) (16), che diviene così un legittimo requisito della condotta di cui all'art. 629 (17).

All'interno di questo quadro, spicca quindi l'estorsione ambientale che subdolamente viene perpetrata in un contesto mafioso (18). Nel largo panorama penalistico di nostro interesse, questa assume importanza per varie ragioni, collocate su due diversi piani. Sotto l'aspetto criminologico, perché l'estorsione è l'attività principale di un clan mafioso: «Non c'è mafia che non eserciti l'estorsione come propria attività originaria e ordinaria. Le persone respirano, la mafia estorce» (19). In secondo luogo, perché sotto l'aspetto normativo dell'integrarsi della fattispecie «il racket contiene per intero, al proprio interno e nel suo esercizio, tutte le componenti della fenomenologia mafiosa» (20). In altri termini, la vicenda estorsiva di tipo “ambientale” è il proscenio ideale per osservare l'ampio spettro delle dinamiche del metodo mafioso. D'altronde, basta considerare i tre segmenti morfologici di cui è composto l'art. 416-bis c.p.: l'intimidazione, l'assoggettamento e l'omertà sono condizioni di fatto che permettono l'esplicarsi di comportamenti omissivi o neutri, comunque obliqui, indecifrabili o apparentemente senza significato. I contesti mafiosi sono segnati dalla presenza (del clan, del boss, del gregario), più che da attive condotte.

Appare dunque chiaro che, se a sfondo mafioso, l'estorsione ambientale non può che essere connessa con la figura aggravante di cui all'art. 416-bis.1 c.p.; la quale assume una vasta portata, pur essendo particolarmente asciutta nella sua formulazione letterale (21): prevede infatti l'aumento della pena da un terzo alla metà per i delitti punibili con pena diversa dall'ergastolo (22) commessi «avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-bis del codice penale, ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo». Due sono le condizioni richiamate (l'utilizzo del metodo mafioso e la finalità dell'agevolazione mafiosa) e chiara appare la differente natura di ciascuna condizione delittuosa: nell'un caso il soggetto deve oggettivamente avvalersi del metodo mafioso, nell'altro la modalità dell'azione deve essere rivolta in senso teleologico all'agevolazione dell'attività dell'associazione mafiosa (23).

A noi interessa la prima species di aggravante, che viceversa postula la possibile scissione della struttura associativa dal metodo mafioso. Essa si condensa – fatta salva l'interpretazione che si fornirà appresso – nella commissione di un fatto per mezzo di una coartazione psicologica che, in concreto, produce un risultato qualitativamente pari a quello che produrrebbe l'intimidazione mafiosa descritta all'art. 416-bis. Il metodo di cui all'articolo seguente potrebbe essere connesso a fatti non inquadrabili nel contesto associativo (24); una scissione che tuttavia, sul piano interpretativo, non è agevole da cogliere. Infatti l'interprete, in assenza di indicazioni testuali di segno opposto, non può che rimanere ancorato all'unica definizione di metodo mafioso che l'ordinamento contempla: quella appunto contenuta nell'art. 416-bis c.p. Cosicché, avvalersi del metodo mafioso vuol dire avvalersi «della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva» (25), essendo i tre concetti su cui poggia il reato associativo gli stessi su cui si fonda l'aggravante de qua. Ne discendono importanti conseguenze sul piano probatorio: in particolare, se dal caso concreto emerge anche la figura associativa, chiaramente l'accertamento di questa – e dunque del suo nucleo metodologico – si riflette sull'accertamento della circostanza di cui all'art. 416-bis.1 c.p. Volendo, stante l'impalcatura normativa delle due figure, che oggi peraltro vengono affiancate nella topografia del codice, potrebbe dirsi che per mezzo dell'associazione si prova il metodo e il relativo tipo circostanziale (26).

Insomma, oggi lo schema applicativo – per pacifica giurisprudenza – appare così consolidato: il metodo mafioso (quale circostanza aggravante) può essere addebitato tanto come connotato di struttura della fattispecie associativa e dei suoi delitti-fine, tanto come modalità di esecuzione di un delitto che, in concreto, nulla c'entra con l'associazione mafiosa, conseguendone che i soggetti attivi dei delitti aggravati dal metodo mafioso potrebbero essere sia gli intranei al sodalizio, sia coloro che non ne fanno parte, neppure a titolo di concorrenti esterni. Eppure, questa astratta autonomia va sempre calata in un contesto pratico-giudiziario in cui non soltanto la formale appartenenza o contiguità alla mafia (e quindi, un elemento normativo), ma altresì l'ambientazione del fatto in un'area tradizionalmente mafiosa (e quindi, un elemento sociale) permette la facile coltivazione, in sede di giudizio, dell'aggravante di cui all'art. 416-bis.1. Per intenderci, nel contesto in cui è perpetrato il reato, un'associazione mafiosa deve esserci, deve esserci stata o deve essere efficacemente evocata lasciandone intravedere l'esistenza: è un tale contesto che può dirsi “a sfondo mafioso”. Ecco dunque che, se si volesse utilizzare un'immagine efficace, potremmo dire che la configurazione della fattispecie aggravatrice subisce un doppio influsso: normativo, se è vero che, per intuitive ragioni strutturali, integrare il delitto di associazione mafiosa vuol dire, come abbiamo visto, integrare parimenti la relativa circostanza; sociale,

giacché anche in assenza dell'imputazione associativa, un “contesto” mafioso è in grado di condensare il medesimo precetto circostanziale, in specie se collegato a delitti tipici della criminalità organizzata. Si tratta di una doppia inferenza, che si determina su due lati opposti (27). Orbene, quello appena tracciato è un modello di prassi da ritenersi plausibile sul piano epistemologico; eppure, a nostro avviso esso oggi dovrebbe fare i conti con i diversi modelli – e metodi – mafiosi proliferati sul terreno criminologico, con i quali, d'altro canto, la stessa giurisprudenza si sta confrontando. Tale schema va cioè volturato tanto alla luce dei casi in cui l'associazione mafiosa sia di tipo “tradizionale” e sia ancora operativa sul territorio, tanto dei casi in cui l'associazione risponda a morfologie differenti da quelle tradizionali, o – caso qualitativamente diverso dai primi due, e meritevole di autonoma considerazione – non sia più operativa. A rigore, siccome l'aggravante si integra sempre allo stesso modo (e cioè, come per ogni precetto penale, in presenza dei suoi elementi costitutivi) e indipendentemente dall'associazione, parrebbe irrilevante verificare a quale tipologia risponda il sodalizio mafioso i cui membri pongono in essere l'attività delittuosa, e se tale sodalizio vi sia. Ma, ad una più attenta osservazione, la questione irrilevante non è: oltre al fatto che, come abbiamo accennato, sul piano processuale e quindi probatorio è di fondamentale importanza capire se l'associazione mafiosa vi sia o meno (28), l'analisi empirica del modello mafioso sottostante è dirimente per capire come possa incidere il contesto nell'interpretazione dell'art. 629, dati certi presupposti ambientali. In questo caso, insomma, la minaccia quale requisito del reato subisce un processo ermeneutico del tutto diverso, anche sotto l'aspetto dell'integrazione delle norme. E questo perché, se è lo “sfondo mafioso” a permettere (recte: a giustificare) la configurazione dell'estorsione anche senza una esplicita minaccia, ciò si traduce inevitabilmente, nella crittografia penalistica, nell'aggravio dell'art. 629 c.p. per mezzo della circostanza ex art. 416-bis.1, quella appunto del metodo mafioso. Da ciò discende un binomio difficilmente infrangibile, tra la species estorsiva ambientale e tale aggravante: l'una può essere composta solo per mezzo dell'altra, che ne è necessario completamento sotto l'aspetto strutturale.

3. LE FATTISPECIE AL COSPETTO DELLA REALTÀ CRIMINOLOGICA

3.1. Le forme estorsive

È utile – per non rimanere su un piano astratto, ed anche per meglio comprendere la potenziale erosione della tipicità della fattispecie estorsiva ambientale, e dunque il senso profondo di questo studio – definire per cenni un affresco casistico delle forme estorsive ambientali; con la precisazione, però, che esso intanto deve essere riferito a contesti mafiosi “tradizionali”, ricettacolo privilegiato del problema ambientale (e quindi starting point della nostra analisi), mentre alle “nuove” morfologie mafiose saranno dedicate le riflessioni che seguiranno. La prima e più rilevante forma di

estorsione ambientale è quella che potremmo definire dell'evocazione (29). In questo caso l'estorsore, al fine di indurre il soggetto passivo a fare o ad omettere qualche cosa per conseguire un indebito vantaggio, non si serve della minaccia esplicita, ma afferma un dato di fatto in funzione evocativa: ad es. la provenienza da un certo comune ad alta densità mafiosa, l'amicizia con noti esponenti malavitosi, i propri trascorsi delinquenziali o finanche la permanenza in carcere. Sono affermazioni che, limitandosi appunto a definire un fatto, in sé non contengono alcuna prospettazione di un male ingiusto, ma rivestono, se complessivamente lette come conchiusse all'interno di una data cornice situazionale, una ben specifica funzione: far presente all'interlocutore (30) la propria pericolosità (recte: la riflessa pericolosità dell'associazione), e spingerlo così a considerare l'opportunità di aderire alla sua richiesta. Non è importante che quanto si afferma sia reale o soltanto millantato, purché produca nel soggetto il medesimo effetto (voluta dall'estorsore): valutare sotto una diversa luce la richiesta avanzata (31).

Se poi questi dati di fatto sono comunemente noti (ad es. è nota la caratura criminale del soggetto), l'evocazione espressa (da non confondere con la minaccia espressa) può non essere necessaria per indurre la vittima ad addivenire alle richieste. Potrebbe bastare un semplice gesto, oppure pronunciare qualche parola, il tutto apparentemente slegato da un qualsiasi intento intimidatorio. D'altronde, la minaccia mafiosa può ben definirsi come quel messaggio informale in grado di essere decrittato solo da una cerchia di destinatari perché inseriti in una sfera sociale fortemente segnata dalla presenza del sodalizio, in cui la paura della mafia è una paura "socializzata": essa è, dunque, normalmente implicita, poiché non vi sarebbe alcun bisogno di esteriorizzarla (32).

Ancora: anziché avanzare una richiesta, l'estorsore potrebbe anche proporre uno scambio di prestazioni, all'interno di una logica di *do ut des*. Non chiedere, ma prospettare all'interlocutore, in cambio di una utilità periodica, una forma di protezione dal rischio di (altre) richieste estorsive, di danneggiamenti o di altre eventualità collegabili a condotte predatorie. A condizione che il *pactum* sia avanzato da chi, per caratura criminale o per collegamenti con la malavita, appaia in grado di fornire un tale servizio, il profilo intimidatorio si scorge qui nello stesso contenuto della proposta: sempre in ragione degli stessi fattori ambientali, può infatti apparire chiaro alla vittima che quei rischi che gli si propone di azzerare a fronte di un corrispettivo possono concretizzarsi per mano del suo proponente e dall'associazione cui appartiene, in caso di rifiuto (33). Queste veloci istantanee sono utili ad evidenziare la principale questione giuridica che sta sullo sfondo di questo lavoro. È infatti bastato considerare i due – qualitativamente diversi – casi ricorrenti nei territori delle mafie tradizionali (potremmo dire, più genericamente: nei territori ad alta densità mafiosa), dell'evocazione e della protezione (34), per comprendere con nitidezza che il principale

problema penalistico in cui si è incorsi è l'erosione della tipicità, lo sgranamento cioè dei contorni esatti del tipo legale, se è vero che in nessuna delle ipotesi descritte verrebbe formalmente ad integrarsi il requisito prescritto dall'art. 629 c.p. della violenza o della minaccia. Si tratta di una questione assiologica di primaria importanza – la potenziale violazione del *nullum crimen sine lege poenali stricta* – che verrà ripresa in sede conclusiva e che intanto andava qui accennata assieme al suo inseparabile dato empirico-giudiziario: come già detto, solo per mezzo di un'analisi attenta del contesto – dell'ambiente – in cui il fatto si svolge, e delle relazioni che intercorrono tra i due interlocutori nel caso concreto, si può pervenire ad una valutazione (giudiziale) circa la rilevanza penalistica di condotte che riescono, per questa via, a trasfigurarsi in minacce implicite.

Tenendo a mente la casistica illustrata, ed emersa la necessità di procedere ad una operazione di riordino ermeneutico che sappia confrontarsi con la modernità empirica (35), veniamo dunque al cuore dell'indagine che si propone: alle molte forme in cui può scandirsi il metodo mafioso, che dal piano empirico-criminologico in cui esse naturalmente si collocano vanno poi tradotte su quello giuridico. Da queste forme, per il già osservato meccanismo di inferenza contenuto nella relativa circostanza aggravante (da un lato, con l'art. 416-bis; dall'altro, con l'art. 629), transita l'esatta portata applicativa dell'estorsione ambientale nei diversi scenari criminologici.

3.2. Le forme del metodo

3.2.1. L'importanza (probatoria) dello “sfondo mafioso” nella vicenda estorsiva

Si è detto che il metodo può appartenere alla condotta del partecipe all'associazione mafiosa – e in questo caso gli appartiene giocoforza (36) – al pari di quella di colui che ne è estraneo: siamo innanzi ad un'aggravante che, anche se collocata in un contesto mafioso, non presuppone necessariamente siffatta “appartenenza”. Ma che si versi nell'uno o nell'altro caso, non è indifferente sul piano probatorio.

È stato in parte anticipato che nei processi per fatti di mafia, soprattutto nei territori delle mafie “storiche”, il fuoco del dibattito segue talune prassi consolidate, incentrandosi, più che sull'associazione, sulla (più articolata) prova (37) dei reati-fine (38). Se poi, come spesso accade, gli imputati sono già stati giudizialmente riconosciuti come appartenenti ad una associazione mafiosa, anche in un risalente passato, il problema probatorio attinente l'esistenza dell'associazione e l'appartenenza dell'imputato alla stessa viene perlomeno semplificato (39). D'altro canto, gli strumenti processuali lo consentono: basti pensare all'art. 238-bis c.p.p., secondo cui «le sentenze divenute irrevocabili possono essere acquisite ai fini della prova del fatto in esse accertato e sono valutate a norma degli articoli 187 e 192, comma 3» (40).

Appare così in tutta la sua importanza, ai nostri fini, la questione dell'esistenza di una mafia sullo sfondo della vicenda estorsiva: giacché – sebbene nelle forme semplificate di cui appena sopra si è detto – per mezzo dell'associazione si prova il metodo (l'associato opera, specie nel compimento di atti predatori, con il metodo proprio del sodalizio: e la giurisprudenza, come si è visto, non rileva problemi di *ne bis in idem* nell'affiancare i diversi titoli: il reato associativo e la circostanza aggravante), e per il metodo viene a configurarsi l'estorsione ambientale (perché tale tipologia estorsiva, nella sua *species* mafiosa, non può essere sfornita del relativo metodo). Viceversa, in assenza di un sodalizio mafioso da collegarsi all'estorsione, la prova del metodo (recte: la sussistenza dell'aggravante ex art. 416-bis.1) soggiace in maniera più rigorosa agli ordinari criteri di verifica giudiziale: in particolare, la figura aggravatrice sarà certamente più difficile da accertare se la vicenda delittuosa principale si snoda lontana da aree caratterizzate dalla presenza mafiosa; molto più agevole (41), invece, sarà raggiungere tale prova se la vicenda comunque sconta l'influsso di un contorno mafioso (42).

3.2.2. Il concetto di mafia tradizionale: metodo statico e metodo dinamico

Veniamo all'ipotesi-madre, quella in cui una mafia vi sia e l'estorsione risulti – giuridicamente e funzionalmente – attratta nella sua orbita. Lo si ripete: oggi appare dirimente capire quale sia il modello mafioso che sorregge l'attività delittuosa: in tanto l'estorsione ambientale può ritenersi configurabile in quanto vi sia un metodo mafioso sufficientemente prossimo a quello esercitato dalle mafie tradizionali. Il paradigma di riferimento è ovviamente quello di mafia tradizionale, al quale i compilatori dell'art. 416-bis guardavano per collegare al dato normativo il dato sociologico. Sul quale appare quasi inutile soffermarsi, essendo i caratteri del predicato mafioso ben noti: la capacità di arricchimento sistematico, l'esercizio delle attività regolative e di governo della vita economico-sociale di un'area, l'intermediazione e l'inserimento parassitario tra gli strati della popolazione, la permeabilità dei pubblici poteri, e – soprattutto – l'atteggiarsi del sodalizio mafioso come potere politico totalitario, nel senso che esso non ammette un diverso o un altrui esercizio di potestà (43). È dentro questi caratteri che si condensa la forza intimidatrice che scaturisce dalla compagine associativa, tale da far derivare, all'interno delle comunità in cui insiste una tale consorteria tradizionale, condizioni di omertà e assoggettamento. Viene così a comporsi, sull'ordito delle osservazioni sociologiche, il dato normativo di cui all'art. 416-bis.

In questa ipotesi, non è posto alcun problema di definizione del metodo mafioso: come abbiamo visto attraversando il quadro casistico delle forme estorsive (44), l'intimidazione e l'assoggettamento nei confronti della popolazione può derivare dalla sola presenza del sodalizio sul territorio e dalla fama criminale che il gruppo ha generato per mezzo di un pregresso e continuato utilizzo della violenza (45). Non è

pertanto necessario per il sodale che voglia compiere un'attività illecita varcare le formali soglie della minaccia, giacché la rappresentazione di un male ingiusto avviene nella psiche della vittima del reato in ragione di condotte molto meno significative sul piano normativo. Il sodalizio mafioso, per il sol fatto di essere tale, «già è pervenuto al superamento della soglia minima che consente di utilizzare la forza intimidatrice soltanto sulla base del vincolo e del suo manifestarsi» (46).

Ciò però non vuol dire che lo sfruttamento del metodo per la realizzazione di un delitto-fine dell'associazione mafiosa tradizionale precluda di per sé l'utilizzo di condotte esplicitamente intimidenti: si può avere, a fortiori, un metodo mafioso in presenza di minacce esplicite o di atti violenti, contemporanei o precedenti alla condotta delittuosa (47). Possiamo allora parlare, per procedere più agevolmente nel ragionamento, di metodo statico e di metodo dinamico, a seconda che vi sia o meno nella condotta intimidatrice il requisito della violenza o della minaccia esplicita; e dire, altresì, che nella mafia tradizionale si sfrutta ordinariamente il metodo statico, sebbene non possa escludersi un utilizzo “dosato” della violenza, ovvero sia del metodo dinamico (48). Facendo interagire questi concetti con il nostro tema d'indagine, potremmo affermare che l'estorsione ambientale è ontologicamente incompatibile con un metodo mafioso dinamico, giacché il requisito della violenza o della minaccia espressa non attiva l'influsso dell'ambiente circostante sull'atteggiamento acquiescente della vittima (nel senso che l'espressa minaccia mafiosa è più che sufficiente a determinarla); cosicché, è necessario ricercare in quali, tra gli altri modelli mafiosi emersi sul piano empirico-criminologico, può esplicarsi efficacemente un metodo statico.

Per questa via, giungiamo all'analisi dei modelli mafiosi diversi da quello tradizionale, sulla cui disamina questa indagine si impernia.

3.2.3. Oltre il concetto di mafia tradizionale: gli altri paradigmi

L'ultimo paradigma in ordine di tempo ad essere stato enucleato dalla giurisprudenza (49) è quello delle mafie politico-amministrative (50). Invero, le molte critiche che ha sollevato una siffatta elaborazione idealtipica di mafia riguardano proprio il metodo criminale adottato, allorché si postuli l'inconciliabilità tra metodologia corruttiva, di cui questi gruppi si servono in prevalenza per realizzare i propri fini, e metodologia mafiosa; mentre l'esercizio plateale e comunque non equivoco dell'intimidazione (e quindi, del metodo dinamico), in un tale contesto, trova riscontri solo marginali ed episodici (51). Il modello poggia, in effetti, su fragili basi teoriche: la corruzione è essenzialmente approccio relazionale di carattere paritario, e si colloca pertanto agli antipodi rispetto alla soggezione mafiosa (52). Ma, come rilevato, vi sono orientamenti giurisprudenziali che ammettono la possibilità di applicarvi l'art. 416-bis, e tanto basta ad includere questo modello tra quelli mafiosi diversi dai sodalizi tradizionali.

Alcuni punti di contatto sussistono tra le mafie politico-amministrative e le mafie autoctone (53). Si tratta di organizzazioni criminali di recente emersione anche poco consistenti da un punto di vista numerico (54), che, pur non presentando alcun legame con i sodalizi mafiosi “storici” ed eleggendo a propria area operativa un territorio che non risulta tra quelli a tradizionale radicamento mafioso, vengono comunque qualificate come tali sulla scorta e agli effetti del 416-bis, in ragione di un prolungato e sistematico utilizzo della violenza o della fama criminale di cui gode uno o più vertici dell'associazione (magari derivante da pregresse esperienze associative), cui consegue una particolare forma di penetrazione nel territorio.

Il metodo delle mafie autoctone è un metodo senz'altro criminale, che – sul piano giuridico – diviene mafioso per relationem, nella misura in cui il sodalizio viene normativamente qualificato come tale. Ma si tratta di mafie che, senza una esperienza duratura di soggiogamento alle spalle, almeno tale da infondere nella comunità di riferimento ed in maniera diffusa gli elementi dell'omertà e dell'assoggettamento, utilizzano un metodo mafioso dinamico, non statico (55). Il riferimento sociologico più utile e illustrativo sul tema lo si rinviene nel pensiero di Lupsha, che individua tre stadi di affermazione del crimine mafioso: lo stadio predatorio, in cui il mafioso, per imporre condizioni di assoggettamento, è costretto ad utilizzare in maniera indiscriminata e costante la violenza; lo stadio corruttivo, in cui si infiltrano i poteri pubblici costituiti; ed infine lo stadio simbiotico, in cui l'ente mafioso viene visto oramai come parte integrante del contesto sociale, come elemento “utile” di governo dell'economia e della società (56). Ebbene, dovessimo prendere spunto da questa scansione logico-formale, potremmo dire che le mafie autoctone sono quelle che, per ragioni spazio-temporali, si attestano al primo stadio evolutivo (57). Pertanto, in questo caso, il metodo mafioso non può che essere accompagnato dalla violenza o dalla minaccia espressa; ed entrambi, come abbiamo visto, sono elementi incompatibili con i congegni di condotta affiancati al delitto estorsivo di natura ambientale.

Un altro modello, estremamente interessante ai nostri fini, è quello delle mafie al Nord, al quale può essere concettualmente assimilato quello delle mafie straniere impiantate in Italia (58). Si tratta di mafie importate, dovendosi presupporre una diretta derivazione dalla mafia tradizionale (italiana o straniera) ed una piena operatività del sodalizio nel luogo di impianto. E come il sodalizio, così viene importato anche il metodo; che, dunque, non dovrebbe differire da quello utilizzato nelle aree d'origine (59).

Ma tale ultimo prototipo incontra una limitazione sostanziale: mentre l'associazione mafiosa tradizionale, come abbiamo visto, persegue per mezzo del metodo un controllo “totalitario”, del territorio e delle attività economiche (e criminali) che vi si

svolgono, le mafie importate sono costrette a perseguire un controllo "selettivo". Infatti, il metodo mafioso nel suo completo dispiegarsi individua un quadrato "ambientale": uno spazio in cui tutti i partecipi della collettività – sia gli operatori economici, sia il resto della cittadinanza – sanno della presenza del sodalizio, conoscono l'esistenza delle regole informali mafiose e con queste si confrontano, perché vivono all'interno di un ordinamento informale mafioso (60). Conseguentemente, nel contesto di una mafia importata, il metodo mafioso "originario", per così dire, in particolare quello che abbiamo definito statico (che non si serve di violenza o minaccia espressa) può trovare presa soltanto su di una specifica cerchia di soggetti (spesso corregionali; oppure, addirittura, tra gli stessi malavitosi, che possono comprendere meglio il significato dell'appartenenza ad una organizzazione mafiosa, fosse anche di lontane origini) (61) e sulle occasioni di profitto che si rinvergono all'interno di questa ristretta sfera sociale; al di fuori di tale cerchia, resta sempre possibile l'esercizio del metodo, ma nella sua esclusiva forma dinamica (62). Si può ipotizzare, certo, un utilizzo generalizzato del metodo mafioso (63), e cioè rispetto ad interi comprensori e non solo a sue fette, nel caso in cui la fama criminale del sodalizio sia oramai tanto radicata da poter ricreare esattamente le stesse condizioni di assoggettamento dei luoghi d'origine: ma ciò significherebbe postulare la configurazione di un modello tradizionale, e varrebbero dunque le considerazioni che si sono sopra avanzate. Peraltro, a ben vedere, anche le mafie politico-amministrative e quelle autoctone – sempre tenendo a mente i rilievi critici che suscita la loro conduzione sotto l'ombrello del 416-bis – sono ristrette ad un controllo "selettivo" e non certo "totalitario": le prime, anziché un territorio, riescono a controllare, per mezzo di un metodo essenzialmente corruttivo, un certo settore economico, una data area di interessi affaristici ai confini tra pubblico e privato; le seconde, di regola per mezzo di violenza o minaccia espressa, possono anche perseguire un controllo totalitario ma senza alcuna pretesa dimensionale: in aree compresse, spesso una sola municipalità. Anche questi modelli, allora, esprimono un controllo "selettivo", ed è pertanto questo tratto diminutivo a caratterizzarli in varia misura, rispetto al prototipo mafioso tradizionale.

Poi, accanto all'evoluzione delle analisi sui modelli mafiosi, si deve dare conto di un'ulteriore situazione empirico-criminologica, che comincia ad interessare le corti territoriali di quelle aree del Paese a tradizionale radicamento mafioso; le quali, nondimeno, hanno visto via via ritrarsi l'opprimente presenza mafiosa sul territorio (durata anni o addirittura decenni). È una situazione che possiamo legare alla categoria di mafie inattive. Alcuni recenti studi, corroborati da numerose fonti investigativo-giudiziarie e da inequivocabili dati statistici, hanno messo in luce come quella che un tempo in Puglia (e in special modo nel Salento) era definita la "quarta mafia", negli anni Novanta accostata a parità di grado a Cosa Nostra, 'Ndrangheta e

Camorra, sia stata – dopo la dura risposta repressiva dello Stato e le condanne inflitte nei maxi-processi – definitivamente disarticolata: la Sacra corona unita «è stata sconfitta e, da anni, come organizzazione unitaria e gerarchizzata, non esiste più» (64). Per il vero, impostare la questione in termini ontologici – in termini cioè di esistenza o meno della mafia salentina (65) – è in questa sede metodologicamente scorretto. Perché da un lato, al giurista interessa se una compagine mafiosa di tipo tradizionale sia ancora operativa, ed operi, appunto, per mezzo del suo metodo: abbia ancora, cioè, capacità di intimidazione, riuscendo a generare quelle situazioni di omertà e di assoggettamento contemplate nell'art. 416-bis, e su tali basi sia in grado di realizzare i reati-fine. Dall'altro, la prospettiva criminologica è più attenta al dato empirico, e su questo piano i fenomeni mafiosi lasciano tracce durature nella sensibilità collettiva: essi permangono anche a seguito della sconfitta, o comunque del venir meno di una mafia. Ecco perché, collocandoci in questo ordine di idee e coniugate le due prospettive, è più opportuno parlare – riferendoci alla Sacra corona unita – di mafia inattiva. Anche per queste ragioni, non si vuol certo dire che nell'area salentina un tempo comprensorio mafioso siano cessate le attività delinquenziali, né che il plumbeo passato mafioso non continui a pesare nelle dinamiche delittuose; tutt'altro. Una mafia, come detto, non può scomparire improvvisamente: i riverberi di quel fenomeno si propagano nella realtà sociale per molto tempo ancora. È dunque nei luoghi che hanno subito la presenza mafiosa in cui, più che altrove, si condensa l'ipotesi «che un'organizzazione mafiosa arrivi a sgretolarsi, trasformandosi quindi non in un'altra organizzazione ma nelle proprie briciole» (66). Proprio questo trasformarsi “nelle proprie briciole” – quanto esattamente accaduto nel Salento, un tempo a controllo sacrista (67) – è ciò che complica notevolmente l'intelligibilità giuridica di molte vicende delittuose. Le evidenze giudiziarie dimostrano che, ad esercitare una ripetuta attività di evocazione, in particolare nel compimento di attività predatorie di tipo estorsivo, sono gli stessi soggetti malavitosi oggi in circolazione (soggetti, in alcuni casi, un tempo partecipi di clan mafiosi effettivamente operativi), al fine di godere di una maggiore carica di intimidazione nei confronti delle loro vittime. Poco importa se i legami mafiosi siano, o siano stati, veri, presunti o semplicemente millantati: l'effetto che si ricerca è il richiamo a forme intimidatorie che, fino a dieci o quindici anni fa, trovavano precisi riscontri empirici nell'atteggiamento acquiescente delle comunità locali piagate dalla presenza soffocante della Sacra corona unita. Richiamando un certo passato (68) mediante vere e proprie “narrazioni criminali”, si richiama subdolamente la dimensione simbolica del vincolo associativo, che ha sempre avuto un peso enorme nel rapporto tra malviventi e vittime: un vincolo associativo che non è più agganciato, però, ad alcuna associazione mafiosa: essendo la Scu l'ultima delle mafie tradizionali apparse nel Paese, ma anche la prima a venire meno.

Per queste ragioni, la Puglia e in particolare il Salento starebbe oggi vivendo la sua “stagione post-sacrista” (69). D'altronde, questo è il contorno situazionale che penetra nel dibattito di molti processi che si svolgono innanzi a corti pugliesi. Ma si tratta di una situazione empirica relativamente nuova, suscettiva perciò di molte possibili interpretazioni. Una tale fenomenologia (quella, appunto, della mafia inattiva, che lascia spazio ad un crimine mafioso non più unitario bensì parcellizzato, ben lontano dai modelli mafiosi tradizionali; oppure, da altra prospettiva: l'esercizio del metodo mafioso in un'area che un tempo ha visto la presenza di un'organizzazione mafiosa tradizionale), che ha, come le altre indagate, evidenti riflessi giuridici, trova la sua più significativa espressione problematica nel campo dell'estorsione ambientale. Che è adesso opportuno declinare sulla base delle realtà criminologiche esaminate.

