

# V e VI settimana – Prima parte



### TRACCE

I traccia: il candidato, premessi brevi cenni sulla causalità penale e quella civile, ne esamini le differenze ed implicazioni processuali con riguardo al reato omissivo colposo.

Tema: il candidato esamini i principali problemi applicativi della responsabilità sanitaria sia in ambito civile e penalistico con particolare riguardo alle recenti Riforme Balduzzi e Gelli in tema di rapporto di causalità. Individui, con riguardo alle due differenti discipline succedutesi diversamente nel tempo quale deve considerarsi più favorevole al reo ai sensi e per gli effetti dell'art. 2, IV comma c.p..

Tema: i diritti e le facoltà della persona offesa nel processo penale.

I Compitino (o tema): la persona offesa del reato nei reati plurioffensivi.

II compitino (o tema): Il reato di introduzione e permanenza illegale nel territorio dello Stato

Sommario Generale: 1. Il nesso di causalità in diritto penale. 2. Quattro casi pratici in tema di diritto penale (p.9). 3. Il nesso di causalità nella giurisprudenza CEDU (p.33). 4. La persona offesa del reato. 5. La querela della persona offesa (p. 40). 6. La persona offesa e l'informazione dello stato del procedimento (p. 44). 7. La costituzione di parte civile di enti e associazioni rappresentative degli interessi lesi dal reato . 8. L'inammissibilità della costituzione di parte civile contro l'ente responsabile. 9. Rapporti fra giudizio civile risarcitorio e costituzione di parte civile in sede penale. 10. Il reato di pericolo e il principio di offensività . 11. Dolo specifico e pericolo (p.60). 12. Il diritto penale della sicurezza del lavoro (p. 86). 13. I reati ambientali e il principio di offensività (p. 104). 14. Tentativo e delitti di attentato. 15. Diritto penale dell'immigrazione (p. 128). 16. Decreto sicurezza profili penalistici. 17.



Giurisprudenza CEDU sulla detenzione amministrativa (p. 150). 18. La detenzione amministrativa (p. 160)

### 1.Il nesso di causalità nel diritto penale, artt. 40 e 41 c.p.

### marzo 28, 2016 da Avv. Valeria Citraro

In materia penale, il nesso di causa rappresenta un elemento costitutivo del reato in tutte quelle fattispecie incriminatici che prevedono un evento naturalistico. Il nesso (dal latino nectere, cioè legare) può definirsi come ciò che lega la condotta dell'agente, e l'evento. Tale collegamento consente, ispirato ai principi di materialità (art. 25, comma 2, Cost.) e di personalità della responsabilità penale (art. 27, comma 1, Cost.), l'imputazione – sul piano oggettivo – di un evento lesivo al soggetto che ha contribuito, con la propria condotta, alla verificazione del risultato dannoso.

La causalità penale rinviene la propria disciplina agli artt. 40 e 41 c.p.

Il legislatore non fornisce utili indicazioni al fine di orientare l'interprete nella ricostruzione della nozione di causalità, né nella definizione del criterio di accertamento della medesima rilevante per il diritto. Di qui lo sforzo dottrinale e giurisprudenziale di elaborare una nozione di causalità, tenendo conto delle acquisizioni proprie delle scienze naturali, che sia valida per il diritto. Sono state al riguardo elaborate varie teorie.

## Teoria della Condicio sine qua non

Secondo la teoria della condicio sine qua non (o condizionale o della equivalenza delle condizioni), per causa deve intendersi ogni singola condizione dell'evento naturalisticamente intesa, senza la quale l'evento non si sarebbe verificato. Tutte le condizioni necessarie e sufficienti per produrre l'evento sono causa dello stesso e, in tale ottica, finiscono per equivalersi.

La condotta umana è quindi da reputare causa di un evento quando, alla stregua di un giudizio ex post (svolto cioè dopo la produzione dell'evento), possa considerarsi, sia pure unitamente ad altre cause, condicio sine qua non dell'evento medesimo.

Il meccanismo per individuare se un'azione possa ritenersi causa di un evento è rappresentato dal c.d. giudizio controfattuale (cioè contro i fatti), occorre cioè procedere all'ideale eliminazione del fattore dato per condizionante e verificare se, senza di esso, l'evento si sarebbe ugualmente prodotto.

Pure recepita da dottrina e giurisprudenza di maggioranza, la teoria condizionalistica è stata oggetto di diversi rilievi critici, che hanno condotto ad apportarvi dei correttivi.



In primo luogo si è obbiettato che essa risulta utilizzabile solo ove si conoscono in anticipo le leggi causali che presiedono ai rapporti tra determinati fenomeni. Il giudice può affermare che l'azione è causa dell'evento in quanto vi sia una legge scientifica che affermi che quell'azione rientra nel novero di quegli accadimenti capaci di realizzare quell'evento.

In secondo luogo, proprio perché in base a tale teoria tutte le condizioni che concorrono alla produzione dell'evento sono da considerarsi equivalenti, la teoria de qua se portata alle sue estreme conseguenze porterebbe a considerare causali anche i remoti antecedenti dell'evento con una regressione all'infinito:paradossalmente si potrebbe ritenere che un omicidio sia da attribuire causalmente anche i genitori dell'omicida, poiché se questi non lo avessero procreato, l'omicidio non sarebbe mai stato commesso.

Inoltre, la teoria condizionalistica parrebbe inapplicabile alle ipotesi di causalità addizionale, in cui diverse condizioni operano congiuntamente e ciascuna di esse sarebbe da sola sufficiente a produrre l'evento, sicché eliminando astrattamente una di esse potrebbe affermarsi che l'evento si sarebbe comunque prodotto in conseguenza dell'altro fattore (es. A e B immettono un eguale dose mortale di veleno, l'uno all'insaputa dell'altro, nel pasto di C); e nelle ipotesi di causalità alternativa ipotetica, in cui vi è la prova che un processo causale diverso da quello verificatosi in concreto avrebbe comunque cagionato l'evento (si pensi all'omicidio di un malato terminale, anche senza la condotta criminosa la vittima sarebbe morta ugualmente).

Proprio nel tentativo di superare i suddetti limiti, la dottrina ha elaborato dei correttivi al fine di selezionare gli antecedenti causali dell'evento, elaborando le teorie della causalità umana e della causalità adeguata.

Integrazione della teoria condizionalistica con il criterio della sussunzione sotto leggi scientifiche

Prima di passare alla loro analisi, occorre ancora soffermarsi sulla teoria condizionalistica. Il problema principale posto dalla teoria condizionalistica attiene all'individuazione dei percorsi logici da seguire per giungere ad affermare che una condotta è causata di un evento.

Si è passati da una prima fase in cui la giurisprudenza accoglieva il c.d. metodo individualizzante, fondato sull'intuizione del giudice nel cogliere nel caso concreto le connessioni tra eventi e singoli accadimenti, ad una seconda fase in cui la giurisprudenza approdava a un metodo meno individualistico, ma pur sempre discrezionale, costituito dall'utilizzo di massime di esperienza. Si è infine giunti



all'ineludibile esigenza di far riferimento a una legge scientifica di copertura per la spiegazione dei rapporti causali.

I precedenti orientamenti finivano infatti per rendere il giudicante quale vero e proprio produttore di leggi causali. Pertanto, si è giunti all'affermazione che l'azione è causa dell'evento se, secondo la migliore scienza ed esperienza del momento storico, attraverso l'utilizzo di un metodo scientifico, l'evento risulti conseguenza certa o altamente probabile dell'azione. Un antecedente può quindi essere condizione necessaria dell'evento solo a patto che rientri nel novero di quegli antecedenti che, sulla base di una successione regolare conforme ad una legge dotata di validità scientifica (legge di copertura), portano ad eventi del tipo di quello verificatosi in concreto.

Quanto alle leggi di copertura utilizzabili, si distinguono le leggi universali, dotate di un grado di certezza assoluto, e quelle statistiche, che invece attestano il verificarsi di un evento in una certa percentuali di casi.

L'uso di leggi statistiche comporta che l'accertamento del nesso di causalità si connoti di carattere probabilistico. A tal fine, la giurisprudenza ha sottolineato di tenere distinti il concetto di probabilità statistica da quello di probabilità logica (v. S.U. sent. 10 luglio 2002 n. 30329, Franzese).

La probabilità statistica attiene alla individuazione della frequenza che caratterizza una determinata successione di eventi, la probabilità logica contiene la verifica aggiuntiva, sulla base delle circostanze del fatto e dell'evidenza disponibile, dell'attendibilità dell'impiego di una legge statistica nel caso concreto e delle persuasiva e razionale credibilità dell'accertamento giudiziale.

I canoni probatori tipici del giudizio penale esigono infatti un approccio valutativo che, lungi dall'esaurirsi nell'adozione di un determinato coefficiente di probabilità statistica, sia in grado di vagliare la razionale credibilità di quel coefficiente in relazione al caso concreto. Va rifiutato ogni automatismo tra livello di probabilità statistica ed esito dell'accertamento giudiziale: non può dedursi automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica la conferma o meno dell'ipotesi accusatoria sull'esistenza del nesso di causalità, poiché il giudice deve sempre verificarne la validità nel caso concreto.

Pertanto, affinché l'accertamento del nesso causale, oltre ad essere statisticamente probabile, sia anche logicamente credibile, è necessario che il giudice, una volta individuata la legge statistica, escluda l'intervento di altri fattori causali che nel caso concreto potrebbero avere causato l'evento in alternativa alla condotta del reo. Il nesso causale potrà considerarsi giudizialmente accertato solo quando, a prescindere dal coefficiente di probabilità statistica (che può essere tanto elevato, quanto basso),



all'esito del ragionamento probatorio il giudicante abbia escluso l'interferenza di fattori alternativi, e vi sia un'elevata probabilità logica o credibilità razionale che la condotta del soggetto sia stata causa dell'evento (v. sent. Franzese sopra citata).

Dei principi elaborati dalla sentenza Franzese è stata fatta applicazione anche in materia di infortuni e malattie sul lavoro derivanti da esposizioni a sostanze tossiche (v. caso Eternit).

Legittimo a questo punto domandarsi cosa accada ove manchino leggi scientifiche idonee ad attestare una relazione di regolarità causale tra una determinata condotta e l'evento in concreto verificatosi. Sul punto si è pronunciata Cass. Pen. sez. IV n. 36804 del 2004, ritenendo che la causalità sussiste non solo in presenza di leggi scientifiche, ma altresì quando ricorrano criteri medio-bassi di probabilità c.d. frequentista, nulla escludendo che anche essi, se corroborati dal positivo riscontro probatorio, possano essere utilizzati per il riconoscimento giudiziale del necessario rapporto di causalità. Più che la mera probabilità statistica, ciò che rileva è la probabilità logica, in forza della quale il nesso di causalità è accertato quando possa ritenersi, in termini di certezza processuale, all'esito del ragionamento probatorio del giudice, che la condotta tenuta dal reo sia condizione necessaria dell'evento occorso.

### Il concorso di cause

La vigenza nel nostro ordinamento del principio di equivalenza delle cause è confermata dall'art. 41, commi 1 e 3 c.p., secondo cui il concorso di cause preesistenti, simultanee o sopravvenute, anche se indipendenti dall'azione/omissione dell'agente, non escludono il rapporto di causalità; la causa concorrente può essere costituita anche dal fatto illecito altrui.

A vivaci discussioni ha invece dato luogo l'interpretazione del comma 2 del medesimo art. 41 c.p. laddove si riferisce alle cause sopravvenute da sole sufficienti a produrre l'evento quali condizioni idonee a interrompere il nesso di causalità.

Negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore del codice, si sostenne che tale disposizione si riferisse alle ipotesi in cui alla condotta criminosa sopravviene una serie causale assolutamente autonoma. Si tratta di una causalità c.d. interrotta o sorpassante, in cui l'evento è riconducibile in via esclusiva al fatto sopravvenuto, senza che possa più scorgersi alcun nesso eziologico con la precedente condotta.

La sopra esposta interpretazione dell'art. 41, comma 2, c.p. è stata tuttavia sottoposta a serrata critica da parte di chi ha sottolineato che la concausa sopravvenuta, proprio perché interagente con la condotta, non può considerarsi totalmente autonoma e avulsa dalla stessa, ma andrebbe invece considerata nella sua interazione con la precedente condotta del soggetto, al fine di verificarne l'effettiva incidenza ad



interrompere il nesso causale. Inoltre, ove tale disposizione venisse interpretata come sopra, essa si rivelerebbe del tutto inutile, atteso che in tali casi potrebbe pervenirsi alla medesima soluzione dell'assenza del nesso condizionante, facendo applicazione già dell'art. 40.

Invero, secondo tale orientamento, il comma 2 dell'art. 41 c.p. ha la funzione di apportare un temperamento all'eccessiva rigidità della teoria condizionalistica. Esso riguarda infatti quei processi causali non del tutto avulsi dalla condotta, ma caratterizzati da un percorso causale completamente atipico, anomalo ed eccezionale.

Pertanto, le cause sopravvenute di cui all'art. 41 co. 2 cp. vanno riferite a quei fattori non necessariamente del tutto avulsi dalla condotta dell'agente, ma che , pur inserendosi nella serie causale avviata dall'agente, si connotano di atipicità ed eccezionalità.

Va precisato come tale idoneità a interrompere il nesso causale può essere riconosciuta solo ai fattori eccezionali sopravvenuti, non anche simultanei o preesistenti. Mentre infatti le cause sopravvenute possono essere imprevedibili in quanto eccezionali, quelle preesistenti/simultanee sono astrattamente conoscibili dall'agente, e pertanto irrilevanti al fini di escludere il nesso di causalità.

## Teoria della causalità adeguata

Nell'ambito di questo orientamento, parte della dottrina ha interpretato l'art. 41 comma 2 come attestante il recepimento della teoria della causalità adeguata, la quale richiede che perché un evento possa essere causa di una condotta umana, occorre non solo che la condotta sia stata condizione necessaria dell'evento, ma anche che l'evento sulla base di un giudizio ex ante costituisca sviluppo probabile, normale e prevedibile (o semplicemente non improbabile) di quella condotta.

Tale teoria non ha però avuto ampio seguito, essendo alla stessa state mosse due obiezioni:

- essa finisce per includere nell'ambito della causalità considerazione che attengono alla sfera della colpevolezza;
- Lo stesso concetto di adeguatezza della causa è soggetto ad applicazioni incerte.

### Teoria della causalità umana

Altra parte della dottrina ha invece interpretato l'art. 41 comma 2 come positivizzante la teoria della causalità umana, secondo la quale possono considerarsi causati dall'uomo soltanto quegli eventi che lo stesso è in grado di dominare in virtù dei suoi poteri cognitivi e volitivi, che rientrano cioè nella sua sfera di signoria. Tali non sono



gli eventi eccezionali, perché imprevedibili, e che sfuggono quindi al potere di dominio dell'uomo.

Ne consegue che in base alla teoria de qua, la gamma degli eventi che possono dirsi causati da un'azione risulta più circoscritta rispetto a quella consentita dalla teoria condizionalistica pura, ma più ampia rispetto all'interpretazione proposta dalla causalità adeguata. Quest'ultima infatti estromette dall'applicazione dell'art. 41 comma 2 tutti i decorsi causali anormali, mentre la teoria della causalità umana esclude i decorsi causali caratterizzati dalla presenza di fattori rarissimi ed eccezionali.

### ... Teorie minoritarie

Altro orientamento ancora ha tentato di dare ingresso nel nostro ordinamento, per via dell'art. 41 comma 2, alla teoria dell'imputazione obbiettiva dell'evento, secondo la quale un evento può essere considerato il risultato di una condotta per il solo fatto che la condotta abbia creato o aumentato un rischio giuridicamente non consentito e che rischio pericolo si sia anche effettivamente realizzato nel concreto. In tal modo si individua tuttavia un parametro di attribuzione dell'evento alternativo a quello condizionalistico, in cui il nesso causale si risolve nell'accertamento della violazione di una regola cautelare.

I principi sopra indicati in materia di concause valgono anche quando si tratti di valutare l'incidenza sul rapporto causale della condotta colposa della stessa vittima. Anche in tali ipotesi il rapporto di causalità non resta escluso, poiché il fatto umano costituisce anch'esso un fattore causale al pari degli altri fattori accidentali o naturali. Pertanto, colui che pone in essere una situazione di pericolo risponde anche delle conseguenze eventualmente provocate da un comportamento imprudente della vittima.

Secondo giurisprudenza ormai consolidata, il nesso causale tra la condotta colposa del datore di lavoro, reo di non aver approntato le misure di prevenzione antinfortunistiche, e l'evento, non è interrotto dal comportamento imprudente del lavoratore, quando l'infortunio sia comunque da ricondurre alla mancanza o insufficienza delle cautele che se adottate avrebbero neutralizzato proprio il rischio di siffatto evento (v. Cass. Sez. IV, 17 aprile 2012, n. 21205).

### La causalità nei reati omissivi

Guardando ai reati omissivi, il nesso di causalità va inteso in relazione ad essi come causalità ipotetica o in senso normativo, posto che il rapporto tra condotta ed evento non rifletterebbe un rapporto causale in senso propriamente fisico-naturalistico, atteggiandosi invece quale equivalente normativo del nesso causale relativo a una



condotta attiva, concretizzandosi in una tecnica di imputazione dell'evento funzionale alle specifiche esigenze della responsabilità penale.

L'accertamento della causalità tra omissione ed evento si basa su un giudizio ipotetico o prognostico, basato anch'esso sul modello della sussunzione sotto leggi scientifiche. Tuttavia, argomentando dal rilievo che i giudizi prognostici sono inevitabilmente esposti a margini di incertezza, si ritiene che in sede di accertamento del rapporto di causalità, non si possa giungere allo stesso livello di rigore esigibile nell'accertamento del nesso di causalità dei reati commissivi.

### La causalità nei reati colposi

Guardando invece all'accertamento del nesso di causalità nei reati colposi, è necessaria una premessa.

L'essenza della responsabilità colposa risiede nella prevedibilità e prevenibilità dell'evento lesivo attraverso l'osservanza di una regola cautelare. Un evento può essere ascritto all'autore di una condotta trasgressiva a titolo di colpa solo ove questo era evitabile con la condotta non trasgressiva.

L'art. 43 c.p. nell'individuare i criteri dell'imputazione colposa richiede che l'evento si sia verificato a causa di negligenza, imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini e discipline.

Alla luce di tale definizione codicistica, l'inosservanza della regola cautelare di condotta costituisce la causa dell'evento. Si tratterà quindi di verificare la sussumibilità dell'evento determinato dalla condotta trasgressiva di una regola cautelare nel novero di quegli eventi che la regola cautelare stessa mirava a scongiurare. È necessario, in altri termini, che l'evento si atteggi quale concretizzazione del rischio che la norma di condotta violata mirava a prevenire.

# I rapporti tra la causalità civile e la causalità penale

Va infine rilevato l'articolato dibattito sorto intorno alla questione relativa ai rapporti tra causalità penale e causalità civile.

Ben noto come nei giudizi civili aventi ad oggetto il risarcimento del danno, l'attore deve provare un duplice collegamento causale: la c.d. causalità materiale tra condotta ed evento, e la c.d. causalità giuridica tra evento e conseguenze dannose.

Si rileva una lacunosità definitoria nel codice civile per quel che attiene alla nozione di causalità, ancor più evidente che in quello penale. Pertanto, in mancanza, sono state ritenute applicabili le coordinate penalistiche di cui agli artt. 40-41 c.p., pur nel rispetto delle differenze che intercorrono tra i due ordinamenti.



In un primo momento si era operata una totale traslatio nel giudizio civile dei principi espressi in tema di causalità dalla nota sentenza Franzese. Ne derivava che il giudice civile era chiamato ad una rigorosa verifica della credibilità dell'impiego di una legge statistica al caso concreto, tale da condurre all'accertamento dell'esistenza del nesso causale al di là di ogni ragionevole dubbio.

L'orientamento oggi dominante è tuttavia nel senso che la causalità civile assume connotazioni diverse dalla causalità penale. Le logiche cui si ispirano i rimedi dell'uno o dell'altro sistema sono profondamente diverse, rispettivamente sanzionatorie e riparatorie. Gli stessi criteri d'imputazione divergono, posto che il sistema penale – a differenza di quello civile – è ispirato al principio personale della responsabilità penale con ripudio delle ipotesi di responsabilità oggettiva. Si guardi anche alle finalità, essendo quella del diritto civile di allocare il danno sul soggetto che lo ha causato, quella penale di sanzionare e prevenire comportamenti riprovevoli. Ma ciò che soprattutto rileva è la diversità della regola probatoria, essendo il processo penale fondato sulla prova oltre il ragionevole dubbio, mentre il processo civile si fonda sulla regola della preponderanza dell'evidenza o del più probabile che non.

La causalità civile corrisponderebbe in sostanza alla c.d. probabilità relativa, caratterizzata da una soglia meno elevata di probabilità logica rispetto a quella penale, rispondendo alla diversa e più elastica logica del più probabile che non.

# 2. Quattro casi di interruzione di nesso di causalità e di giurisprudenza in tema di causalità generale e causalità individuale (petrolchimico di Mantava, Amianto)

## 1. A cura di Sergio Fucci

Un anestesista (dr. A) di una clinica privata, nell'eseguire la visita preanestesiologica su un paziente in previsione di un intervento di rinoplastica, omette di annotare sulla scheda clinica alcuni indici di previsione di difficoltà di intubazione e, in particolare, il fatto che la distanza tireo-mentoniera del soggetto era inferiore ai sei centimetri.

L'anestesista, inoltre, non effettua la misura di distanza interdentaria ed esegue in modo errato il test di Mallampati, formulando poi una generica indicazione della possibilità di procedere regolarmente ad anestesia generale, senza segnalare il rischio di non facile intubazione. All'atto della successiva visita anestesiologica preoperatoria, il dr. B (al quale compete la scelta sul tipo di anestesia da eseguire in concreto) corregge il test di Mallampati eseguito dal collega e omette a sua volta di rilevare la distanza tireo-mentoniera, decidendo poi di procedere all'intubazione nei modi ordinari (invece che da sveglio o con laringoscopia senza curarizzazione) sottovalutando, quindi, i rischi connessi a tale operazione.



Il reiterato tentativo di procedere all'intubazione nei modi ordinari provoca un edema indotto nella laringe, affrontato poi non correttamente in quanto l'anestesista omette di utilizzare i devices alternativi (come la maschera laringea) e di praticare l'ossigenazione del paziente che quindi va in arresto cardiaco causato da ipossia.

Il malato viene pertanto trasferito presso il reparto di rianimazione di un ospedale ove decede qualche giorno dopo per insufficienza respiratoria e multiorgano in soggetto in stato di coma postanossico conseguente a intubazione difficile.

Il dr. A viene rinviato a giudizio per rispondere di omicidio colposo in concorso con il collega dr. B che, peraltro, definisce separatamente la sua posizione processuale con una condanna a pena conseguente a patteggiamento.

Il Tribunale assolve il dr. A per non avere commesso il fatto contestato escludendo che la sua condotta abbia avuto una efficienza causale sul prodursi dell'evento morte.

La sentenza di primo grado viene però riformata dalla Corte d'Appello che, invece, attribuisce rilevanza alla visita propedeutica effettuata da questo anestesista in quanto ritiene che se questo professionista avesse correttamente eseguito il test di Mallampati (cioè l'esame clinico testa-collo prescritto dalle linee guida della SIARTI) e rilevato giustamente la misura della distanza interdentaria e quella della distanza mento-tiroidea, avrebbe messo a disposizione

del collega dr. B elementi conoscitivi di fondamentale utilità per la scelta della tipologia più appropriata di anestesia da praticare, con conseguente esclusione della possibilità di eseguire l'anestesia generale con le modalità ordinarie in seguito alla quale si erano verificate le complicazioni che avevano condotto al decesso del paziente.

Secondo i giudici di appello la successiva condotta negligente del dr. B non aveva avuto efficacia interruttiva della serie causale che aveva condotto al decesso del paziente perché il dr. A essendo in colpa non poteva fare affidamento sul comportamento diligente del collega e perché tra le due condotte vi era un nesso di interdipendenza e, quindi, il comportamento tenuto dal secondo anestesista era stato influenzato dagli errori compiuti dal dr. A che per

primo aveva assunto una posizione di garanzia nei confronti del malato.

L'imputato (dr. A) ricorre in cassazione, sollevando una serie di questioni di carattere giuridico

e, in particolare, contestando le affermazioni relative all'esistenza del nesso di causalità dato che il dr. B, dopo avere eseguito nuovamente il test di Mallampati, aveva assunto in modo autonomo la decisione sul tipo di anestesia da eseguire pur in presenza di indici di presumibile difficoltà dell'intubazione ordinaria, compiendo poi



errori nella procedura di intubazione (attuata senza i necessari accorgimenti) e non facendo alcunché per consentire al paziente di

respirare, provocandone così il coma.

In sostanza, secondo la tesi dell'imputato, il comportamento tenuto dal collega dr. B in sala operatoria aveva avuto efficacia interruttiva del nesso causale tra la propria condotta e l'evento mortale.

L'esito del giudizio in Cassazione e principi affermati dalla Suprema Corte

La Corte di Cassazione, con la sentenza in commento, annulla la sentenza di condanna emessa dai giudici d'appello e assolve il dr. A per non avere commesso il fatto contestatogli. La Suprema Corte, in particolare, osserva che non è condivisibile quanto affermato dai giudici di secondo grado circa la rilevanza della condotta dell'imputato nella produzione dell'evento lesivo in quanto la condotta imperita e negligente del dr. B si è sovrapposta a quella del dr. A in modo del tutto autonomo, così assumendo una propria efficienza causale tale da interrompere ogni nesso con il comportamento del primo anestesista.

La Cassazione, ancora, sottolinea che i giudici di appello hanno sottovalutato una serie di elementi sopravvenuti alla condotta incriminata del dr. A e decisivi per valutare il nesso di causalità e cioè: il grado di autonomia della decisione presa dal dr. B di procedere ad intubazione secondo le ordinarie modalità, scelta effettuata dopo una rivalutazione delle condizioni cliniche del paziente; il modo con il quale furono eseguite le manovre di intubazione, all'esito delle quali si manifestò l'edema; il comportamento in sala operatoria dell'intera équipe allorché il malato presentò una crisi respiratoria.

In sostanza, secondo la Suprema Corte, non è sufficiente l'accertata interdipendenza tra la posizione di garanzia rispetto alla salute del paziente assunta nel governo del rischio anestesiologico prima dal dr. A e poi dal dr. B per ritenere che l'evento morte è stato prodotto da un concorso di cause imputabili ad entrambi perché nella condotta del secondo anestesista emergono non solo manchevolezze di carattere diagnostico, ma anche di natura esecutiva, tali da interrompere il nesso di causalità tra il comportamento dell'anestesista intervenuto per primo e la morte del paziente.

D'altra parte appare discutibile anche il giudizio dei giudici d'appello concernente l'errata scelta del tipo di anestesia (che sarebbe stato compiuta dal dr. B in seguito ai rilievi non corretti operati dal dr. A) in quanto, come dedotto dalla difesa dell'imputato, agli atti vi è la prova che in precedenza lo stesso paziente era stato operato di tonsillectomia in anestesia generale, eseguita senza problemi con le stesse



modalità ordinarie che, invece, nella fattispecie avevano indotto l'edema e la conseguente crisi respiratoria.

Deve, quindi, essere ritenuto che nella serie causale intercorrente tra la condotta imperita dell'imputato e l'evento mortale si sono inseriti una pluralità di fattori successivi e autonomamente determinanti il decesso del paziente, tali da escludere l'efficacia causale del comportamento contestato al dr. A.

La Corte di Cassazione richiama sul punto la sua più recente giurisprudenza (tra cui le sentenze n. 33329/2015 e n. 15493/2016) che ha chiarito che l'interruzione del nesso causale tra la prima condotta e l'evento è configurabile quando la condotta successiva crea un rischio nuovo e molto diverso rispetto a quello originario attivato dalla condotta iniziale.