4. DECLINARE L'ESTORSIONE AMBIENTALE IN BASE ALLE DIVERSE REALTÀ CRIMINOLOGICHE

Al fine di flettere per via casistica l'estorsione ambientale nei suoi rapporti con le diverse realtà criminologiche di riferimento, riprendiamo i modelli suesposti, che per procedere più speditamente abbiamo cristallizzato in schemi generali. Il primo, quello politico-amministrativo di più recente emersione, non si fonda tanto sull'intimidazione quanto sulla collusione, sulla cointeressenza tra sfere criminali e sfere politiche e amministrative; cosicché, come è stato correttamente rilevato, il metodo mafioso va ad annacquarsi dentro una metodologia affaristico-pattizia, quale quella corruttiva (70). Certo, quel sodalizio che agisce sul piano politico-amministrativo potrà comunque farne uso; e, si immagina, un utilizzo dinamico dello stesso (indirizzando magari le proprie attività violente verso il “classico” ramo estorsivo): ma, in assenza di una effettiva ambientazione mafiosa, il requisito strutturale della minaccia ex art. 629 andrà debitamente provato, e senza poter fare leva su regole di esperienza condivise circa un determinato contesto mafioso. Quanto alle mafie autoctone di recente formazione, che abbiamo inteso racchiudere in un secondo modello, queste non incontrano limiti ontologici nell'utilizzo di un metodo che possa dirsi mafioso, sulla scorta del terzo comma dell'art. 416-bis. Tuttavia, l'intimidazione implicita, che non abbisogna di condotte espresse, risulterà una via poco praticabile per il sodalizio, perché essa risulta – per dir così – direttamente proporzionale al tempo della presenza sul territorio della stessa (71). Una mafia giovane, se davvero tale, non ha ancora costruito il suo patrimonio di intimidazione; essa, se vuole soggiogare una certa collettività – ed ai nostri fini, si pensi ad una cerchia di commercianti – lungo un primo arco di tempo ha bisogno di violenza espressa, o perlomeno di minacce esplicite. Anche qui, in assenza di un contesto

mafioso tradizionale, la configurabilità della fattispecie estorsiva ambientale rischia di rimanere incagliata sui fondali della vuota speculazione. Ma veniamo ai casi di più complessa intelligibilità: le mafie esportate e le mafie inattive. Invero, le cellule di altre mafie esportate al Nord riescono a sfruttare appieno la carica di intimidazione che reca con sé il “marchio” originario soltanto all'interno delle stesse comunità formate da corregionali, o addirittura da soggetti provenienti dallo stesso paese, che già conoscano il sodalizio come ente criminale tradizionale e risalente nel tempo, le sue regole informali e soprattutto la sua capacità di intimidazione (72). Si viene così a creare un microcosmo che replica le stesse caratteristiche sociali della zona d'origine della cosca in questione, e si duplicano – solo che in un altro luogo – le stesse relazioni di forza e le forme di soggezione. L'estorsione ambientale non trova, date queste condizioni (recte: all'interno di una specifica e limitata sfera sociale), limiti di configurabilità, al pari di quanto accade per le mafie tradizionali sul loro territorio d'insediamento (73). Vi è poi la complessa, e scivolosa, tematica delle mafie inattive. Ebbene, se l'estorsione ambientale è intimamente connessa con il metodo mafioso – e non, si badi, con l'associazione mafiosa, che può anche non esserci per soltanto apparire esistente ed operativa – allora, a patto che il fatto estorsivo si snodi in una delle terre tradizionalmente segnate dalla presenza mafiosa (anche se la relativa compagine risulti non più operativa (74), si potrà comunque osservare l'influenza dell'ambiente sull'interpretazione circa la sussistenza di taluni elementi del reato e, in particolare, della minaccia. A condizione, però, che sussista una oggettiva idoneità nell'azione del richiamare alla mente le plurime modalità di coartazione che può esercitare una associazione mafiosa (75). Avremmo dunque, in questo caso, una forma di intimidazione implicita ed è ben ipotizzabile lo sfruttamento di un metodo mafioso dal contegno statico. È stato inevitabile aver proceduto per mezzo di distinzioni generalizzanti: ed esse, come noto, possono incontrare tante eccezioni quanti sono i fatti concreti posti sotto la lente d'ingrandimento del processo. Ma il tracciamento di linee generali, che permetta il passaggio dal campo empirico a quello della formale qualificazione giuridica, spalanca all'interprete la possibilità di cogliere tutte quelle sfumature che occorre scrutinare nella verifica dei confini dell'estorsione ambientale: dell'esatto perimetro di questo tipo legale.

5. GLI INSUFFICIENTI CONTENUTI NORMATIVI DELL'AGGRAVANTE E SUA POSSIBILE INTERPRETAZIONE

Abbiamo appena visto quali sono i modelli criminologici che possono concretamente sostenere la formula (l'equiparazione dell'intimidazione implicita e inespresa, o addirittura di comportamenti “neutri”, all'elemento della minaccia contenuto nell'art. 629) su cui ruota la fattispecie estorsiva ambientale. Dopo aver avanzato un siffatto giudizio di compatibilità empirica, passiamo adesso dal piano dell'analisi (criminologica) a quello dell'interpretazione (giuridica), perché è possibile tentare

un'ulteriore semplificazione del problema estorsivo oggetto dell'indagine. Anche in ragione degli scarsissimi contenuti semantici aggravante oggi contenuta nell'art. 416-bis.1, su cui già si è detto (76), essa ha fin dalla sua apparizione prestato il fianco (77) al rischio di una applicazione indiscriminata; eppure, andrebbe esplorata la possibilità che tale aggravante – autonomamente considerata –, se affiancata all'art. 629, possa arricchirsi di un nuovo elemento interpretativo che ne inspessisca la tipicità.

A ben riflettere, e adottando una prospettiva sistematica più ampia, aggravare la condotta estorsiva eseguita per mezzo del metodo di cui all'art. 416-bis.1 risponde alla stessa esigenza di politica criminale (dunque, alla medesima ratio) contemplata al n. 1) e al n. 3) del comma 3 dell'art. 628 c.p.; previsioni, queste ultime, fatte proprie dall'art. 629, comma 2, secondo cui «La pena è della reclusione da sei a vent'anni e della multa da euro 1.032 a euro 3.098, se concorre taluna delle circostanze indicate nell'ultimo capoverso dell'articolo precedente». Un tale incremento sanzionatorio viene dunque riservato se il reato è perpetrato «da più persone riunite» (n. 1) ovvero «se la violenza o minaccia è posta in essere da persona che fa parte dell'associazione di cui all'art. 416-bis» (n. 3). «Il reato è più grave perché, nella valutazione legislativa, la forza intimidatrice della minaccia-fine [...] nonché l'effetto cogente della minaccia-mezzo sono maggiori quando il fatto prepotente della minaccia proviene da più persone» (78): ciò vale per la circostanza delle più persone riunite, ma vale anche per quella dell'associato al sodalizio ex art. 416-bis, che si compone di «tre o più persone». È vero che tale ultima ipotesi è qualitativamente differente, perché in questo caso gli associati utilizzano perlopiù il metodo mafioso che è proprio dell'associazione, ma è vero anche che il *quid pluris* sembra non essere considerato a livello sanzionatorio, siccome la pena è aumentata della stessa misura, sia per l'una che per l'altra fattispecie (79). La ratio dell'aumento è quindi da ricondurre, in entrambi i casi, al sotteso contesto plurale: quello dal quale proviene la minaccia (80), che più a fondo incide il bene giuridico della libertà di autodeterminazione (81).

Vi è però una differenza di fondo tra le aggravanti contenute all'art. 628 (e richiamate all'art. 629) e quella di cui all'art. 416-bis.1. Mentre nel primo caso esse si fondano sul dato oggettivo del contesto plurale (la legge prende in considerazione, da un lato, il fatto obiettivo dell'essere gli autori dell'estorsione più d'uno, dall'altro la partecipazione dell'autore all'associazione mafiosa, imbalsamando dentro una presunzione legale il maggior effetto intimidatorio), nel secondo caso l'agire con metodo mafioso vuol dire – stando a quanto si è appena detto – valutare quali effetti la condotta inespresa produce nella psiche della vittima, e se questa immagini dietro il suo interlocutore un contesto plurale (quello associativo in cui le modalità dell'agire determinano l'intimidazione) (82). Quest'ultimo, purché sia comunque percepito dalla vittima, può anche non sussistere nella realtà fattuale, se è vero che – come è stato

detto più volte – la circostanza de qua è configurabile anche a carico di un soggetto che non faccia parte di un'associazione di tipo mafioso (83).

È dunque sulla base di queste considerazioni che si può avanzare una interpretazione più restrittiva della figura aggravatrice, in particolare come applicata all'art. 629 – e quindi, della fattispecie estorsiva ambientale.

D'altro canto, se ci si basasse soltanto su quanto spesso afferma la giurisprudenza – quello suscettivo di un aggravio di pena deve essere, ad es., «un comportamento minaccioso tale da richiamare alla mente e alla sensibilità del soggetto passivo quello comunemente ritenuto proprio da chi appartenga ad un sodalizio [mafioso]», e ciò, anche per il caso in cui il soggetto agisca senza sodali (veri o presunti) (84) – ci si dovrebbe confrontare con gli stessi richiami della Corte di cassazione, secondo la quale, per integrare l'aggravante delle più persone riunite nel delitto di estorsione, è necessaria la contemporanea presenza di più d'un agente nel luogo ed al momento in cui si eserciti la violenza o la minaccia. I giudici di legittimità hanno appunto rigettato l'impostazione contraria (quella per cui basterebbe che la presenza di più persone fosse anche solo percepita), così argomentando: «I concetti di “sensazione” e “percezione” sono opinabili, del tutto evanescenti e privi di qualsiasi oggettività» (85). E a voler essere rigorosi, sul piano semantico il “richiamare alla mente” altro non è che una perifrasi di “percepire”. Beninteso, l'impostazione pretoria riportata è attenta al profilo empirico-fattuale e non può dirsi, perciò, del tutto erronea: deve però, a nostro avviso, essere accompagnata da alcune precisazioni, che riescano a bilanciare meglio la soggettiva percezione psicologica e l'opportunità (86) dell'aggravio ex art. 416-bis.1, e ad evitare per questa via che una così rigorosa sanzione penale conceda la tramutazione della forza di intimidazione, che costitutivamente esercita l'associazione mafiosa, in una mera forza di suggestione (87), da punirsi allo stesso modo. Orbene, a seguito di questi rilievi andrebbe avallata la tesi per cui «ai fini della configurabilità dell'aggravante [...] è necessario che la vittima percepisca, secondo la normale esperienza, la presenza rectius l'operato di un sodalizio criminale non essendo sufficiente il solo timore di una reazione da parte dell'agente» (88): occorre quindi che la condotta dell'agente – recte: la modalità concreta della minaccia – provochi nella vittima la convinzione dell'esistenza dell'associazione, ossia di quel contesto criminale plurale (89) che individua la ratio della disposizione; occorre, soprattutto, che ciò avvenga in base ad una valutazione che tenga presente l'id quod plerumque accidit all'interno dello scenario in cui si svolge il fatto delittuoso (il che, può appunto tradursi nella formula, vista appena sopra, “secondo la normale esperienza”). Si tratta quindi di avanzare un giudizio oggettivo di verosimiglianza, tra il percepito e l'esistente (90), che – pur seguendo una linea di valutazione caso per caso – tenga tendenzialmente fuori le non rare ipotesi di particolare impressionabilità della vittima (91).

Insomma, si vuol dire che, da un lato, va certamente tenuta in conto la causalità psichica che lega la vittima al suo atto di disposizione; dall'altro, proprio perché siffatto percorso eziologico «può apparire, per certi versi, più difficile da accertare della stessa causalità materiale» (92), occorre procedere con un giudizio complessivo, che consideri nella sua obiettività la condotta dell'agente.

A seguito della minaccia estorsiva implicita, sub specie mafiosa, il modulo di accertamento del reato aggravato riposa, a questo punto, su di una diacronica tripartizione, che ne permette la configurazione: la (pur sempre preminente) verifica del nesso di causalità psichica in capo alla vittima; del gradiente di colpevolezza in capo al reo, che involga la situazione ambientale plurale che si voleva effettivamente ricreare (93); la convalida del ragionamento inferenziale condotto, mediante parametri oggettivi (in specie, si è considerato il criterio dell' *id quod plerumque accidit*) di accertamento. Il riferimento a parametri – realmente – oggettivi (94) di valutazione (quale è, a nostro avviso, la combinazione tra ciò che un soggetto “medio” può percepire e ciò che “normalmente accade” nella realtà socio-economica in cui concretamente opera il destinatario dell'estorsione) (95), fin qui invero poco utilizzati dalla giurisprudenza di legittimità, sarebbero da utilizzarsi onde evitare il rischio che si consolidi una surrettizia “responsabilità di posizione” (per tutti coloro che, ricoprendo una certa posizione, rivestendo un certo ruolo, anche illeciti, si trovino in un dato contesto, sociale e di fatto) (96); in secondo luogo, e specularmente, permetterebbero di superare l' empasse della cronica insufficienza semantica della gran parte delle pronunce sul tema (97), fermandosi queste troppo spesso ad una valutazione soggettivistica che si condensa nella mera percezione del pericolo da parte della vittima. Si sterilizzerebbero così sul piano probatorio – cosa che, per il vero, raramente accade in sede giudiziaria – facili inferenze giudiziali sul “comune sentire”, talvolta dettate da sensazionalismo mediatico (98), e «riferimenti [...] affatto generici di alcuni testi a situazioni di “paura e condizionamento” [che] rappresentano sì un abbagliante “affresco criminale” la cui sinopia, però, è affatto sbiadita e scolorita se non inesistente» (99), se rapportata all'effettivo spazio sociale in cui si svolgono le vicende estorsive.

È, insomma, un vero e proprio “agente modello” (100) quello che, contesto per contesto, la giurisprudenza dovrebbe sforzarsi di enucleare in vista della decisione del caso concreto; da assumersi, come detto, sulla base di parametri oggettivi di valutazione del fatto, affinché possa raggiungersi un «coefficiente di idoneità obiettiva» dell'intimidazione insita nel metodo (101). Ciò consentirebbe, sempre laddove si versasse nel tipo di cui all'art. 629 c.p., una maggiore aderenza alla ratio dell'art. 416-bis.1 (assimilabile, come si è detto, a quella di altre aggravanti

dell'estorsione) ed una maggiore rispondenza al principio di legalità (102), riuscendosi così a selezionare i fatti che realmente esprimono una carica intimidente, pari o comunque qualitativamente equiparabile a quella che accompagna l'azione criminosa del partecipe dell'associazione mafiosa.

6. CONCLUSIONI: TRA ERMENEUTICA PENALE, STATUTO DELLA PROVA E PRINCIPI DI GARANZIA

L'esegesi, nel quadro tracciato, assume un ruolo preminente. La figura dell'estorsione ambientale – su cui ci si è focalizzati – si distanzia non poco dal tipo legale racchiuso nell'art. 629 c.p. Anzi, valutandone gli elementi di struttura, possiamo dire che si tratta di una figura autonoma pur non essendo contemplata nel nostro ordinamento penale; che, del resto, non prevede espressamente forme di “ambientalità” penalmente rilevanti (103). Soltanto per mezzo di una interpretazione estensiva di taluni elementi del reato, invero al limite di una esegesi normopoietica, è possibile pervenire ad una forma di tutela penale per l'estorto, a condizione che, nel proscenio di una terra di mafia in cui si svolge la vicenda concreta, vi siano comunque elementi fattuali dal pur minimo significato intimidatorio. Beninteso, si tratta di un obiettivo interpretativo condivisibile, perché l'estorsione mafiosa chiama in causa la stessa regolamentazione politica dello sviluppo economico, e pone l'attività delle organizzazioni criminali in diretta concorrenza con quella dello Stato (104).

La questione interpretativa, che parte dagli scarsi contenuti semantici del reato di estorsione e (dagli ancor più scarsi contenuti) dell'aggravante del metodo mafioso, è quindi fondamentale. E si fa viepiù complessa nella misura in cui non verta solo sugli elementi di struttura della fattispecie, ma debba ricomprendere anche, e necessariamente, la realtà criminologica sottostante: anzi, è giusto tramite questa che può essere riempito di significato l'elemento-perno della minaccia. L'aver proceduto ad una classificazione di massima – delle mafie, dei metodi mafiosi e dunque delle modalità dell'estorsione perpetrata con metodo mafioso – ha come obiettivo ultimo proprio quello di irregimentare la discrezionalità giudiziale, perché se cambia l'intensità del condizionamento mafioso, deve necessariamente mutare quell'approccio ermeneutico che è già di per sé lontano dal dato letterale. Insomma, come si è appurato (105), non tutti i modelli criminologici sorreggono la formula dell'estorsione ambientale (l'equiparazione dell'intimidazione implicita e inespressa, o addirittura di comportamenti “neutri”, all'elemento della minaccia contenuto nell'art. 629 c.p.): anzi, a rigore, riesce a sostenerla soltanto un contesto di mafia tradizionale; e, al limite, un contesto segnato da una mafia inattiva o da una mafia importata (in quest'ultimo caso

valendo, come si è visto, solo rispetto a determinate cerchie sociali) – beninteso, sempre tenendo presenti le tante precisazioni che si sono fatte con riferimento agli altri modelli e, più in generale, al caso concreto: prima e preminente fonte del giudizio. E questo perché, sotto il profilo teorico-sostanziale, la fattispecie estorsiva ambientale dal lignaggio mafioso (come noi l'abbiamo intesa in questo lavoro) si può configurare – e dunque, nel suo riflesso processuale, può essere provata – solo se accompagnata dal metodo statico, il quale nondimeno è difficilmente compatibile con contesti mafiosi diversi da quello tradizionale.

Per altro verso, e giova precisarlo anche in questa sede conclusiva, la cangiante realtà criminologica non mette in discussione soltanto la configurazione della fattispecie estorsiva, ovvero la riconduzione del fatto nel recinto di quei reati che puniscono condotte collusive, ma anche le ragioni probatorie a supporto del fatto stesso. Se oggi le prassi giudiziarie aventi ad oggetto fatti che si snodano in territori ad alta densità mafiosa tendono a semplificare il passaggio, preliminare e ontologico, della prova dell'esistenza dell'organizzazione mafiosa tradizionale di quei luoghi, dell'appartenenza alla stessa del soggetto e, per diretta conseguenza, dell'utilizzo di un metodo mafioso nella perpetrazione di un delitto, e ciò in ragione di evidenze e deduzioni basate sullo stesso “ambiente” sociale, tanto più ci si allontana dal modello di mafia tradizionale, secondo il modello classificatorio proposto, tanto meno – laddove si volesse adottare una concezione “razionale” della prova (106) – saranno accettabili simili congegni di semplificazione probatoria. Si è voluto così indicare una linea di generale riordino ermeneutico; la cui formulazione appare non più rinviabile, stante i nuovi paradigmi criminologici di recente emersi. Oggi, che esistono molte mafie, dunque molti metodi e molte forme di condizionamento e di coartazione della volontà del soggetto, diviene impellente rimodellare l'esegesi di una fattispecie che sconta, molto più di altre, «la ricerca di concetti generali ad ogni costo [che conduce] alla creazione di un *genus esangue* e privo di significato» (107). Mentre, riflettendo in termini dogmatici, l'oggetto della nostra indagine ci permette di illuminare l'essenzialità, l'importanza e l'impellenza del passaggio – in un'epoca che ha visto definitivamente tramontata la figura del giudice *bouche de la loi* (108) – dal concetto di *Tatbestand* a quello di *Garantietatbestand*: ad una fattispecie cioè che non sia solo una regola generale e astratta, ma che riesca a dire – in un'epoca in cui la *law in action* assume un ruolo comprimario – qualcosa di più in termini garantistici per mezzo del foraggiamento continuo della giurisprudenza (109). Che riesca, la fattispecie come interpretata, a descrivere esaurientemente l'oggetto della sanzione e a rendere per quanto possibile, anche sulla scorta dei canoni sovranazionali, calcolabile (110) e prevedibile il rischio penale (111); prevedibilità che è, d'altro canto, manifestazione paradigmatica della tipicità (112).

NUOVE MAFIE: EVOLUZIONE DI MODELLI E PRINCIPIO DI LEGALITÀ “New ‘Mafias’: Evolution of Types and the Principle of Legality”

Sommario 1. Premessa: il mito del principio di legalità? — 2. Tertium comparationis: offensività, ‘delocalizzazione’ e associazione con finalità di terrorismo. — 3. “Nuove mafie”, nomenclatura e principio di legalità. — 4. “Nuove mafie” e principio di offensività. — 5. Spunti di ulteriore riflessione e ipotesi minime di metodo. — 6. Uno sguardo rapido alla giurisprudenza. — 7. Chiosa a chiusa: qualche dubbio finale.

L'Autore esamina il problema della “nuove mafie”, vale a dire di quelle associazioni criminali autoctone che, senza essere espressione di aggregati mafiosi storici e tradizionali più ampi, operano in àmbiti territoriali locali delimitati, pur con gli stessi metodi. Lo studio mira a dimostrare che, rispetto ad esse, l'incriminazione per il reato di associazione mafiosa (art. 416-bis c.p.) risulta compatibile, perché è rispettato il principio di tipicità penale, alla condizione di un rigoroso accertamento dell'offensività in concreto espressa dal gruppo criminale.

1. PREMESSA: IL MITO DEL PRINCIPIO DI LEGALITÀ?

Deluderò quanti, invitandomi a questa prima sessione dal titolo assai suggestivo, aspettavano un mio intervento focalizzato sulla vicenda giudiziaria di Mafia capitale: che è un po' l'archetipo (probatorio, processuale) delle ‘nuove mafie’ e che collega questo tema a questa città. Ovvio invece – che trattandosi di vicenda giudiziaria ancora in corso e, quale che ne sia l'esito, di assai probabile approdo nella sede di legittimità – me ne terrò lontano, per evidenti ragioni di correttezza istituzionale.

Vorrei invece muovere da una prima e generale riflessione che riguarda il secondo dei termini posti a raffronto nel titolo di questa sessione, ovvero il principio di legalità penale, riferito, all'evidenza, alla tipicità penale. Confesso infatti che, ogni qualvolta mi fermo a meditare su di esso e sulla sua attuale declinazione, mi torna in mente – quasi come un brutto sogno – una frase allarmante posta quasi all'inizio di un celebre testo filosofico del Novecento, Dialettica dell'Illuminismo, di Max Horkheimer e Theodor Adorno, che così recita: «La terra interamente illuminata splende all'insegna di trionfale sventura». È abbastanza noto il senso di questa frase, divenuta poi famoso aforisma: senso che è un po' quello dell'intero splendido libro dei due epigoni della Scuola di Francoforte. L'illuminismo, nel senso ampio di ‘pensiero in continuo

progresso', ha perseguito da sempre l'obiettivo di togliere agli uomini la paura e di renderli padroni e, nondimeno, esso è sostanzialmente fallito: l'illuminismo ha portato la luce, 'ma la Terra interamente illuminata splende all'insegna di trionfale sventura'. Le cause del fallimento sono da ricercare nella mancata autocomprensione dell'illuminismo stesso: nel non avere riconosciuto che il superamento della mentalità mitica può avvenire solo accettandola all'interno della riflessione razionale. Come Ulisse che non evita l'isola delle Sirene, accetta di ascoltarne il canto, ma trova al tempo stesso, con l'astuzia (la ragione), il modo di neutralizzarne gli effetti negativi. Per il non riconoscimento della presenza del mito al suo interno, l'illuminismo si trasforma esso stesso in mito.

Perché questa riflessione mi ricorda il principio di legalità penale?

Perché, come l'illuminismo, anche la legalità penale sembra intensamente illuminare tutta la terra del diritto penale, la quale, tuttavia, rimanda indietro uno splendore 'all'insegna di trionfale sventura'. Anche la legalità penale ha promesso agli uomini di togliere loro la paura di un precetto penale manipolabile, non interamente e previamente conoscibile, non interamente puntuale ed invece pienamente 'calcolabile' quanto ai comportamenti vietati: e come l'illuminismo – nella prospettiva di Horkheimer e Adorno – sembra esserci, in tale promessa, molto di mitologico, che viene tuttavia misconosciuto. C'è, insomma, anche qui il sospetto che, nella complessità normativa odierna, anche per la legalità penale valga in qualche modo il dilemma di Böckenförde, che il giusfilosofo tedesco riferisce allo Stato liberale; vale a dire (nella efficace traduzione di Giovanni Orsina): «lo Stato liberale secolarizzato si fonda su presupposti che esso stesso non è in grado di garantire». Allo stesso modo, la legalità penale pare fondarsi su presupposti che essa stessa, oggi, non sembra più in grado di garantire.

Varie le cause, enunciabili solo assai sommariamente in questa sede.

Alla generale 'crisi della fattispecie'(crisi innanzitutto culturale e filosofica, secondo lo splendido approccio critico di Natalino Irti), si affiancano, nel diritto penale, specifiche e tortuose ambiguità: il reticolo di fonti che ormai sostituisce, in virtù della coesistenza di una normativa sovranazionale, la struttura piramidale delle fonti in Costituzione (Fronza, Caianiello); l'erosione progressiva della riserva di legge in materia penale; l'inarrestabile tendenza, nel diritto giurisprudenziale, al decidere 'per valori' o per 'giustizia materiale' o comunque l'incontrollabile preponderanza della 'concretezza del caso' o della 'funzione' del precetto criminale, al di là della lettera legis e dei "cancelli della parola" normativa, dando vita in definitiva, per dirla con Vittorio Manes, ad un surrettizio declaratory power, che conta in ogni stagione esempi tanto noti quanto discussi; ed ancora: l'impossibilità, nell'elefantiasi di un onnivoro diritto penale, di un'autentica nomofilachia che non sia «la predisposizione di indirizzi volti

a presidiare beni giuridici secondo paradigmi di tutela» (Gamberini); la 'processualizzazione' di istituti di diritto penale sostanziale, per cui presupposti e sanzioni sono (importati ed) ospitati nel processo ed assoggettati quindi (solo) alle sue regole, necessariamente più lasche quanto a tipicità/precisione (penso al variegato universo delle ablazioni patrimoniali); la metamorfosi di originari sottosistemi – tradizionalmente nel guado di una giurisdizione penale prestata all'applicazione di sanzioni in origine amministrative, perché di polizia – oggi dagli intensissimi connotati afflittivi di 'natura penale', pur perdurando l'evanescenza di tipicità/precisione dei presupposti (penso alle misure di prevenzione); l'essere divenuto il diritto penale 'l'unica etica pubblica rimasta' (secondo l'acuta intuizione di Massimo Donini), cui collettivamente ci si è affidati non per tipizzare condotte antigiuridiche (come solo dovrebbe essere), ma per stabilire, soprattutto, l'equazione criminally innocent = politically correct: vale a dire per sancire la piena ed assoluta identificazione della morale pubblica con il perimetro dell'incriminazione penale, con ogni intuibile conseguenza. Il discorso sulla crisi della tipicità penale – e quindi della legalità penale – potrebbe continuare molto a lungo, anche solo scandito per punti di un interminabile elenco.

Qui è sufficiente affermare che, in un diritto penale in cui è in crisi profonda l'oggettività giuridica a beneficio della funzione di tutela sociale, il principio della legalità penale sembra aver smarrito la propria autocomprensione: nel consegnarsi a quel 'mortale pericolo' che è 'l'accordo col mondo' (come scriverebbe Cristina Campo), esso stenta a riconoscere la presenza del mito al suo interno. Non a caso il principio di legalità penale nasce con l'Illuminismo.

Ecco allora la "trionfale sventura" di cui splende, alla fine, il principio di tipicità: il suo essere "pensiero e garanzia in continuo progresso" rischia – se non rimeditato criticamente, senza speranza e senza disperazione – di tingersi solo di mito nel duro confronto con il reale.

2. TERTIUM COMPARATIONIS: OFFENSIVITÀ, 'DELOCALIZZAZIONE' E ASSOCIAZIONE CON FINALITÀ DI TERRORISMO

Pure rigato da questi innumerevoli fili neri, pure ammaccato – se non, in qualche tratto, sfregiato – nel suo Dasein, il principio di tipicità rimane l'irrinunciabile lievito madre della legalità penale. La sua funzione presidiante, se criticamente (e realisticamente) intesa, continua ad essere quella di cernita tra le fattispecie normative e, quindi, di canone di possibile 'calcolabilità' del comportamento individuale rispetto ad esse. In breve, se è vero, in generale, che la descrizione tassativa della fattispecie ed il rigoroso divieto di analogia paiono oggi un vallo ampiamente superabile e superato dalla mutazione genetica del diritto penale (Gamberini), ciò non ne degrada la

funzione di setaccio. Di una tela di crine, cioè, tesa per filtrare: del materiale eterogeneo (fattispecie di incriminazione) che vi viene riversato, le parti più grosse delle maglie del tessuto vi restano sopra, mentre quelle più fini possono attraversarla.

Il setaccio della tipicità è ancor di più funzionale nell'ambito dei reati associativi, dove la fattispecie è inevitabilmente (ed ulteriormente) piegata, per le esigenze dell'efficacia dell'intervento, verso la struttura del reato di pericolo.

Peraltro, oggi qui noi riflettiamo sulla possibile frizione con il principio di legalità penale dell'estensione di una incriminazione – l'art. 416-bis c.p. – a species facti ad essa storicamente e tradizionalmente estranee, le 'nuove mafie', appunto. Ma questo possibile attrito è ben poca cosa – quasi una pagliuzza di crusca appena più consistente – se comparato al ben più visibile dissidio con questo principio che si apprezza, ad esempio, nel finitimo ambito dell'associazione con finalità di terrorismo di cui all'art. 270-bis c.p. Dove la pagliuzza diviene un grano.

Apro questa breve parentesi per fare, attraverso una comparazione, un'ulteriore riflessione critica sul principio di tipicità, la cui invocazione assai intermittente sembra confermare le criticità di cui si accennava. È innegabile infatti che tutti noi siamo assai più indulgenti – e senza che si levino rilievi particolarmente critici – verso quelle lesioni alla tipicità/legalità che il reato associativo con finalità terroristiche, per come costruito dal legislatore, reca con sé: e ciò, nonostante che, in una ipotetica classifica degli sfregi alla tipicità penale tradizionalmente intesa, l'associazione terroristica occupi una delle posizioni di vertice.

Nessuno di noi azzarda un dubbio sulla possibile 'delocalizzazione' dell'associazione per terrorismo: anzi, ci diciamo che tale fenomenologia è la regola, poiché non esistono assemblaggi terroristici storicamente radicati sull'intero territorio nazionale; che, insomma, la cellula terroristica – embrionale, liquida e mobile – è il 'tipo' fenomenologico di questa associazione e ad essa occorre rapportarsi.

Ci diciamo che la comparazione delle problematiche teoriche con l'associazione mafiosa è impossibile perché è impossibile la comparazione strutturale e funzionale dei fenomeni associativi e che, nel caso del terrorismo internazionale, il sacrificio della tassatività/tipicità è quasi dovuto. Non c'è altro modo di contrasto, se non considerando la 'piccola' cellula essa stessa come associazione, anche nel suo pallido rapporto con lo Stato Islamico ed identificando addirittura quest'ultimo con l'associazione 'madre'.

Tutto vero.

Ma è vero anche che, in forza di tali considerazioni/consolazioni (che alleggeriscono il cuore e, quindi, sgomberano l'intelletto), arriviamo ad accettare che anche

l'aggregato umano più elementare, stabilizzato dalla sola comunicazione skype e che inneggi al Jihad, possa ben integrare la tipicità dell'associazione ex art. 270-bis c.p. e che un proselitismo spinto possa integrare, in sé, l'offensività richiesta dalla fattispecie. Insomma, siamo disposti – pena l'inapplicabilità o la inutile applicazione della fattispecie incriminatrice – a slabbrare la condotta tipica del “compimento di atti di violenza con finalità di terrorismo”, offesa tipica (?) dell'art. 270-bis c.p. In breve, quanto all'associazione con finalità di terrorismo, accettiamo che l'offensività sia anche telesopicamente lontana e che il confine di tipicità della fattispecie – ‘costruita’ dal legislatore secondo una soglia assai arretrata di pericolo astratto – sia di sabbia, mobile e tracciato quasi sul crinale della criminalizzazione della opinione eversiva: tracciato non per una ‘semplice’ istigazione ex art. 414 c.p., quanto per una vera condotta partecipativa all'associazione. Sono il primo a riconoscere che, se così non fosse, l'associazione ex art. 270-bis sarebbe ben difficilmente configurabile. Meglio: essa non avrebbe ragion d'essere, come fattispecie, se la S.C. non avesse statuito, ad esempio, che, ai fini della partecipazione alle associazioni ‘delocalizzate’ con finalità di terrorismo, è sufficiente che si realizzi anche una delle condotte di supporto funzionale all'attività terroristica di organizzazioni riconosciute ed operanti come tali, quali quelle volte al proselitismo, alla diffusione di documenti di propaganda, all'assistenza agli associati, al finanziamento, alla predisposizione o acquisizione di armi o di documenti falsi, all'arruolamento, all'addestramento (secondo i famosi passaggi della nota sentenza Chabchoub: Sez. VI, n. 46308 del 12 luglio 2012 - dep. 29 novembre 2012, in C.E.D. Cass., n. 253944). Non sono ingenuo o sprovveduto fino al punto da ignorare, nel gioco delle differenze, quale baratro strutturale (definitorio, funzionale, ecc.) separi l'associazione mafiosa ex 416-bis c.p. dall'associazione con finalità di terrorismo ex 270-bis c.p.; né da disconoscere l'assoluta differenza concettuale che esiste tra la delocalizzazione dell'una e dell'altra. Dico una cosa diversa: e cioè che, nel fenomeno criminoso associativo, la ‘gradazione’ di offensività è, alla fine, la ‘normalità’ (dal punto di vista normativo) e che noi interpreti siamo disposti ad assecondarla, direi quasi anche emotivamente, in funzione del contesto, non certo dell'integrità del principio. Siamo disposti, cioè, a ritenere quasi inevitabile che la cellula jihadista, anche a prescindere dal suo effimero radicamento territoriale, si possa considerare associazione, perfino accettando un ventaglio, amplissimo, di condotte di scarsa materialità, di (assai) astratta offensività e di lasca e quasi nulla tipizzazione. Siamo disposti ad accettare, insomma, una dimensione mitica del principio di tipicità, non ritenendo evidentemente una sventura il suo sacrificio in un contesto criminale che ci pressa per paure collettive.

3. ‘NUOVE MAFIÈ, NOMENCLATURA E PRINCIPIO DI LEGALITÀ

Se, dunque, questo è lo sfondo problematico e di scarsa coerenza, la domanda che si pone appare immediata: come, superando la dimensione mitica del principio di legalità,

possiamo interrogarlo, all'interno di una riflessione razionale, sul tema dell'art. 416-bis c.p. e delle 'nuove mafie'?

A mio avviso – ed enuncio così la mia tesi, che cercherò poi brevemente di argomentare – la partita possibile non si gioca sul piano di una maggiore tipicità di fattispecie (perché, se così ragionassimo, resteremmo ancora nella eterea dimensione del mito), quanto di un maggior rigore nell'apprezzamento dell'offensività in concreto.

So bene che, secondo la più moderna epistemologia penalistica, le due cose vanno a coincidere; che, cioè, la modernità dottrinale ha superato la tradizionale concezione divisiva tra offensività e tipicità e che i portati più recenti legano a fil doppio l'offensività alla tipicità, facendo della prima un elemento tipico di fattispecie: non vi può essere fatto tipico inoffensivo. Ma, su questo punto, tendo ad essere assai tradizionalista e conservatore: e mantengo la separatezza. Immagino, piuttosto, tipicità ed offensività come vasi comunicanti e complementari che devono raggiungere un eguale livello per garantire la legalità penale: più spiccata è la tipicità della fattispecie, minore sarà il gradiente di offensività richiesto; viceversa, più incerto è il perimetro descrittivo della fattispecie, più rigorosa e concreta dovrà essere la rilevanza dell'offensività. Di più, dico che in tema di associazione mafiosa relativa alle 'nuove mafie' non si pone (tanto) un problema di tipicità della fattispecie, quanto di corretta calibratura (e dimostrazione) della offensività. Perché le 'nuove mafie' non pongono un prevalente problema di tipicità della fattispecie e, dunque, sotto tale profilo, non c'è frizione con la legalità penale?

Perché la norma incriminatrice autorizza essa stessa, ampiamente, la 'delocalizzazione' del fenomeno tipico, attraverso l'espressione-chiave dell'ultimo comma dell'art. 416-bis c.p. Allorquando, in quel "testo letterario" che è tale disposizione (come ci ricorda Costantino Visconti), il legislatore introduce, nell'ultimo capitolo, la clausola di applicabilità della incriminazione a tutte le associazioni «comunque localmente denominate», tipizza la possibile frantumazione della monoliticità dell'associazione mafiosa. L'ultimo comma dell'affresco letterario che è il 416-bis c.p. apre proprio questa prospettiva: la realtà associativa non è più una realtà a struttura/esercito, ma è una realtà che va dimensionata strutturalmente in rapporto alla tipologia del territorio.

Può esistere, sotto il profilo della tipicità normativa, anche la 'mafia di città'? Certamente sì, comunque essa sia denominata. Provocatoriamente direi che può esistere perfino una 'mafia di quartiere', salvo quanto dirò a breve sulla territorialità.

La 'mafia locale' non è un tipo diverso di mafia, ma una estrinsecazione diversa di tutti gli elementi che compongono la fattispecie. In parole diverse e più semplici: occorrerà

ricalibrare l'assoggettamento ed il metodo mafioso alle specificità della realtà territoriale, senza che rilevi una diversa 'etichettatura'. La nomenclatura non è essa stessa tipicità, come dimostra la circostanza, ad esempio, che il riferimento nominale alla 'ndrangheta, nel corpus della disposizione di cui all'art. 416-bis c.p., è stato introdotto solo dall'art. 6 del d.l. 4 febbraio 2010, n. 4, convertito in l. 31 marzo 2010, n. 50. Forse che prima non esisteva la più efferata e potente tra le mafie?

Volendo ricorrere ad una metafora, non si tratterà di una pezza con più colori (il colore della 'ndrangheta e quello, diverso, dei 'locali' 'ndranghetistici del Nord Italia; il colore della camorra e quello, diverso, della mafia di Ostia e del litorale pontino, e così via), ma è una pezza dal colore cangiante; la tipicità di essa rimane inalterata: è solo che nella pezza compaiono tinte e pigmenti completamente diversi.

Il problema non è dunque del nomen (vista l'autorizzazione normativa all'applicazione della fattispecie alle «altre associazioni (...) comunque denominate») né del locus e, con esso, della 'storicità' dell'associazione (visto che la medesima autorizzazione lo confina nell'irrilevanza: «alle altre associazioni comunque localmente denominate»), né della 'tradizione di intimidazione' che la cellula mafiosa delocalizzata porta in dote dalla 'casa-madre'. Il problema è piuttosto della diversa 'quantità' di fattispecie che, rispetto al fenomeno mafioso nuovo e 'locale', viene in rilievo.

4. "NUOVE MAFIE" E PRINCIPIO DI OFFENSIVITÀ

L'orizzonte problematico, dunque, si sposta dalla tipicità (rispettata) all'offensività (problematica): e su questo fronte è rara la giurisprudenza che lo abbia realmente esplorato. Ammettere il tipo 'frantumato' territorialmente, significa, infatti, dover accettare di confrontarsi con una nozione di offensività più astratta e sempre meno concreta, proprio per la necessità che l'associazione, "comunque localmente denominata", sia valutata pur sempre nell'ottica del reato di pericolo. La ragione è intuitiva: le 'mafie storiche' sono tali proprio per l'accumulo (storico, appunto) di un'offensività palesata nel tempo e, spesso, già giudizialmente accertata: strutturalmente e probatoriamente ci si muove partendo con diversi metri di vantaggio. Per le mafie locali di nuova generazione, il problema è invece capire fino a che punto sia possibile 'anticipare' l'offensività nella prospettiva del reato di pericolo, specie in relazione a quelle costruzioni dottrinali – ormai prevalenti e pienamente recepite dalla giurisprudenza – che configurano l'associazione mafiosa quale reato di pericolo presunto, rinnegando la necessità dell'evento, legato all'incerta littera legis dell'avvalersi del metodo mafioso e dell'assoggettamento omertoso.

Questo è un punto focale.

La (potenziale) frizione con le garanzie individuali e con il principio di legalità è su questo specifico profilo. Non è un problema di 'vecchie' o 'nuove' mafie; di mafie

storiche o di mafie 'nuove' e prive di background storico; di mafie con proiezioni territoriali nazionali o con àmbiti territoriali assai contenuti. Il problema è piuttosto, in punto di offensività, quello di poter riscontrare l'assoggettamento omertoso ed il metodo mafioso anche nella più angusta realtà locale, replicando il tipo quasi miniaturizzato, senza tuttavia poterlo semplificare. Come accennato sopra, il problema è quello della diversa 'quantità' di fattispecie che, rispetto al fenomeno mafioso tradizionale, in quello nuovo e 'locale' viene effettivamente in rilievo. Per chiarirlo con una analogia esemplificativa, penso alla differenza che passa tra la rapina in grande stile (con predisposizione imponente ed impressionante di uomini e mezzi, programmazione di ruoli ed esecuzione concatenata, in una perfetta macchina organizzativa) ed il ragazzino armato di siringa che va a prendersi l'incasso del piccolo negozio all'orario di chiusura. Sono naturalmente entrambe rapine; le riconduciamo sempre nell'alveo normativo dell'art. 628 c.p.: ma la struttura della rapina, per così dire, 'in grande stile' appare completamente diversa. Non è soltanto una modalità del fatto: è piuttosto che, in essa, gli elementi connotativi della fattispecie normativa (art. 628 c.p.) vengono ad essere espressi con manifestazioni diverse e con un grado di offensività diverso. Direi, nella loro pienezza e nel loro massimo e più schietto grado di offensività. Certo, in entrambi i casi, si configura comunque la rapina e sarà quindi la stessa tela: ma la presenza del diverso contesto, muterà notevolmente la percezione della medesima tonalità. Quindi, sembreranno teli di colore diverso, ancorché riconducibili, in realtà, alla medesima tonalità originaria. Ora, nel caso delle nuove mafie, il problema è quello di stabilire – per restare nella metafora – quanto il diverso contesto locale risulti di tale differenza o eccentricità da annullare la qualità del colore discriminabile: da renderlo, cioè, un colore poco saturo, dunque smorto, opaco, grigiastro, poco riconoscibile dal punto di vista della tonalità. E da incidere così, alla fine, sul 'tipo' normativo.

5. SPUNTI DI ULTERIORE RIFLESSIONE E IPOTESI MINIME DI METODO

La soluzione è da rinvenirsi nella esatta calibratura degli elementi che compongono la fattispecie. Quando, ad esempio, si parla di 'assoggettamento' si deve parlare di un annichilimento della società civile (come scrivono Antonio Balsamo e Sandra Recchione) che assume determinate caratteristiche, le quali devono poter essere apprezzate per profili fattuali di effettività: in caso contrario, l'associazione mafiosa degrada in qualcosa di diverso. Si può anche concepire un'associazione mafiosa fortemente delimitata dal punto di vista spaziale o priva di blasone storico e di significativi agganci con una 'casa madre': ma senza recedere dalla calibratura esatta del suo portato fenomenico. L'annichilimento, appunto, di cui si diceva.

La cartina al tornasole di ciò è in un'altra norma di fattispecie associativa, quella dell'art. 74 del d.P.R. n. 309 del 1990 in materia di stupefacenti. Il comma 6 di tale

disposizione prevede che, «allorquando l'associazione è costituita per commettere i fatti descritti dal comma 5 dell'art. 73, si applicano il primo ed il secondo comma dell'art. 416 del codice penale». È, insomma, lo stesso legislatore a degradare il 'tipo associativo' allorquando la sua finalità in concreto inerisce a condotte di offensività più modesta: permane, sì, il tipo associativo (art. 416 c.p.), ma nella sua forma più semplice, elementare e non qualificata. Appunto: 'banda di quartiere' dedita allo spaccio di lieve entità e non associazione finalizzata al traffico illecito di stupefacenti.

Ovviamente, all'interno della disposizione che disciplina l'associazione di stampo mafioso non c'è un analogo meccanismo di 'degradazione' normativa del tipo associativo in relazione all'attività svolta, per la ragione semplice che variegato è l'oggetto criminoso dell'associazione: è invece rimessa all'interprete – né potrebbe essere diversamente – la verifica dell'esatta portata delle plurime condotte e, così, l'eventuale 'degrado' verso l'ipotesi semplice. Il problema è dunque di una modalità d'essere dell'associazione. Il tipo è cangiante, ancorché il canovaccio sia unico: e la variazione del tipo la si dimensiona in rapporto al concetto di associazione-territorio. Non esiste – e questo può porsi quale dato incontrovertibile – associazione per delinquere di stampo mafioso che non sia territorializzata.

Ciò significa che, a differenza del tipo normativo di cui all'art. 416 c.p., vi è un concetto strutturale (indefettibile) di territorio. Esso è un ambito e qualifica l'associazione: più sfumata è la territorialità, più difficile è rinvenire la tipizzazione e l'offensività in concreto. Priva di territorialità rigorosamente individuata, l'associazione mafiosa è un'evanescenza.

Al contempo, più sfumata è la qualificazione dell'offensività in concreto, più etereo risulta l'apprezzamento del 'metodo': e maggiore dovrebbe essere, per compensazione, la tipizzazione. Ciò che tuttavia non si verifica (anzi!) nel localismo mafioso. Dunque, il problema di legalità penale che si pone di fronte alle 'nuove mafie' è quello di calare la rigorosa verifica dell'offensività in concreto in contesti territoriali più limitati, ma precisi, ancorché storicamente vergini rispetto a fenomeni di criminalità organizzata: calibrando, rispetto a questa diversa realtà territoriale (comunque imprescindibile), gli elementi propri dell'assoggettamento omertoso e del metodo mafioso. Così, a mio avviso, è possibile evadere da un'idea mitica della legalità penale in tema di associazione mafiosa e neutralizzare, con l'astuzia, i problemi della lassità del 'tipo normativo'. Insomma, ciò che davvero ci si può augurare per una ragionevole legalità penale in questa materia non è la battaglia sulle etichette, sui nomi, sui luoghi, sulla storia, sulle tradizioni e neppure le logomachie sul tipo; piuttosto, un recupero serio dell'oggettività giuridica della fattispecie.

Il declino di questa epistème mi riempie di nostalgia: sono consapevole di essere fuori moda e fuori dal tempo della modernità richiamando una nozione in perenne crisi e

quasi teoricamente desueta, quale quella della oggettività giuridica della fattispecie. Ma lo sforzo di rinvenire l'oggettività giuridica consente di individuare la causa normativa dell'incriminazione dell'associazione per delinquere di stampo mafioso.

Poche e semplici domande che, di fronte al fenomeno, il giudice deve porsi: esiste la territorialità, primo presupposto indefettibile dell'art. 416-bis? Esistono gli obiettivi da perseguire e perseguiti dagli associati? Esistono le epifanie del metodo? Esiste il pericolo tutelato, vale a dire l'assoggettamento omertoso? Tutto ciò si compendia nell'oggettività giuridica. In tanto si può avere una valutazione dell'offensività in concreto (reato di pericolo concreto), in quanto si rinvencono gli elementi strutturali di fattispecie. Ecco che il discorso dell'oggettività giuridica finisce con l'incidere direttamente sul problema della tipicità. Il fatto è tipico in quanto offensivo di una determinata oggettività.

6. UNO SGUARDO RAPIDO ALLA GIURISPRUDENZA

Su cosa ha concentrato la propria attenzione la limitata giurisprudenza sul tema delle 'nuove mafie'? Impossibile in questa sede – per tempi e circostanze – andare oltre un mero accenno. Merita innanzitutto di essere ricordata la fondamentale summa divisio che pare rappresentare l'abbrivio di ogni ulteriore elaborazione concettuale sul punto: precisamente, tra i 'locali' che rappresentano articolazione territoriale di mafie storiche e le manifestazioni associative, localmente sorte, che da quelle completamente prescindono, per origine e collegamento. La distinzione è ben messa in luce, con ammirevole chiarezza, da Sez. II, 28 marzo 2017, n. 24850, Cataldo, in C.E.D. Cass., n. 270290, che conviene citare sul punto: «(...)nella realtà fenomenica, a fronte della teorica molteplicità di manifestazioni di criminalità organizzata, di fatto le possibili diversità tendono a risolversi nella seguente alternativa: il nuovo aggregato delinquenziale può, infatti, porsi come struttura autonoma ed originale, anche se si proponga di utilizzare la stessa metodica delinquenziale delle mafie storiche, attraverso lo sfruttamento di quella maggiore forza intimidatrice che, fisiologicamente, si riconnette alla forma associativa; ovvero, può configurarsi come mera articolazione di tradizionale organizzazione mafiosa, in stretto rapporto di dipendenza o, comunque, in collegamento funzionale con la casa madre». Precipue le conseguenze in punto di diversa costruzione della fattispecie. Infatti, nel caso di gemmazione locale da una 'storica' casa madre mafiosa – vale a dire, nel caso di delocalizzazione in più articolazioni periferiche (c.d. locali) – la stessa giurisprudenza ammette, in estrema sintesi, che: a) verificato che ciascuna di esse sia effettivamente parte del sodalizio e che questo, nel suo complesso, si sia manifestato nel nuovo contesto territoriale, non occorre che ogni cellula abbia dato luogo alla manifestazione del metodo mafioso (in tal senso, Sez. VI, 12 maggio 2016, n. 44667, P.G. in proc. Camarda, in C.E.D. Cass., n. 268676); b) è necessario tuttavia che l'articolazione del

sodalizio sia in grado di sprigionare, per il solo fatto della sua esistenza, una capacità di intimidazione effettiva ed obiettivamente riscontrabile, la quale può, in concreto, promanare dalla diffusa consapevolezza del collegamento con l'associazione principale (ovviamente, in alternativa all'esteriorizzazione in loco di condotte integranti gli elementi previsti dall'art. 416-bis, comma 3, c.p.p.: cfr. Sez. II, 30 aprile 2015, n. 34147, P.G. in proc. Agostino, ivi, n. 264623; Sez. I, 17 giugno 2016, n. 55359, P.G. in proc. Pesce, ivi, n. 269040); c) alla necessaria esteriorizzazione della forma di condotta positiva (l'“avvalersi” normativo, che postula che l'intimidazione si traduca in atti specifici, riferibili ad uno o più soggetti), si oppone che il reato di cui all'art. 416-bis c.p. è configurabile – con riferimento ad una nuova articolazione periferica (c.d. “locale”) di un sodalizio mafioso radicato nell'area tradizionale di competenza – anche in difetto della commissione di reati-fine e della esteriorizzazione della forza intimidatrice, qualora emerga il collegamento della nuova struttura territoriale con quella “madre” del sodalizio di riferimento, ed il modulo organizzativo presenti i tratti distintivi del predetto sodalizio, lasciando concretamente presagire una già attuale pericolosità per l'ordine pubblico (Sez. V, 3 marzo 2015, n. 31666 del 3 marzo 2015, Bandiera, ivi, n. 264471; la già citata Sez. II, 28 marzo 2017, n. 24850 e, da ultimo, Sez. V, 24 maggio 2018, n. 28722, Demasi, ivi, n. 273093). Evidente come tali affermazioni esasperino il ‘tipo’ normativo, deprimendo l'offensività in concreto, fin quasi a renderla virtuale (è sintomatica l'affermazione: «lasciando presagire una già attuale pericolosità per l'ordine pubblico»).

Impostazione pressoché antitetica per la formazione associativa autoctona, autonoma ed originale e senza legami con mafie storiche, dove pare esaltato il principio di offensività e svalutata la mera tipicità, formalmente intesa.

L'autoreferenzialità criminosa di tale epifania associativa esige, come imprescindibile, la verifica in concreto dei presupposti costitutivi della fattispecie di reato di cui all'art. 416-bis c.p. Sarà quindi assolutamente necessario (v. la già citata, Sez. II, 28 marzo 2017, n. 24850, Cataldo) «accertare se la neoformazione delinquenziale si sia già proposta nell'ambiente circostante, ingenerando il clima di generale soggezione quale effetto della sua stessa esistenza». Ciò significa che – a differenza della tipologia di associazione locale propaggine di una mafia ‘storica’ – la locuzione normativa dell'“avvalendosi”, con riferimento ai partecipi del sodalizio delinquenziale, risulta da interpretare in senso rigoroso e positivo: il metodo mafioso «deve essersi manifestato all'esterno, producendo nell'ambiente circostante, in termini di causa ed effetto, la condizione di assoggettamento ed omertà, capace di costituire presupposto della realizzazione del programma criminoso». L'associazione locale ed autoctona deve, dunque, palesarsi con i reati-fine; deve manifestare, cioè, un'offensività in concreto attraverso l'utilizzo della forza intimidatrice del vincolo associativo, consolidatasi in esito ad azioni delittuose «anche di particolare efferatezza»; deve giovare della

conseguente condizione di assoggettamento e di omertà della popolazione, dissuasa – come si legge nella pronuncia da ultima citata – «dal ricorso alla denuncia od alla delazione all'autorità costituita dalla consapevolezza dell'ineluttabilità di reazioni punitive». La giurisprudenza ancora più di recente ha ulteriormente precisato questi portati di metodo sul tema dell'apprezzamento dell'offensività in concreto e lo ha fatto, come dire, al ribasso. Ha cioè precisato le necessarie manifestazioni dell'«agire mafioso», ma attraverso una lettura essenziale (o minimalista o riduzionista, che dir si voglia) di esse. In uno dei prodotti giurisprudenziali più recenti e significativi in materia (Sez. VI, 26 ottobre 2017, n. 57896, P.G., P.C. in proc. Fasciani, in C.E.D. Cass., n. 271724), la Corte di legittimità ha infatti – ed innanzitutto – ribadito una solida testata d'angolo, su cui si regge (e, verosimilmente, si reggerà in futuro) l'intero impalcato argomentativo: nello schema normativo previsto dall'art. 416-bis c.p. – scrivono infatti i giudici – «non rientrano solo grandi associazioni di mafia ad alto numero di appartenenti, dotate di mezzi finanziari imponenti, e in grado di assicurare l'assoggettamento e l'omertà attraverso il terrore e la continua messa in pericolo della vita delle persone; rientrano anche piccole 'mafie' con un basso numero di appartenenti (bastano tre persone), non necessariamente armate (...), che assoggettano un limitato territorio o un determinato settore di attività avvalendosi, però, del metodo dell'intimidazione da cui derivano assoggettamento ed omertà».

È sulla 'delimitazione' di quest'ultimo, tuttavia, che si registrano le affermazioni maggiormente rilevanti e prospettiche. Infatti, si statuisce che: a) anche una sola condotta, considerata in rapporto alle sue specifiche modalità ed al tessuto sociale in cui si esplica, può esprimere di per sé la forza intimidatrice del vincolo associativo (la Corte, sul punto, ripescava e cita Sez. VI, 3 giugno 1993, n. 1793, De Tomassi, in C.E.D. Cass., n. 198577); b) il reato associativo è configurabile anche con riguardo ad organizzazioni che, senza controllare tutti coloro che vivono o lavorano in un certo territorio, rivolgono le proprie mire a danno dei componenti di una certa collettività: «non è necessaria la prova che l'impiego della forza intimidatoria del vincolo associativo sia penetrato in modo massiccio nel tessuto economico e sociale del territorio di elezione, essendo sufficiente la prova di tale impiego munito della connotazione finalistica richiesta dalla suddetta norma incriminatrice» (Sez. II, 4 aprile 2017, n. 24851, Garcea, *ivi*, n. 270442); c) occorre considerare la variegatura delle forme di intimidazione, potendo essa passare da modalità «molto forti (minaccia alla vita o al patrimonio quando ci si trovi in presenza di soggetti ben radicati in un territorio, come per esempio gli operatori economici non occulti) a mezzi semplici come minacce di percosse rispetto a soggetti che non siano in grado di contrapporre valide difese»; d) quanto alla condizione dell'omertà, non è affatto necessaria una generalizzata e sostanziale adesione alla subcultura mafiosa, né «una situazione di generale terrore», ma è sufficiente che il rifiuto a collaborare con gli organi dello Stato

«sia sufficientemente diffuso, anche se non generale» e che tale atteggiamento «sia dovuto alla paura non tanto di danni all'integrità della propria persona, ma anche solo alla attuazione di minacce che comunque possono realizzare danni rilevanti»; e) è sufficiente che sussista la diffusa convinzione che la collaborazione con l'autorità giudiziaria, denunciando il singolo che compie l'attività intimidatoria, non impedirà «che si abbiano ritorsioni dannose per la ramificazione dell'associazione, la sua efficienza, la sussistenza di altri soggetti non identificabili e forniti di un potere sufficiente per danneggiare chi ha osato contrapporsi» (Sez. VI, 11 gennaio 2000, n. 1612, Ferone, in C.E.D. Cass., n. 216634; Sez. fer., 12 settembre 2013, n. 44315, Cicero, *ivi*, n. 258637).

7. CHIOSA A CHIUSA: QUALCHE DUBBIO FINALE

Non c'è possibilità, in questa sede, di sviluppare criticamente tali importanti passaggi ricostruttivi. La generale impressione che se ne trae è che la Corte regolatrice abbia modellato, attraverso mirate affermazioni, le forme minime ed essenziali di offensività dell'ipotesi associativa delle 'nuove mafie'. Che, insomma, un po' relegando sullo sfondo la tipicità 'formale' del precetto di incriminazione, abbia operato piuttosto sui requisiti 'minimi' di offensività in concreto, offrendo una sorta di decalogo al giudice di merito per l'apprezzamento pro futuro della fattispecie. Difficile prevedere gli sviluppi di tale approccio, indubbiamente di tipo funzionalistico.

Fin d'ora, tuttavia, da esso sorge un dubbio denso, che riguarda un po' l'intera riflessione proposta in questa sede e ne costituisce il problematico epilogo. Precisamente, se operare sulla offensività (sia pure in concreto), deprimendo il rilievo della tipicità, sia intervento discutibile, perché indirizzato, in realtà, ad una funzione in *malam partem* dell'offensività medesima. In breve, il manometro dell'offensività funziona, solitamente, in senso inverso: esso, in presenza di una condotta 'formalmente' tipica, chiude alla possibile integrazione della fattispecie allorché la condotta rimane comunque sotto soglia rispetto ad un apprezzabile gradiente di offensività. È, insomma, un uso in *bonam partem* dell'offensività, la cui assenza o marginalità esclude ogni rilievo anche della (parvenza di) tipicità.

Nel caso delle 'nuove mafie' avviene un po' il contrario: la rilevanza dell'offensività in concreto è esaltata nell'apprezzamento giudiziale, laddove la tipicità appare solo una quinta di scena e serve solo a delimitare un palcoscenico in cui si agita altro. Questo è il complesso problema che le 'nuove mafie', alla fine, consegnano all'interprete.

NOTA FINALE

La famosa citazione dei teorici della Scuola di Francoforte è in M. Horkheimer, T. W. Adorno, *Dialettica dell'illuminismo*, Einaudi, 1997, p. 12. Il 'dilemma della liberaldemocrazia' elaborato dal giudice costituzionale e giusfilosofo tedesco Ernst

Wolfgang Böckenförde si legge in *The Rise of the State as a Process of Secularisation*, in Id., *State, Society and Liberty: Studies in Political Theory and Constitutional Law*, New York-Oxford, Berg, 1991, p. 26-46. La sintetica ed efficacissima formulazione italiana di esso riportata nel testo è tratta, assieme alle relative, acute riflessioni, dal magnifico libro di Giovanni Orsina, *La democrazia del narcisismo. Breve storia dell'antipolitica*, Marsilio, 2018, p. 20, nt. 1.

Le richiamate riflessioni di Natalino Irti sulla crisi della fattispecie e sul diritto incalcolabile sono esposte nei saggi: *Un diritto incalcolabile; La crisi della fattispecie e 'Calcolabilità' weberiana e crisi della fattispecie*, oggi raccolti, assieme a diversi altri, nel volume Id., *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, 2016.

Le considerazioni di Emanuela Fronza e Michele Caianiello cui si fa cenno nel testo sono esposte nel saggio *Il principio di legalità nello Statuto della Corte penale internazionale*, in *Ind. pen.*, 2002, 1, p. 307.

La 'difesa del senso letterale' e la critica al declaratory power è svolta da Vittorio Manes nell'approfondito e suggestivo saggio *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, pubblicato in *Diritto penale contemporaneo*, 17 gennaio 2018.

Le citazioni di Alessandro Gamberini sono tratte da: *La crisi della tipicità. Appunti per una riflessione sulla trasformazione della giustizia penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 31 maggio 2016.

Il diritto penale come etica pubblica è un gigantesco libricino di Massimo Donini, edito da Mucchi nel 2014. Le citazioni di Cristina Campo sono tratte dalla raccolta di saggi di critica letteraria ed estetica dal titolo: *Gli imperdonabili*, Adelphi (ed. digitale 2014). L'«annichilimento della società civile» è espressione utilizzata da Antonio Balsamo e Sandra Recchione nello scritto *Mafie al Nord. L'interpretazione dell'art. 416-bis c.p. e l'efficacia degli strumenti di contrasto*, in *Diritto penale contemporaneo*, 18 ottobre 2013. Ringrazio infine Alberto Macchia per aver discusso, con la consueta pazienza e profondità, contenuti ed idee scritte

Fonte: Cassazione Penale, fasc.11, 2016, pag. 4295B

Autori: Carlo De Gasperis

**LA FIGURA DEL CONCORSO ESTERNO IN ASSOCIAZIONE DI STAMPO
MAFIOSO TRA DIRITTO INTERNO E CEDU: L'AFFAIRE CONTRADA
The Concept of External Participation in Mafia Association Between Domestic
Law and European Convention on Human Rights: the Contrada Affaire**

Sommario 1. Premessa. Il sottotesto della sentenza Contrada. — 2. La vicenda Contrada. La violazione dell'art. 7 CEDU. — 3.1. Il peccato originale della sentenza Contrada (critica n. 0). — 3.2. La discutibile ricostruzione della giurisprudenza italiana in materia di concorso eventuale nell'art. 416-bis c.p. (critica n. 1). — 3.3. Il concetto di prevedibilità e l'oggetto della sentenza Contrada (critica n. 2). — 4. Le possibili soluzioni applicative. — 5. Una prima scossa di assestamento dopo il terremoto Contrada. La sentenza Ciancio. — 6. Conclusioni.

1. PREMESSA. IL SOTTOTESTO DELLA SENTENZA CONTRADA

La nota sentenza Contrada (causa Contrada c. Italia, ric. n. 66655/13), emessa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo il 14 aprile 2015, presenta molteplici aspetti di notevole interesse (1). Al fine di comprendere fino in fondo il significato e la portata di tale pronuncia è necessario, però, descrivere, seppur sommariamente, il contesto in cui la stessa si inserisce.