Pertanto, se è vero che sussiste di norma la corresponsabilità del soggetto che assume per primo la posizione di garanzia e quella del soggetto che assume successivamente questa posizione se entrambi commettono degli errori, questa regola non è applicabile se la situazione di pericolo innescata dal secondo professionista appare nuova e incommensurabile rispetto alla precedente

2. Cassazione Penale, Sez. 4, 11 luglio 2018, n. 31615 - Infortunio mortale dell'addetto alla manutenzione: inserimento di un fattore causale e innesco di una categoria di rischio nuova. Interruzione del nesso causale, abnormità della condotta del lavoratore

Lavoratore e Comportamento Abnorme

Nella sequenza eziologica sfociata nell'evento è infatti da riscontrarsi l'inserimento di un fattore causale che ha innescato una categoria di rischio del tutto nuova rispetto a quella determinata, secondo quanto risulta dalla motivazione della sentenza impugnata, dal difetto di un'adeguata manutenzione del macchinario. E infatti lo stesso giudice a quo evidenzia che la circostanza che sia "esploso" solo il cuscino di sinistra, benché altre ghiere fossero allentate, si spiega con la repentinità dello sblocco conseguente all'uso del palanchino per far leva sul cuscino, che si era inceppato, contemporaneamente all'immissione dell'aria compressa nel circuito. Dunque la sinergia tra immissione di aria compressa e azione contemporanea di forzatura dell'incastro, per provocare la fuoriuscita del cuscino, innescò un fattore eziologico che, per la sua imprevedibilità, considerato anche che tale comportamento venne posto in essere da un operatore specificamente addetto alla manutenzione, è tale da determinare interruzione del nesso di causalità



# rispetto alla condotta dell'imputato, consistente nell'inadeguata manutenzione del macchinario.

Presidente: BLAIOTTA ROCCO MARCO Relatore: DI SALVO EMANUELE Data

Udienza: 29/03/2018

#### Fatto

- 1. B.E. ricorre per cassazione avverso la sentenza in epigrafe indicata, con la quale è stata confermata, in punto di responsabilità, la pronuncia di condanna emessa in primo grado, in ordine al reato di cui all'art. 589 cod. pen., perché, in qualità di dirigente responsabile dell'unità produttiva di Chivasso della spa MAC, non sottoponendo ad adeguata manutenzione le ghiere dei cuscini delle presse, che risultavano tutte allentate e non debitamente serrate, e non analizzando e affrontando le criticità che potevano crearsi a fronte dell'attività dei manutentori, cagionava, per colpa, la morte di S.A., dipendente della ditta COMAU, il quale mentre tentava di sbloccare un cuscino pneumatico, facendo leva con il palanchino, veniva investito violentemente dal cuscino, fuoriuscito improvvisamente dal suo alloggiamento, riportando lesioni mortali.
- 2. Il ricorrente deduce violazione di legge e vizio di motivazione, poiché la causa del distacco della ghiera, agevolato anche dall'Imprudente impiego di un palanchino utilizzato in guisa di leva, con conseguente espulsione del cuscino, che investì il lavoratore, è da individuarsi non in un insufficiente serraggio della ghiera, come assume l'accusa, ma nel cedimento della filettatura. Dunque la causa del distacco non va ricondotta a un monitoraggio manutentivo inadeguato ma a un intervento manutentivo errato sulla filettatura. Ciò è confermato dalla dichiarazione testimoniale dell'ispettore della Asl, il quale ha riferito che la ghiera era stata in qualche modo, in precedenza, manomessa. Infatti, qualora il componente fosse stato divelto dall'azione della sola aria compressa, tutti i filetti sarebbero stati strappati in modo uniforme. Al contrario, la circostanza che solo una parte abbia ceduto è la prova di un intervento manutentivo difettoso, che ha modificato la struttura originaria della ghiera. Né l'erroneità del precedente intervento tecnico avrebbe potuto essere rilevata attraverso un'adeguata attività manutentiva, come ritenuto dalla Corte territoriale, perché ciò avrebbe richiesto lo smontaggio di ogni singola ghiera e la misurazione delle tolleranze della filettatura.
- 2.1. In ogni caso, non fu la sola operazione di immissione di aria nel circuito del cuscino peraltro richiesta dalla stessa persona offesa, dipendente della ditta esterna che svolgeva i servizi di manutenzione a determinare l'espulsione del cuscino stesso. A cagionare l'evento fu invece l'azione della persona offesa, che salì sul componente e cercò di sbloccarlo facendo leva con il palanchino, operazione decisa dalla stessa



vittima, in assoluta autonomia, senza che i dipendenti MAC lo coadiuvassero in tale azione.

- 2.2. Comunque, dalle deposizioni dei testi P. e S. e dalle mail prodotte risulta che le attività manutentive preventive non erano mai cessate. Non emerge, d'altronde, alcun elemento dal quale sia possibile desumere che venisse effettuata esclusivamente la manutenzione in caso di guasto e non più il controllo preventivo sulle condizioni dei macchinari. Tant'è che i manutentori, tra cui la stessa persona offesa, avevano effettuato una serie di ispezioni manutentive sulle presse, nel gennaio 2008, che non contemplarono, però, senza che sia dato conoscerne il motivo, la pressa 502, ove si verificò l'infortunio. E comunque eventuali carenze di attività manutentive non erano percepibili da parte del datore di lavoro.
- 2.3. D'altronde, la scelta dei manutentori esterni e delle modalità tecniche da utilizzare per sbloccare un componente incastrato di un macchinario competeva al datore di lavoro dell'impresa appaltatrice, che avrebbe dovuto, altresì, addestrare i manutentori, al fine di consentire loro di svolgere in sicurezza tali interventi. L'obbligo di cooperazione e coordinamento imposto al datore di lavoro committente non può, infatti, avere ad oggetto regole che richiedano, come in questo caso, una specifica competenza tecnica settoriale. Né si può esigere che sia direttamente l'appaltante a disciplinare le modalità di lavoro dell'appaltatore. Non si è trattato dunque di un profilo di rischio interferenziale perché i dipendenti MAC non stavano svolgendo alcuna attività che potesse interferire in alcun modo con l'operatività del manutentore.

Si chiede pertanto annullamento della sentenza impugnata.

### Diritto

1. L'analisi prenderà le mosse dal secondo motivo di ricorso, che è fondato. Compito del titolare della posizione di garanzia è, infatti, evitare che si verifichino eventi lesivi dell'incolumità fisica intrinsecamente connaturati all'esercizio dell'attività lavorativa, anche nell'ipotesi in cui siffatti rischi siano conseguenti ad eventuali negligenze, imprudenze e disattenzioni dei lavoratori subordinati, la cui incolumità deve essere protetta con appropriate cautele. Il garante, dunque, ove abbia negligentemente omesso di attivarsi per impedire l'evento, non può invocare, quale causa di esenzione dalla colpa, la legittima aspettativa in ordine all'assenza di condotte imprudenti, negligenti o imperite da parte dei lavoratori, poiché il rispetto della normativa antinfortunistica mira a salvaguardare l'incolumità del lavoratore anche dai rischi derivanti dalle sue stesse imprudenze e negligenze o dai suoi stessi errori, purché connessi allo svolgimento dell'attività lavorativa (Cass., Sez. 4, n. 18998 del 27-3-2009, Rv. 244005). Ne deriva che il titolare della posizione di garanzia è tenuto a valutare i rischi e a prevenirli e la sua condotta non è scriminata, in difetto della



necessaria diligenza, prudenza e perizia, da eventuali responsabilità dei lavoratori (Cass., Sez. 4, n. 22622 del 29-4-2008, Rv. 240161). Il datore di lavoro non può dunque essere considerato esente da responsabilità ove il lavoratore esplichi un incombente che, anche se inutile ed imprudente, rientri comunque nelle sue attribuzioni (Cass., Sez. 4, n. 23292 del 28-4-2011, Rv. 250710) e non risulti eccentrico rispetto alle mansioni a lui specificamente assegnate, nell'ambito del ciclo produttivo (Cass., Sez. 4, n. 7985 del 10-10-2013, Rv. 259313).

Tuttavia, a norma dell'art. 41, comma 2, cod. pen., il nesso causale deve considerarsi interrotto allorché intervenga una causa sopravvenuta, sufficiente da sola a determinare l'evento. L'operatività dell'art. 41, comma 2, cod. pen. è circoscritta ai casi in cui la causa sopravvenuta inneschi un rischio nuovo e del tutto incongruo rispetto al rischio originario, attivato dalla prima condotta (Cass., Sez. 4, n. 25689 del 3-5-2016, Rv. 267374; Sez. 4, n. 43168 del 2013, Rv. 258085). Non è dunque tanto l'eccezionalità a caratterizzare la causa sopravvenuta rilevante ex art. 41, comma 2, cod. pen. quanto l'eccentricità rispetto all'area di rischio attivata dalla condotta originaria (Cass., Sez. 4, n. 15493 del 10-3-2016, Pietramala, Rv. 266786). L'interruzione del nesso causale è infatti ravvisabile qualora il lavoratore ponga in essere una condotta del tutto esorbitante dalle procedure operative alle quali è addetto ed incompatibile con il sistema di lavorazione ovvero non osservi precise disposizioni antinfortunistiche. È dunque abnorme il comportamento del lavoratore che, per la sua stranezza e imprevedibilità, si ponga al di fuori di ogni possibilità di controllo da parte dei soggetti preposti all'applicazione delle misure di prevenzione contro gli infortuni sul lavoro (Cass., Sez. 4, n. 23292 del 28-4-2011, Rv. 250710). In questi casi, è configurabile la colpa dell'infortunato nella produzione dell'evento, con esclusione della responsabilità penale del titolare della posizione di garanzia (Cass., Sez. 4, 27-2-1984, Monti, Rv. 164645; Sez 4, 11-2-1991, Lapi, Rv. 188202).

2. Nel caso in esame, il giudice a quo ha evidenziato che al verificarsi dell'infortunio concorsero l'immissione di aria compressa all'interno del circuito, che consentì la risalita del cuscino, e l'azione del palanchino utilizzato dalla vittima, che permise di sbloccare il cuscino inceppatosi nella precedente fase di discesa, il quale subì una violenta e improvvisa spinta verso l'alto, che provocò un energico colpo nell'intradosso del locale sottostante della ghiera, che venne così divelta e non permise più di fermare la corsa del sollevamento del cuscino. La vittima, dunque, inserì il palanchino nella intercapedine esistente tra il cuscino e il suo alloggiamento, per favorirne lo sbocco, avendo in precedenza dato indicazione di immettere aria compressa nel circuito. E' pertanto erronea la conclusione formulata dal giudice a quo, secondo cui non può ravvisarsi abnormità del comportamento del lavoratore. Nella sequenza eziologica sfociata nell'evento è infatti da riscontrarsi l'inserimento di un fattore causale che ha innescato una categoria di rischio del tutto nuova rispetto a



quella determinata, secondo quanto risulta dalla motivazione della sentenza impugnata, dal difetto di un'adeguata manutenzione del macchinario. E infatti lo stesso giudice a quo evidenzia che la circostanza che sia "esploso" solo il cuscino di sinistra, benché altre ghiere fossero allentate, si spiega con la repentinità dello sblocco conseguente all'uso del palanchino per far leva sul cuscino, che si era inceppato, contemporaneamente all'immissione dell'aria compressa nel circuito. Dunque la sinergia tra immissione di aria compressa e azione contemporanea di forzatura dell'incastro, per provocare la fuoriuscita del cuscino, innescò un fattore eziologico che, per la sua imprevedibilità, considerato anche che tale comportamento venne posto in essere da un operatore specificamente addetto alla manutenzione, è tale da determinare interruzione del nesso di causalità rispetto alla condotta dell'imputato, consistente nell'inadeguata manutenzione del macchinario. Il comportamento del lavoratore va, infatti, ritenuto abnorme allorquando, pur rientrando nelle mansioni che gli sono state attribuite, consista, come nel caso in disamina, in una condotta radicalmente, ontologicamente, lontana dalle ipotizzabili, e quindi prevedibili, scelte, anche imprudenti, di un lavoratore, nell'esecuzione del lavoro (Cass., Sez. 4, n. 7267 del 10-11-2009, Rv. 246695), con conseguente esonero da responsabilità del titolare della posizione di garanzia.

3. La sentenza impugnata va dunque annullata senza rinvio nei confronti dell'imputato per non aver commesso il fatto. La natura rescindente di tale epilogo decisorio determina l'ultroneità della disamina degli ulteriori motivi di ricorso.

# P.Q.M.

Annulla senza rinvio la sentenza impugnata per non aver commesso il fatto.

Così deciso in Roma, il 29-3-2018.

# 3. Commento a sentenza in Diritto penale contemporaneo:

La sentenza della Cassazione sulle malattie professionali presso il petrolchimico di Mantova

# Cass., sez. IV, sent. 14 novembre 2017 (dep. 16 aprile 2018), n. 16715, Pres. Blaiotta, Est. Dovere

1. Con una sentenza depositata il 16 aprile 2018, la Quarta Sezione della Cassazione è intervenuta sul caso del petrolchimico di Mantova, relativo alle malattie professionali che hanno colpito, talvolta con esito letale, lavoratori esposti ad amianto, benzene ed altre sostanze nocive. La Corte, da un lato, ha parzialmente annullato le condanne pronunciate dalla Corte d'Appello di Brescia (la quale sul punto aveva confermato la sentenza del Tribunale di Mantova: per una dettagliata ricostruzione delle statuizioni di primo grado, v. Bell A., Amianto e non solo: le



motivazioni della sentenza di primo grado nel maxi-processo a carico degli ex dirigenti Montedison del petrolchimico di Mantova, in questa Rivista, 14 dicembre 2015); mentre dall'altro lato ha respinto le censure avanzate dal Procuratore Generale della Corte d'Appello di Brescia, supportate anche dalle memorie di parte civile, rispetto alle statuizioni assolutorie ed alle declaratorie di prescrizione.

- 2. La vicenda vede coinvolti, in veste di imputati, dodici soggetti che, tra il 1970 ed il 1989, si sono succeduti nella titolarità di posizioni di garanzia della salute e della sicurezza dei lavoratori presso lo stabilimento mantovano. Tre i capi di imputazione:

  1) omicidio colposo plurimo aggravato dalla violazione della disciplina antinfortunistica, in relazione alla morte di sette lavoratori per patologie del sistema emolinfopoietico o del pancreas, ricollegabili ad esposizione a sostanze utilizzate nel petrolchimico come materie prime, segnatamente benzene, stirene, acrilonitrile, dicloretano; 2) omicidio colposo plurimo e lesioni colpose, aggravati dalla violazione della disciplina antinfortunistica, in relazione alle patologie amianto-correlate (mesoteliomi, tumori polmonari, placche pleuriche) patite da altri ventidue lavoratori; 3) omissione dolosa di cautele antinfortunistiche ex art. 437 co. 1 e 2 c.p., nei confronti sia delle stesse ventinove persone offese indicate nei capi precedenti, sia di altri quarantacinque lavoratori rispetto al cui decesso il reato ex art. 589 c.p. risultava già prescritto al momento della formulazione delle imputazioni.
- 3. Esaurite le questioni processuali, la Cassazione affronta le problematiche inerenti all'accertamento del nesso di causalità, svolgendo anzitutto alcune considerazioni di carattere generale in ordine ai criteri che devono guidare il giudice chiamato a selezionare la legge scientifica di copertura, specie laddove le teorie veicolate dai consulenti intervenuti nel giudizio siano tra loro contrastanti (pp. 67-70). Al riguardo la Cassazione, dopo avere ricordato che il giudice è necessariamente consumatore e non creatore della legge di copertura, richiama gli indici di attendibilità del sapere esperto già declinati dalla sentenza Cozzini [1] in un noto passaggio della motivazione [2]. Sempre ripercorrendo i propri precedenti, il collegio insiste in particolare sulla necessità che «la legge di copertura sulla quale è assisa l'ipotesi accusatoria sia riconosciuta dalla comunità scientifica come quella maggiormente accreditata» (p. 71). Questa affermazione si riflette proseguono le motivazioni anche sull'oggetto dell'onore probatorio delle parti: «se il giudice ha necessità di conoscere quale sia la tesi scientifica maggiormente accreditata nella comunità degli studiosi, la parte che intende appellarsi a quella tesi



ha l'onere di dimostrare tale accreditamento, mentre la controparte potrà e dovrà resistere su quel medesimo terreno» (p. 70). Pertanto – conclude sul punto la Corte – la parte che intenda contestare l'utilizzabilità di una data teoria dovrà evidenziarne, per bocca del consulente, non già l'intrinseca debolezza, bensì il carente accreditamento nella comunità scientifica.

- 4. Tanto premesso, la Corte prende anzitutto in esame le censure difensive relative alla rilevanza causale dell'esposizione ad amianto rispetto ai decessi da mesotelioma, sia pleurico che peritoneale. All'esito del giudizio d'appello, alcuni degli imputati erano stati condannati per omicidio colposo in relazione a sei decessi per mesotelioma giudicati eziologicamente riconducibili alle esposizioni all'amianto, presente nello stabilimento quale materiale di coibentazione degli impianti, nonché – paradossalmente – quale componente di dispositivi di sicurezza individuale (guanti, coperte ecc.). Ciò che i difensori contestavano – come spesso accade in questi processi – non è l'astratta idoneità dell'amianto a cagionare la patologia, bensì l'assenza di prove in ordine all'efficacia concausale della dose di amianto inalata dalle singole persone offese in corrispondenza dell'intervallo temporale in cui ciascun imputato aveva ricoperto l'incarico direttivo. Sul punto, il Tribunale di Mantova e la Corte d'Appello di Brescia avevano posto alla base dell'accertamento causale la c.d. teoria dell'effetto acceleratore, secondo la quale ogni successiva esposizione all'amianto è idonea a contribuire allo sviluppo della cancerogenesi, e dunque ad anticipare la verificazione dell'evento lesivo. Le motivazioni formulate dai giudici di merito a sostegno dell'attendibilità scientifica dell'effetto acceleratore vengono tuttavia censurate dai giudici di legittimità sotto molteplici profili.
- 4.1. Cominciando dalla causalità generale (pp. 71-79), la Corte ripercorre nel dettaglio gli argomenti alla luce dei quali il Tribunale e la Corte d'Appello avevano giudicato la teoria dell'effetto acceleratore sufficientemente attendibile. Dopo avere richiamato, uno ad uno, gli studi scientifici citati in particolare dal Tribunale, la Cassazione osserva «come essi sostengano la conclusione di una relazione tra dose e incidenza dei casi di mesotelioma; mentre in nessuno di essi, per come riportati dal Tribunale, ad eccezione del Quaderno del Ministero della Salute n. 15, si pone una relazione tra dose e abbreviazione del tempo della morte». Coerentemente e dopo avere per inciso ricordato che argomenti a sostegno dell'esistenza dell'effetto acceleratore non possono essere direttamente ricavati dalla giurisprudenza della Cassazione: «il precedente giurisprudenziale non costituisce il nomos in tema di sapere scientifico» il collegio si sofferma sulle argomentazioni incentrate sul citato Quaderno ministeriale e sulla principale fonte scientifica in esso richiamata, vale a dire lo studio di Berry del 2007 sul tumore polmonare. Al riguardo, la Cassazione rileva diversi profili di illogicità che la portano ad accogliere le censure dei difensori.



Anzitutto, si osserva che la Corte d'Appello non ha replicato al rilievo difensivo secondo cui l'applicabilità del modello di Berry anche al mesotelioma (anziché solo al tumore polmonare) sia sostenuta dai soli c.t. del PM, ma non trovi riscontro nella letteratura scientifica internazionale (p. 76). I giudici del gravame si sarebbero in particolare concentrati sul diverso tema della corrispondenza logica, a livello di popolazione, tra aumento dell'incidenza ed accorciamento della latenza; ma appunto avrebbero omesso di illustrare argomenti in forza dei quali tale corrispondenza, dimostrata da Berry con riferimento al tumore polmonare, potesse essere predicata anche rispetto al mesotelioma.

È vero – osserva la Cassazione – che la validità della teoria dell'effetto acceleratore (anche) rispetto al mesotelioma è espressamente affermata nel citato Quaderno ministeriale. Tuttavia – soggiunge la Suprema Corte – anche su questo punto la Corte d'Appello non ha replicato in maniera soddisfacente ai rilievi difensivi secondo cui: i) la versione originaria del Quaderno poneva la questione dell'effetto acceleratore in termini problematici e non pacifici; ii) la successiva modifica del testo è stata effettuata ad opera di una parte soltanto degli autori originari, segnatamente di coloro che risultano impegnati come consulenti dell'accusa in vari procedimenti penali (p. 77). Stante questo scenario, secondo i giudici di legittimità «la Corte di Appello avrebbe dovuto verificare [...] quali nuovi elementi erano intervenuti nel panorama di quelle conoscenze che fossero capaci di giustificare un così palese cambio di posizione, peraltro in un arco temporale in definitiva ristretto (prima versione maggio 2012, seconda versione anteriore al novembre 2013 [...])» (ibidem).

Infine, i giudici d'appello si sono basati sulle sole affermazioni dei c.t. dell'accusa, anziché preoccuparsi di ricostruire la posizione della più ampia comunità scientifica, per giudicare non attendibile uno studio del 2013 (firmato dalla scienziata Frost) che metterebbe in dubbio l'esistenza di una proporzione inversa tra esposizione e latenza (p. 78).

Quello dell'effetto acceleratore, conclude la Cassazione, è un «segmento del percorso ricostruttivo di tale decisività che una irrisolta ambiguità o una incertezza in ordine all'effettivo riconoscimento di quella legge è in grado di fondare il ragionevole dubbio il cui mancato superamento impone una decisione assolutoria, ai sensi dell'art. 533, co. 1 c.p.p.».

4.2. La questione dell'effetto acceleratore conduce all'annullamento delle condanne di merito anche sotto il profilo del difetto di prova della causalità individuale (pp. 79-88). La Cassazione ricorda come, sul punto, il Tribunale avesse concluso nel senso che hanno sempre efficacia causale (legge scientifica universale) le dosi di amianto inalate



nella fase di induzione del tumore (cioè, sempre secondo il Tribunale, nell'intervallo temporale tra l'inizio dell'esposizione al fattore cancerogeno ed il decimo anno precedente alla diagnosi clinica); e pertanto avesse ritenuto accertata la causalità individuale laddove vi fosse stata una almeno parziale sovrapposizione tra il periodo in cui l'imputato aveva rivestito la carica ed il periodo di induzione del tumore di ciascuna persona offesa. La Corte d'Appello, invece, aveva preso le mosse dalla diversa convinzione secondo la teoria dell'effetto acceleratore ha natura probabilistica: tuttavia – osserva la Cassazione – la stessa corte territoriale non aveva portato nessun elemento concreto a sostegno della conclusione – alla quale nondimeno era pervenuta – secondo cui l'effetto acceleratore si era effettivamente verificato rispetto alle singole persone offese. Ma se davvero la legge di copertura ha natura probabilistica – ha ricordato la Cassazione richiamando nuovamente la sentenza Cozzini - allora «devono essere noti i fattori che nell'esposizione protratta accelerano il processo ed essi devono essere presenti nella concreta vicenda processuale» (p. 84). In assenza di questi elementi – conclude il supremo collegio – le statuizioni dei giudici del gravame in ordine alla credibilità razionale del giudizio causale si risolvono in un «mero artificio verbale, vuoto com'è di una significativa base fattuale» (Ibidem); ed al contempo «coglie nel segno la censura difensiva, di un utilizzo della legge statistica come se si trattasse di una legge universale» (p. 86).

5. Passando al nesso causale tra amianto e tumore polmonare, che entrambi i giudici di merito avevano ravvisato rispetto a tre lavoratori del petrolchimico, la Cassazione ha anzitutto respinto le censure difensive rivolte contro l'asserita esistenza di un'esposizione causalmente efficiente sotto il profilo del quantum (pp. 88-92). Tali censure si articolavano in due principali argomenti: i) il dato, ricavato dal Consensus report di Helsinki del 1997, secondo cui il tumore polmonare sarebbe causalmente associato all'amianto solo in presenza di elevate esposizioni (segnatamente 25 fibre/ml anno); ii) la circostanza che, nel caso di specie, l'entità dell'esposizione subita da ciascun lavoratore non fosse stata oggetto di misurazione. Quanto al punto i), la Cassazione ha ritenuto immune da vizi logici l'affermazione della Corte d'Appello secondo cui, in base al medesimo Consensus report, la soglia delle 25 fibre/ml è associata ad un raddoppio del rischio relativo, senza che ciò significhi che esposizioni minori non aumentano comunque il rischio, fatta eccezione per quelle estremamente basse. Quanto al punto ii), la circostanza che i lavoratori del petrolchimico fossero stati esposti a dosi non trascurabili è stata adeguatamente dimostrata su base testimoniale, e non può essere revocata in dubbio sulla mera base dell'assenza di misurazioni e campionamenti, atteso che «il vigente sistema processuale non conosce ipotesi di prova legale»; tanto è vero – osserva la Cassazione – che «anche nei settori nei quali risultano indicazioni normative per uno speciale rilievo di valori soglia e peculiari previsioni per il relativo accertamento» – la Corte porta gli esempi



dell'accertamento dello stato d'ebbrezza e della misurazione delle emissioni di acque reflue – «viene escluso che la prova possa essere data esclusivamente attraverso tali metodiche» (p. 90).

La sentenza impugnata viene nondimeno parzialmente annullata sotto il profilo del difetto di prova della causalità individuale (pp. 92-96). Secondo i giudici di legittimità, mentre in due casi la Corte d'Appello aveva fatto buon governo delle regole che disciplinano l'esclusione dei decorsi causali alternativi in presenza di patologie multifattoriali (in un caso, peraltro prescritto, il lavoratore non era fumatore; in un altro caso aveva smesso di fumare trent'anni prima della diagnosi di tumore e comunque si era trattato di un consumo ridotto, pari a circa 5-6 sigarette al giorno, di tal ché «l'esistenza stessa di un fattore alternativo appare, in questo caso, meramente congetturale»); ad analoghe conclusioni non poteva pervenirsi rispetto ad un terzo caso, dove la rilevanza causale del fumo era stata negata dai giudici di merito malgrado il lavoratore fosse dedito al consumo di circa 10-15 sigarette al giorno, e tale abitudine si fosse protratta fino al 1997, dunque anche oltre l'esposizione all'amianto (per lui cessata nel 1996).

6. Ulteriore esposizione che subivano gli operai del petrolchimico mantovano era quella al benzene, che entrambi i giudici di merito hanno ritenuto causalmente rilevante rispetto alla leucemia mieloide acuta (LMA). Trattandosi di reati prescrittisi dopo la condanna di primo grado, rispetto ai quali la Corte d'Appello aveva soltanto confermato le statuizioni civili ex art. 578 c.p.p., la Cassazione procede all'esame dei ricorsi dei difensori degli imputati al solo scopo di verificare eventuali vizi nel giudizio di "non evidenza" della prova dell'innocenza ai sensi dell'art. 129 co. 2 c.p.p.; vizi che non vengono riscontrati, con conseguente rigetto dei ricorsi (pp. 96-107).

Immune da censure, anzitutto, si ritiene la conclusione raggiunta dai giudici di merito con riferimento alla dose di esposizione al benzene dotata di idoneità lesiva rispetto alla LMA, quantificata in almeno 10 ppm-anni (come prospettato dai c.t. dell'accusa) anziché in almeno 40 ppm-anni (come invece sostenuto dai c.t. della difesa). Nel solco delle indicazioni fornite con riguardo ai criteri di selezione del sapere scientifico (v. supra, n. 3), la Cassazione osserva che la sentenza impugnata ha motivato l'adesione alla prospettazione accusatoria in ragione della sua coerenza con lo "stato dell'arte" delle conoscenze scientifiche condivise: tanto in virtù dell'ampiezza della base di dati (studi epidemiologici su coorti formate da decine di migliaia di lavoratori), della specificità degli studi rispetto alla situazione di cui si occupa il processo (con riferimento alle mansioni dei soggetti esposti ed alla durata delle esposizioni), dell'autorevolezza e imparzialità dei soggetti che li hanno condotti («studiosi di competenza riconosciuta a livello internazionale, con numerose pubblicazioni



scientifiche ed estranei a conflitti di interesse con industrie che producono o commerciano prodotti contenenti benzene», p. 100).

Così risolto il problema della causalità generale, e dopo avere altresì respinto le censure difensive che contestavano l'effettiva esposizione al benzene di una delle persone offese (pp. 103-105), la Corte si concentra sul tema della causalità individuale (pp. 105-107). Prendendo le mosse dalla natura multifattoriale della LMA, i ricorrenti sostenevano che non fosse possibile escludere l'intervento di cause alternative, quali il fumo di sigaretta o altri specifici fattori oncogeni. La Cassazione, invece, rinviene nelle motivazioni d'appello sufficienti elementi a sostegno della conclusione secondo cui «nessuna emergenza processuale dava concretezza all'ipotesi di una azione causale indotta da fattore diverso dal benzene» (p. 105): non era emersa, anzitutto, l'esistenza di una legge scientifica di copertura capace di evidenziare un aumento del rischio dell'LMA rispetto al solo fattore "fumo"; in secondo luogo, quanto ai fattori di rischio dell'LMA scientificamente riconosciuti (diversi dal benzene), non erano emersi elementi a sostegno dell'ipotesi che le persone offese vi fossero state effettivamente esposte.

- 7. Una parte della motivazione è dedicata alle questioni relative alle posizioni di garanzia degli imputati (alcuni dei quali indicati come amministratori delegati della società proprietaria dello stabilimento, altri come direttori di quest'ultimo), con rifermento alle quali i motivi di ricorso vengono interamente rigettati. Si tratta di questioni per lo più collegate alle censure difensive secondo cui la sentenza impugnata si sarebbe limitata a prendere atto della qualifica di ciascun agente, senza accertarne l'effettiva titolarità di poteri di gestione e controllo. Tali censure vengono appunto rigettate passando in rassegna, per ciascuno degli imputati, le motivazioni formulate dalla Corte d'Appello alla luce del concreto contesto organizzativo e della documentazione aziendale disponibile. Sullo sfondo di queste specifiche statuizioni, per le quali si rinvia al testo della sentenza (pp. 107-114), la Corte ritiene che i reati ascritti agli imputati abbiano natura commissiva, e che nondimeno, stante la complessità dell'organizzazione societaria, la ricostruzione delle posizioni di garanzia sia comunque indispensabile in quanto funzionale a circoscrivere la sfera di competenza di ciascuno, onde evitare che la responsabilità penale discenda automaticamente dal ruolo formale ricoperto, anziché dalla effettiva decisione di esporre i lavoratori all'agente patogeno in determinate condizioni.
- 8. Anche le censure formulate dai ricorrenti con riferimento all'accertamento della colpa vengono rigettate (pp. 118-122). Agevolmente la Cassazione si libera dei motivi di ricorso secondo cui le norme cautelari sulla difesa dei lavoratori dalle polveri vigenti all'epoca delle esposizioni (in primis quelle racchiuse nel d.P.R. n. 303 del 1956, recante "norme generali per l'igiene del lavoro") erano volte a prevenire meri



fastidi e molestie, ricordando come invece si trattasse di previsioni poste a tutela della salute e segnatamente volte a prevenire eventi lesivi connessi a malattie professionali dell'apparato respiratorio.

Un altro insieme di censure prendeva le mosse dai valori soglia di esposizione (all'amianto ed al benzene) raccomandati tra gli anni '70 e '80, per affermare che gli imputati non avrebbero potuto rappresentarsi la pericolosità dell'amianto a concentrazioni che si fossero attestate sotto soglia; al contrario, avrebbero potuto riporre legittimo affidamento sull'innocuità di tali esposizioni. Osservavano i difensori come la sentenza impugnata da un lato avesse ritenuto non dimostrato il rispetto dei valori soglia da parte degli imputati, così tuttavia indebitamente invertendo l'onere della prova; dall'altro lato avesse ritenuto che, in ogni caso, le concentrazioni avrebbero potuto essere ridotte ulteriormente, muovendo in sostanza dall'implicita premessa secondo il cui il garante deve spingersi sino all'azzeramento totale delle esposizioni nocive. Infine, con specifico riferimento alle conoscenze sulla cancerogenicità dell'amianto, osservavano dai difensori che, anche a ritenere che si trattasse di un rischio già noto negli anni '60, solo successivamente era maturata la consapevolezza in merito all'esistenza di rischi a basse e bassissime dosi (in particolare rispetto al mesotelioma).

La Cassazione mostra tuttavia di condividere i rilievi della Corte d'Appello «sull'accertata anteriorità delle conoscenze circa la cancerogenicità dell'amianto rispetto ai periodi nei quali i diversi imputati ebbero la responsabilità delle attività dello stabilimento di Mantova» (p. 122); nonché «sulla inconferenza del richiamo ai valori soglia, perché nella specie non era in questione la rilevanza di un comportamento cautelare limitatosi al contenimento delle esposizioni entro quei limiti, essendo mancata qualsivoglia azione di contenimento delle polluzioni, fermo restando che in relazione al mesotelioma pleurico neppure si poneva il tema delle soglie di esposizione» (ibidem). Richiamando, più in generale, i principi costantemente affermati nella giurisprudenza di legittimità in materia di colpa, la Corte ribadisce la propria posizione in base alla quale l'ambito di applicazione delle regole cautelari sulla difesa dei lavoratori dalle polveri – segnatamente l'art. 21 del già richiamato d.P.R. n. 303 del 1956 – non era limitato ai casi in cui il garante si trovasse «in presenza di "esposizioni molto consistenti" o di definite concentrazioni di fibre di amianto»; piuttosto «la disciplina intendeva eliminare del tutto l'esposizione del lavoratore all'agente fisico, ove possibile», fermo restando che «nel caso che occupa non è neppure dubitato che venne omesso qualunque provvedimento per fronteggiare il rischio connesso all'amianto» (p. 121).

Ancora, rispondendo alla censura difensiva in ordine alla carenza di motivazioni nella sentenza d'appello in punto di evitabilità dell'evento da parte di ciascun imputato



attraverso la condotta alternativa lecita, la Cassazione si limita ad osservare che tale pretesa «non ha alcun fondamento se, come nel caso che occupa, le diverse vicende incentrate sul singolo fatto reato risultino per ogni aspetto sostanzialmente omogenee» (p. 122).

Sempre in materia di colpa, vengono respinti i motivi di ricorso del PG che contestavano il mancato riconoscimento dell'aggravante della colpa con previsione (nonché le conseguenze che ne erano state tratte sul piano della prescrizione). Secondo il ricorrente, anzitutto, le condizioni di esposizione presso il petrolchimico erano tanto gravi da rendere consapevoli di un elevato livello di rischio: tale motivo viene respinto in quanto attinente al fatto. In secondo luogo, il ricorrente faceva leva su un vizio di illogicità della motivazione d'appello, consistito nell'avere dapprima escluso la colpa cosciente e successivamente, in sede di commisurazione della pena, nell'avere affermato l'elevata rimproverabilità degli imputati in ragione dell'ampia diffusione delle conoscenze in ordine al carattere tossico delle sostanze in questione. Al riguardo la Cassazione ricorda, richiamando le sentenze rese nei casi Costa Concordia e ThyssenKrupp, che «ricorre la colpa cosciente quando la volontà dell'agente non è diretta verso l'evento ed egli, pur avendo concretamente presente la connessione causale tra la violazione delle norme cautelari e l'evento illecito, si astiene dall'agire doveroso per trascuratezza, imperizia, insipienza, irragionevolezza o altro biasimevole motivo» (p. 137). Ciò premesso, i giudici di legittimità evidenziano come la Corte avesse collegato rimproverabilità d'Appello l'elevata approvvigionamento informativo": sicché, secondo la Cassazione, «il ricorrente mostra di confondere la generale disponibilità di conoscenze scientifiche con il possesso delle stesse da parte dell'autore del reato» (p. 138).

9. Nessuna condanna, nei giudizi di merito, era stata pronunciata con riferimento ai reati di cui all'art. 437 c.p. riuniti sotto il capo 3). Alcune omissioni non erano state accertate, altre erano state giudicate atipiche, con conseguente insussistenza del fatto. Rispetto alle condotte omissive accertate, il Tribunale aveva negato la sussistenza del dolo, mentre i giudici del gravame, ritenendo non evidente la prova dell'innocenza degli imputati, avevano dichiarato la prescrizione del reato, decisione confermata dalla Cassazione, che peraltro – nel respingere il ricorso del PG di Brescia – svolge alcune precisazioni in merito all'individuazione del dies a quo del termine estintivo (pp. 131-134). Secondo i giudici di legittimità, rispetto all'ipotesi di cui all'art. 437 co. 1, la consumazione del reato permane sino a quando si avveri una delle seguenti condizioni alternative: i) il dispositivo omesso sia stato collocato, o ii) non sia più utilmente collocabile, o iii) non possa più pretendersi il comportamento attivo doveroso, essendo venuto meno l'obbligo di facere, situazione che in particolare si verifica quando il garante cessa dalla carica. Nei casi in cui si sia verificata la malattia-infortunio di cui al co. 2, invece, «la consumazione del reato coincide con il momento momento al quale



si fa risalire l'insorgenza della stessa» (p. 133), momento a sua volta identificato, nel caso di specie, con la «prima diagnosi della malattia [...], risultando irrilevante ai fini del perfezionamento dell'ipotesi aggravata l'ulteriore evoluzione della malattia nella morte» (p. 134). Sulla scorta di tali premesse la Corte colloca il dies a quo della prescrizione in un momento addirittura antecedente rispetto a quello individuato dai giudici del gravame, senza peraltro che ciò ne modifichi le statuizioni.

Sempre con riferimento all'ipotesi del capoverso dell'art. 437 c.p., il PG aveva provato a sostenere che l'evento lesivo non fosse costituito da tante malattie-infortunio quante erano le persone offese indicate nel capo 3), bensì da un unico macro-evento di disastro, capace di ricomprendere collettivamente tutte le morti verificatesi in conseguenza delle esposizioni nocive presso lo stabilimento mantovano; tale ricostruzione era strumentale a sostenere che il dies a quo della prescrizione coincidesse con la verificazione dell'ultimo evento morte. La Cassazione respinge tale prospettazione ribadendo, sulla scorta dei principi affermati dalla pronuncia di legittimità sul caso Eternit, che tra i due eventi di cui al capoverso dell'art. 437 c.p. corre un'evidente linea di demarcazione sul piano del soggetto passivo: l'uno di natura individuale, nel caso delle malattie-infortunio; l'altro di natura collettiva, nel caso del Rispetto a quest'ultimo concetto la Corte richiama la nozione giurisprudenziale ormai consolidata, comprensiva del disastro c.d. ambientale che si realizza in un arco temporale prolungato, concludendo che «non vi è equivalenza giuridica tra numero dei soggetti passivi e sussistenza del pericolo comune (per non dire degli ulteriori elementi costitutivi del disastro)» (p. 133).

10. Alla luce di quanto esposto la sentenza della Corte d'Appello di Brescia viene annullata con rinvio in relazione agli omicidi colposi, esito di patologie amianto-correlate, per i quali non è ancora decorso il termine di prescrizione. Secondo la Cassazione, i giudici del rinvio dovranno procedere ad un nuovo esame per quanto riguarda: i) rispetto ai mesoteliomi, il riconoscimento da parte della comunità scientifica della teoria dell'effetto acceleratore, nonché l'identificabilità in termini temporali delle diverse fasi del processo oncogeno; ii) rispetto al tumore polmonare sviluppato dal lavoratore tabagista, l'esclusione di tale decorso causale alternativo. I ricorsi degli imputati e del responsabile civile vengono per il resto rigettati, e gli stessi condannati al risarcimento del danno nei confronti di alcune parti civili; parimenti viene rigettato il ricorso del PG presso la Corte d'Appello di Brescia.

\* \* \*

11. La pronuncia si pone in linea di continuità con i più recenti e maturi orientamenti della Cassazione in materia di accertamento del nesso causale nel settore della responsabilità penale da esposizione a sostanze tossiche[3].



Con particolare riguardo al problema della selezione del sapere scientifico attendibile, da un lato, come evidenziato, vengono ancora una volta ribaditi i principi enucleati dalla sentenza Cozzini [4]; dall'altro lato si conferma una certa tendenza, già emersa in un altro recente arresto [5], a conferire un ruolo centrale al criterio del "consenso della comunità scientifica", che nella sentenza Cozzini compariva quale criterio di chiusura in calce ad un più ampio catalogo [6]. Sul punto occorre peraltro sottolineare come la stessa Cozzini avesse chiarito che la verifica in ordine all'accreditamento di una teoria da parte della comunità scientifica acquista particolare rilievo laddove le consulenze tecniche esprimano posizioni irriducibilmente incompatibili [7]. Ed è proprio siffatta ipotesi, a ben vedere, a costituire l'oggetto della sentenza qui esame, dove il criterio del "consenso" determina l'esito decisionale (annullamento delle condanne con rinvio) rispetto ad una delle più controverse questioni scientifiche sulle quali negli ultimi anni gli esperti si scontrano nelle aule penali: quella dell'effetto acceleratore che il protrarsi dell'esposizione all'amianto e/o il sommarsi di più esposizioni è in grado di determinare rispetto allo sviluppo del mesotelioma. In questa prospettiva, indirizzare il giudice di merito verso la ricerca della posizione più accreditata non significa sminuire il suo ruolo di peritus peritorum, bensì garantire che rimanga fruitore e non creatore di leggi scientifiche [8], evitando che vesta i panni dell'apprendista scienziato.

La ricca casistica sviluppatasi attorno al tema dell'effetto acceleratore ha consentito, ad oggi, di individuare alcuni punti fermi, ribaditi anche dalle sentenze intervenute nella vicenda qui in esame: i) non è controverso che l'aumento della dose di esposizione determina un aumento dell'incidenza dei mesoteliomi; ii) è invece controverso se il protrarsi nel tempo dell'esposizione (c.d. dose-cumulativa) determini un accorciamento della latenza media; iii) l'equivalenza tra aumento dell'incidenza e accorciamento della latenza a livello di popolazione è stato dimostrato dallo studio Berry sul tumore polmonare, oggetto di ampio consenso nella comunità scientifica, secondo il quale aumentando l'esposizione di una popolazione al fattore cancerogeno si raggiunge lo stesso livello di incidenza di tumori in un tempo inferiore [9]. Resta da stabilire quale sia la posizione maggiormente accreditata nella comunità scientifica in ordine all'estendibilità della teoria di Berry anche ai mesoteliomi.

Peraltro, anche laddove emerga il consenso della comunità scientifica in ordine alla validità della legge di copertura sull'effetto acceleratore, occorrerà procedere all'accertamento della causalità individuale, cioè verificare se tale effetto si sia prodotto rispetto ai singoli esposti. Sul punto appaiono in via di superamento – quanto meno nelle più attente pronunce di legittimità – gli orientamenti elusivi della causalità individuale che fino alla sentenza Cozzini dominavano la scena della giurisprudenza sull'amianto [10]: si tratta, come è noto, delle pronunce che, a fronte di un sapere scientifico di tipo statistico, predicavano il raggiungimento dell'alto grado di



credibilità razionale malgrado il quadro probatorio in ordine alla conferma dell'ipotesi scientifica nel caso concreto fosse del tutto vuoto [11]. La sentenza in esame si colloca in questo nuovo e virtuoso trend giurisprudenziale: essa infatti annulla le condanne rispetto alle quali è mancato l'accertamento della causalità individuale tra il fattore di rischio e l'evento lesivo (morte per mesotelioma e per tumore polmonare), riaffermando così lo statuto condizionalistico della causalità e dando concretezza alle garanzie in esso sottese. Sul punto il collegio insiste, in particolare, sulla necessità di procedere ad un'accurata esclusione dei decorsi causali alternativi (purché vi siano elementi concreti, nel caso di specie, che rendano quanto meno plausibile l'ipotesi della loro presenza); nonché, laddove il procedimento euristico per esclusione non sia applicabile (come nel caso dell'effetto acceleratore, dove non si tratta di escludere l'intervento di un fattore di rischio dall'amianto, bensì di stabilire quale è stata l'incidenza di molteplici porzioni di esposizione all'amianto sull'evoluzione della patologia), di verificare la presenza di marcatori dell'accelerazione o quanto meno di stabilire i confini temporali delle diverse fasi della cancerogenesi, individuando quella in cui detto effetto si produce.

12. Destano invece alcune perplessità le statuizioni della Cassazione sulla colpa, segnatamente quelle relative ai casi di mesotelioma. Come visto, i giudici di legittimità hanno ritenuto immune da vizi la motivazione della Corte d'Appello secondo cui: i) le conoscenze sulla cancerogenicità dell'amianto erano già disponibili quando gli imputati assunsero le cariche direttive; ii) il richiamo dei difensori ai limiti-soglia raccomandati era inconferente in quanto nulla era stato fatto per contenere le esposizioni. Ora, in disparte ogni considerazione relativa al caso di specie, ci pare tuttavia che, sul piano dei principi, questo tipo di argomentazione finisca per eludere il problema – cruciale per conferire sufficiente determinatezza ai reati colposi causalmente orientati – dell'individuazione della condotta diligente. Come è noto, in presenza di regole cautelari elastiche – quale senza dubbio era l'art. 21 del d.P.R. n. 303 del 1956, che si limitava a prescrivere l'obbligo di abbattimento delle polveri – la condotta diligente deve essere ricostruita attraverso gli stessi criteri che presiedono all'accertamento della colpa generica [12], ossia facendo riferimento al sapere scientifico disponibile all'epoca della condotta[13]. Ebbene, se da un lato è vero che le conoscenze sul rischio mesotelioma quale conseguenza dell'esposizione ad amianto si erano diffuse a partire dalla metà degli anni '60; è altrettanto vero che la consapevolezza in ordine al rischio a basse e bassissime dosi è maturata negli anni successivi, trovando riflesso nel progressivo abbassamento dei limiti-soglia raccomandati a livello internazionale [14]. Tali limiti-soglia, dunque, devono oggi essere necessariamente presi in considerazione quanto meno sotto forma di indici del livello di sapere scientifico disponibile nel periodo storico in cui erano raccomandati.



Limitarsi ad affermare che il datore di lavoro avrebbe dovuto in ogni caso ridurre l'esposizione significa sottrarsi a questo compito, eludendo il problema di ricostruire con precisione l'agente modello. Proprio la casistica giurisprudenziale sul mesotelioma dimostra quanto un tale approccio metta a repentaglio la natura ex ante del rimprovero colposo. Alcune sentenze, infatti, di fronte all'argomento difensivo secondo cui nessuna misura cautelare avrebbe potuto evitare l'evento, stante l'esistenza del rischio di sviluppare il mesotelioma anche a bassissime dosi, hanno affermato che in tal caso il garante avrebbe dovuto rinunciare all'attività o quanto meno all'utilizzo dell'amianto [15]. In questo modo, tuttavia, hanno sostanzialmente imposto al garante l'obbligo di anticipare un divieto che sarebbe stato introdotto dalla legge n. 257 del 1992. La verità è che fino a quel momento l'utilizzo dell'amianto, ancorché notoriamente pericoloso, rientrava entro certi limiti in un'area di rischio consentito dall'ordinamento. La circostanza che nel 1992 questa area sia stata – del tutto condivisibilmente – cancellata, non ha alcun rilievo rispetto all'accertamento della responsabilità di coloro che utilizzarono l'amianto in epoche precedenti. Ciò evidentemente non significa che essi non potranno incorrere in un rimprovero per colpa; significa, piuttosto, che tale rimprovero non potrà essere quello di "non avere rinunciato all'amianto". Per questa stessa ragione è indispensabile procedere alla ricostruzione dei confini della condotta diligente, senza ridurre tale operazione ad un indeterminato obbligo di "abbattere le polveri" e dunque tenendo conto anche dei limiti-soglia raccomandati[16]; diversamente opinando, infatti, si arrecherebbe un vulnus alla tipicità del reato colposo d'evento non meno grave di quello derivante dall'elusione della causalità individuale.

La giurisprudenza maggioritaria sull'esposizione a sostanze tossiche ha finora trascurato il problema del rischio consentito, implicitamente identificandolo con il rischio zero. Tale posizione si fonda sull'assunto, talvolta esplicitato, in base al quale il diritto alla salute non può essere sacrificato a vantaggio di altri interessi, quali i livelli di occupazione e tanto meno il profitto economico[17]. Questa convinzione, tuttavia, si scontra con i più recenti approdi della giurisprudenza costituzionale in materia di limiti all'autorizzazione di attività produttive pericolose. Nelle due recenti pronunce relative ai decreti c.d. salva-Ilva del 2012 e del 2015[18], infatti, la Consulta ha affermato che non è astrattamente precluso per il legislatore e l'amministrazione contemperare gli interessi alla salute, all'ambiente ed ai livelli di occupazione; purché si tratti di un bilanciamento ragionevole ed equilibrato[19]. Tanto sul presupposto, già emerso nella dottrina costituzionale, secondo cui non esistono nella Carta fondamentale diritti affermati in termini assoluti[20]; al contrario ogni diritto, compreso quello alla salute[21], si colloca all'interno di un «tessuto costituzionale complesso»[22], nel cui ambito altri



diritti e interessi, purché anch'essi costituzionalmente protetti [23], possono legittimamente limitarne la portata.

Tutto ciò non significa, evidentemente, che il datore di lavoro possa discrezionalmente sacrificare la salute dipendenti alle esigenze della produzione; significa però che l'ordinamento può legittimamente ritagliare aree di rischio consentito per lo svolgimento di attività socialmente utili, comprese quelle produttive, attraverso un ragionevole bilanciamento tra i molteplici interessi che vengono in rilievo.

Come abbiamo cercato di dimostrare compiutamente in altra sede [24], di tali aree di rischio consentito anche il giudice penale dovrà tenere conto nell'accertamento della colpa: è infatti evidente come l'unico modo per non svuotarla di qualsivoglia portata selettiva nel campo delle attività industriali rischiose sia proprio quello di non ridurla alla mera "prevedibilità" di eventi lesivi, quand'anche specificamente descritti, bensì di ricostruire a quali condizioni l'ordinamento le autorizzava nel momento in cui sono state realizzate.

[1] Cass. pen., sez. IV, ud. 17 settembre 2010, dep. 13 dicembre 2010, n. 43786, Cozzini e altri, CED 248943, in questa Rivista, con nota di S. Zirulia; nonché in Cass. pen., 2011, p. 1679 ss. con nota di R. Bartoli.

[2] Il passaggio, testualmente riportato nella pronuncia qui in esame, è il seguente: «Per valutare l'attendibilità di una teoria occorre esaminare gli studi che la sorreggono. Le basi fattuali sui quali essi sono condotti. L'ampiezza, la rigorosità, l'oggettività della ricerca. Il grado di sostegno che i fatti accordano alla tesi. La discussione critica che ha accompagnato l'elaborazione dello studio, focalizzata sia sui fatti che mettono in discussione l'ipotesi sia sulle diverse opinioni che nel corso della discussione si sono formate. L'attitudine esplicativa dell'elaborazione teorica. Ancora, rileva il grado di consenso che la tesi raccoglie nella comunità scientifica. Infine, dal punto di vista del giudice, che risolve casi ed esamina conflitti aspri, è di preminente rilievo l'identità, l'autorità indiscussa, l'indipendenza del soggetto che gestisce la ricerca, le finalità per le quali si muove» (p. 44 del testo originale della sentenza Cozzini).

[3] Cfr., da ultimo, Cass. pen., sez. IV, ud. 3 novembre 2016, dep. 14 marzo 2017, n. 12175, Montefibre-bis, in questa Rivista, con annotazione di S. Zirulia; Cass. pen., sez. IV., ud. 21 settembre 2016, dep. 3 febbraio 2017, n. 5273, Montefibre Acerra.

[4] Cass. pen., sez. IV, ud. 17 settembre 2010, dep. 13 dicembre 2010, n. 43786, Cozzini e altri, cit.



- [5] Cass. pen., sez. IV, ud. 10 novembre 2017, dep. 7 dicembre 2017, n. 55005, Pesenti e altri, CED 271718.
- [6] Cfr. il passaggio riportato supra, nt. n. 2.
- [7] Così recita, infatti, la nota pronuncia: « [...] in questo come in tutti gli altri casi critici, si registra comunque una varietà di teorie in opposizione. Il problema è, allora, che dopo aver valutato l'affidabilità metodologica e l'integrità delle intenzioni, occorre infine tirare le fila e valutare se esista una teoria sufficientemente affidabile ed in grado di fornire concrete, significative ed attendibili informazioni idonee a sorreggere l'argomentazione probatoria inerente allo specifico caso esaminato. In breve, una teoria sulla quale si registra un preponderante, condiviso consenso» (p. 45).
- [8] Cfr. Stella F., Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale, II ed., Giuffrè, 2000, 80 ss., 153 ss.; nonché, da ultimo, Romano M. D'Alessandro F., Nesso causale ed esposizione ad amianto. Dall'incertezza scientifica a quella giudiziaria: per un auspicabile chiarimento delle Sezioni Unite, in Riv. it. dir. proc. pen., 2016, 1141 ss.
- [9] Cfr. Magnani C. e al., III Italian Consensus Conference on Malignant Mesothelioma of the Pleura. Epidemiology, Public Health and Occupational Medicine related issues, in Medicina del Lavoro, 2015, 106, 5: «An increase in exposure causing an increase in incidence in the target population necessarily entails the acceleration of failure time, as the relationship between increase in incidence and acceleration of failure time is mathematically determined [Berry, 2007]».
- [10] Per una rassegna aggiornata, si consentito rinviare a Zirulia S., Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale, Giuffrè, 2018, 57 ss.
- [11] Sull'indebita "flessibilizzazione" giurisprudenziale del paradigma causale nella "società del rischio", cfr. Stella F., Giustizia e modernità, III ed., Giuffrè, 2005, 224 ss.; Gargani A., La "flessibilizzazione" giurisprudenziale delle categorie classiche del reato di fronte alle esigenze di controllo penale delle nuove fenomenologie di rischio, in Leg. Pen., 2011, 397 ss.; più di recente, sempre con riferimento alla sovversione del modello causale classico nel settore delle malattie da esposizione industriale, v. Paliero C.E., Causalità e probabilità tra diritto penale e medicina legale, in Riv. it. med. leg., 2015, 1515 ss.
- [12] V. Giunta F., La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica, in Riv. it. dir. proc. pen., 1999, 92: «quanto più è indeterminata la regola, tanto più la colpa specifica scolora in quella generica». Questa considerazione è stata testualmente



ripresa nella sentenza della Cassazione sul caso di Porto Marghera (v. Cass. pen., sez. IV, 17 maggio 2006, n. 4675, Bartalini e altri, p. 275 del testo originale).

[13] Sul punto v. per tutti Forti G., Colpa ed evento nel diritto penale, Giuffrè, 1990, 206 ss., 515 ss.

[14] Cfr. Pisano R., L'amianto, il suo utilizzo e gli effetti sull'uomo, in Di Amato A. (a cura di), La responsabilità penale da amianto, Giuffrè, 2003, 41 ss.

[15] In questo senso Cass. pen., sez. IV, 24 maggio 2012, n. 33311, Breda-Fincantieri Venezia, in questa Rivista, 11 ottobre 2012, con annotazione di S. Zirulia; Cass. pen., sez. IV, 25 marzo 2013, n. 35309, Baracchi.

[16] In questo senso, nella più recente giurisprudenza di merito in materia di amianto, v. App. Milano, 20 ottobre 2016, Fibronit Broni, in questa Rivista, 6 marzo 2017, con annotazione di F. Tomasello; Trib. Torino, 4 novembre 2015, in Riv. it. med. leg., 2016, 791 ss., con nota di Miglio.

[17] Cfr., con accenti diversi, ma tutte convergenti nell'escludere che la normativa cautelare autorizzi, ancorché entro determinati valori-limite, l'esposizione a fattori di rischio noti: Cass. pen., sez. IV, 20 marzo 199, n. 3567, Hariolf in Foro it., 2000, II, 259; Cass. pen., sez. IV, 11 luglio 2002, n. 988, Macola e altro, in Foro it., 2003, 324 ss.; Cass. pen., sez. IV, 17 maggio 2006, n. 4675, Bartalini e altri; Cass. pen., sez. IV, 10 giugno 2010, n. 38991, Montefibre Verbania, in questa Rivista, 9 novembre 2010; Cass. pen., sez. IV, 25 marzo 2013, n. 35309, Baracchi.

[18] Il riferimento è alla sentenza n. 85 del 2013, relativa al primo decreto salva-Ilva (decreto legge 3 dicembre 2012, n. 207, conv. con modif. dalla legge 24 dicembre 2012, n. 231); nonché alla sentenza n. 58 del 2018, che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 3 del decreto legge 4 luglio 2015, n. 92, e degli artt. 1, co. 2 e 2-octies della legge 6 agosto 2015, n. 132. Per un sintetico quadro d'insieme delle questioni affrontate nelle due pronunce, sia concesso il rinvio a Zirulia S., Sequestro preventivo e sicurezza sul lavoro: illegittimo il decreto "salva-Ilva" n. 92 del 2015, in Riv. it. dir. proc. pen., n. 2/2018, in corso di pubblicazione (contributo pubblicato nella sezione Rassegna di giurisprudenza Costituzionale).