Da diversi anni, infatti, non è più possibile ignorare il processo di europeizzazione del diritto penale (2). Dal proliferare della produzione giuridica euro-unitaria e dal progressivo perfezionamento degli strumenti di diritto internazionale pattizio prende le mosse un nuovo ambito di ricerca: il diritto penale europeo (3). In particolare, per quel che qui interessa, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo ha assunto un ruolo sempre più protagonista nell'ordinamento interno.

Questa importanza deriva da diverse ragioni.

Innanzitutto, rileva la peculiarità della materia regolata.

Il diritto convenzionale, infatti, non si occupa, come avviene per le altre fonti del diritto internazionale pattizio, di questioni di settore, ma ha ad oggetto i diritti e le libertà fondamentali dell'individuo. Una fonte, quindi, materialmente costituzionale (4) e a vocazione universale (5), in cui non può trovare applicazione il principio di reciprocità, in base al quale non si è tenuti ad adempiere un obbligo nei confronti della controparte inadempiente. In secondo luogo, il sistema convenzionale è costruito tutto intorno ad una sua propria giurisdizione. La Corte europea, pertanto, è il cuore pulsante del diritto convenzionale, rinnovando quotidianamente il significato dei principi della Convenzione (6), che divengono, infatti, parametro interposto di legittimità costituzionale, così come interpretati dai giudici di Strasburgo.

La terza caratteristica, infine, consiste nel ricorso individuale; la possibilità, cioè, in capo ad ogni individuo di ricorrere alla Corte europea, lamentando la violazione di uno dei diritti sanciti dalla Convenzione da parte di uno Stato membro. L'assegnazione al singolo, quindi, di una speciale "soggettività di diritto

internazionale”. Tale strumento configura il principale tratto distintivo rispetto al diritto internazionale classico, concepito invece come un accordo tra Stati sovrani (7).

Sulla base delle considerazioni finora svolte, si comprendono le cause che hanno condotto la Corte costituzionale a riconoscere alla Convenzione il rango di norma interposta, subordinata alla Costituzione, ma sovraordinata alla legge ordinaria (8).

Pertanto, si assiste oggi ad un momento cruciale dell'attuale sistema di diritto, un vero e proprio snodo fondamentale.

Per dirla con le parole del prof. Palazzo, «dalla democrazia verso i diritti fondamentali» (9).

In altri termini, l'idea di democrazia di cui si fa portatrice la Corte europea non coincide con quella tradizionale di ispirazione liberale, intesa come monopolio dell'organo rappresentativo nella produzione del diritto. A Strasburgo sembra, infatti, essere privilegiata un'idea di democrazia di matrice sostanziale, svincolata dal momento parlamentare e totalmente proiettata sulla diretta ed immediata salvaguardia dei diritti fondamentali (10). Di fronte, quindi, alla crisi della riserva di legge sopravanza la legalità in action europea, in cui l'ermeneutica riveste un ruolo centrale nel paniere delle fonti del diritto e il precedente giudiziario, tutt'altro che persuasivo, assume valenza coercitiva, vincolante (11). Alla luce delle argomentazioni proposte, discende un primo elemento di fondamentale importanza che fa da sottotesto alla vicenda Contrada: la coesistenza di due differenti, forse inconciliabili, paradigmi della legalità.

2. LA VICENDA CONTRADA. LA VIOLAZIONE DELL'ART. 7 CEDU

Bruno Contrada è stato condannato, al termine di un tortuoso procedimento giudiziario (12), alla pena di anni 10 di reclusione per concorso esterno in associazione di stampo mafioso. In particolare, è stato condannato per avere, in qualità di funzionario di polizia e vicedirettore del S.I.S.De., fornito, tra il 1979 e il 1988, informazioni riservate riguardanti varie indagini e operazioni di polizia a membri dell'associazione mafiosa denominata “Cosa Nostra”. Esaurite le vie di ricorso interno, Contrada ha proposto ricorso alla Corte EDU, lamentando la violazione dell'art. 7 della Convenzione. La Corte, al termine di una breve e lineare esposizione valutativa, in cui ripercorre l'evoluzione giurisprudenziale del principio di legalità convenzionale e l'applicabilità dello stesso al caso in esame, accoglie il ricorso del ricorrente, affermando che «il reato in questione è stato il risultato di una evoluzione giurisprudenziale iniziata verso la fine degli anni ottanta del secolo scorso e consolidatasi nel 1994 con la sentenza Demitry. Perciò, all'epoca in cui sono stati commessi i fatti ascritti al ricorrente (1979-1988), il reato in questione non era sufficientemente chiaro e prevedibile per quest'ultimo. Il ricorrente non poteva

dunque conoscere nella fattispecie la pena in cui incorreva per la responsabilità penale derivante dagli atti da lui compiuti. (...) La Corte ritiene che questi elementi siano sufficienti per concludere che vi è stata violazione dell'articolo 7 della Convenzione» (13). Prima di entrare nel merito delle statuizioni dei giudici di Strasburgo, occorre analizzare – seppur brevemente – il significato e l'ambito applicativo del principio di legalità convenzionale (14). L'art. 7 CEDU costituisce, insieme agli artt. 2, 3 e 4, il cosiddetto nucleo duro dei diritti fondamentali per cui non viene mai ammessa una deroga. Il contenuto di tale disposizione, come avviene per tutti gli altri principi convenzionali, trae origine oltre che dal dato testuale anche – e soprattutto – dall'interpretazione datane dalla Corte europea. Rispetto al nostrano principio del nulla poena sine lege, scolpito nella Costituzione all'art. 25, II comma, è evidente la diversità semantica dei concetti di poena(15) e di lege. Con riferimento a quest'ultimo, la Corte EDU prescinde dal principio di riserva di legge, equiparando così sul piano delle fonti del diritto penale l'atto normativo scritto e la fonte giurisprudenziale, sul presupposto che la legalità sostanziale europea sia portatrice di un generalizzato innalzamento della tutela dell'individuo. Si compie, in questo modo, una (innaturale) sintesi tra sistemi di Common law e sistemi di Civil law, questi ultimi sforniti, però, di uno strumento adatto a stabilizzare il precedente giudiziario. È opportuno, infine, menzionare che la nozione di lege nell'ottica convenzionale deve rispettare due parametri qualitativi, l'accessibilità e la prevedibilità, delineati entrambi per la prima volta dalla Corte EDU nella sentenza Sunday Times c. Regno Unito (16). L'accessibilità viene descritta come la possibilità per il cittadino di acquisire informazioni sufficienti sulla norma giuridica applicabile nel caso di specie.

La prevedibilità, invece, viene intesa come la conoscibilità ex ante sulla base del dato testuale della norma o dell'interpretazione che ne fornisce la giurisprudenza.

3.1. Il peccato originale della sentenza contrada (critica n. 0)

Le conclusioni della Corte EDU nonché le argomentazioni dalla stessa addotte danno adito a numerosi rilievi critici. In primo luogo, i giudici di Strasburgo definiscono espressamente il concorso esterno nell'associazione di stampo mafioso come “reato di origine giurisprudenziale”.

L'intero periodo è costruito per sottolineare l'assertività di un concetto tanto scontato in ottica convenzionale, quanto estraneo al nostro ordinamento interno.

Il § 141 recita, infatti: «(...) non è oggetto di contestazione tra le parti che il concorso esterno in associazione di tipo mafioso costituisca un reato di origine giurisprudenziale». Tale affermazione, così perentoria, costituisce il vero e proprio peccato originale della sentenza Contrada. Questo semplice sintagma, questo ossimoro pone sin da subito i binari del discorso irrimediabilmente distanti da

qualsiasi valutazione fondata su basi formalistiche tradizionali, aprendo la strada a sviluppi argomentativi incerti e dal sapore agrodolce (17). Se è indubbio, infatti, che l'opera giurisprudenziale abbia rivestito un ruolo centrale nella descrizione di questa figura, non sembra però corretto omettere del tutto l'importanza del formante normativo, nel solco del quale l'attività interpretativa ha potuto esprimersi. Piuttosto che di reato di origine giurisprudenziale, quindi, dovrebbe parlarsi di una eccentrica base legale, delineata in parte dal legislatore ed in parte dall'interprete.

Da tale affermazione della Corte EDU discende, inoltre, una ulteriore distorsione prospettica dei giudici di Strasburgo, nella parte in cui respingono l'obiezione formulata dagli Avvocati dello Stato circa la rilevanza nel caso in esame del fatto che fosse già configurabile, sin dagli anni '60, il concorso esterno in materia di cospirazione politica ed in materia di terrorismo (18). Secondo la Corte EDU, infatti, a nulla rileverebbe questa constatazione, sussistendo un'incolmabile differenza sostanziale tra il concorso eventuale nell'art. 416-bis c.p. e quello nelle altre tipologie di associazione appena menzionate. Statuizione che appare fondata su argomentazioni logico-giuridiche poco convincenti.

La Corte, in questo modo, dimostra di considerare il concorso esterno in associazione di stampo mafioso come un'autonoma disposizione di parte speciale, senza porre a mente l'ingombrante presenza dell'art. 110 c.p. (19). Trascurando del tutto valutazioni di ordine giuridico-dogmatico, i giudici di Strasburgo, quindi, si soffermano esclusivamente sulla forte pregnanza criminologica della posizione del concorrente esterno nell'art. 416-bis c.p.

Viene sottolineata, pertanto, la circostanza secondo cui tale fattispecie concentra tutto il suo disvalore penale nella qualifica rivestita da tali soggetti (il magistrato, l'avvocato, il commercialista, il politico, ecc.) e trova unica giustificazione in un dato sociologico, l'esistenza della cosiddetta "borghesia mafiosa" (20).

Ma, dal punto di vista normativo, in cosa consiste il concorso eventuale in associazione di stampo mafioso? Questa figura nasce dal combinato disposto di due norme contenute nel codice penale. Da un lato, si trova l'istituto del concorso di persone nel reato, l'art. 110 c.p.

Tale fattispecie, come gli artt. 40 cpv. e 56 c.p., è una clausola estensiva della punibilità o, meglio, un moltiplicatore di tipicità. Attraverso tale disposizione, infatti, il Legislatore ha voluto estendere l'area di rilevanza penale del fatto, canonicamente delineata solo dalla norma di parte speciale, ad ipotesi atipiche, trasformando così fattispecie costruite in forma monosoggettiva in fattispecie plurisoggettive eventuali.

A differenza delle norme sul tentativo e sul reato omissivo improprio (21), l'art. 110 c.p. si caratterizza per una totale assenza di contenuto semantico, idonea ad

evidenziare la contrarietà di tale disposizione al principio costituzionalmente garantito di sufficiente determinatezza.

Dall'altro lato, invece, l'art. 416-bis c.p. Questa norma, introdotta nel 1982 a fronte della emergenziale situazione storico-politica, fa della vaghezza il suo marchio di fabbrica. Da un lato, l'indeterminatezza della nozione di "metodo mafioso", che si compone dell'assoggettamento, dell'intimidazione e dell'omertà, elementi che presentano un contenuto ben lontano dall'essere giuridico, ma che, invece, assumono un carattere prettamente sociologico, legato al territorio; dall'altro, un oggetto di tutela inafferrabile quale l'ordine pubblico, rendono il reato di associazione di stampo mafioso un ripostiglio concettuale (22) vuoto o, forse, intenzionalmente voluto vuoto.

È possibile, pertanto, affermare – per sciogliere il quesito posto – che il concorso esterno in associazione di stampo mafioso, dal punto di vista normativo, nasce dalla combinazione «tra due sfere normative affette, entrambe, da notevole genericità già in partenza, per cui genericità si somma a genericità, dando luogo a perversi effetti moltiplicatori» (23).

3.2. La discutibile ricostruzione della giurisprudenza italiana in materia di concorso esterno nell'art. 416-bis c.p. (critica n. 1) In secondo luogo, risulta poco approfondita, a tratti superficiale, l'analisi compiuta dalla Corte europea rispetto all'evoluzione della giurisprudenza italiana in materia di concorso esterno nell'associazione di stampo mafioso. La ricostruzione storica compiuta dai giudici di Strasburgo individua un momento cruciale: il 1994, data in cui le Sezioni Unite hanno tentato per la prima volta di ordinare la materia in oggetto. Prima di tale data, secondo la Corte, l'incertezza giurisprudenziale rendeva imprevedibile il disvalore penale della condotta. Solo con la sentenza Demitry (24), invece, è stata finalmente ammessa in maniera esplicita l'esistenza di tale figura criminosa nel nostro ordinamento. In conseguenza di ciò, all'epoca in cui ha commesso i fatti contestati (tra il 1979 e il 1988) Contrada non poteva conoscere le conseguenze sanzionatorie derivanti dalla sua condotta. Due sono, a mio avviso, gli errori in cui incorre la Corte EDU nella sua ricostruzione.

Innanzitutto, laddove dovesse ritenersi necessario individuare un preciso momento nel panorama giurisprudenziale a partire dal quale diviene consolidata la configurabilità del concorso esterno nell'art. 416-bis c.p., sarebbe preferibile collocarlo nella successiva sentenza Carnevale (25), sempre a Sezioni unite, del 2002.

Solo a seguito di questa decisione, infatti, è stato definitivamente risolto il nodo circa l'an della figura del concorso esterno in associazione di stampo mafioso.

Tale pronuncia, infatti, si situa posteriormente alla, meno nota ma parimenti rilevante, sentenza Villecco (26), in cui si stabilisce che «in tema di associazione per delinquere

di stampo mafioso il combinato disposto degli artt. 110 e 115 c.p. preclude la configurabilità di un concorso esterno o eventuale, atteso che l'aiuto portato all'associazione nei momenti di fibrillazione integra, sotto il profilo oggettivo e soggettivo, la condotta del far parte del sodalizio criminoso».

Si riaprono, quindi, le ostilità in materia di individuazione dei confini semantici dei concetti di partecipazione e concorso esterno. Da un'attenta analisi delle perplessità circa il significato dogmatico della condotta dell'extraneus rispetto a quella del partecipe, così come delineata dalla Sezioni unite, si ripropongono nella mente dei giudici di legittimità gli stessi dubbi interpretativi e la medesima insofferenza che serpeggiava nella giurisprudenza precedente al 1994. Questa critica serrata travolge, invero, l'elemento materiale, l'elemento soggettivo, lo stato patologico di fibrillazione (valido per i casi di concorso materiale e non anche per quelli di concorso morale) e la sovrapposibilità con le specifiche ipotesi delittuose che puniscono la contiguità mafiosa (artt. 7 d.l. n. 152/1991 e 418 c.p.).

Tale decisione, pertanto, si discosta nettamente dagli insegnamenti della sentenza Demitry, aderendo così a quell'orientamento negazionista che ritiene non ipotizzabile il concorso esterno in associazione mafiosa. Discutibile ed arbitraria appare, dunque, la scelta compiuta dai giudici di Strasburgo di sorvolare le argomentazioni della sentenza appena esaminata.

La seconda imprecisione, invero, appare ancor più macroscopica.

Pur ammettendo che nel 1994 sia stata risolta l'incertezza sull'an della configurabilità della categoria del concorso esterno nell'art. 416-bis c.p., non è possibile non rilevare la perdurante incertezza sull'ampiezza di questa controversa figura criminosa. L'anarchia ermeneutica rispetto agli elementi di tale "reato giurisprudenziale" perdura, infatti, ancora oggi. Basti pensare, senza scendere nel dettaglio, al requisito della cosiddetta "fibrillazione patologica", ritenuto indefettibile dalla sentenza Demitry, poi rivalutato dai medesimi giudici nella sentenza Carnevale come mero carattere esemplificativo della condotta del concorrente esterno.

Allo stesso modo, inoltre, la novità introdotta nella sentenza Mannino (27) in materia di accertamento del nesso di causalità, travisata – o elusa – dalle successive sentenze Prinzivalli (28), Tursi Prato (29) e Patriarca (30) in cui nuovamente si reputa sufficiente un semplice giudizio prognostico e si abbandona la conformazione realmente causale dell'apporto dell'esterno a dispetto di un etereo rafforzamento del senso di sicurezza degli appartenenti al sodalizio criminoso. La confusione investe, ancora, l'elemento soggettivo del concorrente e il carattere necessariamente permanente (31) o, al contrario, episodico, contingente, occasionale del suo contributo. Sulla scorta di quanto fin qui riportato, appare evidente che fino a quando perdurerà

l'inerzia del Legislatore non potranno terminare queste ondivaghe oscillazioni interpretative. La fisiologica incertezza connaturale alla decisione giurisprudenziale potrebbe, cioè, essere sostituita solo da una necessaria ed oltremodo attesa codificazione (32).

3.3. Il concetto di prevedibilità e l'oggetto della sentenza contrada (critica n. 2)

Particolarmente problematico appare, infine, il trapianto del concetto convenzionale di "prevedibilità" nell'ordinamento giuridico interno.

Il principio di cui all'art 7 CEDU, infatti, presuppone che il cittadino, sulla base del dato testuale e dell'interpretazione giurisprudenziale, sia in grado di prevedere la rilevanza penale della propria condotta e il quantum della reazione penale (33). Questa nozione, concepita per un diritto di matrice giurisprudenziale, difficilmente si adatta agli ordinamenti di civil law, in cui la prevedibilità è attribuito della legge e non delle decisioni del giudice. In queste ipotesi, piuttosto, la prevedibilità prende la forma del corrispondente soggettivo dei principi di tassatività e determinatezza della norma incriminatrice, l'impossibilità, cioè, di conoscere il divieto penalmente sanzionato (34). Ignoranza della legge che, sulla base dell'art. 5 c.p., assume rilievo nel nostro ordinamento (ed esclude così la colpevolezza) nell'ipotesi di improvviso mutamento di indirizzo giurisprudenziale (35). Una situazione, quindi, caratterizzata dalla presenza di due interpretazioni difformi della medesima norma in successione temporale tra loro (rapporto diacronico). A ben vedere, però, non pare essere questa l'ipotesi affrontata a Strasburgo.

L'oggetto della sentenza in esame riguarda, infatti, un semplice e sincronico contrasto ermeneutico (36).

Al momento in cui Contrada ha commesso i fatti contestati (1979-1988) è pacificamente ammesso che nel panorama giurisprudenziale italiano si contrapponevano due opposte tesi: una favorevole ed un'altra contraria alla configurabilità del concorso esterno in associazione di stampo mafioso (37).

E che cos'è il contrasto giurisprudenziale se non il presupposto fisiologico della nomofilachia? Più che di imprevedibilità, quindi, dovrebbe parlarsi di mera incertezza tra due opposte interpretazioni giurisprudenziali (38). Ed il mero dubbio in capo all'imputato sulla possibile rilevanza penale della propria condotta non può essere certo invocato come causa di esclusione della responsabilità (39).

Ulteriori problemi, infine, sorgono se si confrontano gli standard in materia di prevedibilità richiesti nella sentenza Contrada rispetto a quanto deciso precedentemente dalla stessa Corte europea. In particolare, il riferimento concerne un

ulteriore caso di mutamento giurisprudenziale sfavorevole ed imprevedibile, in cui, però, la Corte europea ha deciso in senso diametralmente opposto.

Si allude alla pronuncia S.W. c. Regno Unito del 1995 (40).

Il ricorrente, in questo caso, era stato condannato per violenza sessuale in danno della moglie nonostante l'orientamento giurisprudenziale dominante al momento in cui aveva commesso i fatti ritenesse sussistere una causa di non punibilità connessa all'adempimento dei doveri coniugali (41).

Lo stesso, pertanto, aveva proposto ricorso alla Corte EDU, lamentando, anch'esso come Contrada, la violazione dell'art.7.

I giudici di Strasburgo, però, hanno ritenuto, in conformità alla preminente esigenza di giustizia che permea l'intera Convenzione, che l'evidente disvalore insito nella condotta compiuta da S.W. rendesse prevedibile il successivo mutamento giurisprudenziale (42).

Al contrario, tale presunzione di prevedibilità non è stata rinvenuta dieci anni dopo nei confronti di Bruno Contrada.

Dal confronto di queste due decisioni emerge una palese incongruenza: «la Corte EDU ha ritenuto che S.W. potesse prevedere la sua condanna nonostante la giurisprudenza inglese fosse compatta nell'affermare la liceità della sua condotta; sempre secondo la Corte EDU, Contrada invece non poteva prevedere la sua condanna, nonostante una parte della giurisprudenza fosse di tale segno» (43). Alla luce di ciò, sorgono diversi dubbi circa la coerenza e l'omogeneità di giudizio della Corte, apparendo chiara l'ingiustificata disparità di trattamento in due casi pressoché identici.

4. LE POSSIBILI SOLUZIONI APPLICATIVE

Alla luce di quanto fin qui detto, diviene necessario esaminare i risvolti applicativi della sentenza Contrada sul piano del diritto nazionale. È opportuno preliminarmente verificare se la violazione accertata dai giudici di Strasburgo abbia carattere strutturale e possa, quindi, estendersi a tutti coloro che si trovano in una situazione analoga a Contrada. Bisogna, perciò, chiedersi se, sulla scorta di quanto affermato dalla Corte costituzionale nel caso Varvara (44), la sentenza Contrada si inserisca in un filone giurisprudenziale consolidato in materia di art. 7 CEDU o se, piuttosto, sia una decisione isolata a cui il giudice interno non è tenuto ad uniformarsi. Nonostante il precedente contrario descritto dalla decisione S.W. c. Regno Unito, è innegabile che il decisum Contrada si incastri perfettamente nella lettura sostanzialistico-evolutiva che la Corte di Strasburgo dà del principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege*(45).

La pronuncia in esame, pur non essendo una sentenza-pilota, sembra, pertanto, possedere le qualità necessarie per attivare l'interpretazione conformativa del giudice interno. Al fine di risolvere le problematiche afferenti i cosiddetti “fratelli minori” (46) di Contrada, coloro cioè che sono stati condannati per concorso eventuale nell'art. 416-bis c.p. per fatti commessi anteriormente al 1994, occorre un attento esame di quale principio interno venga chiamato in causa dalla pronuncia in oggetto.

Il § 150 espressamente sancisce che «all'epoca in cui sono stati commessi i fatti ascritti (1979-1988), il reato in questione non era sufficientemente chiaro e prevedibile per quest'ultimo».

Non è esplicito, infatti, quale sia il principio rilevante nel caso di specie: la colpevolezza, la sufficiente determinatezza o l'irretroattività.

Nella logica convenzionale è del tutto normale questa apparente confusione, in quanto è lo stesso art. 7 CEDU che assume di volta in volta una forma diversa, incarnando così il principio più adeguato a risolvere la fattispecie concreta.

Il sistema normativo delineato a Strasburgo, liberato dalla riserva di legge in materia penale, persegue, quindi, la difesa del singolo attraverso il fondamentale ruolo della prevedibilità, che modella le molteplici sfaccettature del principio di legalità. Diversamente da quanto, invece, avviene nell'ordinamento giuridico italiano in cui i diversi principi di cui ora ci occupiamo, nonostante mantengano un nesso funzionale comune, si presentano come relativamente indipendenti gli uni dagli altri. Occorre, perciò, esaminare separatamente le tre «vie di ingresso» attraverso cui il decum Contrada possa produrre effetti (47). In primo luogo, viene in esame il principio di colpevolezza. Contrada non avrebbe potuto, infatti, al tempo in cui ha commesso i fatti contestati, immaginare che la sua condotta avrebbe integrato gli estremi della figura criminosa nascente dal combinato disposto degli artt. 110 e 416-bis c.p. a causa dello stato di incertezza giurisprudenziale.

Verrebbe, pertanto, in rilievo una delle rarissime ipotesi di errore sul precetto scusabile, desunta dalla reinterpretazione dell'art. 5 c.p. da parte della Corte costituzionale nella celebre sentenza n. 364 del 1988 (48). In questa decisione, infatti, la Consulta afferma che «(...) l'errore sul precetto è inevitabile nei casi d'impossibilità di conoscenza della legge penale da parte d'ogni consociato. Tali casi attengono, per lo più, alla (oggettiva) mancanza di riconoscibilità della disposizione normativa (ad es. assoluta oscurità del testo legislativo) oppure ad un gravemente caotico (...) atteggiamento interpretativo degli organi giudiziari».

Aderendo a questa lettura non sarebbe, pertanto, necessario elaborare ex novo alcuno strumento di adattamento, ma l'art. 5 c.p. si presterebbe perfettamente a risolvere le posizioni ancora sub iudice dei “fratelli minori” di Contrada. Tale soluzione, però, si scontrerebbe con tutte quelle ipotesi in cui la sentenza passata in giudicato impedirebbe al giudice dell'esecuzione, a cui è preclusa qualsiasi valutazione sul merito, di rivalutare i casi di errore sul precetto.

Al fine di regolare anche le ipotesi coperte da giudicato, occorre vagliare la percorribilità del principio di sufficiente determinatezza. Si sposta, così, l'attenzione dall'elemento soggettivo alla tecnica di formulazione della fattispecie incriminatrice.

Sulla base di tale principio la legge penale deve prevedere in modo preciso e tassativo sia i reati che le pene che li reprimono. Secondo i giudici di Strasburgo, infatti, la questione da risolvere è se il precetto penale – è indifferente se di matrice normativa o giurisprudenziale – era in grado di definire chiaramente, all'epoca della commissione dei fatti, il reato di concorso esterno in associazione di stampo mafioso.

Il concetto di determinatezza, riletto in ottica convenzionale, non guarderebbe, quindi, alla sola disposizione legislativa, ma comprenderebbe anche l'univocità delle interpretazioni fornite dal “diritto vivente” (49). In questo caso, sarebbe necessario, in sede di esecuzione penale, proporre questione di legittimità costituzionale della norma indeterminata (combinazione degli artt. 110 e 416-bis c.p. fino al 1994), secondo lo schema delineato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 210 del 2013, prima, e dalle Sezioni unite della Corte di cassazione (sentenze Ercolano (50) e Gatto (51)), poi.

Questa soluzione si scontra, però, con un inevitabile paradosso logico.

Se una fattispecie può dirsi indeterminata solo quando non è interpretabile, quando cioè il dettato normativo non è suscettibile di interpretazione alcuna, come sarebbe allora possibile dichiarare l'illegittimità costituzionale di una norma che, pacificamente, dal 1994 in avanti è stata oggetto di molteplici interpretazioni da parte della giurisprudenza?

Diviene, pertanto, davvero difficoltoso ritenere il medesimo testo allo stesso tempo non interpretabile (e perciò indeterminato) prima del 1994 ed interpretabile (e perciò sufficientemente determinato) dopo tale momento. Rimane, infine, l'ultima via di ingresso da analizzare, quella senza dubbio dall'impatto più dirompente: il principio di irretroattività. Tale linea di pensiero riposa sull'assunto secondo cui nel 1994 si è formata una norma di origine giurisprudenziale che non potrebbe, pertanto, applicarsi ai fatti commessi precedentemente. Verrebbe così esteso l'ambito applicativo del divieto di retroattività non solo alla nuova incriminazione compiuta dal Legislatore, ma anche al nuovo orientamento giurisprudenziale sfavorevole. Seguendo tale percorso argomentativo il paradigma della legalità delineato a Strasburgo

sconvolgerebbe il nostro sistema normativo chiuso (52) e l'opera dell'interprete entrerebbe a pieno titolo tra le fonti di produzione del diritto.

Anche in questo caso sarebbe necessario passare per la Corte costituzionale, in particolare attraverso la dichiarazione di illegittimità dell'art. 2, comma 1, c.p., nella parte in cui non prevede accanto al termine "legge" il diritto giurisprudenziale (53). Anche questa tesi, però, appare di difficile percorribilità. Nel 2012, la Corte costituzionale (54) si è, infatti, pronunciata sulla delicata questione del rapporto tra "diritto vivente" e principio di legalità in materia penale (55).

Dopo aver individuato nell'assenza del momento parlamentare il vero scarto di tutela della legalità convenzionale in favore del principio di legalità previsto dall'art. 25, comma 2, Cost., la Corte ha ribadito l'impossibilità che una nuova decisione dell'organo della nomofilachia possa avere efficacia vincolante ed appartenere, pertanto, al novero delle fonti di produzione del diritto.

Il valore delle sentenze delle Sezioni unite della Cassazione è meramente persuasivo; in un ordinamento che non conosce il principio dello stare decisis, infatti, ciascun giudice potrà discostarsi dal principio di diritto affermato, sia pure con l'onere di adeguata motivazione (56).

Sia il momento della creazione delle norme penali che quello abrogativo non può, infatti, dipendere da regole giurisprudenziali, ma soltanto da un atto di volontà del Legislatore. Attraverso tale pronuncia, pertanto, la Corte costituzionale ha voluto espressamente confermare l'irrinunciabilità dei principi costituzionali di riserva di legge in materia penale e della sottoposizione del potere giudicante soltanto alla legge. Sulla scorta delle considerazioni svolte, appare davvero difficile vaticinare in che modo verranno metabolizzate le statuizioni dei giudici di Strasburgo nel nostro ordinamento.

5. UNA PRIMA SCOSSA DI ASSESTAMENTO DOPO IL TERREMOTO CONTRADA. LA SENTENZA CIANCIO

Al termine dell'analisi dei profili problematici di maggiore interesse che emergono dalla sentenza Contrada, è opportuno segnalare che lo scorso 12 febbraio sono state depositate le motivazioni della sentenza di non luogo a procedere nei confronti dell'imprenditore catanese Mario Ciancio. Tale decisione (57), infatti, costituisce l'ultima tappa del tortuoso processo di tipicizzazione del reato di concorso esterno in associazione mafiosa, che si è tentato di descrivere nelle sue linee essenziali nel corso di questa trattazione. Le argomentazioni proposte prendono le mosse da due importanti interventi in materia di associazione mafiosa: la sentenza della C. cost. n. 48 del 2015 (58) e la vicenda Contrada. Quest'ultima, in particolare, ha reso

nuovamente attuale un quesito giuridico a cui una ventennale giurisprudenza non è riuscita a fornire risposta definitiva.

È prevista nell'ordinamento giuridico italiano la figura del concorso esterno in associazione di tipo mafioso? Secondo il G.i.p. del Tribunale di Catania la risposta non può che essere negativa. Interessanti appaiono le motivazioni che conducono a siffatta conclusione.

La prima considerazione concerne l'evoluzione giurisprudenziale di questa problematica ipotesi delittuosa. Il G.i.p. sostiene, infatti, che le esigenze di politica criminale che avevano ispirato l'intuizione di Giovanni Falcone negli anni '80 non sopperiscono più all'evidente deficit di determinatezza di tale fattispecie. In altre parole, esaurite le esigenze contingenti di quel preciso momento storico di crisi, non permane alcuna giustificazione per continuare ad utilizzare una norma che lo stesso Legislatore si è ben visto dal regolare espressamente. Pertanto, l'inerzia legislativa che perdura da più di trenta anni, a fronte anche dei diversi progetti di legge in materia mai portati a compimento, conferma la tesi secondo cui non è più possibile parlare nel nostro ordinamento di concorso esterno in associazione mafiosa. In secondo luogo, diviene difficoltoso, secondo il Tribunale di Catania, riscontrare tra le varie pronunce giurisprudenziali un elemento costante e caratterizzante la condotta del concorrente esterno. La prima sentenza delle Sezioni unite, infatti, circoscriveva la rilevanza penale del fatto al solo contributo salvifico. In questo modo, l'opera para-legislativa compiuta dai giudici nella sentenza Demitry, delimitando l'ambito applicativo alla fase patologica dell'associazione, rispondeva in modo adeguato alla necessità di rispettare i criteri di extrema ratio e frammentarietà della materia penale.

Proprio l'episodicità, l'ambito temporale limitato esaltava la rilevanza del contributo del concorrente esterno a discapito, invece, di tutte quelle situazioni, lecite, di mera contiguità compiacente, rendendo, altresì, maggiormente agevole la verifica probatoria del nesso di causalità. Le successive interpretazioni della Corte di cassazione che si innestano sulla sentenza Demitry, invece, perdono di vista questo requisito al punto da richiedere nella sentenza Dell'Utri del 2012 un contributo avente natura necessariamente permanente (59). Secondo il G.i.p. catanese, così facendo è stato però snaturato l'impianto logico delineato nel 1994 ed è divenuto perciò impossibile distinguere il concorrente esterno dal partecipe. Da ultimo, le riflessioni critiche investono la struttura della compagine mafiosa ed i mutamenti della stessa emersi negli ultimi decenni. Sulla base della giurisprudenza più recente (60), infatti, non sembra più possibile descrivere l'associazione mafiosa come un autonomo ordinamento separato e contrapposto a quello statale legalmente costituito (61). Prende le forme oggi di un apparato mafioso sempre più «all'interno dei gangli vitali della società».

Da questo cambiamento è derivata una modificazione contenutistica del concetto di metodo mafioso, capace di ricomprendere oramai anche chi non fa espresso uso della forza fisica per intimidire. Per integrare il tipo criminoso sarebbe sufficiente, pertanto, un accertamento solo potenziale della capacità di intimidazione, derivante ad esempio, nel caso delle “mafie del nord”, dal semplice rapporto funzionale con l'organizzazione criminale d'origine.

Lo stesso criterio discretivo dell'*affectio societatis* diviene, quindi, inefficace quando la tipica condotta mafiosa viene privata di qualsiasi contenuto e pregnanza semantica.

Ad un attento esame è possibile, inoltre, rilevare che nelle considerazioni del G.i.p. potrebbero rintracciarsi alcuni punti di contatto con quanto affermato nella requisitoria del caso Dell'Utri dal procuratore generale Iacoviello (62). A ben vedere, però, oltre a condividere le medesime perplessità circa l'indeterminatezza della contestazione in fatto (63) e l'assenza di reati fine, profondamente diverso appare lo spirito e le finalità che muovono i due interventi.

Nella requisitoria del caso Dell'Utri, infatti, traspare, nonostante la richiesta di annullamento con rinvio, una perdurante fiducia nell'utilità pratica di questa figura di reato e nella sua eccentrica base legale, descritta in parte dal legislatore ed in parte dalla giurisprudenza. I lodi, invece, cui approda la sentenza Ciancio sono, sulla base delle motivazioni appena riportate, diametralmente opposti: non sussistono più le esigenze di politica criminale che hanno portato alla creazione di tale ipotesi delittuosa, si è perso l'originale carattere che contraddistingueva la condotta (l'episodicità del contributo) ed è mutata la stessa conformazione strutturale dell'associazione di stampo mafioso. Alle argomentazioni esposte si aggiunge, poi, la tesi della Corte EDU, che, nel ruolo della celebre goccia, fa traboccare il vaso. Sulla base della sentenza Contrada, infatti, il G.i.p. catanese conclude che se davvero il concorso esterno in associazione di stampo mafioso è una figura di creazione giurisprudenziale, allora, tale reato non esiste. Il sistema giuridico italiano non ammette un formante giurisprudenziale.

Non può dirsi, pertanto, che venga ignorato il ruolo della giurisprudenza di Strasburgo nel nostro sistema delle fonti del diritto (64). Anzi, la sconvolgente conclusione a cui giunge il G.i.p. etneo si fonda proprio sulla vincolatività del *decisum* Contrada. Va oltre, esaspera l'impianto motivazionale proposto dalla Corte europea fino a scontrarsi con l'art. 25 Cost. La sentenza Ciancio, quindi, si mantiene sui binari convenzionali, ma compie un ulteriore salto logico e si trova così ad attivare essa stessa il controlimite del principio di stretta legalità, in palese distonia con quanto chiarito dalla Corte costituzionale nelle sentenze “gemelle” del 2007 in materia di adeguamento del sistema penale italiano al diritto convenzionale.

6. CONCLUSIONI

Alla luce di quanto fin qui detto, sono davvero numerosi i profili critici e, di conseguenza, le questioni problematiche che derivano dalla vicenda Contrada.

Certamente questa decisione è importante perché ci indica un difetto sistemico, funge da spia di un problema interno quale l'ammissibilità del concorso eventuale in associazione di stampo mafioso, ma una lettura più attenta della sentenza ci consiglia di rivalutare criticamente il rapporto tra Corti. Evidenzia, come già detto, la convivenza di due distinti paradigmi della giuridicità, dato con cui il penalista moderno non può più evitare di fare i conti.

L'ambito applicativo dei principi penalistici, infatti, è diverso a seconda che si indossi la lente dell'art. 25 Cost. o dell'art. 7 CEDU. Nell'un caso il formante normativo è unico, nell'altro è multiplo, sia giurisprudenziale che legislativo.

La legalità, pertanto, è giunta ad un bivio.

Da un lato, la giustizia sostanziale, quindi la prevedibilità, quindi la giurisprudenza-fonte. Un diritto, quello vivente, che prevale sulla legge, la plasma a seconda delle esigenze del caso concreto e di una più intensa tutela dei diritti fondamentali. Un diritto che «non opera de iure condendo, ma de iure condito, sostituendo un diritto asseritamente vivente ad altro diritto ritenuto evidentemente morto, benché, a livello di fonti normative, non ancora modificato o abrogato» (65).

Dall'altro, invece, la legalità formale, la tipicità.

La legge, dunque, come cardine del sistema. Un sistema che evita di cadere in contraddizione solo se la formulazione della norma è precisa, determinata, tassativa.

Per quanto siano evidenti le difformità, ambedue le soluzioni si rivolgono all'individuo ed entrambe assolvono al compito di approntare una maggiore garanzia per il singolo.

La condivisione del garantismo quale ratio essendi del diritto penale ci fornisce gli strumenti per formulare (non tanto una risposta quanto) una domanda cruciale: cosa conferisce effettivamente maggiore tutela nei confronti del cittadino, il principio di tipicità o la concreta prevedibilità dell'esito giudiziario? Queste sono le basi, a modesto parere dello scrivente, da cui intraprendere una seria riflessione di sistema, alla ricerca di un equilibrio oggi smarrito.

Giurisprudenza – reati associativi

Cassazione penale sez. VI, 15/09/2017, n.49995

Per i reati associativi la competenza si determina in relazione al luogo in cui si trova la base ove si programma l'attività criminale

(Rigetta, App. Catania, 10/05/2016)

In tema di reati associativi, la competenza per territorio si determina in relazione al luogo in cui ha sede la base ove si svolgono programmazione, ideazione e direzione delle attività criminose facenti capo al sodalizio, assumendo rilievo non tanto il luogo in cui si è radicato il "pactum sceleris", quanto quello in cui si è effettivamente manifestata e realizzata l'operatività della struttura.

Fonte:

CED Cass. pen. 2018

Cassazione penale , sez. V , 08/02/2018 , n. 21530

La circostanza aggravante dell'utilizzo del metodo mafioso non presuppone necessariamente l'esistenza di un'associazione ex art. 416 bis c.p. , né che l'agente ne faccia parte, essendo sufficiente, ai fini della sua configurazione, il ricorso a modalità della condotta che evocano la forza intimidatrice tipica dell'agire mafioso; basta, cioè, che l'associazione appaia sullo sfondo, perché evocata dall'agente, sicché la vittima sia spinta ad adeguarsi al volere dell'aggressore - o ad abbandonare ogni velleità di difesa - per timore di più gravi conseguenze. La ratio della disposizione di cui all' art. 7 d.l. 152/1991 , invero, non è soltanto quella di punire con pena più grave coloro che commettono **reati** utilizzando metodi mafiosi o con il fine di agevolare le associazioni mafiose, ma essenzialmente quella di contrastare in maniera più decisa, stante la loro maggiore pericolosità e determinazione criminosa, l'atteggiamento di coloro che, siano essi partecipi o meno in **reati associativi**, si comportino da mafiosi, oppure ostentino in maniera evidente e provocatoria una condotta idonea ad esercitare sui soggetti passivi, quella particolare coartazione o quella conseguente intimidazione...

Fonte:

Diritto & Giustizia 2018

Cassazione penale , sez. V , 09/03/2018 , n. 22554

La circostanza aggravante dell'utilizzo del metodo mafioso, prevista dall' art. 7 d.l. 13 maggio 1991, n. 152 , ha la funzione di reprimere il "metodo delinquenziale mafioso" ed è connessa non alla struttura ed alla natura del delitto rispetto al quale la circostanza è contestata, quanto, piuttosto, alle modalità della condotta che evocano la forza intimidatrice tipica dell'agire mafioso. (Nella fattispecie, la Corte ha rigettato il ricorso degli imputati volto a contestare la sussistenza dell'aggravante citata, ritenendo che il delitto di sequestro di persona commesso dagli stessi fosse un chiaro "messaggio" intimidatorio nei confronti dei familiari della vittima, finalizzato a far cessare comportamenti lesivi del prestigio criminale dell'associazione).

Fonte:

Cassazione Penale 2019, 1, 253

CED Cass. pen. 2018

Cassazione penale, sez. IV, 19/10/2018, n. 49613

In tema di riparazione per l'ingiusta detenzione, integra la condizione ostativa della colpa grave la condotta di chi, nei **reati associativi**, abbia tenuto comportamenti percepibili come indicativi di una sua contiguità al sodalizio criminale, mantenendo con gli appartenenti all'associazione frequentazioni ambigue e tali da far sospettare del diretto coinvolgimento nelle attività illecite. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto esente da censure l'ordinanza impugnata che aveva respinto la richiesta di riparazione essendosi accertato che l'istante, imputato del reato di cui all'art. 270-bis cod. pen., aveva frequentato gli appartenenti ad un gruppo anarchico, partecipando a manifestazioni nel corso delle quali avvenivano azioni violente ed aveva gestito la cassa comune con la quale erano finanziate anche attività aventi ad oggetto obiettivi sensibili di protesta).

Fonte:

CED Cass. pen. 2018

Cassazione penale, sez. VI, 11/05/2017, n. 25517

Anche per i **reati associativi** relativamente ai quali operi, ai fini dell'applicazione di misure cautelari, la presunzione di adeguatezza esclusiva, in presenza dei gravi indizi di colpevolezza, della custodia cautelare in carcere, ai sensi dell'art. 275, comma 3, c.p.p., deve ritenersi comunque necessario, quando dall'epoca dei fatti contestati sia trascorso un notevole lasso di tempo, che il giudice fornisca specifica motivazione in ordine alla ritenuta permanenza di una attuale e concreta pericolosità del soggetto, specie quando a quest'ultimo venga addebitata la semplice partecipazione, circoscritta nel tempo, a sodalizi criminali che, pur qualificabili come di tipo mafioso o assimilato, non siano tuttavia compresi tra quelli notoriamente caratterizzati da tendenziale stabilità nel tempo.

Fonte:

Arch. nuova proc. pen. 2017, 5, 515

Cassazione penale, sez. II, 08/03/2016, n. 11692

Quando si procede per uno dei **reati associativi** indicati nell'art. 51, comma terzo bis, cod. proc. pen., e per **reati** connessi, la competenza va determinata con riferimento al reato di competenza distrettuale; qualora non sia possibile individuare il luogo ove si è costituita o radicata l'associazione, vanno presi in esame, ai sensi dell'art. 16 cod. proc. pen., i **reati** connessi, in ordine di decrescente gravità, e se neppure per essi è possibile individuare il luogo di realizzazione della condotta o di parte di essa, si deve far ricorso ai criteri suppletivi indicati dall'art. 9, commi 2 e 3, stesso codice.

Fonte:

CED Cassazione penale 2016

T.A.R., Catania, sez. IV, 07/11/2016, n. 2866

La misura interdittiva dell'informativa antimafia, essendo il potere esercitato espressione della logica di anticipazione della soglia di difesa sociale, finalizzata ad assicurare una tutela avanzata nel campo del contrasto alle attività della criminalità organizzata, non deve necessariamente collegarsi ad accertamenti in sede penale di carattere definitivo e certi sull'esistenza della contiguità dell'impresa con organizzazione malavitosa, e quindi del condizionamento in atto dell'attività di impresa, ma può essere sorretta da elementi sintomatici e indiziari da cui emergano sufficienti elementi del pericolo che possa verificarsi il tentativo di ingerenza nell'attività imprenditoriale della criminalità organizzata. Può rilevare qualsivoglia provvedimento del giudice civile, penale, amministrativo, contabile o tributario, quale che sia il suo contenuto decisorio, dalla cui motivazione emergano elementi di condizionamento, in qualsiasi forma, delle associazioni malavitose sull'attività dell'impresa o, per converso, l'agevolazione, l'aiuto, il supporto, anche solo logistico, che questa abbia fornito, pur indirettamente, agli interessi e agli affari di tali associazioni. Quanto ai rapp...

Fonte:

Cassazione penale , sez. V , 07/10/2016 , n. 47574

In tema di rilevanza dei risultati di indagini storico-sociologiche ai fini della valutazione, in sede giudiziaria, dei fatti di criminalità di stampo mafioso, il giudice deve tener conto, con prudente apprezzamento e rigida osservanza del dovere di motivazione, anche dei predetti dati come utili strumenti di interpretazione dei risultati probatori, dopo averne vagliato, caso per caso, l'effettiva idoneità ad essere assunti ad attendibili massime di esperienza senza che ciò, peraltro, lo esima dal dovere di ricerca delle prove indispensabili per l'accertamento della fattispecie concreta oggetto del giudizio. (In applicazione di tale principio la Corte ha ritenuto che il riferimento alla nozione di "imprenditore colluso" – inteso come quello che è entrato in un rapporto sinallagmatico con la cosca tale da produrre vantaggi per entrambi – non elimini la necessità di una rigorosa disamina del materiale probatorio ai fini della qualificazione del fatto come concorso esterno o partecipazione, atteso che la predetta nozione è stata richiamata in relazione ad entrambe le fattispecie)

Fonte:

Cassazione Penale 2017, 5, 2023
CED Cass. pen. 2017

Cassazione penale , sez. V , 13/10/2016 , n. 9429

In tema di associazione per delinquere di tipo mafioso, risponde di distinti **reati associativi** colui che agisce per conto di due consorterie criminali, le quali, pur se tra loro federate e funzionalmente collegate, conservano entrambe autonomia decisionale ed operativa. (Nella fattispecie, la Corte ha affermato che l'esistenza di un accordo di collaborazione strategica tra due organizzazioni

criminali non è incompatibile con l'appartenenza dell'imputato ad entrambe le associazioni).

Fonte:

CED Cass. pen. 2017

I reati di sfruttamento dell'immigrazione

Fonte: Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, fasc.1, 1 MARZO 2018, pag. 86

Autori: Vincenzo Militello

LA TRATTA DI ESSERI UMANI: LA POLITICA CRIMINALE MULTILIVELLO E LA PROBLEMATICIA DISTINZIONE CON IL TRAFFICO DI MIGRANTI

Documenti correlati

Sommario: 1. Un fenomeno dal doppio profilo: considerazioni introduttive. — 2. I diversi approcci al suo contrasto: human rights vs. security e l'esigenza di una loro integrazione. — 3. L'affermarsi di una prospettiva integrata di contrasto internazionale. — 4. La prevenzione come orientamento di politica criminale nel Protocollo ONU. — 5. La posizione delle vittime e la distinzione fra trafficking e smuggling a livello internazionale: i Protocolli alla Convenzione ONU di Palermo. — 6. Il riflesso della distinzione negli strumenti adottati a livello europeo. — 7. Il riflesso della distinzione a livello nazionale: l'ordinamento italiano. — 8. Il riflesso nelle vicende della giurisprudenza: concorso di reati o concorso apparente di norme? — 9. Rilievi conclusivi.

Abstract

Il contributo affronta il tema della tratta di esseri umani in una prospettiva di contrasto multilivello, che mette in rilievo la dignità della persona, quale meta-valore ordinamentale, e la considerazione delle esigenze di contrasto alle nuove forme di criminalità. A tal proposito, si evidenzia la necessità di una considerazione integrata delle due prospettive, ormai recepita nell'approccio olistico di contrasto al fenomeno affermatosi a livello sovranazionale. A fianco della tradizionale repressione penale, il Protocollo Trafficking in Persons alla Convenzione ONU di Palermo sul crimine organizzato transnazionale inserisce rilevanti norme sulla prevenzione, la cooperazione tra Stati e la protezione e l'assistenza delle vittime. Su quest'ultimo aspetto si appunterebbe la distinzione con il c.d. smuggling of persons che, oggetto di distinto Protocollo allegato alla Convenzione di Palermo, è volto, invece, al controllo dei flussi migratori. L'approccio di rigida separazione fra le due modalità di condotta è

poi ribadito anche negli strumenti adottati a livello europeo. Anche la normativa italiana, a sua volta, rispecchia la distinzione: la condotta illecita della tratta è incentrata sullo sfruttamento finale del migrante ed è posta a tutela della personalità individuale (art. 601 c.p.), mentre il traffico di migranti rileva come favoreggiamento dell'immigrazione illegale ed è regolato extra codicem all'art. 12 TUIMM. Tuttavia il confine fra i due fenomeni è spesso labile e vanno considerate le relazioni che possono sussistere reciprocamente. La giurisprudenza italiana ha però talvolta adottato la distinzione in esame in modo troppo rigido, laddove invece una corretta considerazione del carattere osmotico delle due attività illecite gioverebbe ad una più attenta tutela della dignità umana.

1. Un fenomeno dal doppio profilo: considerazioni introduttive. — Ad un osservatore che si accinga a coglierne i caratteri più tipici, la tratta di esseri umani si presenta segnata da almeno una duplicità di profili, per un verso nettamente scolpiti e per altro invece complessi ed intrecciati: situazione solo apparentemente contraddittoria, ma condizionata dal rispettivo punto di osservazione.

Una prima e generale valutazione coglie nella tratta di esseri umani una delle forme di manifestazione più tipiche della criminalità contemporanea, per il suo essere — almeno nelle sue espressioni prevalenti — una criminalità del profitto (1), una criminalità di genere (2), una criminalità organizzata transnazionale (3). D'altra parte, un'analisi più ravvicinata della tratta di esseri umani è condizionata dal carattere occulto della sua natura (4): ciò si riflette in primo luogo tanto sulla diffusa impunità dei suoi autori (5), quanto sulla 'invisibilità' delle sue vittime, peraltro coartata dagli stessi autori (6). Già prima dei problemi che crea alla relativa azione di contrasto, quel tratto caratteristico la rende però di difficile definizione tanto nei suoi elementi costitutivi, quanto nella delimitazione da altre tipologie di condotte illecite, così come nell'inquadramento dei suoi caratteri specifici, ma anche dei suoi nessi significativi, rispetto ad altri fenomeni sociali ed economici, primo di tutti quello delle migrazioni e della mobilità internazionale delle persone quale tratto caratterizzante della globalizzazione (7). Su questo aspetto — e meglio sui relativi riflessi giuridici — intendiamo di seguito concentrare l'attenzione, in quanto esso evidenzia il difficile rapporto fra realtà dei fenomeni coinvolti e relativa formalizzazione normativa, non solo a livello internazionale ed europeo, ma con conseguenze anche sulla giurisprudenza interna, le cui oscillazioni in materia appaiono un indicatore della problematicità dei rapporti fra tratta di persone e migrazioni illegali. La questione assume peraltro una rilevanza che non è solo giuridica, perché essa pone ulteriori problemi sia nella determinazione delle rotte internazionali che segue (8), sia anche nella individuazione dei tratti che assume quando si realizza all'interno di uno stesso

ordinamento, sia ancora nella quantificazione della sua diffusione a livello globale, regionale (nel senso di gruppi di stati) (9) o anche solo nazionale (10), come anche rispetto al valore economico (stimato) che movimentata. Al contempo, complesse si presentano le questioni politico-criminali implicate dal contrasto ad un fenomeno tanto articolato, e non meno delicate sono le questioni interpretative connesse alla sua formalizzazione legale nei singoli ordinamenti positivi. Nell'impossibilità di affrontare una tale pluralità di questioni, l'indagine che segue intende esaminare la risposta normativa alla tratta di persone a partire dai differenti approcci possibili in materia (par. 2), considerandone il loro atteggiarsi nei diversi livelli sovranazionali dell'azione di contrasto anche a livello preventivo (par. 3-4). In particolare, se ne verificherà il riflesso sulla posizione delle vittime, alla luce della distinzione fra trafficking e smuggling adottata nei rispettivi testi internazionali (par. 5-6). Quindi, si guarderà alla loro concretizzazione nell'ordinamento italiano, assumendo la relativa giurisprudenza come caso studio dell'importanza di una corretta messa a fuoco dei rapporti fra tratta di persone e migrazioni illegali (par. 7).

Per avviare il percorso tracciato, appare utile prendere le mosse dal rilievo che, al di là della già segnalata varietà di manifestazioni attuali della tratta, si può rintracciare nella prevalenza di esse un nucleo comune, in cui profili nuovi e elementi risalenti coesistono. Esso consiste nel creare o agevolare, attraverso forme di interposizione fra le persone che spesso assumono tratti moderni (viaggi internazionali, contatti via internet), condizioni di sfruttamento antichissime, quali quelle sessuali o lavorative, dove la persona umana viene utilizzata in modo strumentale da un altro soggetto per trarne una qualche utilità. Proprio una tale natura della relazione interpersonale caratterizzante la tratta di esseri umani spiega la sua indicazione come “moderna forma di schiavitù”, sempre più diffusa nel linguaggio pubblico (11), ma anche penetrata a livello tanto normativo (12) quanto della giurisprudenza (13) e già prima conosciuta nel dibattito teorico (14). L'abolizione generalizzata della condizione di schiavitù come stato giuridico della persona non impedisce che, quantomeno nella prospettiva penalistica attenta alla tutela sostanziale dei beni in gioco, la situazione rilevante nella tratta di esseri umani possa essere costruita su un'analogia con la schiavitù. Accostamento di condizioni di vita che non deve arrivare ad uno stato di asservimento totale rispetto alla sfera di azione della persona, tipico della schiavitù storicamente conosciuta; piuttosto, un rapporto di piena sottoposizione ad un'altra persona può instaurarsi rispetto anche solo rispetto ad una delle forme in cui si manifesta la personalità della vittima. Si tratta di condizioni riscontrabili nelle varie attività-scopo per cui la tratta viene realizzata: sfruttamento sessuale, lavoro illegale, accattonaggio, trapianto di organi umani. Ma anche in quelle che ne rappresentano manifestazioni più specifiche, coinvolgendo forme di offesa ulteriori: sfruttamento sessuale di minori, accattonaggio di bambini, arruolamento di minori-soldato. O

ancora, attività che possono presentarsi ad esse collegate, come i matrimoni forzati (15) o le adozioni illegali.

In tutti questi casi, quale che sia il bene giuridico individuato come specificamente tutelato dalle corrispondenti norme incriminatrici, a stagliarsi sullo sfondo è la stessa dignità dell'uomo, che non viene rispettata nelle sue condizioni minime di libero esercizio delle facoltà di azione inerenti ad ogni essere umano.

2. I diversi approcci al suo contrasto: human rights vs. security e l'esigenza di una loro integrazione. — Il riferimento alla dignità dell'uomo in tema di traffico di esseri umani rinvia ad un particolare approccio di intervento in materia, attento ai diritti umani delle vittime e rivolto ad assicurare loro la massima protezione possibile anche con forme di assistenza e sostegno (16).

In effetti, la dignità dell'uomo, quale meta-valore dei diritti umani, nel suo percorso di affermazione nella comunità internazionale ha segnato fra l'altro la progressiva consapevolezza dell'esigenza di contrastare il traffico di esseri umani. Nel modo più chiaro l'antinomia fra i valori in gioco emerge nella tappa più recente del cammino dei diritti umani, segnata dalla Carta UE dei diritti fondamentali. Essa, dopo avere aperto proprio con l'intangibilità della dignità umana all'art. 1, afferma esplicitamente poco oltre la proibizione della tratta degli esseri umani (art. 5) (17). Ma la considerazione del tema si trova pure in una sede di speciale rilevanza per il significato che assume nella storia della tutela internazionale dei diritti umani: lo Statuto della Corte penale internazionale, nella sua parte di diritto penale sostanziale che elenca i crimini internazionali, prevede proprio "il traffico di persone, in particolare di donne e bambini per fini di sfruttamento sessuale" e significativamente lo considera come forma di manifestazione del crimine contro l'umanità della "riduzione in schiavitù", ancorché in presenza del fattore di contesto di un "esteso o sistematico attacco contro popolazioni civili, e con la consapevolezza dell'attacco" (art. 7, rispettivamente co. 1 lett. c, e co. 2 lett. c) (18). Un collegamento che si è ormai imposto anche nel circuito di tutela dei diritti umani garantito dalla Corte EDU, la quale ha considerato la tratta degli esseri umani in contrasto con la ratio del divieto della schiavitù e del lavoro forzato ex art. 4 CEDU, sottolineando l'uso strumentale delle persone vittime di tratta, ridotte a merci su cui i trafficanti esercitano poteri tipicamente proprietari (19). I differenti e convergenti riferimenti alla tutela dei diritti fondamentali indicano, che — al di là della già richiamata natura transnazionale di molte concrete manifestazioni della tratta e dei rispettivi collegamenti con il fenomeno generale della globalizzazione e i connessi effetti sulla mobilità umana — è già sul piano dei valori in gioco che risulta improprio limitare all'ambito di un ordinamento nazionale l'azione

di contrasto al traffico di esseri umani. Qui — come del resto in altri settori in cui l'esigenza di armonizzazione dei sistemi penali si è affermata negli ultimi decenni — è dunque la materia regolata, con i suoi tratti distintivi attuali, a stimolare l'intervento meta-nazionale.

Una considerazione che non risolve il problema di fondo dell'approccio con cui ai diversi livelli di intervento si guarda al fenomeno. In proposito, occorre richiamare una diversa impostazione che, al di là dei diritti umani offesi dalle condotte di traffico, guarda al problema in termini di sicurezza per la società. A differenza della prima prospettiva, rivolta essenzialmente alla posizione della vittima, questa invece si preoccupa di contrastare le condotte illecite in modo efficace, intervenendo sugli autori di esse anche con la minaccia penale e la relativa applicazione in misura adeguata alla gravità del crimine (20). A tal fine, si richiama l'attenzione sul dato che la realizzazione di tali condotte richiede una complessa articolazione, prolungata nel tempo e per lo più commessa da un gruppo organizzato di soggetti, anche articolato in paesi diversi. Organizzazioni criminali simili sono un pericolo per lo stato e la connessa società, sia per il sistema criminale che sviluppano intorno alle loro attività (altri reati violenti), sia perché dal traffico in questione ricavano ingenti capitali, che possono essere utilizzati a loro volta per acquistare armi o droghe e/o finanziare attività terroristiche (21). L'impostazione securitaria si può articolare poi in diverse opzioni di politica criminale, tanto quella più tradizionalmente volta a reprimere con sanzioni penali tali attività, quanto quella più recente e caratterizzata da un approccio economico alla tratta di esseri umani, quale *illegal business* (22). Questa ne ricostruisce i caratteri nel contesto più generale dei mercati illeciti, considerandolo il terzo dopo quelli di droga e di armi, sia pure con stime da considerare solo come ordini di grandezza, vista la difficoltà di rilievi affidabili (23). L'analisi economica del fenomeno criminale ha peraltro un risvolto sulle strategie di intervento, in quanto privilegia, più che le pene detentive nei confronti degli autori delle condotte illecite, le sanzioni di tipo patrimoniale volte all'ablazione dei proventi che ne derivano, in linea con la diffusa tendenza a colpire i capitali illeciti frutto delle varie attività in mano alla criminalità organizzata. Benché talvolta questi diversi approcci al problema siano presentati come contrapposti (24), sembra preferibile valorizzare l'apporto che ciascuno di essi può fornire per un'azione più efficace nei confronti del fenomeno (25). In primo luogo, la repressione delle attività illecite di tratta non è altro che il presupposto per assicurare, insieme alla dignità delle persone che ne sono vittime, anche i loro diritti fondamentali. D'altra parte, senza una forma di protezione ed assistenza delle vittime è difficile spezzare il cerchio di paura che isola la singola persona sottoposta al traffico e consentire una collaborazione con il sistema di

giustizia. Persino l'approccio economico non solo è utile per ricorrere alle forme più efficaci di contrasto dei proventi illeciti connessi alla tratta di esseri umani, ma consente il collegamento del fenomeno agli altri mercati illeciti, i quali si sviluppano intorno a scambi di beni diversi (armi, droghe, tabacchi, armi, organi, ma anche medicinali contraffatti, o beni culturali) (26): anche da questo punto di vista si conferma che il traffico di esseri umani utilizza la persona vittima come una cosa materiale, vista nella sua potenzialità di sfruttamento economico, confermando così la sua contrarietà alla dignità della persona umana. Si tratta dunque di considerare integrati e convergenti i diversi approcci all'attività di contrasto al traffico di esseri umani, per realizzare una strategia di intervento che non solo abbia una più solida base di legittimazione sul piano dei valori tutelati, ma anche sfrutti al meglio l'apporto conoscitivo e le conseguenti linee operative dei vari punti di vista (27). Ad evitare del resto le possibili antinomie derivanti da una tale integrazione si rivela utile proprio il richiamo alla tutela della dignità della persona: in quanto si tratta di un meta-valore dell'ordinamento, essa fornisce un quadro di riferimento anche quando il fine immediato dell'intervento pubblico sia più specifico e limitato (28). Occorre allora in primo luogo guardare all'efficacia delle misure che si utilizzano, in modo da coniugare gli interventi repressivi di controllo del crimine con forme di assistenza adeguata alle vittime, per prevenire “gli effetti secondari inintenzionali ed indesiderabili delle politiche repressive che potrebbero aumentare i fattori di vulnerabilità della tratta” (29). Al contempo è importante riconoscere un valore di riferimento ultimo, la dignità umana appunto, quale chiave di lettura della tratta degli esseri umani e dei fenomeni più generali in cui si innesta: si evita così che le parcellizzazioni analitiche nelle analisi specialistiche dei vari aspetti del complesso problema, pur utili ad approfondire questioni specifiche, facciano venir meno il quadro complessivo del fenomeno (30).

3. L'affermarsi di una prospettiva integrata di contrasto internazionale. — Proprio un approccio olistico al problema della tratta, attento non solo alla repressione ma anche alla prevenzione del fenomeno come ai diritti delle vittime, si è ormai affermato a livello sovranazionale. In particolare, nella tappa più recente del percorso di formalizzazione di obblighi sovranazionali di tutela in materia (la Direttiva 2011/36/UE) viene espressamente indicata la fondamentale opzione a favore di un tale approccio (considerando 7) e si richiamano norme a tutela delle vittime, oltre ad una prevenzione anche extrapenale e in collaborazione con la società civile (ancora, considerando 7), a fianco della tradizionale repressione penale, affidata però anche agli strumenti del sequestro e della confisca contemplati dalle norme internazionali apposite (considerando n. 13). Analogamente, nella di poco successiva Comunicazione della Commissione che delinea una strategia europea in materia per il periodo 2012-

16 si indicano cinque priorità, nel complesso espressione di quell'approccio integrato al problema, che è andato maturando: individuazione e protezione delle vittime, prevenzione e repressione della tratta, cooperazione fra i soggetti pubblici e privati che operano nel settore, aumento delle conoscenze sulle caratteristiche del fenomeno (31).