[19] Cfr. sent. n. 85 del 2013, cons. in diritto nn. 9 e 10; sent. n. 58 del 2018, cons. in diritto n. 3.1.

[20] V. Bin R., Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale, Giuffrè, 1992, 32-35.

[21] Cfr. Onida V., Un conflitto fra poteri sotto le vesti di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente. Nota a



Corte Cost., sent. n. 85 del 2013, in Riv. ass. it. cost., 2013, n. 3, p. 2, che osserva come molte attività umane ordinarie siano in linea di principio suscettibili di incidere negativamente sui diritti fondamentali della persona, e sottolinea che il relativo bilanciamento spetta in primis ai poteri politici (legislativi e amministrativi)

[22] In questo senso Cartabia M., I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana, relazione nell'ambito della Conferenza trilaterale delle Corte costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013, in www.cortecostituzionale.it, 9. Al riguardo, la sent. n. 85 del 2013 ricollega al diritto al lavoro di cui all'art. 4 Cost. «l'interesse costituzionalmente rilevante al mantenimento dei livelli occupazionali ed il dovere delle istituzioni pubbliche di spiegare ogni sforzo in tal senso» (cons. in dir. n. 9).

[23] Cartabia M., I principi di ragionevolezza e proporzionalità, cit., 12.

[24] Sia concesso il rinvio a Zirulia S., Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale, cit., 309 ss.

### 4. Cassazione civile - Responsabilità dei genitori

IL CASO Il genitore di una bimba di nove anni agisce in giudizio per ottenere dal Comune il risarcimento dei danni patiti dalla figlia a seguito della caduta in un burrone in prossimità della strada comunale, evento occorso mentre la minore stava giocando vicino all'abitazione del nonno paterno. Il Tribunale di Locri accoglie la domanda e condanna il Comune al pagamento di €234.403,85 a titolo di risarcimento. La decisione viene confermata dalla Corte territoriale, che ribadisce la responsabilità del Comune per l'evento dannoso per non aver adottato le misure necessarie a prevenire cadute in quel tratto di strada attiguo al burrone, escludendo quindi che il fatto fosse ascrivibile a difetto di vigilanza da parte dei genitori, poiché l'evento non era prevedibile né evitabile mediante l'impiego della normale diligenza. La Corte conferma la condanna al pagamento di €50.000,00 liquidato in via equitativa a titolo di "danno per mancato guadagno futuro". Il Comune ricorre ora in Cassazione, sulla base di tre motivi.

I MOTIVI DI RICORSO Il Comune con il primo motivo lamenta l'erronea esclusione (ex artt. 2043 e 2051 c.c.) della responsabilità dei genitori, ritenendo l'evento addebitabile alla condotta della bambina che, senza vigilanza alcuna, giocava a cinque metri dal burrone, integrando dunque con questo comportamento il caso fortuito per utilizzo anomalo della cosa. Con il secondo motivo di ricorso denuncia poi



l'esclusione del concorso colposo della danneggiata e/o dei suoi genitori con efficacia causale circa la determinazione dell'evento dannoso: la condotta tenuta era da considerarsi «anomala e gravemente, oltre che prevedibilmente, pericolosa».

INCOMPLETA SUSSUNZIONE DEL FATTO La Suprema Corte analizza congiuntamente i primi due motivi e li considera fondati. In ragione della fattispecie dell'art. 2043 c.c. ritiene possibile evidenziare una mancata applicazione degli artt. 40, 41 c.p. e 1227, comma 1, c.c. in relazione alla condotta della danneggiata. Il Tribunale, dunque, aveva compiuto «una incompleta e non corretta operazione di sussunzione del fatto nell'alveo della fattispecie legale di riferimento, segnata dal combinato disposto degli art. 2043 c.c. e 40, 41 c.p. e 1227, comma 1, c.c.».

MANCANTE ACCERTAMENTO SULL'INCIDENZA CAUSALE DELLA CONDOTTA La Cassazione ritiene erroneo che il Giudice di merito abbia concentrato il giudizio solo sulla possibile responsabilità concorrente degli adulti tenuti alla vigilanza della minore, tralasciando invece di compiere indagini sulla questione ritenuta ben più rilevante, ossia sull'accertamento e la «valutazione, in rapporto all'acclarata condotta omissiva colposa del Comune convenuto, dell'esistenza di una eventuale incidenza causale della condotta tenuta» dalla bambina nella produzione dell'evento dannoso, sia in termini di concorso colposo, che di elisione del nesso causale.

VIOLAZIONE DELLE REGOLE DI COMUNE PRUDENZA In virtù della previsione dell'art. 1227 c.c., che limita il risarcimento in ragione del concorso di colpa del danneggiato, in capo alla vittima è posto un dovere di cautela, da attuarsi mediante l'adozione di condotte idonee ad evitare il verificarsi dell'evento. La Cassazione ricorda che «la responsabilità civile per omissione si configura non solo a seguito di violazione di un preciso obbligo giuridico, ma anche per violazione delle regole di comune prudenza, che impongono il compimento di una determinata attività a tutela di un diritto altrui»: sia quando si tratti di stabilire se sussiste un concorso di colpa della vittima nella produzione del danno ex art. 1227, comma 1, c.c., sia nel caso in cui la valutazione riguardi invece l'individuazione della colpa dell'autore dell'illecito.

LA POSIZIONE DELLA CORTE EDU La Cassazione ricorda che la Corte EDU ha già precisato che le Pubbliche amministrazioni hanno, da un lato, l'obbligo di scongiurare i pericoli per l'incolumità degli individui, ma che dall'altro, non è possibile far ricadere sulla comunità le conseguenze economiche di un evento lesivo dovuto ad una condotta della vittima che volontariamente si espone al rischio serio o grave per la sua salute.

PRINCIPIO DI DIRITTO CONSOLIDATO La Suprema Corte ricorda il seguente principio di diritto, risalente e consolidato: «allorquando la vittima di un fatto illecito



abbia concorso, con la propria condotta, alla produzione del danno, l'obbligo del responsabile di risarcire quest'ultimo si riduce proporzionalmente, ai sensi dell'art. 1227, comma primo, c.c., anche nel caso in cui la vittima fosse incapace di intendere e di volere, in quanto l'espressione "fatto colposo" che compare nel citato art. 1227 non va intesa come riferentesi all'elemento psicologico della colpa, che ha rilevanza esclusivamente ai fini di una affermazione di responsabilità, la quale presuppone l'imputabilità, ma deve intendersi come sinonimo di comportamento oggettivamente in contrasto con una regola di condotta, stabilita da norme positive e/o dettata dalla comune prudenza. L'accertamento in ordine allo stato di capacità naturale della vittima e delle circostanze riguardanti la verificazione dell'evento, anche in ragione del comportamento dalla stessa vittima tenuto, costituisce quaestio facti riservata esclusivamente all'apprezzamento del giudice del merito» (ex multis, Cass. civ. n. 14548/2009 e Cass. civ., n. 3242/2012).

NUOVO PRINCIPIO DI DIRITTO La Cassazione ritiene che il caso di specie sia riconducibile alla fattispecie di responsabilità ex art. 2043 c.c. poiché ipotesi di danno cagionato dalla condotta omissiva del custode della strada nel predisporre le cautele necessarie al fine di evitare la situazione di pericolo rappresentata dal precipizio posto a 5 metri dalla carreggiata ed enuncia il seguente principio di diritto: «quanto più la situazione di possibile danno è suscettibile di essere oggettivamente prevista e superata attraverso l'adozione da parte dello stesso danneggiato delle cautele normalmente attese e prevedibili in rapporto alle circostanze (secondo uno standard di comportamento correlato, dunque, al caso concreto), tanto più incidente deve considerarsi l'efficienza causale del suo comportamento imprudente (in quanto oggettivamente deviato rispetto alla regola di condotta doverosa cui conformarsi) nel dinamismo causale del danno, fino a rendere possibile che detto comportamento interrompa il nesso eziologico tra fatto ed evento dannoso, quando lo stesso comportamento, benché astrattamente prevedibile, sia da escludere come evenienza ragionevole o accettabile secondo un criterio probabilistico di regolarità causale. L'accertamento delle anzidette circostanze materiali, rilevanti ai fini della verifica di sussistenza del nesso causale tra fatto ed evento dannoso, costituisce quaestio facti riservata esclusivamente all'apprezzamento del giudice del merito».

CASSAZIONE DELLA SENTENZA La Corte di merito avrebbe dovuto accertare tale questione; per questo la Suprema Corte accoglie il ricorso e cassa la sentenza impugnata, rinviando gli atti alla corte di Appello di Reggio Calabria in diversa composizione, alla quale spetterà la delibazione dell'appello del Comune in punto di an debeatur alla luce dei principi di diritto enunciati.

# 3.Il nesso di causalità nella giurisprudenza della CEDU

Nota a Corte E.D.U., sez. II, sent. 4 ottobre 2016, Cevrioğlu c. Turchia



Contributo pubblicato nel Fascicolo 1/2017- Diritto penale contemporaneo

- 1. In questa sentenza, la Corte di Strasburgo affronta nuovamente il tema degli obblighi strumentali alla tutela del diritto alla vita, in particolare in relazione alla sicurezza delle aree a rischio come i cantieri edili. I giudici affermano che è incompatibile con l'art. 2 Cedu un sistema che, pur prevedendo un'adeguata normativa a tutela della sicurezza all'interno dei cantieri, non preveda poi un adeguato meccanismo di verifica e controllo sulla sua attuazione.
- 2. La pronuncia nasce dal ricorso di un cittadino turco, padre di un bambino trovato morto, insieme ad un amico, all'interno di una buca piena di acqua piovana situata in un cantiere privo di barriere perimetrali. Sul fatto, all'interno dell'ordinamento nazionale, si svolgono una serie di procedimenti diversi.

Innanzitutto, nel giudizio penale di primo grado innanzi ai giudici turchi, nel corso del quale vengono svolte ben tre differenti perizie tecniche con esiti in parte contrastanti, è riconosciuta la responsabilità tanto del proprietario dell'area in costruzione quanto del responsabile dell'urbanistica del comune in cui si trova il cantiere; il giudice ritiene, accogliendo la ricostruzione espressa nella terza perizia tecnica, che sia da escludere un concorso di colpa dei due bambini, e addossa l'intera responsabilità della loro morte ai due soggetti citati. La decisione di primo grado, però, viene annullata dalla Cassazione turca, la quale indica uno ius superveniens applicabile nel caso di specie, in base al quale il processo deve essere sospeso per un periodo di cinque anni, al termine del quale, se gli imputati non avranno commesso altri reati di uguale o maggiore gravità, dovrà essere chiuso definitivamente. Attenendosi alle indicazioni della Cassazione, il giudice di merito sospende il processo e applica questa forma di messa alla prova.

In sede civile, poi, il giudice riconosce la sola responsabilità del proprietario del cantiere e lo condanna a risarcire i danni patrimoniali e non patrimoniali subiti dal ricorrente, quantificati rispettivamente in 5 ed in 3 miliardi di lire turche. Nel corso del giudizio civile si svolge un'ulteriore perizia tecnica, che attribuisce l'85% della responsabilità per il fatto al proprietario dell'area in costruzione ed il restante 15% ai bambini stessi; la responsabilità del comune deve invece essere esclusa, dice la perizia, altrimenti "il comune dovrebbe essere ritenuto responsabile per tutti gli incidenti che accadono in ogni costruzione". Il giudice di primo grado civile accoglie tale ricostruzione e assolve l'ente territoriale per assenza di colpa. Anche in questo caso però, interviene la Cassazione, che annulla la parte della sentenza relativa all'assenza di responsabilità del comune, affermando che l'accertamento al riguardo è estraneo alla giurisdizione del giudice civile e ricade, invece, all'interno di quella dei giudici amministrativi. Il ricorrente adisce, dunque, il giudice amministrativo, il quale, basandosi unicamente sulla perizia tecnica condotta in sede civile e senza fornire



ulteriori motivazioni circa i criteri di attribuzione della responsabilità al comune, dichiara che quest'ultimo dev'essere assolto in quanto non può essergli ascritta alcuna colpa per la morte dei due bambini.

Risulta infine che, al momento del giudizio, il proprietario dell'area in costruzione non avesse ancora pagato il debito derivante dal risarcimento dei danni accordato, in sede civile, a favore del ricorrente; tuttavia questi dichiara di non aver intrapreso alcuna azione esecutiva nei suoi confronti.

- 3. Sulla base di questi fatti, il ricorrente lamenta una duplice violazione dell'art. 2 Cedu: da un lato, infatti, lo Stato ha mancato di vigilare adeguatamente sulla sicurezza del cantiere all'interno del quale sono morti il figlio del ricorrente stesso e l'altro bambino; dall'altro, lo Stato ha violato anche l'obbligo di porre rimedio alla violazione già verificatasi, in quanto alle stesse autorità pubbliche non è stata attribuita alcuna responsabilità. Il Governo obietta che la legislazione interna attribuisce al solo responsabile del cantiere il compito di garantirne la messa in sicurezza e, per quanto riguarda gli obblighi di ristoro della violazione, un accertamento sul fatto è stato compiuto ed è stato individuato un responsabile.
- 4. Facendo riferimento alla sua consolidata giurisprudenza precedente, la Corte europea ribadisce anzitutto che l'art. 2 della Convenzione impone agli Stati un obbligo positivo di protezione della vita dei consociati in numerose situazioni. Tra queste non rientrano solo le ipotesi relative a singoli individui esposti ad un rischio specifico, ma anche tutti i casi in cui debba essere protetta la società nel suo complesso per i rischi derivanti da singole persone o da determinate aree ed attività; un esempio tipico in tal senso è certamente costituito dai cantieri edili (§§ 49-50)[1].

Tali obblighi positivi comportano in primo luogo l'adozione, oltre che di una normativa che preveda specifiche misure calibrate sul tipo di rischio creato dal contesto concreto, anche di procedure adeguate a verificare l'effettivo rispetto degli obblighi in questione da parte dei loro destinatari (§ 51). In secondo luogo, qualora un evento lesivo del diritto alla vita si verifichi, gli obblighi positivi imposti dalla Convenzione comportano per lo Stato il dovere di predisporre adeguate investigazioni e un sistema giudiziario indipendente che accerti l'accaduto e individui (e sanzioni) gli eventuali responsabili (§ 53). Tale obbligo, tuttavia, non comporta necessariamente che lo Stato sia tenuto ad apprestare – e ad applicare concretamente – sanzioni di natura penale, salvo che nelle ipotesi di violazioni dolose.

5. A questo punto la Corte passa ad analizzare il caso di specie alla luce dei principi fin qui ricostruiti (§§ 56 ss.). Innanzitutto, riconosce che le circostanze concrete del fatto non sono oggetto di disputa tra le parti, e che l'applicabilità dell'art. 2 Cedu non può essere messa in discussione. Quindi, individuata la legislazione turca rilevante in



materia di sicurezza sul lavoro, evidenzia come questa preveda, tra l'altro, l'obbligo per il costruttore di delimitare il perimetro dell'area edificanda prima di iniziare i lavori e di mantenere la delimitazione fino alla fine degli stessi. Infine, la sentenza si sofferma sugli obblighi facenti capo al comune, che è responsabile in generale di rilasciare i permessi di edificazione e di ritirarli per gli edifici abusivi.

A detta della Corte, tale insieme di discipline in astratto è sufficiente a soddisfare gli obblighi positivi posti in capo agli Stati dall'art. 2 Cedu; ciò che è venuto meno, nel caso in esame, è il controllo pubblico sull'attività del proprietario del cantiere, al fine di garantire il rispetto della normativa di sicurezza. La Corte evidenzia in proposito come il sito all'interno del quale è avvenuto l'incidente non risulti essere mai stato oggetto di ispezioni da parte di alcun funzionario del comune o di un altro ente pubblico; e sottolinea come manchi addirittura una norma, nell'ordinamento turco, che preveda e disciplini le procedure di controllo, dal momento che le uniche disposizioni al riguardo prevedono un generico obbligo per lo Stato di controllare le attività a rischio, senza specificare né quali siano le attività da controllare né chi sia responsabile del controllo (in particolare, § 69). L'incertezza della disciplina è resa ancor più evidente, secondo la Corte, dalla confusione in cui versano gli stessi esperti del settore, rappresentati dai quattro consulenti che hanno reso i loro pareri davanti ai giudici turchi, i quali, come detto sopra, hanno raggiunto esiti confliggenti tra di loro.

Tale insieme di considerazioni conduce i giudici a ritenere violato l'art. 2 Cedu, in particolare per la carenza di effettività della disciplina preventiva adottata dalla Turchia. Come i giudici si premurano di precisare, ciò non comporta l'automatica responsabilità civile dello Stato per il caso concreto, in quanto la prova del nesso causale tra omissione dei controlli pubblici ed evento illecito è oggetto di un accertamento meno rigoroso, da parte della Corte europea, di quello necessario per accertare la responsabilità statuale.

6. Il ricorrente lamentava inoltre di aver subito una violazione dei diritti garantiti dagli artt. 1, 5 § 3 e 8 della Convenzione, non avendo ricevuto alcun risarcimento per i danni pecuniari e non pecuniari subiti, nonostante la sentenza civile che condannava il proprietario del cantiere a pagare una consistente somma a favore del ricorrente stesso. Egli assumeva, a sostegno della propria tesi, l'inutilità di un'eventuale azione esecutiva, in quanto nel frattempo la controparte aveva reso insolvente la sua società.

La Corte, dopo aver riqualificato il motivo di ricorso ai sensi dell'art. 13 Cedu, afferma che l'obbligo di risarcire le violazioni impone agli Stati di prendere misure idonee a tale scopo, ma lascia agli stessi un vasto margine di apprezzamento nella declinazione



concreta del contenuto di tale obbligo. Analizzando il caso di specie, i giudici ritengono che lo Stato turco abbia offerto al ricorrente una concreta possibilità di ottenere un risarcimento per i danni subiti – che anzi gli sono stati riconosciuti in sede civile – e che l'effettività di tale risarcimento sia garantita dai rimedi esecutivi messi a disposizione dall'ordinamento interno, oltre che dalla responsabilità solidale della società di costruzioni e del proprietario dell'area in costruzione, titolare della società stessa.

Per tale motivo, la Corte ritiene che il ricorrente non possa lamentare una violazione dell'art. 13 Cedu, e rigetta il ricorso su questo punto in quanto manifestamente infondato.

7. Una brevissima osservazione conclusiva: ad un primo sguardo, può apparire incoerente che la Corte ritenga violato l'art. 2 Cedu nonostante lo Stato abbia offerto al ricorrente un risarcimento sufficiente a garantire il diritto ad un rimedio effettivo ai sensi dell'art. 13 della Convenzione. Se la violazione è stata risarcita ai sensi dell'art. 13 – o avrebbe potuto esserlo se il ricorrente avesse adottato la diligenza necessaria in sede civile ed esecutiva –, lo status di vittima dovrebbe essere venuto meno anche con riferimento alla violazione sostanziale, e con esso dovrebbe venir meno anche la legittimazione a ricorrere a Strasburgo.

Tuttavia, in questo caso la Corte, pur ritenendo il risarcimento in sede civile sufficiente ad integrare un "rimedio effettivo" ai sensi dell'art. 13 Cedu, afferma che lo Stato deve innanzitutto rendersi responsabile di sorvegliare in via preventiva che il diritto alla vita venga rispettato da tutti i consociati, siano essi agenti dello Stato medesimo o privati cittadini. Questo significa che l'art. 2 Cedu impone un obbligo "strumentale" molto penetrante in capo agli organi pubblici, obbligo che non può essere in nessun modo scaricato sui privati mediante l'attribuzione di un semplice diritto al risarcimento in denaro a carico dell'individuo o della persona giuridica responsabile della violazione.

Riassumendo: dalla pronuncia in esame si può dedurre che lo Stato deve innanzitutto predisporre una normativa che tuteli adeguatamente la vita dei consociati, imponendo eventualmente obblighi in carico ai privati; deve quindi garantire, mediante un adeguato sistema di controlli e sanzioni, che gli obblighi medesimi siano effettivamente rispettati; e, nel caso in cui una violazione si verifichi ugualmente, deve assicurare che i fatti siano oggetto di un'indagine adeguata, eventualmente anche in sede penale, che consenta di accertare se vi è o meno un responsabile e di riconoscere, se del caso, un risarcimento alla vittima. Ciò detto, se la violazione è frutto dell'inosservanza di uno dei due obblighi sostanziali sopra menzionati facenti capo allo Stato, il mero



riconoscimento di un risarcimento in denaro a carico del privato riconosciuto responsabile non sgrava lo Stato stesso della sua responsabilità ai fini della Convenzione, e specificamente dell'art. 2.

[1] La Corte cita al riguardo alcuni precedenti specifici: C. eur. dir. uomo, dec. 26 agosto 2003, Pereira Henriques and Others v. Luxembourg; C. eur. dir. uomo, sent. 18 giugno 2012, Banel v. Lithuania, §§ 67-73; C. eur. dir. uomo, dec. 14 aprile 2014, Kostovi v. Bulgaria.

## 4. La persona Offesa del reato - Studio Cataldi

La persona offesa dal reato è il titolare del bene giuridico protetto dalla norma penale violata a seguito della commissione di un fatto di reato. Tale soggetto non va confuso con il danneggiato da reato: quest'ultimo, infatti, è chi subisce il danno derivante dal reato. La distinzione è importante perché se, di regola, tali due figure coincidono, vi sono anche casi in cui non è così: si pensi, ad esempio, all'omicidio, in cui la persona offesa dal reato è la vittima mentre i danneggiati dal reato sono i suoi parenti.

#### Le norme

Alla persona offesa dal reato il codice penale dedica gli articoli 120 e ss., mentre il codice di procedura penale gli articoli 90 e seguenti.

Il diritto di querela della persona offesa

Il codice penale, in particolare, non dà una definizione di persona offesa dal reato ma incentra su di essa la disciplina del diritto di querela. Alla persona offesa viene infatti assegnato il diritto di querela in tutti i casi in cui per il reato non debba procedersi d'ufficio o dietro richiesta o istanza, con la precisazione che se le persone offese sono più di una il reato è punibile anche se la querela è proposta da una soltanto di esse.

Persona offesa minore, interdetta, inabilitata

Nel caso in cui la persona offesa sia minore di quattordici anni o interdetta perché inferma di mente, il suo diritto di querela può essere esercitato dal genitore o dal tutore. Se non vi è chi ne abbia la rappresentanza o se chi la esercita si trova in conflitto di interessi con la persona offesa, il diritto di querela è esercitato da un curatore speciale. Invece, le persone offese che siano minori ma abbiano compiuto quattordici anni o siano inabilitate hanno la possibilità di esercitare il diritto di querela. Il diritto può essere esercitato anche dal genitore, il tutore o il curatore (pur in presenza di una contraria dichiarazione di volontà, espressa o tacita, del minore o dell'inabilitato).

Persona offesa: diritti e facoltà



In forza di quanto previsto dall'articolo 90 del codice di procedura penale, la persona offesa dal reato, oltre ad esercitare tutti i diritti e le facoltà che le sono riconosciuti espressamente dalla legge, può, in ogni stato e grado del procedimento, presentare memorie e, con esclusione del giudizio di cassazione, indicare elementi di prova, il tutto anche nominando un difensore ai sensi del successivo articolo 101.

Tra i diritti e le facoltà riconosciute dalla legge alla persona offesa si ricordano, poi:

- la possibilità di partecipare agli accertamenti tecnici non ripetibili (art. 360 c.p.p.);
- la possibilità di visionare gli atti depositati ai sensi dell'art. 366 c.p.p.;
- la possibilità di chiedere al PM di attivare l'incidente probatorio (art. 394 c.p.p.) e prendere visione degli atti relativi;
- la possibilità di esprimere la propria opinione in merito alla richiesta di proroga del termine di durata delle indagini preliminari (art. 406 c.p.p.) e di presentare opposizione alla richiesta di archiviazione (410 c.p.p.);
- la possibilità di presentare richiesta motivata al PM di presentare impugnazione a ogni effetto penale (art. 572 c.p.p.).

La persona offesa dal reato, inoltre:

- riceve l'informazione di garanzia (art. 369 c.p.p.);
- riceve la notifica del decreto di fissazione dell'udienza preliminare (art. 419 c.p.p.);
- riceve la notifica del decreto che dispone il giudizio (art. 429 c.p.p.);
- riceve la notifica del decreto che dispone il giudizio immediato (art. 456 c.p.p.).

I diritti della persona offesa minore, interdetta o inabilitata

Nel caso in cui la persona offesa sia minore, interdetta per infermità di mente o inabilitata, le facoltà e i diritti che le sono attribuiti sono esercitati dai medesimi soggetti mediante i quali la stessa può esercitare il diritto di querela (v. sopra).

Con particolare riferimento alla minore età, il codice di procedura civile precisa, al comma 2-bis dell'articolo 90, che, se su tale circostanza vi sia incertezza, il giudice dispone, anche d'ufficio, una perizia volta ad accertarla e che se, anche dopo la perizia, permangono dubbi in proposito, la minore età è presunta ai fini dell'applicazione delle disposizioni processuali.

I diritti della persona offesa deceduta



Nel caso in cui, invece, la persona offesa sia deceduta in conseguenza del reato, il nostro ordinamento attribuisce l'esercizio di tutti i suoi diritti e le sue facoltà ai suoi prossimi congiunti o alla persona che sia legata con la persona offesa da una relazione affettiva o da un rapporto di stabile convivenza.

Persona offesa parte civile

I diritti e le facoltà della persona offesa dal reato aumentano nel caso in cui questa decida di costituirsi parte civile. Con la costituzione di parte civile, in sostanza, tale soggetto introduce l'azione civile all'interno del processo penale e può evitare di chiedere il risarcimento del danno patito in conseguenza del reato instaurando una nuova causa civile, parallela a quella penale. Per potersi costituire parte civile, quindi, la persona offesa deve essere anche danneggiato dal reato.

Si riportano qui di seguito gli stralci di alcune recenti sentenze che si sono interessate del ruolo e della figura della persona offesa dal reato.

"Quando la persona offesa rappresenta il principale (se non il solo) testimone che abbia avuto la percezione diretta del fatto da provare e sia, quindi, sostanzialmente l'unico soggetto processuale in grado di introdurre tale elemento valutativo nel processo, affinché il suo racconto possa essere posto a fondamento del giudizio di colpevolezza dell'imputato, occorre sottoporlo ad una puntuale analisi critica, mediante la comparazione con il rimanente materiale probatorio acquisito (laddove ciò sia possibile) utilizzabile per corroborare la sua dichiarazione, ovvero, laddove una verifica "ab estrinseco" non sia possibile, attraverso un esame attento e penetrante della testimonianza, condotto con rigore e spirito critico, che investa la attendibilità della dichiarazione e la credibilità soggettiva di chi l'abbia resa e che, tuttavia, non sia improntato da preconcetta sfiducia nei confronti del teste, dovendosi comunque partire dal presupposto che, fino a prova contraria, il teste, sia esso persona offesa sia esso parte civile, riferisca fatti veri, o da lui ritenuti tali" (Trib. Napoli n. 644/2018).

"La dichiarazione con la quale la persona offesa, all'atto della denuncia, si costituisce o si riserva di costituirsi parte civile, deve essere qualificata come valida manifestazione del diritto di querela" (Cass. n. 52538/2017).

"La testimonianza della persona offesa, sopratutto quando portatrice di un personale interesse all'accertamento del fatto, deve essere certamente soggetta ad un più penetrante e rigoroso controllo circa la sua credibilità soggettiva e l'attendibilità intrinseca del racconto (Sez. u, 41461 del 2012, cit.), ma ciò non legittima un aprioristico giudizio di inaffidabilità della testimonianza stessa (espressamente vietata come regola di giudizio) e non consente di collocarla, di fatto, sullo stesso piano delle



dichiarazioni provenienti dai soggetti indicati dall'art. 192 c.p.p., commi 3 e 4, (con violazione del canone di giudizio imposto dall'art. 192 c.p.p., comma 1)" (Cass. n. 35559/2017). "In tema di reati sessuali ... la deposizione della persona offesa può essere assunta anche da sola come fonte di prova della colpevolezza, ove venga sottoposta ad un'indagine positiva sulla credibilità soggettiva ed oggettiva di chi l'ha resa, dato che in tale contesto processuale il più delle volte l'accertamento dei fatti dipende necessariamente dalla valutazione del contrasto delle opposte versioni di imputato e parte offesa, soli protagonisti dei fatti, in assenza, non di rado, anche di riscontri oggettivi o di altri elementi atti ad attribuire maggiore credibilità, dall'esterno, all'una o all'altra tesi" (Cass. n. 35559/2017).