La crescita di complessità nelle politiche pubbliche antitratta si rinviene come dato comune a tutte le fonti sovranazionali che, a vari livelli, si sono occupate dell'azione di contrasto in materia, precisandone progressivamente i tratti di rilevanza giuridica. E ciò sin da quella certamente più rilevante, sia per la sua natura globale, sia per l'ampio spettro di contenuti, sia per lo stimolo prodotto sui successivi interventi, nazionali e non (32): il protocollo Trafficking in Persons alla Convenzione ONU sul crimine organizzato transnazionale, detta di Palermo (33). Il protocollo specifico non solo si intitola già alla prevenzione, repressione e punizione della tratta di esseri umani, in particolare donne e bambini, ma elenca fra le sue finalità anche la protezione e l'assistenza alle vittime (art. 6), oltreché la cooperazione fra gli Stati parte (art. 2). Inoltre, esso fornisce una definizione legale di tratta, che diventa un importante ancoraggio per l'armonizzazione delle incriminazioni nazionali delle corrispondenti condotte (art. 3 e 5) (34). Ad esito di un percorso lungo quasi un secolo e con numerosi precedenti sin dalle norme introdotte dalla società internazionale per contrastare la schiavitù (35), la definizione di tratta del Protocollo è fondamentalmente costruita su tre elementi: tipologie di condotte rilevanti, modalità utilizzate, finalità. L'incriminazione che ne risulta è sufficientemente articolata, tanto da non essere integralmente coperta da alcuni successivi interventi nazionali di incriminazione (ad es. dal pur importante U.S. Trafficking Victims Protection Act, che non contempla le forme di sfruttamento delle persone non di tipo sessuale (36)). D'altra parte, in successivi interventi sovranazionali vi è una specificazione ulteriore dello standard fissato: ad esempio, nella Decisione Quadro UE del 2002 sulla tratta di persone, che pure riproduce la definizione del reato contenuta nel Protocollo di Palermo, si aggiungono anche i livelli sanzionatori delle condotte illecite (art. 3) (37). Nel complesso, il Protocollo delinea comunque le basi per articolare il fronte degli interventi antitratta nelle principali direttrici della prevenzione, della protezione delle vittime, della repressione, aggiungendovi anche la cooperazione internazionale (38).

4. La prevenzione come orientamento di politica criminale nel Protocollo ONU. — Non va trascurato che fra le previsioni del Protocollo in esame si avverte una diversità di approccio fra la parte repressiva e quella preventiva: la prima è costruita come impegni internazionalmente vincolanti rispetto agli obblighi assunti dagli Stati membri nella criminalizzazione delle condotte relative (art. 5); la seconda invece è articolata in termini più flessibili, che lasciano maggiore spazio alle risposte nazionali

per assicurare assistenza alle vittime e per prevenire il fenomeno, pur se nel complesso si delinea un quadro ben articolato di misure in proposito (39). Una diversità che viene talvolta enfatizzata fino a individuare una frattura fra due diverse impostazioni all'interno del protocollo e a denunciare che vi sia privilegiata la repressione criminale del fenomeno e trascurata invece la tutela dei diritti umani delle vittime di tratta: così, questa sarebbe una sorta di “pantano”, il cui riferimento “appare come un'aggiunta”, con previsioni “inquadrate in termini programmatici, di aspirazione” (40).

In proposito, va osservato che in primo luogo non tutte le indicazioni sul versante preventivo e assistenziale hanno carattere non vincolante: all'art. 6 del Protocollo si prevede che ciascun Stato membro deve garantire la sicurezza fisica delle vittime di tratta e la possibilità di un risarcimento del danno (commi 5 e 6); all'art. 9 gli Stati parte sono impegnati a istituire programmi tanto per prevenire e combattere la tratta, quanto per evitare che le vittime della stessa subiscano una nuova vittimizzazione (co. 1 lett. A e B), così come programmi per contrastare i fattori che rendono vulnerabili determinate classi di soggetti (co. 4), ed infine programmi per scoraggiare la domanda di prestazioni che sfocino nella tratta (co. 5) (41).

D'altra parte, non si tratta di un atteggiamento nei confronti della prevenzione che caratterizza il solo Protocollo sulla Tratta degli esseri umani, in quanto formule analoghe si riscontrano già nella stessa Convenzione TOC di Palermo: in specie, il suo art. 31 prevede che gli Stati membri si adoperano per sviluppare politiche preventive nei confronti delle organizzazioni criminali transnazionali (co. 1) e ridurre le occasioni per tali gruppi di riciclare proventi illeciti (co. 2). Anche la Convenzione ONU di Merida contro la corruzione — in cui pure la trattazione della prevenzione del fenomeno non solo è articolata in una gamma articolata di previsioni (art. 5-14), ma è opportunamente collocata prima di quella dedicata alla criminalizzazione e alla relativa applicazione — affianca ad impegni più precisi (istituzione di un organo apposito per la prevenzione della corruzione: art. 6) formule che assumono valore programmatico, nei termini già ricordati: “ciascun stato parte si adopera per istituire e promuovere effettive pratiche volte alla prevenzione della corruzione”(art. 5 co. 2, corsivo aggiunto).

Siamo dunque di fronte ad un profilo critico che non si può considerare come esclusivo del Protocollo sulla tratta di esseri umani; si tratta piuttosto di un dato purtroppo generalizzato nell'insieme degli strumenti sovranazionali che sono intervenuti nel contrasto alle forme di criminalità transnazionale. I relativi interventi sovranazionali sono infatti complessivamente limitati a previsioni per stimolare le politiche preventive messe in opera dagli stati membri. Prevalgono così su tale versante di intervento lo scambio delle best practices ed i partneriati locali. Limitate sono invece

le indicazioni sovranazionali di standard vincolanti da garantire per assicurare condizioni preventive quantomeno di partenza comuni ai vari stati.

5. La posizione delle vittime e la distinzione fra trafficking e smuggling. — Quanto alla considerazione delle vittime nel protocollo sulla tratta, si tratta di un importante punto differenziale rispetto all'altro protocollo alla stessa Convenzione di Palermo, concernente lo smuggling of migrants, finalizzato alla prevenzione e repressione del contrabbando di migranti, oltreché alla cooperazione fra gli stati parte (42).

La mancata previsione espressa di una tutela dei diritti delle vittime in questo testo contro il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina non dipende da una casuale dimenticanza o da una non pienamente maturata riflessione in materia nel corso dei lavori preparatori. Vero è che rispetto al progetto iniziale, numerosi interventi durante i negoziati del Protocollo Smuggling hanno richiamato l'importanza di considerare anche i diritti dei migranti, cosicché l'attenzione ad una loro protezione è stata formalizzata nel testo finale tanto nel Preambolo (necessità di assicurare ai migranti un trattamento umano e piena protezione dei loro diritti), quanto in alcune previsioni (art. 2, 4, 14 co. 2, che menzionano espressamente i diritti dei migranti, e art. 16 che prevede misure preventive ed assistenziali). Il punto dirimente rimane però il mancato riconoscimento ai migranti trafficati della condizione di vittime (43).

La differenza è infatti collegata alla fondamentale linea divisoria adottata nell'approccio internazionale alla formalizzazione legale dei due fenomeni: il trafficking comporta sempre una posizione di subordinazione di un soggetto ad un altro, il quale lo sfrutta nelle forme più varie, ma sempre degradanti rispetto al nucleo intangibile della dignità di uomo; lo smuggling viene invece costruito come volto a tutelare l'interesse dello stato a regolare liberamente gli accessi sul proprio territorio di stranieri. Si tratta dunque in questo secondo caso di una condotta la cui illiceità si costruisce intorno all'offesa di un tipico bene collettivo e non individuale, come tale dunque non riportabile facilmente sotto le tradizionali forme di tutela dei diritti della vittima, le quali sono prevalentemente ritagliate su posizioni individuali.

Non si può peraltro disconoscere che anche qui al centro della condotta che si vuole contrastare vi sia un soggetto in carne ed ossa, che è spesso peraltro solo parte di una moltitudine di persone nella stessa posizione: esse però nella logica dei testi normativi che seguono l'impostazione dei Protocolli ONU rilevano come elementi necessari per integrare le condotte vietate, ma restano estranei al fuoco dell'offesa penalmente rilevante. Per questa particolare posizione giuridica del migrante illegale, si è parlato nella dottrina italiana di meri oggetti materiali del reato di traffico (44). Si evidenzia in tal modo il dato che tali soggetti non attingono alla posizione di persone offese del reato di smuggling, come titolari del bene giuridico leso dalla relativa condotta illecita. Solo quando il soggetto entrato illegalmente sia anche vittima di tratta può

aspirare ad avere un permesso di soggiorno per ragioni umanitarie e sempreché si tratti di uno degli Stati parte che ha accolto l'invito a riconoscere tale possibilità, formulato dall'art. 8 del Protocollo ONU in termini meramente facoltativi (45).

6. Il riflesso della distinzione negli strumenti adottati a livello europeo. — Una corrispondente distinzione fra *Smuggling of migrants* and *trafficking of Human beings* è conosciuta anche a livello europeo, tanto nell'ambito dell'Unione Europea, quanto nel più ampio Consiglio d'Europa. La prima ha dato rilevanza al fenomeno dello *smuggling* già nel 1990 (46), dunque sin da prima della nascita ufficiale della cooperazione nel settore della giustizia e degli affari interni, di cui al trattato di Maastricht entrato in vigore nel 1992. Significativamente, il periodo è quello immediatamente successivo alla caduta del muro di Berlino, con la messa in crisi delle tradizionali frontiere delineate a partire dal secondo dopoguerra (47). Lo sgretolamento dei blocchi politici contrapposti in Europa segna l'inizio di un significativo incremento delle migrazioni provenienti da paesi terzi (48). La linea di intervento dell'Unione Europea con specifica rilevanza penale in materia ha poi segnato una tappa ulteriore nel 2002, con una direttiva a carattere definitorio ed una connessa decisione quadro (49), riflettendo in ciò la collocazione della materia a cavallo fra il primo ed il terzo pilastro dell'Unione Europea fino al suo superamento con il Trattato di Lisbona.

Proprio rispetto alla tratta di persone, l'Unione Europea inaugura la possibilità di porre standard di incriminazione che vincolano gli stati-membri: l'Azione Comune 97/154/GAI del 24 febbraio 1997 per la lotta contro la tratta degli esseri umani e lo sfruttamento sessuale dei bambini viene adottata alcuni mesi prima dell'ampio impegno programmatico nel "Piano d'azione contro la criminalità organizzata" (50) e della stessa previsione generale adottata nella versione di Amsterdam del Trattato UE, che richiama la tratta di esseri umani come uno dei settori di criminalità rispetto ai quali sviluppare un'azione in comune fra gli stati membri (art. 29). L'Unione confermerà poi la specifica rilevanza penalistica della tratta con la Decisione quadro 2002/629/GAI del 19 luglio 2002 e — dopo la revisione dei trattati di Lisbona — con la già sopra menzionata Direttiva 2011/36/UE del 5 aprile 2011 concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime. Quest'ultima conferma e rinnova il ruolo della tratta di esseri umani come *apripista* per l'intervento europeo in materia penale, in quanto essa costituisce la prima direttiva penale adottata dopo il nuovo quadro istituzionale dell'Unione post-Lisbona (51). Ma la distinzione fra i due ambiti non è assoluta: la stessa UE ammette alcuni collegamenti reciproci con l'importante Direttiva del Consiglio dell'Unione del 29 aprile 2004, sul permesso di soggiorno di almeno sei mesi rilasciato ai cittadini dei Paesi terzi che sono vittime della tratta di esseri umani o che sono stati oggetto di

un'azione di aiuto all'immigrazione illegale, a condizione che cooperino con le autorità competenti (52).

Quanto infine al Consiglio d'Europa, la relativa Convenzione sulla lotta contro la tratta di esseri umani, adottata a Varsavia il 16 maggio 2005 contiene una definizione del fenomeno ripresa integralmente dal corrispondente Protocollo delle Nazioni Unite già ricordato (53). Nonostante il suo dichiarato approccio comprensivo ed integrato al problema affrontato, essa non si occupa dell'altro aspetto del traffico di migranti, ribadendo dunque un approccio di rigida separazione fra i due fenomeni. Anche qui peraltro emerge un loro punto di contatto, quando all'art. 14 si riconosce — sia pure in termini di mera possibilità di adozione offerta agli Stati parte — un permesso di soggiorno alle vittime di tratta che ne siano prive, da concedere o in relazione alla loro situazione personale o quando la loro permanenza sia utile all'azione penale contro i trafficanti nello stato in cui si trovano.

7. Il riflesso della distinzione nell'ordinamento italiano. — Anche a livello nazionale la differenziazione fra i due generi di condotte è stata una occasione di chiarificazione rispetto almeno ad alcune fra le complesse questioni connesse al fenomeno migratorio, consentendo una migliore messa a fuoco dei vari aspetti in cui si manifesta. Accorpendo i rispettivi tratti caratteristici dei due fenomeni, come si sono riflessi nell'esperienza interna, la distinzione di massima è stata rappresentata in Italia nei termini che seguono: il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina è riferito alle “molteplici attività illecite, tendenzialmente gestite da organizzazioni criminali, anche di matrice transnazionale, che sono strumentali al trasporto ed al successivo ingresso illegale degli immigrati clandestini in uno Stato straniero, sulla base di una loro domanda, e quindi consensualmente” (54). Il baricentro dell'offesa viene collocato sulla condotta di trasporto e sulla connessa capacità dell'associazione di eludere i controlli sugli ingressi nello Stato. Al contempo, il fine è quello di lucrare da tale servizio di trasporto a favore di chi sia entrato illegalmente, ricavandone, direttamente o indirettamente, un vantaggio di carattere finanziario o materiale.

A sua volta, la tratta di persone viene ricostruita in termini ampi, considerandola comprensiva di tutte le attività illecite, dall'offerta iniziale di servizi di trasporto migratorio illegale o anche al successivo reclutamento di soggetti, eventualmente anche migranti clandestini, poste in essere al fine di uno sfruttamento per scopi criminali, da realizzare una volta conclusa la fase dello spostamento del soggetto nel nuovo contesto. La relativa condotta illecita è incentrata prevalentemente sullo sfruttamento finale del migrante (55). Non sempre peraltro la differenziazione fra le due tipologie di condotte illecite viene correttamente applicata sul piano della

rispettiva rilevanza giuridica ed ancora prima della messa a fuoco dei rispettivi fenomeni. Ad esempio, quando si sottolinea che chiarendo la distinzione si evita di definire come tratta “gli spostamenti all'interno del territorio dell'Unione aventi ad oggetto cittadini comunitari” (56), non si considera che anche tali spostamenti possono essere connessi a casi di tratta di esseri umani, dipendendo tale qualificazione solo dalla condizione di asservimento in cui la vittima viene ridotta. Né si può dire che la differenziazione in esame poggia sui requisiti della transnazionalità e del coinvolgimento di gruppi criminali organizzati, perché se è vero che essi non sono indefettibili per la tratta, i due requisiti indicati non sono però esclusivi di una sola delle due condotte illecite, e risultano anzi per lo più comuni al modo usuale in cui si presentano i due fenomeni. Essi hanno comunque una distinta rilevanza giuridica anche nel nostro ordinamento, nel solco tracciato — come sopra ricordato — dalla Convenzione di Palermo e dai suoi protocolli. La più significativa riguarda la stessa incriminazione delle rispettive condotte illecite: il traffico di migranti in senso stretto rileva come favoreggiamento dell'immigrazione illegale ed è regolato extra codicem all'art. 12 del Testo Unico sull'immigrazione (TUIMM); ad esso si aggiunge la distinta incriminazione della tratta di esseri umani come figura a tutela della personalità individuale (art. 601 c.p.) (57). La considerazione normativa non può cancellare un dato ormai da molti riconosciuto anche al di là degli sforzi di individuare le ragioni della divisione: nella realtà non si tratta di due fenomeni criminali rigorosamente diversi, ma di manifestazioni diverse di uno stesso fenomeno, che per lo più si intersecano sino a diventare difficilmente distinguibili (58).

Come altrove già evidenziato, vi sono ampi tratti del fenomeno connesso alla mobilità internazionale delle persone nei quali l'astratta nettezza dei confini tra le due vicende sfoca grandemente (59). Molto spesso accade che il migrante inizi il viaggio all'interno di un'operazione di smuggling, ma una volta giunto nel paese straniero finisca per cadere vittima di forme di sfruttamento personale che possono spingersi sino alla schiavitù: coloro che, alla ricerca di condizioni di vita migliore rispetto ai territori di origine, si rivolgono a gruppi e soggetti che agiscono nell'illegalità per superare le barriere fisiche e giuridiche fra i diversi stati, sono esposti ad un alto rischio di restare irretiti in inganni, soprusi e ricatti, finalizzati al loro sfruttamento. Esempolari sono in proposito i casi di uomini e donne che, una volta giunti a destinazione, vengono costretti a lavorare in nero o a prostituirsi per ripagare il prezzo del viaggio. Inoltre, è quantomeno dubbio che le condizioni sociali e personali da cui il migrante si allontana possano essere considerate irrilevanti rispetto alla volontarietà della sua decisione, costituendo piuttosto per lo più una pressione motivazionale di tale forza ed urgenza da rendere artificiosa una valutazione della

azione quale frutto di una libera scelta. Nella effettiva interazione fra i soggetti in gioco la particolare condizione di debolezza del migrante, anche solo di tipo economico, avvicina molto il suo rapporto con l'organizzazione che lo trasporta in un altro paese con quella situazione di sfruttamento che è al centro delle situazioni di tratta. È dunque sempre più chiaro che al di là della distinzione affermatasi nell'inquadramento giuridico del problema, il migrante spesso è vittima di una offesa alla sua dignità umana, seppure in forme diverse ed anticipate rispetto a quelle che caratterizzano la situazione della tratta.

8. I riflessi nelle vicende della giurisprudenza interna: concorso di reati o concorso (apparente) di norme? — Se da quanto osservato sulla effettività dei problemi in campo si ritorna alla qualificazione giuridica dei due fatti, il punto che sembra più interessante è la questione dei rapporti fra le due incriminazioni messi a fuoco dalla nostra giurisprudenza. Va preliminarmente osservato che la già ricordata norma sul traffico di migranti — l'art. 12 TUIMM sul favoreggiamento all'immigrazione clandestina — è articolata in due distinte incriminazioni: un delitto 'base' (di cui al comma 1) e una figura 'speciale' che deriva dall'innesto nella condotta di cui al primo comma di una serie di situazioni particolari (previste dalle lettere a, b, c, d, e del comma 3), caratterizzate da profili specifici di tutela della persona del migrante rispetto ai pericoli connessi alla condotta base di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina. Ad entrambe le incriminazioni si premette una clausola di sussidiarietà/consunzione ("salvo che il fatto non costituisca più grave reato"), che dispone la prevalenza delle norme che prevedono un trattamento penale più grave nei confronti del fatto rispettivamente considerato. A fronte di questo quadro normativo, la mancata considerazione dei nessi sostanziali esistenti fra i due fenomeni in esame ha condotto la giurisprudenza ad una oscillazione sulla possibilità di considerare quantomeno in alcuni casi il reato di favoreggiamento all'immigrazione clandestina come sussidiario rispetto a quello più grave di tratta di persone ex art. 601, e per questo assorbito dallo stesso.

Una prima presa di posizione aveva riconosciuto un tale rapporto di assorbimento almeno nei casi in cui il favoreggiamento all'ingresso nel territorio dello Stato di uno straniero fosse finalizzato a compiere un fatto di tratta di persone, configurandolo come una porzione di una realtà più ampia in grado di essere qualificata nel suo complesso solo da quest'ultimo delitto (60).

Di recente tuttavia la Cassazione ha mutato orientamento, affermando una tesi molto rigorosa con una decisione articolata in alcuni passaggi argomentativi,

che meritano di essere qui brevemente richiamati. La sentenza in questione imposta i rapporti fra le due incriminazioni a partire da una interpretazione della clausola di riserva che la limita ai soli casi in cui “il reato più grave sia posto a tutela del medesimo interesse giuridico tutelato” (61). Da questo assunto la motivazione passa alla tradizionale considerazione del bene tutelato nei reati di favoreggiamento all'immigrazione clandestina in termini di interesse dello Stato al controllo dei flussi migratori, e ciò persino nelle già ricordate ipotesi aggravate in cui non si può disconoscere che i soggetti deboli vittime di traffico siano espressamente considerati. Secondo la Corte, solo una diversa ricostruzione, in cui “la protezione del migrante” sia “oggetto specifico e diretto della tutela penale” avrebbe richiesto una configurazione delle ipotesi aggravate come delitti autonomi, come pure la Corte auspica. A questo punto, il confronto con il delitto di tratta degli esseri umani che viene posto a presidio della stessa personalità umana, conduce alla esclusione che vi sia una qualche relazione di assorbimento da parte di quest'ultimo nei confronti del primo: troppo diversi appaiono i beni tutelati. La Corte arriva persino a negare il carattere plurioffensivo del favoreggiamento, in modo da escludere che il rapporto fra le due norme possa presentare anche solo un parziale punto di contatto e consentire un assorbimento da parte della tratta sull'altra fattispecie prodromica.

Al di là di una più accurata verifica in relazione alla reale possibilità di negare quantomeno una parziale compresenza di beni tutelati fra i due delitti, il punto critico del ragionamento della Corte sembra però relativo al suo volere ricercare una specialità in astratto, che è inesistente nei rapporti fra le due norme incriminatrici in esame. Solo infatti in presenza di un rapporto di specialità l'identità del fatto deve essere cercata in termini logici, nel senso che non è possibile eliminare la norma speciale senza disperdere l'illiceità del fatto da questa regolato in quanto resterebbe estraneo alla norma generale. Invece, la clausola in questione non è di specialità, ma di consunzione/sussidiarietà, dove il carattere di medesimo fatto non va inteso in termini rigorosamente logici, ma rapportato all'ordinario presentarsi del fenomeno nella realtà della vita. Se allora si ritorna conclusivamente a quanto fin qui richiamato in merito alla comunanza dei fenomeni prima illustrata, affiora il comune quadro di vita in cui si inserisce il fenomeno sostanziale. In tale prospettiva, si coglie che la diversità di bene giuridico non può essere il presupposto della clausola di riserva in questione, per evitare di svuotarla di effettivo significato pratico.

Del resto, che tale diversità di bene protetto non sia un elemento rilevante per interpretare in senso razionale la clausola di riserva del favoreggiamento si ricava da un confronto ampliato ad altre norme: in proposito, è significativo che in relazione ad un altro rapporto con differente norma incriminatrice, la diversità di bene giuridico non fosse stata rilevata per negare l'assorbimento. Così la stessa Sezione della Corte di Cassazione qualche tempo prima aveva correttamente dichiarato l'assorbimento

della condotta di favoreggiamento all'immigrazione clandestina in quella più grave di favoreggiamento della prostituzione, a condizione di una unità del fatto storico (62).

Il tentativo di sottolineare le distanze fra le condotte di traffico di migranti e tratta di esseri umani, al fine di applicare entrambi i reati, trascura per di più alcuni nessi nella stessa rilevanza giuridica dei due fenomeni, che appaiono collegati alle rispettive relazioni sottostanti: interessante appare in proposito la situazione di necessità, considerata per dare rilevanza penale alle condotte di riduzione in uno stato di soggezione continuativa ex art. 600 c.p.

Essa viene ad esempio riconosciuta in giurisprudenza in presenza di “qualsiasi situazione di debolezza o mancanza materiale o morale atta a condizionare la volontà della persona”; in altri termini, non andrebbe confusa con lo “stato di necessità” ex art. 54 (63). D'altra parte, la stessa giurisprudenza la fa coincidere con la definizione di “posizione di vulnerabilità” di cui all'art. 1 co. 1 lett. c dell'apposita Decisione Quadro del consiglio 2002/629/GAI, poi riprodotta nell'art. 2, par. 3 della direttiva europea del 2011 in tema di tratta (64), dove la si riferisce ad “una situazione in cui la persona in questione non ha altra scelta effettiva ed accettabile se non cedere all'abuso di cui è vittima”: in tal modo però si fa riferimento ad una impossibilità di agire altrimenti che non è di intensità diversa rispetto a quella rilevante nello stato di necessità dell'art. 54. Per superare tale contraddizione nei parametri di riferimento della nozione di tratta, occorre riconoscere che il livello di condizionamento delle scelte non deve escludere qualsiasi possibilità di agire altrimenti, ma diventa rilevante già quando il comportamento si limiti a sfruttare una debolezza individuale che influisca sulla capacità di autodeterminazione del soggetto. Ebbene, un tale condizionamento relativo si deve riconoscere in molte delle situazioni in cui il migrante si rivolge al trafficante per condurlo in altro paese, ogni volta quantomeno che dietro la sua richiesta vi sia una situazione di bisogno economico che lo motiva a cercare di meglio per sé e la cerchia dei suoi affetti più vicini. L'elemento indicato fa dunque da trait d'union tra le due condotte di migrazione illegale e tratta di essere umani e consente di rintracciare, pur in mancanza di una assoluta sovrapposizione naturalistica dei rispettivi fatti di reato, quantomeno in alcuni casi una loro sostanziale identità rispetto alle esigenze del diritto. Per tale via appare possibile dare un senso applicativo alla clausola di sussidiarietà sopra ricordata, che porterà — almeno nei casi concreti in cui vi sia tale sovrapposibilità fra le situazioni di sfruttamento della vulnerabilità altrui — alla prevalenza del reato più grave (appunto la tratta) e all'assorbimento/consunzione di quello meno grave (favoreggiamento all'immigrazione clandestina).

9. Rilievi conclusivi. — La tratta di esseri umani è dunque una fenomenologia criminosa che si è diffusa in pieno parallelismo con il fenomeno della globalizzazione e dell'incremento della mobilità umana. La relativa azione di contrasto è resa difficoltosa dal carattere clandestino che ne caratterizza le manifestazioni. Solo una visione complessiva delle varie forme in cui si presenta e delle rispettive cause può aspirare ad avere successo. In proposito, la distinzione fra traffico di migranti e tratta di esseri umani, radicata nella legislazione internazionale, europea e nazionale, appare talvolta interpretata nella giurisprudenza secondo schemi rigidi e con paratie reciproche. Invece, una considerazione dei fenomeni in gioco attenta alla tutela della dignità umana può aiutare ad una migliore comprensione del carattere osmotico della linea di separazione fra le due attività illecite, che non ne nega la distinzione teorica, senza tuttavia trascurarne i frequenti intrecci in concreto.

CAPORALATO E SFRUTTAMENTO DI LAVORO: POLITICHE CRIMINALI IN TEMA DI PROTEZIONE DEL LAVORATORE. PREGI E LIMITI DELL'ATTUALE DISCIPLINA - II PARTE

Sommario PARTE I 1. Il caporalato: analisi fenomenologica, evoluzione storica e aspetti attuali. — 2. L'oggetto di tutela nella repressione penale del caporalato: l'emersione degli interessi meritevoli di protezione. Le premesse ideologiche. — 3. Il contributo sul tema della normativa sovranazionale. — 4. La evoluzione storica delle discipline punitive nell'ordinamento dell'Italia repubblicana. — 5. La tutela penale del mercato del lavoro liberalizzato. — 6. I reati a protezione della persona del lavoratore sfruttato prima dell'introduzione di una fattispecie ad hoc. — PARTE II 7. La prima versione del nuovo art. 603-bis c.p. — 8. La tutela del lavoratore straniero irregolare contro lo sfruttamento del lavoro. — 9. I limiti dell'art. 603-bis c.p. nella prima versione: una fattispecie ridondante in termini descrittivi. — 10. La novità dei c.d. « indici sfruttamento » dei lavoratori; stato di necessità e stato di bisogno del lavoratore sfruttato. Circostanze aggravanti del vecchio art. 603-bis. — 11. Perché la fattispecie originaria non ha funzionato? — 12. Dal « vecchio » caporalato alla attuale legge 29 ottobre 2016, n. 199: il contributo europeo e il nuovo testo dell'art. 603-bis c.p. — 13. Gli indici legali di sfruttamento « riformulati ». — 14. Le aggravanti specifiche, la circostanza attenuante speciale, il regime della confisca e il controllo giudiziario dell'azienda per la rimozione delle condizioni di sfruttamento. La estensione della responsabilità « da reato » agli enti datori di lavoro.

7. LA PRIMA VERSIONE DEL NUOVO ART. 603-BIS C.P.

Una ormai definita fenomenologia criminale e la dimostratasi insufficienza della disciplina repressiva esistente in relazione agli interessi meritevoli di protezione e ai rinnovati impulsi della normativa sovranazionale imponevano un deciso cambio di

passo nella politica legislativa di contrasto del caporalato e dello sfruttamento di lavoro.

Durante la XVI legislatura, il 1° marzo 2011, veniva presentato al Senato il disegno di legge A.S. 2584, recante oggetto « Misure volte alla penalizzazione del fenomeno d'intermediazione illecita di manodopera basata sullo sfruttamento dell'attività lavorativa ». Veniva previsto, come già in precedenti disegni di legge (v. I Parte), un nuovo articolo 603-bis, e la nozione di sfruttamento riprendeva quella già proposta nei precedenti lavori parlamentari (1). Anche quest'ultimo testo non venne però approvato, poiché nelle more dell'esame parlamentare il Governo aveva emanato il decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, che introduceva il nuovo delitto di intermediazione illecita e sfruttamento di lavoro all'art. 603-bis c.p. (2).

Il legislatore, preso atto dell'inadeguatezza delle norme rappresentate dalle vecchie contravvenzioni ritoccate in veste di deterrente dalla Legge Biagi (d.lgs. n. 276/2003), proiettate teleologicamente sulla tutela di un quadro extra-penale (seppure ideologicamente trasformato), ha così finalmente centrato la punizione sulla lesione della personalità individuale del lavoratore. Il nuovo delitto, infatti, è stato collocato nel Titolo XII del Libro II del codice penale tra quelli contro la persona ed in particolare tra i delitti contro la libertà individuale, avvicinando il fatto, ma in posizione distinta ed autonoma, alle più gravi e odiose condotte di asservimento e schiavitù già menzionate. Esattamente l'art. 603-bis, nella prima versione, puniva, salvo che il fatto costituisse più grave reato, « chiunque svolgesse una attività organizzata di intermediazione reclutando manodopera o organizzandone l'attività lavorativa caratterizzata da sfruttamento, mediante violenza, minaccia o intimidazione, approfittando dello stato di bisogno o di necessità dei lavoratori » (3).