## 5. La querela della persona offesa del reato

#### Da Altalex

di Alessandro Ferretti

La querela – prevista nell'art. 336 del codice di procedura penale – è l'atto con cui la persona offesa dal reato manifesta la volontà di perseguire penalmente il fatto costituente reato che essa stessa abbia subito (TONINI).

Ha diritto di querela "ogni persona offesa da un reato per cui non debba procedersi d'ufficio o dietro richiesta o istanza" (art. 120 c.p.).

In tema di reati perseguibili a querela, la sussistenza della volontà di punizione da parte della persona offesa, non richiedendo formule particolari, può essere riconosciuta dal giudice anche in atti che non contengono la sua esplicita manifestazione; ne consegue che tale volontà può essere riconosciuta anche all'atto con il quale la persona offesa si costituisce parte civile, nonché nella persistenza di tale costituzione nei successivi gradi di giudizio. (Cass. Pen., sez. V, sentenza 19 ottobre 2001, n. 43478)

Due sono gli elementi di cui si compone la querela: la notizia di reato e la manifestazione della volontà che si proceda penalmente in ordine al reato. Al contrario, la denuncia può essere presentata da chiunque e non deve contenere necessariamente una manifestazione di volontà.

Il diritto di querela deve essere esercitato entro il termine di tre mesi dal giorno in cui la persona offesa ha avuto notizia del fatto che costituisce il reato. Il termine si allunga e diventa di sei mesi per i delitti contro la libertà sessuale.

Quanto alla natura giuridica della querela, diversi sono stati gli approcci in dottrina con riferimento a molteplici aspetti, come ad esempio il rapporto tra l'istituto e la



persona offesa, gli effetti della presenza o assenza della querela nell'ordinamento penale e il tipo di atto al quale possa essere ascritta la manifestazione di volontà in cui consiste la querela.

La querela è stata considerata alla stregua di un diritto soggettivo pubblico, presentando la corrispondenza caratteristica tra il potere giuridico di un soggetto e l'obbligo giuridico di un altro (BATTAGLINI). Inoltre, la disciplina di questo istituto deve essere ripartita tra diritto sostanziale e processuale. Come si può intuitivamente osservare, nel codice penale la querela è collocata nel capo dedicato alla persona offesa dal reato, mentre nell'ambito del codice di rito essa trova collocazione tra le condizioni di procedibilità.

Da questa duplice configurazione dell'istituto, si sono originati tre orientamenti principali sulla specifica natura della querela: uno sostanzialista, uno processualista e il terzo misto (DINACCI). Esaminando partitamente i tre orientamenti, si deve ricordare che quello sostanzialista colloca la querela nelle condizioni di punibilità, considerato che la disciplina rituale si occupa soltanto degli aspetti formali della querela, relativi principalmente all'ingresso della stessa nell'ordinamento giuridico. Il secondo orientamento sostiene la natura ibrida della querela che costituisce allo stesso tempo condizione di procedibilità e di punibilità. Il terzo, di natura prettamente processuale, inquadra la querela tra le condizioni di procedibilità, desumendo la natura di istituto processuale (ANTOLISEI). Quest'ultimo è anche l'orientamento del legislatore che indica espressamente la querela tra le condizioni di procedibilità all'interno del codice di procedura penale (art. 346).

Alcuni Autori elencano tra le conseguenze della natura processuale della querela: a) la proponibilità in sede civile dell'azione di danni patrimoniali o non patrimoniali, derivanti dal reato perseguibile a querela, anche nel caso in cui la stessa non sia stata presentata; b) nel caso in cui un reato abbia come presupposto un reato perseguibile a querela, la sua esistenza non dipende dalla proposizione della querela; c) l'aggravante di cui all'art. 61, n. 2 c.p. sussiste anche se per il reato-fine non è stata presentata querela (RONCO – ARDIZZONE).

La querela è una condizione di punibilità e di procedibilità. Per la sua efficacia non occorrono formule sacramentali, ma è sufficiente che risulti la volontà inequivoca di voler perseguire penalmente il colpevole del fatto lamentato (Cass. Pen., sentenza 20 febbraio 1973, n. 1445).

# 2. La titolarità del diritto di querela

Di regola la titolarità e l'esercizio del diritto di querela coincidono in capo allo stesso soggetto, vale a dire la persona offesa dal reato, tuttavia sussistono delle eccezioni quando gli offesi dal reato siano i minori di anni 14 e gli interdetti a causa di infermità



di mente, per i quali il diritto di querela è esercitato dal tutore o da un curatore speciale nel caso in cui non vi sia chi ne abbia la rappresentanza oppure chi la esercita si trovi con la medesima persona in conflitto di interessi.

La persona offesa dal reato titolare del diritto di querela a norma dell'art. 120 c.p. deve essere individuata nel soggetto titolare dell'interesse direttamente protetto dalla norma penale e la cui lesione o esposizione a pericolo costituisce l'essenza dell'illecito. Ne consegue che nel reato di ragion fattasi, poiché l'interesse al ricorso obbligatorio alla giurisdizione viene in rilievo solo se la violazione del cosiddetto monopolio giurisdizionale è accompagnata da violenza sulle cose o alla persona, nel bene protetto rientrano anche le valutazioni attinenti alla parte privata che rimane vittima dell'azione violenta di chi pretende di farsi ragione di sé, sicché persona offesa è anche colui che si trova nella possibilità di esercitare il contenuto di qualsiasi diritto in quanto titolare dell'apparentia juris (Cass. Pen., sentenza 5 maggio 2004, n. 21090).

Dottrina e giurisprudenza hanno affrontato più ipotesi al fine di individuare concretamente il titolare del diritto di querela. Ad esempio, nel caso in cui il soggetto passivo del reato possa essere identificato con un ente collettivo – dotato o meno di personalità giuridica - è necessario distinguere tra l'organo sociale abilitato alla deliberazione di querela e il soggetto che concretamente è legittimato a manifestare la decisione, presentando formalmente l'atto di querela. Non si deve dimenticare, infatti, che spesso l'organo destinato a formare la volontà del soggetto è distinto rispetto all'organo-rappresentante, con la necessità di dimostrare la corrispondenza tra il potere di procedere espresso dal secondo con le determinazioni del primo (RONCO – ARDIZZONE).

Altre ipotesi sono relative al falso in scrittura privata ex art. 485 c.p. Per la consumazione del reato occorre non solo l'attività di formazione della falsa scrittura, ma anche il successivo uso della scrittura falsificata. Per questo motivo si è ritenuto che la persona offesa dal reato, in questo caso, non sia solo colui il cui interesse all'autenticità della scrittura sia già configurabile prima dell'uso, ma anche chi, pur non essendo l'autore apparente del documento o una delle parti da cui proviene la scrittura falsificata, risulti titolare di un interesse che riceva pregiudizio attraverso l'uso del documento (Cass. Pen., sez. II, sentenza 20 febbraio 1987).

Si osserva che nel reato di truffa il diritto di querela è riconosciuto essenzialmente al soggetto che risente delle conseguenze patrimoniali del fatto e non a colui che sia stato indotto in errore dagli altrui artifizi e raggiri (RONCO – ARDIZZONE)

La migliore dottrina preferisce parlare, più che di un diritto di querela, di un potere di querela, anche se non esistono indicazioni favorevoli neppure nel codice di rito (BERTOLINO). In ogni caso, qualunque tesi si accolga, la titolarità della querela



spetta alla persona offesa dal reato, cioè al titolare del bene giuridico tutelato dalla norma.

Il diritto di querela si estingue con la morte della persona offesa. Nel caso in cui la querela sia già stata proposta, la morte della persona offesa non estingue il reato (art. 126 c.p.)

## 3. Il contenuto della querela

In linea generale, la querela deve contenere la descrizione del fatto costituente reato, con eventuali notizie sull'autore e sulle prove. Al querelante, tuttavia, non compete dare una qualificazione giuridica del fatto, dovendo procedere ad una esposizione sia pure succinta del fatto nel senso materialistico storico (Cass. Pen., sez. V, sentenza 29 aprile 1985, n. 4043). Ciò che deve essere chiaramente contenuto nella querela è la manifestazione di volontà del querelante che il colpevole sia punito. In questo senso, la giurisprudenza ha stabilito che la formula denuncio ad ogni effetto di legge debba essere considerata quale manifestazione di volontà diretta a richiedere la persecuzione e la punizione dell'autore del reato e conferisce quindi all'atto valore di querela (Cass. Pen., sez. VI, sentenza 14 dicembre 2006, n. 40770).

La denuncia formalmente presentata per un fatto originariamente qualificato come perseguibile d'ufficio e poi ritenuto integrativo, invece, di reato perseguibile a querela, è da considerare idonea ad assumere anche valore di querela, sempre che essa non si limiti alla mera esposizione dei fatti, ma esprima la volontà che, indipendentemente dalla loro apparente qualificazione giuridica, si proceda nei confronti del responsabile (Cass. Pen., sentenza 26 luglio 2002, n. 28851).

La querela, infine, deve contenere la sottoscrizione del querelante, che dovrà essere autenticata nei casi di recapito non personale da parte dello stesso. Quanto ai termini, il diritto di querela non può essere esercitato decorsi tre mesi dal giorno della notizia del fatto che costituisce reato (art. 124, co. 1 c.p.).

#### 4. Limitazioni

Nel caso in cui il querelante abbia voluto limitare l'azione penale ad uno o ad alcuni dei reati punibili a querela, non è permesso al giudice procedere anche per gli altri. Tuttavia, nel caso in cui il querelante si sia limitato ad esporre i fatti di cui chiede la sanzione, l'interpretazione della querela spetta al giudice di merito, che può individuare, con obbligo di motivare adeguatamente e logicamente, i reati per i quali è stata proposta la querela (Cass. Pen., sez. III, sentenza 7 febbraio 1984, n. 1075). Quanto alla interpretazione della querela, trattandosi di atto negoziale, dovrà essere effettuata sulla scorta delle regole stabilite dagli artt. 1362 e ss. del codice civile, poiché per la sua validità non è necessario l'uso di formule sacramentali, ma è



sufficiente che da tutto il contesto dell'atto si evinca chiaramente l'accertamento della responsabilità penale del colpevole in ordine al fatto denunziato (Cass. Pen., sentenza 28 maggio 1986 n. 4554).

E' opportuno evidenziare che la querela rende perseguibili tutti gli illeciti penali che si ravvisano nell'esposizione dei fatti, tranne che essa sia espressamente limitata ad uno o ad alcuni reati.

## 5. Remissione della querela

Con la remissione della querela, il querelante revoca, mediante una manifestazione - esplicita o implicita – di volontà, con il consenso del querelato, la sua domanda di sanzione. In buona sostanza, si tratta della rinuncia "al diritto di mantenere operativa la sua dichiarazione di volontà, necessaria per il promovimento dell'azione penale" (MANZINI).

Secondo la migliore dottrina, la remissione della querela rientra tra la cause di estinzione del reato. Tuttavia, secondo altri orientamenti, pur riconoscendo che la remissione incide anche processualmente, ne individua la natura giuridica sostanziale (ROMANO). Secondo la Corte Costituzionale la remissione consiste in una manifestazione di volontà con la quale la persona offesa dal reato dichiara di non persistere nella richiesta di punizione del reo formulata con la querela stessa. In buona sostanza, si tratta di un atto di revoca della querela che, se accettato dal querelato, fa cessare l'azione penale iniziatasi in seguito all'esercizio del diritto di querela, determinando l'estinzione del diritto di punire e quindi del reato (Corte Cost., sentenza 31 maggio 1995, n. 211).

La remissione della querela può assumere carattere processuale o extraprocessuale. Nel primo caso vi è esclusivamente forma espressa, mentre nella extraprocessuale potrà esservi una manifestazione in forma espressa o tacita.

La remissione potrà intervenire soltanto prima della condanna, salvo i casi in cui la legge disponga diversamente (art. 152, co. 3 c.p.). Non è possibile sottoporre a termine o condizioni la remissione, né è possibile la rinuncia al diritto alle restituzioni e al risarcimento del danno.

## 6. La persona offesa e l'informazione sullo stato del procedimento

Da altalex Articolo, 04/09/2017

Pubblicato il 18/09/2017

Di Massimo Mannucci – Magistrato



Il legislatore con la legge di modifica al codice penale e di procedura penale, cosiddetta Riforma Orlando, è intervenuto anche sull'art. 335 c.p.p. introducendo il comma 3 ter nel quale si prevede che, "senza pregiudizio del segreto investigativo decorsi sei mesi dalla data di presentazione della denuncia ovvero della querela, la persona offesa può chiedere di essere informata dall'autorità che ha in carico il procedimento circa lo stato del medesimo".

Innanzitutto è il caso di notare che il ricorso all'espressione "può chiedere" appare infelice. Infatti, in assenza di un esplicito obbligo di accoglimento dell'istanza, la "facoltà di chiedere" non deve certo essere riconosciuta dalla legge, ma può ritenersi sempre consentita. Inoltre, tale norma sembra sovrapporsi, quanto meno parzialmente, al comma 3 dello stesso articolo laddove prevede che ad esclusione dei casi in cui si procede per uno dei delitti di cui all'art. 407 comma 2 lett. a) c.p.p., le iscrizioni nel registro delle notizie di reato sono comunicate alla persona offesa e al difensore ove ne facciano richiesta, tuttavia ai sensi del successivo comma 3 bis, se sussistono specifiche esigenze attinenti all'attività di indagine il PM, nel decidere sulla richiesta, può disporre con decreto motivato il segreto sulle iscrizioni per un periodo superiore a tre mesi e non rinnovabile.

L'uso di espressioni diverse nell'ambito della stessa norma di legge fa sorgere l'interrogativo se il legislatore abbia voluto alludere a situazioni diverse e in particolare se l'espressione "sussistono specifiche esigenze attinenti all'attività d'indagine" di cui al comma 3 bis e quella "senza pregiudizio del segreto investigativo" di cui al comma 3 ter, siano o meno sostanzialmente equivalenti. Benché entrambe sembrino riferirsi ad una medesima esigenza di riservatezza delle indagini, non è chiaro il motivo della previsione di un diverso regime.

Infatti, quando il pubblico ministero riceve una richiesta di comunicazione dell'iscrizione ai sensi del citato comma 3, in caso di "specifiche esigenze attinenti all'attività di indagine" può opporre, con decreto motivato, il segreto per un trimestre. Mentre se riceve una richiesta di "informazioni circa lo stato del procedimento" dopo sei mesi dalla presentazione (si noti non dall'iscrizione) della denuncia/querela ai sensi del comma 3 ter, lo stesso P.M. - qualora sussista "pregiudizio del segreto investigativo" - può non rispondere sine die e senza necessità di motivare se non adducendo appunto l'esistenza di tale pregiudizio.

Altro interrogativo che sorge dalla lettura del nuovo art. 335 c.p.p. è quello relativo al significato da dare alle espressioni: informazione circa lo "stato del procedimento" che compare nel comma 3 ter e comunicazione delle "iscrizioni" riportata nel comma

Evidentemente, se nell'ambito del medesimo articolo il legislatore usa ancora una volta termini diversi, sembrerebbe voler alludere a significati diversi.



L'informazione circa lo stato del procedimento pare qualcosa di più ampio rispetto alla comunicazione dell'iscrizione.

Il procedimento penale attraversa vari "stati" da individuarsi, in via empirica difettando definizioni legislative, nelle seguenti fasi:

- 1) quella, pur breve, della preiscrizione che va dall'arrivo della notizia di reato nell'ufficio di Procura alla sua iscrizione nel relativo registro,
- 2) quella delle indagini preliminari che si chiude con lo spirare del termine di scadenza ovvero con l'emissione dell'avviso di conclusione delle stesse,
- 3) quella creata dal nuovo comma 3 bis dell'art. 407 c.p.p. che si pone tra la scadenza del termine massimo di durata delle indagini o comunque della scadenza dei termini di cui all'art. 415 bis c.p.p. e l'esercizio dell'azione penale (fase nell'ambito della quale si può individuare la "sottofase" della pendenza dei termini di cui all'art. 415 bis c.p.p.),
- 4) quella tra l'esercizio dell'azione penale e l'emissione del decreto penale di condanna ovvero, l'udienza preliminare (o dibattimentale nei casi di procedimenti a citazione diretta o di giudizio immediato),
- 5) infine quella tra l'udienza preliminare e il rinvio al dibattimento da cui cominciano i tre gradi di giudizio costituenti altrettante fasi di un procedimento che assume la fisionomia del processo.

Pertanto il pubblico ministero nell'evadere la richiesta di cui al comma 3 ter, che può essere presentata decorsi sei mesi dalla data di presentazione della denuncia dovrà comunicare la fase (o stato) in cui si trova il procedimento. Anche la luce del termine iniziale da cui nasce la possibilità di inoltrare la richiesta, la risposta sarà quindi per lo più scontata e comunque poco utile, dal momento che la notifica alla persona offesa è prevista, in alcuni casi ex lege, anche per l'avviso di conclusione delle indagini, a semplice richiesta, in caso di archiviazione, e sempre, per la fissazione dell'udienza preliminare e per la citazione a giudizio. Inoltre è prevista la comunicazione del decreto penale al querelante ex art. 459 comma IV c.p.p. e la notifica del decreto di giudizio immediato alla persona offesa almeno 30 gg. prima dell'udienza.

Pertanto le occasioni di conoscere aliunde lo stato del procedimento sono innumerevoli e la richiesta ex art. 335 comma 3 ter appare assai residuale e poco utile a soddisfare le esigenze di informazione delle persone offese che vengono altresì avvisate, durante le indagini preliminari, di tutti gli eventuali (ma frequenti) accertamenti irripetibili e incidenti probatori.

Peraltro il comma 3 ter non prevede l'esclusione della possibilità di rilascio di informazioni sullo stato del procedimento nei casi in cui si procede per uno dei delitti



di cui all'art. 407 comma 2 lett. a) c.p.p come invece prevede il comma 3 a proposito della comunicazione delle iscrizioni. Ne consegue che, dopo sei mesi dalla denuncia, la persona offesa può conoscere, pur senza pregiudizio del segreto investigativo, lo stato del procedimento anche relativo a quella tipologia di delitti, ma non può avere comunicazione dell'iscrizione.

Anche il concetto di comunicazione delle iscrizioni alla persona offesa non appare univoco, atteso che può essere limitata alla indicazione degli articoli di legge che prevedono e puniscono i reati per cui si procede (come solitamente avviene), ovvero può gradualmente estendersi al tempo e data del commesso reato, alle generalità complete degli indagati, nonché a quelle delle altre eventuali persone offese.

Tutto ciò a tacere del fatto che la disciplina sopra esaminata va altresì a interferire con la norma di carattere generale contemplata dall'art. 116 c.p.p. la quale prevede che, anche durante il procedimento e non solo dopo la sua definizione, chiunque vi abbia interesse (quindi sicuramente anche la persona offesa) possa ottenere il rilascio di copie, estratti o certificati di singoli atti. In tal caso il legislatore si limita a stabilire che sulla richiesta debba provvedere l'Autorità Giudiziaria che procede, la quale verosimilmente autorizzerà, in tutto in parte, il rilascio qualora ritenga l'interesse rappresentato, sussistente e meritevole di essere valutato prevalente sulle esigenze di riservatezza non solo di carattere pubblicistico, ma anche privatistico.

Pertanto, in assenza indici normativi più precisi ovvero di criteri di coordinamento tra le varie disposizioni, l'operatore del diritto dovrà barcamenarsi cercando di giungere ad un'interpretazione logico sistematica, non senza incontrare difficoltà derivanti dall'utilizzo di una terminologia non coerente, dalla indicazione di percorsi informativi non lineari e dalla ambiguità dell'oggetto delle informazioni ostensibili alla persona offesa.

7. La costituzione di parte civile di enti e associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato: una perdurante forzatura normativa

### Di Elisabetta Guido

## In Diritto penale contemporaneo

# Trib. Reggio Calabria, ordinanza 14 maggio 2015, in T. ed altri, Giud. Romeo

1. L'ordinanza in commento si segnala per riportare nell'alveo corretto della norma (art. 74 ss. c.p.p.) la prassi di ammettere la costituzione di parte civile di enti e associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato, con ciò vanificando la disciplina appositamente stabilita per la partecipazione di tali soggetti al processo (artt. 91 ss. c.p.p.).



Nella specie, e in estrema sintesi, è previsto che enti e associazioni, senza scopo di lucro e con finalità - riconosciutigli in forza di legge - di tutela degli interessi collettivi o diffusi compromessi dalla commissione dell'illecito penale, possano esercitare diritti e facoltà spettanti alla persona offesa - previo suo consenso - con atto di intervento il cui contenuto è descritto nell'art. 93 c.p.p. Questa regolamentazione - è il caso di ricordare - venne inserita ex novo nel codice di rito proprio per mettere fine a quell'orientamento sviluppatosi sotto la vigenza del codice del 1930 che, con disinvoltura, consentiva agli enti collettivi di costituirsi parte civile, senza che gli stessi avessero subito un danno civile, patrimoniale o non patrimoniale, derivante da reato (art. 185 c.p.).

Pertanto, la regola è che detti soggetti agiscano all'interno del procedimento penale nella veste di accusatori privati, affiancando la persona offesa dal reato nel perseguimento dell'interesse squisitamente pubblicistico di repressione penale. Nondimeno, là dove essi risultino direttamente danneggiati dal reato, resta garantita la possibilità di esercitare l'azione civile nelle forme e secondo le modalità di cui agli artt. 74 ss. c.p.p.

Agevole intuire come la tenuta di siffatta impostazione, chiara nel differenziare ruoli e disciplina della parte civile, da un lato, dell'ente collettivo dall'altro, dipenda dalla nozione che si accoglie di danno risarcibile. Difatti, è evidente che quanto più si dilata tale concetto (al punto da farvi confluire, oltre al danno immediato e diretto cagionato dal reato, anche la lesione a interessi collettivi o diffusi), tanto più si favorisce il ricorso degli enti esponenziali alla costituzione di parte civile, con conseguente disapplicazione della disciplina contemplata negli artt. 91 ss. c.p.p.

2. Nella delineata cornice normativa si inscrive la decisione in esame che dichiara inammissibili le costituzioni di parte civile presentate da diverse associazioni Onlus, con scopo istituzionale di tutela del diritto alla salute, nell'ambito di un procedimento penale per i reati di omicidio colposo derivante da colpa medica (artt. 40 comma 2, 113 e 589 c.p.) e di falsità in atto pubblico (artt. 61, n. 2, 110, 476 comma 2 e 479 c.p.).

La ragione principale del rigetto delle domande risarcitorie è, per il Tribunale di Reggio Calabria, l'insussistenza di un danno risarcibile, consistente nel danno diretto e immediato agli interessi tutelati dalle associazioni in questione. Nello specifico, viene con forza respinta l'opzione volta a qualificare danno derivante da reato «la mera lesione di un interesse di cui l'ente è portatore in base allo statuto», opzione lucidamente ritenuta la causa della «palese e non condivisibile forzatura interpretativa» dell'istituto della costituzione di parte civile. Pertanto, poiché difetta il presupposto del danno rilevante ai sensi dell'art. 185 c.p., là dove a essere lesa sia la finalità di tutela di un determinato bene giuridico (lo stesso violato dal reato), viene meno la legittimazione degli enti collettivi a costituirsi parti civili, potendo questi



ultimi esercitare unicamente il diritto di intervento (art. 91 ss. c.p.p.). Né - si aggiunge - l'assenza di un pregiudizio in termini di effetto diretto e immediato del reato è circostanza superabile in virtù del potere, inserito per via statutaria, di agire in sede civile e penale per ottenere il ristoro dei danni scaturiti dalla lesione degli interessi collettivi assunti dal singolo ente o associazione come scopo della sua esistenza.

Trattasi di un orientamento restrittivo, confortato da una serie di elementi argomentativi riportati nel provvedimento in esame. Anzitutto, l'art. 212 disp. att. c.p.p., che consacra la regola della partecipazione al processo degli enti collettivi - al di fuori delle ipotesi indicate nell'art. 74 c.p.p. - col mezzo dell'atto di intervento. Si richiamano inoltre: il «turbamento del gruppo», da considerare unico effetto pregiudizievole che formazioni sociali, istituite per proteggere il bene leso dal reato, possono subire a seguito della condotta criminosa; il fine perseguito da queste figure processuali, e cioè dare risonanza mediatica al fatto di reato e coadiuvare la pubblica accusa nonché, da ultimo, il tipo di risarcimento richiesto, generalmente simbolico.

3. Di certo aderente al dato letterale e sistematico del codice di procedura penale, la tesi seguita dal Tribunale si profila del tutto minoritaria nel panorama giurisprudenziale (cfr., Trib. Milano, 19 dicembre 2005, in Foro ambr., 2005, p. 433 e G.i.p. Bologna, 5 ottobre 2004, in Giur. merito, 2005, p. 655).

Il diverso principio espresso in più occasioni dalla Corte di cassazione, anche nella sua composizione più autorevole, è infatti quello di considerare ammissibile la costituzione di parte civile dell'ente collettivo, dal momento che consiste in un danno civilisticamente rilevante «l'offesa all'interesse perseguito dal sodalizio e posto nello statuto quale ragione istituzionale della propria esistenza ed azione, con la conseguenza che ogni attentato a tale interesse si configura come lesione di un diritto soggettivo inerente la personalità o identità dell'ente» (Cass., sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343; v., in senso conforme, tra le altre, Cass., sez. IV, 27 aprile 2015, n. 27162; Cass., sez. I, 17 maggio 2011, n. 29700; Trib. Milano, 2 luglio 2012, in Foro ambr., 2012, p. 295).

Attraverso tale filone interpretativo, si assiste, quindi, a una dilatazione della nozione di danno risarcibile, che fa diventare danneggiati gli enti superindividuali e - per tale via - produce un allargamento dei presupposti per l'esercizio dell'azione civile risarcitoria.

4. Risultato, quest'ultimo, opinabile poiché stravolge l'originario assetto codicistico, in tal modo congeniato. L'ente esponenziale viene trattato come se fosse persona offesa dal reato, in forza di una fictio iuris, ma si tiene presente che, una volta esercitata l'azione penale, solo eventualmente potrà diventare danneggiato, quindi parte



processuale: nel caso in cui abbia riportato un danno proprio e non anche nell'ipotesi in cui l'interesse collettivo o diffuso di cui è portatore sia stato leso dall'azione delittuosa. In tale prospettiva, assumono rilevanza i poteri probatori riservati agli enti esponenziali in sede dibattimentale: gli sono concesse le iniziative di cui all'art. 505 c.p.p., vale a dire chiedere al presidente di rivolgere domande a testimoni, periti, consulenti tecnici e parti private sottoposte a esame, nonché la facoltà di chiedere la lettura, o l'indicazione, degli atti contenuti nel fascicolo del dibattimento (art. 511 comma 6 c.p.p.)[1].

Tali disposizioni specificano la posizione degli enti collettivi nel processo, in quanto persone offese dal reato, palesando la scelta legislativa - congeniale al sistema accusatorio che vede con sfavore la presenza della parte civile - di escluderli come danneggiati.

Rispetto a questa strutturazione, va senza dubbio messa in luce la coerenza della tesi adottata nell'ordinanza in esame; viceversa, l'interpretazione estensiva accolta dalla giurisprudenza prevalente si connota di un valore negativo, posto che l'ingresso nel processo come parti civili degli enti collettivi altera il principio della parità delle parti (art. 111 comma 2 Cost.) che ne esce eccessivamente sbilanciato a favore dell'accusa.

[1] Possibilità, queste, che non sembrano spettare alla persona offesa, in quanto singolo. Vale la pena ricordare che all'offeso viene riconosciuta nel corso delle indagini preliminari una serie di diritti e facoltà (art. 90 c.p.p.), sul presupposto che - come affermato da Ghiara, sub art. 90, in Commento al nuovo codice di procedura penale, coordinato da Chiavario, vol. I, Utet, 1989, p. 408, sia «anche una virtuale parte civile, dotata di poteri in certo senso anticipatori (particolarmente in materia probatoria) di quelli che le spetteranno, eventualmente, a seguito della formale costituzione come tale».

# 8.L'inammissibilità della costituzione di parte civile contro l'ente responsabile.

# Da Diritto penale contemporaneo

# Viganò - Valsecchi

Secondo la Corte di Giustizia UE, l'inammissibilità della costituzione di parte civile contro l'ente imputato ex d.lgs. 231/01 non è in contrasto col diritto dell'Unione

Corte di Giustizia UE, sez. II, sent. 12 luglio 2012, Giovanardi, C-79/11

1. Con ordinanza del 9.2.2011 il Tribunale di Firenze, dopo aver rilevato che la disciplina descritta dal d.lgs. 231/2001 sulla 'responsabilità amministrativa da reato' degli enti non prevede la possibilità per il danneggiato di costituirsi parte



civile contro l'ente imputato, e dopo aver rilevato che, in base a un diffuso orientamento giurisprudenziale, non è possibile colmare tale lacuna attraverso un'estensione in via interpretativa della disciplina della costituzione di parte civile prevista dal codice di rito, aveva sollevato una questione pregiudiziale di interpretazione, con cui chiedeva alla Corte di Giustizia dell'Unione europea di pronunciarsi in ordine alla corretta interpretazione di "tutte le decisioni europee che concernono la posizione della persona offesa", con particolare riguardo alla decisione quadro 2001/220/GAI del 15.3.2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, e alla direttiva comunitaria 2004/80/CE del Consiglio del 29.4.2004, relativa all'indennizzo delle vittime di reato. Solo la soluzione di tale questione preliminare, infatti, avrebbe consentito al giudice nazionale di valutare se la normativa italiana, laddove non prevede che la persona danneggiata dal reato si possa costituire contro l'ente imputato 'ex 231', sia o meno conforme al diritto dell'Unione europea [cfr. Trib. Firenze, 9.2.2011, (ord.) GIP Monti, in questa Rivista].

2. Sulla richiesta del Tribunale di Firenze si era pronunciato l'Avvocato generale Sharpston con un articolato intervento [pubblicato su questa Rivista con ampia nota di Viganò e Valsecchi, Costituzione di parte civile contro l'ente imputato: le conclusioni dell'Avvocato generale presso la Corte di giustizia UE nel caso Giovanardi] in cui veniva individuata nell'art. 9, § 1, della decisione quadro 2001/220/GAI la norma rilevante nel caso di specie. Tale norma prevede che gli Stati membri hanno l'obbligo di garantire alla vittima di un reato il diritto di ottenere, entro un ragionevole lasso di tempo, una decisione relativa al risarcimento da parte dell'autore del reato nell'ambito dello stesso procedimento penale, eccetto i casi in cui il diritto nazionale preveda altre modalità di risarcimento.

Rinviando alla nostra precedente nota per ogni dettaglio, basti qui rammentare che, secondo l'Avvocato generale, tale norma dovrebbe essere interpretata in chiave teleologica, privilegiando la sostanza sulla forma, dovendosi in particolare ritenere irrilevante la qualificazione legislativa espressa in termini di responsabilità "penale" o "amministrativa" adottata nell'ordinamento di ciascuno Stati membri in relazione alla responsabilità da reato delle persone giuridiche. Da tale premessa l'Avvocato generale deduceva che il procedimento per l'accertamento della responsabilità "amministrativa da reato degli enti" disciplinato dal d.lgs. 231/2001 rientra nell'ambito di applicazione del citato articolo 9, § 1 della decisione quadro 2001/220/GAI, trattandosi di procedimento volto a determinare la responsabilità dell'ente (1) per un illecito definito mediante rinvio alle disposizioni del codice penale, (2) fondata sulla commissione di un illecito da parte di una persona fisica, (3) accertata nell'ambito di un procedimento dinanzi al giudice penale, disciplinato dal codice di procedura penale e normalmente riunito col procedimento penale a carico della



persona fisica responsabile dell'illecito. Conseguentemente, secondo l'Avvocato generale l'Italia sarebbe di regola tenuta ad assicurare alla vittima del reato, in forza della decisione quadro in parola, la possibilità di ottenere nell'ambito dello stesso procedimento celebrato contro l'ente una decisione relativa al risarcimento dei danni subiti, dovendosi per converso ritenere insufficiente una tutela risarcitoria azionabile esclusivamente con separata azione innanzi al giudice civile.

L'Avvocato generale aveva peraltro sottolineato che lo Stato membro è libero di determinare i mezzi con i quali raggiungere l'obiettivo imposto dalla decisione quadro, lasciando così aperta la questione se lo strumento della citazione dell'ente nel processo penale quale responsabile civile per il fatto commesso dall'imputato persona fisica costituisca strumento idoneo ad assicurare un risarcimento alla vittima nell'ambito dello stesso processo contro l'ente, in alternativa rispetto alla costituzione di parte civile direttamente contro l'ente. Nel nostro precedente intervento, avevamo peraltro sottolineato come una tale soluzione - nell'ottica dell'Avvocato generale - non potesse essere ritenuta idonea a garantire sempre il risarcimento del danno alla vittima del reato: anche a prescindere dai dubbi (espressi dallo stesso giudice del rinvio) circa l'ammissibilità della citazione dell'ente come responsabile civile in relazione al disposto dell'art. 83 co. 1 c.p.p., infatti, la citazione del responsabile civile non può comunque essere ammessa ogniqualvolta non si celebri un processo simultano contro l'ente e contro la persona fisica autrice del reato (come accade, per esempio, quando l'autore del reato non è stato identificato ovvero quando nei suoi confronti il reato si sia estinto per causa diversa dall'amnistia, sicché il processo si instaura solo contro l'ente; o, ancora, quando l'autore del reato sia 'uscito' dal processo prima della decisione definitiva, ad esempio perché deceduto o perché ha 'patteggiato' la pena, e dunque il processo prosegue solo nei confronti dell'ente). Onde l'unico strumento a disposizione del giudice italiano per assicurare il conseguimento dell'obiettivo imposto dalla decisione quadro appariva a questo punto, stanti le premesse dell'Avvocato generale, quello della costituzione di parte civile direttamente contro l'ente, nel quadro di un'interpretazione conforme al diritto UE della disciplina di cui al d.lgs. 231/2001.

3. La Corte di giustizia UE, nella sentenza qui annotata, non si è invece allineata alla cruciale premessa dell'Avvocato generale, relativa alla natura di "procedimento penale" - come tale ritentrante nell'ambito di applicazione dell'art. 9 § 1 della decisione quadro 2001/220/GAI - del procedimento per l'accertamento della responsabilità amministrativa da reato dell'ente, di cui al d.lgs. 231/2001. La Corte si preoccupa anzi di sottolineare espressamente che "la decisione quadro, il cui unico oggetto è la posizione delle vittime nell'ambito dei procedimenti penali, non contiene alcuna indicazione in base alla quale il legislatore dell'Unione avrebbe inteso obbligare gli Stati membri a prevedere la responsabilità penale delle



persone giuridiche" (§ 45), rilevando poi - con riferimento specifico alla disciplina del d.lgs. 231/2001 - che "un illecito «amministrativo» da reato come quello all'origine delle imputazioni sulla base del decreto legislativo n. 231/2001 è un reato [rectius, un illecito] distinto che non presenta un nesso causale diretto con i pregiudizi cagionati dal reato commesso da una persona fisica e di cui si chiede il risarcimento. Secondo il giudice del rinvio, in un regime come quello istituito da tale decreto legislativo, la responsabilità della persona giuridica è qualificata come «amministrativa», «indiretta» e «sussidiaria», e si distingue dalla responsabilità penale della persona fisica, autrice del reato che ha causato direttamente i danni e a cui, come osservato al punto 40 della presente sentenza, può essere chiesto il risarcimento nell'ambito del processo penale" (§ 47).

Secondo la Corte, dunque, la possibilità (pacifica) per la vittima di costituirsi parte civile contro la persona fisica autrice del reato è sufficiente a garantire il rispetto dell'obbligo di cui all'art. 9 § 1 della decisione quadro, la quale non impone invece allo Stato di assicurare alla vittima medesima la possibilità di ottenere tale risarcimento (anche) dall'ente responsabile ex d.lgs. 231/2001, anche perché l'illecito dell'ente non può considerarsi come il fatto dal quale scaturisce direttamente il danno in capo alla vittima, materialmente cagionato dalla persona fisica autrice del reato.

Inevitabile a questo punto la conclusione: "l'articolo 9, paragrafo 1, della decisione quadro [2001/220/GAI] deve essere interpretato nel senso che non osta a che, nel contesto di un regime di responsabilità delle persone giuridiche come quello in discussione nel procedimento principale, la vittima di un reato non possa chiedere il risarcimento dei danni direttamente causati da tale reato, nell'ambito del processo penale, alla persona giuridica autrice di un illecito amministrativo da reato".

4. La decisione della Corte conferma, a questo punto, la sostenibilità anche al metro del diritto UE della soluzione cui è pervenuta la nostra Suprema Corte, nel senso della inammissibilità della costituzione di parte civile contro l'ente (Cass., sez. VI, 5.10.2010, dep. 22.1.2011, in questa Rivista); soluzione in favore della quale si era in precedenza espressa anche parte della dottrina, compreso uno degli autori di queste brevissime note (cfr. A. Valsecchi, Sulla costituzione di parte civile contro l'ente imputato ex d.lgs. 231/2001, in questa Rivista, cui si rinvia per ogni ult. rif. bibl. e giur.).

Dal punto di vista della Corte, certamente poco sensibile alle sottili dispute ermeneutiche che hanno affaticato gli esegeti nostrani del d.lgs. 231/2001, la questione oggi decisa aveva implicazioni delicate: affermare - sia pure ai limitati effetti della decisione quadro 2001/220/GAI - la natura sostanzialmente penale della responsabilità da reato degli enti, come sostenuto dall'Avvocato generale (non a caso originaria di un Paese di common law, nel quale è pacifica l'esistenza di una vera e



propria responsabilità penale delle corporations), avrebbe significato inquietare, in un momento politicamente assai delicato per l'Unione, tutti quegli Stati membri, Germania in testa, che oppongono resistenze di principio - anche di ordine costituzionale - rispetto all'idea di una responsabilità autenticamente penale dell'ente; e avrebbe potuto essere inteso come una sorta di semaforo verde rispetto alla futura imposizione, da parte dell'Unione, di veri e propri obblighi di criminalizzazione dell'ente, mai stabiliti sinora dalla legislazione europea.

Ben si comprende, pertanto, l'atteggiamento di (estrema) prudenza espresso da questa sentenza, che evita accuratamente di prendere posizione sulla natura della responsabilità di cui al d.lgs. 231/2001, limitandosi a riferire (al § 47 poc'anzi letteralmente citato) l'opinione del giudice del rinvio su tale questione, senza alcuna verifica in proprio circa la correttezza di tale esegesi, e rifuggendo - soprattutto - dall'approccio sostanzialistico che pure era stato suggerito dall'Avvocato generale.

La questione della sostanza della responsabilità "amministrativa" degli enti nel diritto italiano resta, con tutto ciò, quanto mai aperta, perché ad essere in gioco non è tanto il problema della tutela risarcitoria della vittima, quanto lo statuto garantistico di tale responsabilità nei riguardi dello stesso ente, al quale è a tutt'oggi dubbio se debbano o meno applicarsi le garanzie che la nostra Costituzione e le carte internazionali dei diritti umani (prime fra tutte, la CEDU e la Carta dei diritti fondamentali dell'UE) stabiliscono in materia di diritto e processo penale: legalità dei reati e delle pene in tutti i suoi corollari, personalità e colpevolezza, funzione rieducativa e proporzione della pena, presunzione di innocenza, giusto processo, doppio grado di giurisdizione, ne bis in idem, obbligatorietà dell'azione penale, etc. Ed è verosimile che una parola più netta, sul punto, possa presto venire dall'altra Corte europea, quella di Strasburgo, la quale è peraltro da tempo stabilmente orientata in favore di quell'approccio "sostanzialista" oggi prudentemente rifiutato dalla cugina Corte di Lussemburgo.

# 9. Rapporto fra giudizio civile risarcitorio e costituzione di parte civile in sede penale.

#### a cura dell'avv. Michele Grisafi

Un fatto produttivo di danno può rivestire una duplice valenza, in quanto può costituire, allo stesso tempo, sia un illecito civile che un illecito penale. Tale duplice valenza, innesca la problematica del rapporto tra il giudizio risarcitorio civile ed il processo penale.

La soluzione alla problematica può essere diversa a seconda che un ordinamento sposi l'indirizzo di stampo francese -della prevalenza del giudicato penale sul processo



civile- ovvero preferisca il modello anglo americano -dell'assoluta indipendenza dei due differenti processi-.

Per quanto riguarda l'orientamento del nostro sistema, il codice di procedura penale del 1930 era rigorosamente rivolto verso lo schema francese, avendo come principi informatori quello della unitarietà della giurisdizione, quello della preminenza del giudizio penale sul giudizio civile e quello dell'efficacia erga omnes della sentenza penale. In particolare, il principio dell'unità della giurisdizione rappresentava il cardine dell'intero sistema: il diritto ha lo scopo di dare certezza ai rapporti giuridici, per cui il bisogno di Giustizia non può essere soddisfatto da pronunce tra loro confliggenti, come nell'ipotesi in cui per il medesimo fatto un soggetto venga assolto dal giudice penale e invece condannato da quello civile. Pertanto, lo ius dicere, la giurisdizione, deve essere unica, perché unica, e non duplice, deve essere la Giustizia.

Il nuovo codice di procedura penale del 1988, anche influenzato dai ripetuti interventi della Corte Costituzionale che avevano minato nel corso degli anni il principio dell'unità della giurisdizione, non si è fatto carico di queste preoccupazioni, e ha aperto la strada alla possibilità che il giudizio penale e quello civile scorrano su due binari paralleli, concludendosi con giudicati contraddittori. La norma fondamentale della nuova disciplina relativa al rapporto tra giudizio civile e azione penale è stata introdotta attraverso l'art. 75 c.p.p., che sostanzialmente prevede tre ipotesi:

- 1. L'azione proposta davanti al giudice civile può essere trasferita nel processo penale fin tanto che in sede civile non sia stata pronunciata una sentenza di merito, anche non passata in giudicato; tale trasferimento comporta la rinuncia agli atti del giudizio civile
- 2. L'azione civile può proseguire in sede civile, se non viene trasferita in sede penale, ovvero se è iniziata quando non è più possibile la costituzione di parte civile
- 3. Se l'azione è proposta in sede civile nei confronti dell'imputato dopo la costituzione di parte civile nel processo penale o dopo la sentenza penale di primo grado, il giudizio civile deve essere sospeso fino alla pronuncia della sentenza definitiva.

Lo schema legislativo è stato poi completato con le norme di cui agli artt. 651, 652 e 654 c.p.p. che regolano l'efficacia della sentenza penale pronunciata a seguito di dibattimento. In particolare, per quanto riguarda il giudizio risarcitorio, gli artt. 651 e 652 c.p.p. introducono la possibilità di giungere a giudicati contraddittori, in quanto, ex art. 75 c.p.p., il giudizio civile e quello penale possono scorrere su due binari paralleli, ignorandosi vicendevolmente. Posto che, infatti, l'art. 651 c.p.p. stabilisce che la sentenza penale irrevocabile di condanna ha efficacia di giudicato nel giudizio risarcitorio pendente nei confronti del condannato e del responsabile civile citato o intervenuto nel processo penale, l'art. 652 c.p.p. ci dice che questa espansione del



giudicato non opera quando il giudizio penale si concluda, non con una sentenza di condanna, ma di assoluzione, e il danneggiato dal reato abbia esercitato l'azione in sede civile ai sensi dell'art. 75 II co. c.p.p. In questo secondo caso, quindi, la nuova disciplina permette al giudice civile di non essere vincolato dalla sentenza assolutoria pronunciata dal giudice penale.

Il sistema del doppio binario introdotto dalla nuova normativa, quindi, è andato a minare il principio dell'unità della giurisdizione che aveva permeato il nostro ordinamento. Il precedente codice evitava la possibilità di giudicati contraddittori anche attraverso il sistema della sospensione per pregiudizialità di uno dei due processi. Così, l'art. 295 c.p.c. prevedeva la sospensione necessaria del processo civile quando la sua decisione potesse essere influenzata dall'esito del processo penale. Il riformulato art. 295 c.p.c., invece, come risultante dalla novella introdotta nel 1990, dispone che il giudice sospenda il processo in ogni caso in cui egli stesso o altro giudice debba risolvere una controversia dalla cui decisione dipende la decisione della causa. La legge, pertanto, non fa più espresso riferimento alla pregiudiziale penale, col rimando all'art. 3 del vecchio codice di procedura penale, nonché alcun riferimento circa la natura civile o amministrativa della questione pregiudiziale, ma preferisce l'utilizzo di una formula onnicomprensiva.

In tale situazione normativa, quindi, tenuto conto che la pregiudizialità sussiste quando la risoluzione della controversia dalla quale dipende la soluzione della causa costituisce un vero e proprio antecedente logico giuridico per l'emananda sentenza, la sospensione necessaria del procedimento riguarda ipotesi residuali. In particolare, tenendo conto della ridotta influenza del giudicato penale nel giudizio civile, le situazioni di pregiudizialità si profilano limitatamente alle ipotesi espresse nel primo e nel terzo comma dell'art. 75 c.p.p. La sospensione necessaria deve essere quindi disposta quando sia già avvenuta la costituzione di parte civile nel processo penale, ovvero se la parte danneggiata attende di promuovere l'azione in sede civile dopo la pronuncia della sentenza penale di primo grado non passata in giudicato. Nel caso in cui, invece, l'azione civile venga esercitata in maniera autonoma ai sensi dell'art 75 II co. c.p.p., non si profila una vera e propria pregiudizialità, in quanto il giudizio civile è influenzabile da quello penale unicamente ai sensi dell'art. 651 c.p.p.

Se, pertanto, la sospensione necessaria del processo civile occupa oramai una posizione residuale nel rinnovato sistema, è pur vero che, secondo un orientamento giurisprudenziale e dottrinario, sussisterebbe comunque la possibilità per il giudice di applicare l'istituto della sospensione "facoltativa" del giudizio. E' stato sottolineato che, non solo il giudizio civile può pur sempre essere influenzato da quello penale ai sensi dell'art. 651 c.p.p in caso di sentenza penale irrevocabile di condanna, ma anche che alcune fattispecie concrete possono presentare caratteristiche tali da rendere



opportuna una sospensione del giudizio. Nonostante le modifiche apportate al processo penale e a quello civile, sono immutate le ragioni di fondo che legittimano e giustificano la sospensione del processo, proprio per evitare quella contraddittorietà di giudicati che vanno a minare l'essenza stessa della Giustizia; ragioni di fondo che d'altronde sono richiamate dall'art. 211 delle norme di attuazione e di coordinamento del vigente codice di procedura penale, ispirato alla finalità di prevenire contraddittorietà di giudicati. Numerose sentenze della Suprema Corte (Cassazione civile sez. II, 4 aprile 1997, n. 2905; Cass. Civ. sez. Unite, 19.02.97; Cass. Civ. 18.01.85 n. 129; Cass. Civ. 06.02.82 n. 707) hanno quindi sottolineato, da una parte che la sospensione del giudizio civile ex art. 295 c.p.c. e' necessaria solo quando la previa definizione di altra controversia civile, penale o amministrativa pendente davanti allo stesso o ad altro giudice sia imposta da una espressa disposizione di legge ovvero quando per il suo carattere pregiudiziale, costituisca l'indispensabile antecedente logico giuridico dal quale dipende la decisione della causa pregiudicata ed il cui accertamento sia richiesto con efficacia di giudicato; dall'altra che, al di fuori di questi presupposti, la sospensione cessa di essere necessaria e, quindi obbligatoria, ma il disporla o meno rientra pur sempre nel potere discrezionale del giudice di merito, potere insindacabile in sede di legittimità.

Dopo alcune oscillazioni, va però sottolineato che la più recente giurisprudenza di legittimità ha affermato che non vi è alcuno spazio per una sospensione «facoltativa» o «discrezionale» del processo, dovendosi escludere che il processo civile possa essere sospeso dal giudice al di fuori dei casi tassativi di sospensione legale. L'inammissibilità di una sospensione ope iudicis, fondata sulla discrezionalità del giudice di merito, comporta che è sempre impugnabile, ai sensi dell'articolo 42 del Cpc, ogni sospensione del processo, quale che ne sia la motivazione, e che il ricorso deve essere accolto ogni qualvolta non si sia in presenza di un caso di sospensione ex lege, non essendo ipotizzabile un tertium genus di sospensione oltre agli istituti della sospensione necessaria e di quella su istanza di parte (in tal senso, Cassazione, Sezioni Unite, ordinanza 1 ottobre 2003 n. 14670; Cassazione, ordinanza 25 luglio 2003 n. 11567; Cassazione, ordinanza 24 novembre 2006 n. 24946).

Con l'ordinanza del 28 gennaio 2005, n. 1813 la Suprema Corte ha così riassunto i termini della problematica: a) la sospensione c. d. facoltativa o discrezionale, non prevista dal codice di rito, ma ammessa dalla giurisprudenza (e da parte della dottrina) trovava il suo presupposto nella generale non autonoma impugnabilità, evidenziata anche dal provvedimento impugnato, delle ordinanze di sospensione, perciò incluse nel generale potare discrezionale del giudice di merito; b) la revisione degli artt. 295 e 42 c.p.c. ha mutato la disciplina della materia: che oggi muove dal presupposto che la sospensione si risolve in un diniego sia pure temporaneo di giustizia, perciò applicabile nei soli casi ed alle condizioni previsti dalla legge (art. 295 e 337 c.p.c., 75,



3° comma c.p.p.); di talché l'adozione di detto provvedimento al di fuori di queste ipotesi è impugnabile con il ricorso per regolamento di significativamente introdotto dal nuovo testo dell'art. 42 contro i soli provvedimenti che dichiarano la sospensione ai sensi dell'art. 295 e non anche di quelli che la negano; c) la nuova disciplina è, d'altra parte, ispirata all'abbandono dell'istituto della sospensione obbligatoria a favore di quello dell'autonomia di ciascun processo (perfino in relazione al nesso di pregiudizialità penale) e della piena cognizione da parte di ogni giudice delle questioni giuridiche di fatto rilevanti per la propria decisione; ed il disfavore nei confronti del fenomeno sospensivo è sottolineato anche dalla Corte Costituzionale, per cui detto istituto ormai si pone in contrasto sia con il canone della durata ragionevole del processo che la legge deve assicurare nel quadro del giusto processo ai sensi dell'art. 111 Costit., come modificato dalla legge costituzionale 3 del 2001, sia con l'analogo principio enunciato dall'art. 6 della Convenzione CEDU, da cui è derivata la recente L. 89 del 2001 in tema di durata irragionevole del processo; d) una volta esclusa la possibilità di sospensione facoltativa ope iudicis del giudizio, ne deriva come logico corollario la impugnabilità ai sensi del ricordato art. 42 di ogni provvedimento di sospensione del processo, quale che ne sia la motivazione, e che il ricorso deve essere accolto ogniqualvolta non si sia in presenza di un caso di sospensione ex lege.

Con ordinanza del 16 dicembre 2009 n. 26433, la Suprema Corte ha ribadito questo orientamento, sottolineando che nel quadro della disciplina di cui all'art 42 cod. proc. civ. - come novellato dalla Legge 26 novembre 1990, n. 353 - non vi e' piu' spazio per una discrezionale, e non sindacabile, facolta' di sospensione del processo, esercitabile dal giudice al di fuori dei casi tassativi di sospensione legale: "ove ammessa, infatti, una tale facolta' - oltre che inconciliabile con il disfavore nei confronti del fenomeno sospensivo, sotteso alla riforma del citato articolo 42 c.p.c. - si porrebbe in insanabile contrasto sia con il principio di eguaglianza (articolo 3 Cost.) e della tutela giurisdizionale (articolo 24 Cost.), sia con il canone della durata ragionevole, che la legge deve assicurare nel quadro del giusto processo ai sensi del nuovo articolo 111 Cost.. Dalla esclusione della configurabilita' di una sospensione facoltativa ope iudicis del giudizio, deriva sistematicamente, come logico corollario, la impugnabilita', ai sensi dell'articolo 42 cod. proc. civ., di ogni sospensione del processo, quale che ne sia la motivazione, e che il ricorso deve essere accolto ogni qualvolta non si sia in presenza di un caso di sospensione ex lege."

### Il reato di pericolo e il principio di offensività

I reati di pericolo. La difesa.

Modelli di atti difensivi., Novità normative., Topnews. Tutte le news in ordine di pubblicazione. I reati di pericolo. La difesa.



Prendiamo spunto da una recente Sentenza della Corte di Cassazione (in tema di terrorismo anche internazionale) per analizzare i c.d. reati di pericolo.

Per comprenderne in maniera corretta la disciplina e la natura occorre considerare che una condotta umana può essere considerata reato se effettivamente lede o pone in pericolo il bene giuridico che la norma penale è finalizzata a proteggere.

Immediato è l'esempio del reato di omicidio la cui funzione è – logicamente e giuridicamente – quella di proteggere la vita dei consociati. Dunque, il concetto stesso di reato è saldamente vincolato al principio di offensività secondo il quale il reato è tale solo ed in quanto ha un effettivo riflesso per la sicurezza e l'integrità di un bene giuridico (per bene giuridico si intende un aspetto della vita protetto dall'ordinamento). Diversamente – ovvero se la condotta/reato fosse repressa a prescindere dalla sua potenziale ed effettiva oltre che concreta lesività – anche le semplici intenzioni in difetto di qualsivolgia modificazione della realtà esterna potrebbero essere punite dall'ordinamento.

Il danno penale (o criminale), quindi, consiste nell'offesa del bene giuridico tutelato; offesa che può consistere:

- in una lesione ovvero in un nocumento effettivo del bene giuridico protetto;
- in una "messa in pericolo" del bene stesso che si concreta in un nocumento potenziale del bene che, di fatto, viene minacciato.

Quindi, a seconda dell'esito della condotta considerata reato (esito valutato, come detto, alla luce del bene giuridico tutelato) è possibile distinguere i reati:

- di danno nei quali vi è una lesione del bene giuridico che viene distrutto o diminuito;
- di pericolo nei quali basta che che il bene venga anche solo minacciato.

La categoria dei reati di pericolo è attualmente in continua espansione poichè il progresso tecnologico e la complessità, in generale, delle interazioni umane e degli interessi (anche confliggenti) dei consociati espone alcuni beni giuridici (anche e soprattutto di rilevanza costituzionale; si pensi alla vita, alla salute, alla liberta di pensiero) con sempre maggiore evidenza al pericolo di lesioni profonde e distruttive.

I reati di pericolo – dal punto di vista meramente sistematico ma con una rilevanza pratica assai accentuata in ambito difensivo – possono distinguersi in tre categorie (e, come detto, l'attribuzione ad una piuttosto che all'altra non è un mero esercizio di stile bensì la prima indicazione utile per una difesa effettiva):

1) i reati di perciolo concreto: il pericolo deve esistere effetivamente e provato "di volta in volta" dall'Accusa affinchè il Giudice condanni l'incolpato. La difesa in tali casi



dovrà indirizzarsi a contrastare l'accusa provando il difetto di concretezza del pericolo lamentato.

- 2) i reati di pericolo astratto: il pericolo si considera esistente a priori preso atto della natura del reato (ad esempio, il delitto di incendio di cosa altrui) ma l'accusato potrà difendersi provando al Giudice che in quella precisa fattispecie che lo ha visto coinvolto tale pericolo (che solitamente si realizza) non si è verificato.
- 3) i reati di pericolo presunto: in tale ipotesi l'esistenza del pericolo è "giuridicamente certa" e l'incolpato non potrà difendersi tentando di dimostrarne l'inesistenza ma, semmai, puntando a modificare/confutare altri aspetti della condotta/reato (è il caso, ad esempio, della detenzione illegale di armi: in tale caso l'ordinamento ritiene comunque pericolosa e, quindi, illegale la condotta e l'imputato non potrà difendersi provando di saper maneggiare le armi detenute senza permesso).