Si è detto come l'oggetto della tutela penale sia divenuto espressamente lo status libertatis, inteso non come una specifica forma di manifestazione della libertà personale, ma come il complesso delle manifestazioni che si riassumono in tale stato, e la cui negazione comporta una deprivazione della personalità dell'individuo (4). Per riprendere autorevole opinione, la svolta decisa del legislatore è stata pertanto quella di collocare la tutela del lavoratore vittima di caporalato nel Kernstrafrecht, il nucleo duro del diritto penale, quello dei « diritti naturali » (5). In altri termini il bene giuridico tutelato dalla nuova fattispecie è dichiaratamente la dignità umana del lavoratore, svilita dallo sfruttamento da parte del caporale (6).

Come sottolineato anche dalla Relazione III/11 del 5 settembre 2011 della Corte di cassazione, la norma era diretta a colmare la lacuna vigente nel sistema legislativo e ad intercettare quei fenomeni distorsivi del mercato del lavoro, che non si risolvono in una mera violazione delle regole poste dal d.lgs. n. 276/2003, ma nemmeno raggiungono le vette dello sfruttamento estremo di cui all'art. 600 c.p. A tal proposito

abbiamo visto come la fattispecie di riduzione e mantenimento in servitù fosse in particolare inidonea a reprimere i fatti di caporalato c.d. « grigio », cioè quelli caratterizzati dallo sfruttamento del lavoratore in assenza però di costrizione assoluta e di uno stato di soggezione continuativa. Ecco che il reato di cui all'art. 603-bis c.p. interveniva a colpire, in un'ipotetica scala di gravità delle prassi di sfruttamento, quelle condotte che si collocavano in una posizione intermedia. L'oggetto di tutela, dunque, si allontanava decisamente dal modello sino ad allora osservato, cioè della salvaguardia di un regime amministrativo di intermediazione della manodopera (7).

Questa considerazione semplificava (ma la conclusione resta valida anche rispetto alla attuale versione dell'art. 603-bis) la valutazione del rapporto tra la nuova fattispecie e quelle dell'art. 18, d.lgs. n. 276/2003, facendo propendere, in rapporto al diverso oggetto di tutela (insieme alla eterogeneità degli elementi strutturali delle due fattispecie), sicuramente in termini di concorso di reati (8). Così la semplice violazione delle condizioni di liceità dell'interposizione e della somministrazione della manodopera rimane affidata alle previsioni della fattispecie complementare, almeno sin quando sia assente l'elemento dello sfruttamento e dell'asservimento (che non rientra nell'obiettivo diretto di tutela dell'art. 18, d.lgs. n. 276/2003): nel qual caso, l'autore del fatto risponderebbe sia ai sensi di quest'ultima norma sia del delitto di cui all'art. 603-bis c.p., in quanto presidio dello status libertatis dei lavoratori, cioè dello stato di uomo libero di quest'ultimi quale presupposto per il riconoscimento dei singoli diritti del lavoratore.

Lo scopo di tutela perseguito dal delitto di nuovo conio apparve però ai commentatori più declamato che conseguito concretamente. Infatti, la formulazione della fattispecie apparve eccessivamente dettagliata, fino a comprendere una serie di elementi ultranei rispetto al fenomeno che mirava a reprimere: si richiedeva che la intermediazione finalizzata allo sfruttamento fosse realizzata necessariamente mediante violenza, minaccia o intimidazione, nonché mediante l'approfittamento dello stato di bisogno o di necessità della vittima, e tra gli indici di sfruttamento, di cui al comma 2, si prevedeva anche la sottoposizione del lavoratore a condizioni di lavoro, metodi di sorveglianza, o a situazioni alloggiative particolarmente degradanti (v. oltre). Tutti questi elementi sembravano superare la realtà criminologica di riferimento, già di per sé molto fluida (v. par. 1) (9), almeno di quella riconducibile al c.d. caporalato « grigio », fino ad intercettare fenomeni di sfruttamento più intensi e gravi, vicini a quella che poteva essere una riduzione in schiavitù o servitù o ad una estorsione. Si era perciò creata una fattispecie poco utile all'atto pratico (10), e ancora troppo vicina ai delitti (in particolare quello di cui all'art. 600 c.p.), rispetto al quale la distinzione si sarebbe giocata tutta in sede processuale: se fosse stata provata una condizione di soggezione continuativa rispetto al datore di lavoro o al caporale, sarebbe stata riconosciuta la schiavitù, altrimenti, forse, avrebbe trovato spazio l'art. 603-bis c.p.

Come vedremo innanzi, più adatta alla nuova prospettiva teleologica appare senz'altro (con tutti i limiti dei quali pure diremo) la vigente fattispecie novellata dell'art. 603-bis, alleggerita nel tipo da quegli elementi spuri rispetto all'offesa specifica che si intende reprimere.

Per completare l'analisi in punto di oggettività giuridica della nuova norma incriminatrice deve comunque osservarsi come in letteratura si sia inteso includere tra gli obiettivi di tutela, che dovrebbero caratterizzare la repressione del caporalato e lo sfruttamento di lavoro, anche la libertà di iniziativa economica privata, nel senso che la punizione del caporale costituirebbe un modo per colpire una forma di concorrenza sleale tra imprese. Attraverso l'intermediazione illecita e lo sfruttamento di manodopera si realizzerebbe per l'imprenditore un ingente risparmio di spesa, sotto il profilo retributivo, previdenziale e della sicurezza nei luoghi di lavoro, cosa che gli permetterebbe di imporsi sul mercato con una maggiore competitività rispetto alle imprese rispettose della legge e perciò oberate dai notevoli costi fiscali e previdenziali connessi all'assunzione dei lavoratori (11). Senza tornare sulla più autentica natura offensiva del caporalato (vedasi quanto osservato nella I Parte) mi pare questa tuttavia una mera conseguenza accidentale della consumazione dei delitti e non lo scopo della punizione che è proteggere lo stato di libertà del lavoratore.

Una volta posto con chiarezza l'autentico oggetto di tutela del nuovo delitto è più semplice chiarire il senso della clausola di riserva che apre il testo sia del vecchio art. 603-bis, che di quello novellato nel 2016: « salvo più grave reato ». Come più volte abbiamo sottolineato i nuovi (nuovo) tipi servono a colpire in particolare le prassi di caporalato c.d. grigio, cioè quei fatti di sfruttamento che non si esauriscono né nella mera violazione delle contravvenzioni in materia di somministrazione e intermediazione di lavoro di cui al d.lgs. n. 276/2003, ma nemmeno raggiungono una condizione di asservimento e assoggettamento tale da integrare il delitto di cui all'art. 600 c.p. (ma anche la tratta di persone, l'acquisto e l'alienazione di schiavi di cui, rispettivamente, agli artt. 601 e 602 c.p. o del delitto di estorsione) cioè di quelle forme di annullamento radicale della personalità/volontà del lavoratore (12). Tuttavia, alcuni limiti redazionali del vecchio art. 603-bis, in particolare la ridondanza già accennata, rendevano facilmente possibili contiguità e sovrapposizione con altri reati che dovevano (e devono) risolversi con la prevalenza del reato più grave (13). Il criterio di distinzione, in definitiva, si giocava sull'intensità della soggezione del lavoratore e sulla costrizione al lavoro (14). Quanto al primo profilo, difficile risultava la prova del grado di assoggettamento, che sarebbe dovuto essere totale, nel caso della riduzione e mantenimento in servitù, e limitato nel tempo e nello spazio, nel caso del delitto di cui all'art. 603-bis c.p., posti anche gli indici di sfruttamento di cui al comma 2 dell'art. cit. c.p., che sembravano descrivere situazioni di asservimento completo e continuativo, molto più vicini al delitto di riduzione in schiavitù che a quello di

intermediazione illecita. Quanto al secondo profilo, cioè la costrizione al lavoro, la distinzione tra le due fattispecie finiva, anche in questo caso, con lo sfumare, visto il riferimento in entrambe le ipotesi all'« approfittamento della situazione di necessità » della vittima, da intendersi, secondo la lettura giurisprudenziale, come « qualsiasi situazione di debolezza o di mancanza materiale o morale atta a condizionare la libertà della vittima » (15), e all'introduzione, in seguito alla novella del 2014, nel comma 2 dell'art. 600 c.p. del concetto di « approfittamento della situazione di vulnerabilità » (estremo sul quale già si è detto). Questa potenziale interferenza verrà opportunamente sdrammatizzata con l'alleggerimento e la caratterizzazione del fatto tipico derivante dalla riscrittura dell'art. 603-bis ad opera della novella del 2016.

8. LA TUTELA DEL LAVORATORE STRANIERO IRREGOLARE CONTRO LO SFRUTTAMENTO DEL LAVORO

Rimane da svolgere, prima di addentrarci nell'esegesi dell'art. 603-bis nelle due versioni succedutesi tra loro, qualche breve considerazione sulla disciplina penale dedicata nel nostro ordinamento al lavoro irregolare, considerata la caratterizzazione vittimologica del caporalato e dello sfruttamento di lavoro e l'evidente intreccio con i fenomeni migratori (v. I Parte). Senza potersi dilungare sull'argomento in questa sede, si consideri come la l. 30 dicembre 1986, n. 943, recante « Norme in materia di collocamento e di trattamento dei lavoratori extracomunitari immigrati e contro le immigrazioni clandestine », di attuazione della Convenzione OIL n. 143/1975 (ratificata dalla l. 10 aprile 1981, n. 158), sia stato il primo testo legislativo a disciplinare il fenomeno migratorio in termini di tutela non più del solo ordine pubblico, ma anche della sfera individuale, personale ed umana del lavoratore migrante extracomunitario (16). L'art. 12 di questa legge introduceva al comma 1 il reato di intermediazione illecita di movimenti di lavoratori migranti ai fini dell'occupazione, punendo « chiunque compi[va], in violazione della presente legge, attività di intermediazione di movimenti illeciti o comunque clandestini di lavoratori migranti ai fini dell'occupazione in provenienza, o a destinazione del proprio territorio o in transito attraverso lo stesso, ovvero impiega[va] lavoratori immigrati extracomunitari in condizioni illegali al fine di favorirne lo sfruttamento » con la reclusione da uno a cinque anni e, per ogni lavoratore reclutato, con la multa da Lire 2 milioni a Lire 10 milioni. Al comma 2 dell'art. 12 si puniva con l'ammenda da Lire 500 mila a Lire 2 milioni e, nei casi più gravi, con l'arresto da tre mesi ad un anno « il datore di lavoro che occup[asse] alla sue dipendenze lavoratori immigrati extracomunitari sprovvisti dell'autorizzazione al lavoro prevista dalla presente legge » (17).

Il T.U. sull'immigrazione (d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286(18) ha poi provveduto ad introdurre la fattispecie di illecita occupazione di lavoratori stranieri privi del

permesso di soggiorno all'art. 22, comma 10, che puniva, con la pena dell'arresto da tre mesi ad un anno o con l'ammenda da Lire 2 milioni a Lire 6 milioni, il datore di lavoro che occupasse alle proprie dipendenze lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno previsto dalle norme in materia, ovvero il cui permesso fosse scaduto, revocato o annullato.

Successivamente, con la l. 30 luglio 2002, n. 189, l'art. 22 T.U. fu riformulato e la contravvenzione de qua fu collocata al comma 12 dello stesso, prevedendo, accanto all'arresto da tre mesi ad un anno, l'ammenda di 5.000 Euro per ogni lavoratore impiegato. In seguito alla modifica apportata dall'art. 5, comma 1-ter, d.l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito nella l. 24 luglio 2008, n. 125, la fattispecie illecita de qua ha assunto natura di delitto e quella che è la formulazione tuttora vigente: « Il datore di lavoro che occupa alle proprie dipendenze lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno previsto dal presente articolo, ovvero il cui permesso sia scaduto e del quale non sia stato chiesto, nei termini di legge, il rinnovo, revocato o annullato, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa di 5.000 Euro per ogni lavoratore impiegato » (19). Un rafforzamento della tutela dello straniero irregolare, sottoposto a condizioni di lavoro gravose e vessatorie, si è avuta con l'introduzione della circostanza aggravante ad effetto speciale di cui al comma 12-bis dell'art. 22 T.U., ad opera del d.lgs. 16 luglio 2012, n. 109 (c.d. « Legge Rosarno » cit.), di attuazione della Direttiva 2009/52/CE(20) in virtù del quale: « Le pene per il fatto previsto dal comma 12 [dell'art. 22 T.U.] sono aumentate da un terzo alla metà: a) se i lavoratori occupati sono in numero superiore a tre; b) se i lavoratori occupati sono minori in età non lavorativa; c) se i lavoratori occupati sono sottoposti alle altre condizioni lavorative di particolare sfruttamento di cui al comma 3 dell'articolo 603-bis c.p. » (21). Norma, questa, che in definitiva contiene già una indicazione circa la presenza di una condizione di sfruttamento del lavoro.

9. I LIMITI DELL'ART. 603-BIS C.P. NELLA PRIMA VERSIONE: UNA FATTISPECIE RIDONDANTE IN TERMINI DESCRITTIVI

Ciò detto, torniamo al delitto di cui all'art. 603-bis. Va immediatamente osservato che il legislatore del 2011 apparve fin troppo ligio nell'ossequiare il dogma della determinatezza descrittiva, a scapito però del dato, altrettanto imposto dal rispetto del principio di legalità, della chiarezza e della praticabilità concreta della incriminazione. Il fatto, come si è accennato, è stato originariamente descritto in modo eccessivamente minuzioso, con una sovrabbondanza di elementi descrittivi non coerenti (oltre che con il fine di tutela perseguito, come si è visto) neanche con i comportamenti che nella prassi si intendevano colpire, cioè quelli appartenenti alla gamma intermedia tra l'asservimento integrale e la mera carenza formale rispetto ad

un quadro di riferimento extra-penale. A prevalere fu, come sovente è accaduto in una certa fase storica della nostra legislazione penale, una malintesa idea della legalità: apparve palese l'intenzione del legislatore di restringere l'ambito applicativo dell'incriminazione per la preoccupazione che la fattispecie potesse dare adito ad interpretazioni estensive. Il risultato fu quello di una costruzione sintattica della norma per certi versi confusa che rendeva difficile l'individuazione dei singoli requisiti del fatto tipico. La fattispecie, poi, si smarriva su un punto decisivo: quello della selezione dei soggetti attivi del reato e delle relative condotte. Perché, come già si è visto, il disvalore del fenomeno del caporalato è, per così dire, condiviso o potremmo dire instabile non ad uno ma a due soggetti: il caporale e ancor di più al datore di lavoro utilizzatore finale della manodopera prestata in condizioni di sfruttamento. Invece, l'abbondanza descrittiva su questo punto si interrompeva e l'unico ad essere punito, nella prima versione dell'art. 603-bis, era il caporale (...chiunque svolga una attività organizzata di intermediazione, reclutando manodopera o organizzandone l'attività...) in quanto il reclutamento della manodopera o l'eventuale organizzazione della stessa erano indicati (solo) come corollari della attività di intermediazione (22).

Se il reato non era pensato per punire l'imprenditore utilizzatore della manodopera, l'unico modo di coinvolgerlo nella pena, sussistendone i presupposti soggettivi ed oggettivi, era quello di ipotizzare un eventuale concorso nel reato dell'intermediario ai sensi dell'art. 110 c.p.(23). Per contro, in merito al destinatario della tutela, il soggetto passivo del reato era evidentemente il « lavoratore » (che l'art. 2, comma 1, lett. j, d.lgs. n. 276/2003, definisce come « qualsiasi persona che lavora o che è in cerca di un lavoro »). Stando alla prima versione dell'art. 603-bis, in effetti, era più chi fosse in cerca di un lavoro ad essere tutelato. Si diceva della ricchezza di elementi descrittivi della condotta nella prima versione dell'art. 603-bis: come si è visto, l'intermediazione doveva caratterizzarsi prima di tutto per la presenza di una nota organizzativa. Se solo l'attività organizzata di intermediazione cadeva nelle maglie della norma non sarebbe stato punibile quindi il « caporale » che avesse svolto occasionalmente e senza una struttura fatta di persone e mezzi l'attività illecita (situazione per vero più ipotetica che reale, specie quando, come di regola accade, chi esercita tali attività illecite sia associato ad un'organizzazione criminale). In definitiva l'organizzazione era richiesta (il requisito non compare più nella normativa vigente) come requisito dalla fattispecie volta ad escludere la punizione di condotte meramente occasionali che richiede, invece, impiego di mezzi e persone minimi e di una continuità minima di azione (24).

Quanto al riferimento (anche questo destinato ad essere eliminato nella formulazione attuale) al reclutamento e organizzazione del lavoro, particolarmente arduo era

stabilire il significato della espressione: non occorre ora sprecare troppe energie nel cercare di dare un senso a questo passaggio normativo, che opportunamente il legislatore del 2016 ha eliminato. Sembrava chiaro, tuttavia, che il concetto di intermediazione aveva a che fare esclusivamente con la genesi del rapporto di lavoro apparendo coerente la decisione di criminalizzare l'attività di reclutamento, mentre l'attività di organizzazione dei tempi, delle modalità e delle condizioni di lavoro dei prestatori d'opera atteneva allo svolgimento del rapporto di lavoro che, in teoria, doveva intervenire successivamente. L'organizzazione del lavoro, a rigore, spetta al datore di lavoro ovvero ai suoi subalterni anziché al « caporale » (25). Soggetto, questo, non contemplato tra quelli attivi del delitto. Se ciò è vero, reclutamento ed organizzazione dell'attività lavorativa si sarebbero dovute intendere, con un contorsionismo interpretativo, come le modalità tipiche in cui si concretizzava l'intermediazione quale attività organizzata. Ma questa necessaria operazione di ortopedia ermeneutica, per fortuna, non è più necessaria rispetto alla fattispecie riformulata nel 2016.

Tornando al testo del 2011, il fatto tipico, nella sovrabbondanza descrittiva che lo caratterizzava, richiedeva infine che la condotta fosse commessa mediante violenza, minaccia o intimidazione. Dunque non bastava, perché ci fosse reato, che i lavoratori fossero impiegati a condizioni lavorative di sfruttamento, ma occorreva altresì che le subissero, cioè fossero costretti ad accettarle, attraverso la violenza, la minaccia o l'intimidazione. Sui concetti di violenza e minaccia basti brevemente rinviare alla ricca elaborazione compiuta a partire ad esempio dagli artt. 610 e 612 c.p. In sintesi, la violenza, ovvero l'esplicazione di un'energia fisica sulle persone o sulle cose, può essere posta in essere tramite il proprio corpo o qualsiasi altro mezzo fisico, la cui idoneità va valutata anche in rapporto alle condizioni fisiche e psichiche del lavoratore di cui si intende annullare o ridurre coattivamente la capacità di determinazione e di azione. La violenza « propria », che si esplica direttamente nei confronti del lavoratore, ma anche la violenza « impropria », si può attuare attraverso ogni altro mezzo che produca il medesimo effetto di esercitare pressioni sulla volontà del lavoratore al fine di impedirne una libera manifestazione. In altri termini il requisito della violenza si identifica in qualsiasi mezzo idoneo che privi coattivamente il lavoratore della libertà di determinazione ed azione, potendosi esplicitare sia in termini di violenza fisica propria, e quindi diretta nei confronti della vittima, o in termini di violenza impropria, che si attua utilizzando mezzi anomali diretti a esercitare pressione sulla volontà del lavoratore impedendone la libera determinazione. Quindi in questo caso si parla di violenza-mezzo che influisce sulla volontà altrui inducendo la persona a fare, omettere o tollerare qualche cosa, e come tale costituisce modalità della condotta tipica (26). Per minaccia si intende la prospettazione di un male futuro e ingiusto al lavoratore la cui verifica dipende della volontà dell'agente, anche se in alcune ipotesi essa può

essere eseguita da altri, come ad esempio un sicario ingaggiato oppure un animale. In particolare, può trattarsi di un male-azione oppure di un male-omissione per indurre il prestatore di lavoro a fare, tollerare o astenersi. La minaccia può essere verbale od esplicita e, con riferimento alle condizioni soggettive del lavoratore e alle condizioni ambientali in cui il fatto si svolge, deve essere idonea a turbare la serenità del prestatore di lavoro e ad intimidirlo mediante un giudizio operato ex ante (la minaccia potrebbe avere ad oggetto ad esempio il licenziamento illegittimo).

Infine, l'intimidazione, che pure compariva nel testo del 2011, nell'incertezza interpretativa poteva essere semplicemente intesa come il risultato della minaccia, e quindi assorbita da quest'ultima [anche considerata l'ambiguità di questa espressione, opportunamente, vedremo, il requisito dell'intimidazione è stato eliminato nella norma vigente] (27).

Come si è già osservato, violenza e minaccia più che elementi di selezione del tipo costituivano elementi di indebolimento dello stesso, cioè avrebbero al più potuto costituire fattori di annacquamento del fatto di caporalato rispetto ai tipi diversi che si contraddistinguono proprio per la loro presenza (ad esempio quello di estorsione (28). A meno di non voler considerare la violenza, la minaccia [o l'intimidazione] semplici modalità dello sfruttamento (29), e cioè intendendo tali requisiti degli *accidentalia delicti* (in chiave aggravante) come in effetti sono oggi dopo la novella del 2016.

10. LA NOVITÀ DEI C.D. « INDICI SFRUTTAMENTO » DEI LAVORATORI; STATO DI NECESSITÀ E STATO DI BISOGNO DEL LAVORATORE SFRUTTATO. CIRCOSTANZE AGGRAVANTI DEL VECCHIO ART. 603-BIS

Tra le note invece migliori della norma del 2011 spicca quella che descrive, in linea del resto con i disegni di legge che avevano preceduto la novella (v. sopra), gli indici di sfruttamento ai quali il caporale doveva avviare il lavoratore.

L'elencazione di tali situazioni di fatto ha rappresentato l'elemento cardine del delitto in esame in confronto alle rimanenti fattispecie contravvenzionali applicabili alle condotte di caporalato e relative all'esercizio non autorizzato dell'attività di intermediazione, di somministrazione e di utilizzazione illecita (art. 18, comma 1, terzo e primo periodo, e comma 2, d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276), poiché il disposto di tali fattispecie, pur contemplando una circostanza aggravante per l'ipotesi di « sfruttamento » dei minori, non prevedeva alcuna definizione della locuzione « sfruttamento », limitando pertanto il proprio rilievo al semplice impiego delle vittime medesime. Inoltre, come si è già accennato (v. sopra), il merito della definizione presente nell'art. 603-bis c.p. è stato avvalorato dall'intenzione del legislatore, mediante il d.lgs. 16 luglio 2012, n. 109, di inasprire la sanzione dell'illecita

occupazione di lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno nell'ipotesi in cui gli stessi fossero assoggettati alle condizioni lavorative di particolare sfruttamento di cui al comma 3 dell'art. 603-bis c.p. (sebbene persista una forte incertezza interpretativa legata al significato da attribuire all'aggettivo « particolare » che permane nella norma nonostante le modifiche apportate al nuovo testo dell'art. 603-bis in tema di circostanze aggravanti) (30). In ogni modo, stante la vecchia lettera della prima versione dell'art. 603-bis, perché ci fosse sfruttamento occorre la sussistenza di una o più delle seguenti circostanze: 1. la sistematica retribuzione dei lavoratori in modo « palesemente » difforme dai contratti collettivi nazionali di lavoro o comunque sproporzionato rispetto alla quantità ed alla qualità del lavoro prestato; 2. la sistematica violazione della normativa relativa all'orario di lavoro, al riposo settimanale, all'aspettativa obbligatoria, alle ferie; 3. la sussistenza di violazioni della normativa in materia di sicurezza ed igiene nei luoghi di lavoro, tale da esporre il lavoratore a pericolo per la salute, la sicurezza o l'incolumità personale; 4. la sottoposizione del lavoratore a condizioni di lavoro, metodi di sorveglianza, o a situazioni alloggiative particolarmente degradanti.

Nella prima versione l'art. 603-bis legava, infine, la punizione alla circostanza dell'approfittamento tanto dello stato di bisogno quanto quello di necessità dei lavoratori. In queste espressioni si racchiude un aspetto essenziale del caporalato, del quale sono vittime per definizione soggetti che si trovano in condizioni di vulnerabilità e fragilità. Tuttavia, tra la necessità e il bisogno corre una differenza non da poco. Lo stato di necessità dovrebbe alludere (secondo la lettera dell'art. 54 c.p. che lo descrive, peraltro, con un valore scriminante (31) alla condizione (limite) di quei lavoratori che non abbiano alternativa all'accettare condizioni lavorative di sfruttamento per sopravvivere o permettere la sopravvivenza di terzi. A ciò si aggiunga che questo requisito ricorre, come si è sottolineato, pure nell'art. 600 c.p.(32) che, al comma 2, definisce in maniera evidente in quali casi si ha riduzione o mantenimento in stato di soggezione, integrando il delitto di riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù (33). Cosicché, si è detto, questo estremo rendeva meno netta la distinzione rispetto alla limitrofa, ma ben più grave, figura delittuosa (34). Tutto ciò considerato, bene ha fatto il legislatore della riforma del 2016 a ripiegare esclusivamente sullo stato di bisogno in quanto condizione più appropriata a definire la situazione esistenziale della potenziale vittima di caporalato. Trattasi anch'essa di una nozione ben nota al diritto, usata ad esempio nel delitto di usura aggravata di cui all'art. 644, comma 5, n. 3, c.p.(35), come pure, nel diritto civile, nella descrizione della figura della rescissione del contratto ai sensi dell'art. 1448 c.c. In ogni modo, pur apprezzando la modifica apportata nel 2016, già vigendo il vecchio testo, sarebbe bastato alla integrazione del reato approfittare di questa meno grave condizione di forte disagio economico (impellente assillo che limita la volontà della

vittima) che avesse indotto il lavoratore ad accettare un lavoro a condizioni peggiori rispetto a quelle di mercato e comunque in condizioni di sfruttamento.

Nel testo del vecchio art. 603-bis erano previste a corredo una serie di circostanze aggravanti specifiche confermate, come vedremo, dalla riforma del 2016. La prima legata al numero (superiore a tre) dei lavoratori reclutati: comprensibilmente il fatto è tanto più grave quanto è il numero dei lavoratori coinvolti. Tuttavia, la circostanza in esame ha suscitato perplessità (36), poiché il meccanismo edittale di calcolo della pena pecuniaria (confermato anche dalla disciplina vigente), congiunta a quella detentiva, determina l'ammontare della sanzione sulla base del numero dei lavoratori reclutati, e quindi già fa rientrare tale numero nella dosimetria della pena. La duplicazione del criterio per determinare il quantum della punizione finale non può che far sorgere un dubbio di violazione del *ne bis in idem*.

L'altra circostanza (anch'essa tuttora prevista dalla nuova versione dell'art. 603-bis) è legata al fatto che uno o più dei soggetti reclutati siano minori in età non lavorativa. L'ipotesi è dedicata alla tutela dei « bambini » (distinti dagli adolescenti) che sono ancora sottoposti all'obbligo scolastico (37).

Infine, un aggravamento di pena, anche oggi, è legato all'esposizione dei lavoratori a situazioni di grave pericolo, avuto riguardo alle caratteristiche delle prestazioni da svolgere e delle condizioni di lavoro. Si badi bene, però: mentre la vecchia norma faceva riferimento ai lavoratori intermediati, la nuova, come vedremo, nella più ricca dimensione tipica, parla di lavoratori « sfruttati ». Rimane, rispetto a quest'ultima previsione, il vizio di indeterminatezza legato sia al concetto di pericolo che all'aggettivo della gravità. Quanto al pericolo, va osservato che la violazione delle norme in materia di sicurezza e igiene, che già costituiscono indici di sfruttamento e quindi bastano a considerare integrato il fatto, per definizione espongono a pericolo il lavoratore. L'aggravamento di pena dipenderà, quindi, esclusivamente dall'apprezzamento soggettivo della gravità o meno di esso.

11. PERCHÉ LA FATTISPECIE ORIGINARIA NON HA FUNZIONATO?

Dall'esegesi fin qui condotta, il perché la norma abbia richiesto un profondo rimaneggiamento emerge immediatamente dai limiti redazionali evidenziati. Per concentrarsi solo sui più importanti: spiccava ovviamente la mancata punizione del datore di lavoro. Unanimemente questo è stato considerato il difetto più rilevante della vecchia norma perché lasciava sostanzialmente impunito il principale responsabile e beneficiario dello sfruttamento dei lavoratori (oltre che l'effettivo organizzatore principale della loro attività) (38). La punizione del solo caporale e la mancata punizione del datore di lavoro beneficiario finale del reato faceva del resto a pugno con la costruzione, invece apprezzabile, di un sistema chiaro di indici di

sfruttamento inevitabilmente riferiti alla condotta di quest'ultimo. È al datore di lavoro che compete retribuire i lavoratori e quindi è il soggetto che può decidere di sottopagarli (beninteso, non meno responsabile è il caporale che pretenda il pizzo da quest'ultimi). Sempre al datore di lavoro compete la decisione sull'orario di lavoro, sui turni di riposo, mentre il caporale si limita a sorvegliare l'effettivo svolgimento della prestazione. Ancora, è il datore di lavoro il garante della sicurezza e dell'incolumità sul luogo di lavoro (39). Quindi la scelta legislativa selettiva dei soggetti attivi del reato, incongrua e incoerente, creava un troppo vistoso vuoto di tutela (40).

L'altro grande vulnus derivava dalla mancata punizione dell'ente nel cui interesse o a vantaggio del quale venivano avviati a sfruttamento i lavoratori che, invece, paradossalmente, era punito se ad essere sfruttati fossero stati lavoratori irregolari (v. quanto alla nt. 64) (41). Infine, come più volte ricordato, complessivamente la descrizione del tipo risultava ridondante, ambigua e troppo vicina a quelle ontologicamente limitrofe dalle quali, invece, essa si sarebbe dovuta allontanare più nettamente (v. sopra). Colpiva infine i commentatori una carente disciplina in materia di confisca dei profitti del reato e del mezzo di trasporto impiegato per commetterlo (42). È vero però che l'art. 600-septies, nella versione introdotta dalla l. 3 agosto 1998, n. 269, e poi modificata dalla l. 11 agosto 2003, n. 228, disponeva, in caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti ex art. 444 c.p.p. per uno dei delitti di cui alla Sezione I, Capo III, Titolo XII, Libro II, c.p., l'obbligatorietà della confisca di cui all'art. 240 c.p., anche per equivalente. Si poteva, perciò, ritenere che tale previsione valesse anche per il neo delitto di cui all'art. 603-bis c.p. (43). Successivamente la l. n. 172/2012 ha modificato, tra gli altri, l'art. 600-septies c.p., limitando l'obbligatorietà della confisca, anche per equivalente, ai soli beni che costituiscono il prodotto, il profitto o il prezzo del reato. Con riferimento alle cose che servirono o furono destinate a commettere il delitto, rimaneva la sola facoltatività della confisca ex art. 240 c.p. (esclusa del tutto in caso di c.d. patteggiamento ad una pena detentiva non superiore ai due anni ex art. 445, comma 1, c.p.p.). La minorata possibilità di incidere patrimonialmente rispetto al fenomeno lasciava insomma alquanto perplessi (44).

Nel complesso la disciplina introdotta nel 2011 rappresentava senz'altro un progresso sul piano dell'innalzamento del livello di tutela, ma con uno strumento inadeguato al compito (inadeguatezza, questa, testimoniata dalla scarsa applicazione che si è avuta della norma a dispetto della dimensione del fenomeno criminoso (45).