In tutti e tre i casi, pur trattandosi di reati di pericolo, bisogna sottolineare che il Legislatore non è venuto meno al c.d. principio di offensività e le condotte non sono punite in quanto tali ma, comunque, poichè potenzialmente lesive di beni giuridici rilevanti e tali da realizzare un pericolo concreto (o alla luce di una valutazione effettiva del caso concreto o alla stregua della comune esperienza).

Il collegamento tra antigiuridicità (ovvero punibilità in astratto) ed effettiva potenzialità lesiva è la garanzia che solo le condotte effettivamente atte a modificare la realtà esterna potranno essere considerate reato. La Corte di Cassazione (la Sezione VI^ penale) si è pronunciata recentemente ribadendo il concetto con una decisione (la n. 46308 del 12 luglio – 29 novembre 2012) in tema di terrorismo internazionale ex art. 270 bis c.p..

"il reato di cui all'art. 270 bis c.p. è un reato di pericolo, per la cui configurazione occorre, tuttavia, l'esistenza di una struttura organizzativa, anche elementare, che presenti un grado diffettività tale da rendere almeno possibile l'attuazione del progetto criminoso – quindi, NON è necessario che il progetto terroristico e/o eversivo si realizzi (reato di pericolo) ma che almeno ciò possa accadere (il pericolo deve esistere e non solo essere astratto) N.d.r. – e tale da giustificare la valutazione di pericolosità. Peraltro, veretendosi appunto in ipotesi di reato di pericolo, non è necessario che il programma di violenza con finalità di terrorismo sia realizzato o che qualcuno degli affiliati abbia dato inizio all'esecuzione del programma stesso, per esempio partendo per i territori di guerra".

(Il passo della Sentenza è pubblicato su "Guida al Diritto del 9 febbraio 2013 n. 7 pag. 66).

#### IL "FILO DI ARIANNA".



## DOLO SPECIFICO E PERICOLO NEL DIRITTO PENALE DELLA SICUREZZA

di Giuseppe Marino

SOMMARIO: 1. Dal peccato al reato: il pericolo come anima indefettibile del diritto penale del fatto. – 2. Il fine del reo: il polimorfo dolo specifico. – 2.1. Le funzioni del dolo specifico: una visione d'insieme. – 3. Dolo specifico di offesa ulteriore. – 4. Dolo specifico "differenziale". – 5. Dolo specifico e reati a consumazione anticipata. – 6. Dolo specifico di offesa. – 7. Dolo specifico e politica criminale dell'emergenza. – 8. Conclusioni: il pericolo come *trait d'union* delle fattispecie a dolo specifico.

Abstract. Il presente lavoro si propone di esaminare le plurime funzioni che l'elemento finalistico svolge nell'ambito della controversa categoria dei reati a dolo specifico, per taluninemmeno riconducibile ad unità dogmatica. Analizzando diverse fattispecie, rappresentative del polimorfismo funzionale dell'istituto, si tenterà di individuare il sottile filo che collega le varie facce del dolo specifico, esorcizzando il rischio, proprio delle istanze simboliche tipiche del diritto penale securitario, di applicazioni soggettivistiche. Ciò poiché in un diritto penale del fatto non sarebbe coerente a Costituzione sanzionare penalmente una mera intenzione. Occorre bensì in tutti i casi, financo quelli ove l'offesa insita nel fatto tipico appare rarefatta, ritrovare un'autentica dimensione lesiva, quantomeno nel grado minimo dell'esposizione a pericolo.

# 1. Dal peccato al reato: il pericolo come anima indefettibile del diritto penale del fatto.

La questione della legittimazione punitiva dello Stato accompagna da sempre la storia del diritto penale. Per quale ragione un fatto umano deve essere punito come reato1? A tale interrogativo non può darsi, per evidenti ragioni, una risposta generale e astratta: il reato si risolve in «un'entità giuridica storicamente condizionata2».

La fonte dello *ius puniendi* condiziona inevitabilmente presupposti e *quomodo* della misura sanzionatoria, e non è un caso che i periodi storici connotati da forti mutamenti di carattere sociale abbiano riproposto con vigore (anche) la questione dei fondamenti dogmatici di reato e pena3.

La filosofia del diritto criminale medievale e pre-illuministico4 ha trovato nella trascendente equazione "crimen" uguale "peccatum" la radice della potestà penale statale5.

Prima dell'avvento giusnaturalistico, il ritenuto fondamento *ultraterreno* del diritto penale determinava la necessità di reprimere il fatto offensivo del divino, concretabile anche nelle intenzioni o nei pensieri peccaminosi, oltre che nelle «parole, opere e omissioni». In altri termini, l'*iniuria* non consisteva in un *vulnus* rilevante sul piano *terreno*, incarnando tutto ciò che poteva essere considerato sacrilego, incluse le opinioni (apostasia ed eresia) e le personali inclinazioni (*crimen sodomiticum*), eleggendosi il *nemico* ad oggetto esclusivo della repressione penale6.

A presidio di tale impostazione, la pena era diretta all'intima espiazione7 dell'anima del reo, obiettivo perseguibile senza particolari limitazioni nelle modalità irrogative8,



come testimoniano, ad esempio, i tristemente celebri metodi dell'Inquisizione 9. In un tale contesto, a nulla poteva rilevare la distinzione tra i gradi dell'offesa: in un diritto penale dell'obbedienza il precetto incriminatore è ancorato all'inosservanza dell'obbligo più che alla prevenzione di una *iniuria* in senso materiale. Il quadro di riferimento muta sensibilmente con l'avvento dell'Illuminismo, recante il processo di secolarizzazione e laicizzazione del diritto penale. L'attività dei giusnaturalisti erode l'equiparazione tra reato e peccato, che viene progressivamente sostituita dalla più moderna concezione del delitto come fatto materialmente percepibile, dannoso o pericoloso per la società civile in senso lato 10: «*errarono coloro che credettero vera misura dei delitti l'intenzione di chi li commette* 1».

Con l'affermarsi del moderno modello di Stato e di diritto penale liberale mutano conseguentemente il fondamento della legittimazione del diritto criminale, le funzioni della pena e, appunto, la costruzione delle fattispecie di reato 12. Il passaggio definitivo da un diritto penale della volontà o, *recte*, dell'autore, al liberale diritto penale del fatto trova pertanto la sua acme con la diffusione del principio di offensività 13.

Emerge la suggestione per cui il diritto penale debba porsi a presidio di interessi determinati, eterogenei e "terreni", accantonandosi di conseguenza il convincimento di un supposto fondamento *metagiuridico* della potestà punitiva statale: il delitto viene propriamente concepito come entità *giuridica*14. Reato e peccato vengono precisamente distinti, attenendo il primo alla dimensione *sociale*, il secondo a quella strettamente *morale*. La pena non può avere funzione espiativa: non appartiene all'idea di un diritto penale laico l'interesse a redimere intimamente il reo; al più, esso può essere risocializzato, agendosi dall'esterno e non dall'interno, al fine di riequilibrare gli assetti comuni turbati dal fatto offensivo.

In questa prospettiva, l'*iniuria* assume necessariamente connotati pratici rilevanti, divenendo il perno centrale dell'incriminazione. Il dibattito, semmai, può riguardare l'oggetto specifico di tutela delle norme *in malam partem*, nonché il minimo grado di offesa idoneo a rendere rilevante il fatto ai fini dell'intervento penale.

Sotto il primo profilo, in chiave storica, può brevemente richiamarsi la ormai superata teorica del diritto penale posto a presidio di soli diritti soggettivi 15.

Contrapposta al reato-peccato, la concezione del delitto come violazione di diritti soggettivi ha senz'altro suggestionato il dibattito della dottrina penalistica italiana e tedesca tra il XVIII e il XIX secolo, recando con sé l'importante pregio di espungere ogni connotato di eticità dalla costruzione della fattispecie penale. Ciononostante, essa fu velocemente accantonata a vantaggio della più ampia nozione di bene giuridico; giustificare la sanzione penale soltanto a fronte della violazione di diritti rischiava, infatti, di limitare eccessivamente l'ambito dello *ius puniendi*, non potendosi ricomprendere fattispecie senz'altro meritevoli di pena, ma che, a rigore, non ledevano alcun diritto (si pensi ai delitti di falso o agli attentati).

D'altra parte, lo stesso Birnbaum, "padre" della categoria del bene giuridico, osservò come determinati interessi meritassero la tutela penale quantunque non

assurgessero a veri e propri diritti soggettivi; per altro verso, non è l'astratta categoria del diritto ad essere violata, bensì il suo oggetto: il *bene* ad esso sotteso 16.



Il secondo profilo essenziale del principio *nullum crimen sine iniuria* riguarda il grado di intensità dell'offesa al bene. Nel diritto penale del fatto, l'azione materiale del reo può, alternativamente, danneggiare o esporre a pericolo il bene giuridico. Il pericolo assurge così, almeno a livello di principio, a centro dogmatico di sistema nell'ambito del diritto penale incentrato sui *fatti* di reato.

Le fattispecie di danno nel sistema del codice del 1930 consistono in ipotesi tipiche, ben individuate. In tali casi il legislatore tutela la lesione effettiva del bene attraverso condotte che possono o meno essere vincolate, dal punto di vista della tecnica di formulazione della fattispecie.

Beninteso, anche le fattispecie di pericolo sono tassative, in ossequio al carattere frammentario del diritto penale. L'ordinamento conosce tuttavia una figura di carattere generale, idonea ad anticipare la soglia dell'intervento penale al pericolo concreto, con effetti costitutivi di punibilità: si fa ovviamente riferimento alla clausola di incriminazione suppletiva costituita dall'art. 56 c.p., in materia di delitto tentato17. In contrapposizione alla lesione effettiva nei reati di danno, il pericolo determina un *vulnus* meramente potenziale al bene giuridico. Anche in questi casi, pertanto, il fatto non è punito in quanto estrinsecante una *volontà colpevole*, bensì poiché il danno al bene è stato possibile, probabile, verosimile. Si tratterà poi di verificare in che rapporto si pongano la condotta del reo e la verificatasi situazione di rischio.

Nell'ambito di un simile quadro dogmatico viene spontaneo interrogarsi sulla collocazione sistematica di istituti che, quantomeno all'apparenza, si ricollegano più o meno direttamente a forme late di soggettivismo punitivo 18, attribuendo rilevanza penale alle intenzioni del reo.

Peculiarmente rilevante in tal senso è la categoria del dolo specifico19, nella quale confluiscono tendenzialmente le ipotesi di rilevanza penale del finalismo del reo.

La manualistica definisce il dolo specifico come una figura di creazione squisitamente legislativa20. Esso ricorre in tutti quei casi in cui la legge richiede, nella

norma incriminatrice, un espresso elemento di natura soggettiva, ovvero una particolare finalità in vista della quale l'agente abbia commesso il fatto. Ai fini della punibilità non è necessario che lo scopo sia stato raggiunto.

La nota classica del dolo specifico, pertanto, è costituita dal fatto che, a dispetto del *nomen*, esso non costituisce il riflesso psicologico di un elemento materiale del reato, ma rileva di per sé, nella sua mera consistenza soggettiva21.

Il confine tra il non offendere e il non volere è in tali casi piuttosto sottile.

Specialmente nei reati in cui la finalità assume rilevanza centrale nel corpo della fattispecie, la tenuta della centralità del pericolo nel diritto penale del fatto va appurata al netto delle applicazioni ermeneutiche. La questione, d'altra parte, è decisamente complicata da taluni *retrotopici*22 interventi del legislatore penale, che strumentalizza talvolta l'elemento finalistico per incentrare sulla personalità del reo l'intero disvalore della fattispecie, mantenendo in qualche modo una linea di continuità con la tradizione pre-illuministica.



Occorre pertanto vagliare le eterogenee ipotesi di reati a dolo specifico previste nell'ordinamento italiano al fine di verificare se queste ultime siano effettivamente riconducibili ad una "categoria" e, in caso di risposta positiva al quesito, individuare il *filo* che consenta di orientarsi, alla luce del principio *cogitationis poenam nemo patitur*, all'interno del *labirinto* normativo costituito dalle fattispecie di riferimento.

## 2. Il fine del reo: il polimorfo dolo specifico.

Il dolo specifico è una categoria giuridicamente controversa.

Non è questa la sede per poter ripercorrere la travagliata genesi dell'istituto nella dogmatica penalistica23. Occorre tuttavia osservare come già la stessa collocazione dello *scopo* dell'agente nella teoria generale del reato sia stata tradizionalmente dibattuta.

In disparte le risalenti opinioni volte a ricondurre il dolo specifico nell'ambito dell'antigiuridicità 24, il *nomen* ereditato dall'istituto evidenzia gli approdi formalmente univoci cui è pervenuta la tradizione penalistica italiana. A riguardo, è piuttosto diffuso, in dottrina come in giurisprudenza, il convincimento per cui il dolo specifico costituirebbe una specie di dolo, riconducibile pertanto nell'alveo della *colpevolezza* 25.

Non mancano tuttavia, anche nella dottrina più recente, voci intese a collocare l'istituto nell'ambito della tipicità, postulandosi la necessaria oggettivizzazione del dolo specifico, alternativamente, nei mezzi o nei risultati del reato26.

Le aporie nominalistiche27 connotano di incertezza il dibattito sull'istituto, specialmente allorquando si tratti di disquisirne di *ratio* e funzione.

L'eterogeneità strutturale e funzionale delle ipotesi di dolo specifico legittima seri dubbi in ordine alla reale consistenza dogmatica della categoria, all'apparenza una scatola vuota priva di riscontri pratici. La *reductio ad unum* delle fattispecie a dolo specifico consisterebbe, in sostanza, in un discutibile approccio, ossequioso rispetto alla tradizione dottrinale 28, ma privo di reale consistenza teorica.

È proprio valorizzando la differenza tra fini leciti e illeciti che le moderne teorie oggettivistiche sul dolo specifico sono giunte a tali traguardi interpretativi, mosse dall'esigenza di osservare i crismi di materialità ed offensività: stando alle premesse del diritto penale del fatto, il carico offensivo sanzionato deve, a rigore, pur sempre risiedere in un'azione materialmente percepibile, nonché lesiva, almeno potenzialmente, di un bene.

In questo senso, a livello metodologico, l'induzione si rivela di efficace ausilio: non può prescindersi dalla correlazione tra parte generale e parte speciale, accomunando le fattispecie rilevanti in *sub-categorie*.

Al di là delle definizioni ricorrenti nella manualistica classica, d'altra parte, lo scopo perseguito prende vita e assume connotati funzionalmente diversi in relazione, potenzialmente, ad ogni fattispecie incriminatrice in cui lo stesso viene in rilievo.

Il dolo specifico si atteggia quindi alla stregua del bambino freudiano, *perverso* polimorfo poiché con forme e funzioni diverse è strumento che pone l'accento su un'intima volizione del reo, in misura più o meno intensa a seconda dei casi.



Non tutte le fattispecie a dolo specifico, pertanto, sono ugualmente "allarmanti" in punto di necessaria lesività 29.

Com'è ovvio, tuttavia, l'incriminazione di finalità specifiche ben può prestare il fianco a strumentalizzazioni sia politico-criminali che pratico-processuali. Ed infatti, le tensioni tra dolo specifico e principio di offensività vengono senz'altro accentuate dall'atteggiamento del legislatore "emotivo" che, nell'ambito dei delicati settori nei quali la sicurezza ha acquisito un autonomo status di bene giuridicamente rilevante, sempre più spesso utilizza l'istituto come strumento di anticipazione30, valorizzandone l'attitudine e la funzione più strettamente incriminatrice. Lo scopo del reo diventa così perno della fattispecie, colorando di cupo soggettivismo un ordinamento penale che, a livello di principio31, è diretto a sanzionare fatti e non autori in quanto tali32.

Se l'elemento finalistico si atteggia in misura decisamente poliedrica, appare legittimo domandarsi se più che di "dolo specifico" non debba piuttosto parlarsi di "doli specifici": l'unicità del *nomen* non sembra infatti idonea a rispecchiare la complessità di tale categoria.

## 2.1. Le funzioni del dolo specifico: una visione d'insieme.

Il dibattito sulla funzione dell'elemento finalistico è piuttosto risalente 33 e ha continuato a destare, anche in tempi recenti, l'interesse della dottrina, la quale continua a considerare il dolo specifico un istituto funzionalmente polimorfo 34. Sono state pertanto elaborate varie classificazioni, per lo più dirette a vagliare la tenuta 35 dei reati a dolo specifico al cospetto del principio di necessaria lesività.

Nella manualistica è senz'altro diffusa, ad esempio, la dicotomia delle fattispecie a dolo specifico riguardo alla funzione restrittiva o costitutiva della punibilità36.

Altri autori 37 hanno messo in evidenza come talora il legislatore utilizzi il dolo specifico, con rilevanti effetti di disciplina, nell'ambito dei reati a consumazione anticipata.

In ulteriori ipotesi la specifica finalità dell'agente serve a mutare il titolo del reato contestato, a costituire un reato in forma aggravata38 ovvero, ancora, a distinguere tra più ipotesi delittuose 39.

Più di rado, invero, ci si concentra sulla ricerca di un minimo comun denominatore tra tali fattispecie, per chiarirne, eventualmente, fondamento e tratti di disciplina unitari40, ovvero per appurarne la reale rilevanza dogmatica 41.

È proprio in tal senso che si sono dirette le principali obiezioni alla categoria del dolo specifico, se ricostruita nel tentativo di rendere omogenee ipotesi necessariamente eterogenee. Nell'opinione di autorevole dottrina, le tradizionali fattispecie a dolo specifico non sarebbero altro che il frutto di una peculiare tecnica di normazione, che «si avvale della indicazione di un fine diverso da quello espresso dalla condotta per qualificare e caratterizzare la condotta stessa42». Seguendo tale ricostruzione, pertanto, sarebbe inopportuno considerare i reati a dolo specifico categoria unitaria, ed il *nomen iuris* dell'istituto si riconfermerebbe improprio a sua volta, non



rappresentando il *dolo* specifico la proiezione soggettiva di un elemento oggettivo43, bensì il risultato di una mera e peculiare tecnica di formulazione della fattispecie.

Occorre allora esaminare singolarmente le possibili funzioni dell'elemento finalistico per verificare la reale portata della categoria, nella particolare prospettiva dell'oggettivismo punitivo e del principio di offensività.

Solo all'esito di tale percorso sarà possibile individuare, se esistente, un filo di conduzione tra le diverse fattispecie a dolo specifico. Ancora, potranno così esaminarsi le "nuove" criticità in punto di elemento finalistico, specialmente nell'ambito di un ordinamento, il nostro, ove negli ultimi anni sempre maggiori tendenze simbolistiche hanno spinto il legislatore verso allarmanti derive securitarie, accentuate dal marcato utilizzo del dolo specifico con funzione di politica criminale.

## 3. Dolo specifico di offesa ulteriore.

Il viaggio tra le labirintiche mura delle funzioni del dolo specifico prende le mosse da una prima serie di fattispecie tradizionalmente non suscitanti particolare allarme sotto il profilo della necessaria lesività: si fa riferimento ai c.d. reati a dolo specifico di *ulteriore offesa* 44.

In queste previsioni la condotta cui la finalità accede è già, certamente, pregna di un autonomo grado di disvalore: l'offesa rappresentata dal dolo specifico è proprio in tal senso *ulteriore*.

Per tale motivo, la definizione che più si attaglia a tali fattispecie è quella di reati a dolo specifico con *condotta tipica pregnante*: a rigore, invero, l'offesa si realizza prevalentemente sul piano dell'azione. L'elemento finalistico limita l'ambito di applicazione della norma penale; si parla, in tal senso, di funzione selettiva del dolo specifico.

Nell'ambito di tali ipotesi occorre, invero, operare una successiva distinzione, in base alla carica di disvalore rappresentata dall'elemento finalistico. In tutta una prima serie di casi, lo scopo perseguito dall'agente è neutro, in quanto sostanzialmente indifferente per l'ordinamento: si pensi al fine di trarre profitto nel delitto di furto.

L'offesa si realizza in virtù della proiezione al fine della condotta, pregnante in quanto vincolata, e portata a conclusione attraverso specifiche modalità di azione che determinano l'*iniuria* al bene: così, ad esempio, il furto dev'essere realizzato attraverso l'impossessamento della cosa mobile altrui mediante sottrazione. Il fine di trarre profitto, in questo senso, potrebbe in astratto anche non essere previsto, giacché una limitazione, postuma, dell'ambito applicativo della disposizione si potrebbe ipoteticamente attuare per il tramite del canone ermeneutico dell'offensività in concreto 45.

Tale impostazione appare coerente con la tesi, invero minoritaria, che enfatizza la mancata qualificazione del profitto da parte dell'art. 624 c.p. come *ingiusto*46, rifiutando l'idea che l'illiceità dello stesso sia elemento implicito della fattispecie. Secondo tale prospettiva, la condotta tipizzata incentrerebbe già in sé l'intero disvalore penalmente rilevante, e l'azione lesiva non richiederebbe un connotato ulteriore in termini propri di offensività, peraltro non esplicitato dalla disposizione.



Considerando il profitto-scopo come non necessariamente illecito, con tutta evidenza la funzione "riduttiva" del dolo specifico viene fortemente ridimensionata: sono punibili ex art. 624 c.p. tutte quelle condotte di sottrazione che non siano dirette ad ottenere un profitto, financo lecito. In altri termini, è già la rilevanza offensiva della condotta posta in essere dall'agente, senz'altro connotata a livello obiettivo dal nesso teleologico della direzione al profitto, a "selezionare" le condotte punibili. È proprio la sottrazione del bene altrui con tali modalità attuative a determinare l'offesa al patrimonio della vittima. Tale proiezione finalistica, in questo senso, riduce lo spettro di rilevanza della fattispecie astratta, non diversamente dagli elementi costitutivi della condotta negli altri reati a forma vincolata.

L'opposta tesi della necessaria ingiustizia del profitto, autorevolmente sostenuta in dottrina, parte dal presupposto che non sarebbe equo punire delle condotte caratterizzate da una proiezione *volontaristica* diretta a un risultato tutelato dall'ordinamento: il profitto perseguito dall'agente, pertanto, dovrebbe implicitamente ritenersi ingiusto affinché punibile. In tale direzione emerge in modo cristallino il senso del tradizionale riferimento alla funzione *selettiva* del dolo specifico. Sarà incriminabile il reo che abbia voluto perseguire, attraverso la propria condotta illecita, un fine a sua volta illecito. In caso contrario, l'agente potrebbe semmai, laddove ne ricorrano i presupposti, essere incriminato per esercizio arbitrario delle proprie ragioni *ex* artt. 392 e 393 del codice penale47.

Tale ricostruzione tuttavia, ponendo l'accento sull'essenza della volontà dell'agente, rischia di ricondurre surrettiziamente l'elemento finalistico su piani soggettivistici, senz'altro da rigettare allorquando è sul fine illecito che si concentri

l'intero disvalore della fattispecie. In altre ipotesi, invece, oltre alla condotta base, anche il fine è espressivo in modo esplicito di un autonomo grado di disvalore.

In tali casi l'elemento finalistico vincola in misura ancora maggiore l'interprete.

Si pensi ai delitti contro il patrimonio in cui si richiede la finalità del reo di captare un profitto *ingiusto* (ad esempio, in materia di appropriazione indebita). Queste fattispecie richiedono al giudice di accertare non solo, in una "prima" fase, che la condotta si sia verificata nelle modalità vincolate *ex lege*, bensì anche che la stessa sia diretta ad uno scopo a sua volta pregnante ed offensivo.

La combinazione tra condotta illecita e fine illegittimo determina, come precipitato della tecnica di normazione utilizzata, un ambito applicativo ridimensionato, in quanto l'offesa al bene giuridico va desunta non solo dalla condotta base, bensì, anche, dalla sua oggettiva direzione ad un risultato a sua volta illegittimo.

Da ultimo, ed in una prospettiva più marcatamente storico-comparatistica, occorre accennare alla dottrina teorizzante la categoria dei reati a dolo specifico *Implicito* 48. Secondo tale impostazione, oltre alle ipotesi in cui l'elemento finalistico è espresso, il dolo specifico sarebbe ravvisabile in tutte quelle fattispecie nelle quali l'elemento intenzionale sia comunque connotato da *specialità*, ovvero quando il fine, pur non esplicitato, sia ricavabile dalla lettera della norma, dal suo confronto con altre fattispecie o sulla base di un'interpretazione sistematica49.

A voler ritenere ammissibile la categoria del dolo implicitamente specifico, anche



in tali fattispecie la funzione del sottinteso "fine" sarebbe selettiva, restringendo di fatto l'ambito applicativo della fattispecie astratta: a livello ermeneutico, al giudice si richiederebbe di accertare un elemento ulteriore, non espressamente menzionato dalla disposizione. Ciò, ovviamente, a patto di esaminare il fine dell'agente dall'angolo prospettico del diritto penale del fatto.

Tali conclusioni appaiono meno scontate laddove si consideri realmente il dolo specifico come mera proiezione psicologica e ci si accontenti, sul piano probatorio, di accertare l'intento ulteriore dell'agente. In tal modo, infatti, si rischierebbe di attribuire al fine la stessa funzione costitutiva dell'antigiuridicità del fatto50.

In definitiva, in tutte le ipotesi suesposte, la finalità del reo vale a incrementare l'offesa al bene giuridico, traducendosi in ogni caso in elemento di rilevanza penale del fatto tipico: tale prospettiva appare invero l'unica in grado di riportare ad unità la categoria dei reati a dolo specifico.

## 4. Dolo specifico "differenziale".

In alcuni casi il finalismo assume connotati accessori, rilevando come circostanza aggravante. A titolo di esempio, si pensi, nell'ambito del reato di *stato di incapacità procurato mediante violenza* l'aggravante posta a carico di chi abbia agito al fine di far commettere un reato (art. 613, n. 1, c.p.).

In dottrina 51 si è poi rilevato come talora «lo scopo distingu [a] una figura delittuosa da un'altra. Così la demolizione di un muro di confine costituisce esercizio arbitrario delle proprie ragioni se commessa col fine di esercitare un diritto, mentre è danneggiamento [...] ove sia compiuta semplicemente per recare un danno».

Ancora, il dolo specifico è talvolta idoneo a mutare il titolo della fattispecie, come nell'emblematica disciplina in materia di sequestro52.

Dalla fattispecie base di cui all'art. 605 c.p. si differenziano delle ipotesi specifiche, sulla base della peculiare finalità perseguita dal reo. Così, se il sequestro è compiuto a scopo di estorsione, troverà applicazione l'art. 630 c.p.; se è eseguito a scopo di terrorismo o eversione, la disposizione che viene in rilievo è l'art. 289 bis del codice penale.

Le ipotesi riferite possono unitariamente ricondursi alla categoria del dolo specifico "differenziale", in cui la finalità perseguita giustifica un trattamento sanzionatorio più grave. Ciò ha certamente sollevato perplessità, ancora una volta con riferimento al principio di offensività53.

La conformità a Costituzione di tali ipotesi è stata in dottrina confermata, purché «da un lato, il fatto oggettivo sia dotato di un suo contenuto di disvalore e che, dall'altro, il maggior rigore sanzionatorio non sia tanto eccessivo e sproporzionato da rivelare che il disvalore del reato si concentra in realtà nel solo dolo specifico54».

A rigore, tuttavia, il mero esame in ordine al *quantum* sanzionatorio non dovrebbe essere idoneo a rilevare un eventuale *vulnus* del crisma di offensività.

La costruzione della fattispecie astratta più grave in termini di dolo specifico differenziale può non destare particolari preoccupazioni ove si consideri, come si vedrà appresso, che il nostro sistema conosce ipotesi ben più allarmanti, nelle quali la finalità



illecita vale a rendere penalmente rilevanti condotte base in sé neutre, contaminandole.

Sul piano concreto, tuttavia, una più stretta adesione al principio di necessaria lesività impone – pena, la deriva verso forme late di *Gesinnungsstrafrecht55* – che la sanzione venga ricollegata alla tipicità obiettiva, e che la dimensione intima o meramente personale del reo non possa costituire, finanche in termini di aggravamento, oggetto di attenzione del diritto penale.

In altri termini, occorrerà pur sempre riportare l'elemento "fine" sul piano del diritto penale del *fatto*, rispettandone i termini minimi.