12. DAL « VECCHIO » CAPORALATO ALLA ATTUALE LEGGE 29 OTTOBRE 2016, N. 199: IL CONTRIBUTO EUROPEO E IL NUOVO TESTO DELL'ART. 603-BIS C.P.

Tra i fattori che hanno operato per l'efficientamento in chiave di tutela della disciplina penalistica sul caporalato un contributo è stato dato a livello europeo, in diverse occasioni. Già prima della introduzione dell'art. 603-bis nel codice penale, come si è visto, la Direttiva 2009/52/CE aveva introdotto norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini terzi il cui soggiorno è irregolare, con la finalità in particolare di contrastare proprio le forme di sfruttamento dei lavoratori stranieri. La sua attuazione nell'ordinamento italiano, ad opera del d.lgs. 16 luglio 2012, n. 109, aveva quindi condotto a modificare il T.U. sull'immigrazione attraverso l'aggiunta di un nuovo comma all'art. 22, il 12-bis, che già aveva saldato il fenomeno dell'immigrazione irregolare con quello del caporalato, nel frattempo punito dall'art. 603-bis. Ma un contributo indiretto alla evoluzione dell'assetto normativo della materia è arrivato anche attraverso la istituzione europea di una disciplina sull'indennizzo alle vittime di reati violenti intenzionali e anche grazie ad una severa giurisprudenza sulla materia formatasi in seno alla Corte di Giustizia (46). In particolare, Corte giust. Ue, 11 ottobre 2016, causa C-601/14, ha posto la questione della adeguatezza della attuazione nel nostro ordinamento della Direttiva 2004/80/CE. Di che cosa si tratta? In estrema sintesi tale direttiva aveva lo scopo di promuovere un sistema di cooperazione volto ad aiutare le vittime di reati internazionali violenti a ottenere un indennizzo (sulla base dei diversi sistemi nazionali), indipendentemente dal luogo dell'Unione Europea in cui il reato era stato commesso. A questo scopo la Direttiva prevede che i Paesi dell'UE disponessero di un sistema di indennizzo, che sia equo ed adeguato, per le vittime di questa tipologia di reati e un sistema di cooperazione a livello dell'UE basato sui diversi sistemi nazionali (47). Orbene, la Corte di Giustizia ha condannato l'Italia per inadempimento della direttiva (48) per aver escluso dall'ambito di applicazione del sistema di indennizzo vigente in Italia reati gravissimi, quali, ad esempio, l'omicidio non riconducibile a terrorismo o criminalità organizzata e lo stupro (49). L'Italia ha infatti recepito la Direttiva 2004/80/CE — in ritardo di quasi due anni rispetto al termine di recepimento (50) — con il d.lgs. n. 204/2007 e il relativo regolamento di attuazione, il d.m. n. 222/2008. Oltre che dal d.lgs. del 2007, la materia dell'indennizzo a favore delle vittime di reati intenzionali violenti è poi disciplinata da diverse leggi speciali (tra le quali, ad esempio, l. nn. 302/1990, 407/1998 e 206/2004 in favore delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata; l. n. 108/1996 in favore delle vittime del reato di usura; l. n. 228/2003 relativa alle vittime di tratta, ecc.). Da ultimo, però, la legge europea 7 luglio 2016, n. 122, ha dedicato alcune disposizioni al tema (che peraltro non hanno fatto in tempo ad entrare nel focus della sentenza di condanna della Corte Europea). Proprio con quest'ultimo provvedimento espressamente l'art. 11 ha stabilito che, fatte salve le provvidenze in favore delle vittime di determinati reati previste da altre disposizioni di legge, se più favorevoli, è riconosciuto il diritto all'indennizzo a carico dello Stato alla vittima di un reato doloso commesso con

violenza alla persona e comunque (con specifica menzione) del reato di cui all'articolo 603-bis del codice penale (51). Anche cronologicamente questo intervento ha per così dire anticipato un profondo ripensamento da parte del legislatore della disciplina penale (e non solo) della materia (52) realizzatosi con la l. 29 ottobre 2016, n. 199, intitolata « Disposizioni in materia di contrasto ai fenomeni del lavoro nero, dello sfruttamento del lavoro in agricoltura e di riallineamento retributivo nel settore agricolo », che, come si evince dal titolo, va ben oltre la riformulazione di una fattispecie delittuosa (53). Ma è proprio alla modificazione del fatto tipico, in particolare in virtù della duplicazione della condotta, che è tuttavia possibile legare gli effetti potenzialmente più dirompenti della riforma, essendo stata introdotta nell'ordinamento una inedita fattispecie dedicata autonomamente allo sfruttamento del lavoro. Infatti, il nuovo art. 603-bis prevede due distinte ipotesi di reato: quella del caporale che « recluta manodopera allo scopo di destinarla al lavoro presso terzi in condizioni di sfruttamento, approfittando dello stato di bisogno dei lavoratori » e quella, diversa, del datore di lavoro che « utilizza, assume o impiega manodopera, sottoponendo i lavoratori a condizioni di sfruttamento ed approfittando del loro stato di bisogno ». Così ben inteso che lo sfruttamento del lavoro può sussistere indipendentemente dal fatto che i lavoratori siano transitati attraverso la attività di intermediazione di un caporale.

Sempre rimanendo alla riformulazione del testo dell'art. 603-bis, si nota immediatamente un alleggerimento descrittivo del fatto con la scomparsa di una serie di elementi che ne appesantivano inutilmente la struttura. Così scompare il riferimento alla organizzazione della attività del caporale, che dunque rileva in quanto mero reclutamento di manodopera.

Nella stessa direzione di semplificazione descrittiva, la violenza e la minaccia sono degradate ad aggravante (non costituendo più requisito del fatto). Mentre scompare in radice l'ambiguo riferimento alla intimidazione (54).

Su un altro passaggio controverso la novella dà il proprio contributo chiarificatore, venendo meno la menzione della necessità a scapito del solo stato di bisogno del lavoratore del quale l'agente deve aver approfittato. È da segnalare infine la riformulazione parziale degli indici di sfruttamento: il legislatore ha, come vedremo meglio di seguito, conservato il ruolo ai vecchi indici legali, seppure modificandoli con alcune significative variazioni semantiche. Da un rapido confronto con quello vecchio risalta anche la modifica dei livelli sanzionatori: per il fatto base la pena è della reclusione da uno a sei anni e della multa da 500 a 1.000 Euro per ciascun lavoratore reclutato.

Rimane, rispetto al vecchio art. 603-bis, la clausola di riserva di esordio « salvo che il fatto costituisca più grave reato ».

A questo proposito la nuova redazione della norma rende più netta in particolare la distinzione rispetto alle fattispecie di reato della stessa sezione del codice penale.

La legge del 2016 infine ha previsto una circostanza attenuante speciale all'art. 603-bis.1 per il caso della collaborazione con le autorità; il rafforzamento dell'istituto della confisca e l'arresto obbligatorio in flagranza di reato (55).

L'altro grave vulnus della disciplina previgente, che viene sanato con la riforma, è l'estensione della responsabilità amministrativa dell'ente: l'art. 603-bis c.p. è stato aggiunto all'art. 25-quinquies, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 231/2001. La misura diventa particolarmente efficace per colpire quegli enti che si avvalgono di lavoratori avviati dal caporale o che anche indipendentemente si macchiano di vere e proprie forme di sfruttamento degli stessi.

Ma, accanto a questi interventi sul tessuto direttamente repressivo, la novella ha anche introdotto l'istituto del Controllo giudiziario dell'azienda e rimozione delle condizioni di sfruttamento; l'estensione alle vittime del caporalato delle provvidenze del Fondo anti-tratta (56) e il potenziamento della Rete del lavoro agricolo di qualità, in funzione di strumento di controllo e prevenzione del lavoro nero in agricoltura.

Entriamo nel merito degli interventi sul versante punitivo.

Sulle nuove condotte si è detto che è apprezzabile il superamento della esasperata descrizione di quella vecchia (volta a circoscrivere il più possibile la portata applicativa) in luogo delle nuove due più nette e chiaramente identificabili (57). Quanto alla prima, di chi recluta manodopera allo scopo di destinarla al lavoro presso terzi in condizioni di sfruttamento, approfittando dello stato di bisogno dei lavoratori, in dottrina si ritiene che il nuovo art. 603-bis c.p. annoveri nell'ambito del reclutamento (58) tutte le attività che in precedenza erano qualificate come di intermediazione, la cui esplicita menzione è scomparsa nel primo punto del comma 1 mentre il richiamo esplicito all'attività di intermediazione, quale forma di reclutamento, compare nella seconda parte del comma 1 dell'art. 603-bis c.p. La lettera della legge lascia intendere che il « reclutatore » agisca con lo scopo di destinare la manodopera in condizioni di sfruttamento; non è essenziale che quest'ultimo si realizzi, bastando che emerga l'intenzione dello sfruttamento lavorativo finale (59). Il riferimento allo scopo « pesa », quindi, sulla ricostruzione dell'elemento soggettivo del nuovo fatto così come descritto in termini di dolo specifico. Mentre il comportamento del datore di lavoro continua ad essere punito a titolo di dolo generico.

Quanto alla condotta di quest'ultimo, cioè di chi utilizza, assume o impiega manodopera, anche mediante l'attività di intermediazione, sottoponendo i lavoratori a condizioni di sfruttamento ed approfittando del loro stato di bisogno, essa risalta

per la propria autonomia rispetto alla prima, ben potendo essere integrata anche quando le modalità di assunzione dei lavoratori siano del tutto regolari: il datore di lavoro, che impiega direttamente la manodopera, è soggetto alla sanzione con la stessa modalità di un datore di lavoro o di un mero utilizzatore che utilizza la forza lavoro reclutata (60), impiegata o formalmente assunta attraverso l'intermediario/somministratore (61). Il disvalore specifico del nuovo reato (che ben potrebbe meritare l'appellativo di « sfruttamento del lavoro ») dipende allora esclusivamente dalle condizioni di sfruttamento dei lavoratori insieme all'approfittamento dello stato di bisogno del lavoratore.

Questa novità presenta aspetti positivi, potendo divenire un nuovo formidabile strumento di tutela del lavoratore, ma anche, per l'estensione e la manipolabilità interpretativa che consente, aspetti di forte perplessità (aumentate dal rilievo che ad essere potenzialmente interessato non è solo ogni datore di lavoro/imprenditore, indipendentemente dalle dimensioni e forme giuridiche dell'impresa (62), ma anche il datore di lavoro non imprenditore (63).

Ciò detto, la nozione di « utilizzazione » attiene al comportamento proprio del soggetto che riceve la fornitura di manodopera, appunto utilizzandone la forza lavoro pur non assumendo la funzione di datore di lavoro in senso formale ma in via di puro fatto (cioè esercitandone le prerogative in particolare il potere direttivo e organizzativo). La nozione di « assunzione » afferisce ad un atto formale di impiego, ovvero alla regolare istituzione del rapporto di lavoro accompagnata (alternativamente o cumulativamente) dalla comunicazione di reclutamento al centro per l'impiego, dal recapito della lettera di assunzione e, al termine del periodo di retribuzione, dall'iscrizione nel Libro unico del lavoro dei dati retributivi e contributivi del relativo rapporto. La nozione di « impiego » concerne, infine, lo svolgimento di fatto delle prerogative e dei doveri, principalmente quello retributivo, tipici del datore di lavoro, anche al di fuori di un regolare reclutamento.

Si diceva di come sopravviva nella nuova formulazione il solo riferimento allo stato di bisogno della vittima, del quale il reclutatore o il datore di lavoro deve aver approfittato. Si è anche detto come lo stato di bisogno alluda, a differenza di quello di necessità, non ad un annientamento assoluto della libertà di scelta, ma ad un « impellente assillo » che, limitando la volontà della vittima, la induce « ad accettare lo svolgimento di una prestazione lavorativa sottopagata o, comunque, in condizioni lavorative deteriori rispetto a quelle di mercato, in condizioni di sfruttamento » (64). Ora, tra le due condizioni sostanziali, a dispetto di quanti le hanno considerate omologhe (65), è evidente che non ci sia coincidenza, denotando il bisogno una condizione esistenziale meno grave della necessità. Tuttavia, intendendo il bisogno come esigenza di lavorare per mantenere se stessi o altri, il requisito di legge perde

una reale capacità selettiva divenendo sostanzialmente pleonastico, specie, come si è osservato, in un periodo di crisi occupazionale endemica come quella che si vive da diversi anni in Italia (66). Un effetto non soppesato adeguatamente dello sdoppiamento della condotta sottoposte ad identità di pena si viene a produrre considerando la disarmonia interna circa la punizione delle condotte di tentativo, sanzionate talune alla stessa stregua del delitto consumato e altre con una pena più mite. Ciò avviene quando il processo criminoso si interrompe prima dello sfruttamento allorché reclutatore e aspirante fruitore siano la stessa persona. Rispetto al primo è integrato il delitto tentato, punito con pena ridotta da uno a due terzi, nel caso in cui, invece, l'attività di reclutamento è commissionata dall'aspirante utilizzatore ad un terzo intermediario, sia il reclutatore che lo sfruttatore incorrono nella pena piena della reclusione da uno a sei anni e della multa da 500 a 1.000 Euro per ciascun lavoratore (67).

13. GLI INDICI LEGALI DI SFRUTTAMENTO « RIFORMULATI »

Perno anche della nuova disciplina sono gli indici di sfruttamento (68), che come detto risultano oggi « migliorati » in chiave di tutela (69).

Partiamo dalla « reiterata corresponsione di retribuzioni in modo palesemente difforme dai contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative a livello nazionale, o comunque sproporzionato rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato ». Nella vecchia versione si parlava di una sistematica retribuzione dei lavoratori in modo « “palesemente” difforme dai contratti collettivi nazionali di lavoro o comunque sproporzionato rispetto alla quantità ed alla qualità del lavoro prestato ». I parametri di riferimento sono i contratti collettivi e la quantità e la qualità del lavoro prestato. La riforma migliora il riferimento a questi parametri ed elimina il carattere necessariamente sistematico della corresponsione di retribuzioni sproporzionate. La volontà legislativa di rendere più rigorosa la sintomaticità dello sfruttamento è rivelata dalla trasformazione della sistematicità che diventa reiterazione, cioè in un significativo numero di casi (70). La variazione è notevole perché mentre l'impiego del concetto « sistematico » si riferiva ad una scelta organizzativa in contrasto con la normativa in materia di retribuzione, il termine « reiterata » implica la mera ripetizione senza richiedere che tali condotte rappresentino il « sistema » di organizzazione in quello specifico contesto lavorativo. Inoltre, nell'odierna formulazione dello sfruttamento retributivo, significativamente, si è introdotto l'esplicito riferimento alle « organizzazioni sindacali più rappresentative » stipulanti il contratto che comprende lo standard retributivo di riferimento. Nella formulazione antecedente, il richiamo era ai « contratti collettivi nazionali » cosicché lo standard di riferimento poteva essere quello più basso vigente nelle discipline collettive in un'interpretazione basata sul favor rei (71). Tenuto conto che il contratto

leader abitualmente contempla trattamenti retributivi superiori in confronto ai c.d. contratti collettivi « pirata », è possibile affermare che trattasi di un ampliamento dell'area della punibilità (72). Il rimando residuale, mantenuto nell'attuale versione dell'art. 603-bis c.p., alla sproporzione rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato può essere oggetto di due interpretazioni: o riferirsi al consolidato orientamento giurisprudenziale che, mediante il riconoscimento dell'efficacia precettiva dell'art. 36 Cost., ha attribuito indirettamente efficacia erga omnes ai contratti collettivi (73) ritenuti misura dell'equità della retribuzione, sindacabile in ogni caso dal giudice, oppure rappresentare misura dello sfruttamento retributivo nell'ipotesi di mancanza di contratto collettivo stipulato dalle organizzazioni sindacali più rappresentative a livello nazionale (74). Nell'attuale versione del reato, i minimi retributivi possono essere compresi, altresì, nei contratti collettivi « territoriali » che affiancano quelli nazionali a condizione che siano stipulati dalle organizzazioni suddette.

Quanto al concetto di « retribuzione », esso va definito in termini tecnico-giuridico come il trattamento economico complessivo erogato nella misura dell'attività lavorativa e inclusivo di tutti gli istituti retributivi diretti e indiretti, monetari o in natura. Problema interpretativo rilevante è decidere se lo standard retributivo, a cui riferirsi per accertare la sussistenza di un'eventuale palese difformità, sia la retribuzione lorda (inclusiva delle trattenute fiscali e previdenziali a carico del prestatore di lavoro) o netta (75). Al riguardo, bisogna innanzitutto notare che la mancata corresponsione della quota di contribuzione a carico del prestatore di lavoro per conto del datore di lavoro, che opera nelle vesti di sostituto contributivo, rappresenta a sua volta reato ai sensi dell'art. 2, commi 1 e 1-bis, del d.l. 12 settembre 1983, n. 463, convertito con modificazioni in l. 11 novembre 1983, n. 638, come sostituiti dall'art. 1 del d.lgs. 24 marzo 1994, n. 211, e tenuto conto che esso è depenalizzato per le quote contributive a spese del datore di lavoro di ammontare non superiore a 10.000 Euro annui ai sensi dell'art. 3, comma 6, d.lgs. n. 8/2016. Di conseguenza è possibile affermare che vi sia una possibile violazione del principio del ne bis in idem potendosi punire due volte la stessa condotta del datore di lavoro (76).

Venendo al secondo indice legale di sfruttamento, quello cioè relativo alla « reiterata violazione della normativa relativa all'orario di lavoro, ai periodi di riposo, al riposo settimanale, all'aspettativa obbligatoria, alle ferie » (che nella vecchia norma figurava come « la sistematica violazione della normativa relativa all'orario di lavoro, al riposo settimanale, all'aspettativa obbligatoria, alle ferie »). Anche qui sistematicità significava che non rilevavano le singole violazioni della norma, bensì la prassi. Alle sanzioni amministrative in materia di orario di lavoro contemplate dal d.lgs. 8 aprile

2003, n. 66, si aggiunge dunque il valore sintomatico delle violazioni ai fini di affermare la condizione di sfruttamento (77).

Veniamo all'indice della « sussistenza di violazioni delle norme in materia di sicurezza e igiene nei luoghi di lavoro » (contemplato già nella vecchia versione: « la sussistenza di violazioni della normativa in materia di sicurezza ed igiene nei luoghi di lavoro » cui si aggiungeva « tale da esporre il lavoratore a pericolo per la salute, la sicurezza o l'incolumità personale »). Probabilmente trattasi dell'indice più problematico. Elevare la violazione delle norme di sicurezza ad indice di sfruttamento significa, infatti, introdurre nell'ordinamento un nuovo tipo di tutela della salute del lavoratore che si affianca al sistema delle contravvenzioni di settore (contenute in linea di massima nel d.lgs. n. 81/2008) e al presidio di cui all'art. 437, comma 1, c.p., che insieme compongono il sistema di prevenzione, in quanto la punizione è collegata alla mera esposizione a pericolo del lavoratore (mentre gli artt. 589 e 590 c.p., nelle forme aggravate, insieme al comma 2 dell'art. 437 c.p. intervengono ormai « a valle », quando cioè l'evento infortunio/malattia professionale si è già verificato). Così, però, la nuova fattispecie « travolge » il sistema se solo si confronta la pena comminata dal comma 1 dell'art. 437 c.p. (reclusione da sei mesi a 5 anni) e quella prevista dall'art. 603-bis (da uno a sei anni più la multa per ogni lavoratore, nella forma non aggravata). In questo senso la disposizione non si limita ad integrare e completare il sistema di prevenzione (assorbendo le contravvenzioni ivi contemplate, in presenza beninteso dell'approfittamento dello stato di bisogno), cioè il complesso della normativa repressiva recata in materia principalmente dal d.lgs. n. 81/2008 [c.d. Testo unico della sicurezza]. Ma lo supera e lo sbilancia, specie in rapporto all'altra previsione codicistica dell'art. 437, comma 1, in particolare (quale delitto doloso di pericolo astratto a tutela però della incolumità pubblica). Ma anche alle fattispecie di danno degli artt. 589 e 590, specie quando, in termini assolutamente non definibili a priori, venga riconosciuta l'aggravante dell'aver esposto i lavoratori a situazioni di « grave » pericolo (78).

Né valga a tranquillizzare l'interprete il necessario approfittamento dello stato di bisogno che, come si è visto, possiede una molto scarsa capacità selettiva, sia in astratto che in concreto.

Quanto, infine, all'ultimo indice di sfruttamento contemplato dalla norma, « la sottoposizione del lavoratore a condizioni di lavoro, a metodi di sorveglianza o a situazioni alloggiative degradanti » [nella vecchia versione « ...particolarmente degradanti »], a venire in gioco, insieme alla libertà, è la dignità umana delle vittime. La cronaca evidenzia un variegato girone dantesco nel quale possono precipitare i lavoratori, fatto di metodi di sorveglianza brutali se non crudeli e alloggi cadenti,

gremiti, malsani e inadeguati (che perché sussista l'indice di sfruttamento devono essere necessariamente riconducibili o direttamente o indirettamente al caporale o al datore di lavoro). Nella nuova versione, dicevamo, compaiono differenze lessicali minime che però denotano il senso di inasprire la repressione del fenomeno. Scompare un aggettivo (gli aggettivi, per vero, dovrebbero comparire il meno possibile nel testo di una norma penale perché sono per definizione rimessi alla discrezionalità dell'interprete). Non sussiste più la pretesa di quantificare il degrado che, esprimendo una lesione della dignità umana, non può per definizione essere suscettibile di misurazione, poiché la dignità umana o è riconosciuta o è negata.

Una breve considerazione, infine, sui rapporti tra indici di sfruttamento, stato di bisogno e dolo. Del dolo del delitto si è già osservato: trattarsi, per l'ipotesi di cui al n. 1, comma 1, di dolo specifico, mentre nel caso del n. 2, comma 1, l'agente risponderà a titolo di dolo generico, dovendosi egli rappresentare e volere tutti gli elementi del fatto, compreso lo stato di bisogno dei lavoratori. E riguardo agli indici di sfruttamento? La risposta richiede una precisazione: se oggetto del dolo deve essere ogni e ciascun elemento del fatto storico conforme al fatto descritto dalla legge, anche gli standard inattuati, in quanto espressioni di sfruttamento, devono essere conosciuti e voluti dall'agente? Ma siamo sicuri che gli indici di sfruttamento siano elementi del fatto che costituisce reato? Sul punto non esiste una unanime visione in letteratura. Per alcuni gli indici di sfruttamento svolgono una funzione di « mero orientamento probatorio » e non descrivono il fatto tipico, con la conseguenza che ci sarà sempre spazio per l'indagine del giudice per accertare se, nel caso di specie, agli elementi di cui all'art. 603-bis, comma 3, c.p., corrisponda effettivamente una situazione di sfruttamento o meno (79). Ma se così fosse, il fatto di sfruttamento sarebbe del tutto indeterminato, e quindi la norma che lo prevede si presenterebbe in netto contrasto con l'art. 25, comma 2, Cost. Se quindi sono elementi del fatto, gli indici devono certamente formare oggetto di dolo.

Naturalmente l'altro elemento del fatto, che deve formare oggetto di dolo, è lo stato di bisogno (rectius presupposto del fatto) del quale l'agente deve essere consapevole volendone approfittare. Tuttavia, come già osservato, per esserci bisogno è sufficiente che il soggetto passivo debba dover lavorare per soddisfare le proprie esigenze primarie o dei suoi familiari e non trovi ragionevoli alternative (e non, come nella necessità, non ne abbia affatto) (80). Appare, pertanto, anche il riflesso soggettivo nel fuoco dell'agente del tutto svalutato e privo di una effettiva funzione selettiva.

14. LE AGGRAVANTI SPECIFICHE, LA CIRCOSTANZA ATTENUANTE SPECIALE, IL REGIME DELLA CONFISCA E IL CONTROLLO GIUDIZIARIO DELL'AZIENDA PER LA RIMOZIONE DELLE CONDIZIONI DI

SFRUTTAMENTO. LA ESTENSIONE DELLA RESPONSABILITÀ « DA REATO » AGLI ENTI DATORI DI LAVORO

Quanto alla violenza e alla minaccia, come più volte ripetuto, esse non figurano più come elementi costitutivi della fattispecie, ma sono divenute circostanze aggravanti del fatto [rectius, dei fatti]. Solo rispetto all'ipotesi così aggravata si potrebbe porre un problema di concorso con il (più grave) delitto di estorsione, che peraltro prevarrebbe in virtù della clausola di riserva già menzionata (81).

Le circostanze aggravanti specifiche, di cui al comma 4 del reato novellato, sono identiche a quelle del reato previgente, come anche il trattamento sanzionatorio, salvo il fatto che in precedenza erano collocate al comma 3. Così, continuano a determinare un aggravamento di pena, comportando un aumento della stessa da un terzo alla metà: 1) il fatto che il numero di lavoratori reclutati sia superiore a tre; 2) il fatto che uno o più dei soggetti reclutati siano minori in età non lavorativa; 3) l'aver commesso il fatto esponendo i lavoratori sfruttati a situazioni di grave pericolo, avuto riguardo alle caratteristiche delle prestazioni da svolgere e delle condizioni di lavoro. C'è da registrare una imprecisione: il termine « intermediati » riferito ai lavoratori, di cui all'aggravante n. 3, è stato sostituito con quello di « sfruttati », quasi che tale ipotesi circostanziale fosse da riferire alla sola fattispecie di cui al n. 2, comma 1, dell'art. 603-bis, c.p. Specularmente, i termini « reclutati », di cui alle aggravanti n. 1 e n. 2, non sono stati modificati, come se tali ipotesi potessero riferirsi, invece, al solo delitto di cui al n. 1, comma 1, dell'art. 603-bis, c.p. Tuttavia, le circostanze devono ora intendersi riferibili ad entrambe le condotte descritte (sia a quella del caporale che a quella del datore di lavoro) (82). Nessuna perplessità sussiste, invece, riguardo la riconducibilità ad entrambe le fattispecie incriminatrici della terza circostanza, che proprio per questo è stata modificata dalla novella: non si parla più infatti di lavoratori intermediati ma « sfruttati ». Trattasi di un'aggravante che, aumentando il trattamento sanzionatorio verso i comportamenti integranti violazioni delle norme in materia di sicurezza e igiene negli ambienti lavorativi, si colloca in maniera direttamente correlata al terzo indice di sfruttamento.

La novella ha poi introdotto all'art. 603-bis.1 una nuova circostanza attenuante speciale (la pena è diminuita da un terzo a due terzi) per chi « nel rendere dichiarazioni su quanto a sua conoscenza, si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero aiuta concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di prove decisive per l'individuazione o la cattura dei concorrenti o per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite ». Con questa misura premiale si ha una parziale rinuncia da parte dello Stato ad una quota di pena per gli autori del fatto in cambio di una condotta collaborativa del reo in favore dell'emersione del fenomeno di caporalato. L'obiettivo di politica criminale perseguito

è evidentemente quello di spezzare la catena di solidarietà che lega i protagonisti della fattispecie in esame (83).

Particolarmente significativa è poi la novità introdotta dalla novella del 2016 in tema di confisca. Come si è visto, la disciplina della confisca in materia di caporalato ha una tradizione « antica », in particolare relativamente ai mezzi impiegati per trasportare i lavoratori reclutati sul luogo di lavoro. La nuova previsione, invece, riguarda genericamente l'insieme delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato (e delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto o il profitto) essa, dunque, ha una portata ben più vasta. Si pensi alla confisca del complesso aziendale dell'utilizzatore o di singoli beni che la compongono, nel caso in cui l'azienda o parte di essa sia servita o sia stata destinata allo sfruttamento dei lavoratori, ovvero rappresenti il prodotto stesso di tale attività illecita (84). Ora, l'art. 603-bis.2 la estende obbligatoriamente, anche per equivalente, al delitto di intermediazione illecita. Viene quindi colmata la precedente (parziale) lacuna esistente in materia (85).

Si rammenti, inoltre, che la novella del 2016 ha inserito il delitto dell'art. 603-bis tra quelli che legittimano la c.d. confisca allargata, cioè della confisca obbligatoria del denaro, dei beni o delle altre utilità di cui il condannato non può giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica. In virtù del d.lgs. 1° marzo 2018, n. 21, la disciplina in materia è ora contenuta nel nuovo art. 240-bis c.p.

Tra le novità apportate dalla novella se ne deve segnalare un'altra: quella introdotta dall'art. 3 della legge n. 199/2016 sul Controllo giudiziario dell'azienda e rimozione delle condizioni di sfruttamento: un meccanismo volto cioè ad evitare « l'interruzione dell'attività imprenditoriale » ma insieme a scongiurare il protrarsi del trattamento degradante dei lavoratori. Si prevede che, quando ricorrano i presupposti per il sequestro preventivo ex art. 321, comma 1, c.p.p. (pericolo che la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravare o protrarre le conseguenze dello stesso, oppure agevolarne la commissione di altri), il giudice disponga, in luogo del provvedimento cautelare, il controllo giudiziario dell'azienda, « qualora l'interruzione dell'attività imprenditoriale possa comportare ripercussioni negative sui livelli occupazionali o compromettere il valore economico del complesso aziendale » (art. 3, comma 1, l. n. 199/2016) (86).

Concludiamo con l'altra più importante novità apportata dalla novella del 2016 (accanto alla duplicazione della condotta penalmente rilevante). L'art. 6 della l. n. 199/2016 ha infatti modificato l'art. 25-quinquies del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, in materia di responsabilità degli enti, includendo tra i reati presupposto quelli descritti

dal nuovo art. 603-bis c.p. In altri termini ora l'ente risponde direttamente per fatto « proprio » generatore di responsabilità ex d.lgs. n. 231/2001 dei reati dell'art. 603-bis c.p. Il significato della innovazione è rilevante sul piano pratico, ma prima ancora su quello simbolico-culturale di politica criminale: segna e trasmette l'innalzamento del livello di contrasto del fenomeno (caporalato e sfruttamento di lavoro) attraverso l'impiego di tutti gli strumenti di responsabilizzazione a disposizione dell'ordinamento (87). La previsione si aggiunge all'art. 25-duodecies, d.lgs. n. 231/2001, introdotto dal d.lgs. n. 109/2012, che aveva già ampliato l'elenco dei reati presupposto includendovi l'impiego di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare [con riferimento esclusivo alla sola ipotesi aggravata di cui all'art. 22 T.U. sull'immigrazione, comma 12-bis, ossia quando vengano occupati lavoratori in numero superiore a tre; minori in età non lavorativa oppure se i lavoratori occupati sono sottoposti alle altre condizioni lavorative di particolare sfruttamento di cui al comma 3 dell'articolo 603-bis c.p. (88)]. Le aree dell'organizzazione aziendale a rischio saranno evidentemente quella dei vertici/risorse umane/gestione sicurezza e salute sui luoghi di lavoro (89), che stipulano i contratti di lavoro e vigilano sul rispetto delle discipline in materia di retribuzioni, tempi di lavoro e di sicurezza/igiene e che dovranno provvedere, oltre che per gli stranieri, a verificarne la posizione di regolarità, a controllare in generale per tutti i lavoratori assunti o impiegati le effettive condizioni di lavoro affinché non sussistano condizioni di sfruttamento.