A tali fini "oggettivizzanti", sul piano ermeneutico, non a caso si è fatto riferimento alla struttura del paradigma generale di anticipazione offerto dall'art. 56 del codice penale56.

La direzione della condotta base al fine illecito dev'essere pertanto desumibile dalla portata di *idoneità* ed *univocità* degli atti posti in essere57. Diversamente opinando il rischio di sanzionare esclusivamente un proposito rimasto nella sfera intima del soggetto, ovvero esternato mediante azioni assolutamente inidonee o equivoche al raggiungimento dello scopo, sarebbe palese.

Non sarebbe ragionevole, in sostanza, punire un atto a patto che lo stesso sia concretamente offensivo, accontentandosi poi, per quanto riguarda i fini, di scivolare verso piani soggettivistici. È proprio con riferimento alle finalità illecite, pertanto, che l'attività interpretativa, in assenza di chiare indicazioni normative, deve impegnarsi per sopperire le possibili carenze di offensività concreta.

Aderendo a tale impostazione, di conseguenza, nelle ipotesi in cui il fine aggrava il titolo di reato, la condotta è quindi, a sua volta, idealmente scomponibile in una fattispecie consumata, cui accede una fattispecie tentata, costituita dall'oggetto del dolo specifico. Portando alle estreme conseguenze tale ricostruzione, non dovrebbe ammettersi l'incriminazione di tali ipotesi di reato a titolo di tentativo58: se così fosse, la soglia della punibilità arretrerebbe in modo inaccettabile, sanzionandosi invero un autentico tentativo di tentativo; in altri termini, non si sanzionerebbe un pericolo di danno, bensì un pericolo di pericolo.

Tornando all'esempio in materia di sequestro, laddove l'agente, senza portare a termine la sua condotta, ponga in essere atti idonei e diretti in modo non equivoco a sequestrare, perseguendo intimamente una finalità estorsiva o eversiva, a rigore egli dovrebbe rispondere, al più, di un tentativo di sequestro in forma base. Ciò poiché il bene giuridico ulteriormente protetto dalla disposizione che incrimina lo scopo estorsivo o eversivo non è stato idoneamente e univocamente esposto a pericolo per determinare una più grave sanzione penale.

Analogamente, se il sequestro si è consumato, ma la finalità illecita viene peseguita attraverso atti inidonei o inequivoci59, tali quindi da non manifestare la proiezione della condotta verso la finalità vietata dalla legge, il reo, a rigore, dovrà rispondere esclusivamente ai sensi dell'art. 605 c.p., nella forma consumata.



Sotto il profilo dell'offensività, tale ricostruzione è in grado di anestetizzare le preoccupazioni derivanti dall'utilizzo del dolo specifico in funzione *lato sensu* incriminatrice. Occorre tuttavia ribadire come l'interpretazione correttiva non sia sempre salvifica, trattandosi pur sempre di una delicatissima attività ermeneutica.

I profili problematici del dolo specifico differenziale vengono d'altra parte esaltati con riferimento a fattispecie di reato peculiari, ove la stigmatizzazione del fine quale indice di pericolosità dell'autore-nemico, risulta evidente. Si pensi alla fattispecie di pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili60, ipotesi speciale di lesioni,

connotata naturalmente di forti significati simbolici.

Con riguardo, in particolare, all'ipotesi prevista dal secondo comma di cui all'art. 583 bis c.p., il "fine di menomare le funzioni sessuali" accentua ulteriormente il ruolo simbolico61 della fattispecie, introdotta con lo scopo di attuare gli impegni assunti in materia in ambito internazionale. La prova del nove della concezione oggettivistica del dolo specifico, legata a doppio filo con la struttura del delitto tentato, può quindi essere ottimamente rappresentata dalle applicazioni giurisprudenziali in materia, ove il fine illecito è anche particolarmente disapprovato sotto il profilo etico-morale.

Nelle prime ed invero esigue pronunce sulla fattispecie, che non appare certamente in grado di congestionare le aule penali dei nostri tribunali, si possono tuttavia leggere gli allarmanti effetti della combinazione tra simbolismo penale e incriminazione del finalismo illecito. La casistica ci consegna pertanto, come ora vedremo, pronunce nelle quali si ritiene che ai fini dell'irrogazione della sanzione di cui all'art. 583-bis, secondo comma, c.p., sia sufficiente fornire prova della finalità con cui l'agente ha compiuto l'azione e a prescindere dalla reale idoneità della stessa a pregiudicare le funzioni sessuali della vittima.

Nell'ambito dell'atroce fenomeno delle mutilazioni genitali femminili, in giurisprudenza ci si è chiesti ad esempio se potesse integrare la fattispecie di cui all'art. 583-bis c.p. la pratica della c.d. aruè, tipica dalla popolazione degli Edo-Bini, consistente in un'incisione superficiale sulla faccia antero-superiore del clitoride.

La nota sentenza di merito62 che si è occupata della questione ha chiarito che «la pratica in questione, nel gruppo etnico degli Edo-bini, limitata ad una piccola incisione sulla faccia anteriore del clitoride, [...] ha la finalità di riconoscere il nuovo nato come appartenente al proprio gruppo, esulando dalla stessa ogni finalità di controllo sessuale63».

Dalla lesione occorre che fuoriesca del sangue, in quanto la pratica dell'aruè è funzionale alla catarsi, ma la stessa non è fondamentalmente preordinata a pregiudicare la sensibilità o le funzioni sessuali dell'organo genitale: nella pronuncia di riferimento si legge financo che «non vi sia prova certa di un effettivo indebolimento della funzione clitoridea».

Nonostante tali osservazioni, si è argomentato nel senso che «il fatto che in concreto quell'incisione, così come in uso nella cultura degli Edo-bini, non conduca magari ad un'effettiva limitazione della sessualità della donna non fa venire meno la tipicità e l'offensività del reato perché, come detto, nell'ipotesi di cui al 2° comma dell'art. 583-bis c.p., è sufficiente il dolo specifico e non l'effettiva limitazione sessuale64».



La funzione simbolica del rito è stata ritenuta sufficiente a ricavare la prova dell'intima finalità di compromissione delle funzioni sessuali, sebbene non sia stato accertato a livello processuale che tale bene, tutelato appositamente dalla disposizione, abbia corso un concreto pericolo. In altri termini, si è impostata la questione dal punto di vista squisitamente psicologico, peraltro ricavando il fine illecito in base a presunzioni che appaiono invero apodittiche.

Tale pronuncia sembra rilevante non tanto sotto i profili applicativi, considerato, tra l'altro, il fatto che il giudice di seconda istanza abbia prontamente provveduto a riformarla con peculiare considerazione riguardo alla motivazione in merito al dolo specifico65. Essa vale, piuttosto, ad ammonire gli operatori del diritto con riferimento alle insidie rappresentate dalla poca stabilità offerta delle soluzioni *correttive* adottate sul piano ermeneutico, facilmente aggirabili *contra reum*.

Sarebbe il caso, sicuramente, di limitare il ricorso legislativo all'elemento finalistico in chiave *simbolica*, quantomeno finché il dolo specifico continuerà ad essere utilizzato come panacea dalla carenza processuale di elementi probatori di carattere Fattuale 66.

### 5. Dolo specifico e reati a consumazione anticipata.

Nei reati a consumazione anticipata si appalesa la funzione, appunto, anticipatoria del dolo specifico. La struttura di tali fattispecie riproduce la sequenza logico-cronologica tra tentativo e consumazione: il legislatore punisce come delitto consumato un fatto che potrebbe rilevare, comunque, *ex* art. 56 c.p. rispetto a un'altra fattispecie di danno.

Si pensi, a titolo di esempio, al fraudolento danneggiamento dei beni assicurati e mutilazione fraudolenta della propria persona di cui all'art. 642 c.p.: l'esposizione a pericolo del bene giuridico tutelato 67 diviene oggetto di previsione autonoma, sottraendo la fattispecie all'ambito di applicazione del tentativo; si attribuisce in sostanza «carattere di delitto di pericolo perfetto alla creazione di un artificio, anche prima che venga usato. Se si consegue l'intento, il delitto diventa di danno 68».

In queste ipotesi, la costituzione di un'autonoma fattispecie di reato rappresenta senza dubbio una presa di posizione, tipicamente simbolica, a livello di politica criminale69. Come si è rilevato70, infatti, tali fattispecie raggiungono il medesimo risultato ottenibile attraverso la consueta operatività dell'art. 56 del codice, senza nulla aggiungere, a livello costitutivo, al panorama di norme incriminatrici già conosciute a livello di sistema.

Anche laddove la norma incriminatrice non preveda il requisito dell'idoneità della condotta attuata al raggiungimento del fine, ipotizzare che la sola *direzione* dell'azione a conseguire lo scopo, prescindendo da un autonomo giudizio di causabilità in termini di pericolo concreto, possa costituire un'*iniuria*, tradirebbe evidenti logiche soggettivistiche.

La scelta del legislatore di costituire reati a consumazione anticipata sembrerebbe piuttosto prestare il fianco a obiezioni sotto il profilo dell'opportunità. Essa potrebbe apparire *pericolosa*, laddove si dovessero avversare le tendenze espansive del diritto penale ipertrofico71; o altrimenti *inutile*, considerato che tali previsioni non



colmerebbero alcun vuoto di tutela, andandosi piuttosto a sovrapporre con altre fattispecie.

In realtà, l'anticipazione della consumazione per il tramite del dolo specifico non si rivela mai legislativamente "inutile", e proprio per tale ragione può apparire talvolta "pericolosa".

Si considerino in prima istanza le ipotesi in cui lo scopo estremizza l'anticipazione della soglia di rilevanza penale del fatto, per incriminare zone per così dire "grigie", rispetto alle quali l'astratta configurabilità del tentativo potrebbe essere dubbia. L'elevazione di atti prodromici ad autonome fattispecie può inoltre servire, in deroga al principio di cui all'art. 115 c.p., a sanzionare con pena fatti che, altrimenti, non rileverebbero se non come quasi-reati, ai fini dell'applicazione di misure di sicurezza. Optare per la costituzione di un reato a consumazione anticipata, inoltre, determina sempre conseguenze in punto di disciplina. In tal modo può infatti determinarsi un nuovo intervallo edittale, derogando all'ordinario quantum sanzionatorio stabilito in materia di tentativo.

Ciò si appalesa in modo particolare laddove il dolo specifico è utilizzato come strumento di anticipazione estrema, ipotesi nelle quali l'evento di danno, penalmente rilevante, è presidiato da un'ampia schiera di reati di pericolo incriminanti atti preparatori. Talvolta, peraltro, in tali disposizioni non sempre la cornice edittale viene parametrata in modo adeguato, dando vita a dei veri e propri cortocircuiti sistematici per i quali fattispecie più remote rispetto all'evento dannoso vengono punite in egual o maggior misura rispetto a condotte che si pongono in momenti ad esse cronologicamente successivi.

L'esempio è offerto dal complesso quadro creatosi, in materia di terrorismo (artt. 270 bis e ss.) a seguito della massiccia introduzione di fattispecie a consumazione anticipata, destinate indubbiamente a interferire tra loro: i dubbi applicativi non sempre vengono dissipati dalle numerose clausole di riserva ivi prescritte72. potrebbe essere punito comunque a titolo di tentativo, attraverso il combinato disposto dell'art. 56 c.p. con la norma incriminatrice del (l'unico) delitto che fosse previsto dalla legge in termini di danno».

Si ponga l'attenzione ai rapporti tra le fattispecie di arruolamento ed organizzazione di viaggi con finalità di terrorismo di cui agli artt. 270-quater e 270- quater.1 del codice penale. L'organizzazione del viaggio si realizza, logicamente, in un momento necessariamente successivo all'arruolamento, determinando un'esposizione a pericolo più intensa del bene giuridico tutelato.

Considerato tuttavia che l'arruolamento è punito più gravemente dell'organizzazione del trasferimento, tale opzione politico-criminale, figlia dell'esigenza di attuare gli obblighi assunti a livello internazionale in materia, appare piuttosto irragionevole nonché foriera di incertezze a livello applicativo, e pertanto di dubbia opportunità giuridica.

Emerge, ancora una volta, quanto possa mostrarsi strumentalizzabile l'istituto del dolo specifico. Peraltro, la costituzione di autonome fattispecie a consumazione



anticipata pone l'ulteriore problema dell'applicabilità delle disposizioni sulla desistenza volontaria e, in particolar modo, sul recesso attivo, di cui ai commi 3 e 4 dell'art. 56 del codice.

La soluzione positiva, sostenuta da autorevoli opinioni in dottrina 73, troverebbe un appiglio nell'art 308 c.p. 74, norma di favore inserita nella disciplina dei delitti contro la personalità dello Stato che prevede che, nei casi di cui agli artt. 304, 305 e 307 c.p. (i primi due, in particolare, reati a dolo specifico 75 prodromici alla realizzazione di uno dei delitti di cui all'art. 302 c.p.), non sono punibili coloro i quali, prima che sia commesso il delitto-scopo, per cui si è concluso l'accordo o si è costituita l'associazione, disciolgono l'associazione o recedono dall'accordo, ovvero impediscono comunque che sia compiuta l'esecuzione del delitto.

La norma prevedrebbe in sostanza delle ipotesi speciali di desistenza volontaria e di recesso attivo; in deroga al trattamento generale previsto per il ravvedimento operoso, l'art. 308 c.p. sancisce la non punibilità, e non la mera attenuazione di responsabilità. Sarebbe evidente, pertanto, che – in assenza di puntuale eccezione – a questi casi si dovrebbero applicare le generali norme in materia di desistenza e recesso, altrimenti la scelta legislativa apparirebbe illogica.

Tale soluzione non appare tuttavia incontrovertibile, laddove si ritenga insussistente il presupposto basilare per ricorrere all'analogia, *iuris* o *legis*, ossia la lacuna normativa76. Nei reati a consumazione anticipata il legislatore opta infatti per la costituzione di un'offesa, nel grado di pericolo, autonoma rispetto all'ipotesi di danno, tanto che al compiersi della condotta delittuosa verrà integrata una fattispecie in forma, appunto, *consumata* e non *tentata*.

Certo è che ritenere generalizzabile il contenuto precettivo, anche *in bonam partem*, dell'art. 56 c.p. costituirebbe un notevole passo avanti verso la "correzione" sistematica, in chiave costituzionalmente orientata, delle fattispecie a dolo specifico in tensione con il principio di offensività.

Ciò confermerebbe, in sostanza, che il nostro ordinamento è certamente orientato verso la dimensione fattuale dell'offesa penale, e che anche la contro-azione salvifica possa avere rilievo laddove ridimensioni o attenui l'offesa materiale al bene giuridico.

### 6. Dolo specifico di offesa.

I delitti a dolo specifico ma a condotta base neutra 77 rappresentano una vera e propria "prova di resistenza" del diritto penale del *fatto*. In tali casi l'*iniuria* è esclusivamente rappresentata dal perseguimento di una finalità illecita, la quale accede a condottebase astrattamente lecite. Non a caso, tali fattispecie sono altrimenti conosciute come delitti a *dolo specifico di offesa* 78.

Esempi di tale peculiare meccanismo di incriminazione sono il "classico" delitto di associazione a delinquere di cui all'art. 416 c.p.79, nonché le fattispecie di iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile (600 quinquies c.p.) e di organizzazioni di trasferimenti con finalità di terrorismo (270 quater.1 c.p.). Tali condotte, lungi dal rappresentare in sé offese penalmente rilevanti, costituiscono finanche



manifestazioni di diritti riconosciuti a livello costituzionale80: la rilevanza penale è determinata in via esclusiva dal fine perseguito dall'agente.

I beni giuridici tutelati dai delitti a dolo specifico di offesa sono, nondimeno, sovente apicali o sopra-individuali. Ciò legittima, dal punto di vista penale, la più ampia anticipazione della tutela penale: tali condotte sono lecite finché non siano penalmente rilevanti, ovvero determinino un pericolo che deve necessariamente essere, dal punto di vista della tecnica normativa, astratto81.

Beninteso, tali esigenze di politica criminale non possono mai giustificare un *vulnus* ai principi di materialità ed offensività. Sebbene il legislatore non tipizzi, in questi casi, il pericolo come elemento della fattispecie espressivo di presunzioni coerenti con

l'id quod plerumque accidit, lo stretto nesso esistente tra dolo specifico, tipicità, offensività e forme di anticipazione ha portato la stessa giurisprudenza ad interpretare tali fattispecie secondo la lettura restrittiva imposta dal principio cogitationis poenam nemo patitur. Per l'effetto di tali correttivi, occorre provare che il fine sia stato perseguito con mezzi tali da esporre a pericolo concreto il bene giuridico tutelato: l'offesa, anche nei termini più lati del pericolo, è sempre immanente al fatto tipico. Si consideri, ad esempio, la giurisprudenza sulla fattispecie di associazione a delinquere, dove la condotta, per essere penalmente rilevante, deve consistere nella creazione di un'organizzazione di mezzi e di uomini idonea a creare un reale pericolo attuativo del programma criminoso 82.

Sul piano dogmatico tali considerazioni sembrano recare un'implicita presa di posizione nei confronti della c.d. concezione realistica del reato 83.

Nei delitti a condotta neutra occorre recuperare quel *minimum* di pericolosità lesiva che giustifica l'irrogazione della pena: nel diritto penale del fatto non può esservi tipicità senza offensività, e viceversa. La condotta sarà quindi tipica *se e solo se* offensiva.

Nell'associazione a delinquere ciò ha trovato un evidente riscontro nel diritto vivente, in quanto l'adeguamento della fattispecie astratta si è appalesato esigenza necessaria ad evitare la declaratoria di illegittimità costituzionale; ma non si vede perché dovrebbe impedirsi di estendere tale affermazione ad altre fattispecie di reato, ove non si rilevano in maniera evidente degli scollamenti tra offensività concreta ed offensività astratta.

Bisogna in ogni caso osservare come tali correttivi ermeneutici, intesi a recuperare l'autentica dimensione di pericolo delle fattispecie, per quanto salvifici ed efficaci, non possano ritenersi una soddisfacente soluzione a lungo termine.

Altra dottrina, in realtà minoritaria, ritiene invece che laddove sia previsto il dolo specifico, il legislatore abbia inteso costruire una fattispecie di pericolo presunto, costituendo una presunzione *iuris et de iure* di pericolosità della condotta finalizzata allo scopo.

### 7. Dolo specifico e politica criminale dell'emergenza.

Il dolo specifico è stato anche oggetto, in dottrina, di opportune critiche sotto il delicato profilo delle scelte legislative nei settori incisi dai populistici *trend* del diritto penale emergenziale84. Affiora pertanto un'allarmante tendenza all'utilizzo



dell'elemento finalistico quale strumento di politica criminale. Se la pregnanza dei beni giuridici in rilievo in tali settori giustifica il ricorso al paradigma anticipatorio e, di conseguenza, alla proliferazione di reati a dolo specifico a consumazione anticipata e a condotta neutra, si dovrebbero sempre tener presenti i rischi insiti nella normalizzazione dell'emergenza e degli strumenti ad essa correlati.

La questione, di drammatica attualità, riguarda strettamente la resistibile ascesa della sicurezza quale bene oggetto di autonoma tutela penale85. In tal modo, si rischia in modo intollerabile di «connotare l'incriminazione in senso esasperatamente soggettivo, in contrasto con la concezione – tipica del nostro ordinamento penale – che identifica il reato non in un semplice atteggiamento psicologico sia pure riprovevole, ma in un fatto offensivo di un bene protetto86». Ritorna l'immanente necessità di trovare un equilibrio tra fondamento della legittimazione penale, necessità di dare rilevanza ai soli fatti offensivi e funzione rieducativa della pena da un lato, ed esigenze di repressione di fenomeni a loro volta pericolosi attraverso la neutralizzazione degli indesiderati, dall'altro.

Se l'apicalità dei beni coinvolti nei settori, ad esempio, della mafia e del terrorismo, spiega il ricorso legislativo al paradigma anticipatorio, spesso peraltro caratterizzato da connotati di simbolismo penale, il sistema si dimostra certamente perfezionabile allorquando si attribuisca sistematicamente al potere giudiziario un onere salvifico delle fattispecie "problematiche" 87. Il pericolo, difatti, è che non sempre le norme disposte con finalità di anticipazione vengano interpretate alla luce dei correttivi proposti nel rispetto del principio di offensività. Il proliferare di delitti a dolo specifico può anzi, certamente, sedurre l'interprete verso scorciatoie probatorio-processuali di stampo marcatamente soggettivistico, portandolo ad accantonare il dogma dell'offesa in vista dell'esigenza di neutralizzare l'agente pericoloso. Ancora una volta, si rischia di accantonare la logica del diritto penale del fatto per approdare presso le apparentemente "rassicuranti" spiagge del diritto penale del nemico.

Nella prassi giurisprudenziale assistiamo pertanto a fenomeni di ulteriore anticipazione, quali ad esempio le già osservate ipotesi di incriminazione a titolo di tentativo di fattispecie in cui la finalità oggetto del dolo specifico è illecita, dando vita al *monstrum* giuridico del tentativo di tentativo punibile. Si pensi all'ammessa configurazione, in giurisprudenza, del tentato arruolamento *ex* art. 270-*quater* del codice penale88.

Secondo la Cassazione, la fattispecie di arruolamento mira a punire l'ingaggio, ossia il raggiungimento di un *serio accordo* tra l'arruolante, che propone il compimento, in forma organizzata, di atti di cui all'art. 270-sexies c.p., e l'arruolato. Inteso quindi l'arruolamento alla stregua di un evento psichico, si può concludere che il tentativo sia configurabile: «non è infatti la particolare natura del reato (di pericolo) ad impedire – di per sé - l'applicazione della generale previsione estensiva di cui all'art. 56 cod. pen., quanto la struttura della singola fattispecie [...] e la possibilità o meno di identificare in concreto una "progressione della esposizione a pericolo" dei beni giuridici protetti89».



L'impressione è che l'esigenza di far fronte al pericolo "generalizzato" porti a soprassedere, in sede processuale, sull'accertamento del pericolo "specifico", giustificandosi un arretramento della soglia della punibilità che pare invero inaccettabile, oltre che incompatibile con i principi basilari del diritto penale del fatto. In quest'ottica, il dolo specifico assume connotati sinistri: riemerge la nozione, in un certo senso, di legittimazione penale come strumento di difesa, baluardo dello Stato avverso il nemico.

### 8. Conclusioni: il pericolo come trait d'union delle fattispecie a dolo specifico.

Alla luce di quanto osservato, possono evidenziarsi dei minimi tratti comuni alle diverse funzioni del dolo specifico.

La finalità oggetto del dolo specifico, lecita o illecita, può combinarsi con condotte base a loro volta lecite o illecite.

Nelle condotte illecite cui accedono fini leciti, il disvalore penalmente rilevante è accentrato sugli elementi che rendono la fattispecie a forma vincolata, e la proiezione verso il fine connota il fatto di ulteriore offensività, con il risultato inevitabile di selezionare le ipotesi punibili.

Nelle condotte illecite cui accedono fini a loro volta illeciti, l'offesa al bene giuridico di riferimento è costituita dal prodotto tra la condotta e il fine. Il disvalore va sempre ricercato sul piano del fatto attuato poiché teleologicamente e materialmente diretto ad uno scopo offensivo. In tali casi, comunque, un rigoroso rispetto del principio di offensività imporrebbe che il quantum di pena venisse parametrato più alla condotta che alla finalità perseguita.

Le fattispecie che prevedono *condotte lecite cui accedono fini necessariamente illeciti*, infine, sarebbero incostituzionali se non venissero reinterpretate alla luce del principio di necessaria lesività. Ancora una volta è la condotta attuata a dover essere espressiva di disvalore, attraverso la sua autentica e concreta proiezione verso il fine illecito.

Il *fil rouge* che lega le *rationes* di tutti i "doli specifici" è quindi da ricercarsi essenzialmente sul piano fattuale, con riferimento alla condotta dell'agente che deve, in buona sostanza, aver determinato un'ulteriore e peculiare offesa in base all'elemento finalistico. Essa consisterà in massima parte nell'esposizione a pericolo del bene, tranne in quei casi in cui l'evento in senso giuridico della fattispecie sia impostato in termini di danno (ad esempio nel furto), in cui il riferimento alla finalità rileva piuttosto come ulteriore elemento caratterizzante della condotta.

Sarebbe, infatti, ingiustificabile ricostruire il dolo specifico come elemento che, eccezionalmente, dia rilevanza ad un disvalore soggettivo d'evento al quale non sia corrisposto un relativo disvalore oggettivo d'evento. Il precipitato di immediata percezione di questa impostazione consisterebbe nel criminalizzare un elemento del tutto intimo ed in sé, senza verificare la sua incidenza sul piano fattuale.

Pare invece necessario ricostruire tali ipotesi in chiave diversa, secondo appunto la logica dell'esposizione a pericolo come soglia minima di rilevanza penale dell'offesa.

Il fine dell'agente assume così consistenza autonoma quale elemento della fattispecie, a patto che si traduca in un *quid* che mostri la propria funzione sul piano del *disvalore* 



oggettivo d'azione: questo elemento, in sostanza, varrebbe a connotare l'azione di una proiezione materiale verso il fine.

Se non è necessario che l'oggetto del dolo specifico si realizzi, è evidente che sia proprio la connessione materiale-teleologica tra fatto e scopo a rilevare ai fini della concreta costituzione di un pericolo per il bene di riferimento, riverberandosi in senso eziologico sulla condotta, alla stregua dei giudizi di idoneità e univocità propri del modello del delitto tentato.

Sul piano processuale occorrerà pertanto provare che la condotta sia stata *idonea* a raggiungere lo scopo previsto dalla disposizione penale. Inoltre, essa dovrà essersi dimostrata *diretta in modo non equivoco*, oltre ogni ragionevole dubbio, a realizzare eziologicamente quel fine. Ovviamente, poi, il canale di imputazione soggettiva del fatto all'autore dovrà coprire tutta la fattispecie posta in essere, in ossequio al principio di personalità della responsabilità penale.

Potrebbe, quindi, ipotizzarsi un diretto collegamento tra principio di offensività e struttura del tentativo, paradigma generale di anticipazione. Sanzionare penalmente condotte che si pongano ancor prima del semplice vaglio di idoneità ed univocità non dovrebbe essere ammesso in via generale: l'art. 56 c.p. e la sua struttura si porrebbero pertanto quale invalicabile *limite* logico-dogmatico alla formulazione astratta di fattispecie ulteriormente anticipate.

Ciò va a maggior ragione tenuto in considerazione nell'ambito del diritto penale della sicurezza, ove le tentazioni emotive e il simbolismo possono, a maggior ragione, dar vita a fattispecie delittuose di pericolo remoto e presidiate da pene esemplari, difficilmente collocabili nel quadro di un diritto penale del fatto.

Il costo di questa impostazione, in definitiva, consisterebbe in un decisivo arretramento del nostro sistema punitivo allo stesso punto di quelli che hanno trovato legittimazione nel fondamento divino. Lo Stato avrebbe così facoltà di usare lo *ius puniendi* al fine di neutralizzare delle volontà pericolose, quand'anche ad esse non siano corrisposti fatti offensivi.

In conclusione, se un filo ha consentito di orientarsi nell'ambito delle eterogenee fattispecie a dolo specifico, esso è senz'altro costituito dall'esigenza del recupero del pericolo concreto come elemento che indefettibilmente dev'essere rinvenuto sul piano fattuale. Ciò si riflette senza dubbio sulla struttura di tali incriminazioni, dovendosi ricercare la rilevanza *obiettiva* del fine sull'azione, teleologicamente proiettata allo scopo.

1 La risposta a tale complessa questione è usualmente fornita, nella manualistica, per il tramite delle teorie, assolute e relative, della pena: così, a seconda dell'impostazione presa in considerazione, la sanzione penale assume funzione prevalentemente retributiva, general-preventiva o special-preventiva. In argomento, ex multis, cfr. G. DE VERO, Corso di diritto penale, I, Torino, 2012, 6 ss.

2 Si utilizzano le parole di G. MARINUCCI – E. DOLCINI, Corso di Diritto Penale, Milano, 2001, 429.



- 3 In materia, cfr. diffusamente F. FORZATI, Il diritto penale dell'obbedienza fra fondamento etico-religioso dell'offesa e funzione potestativa della pena, in Arch. Pen., n. 3/2017.
- 4 Come ricordano G. MARINUCCI E. DOLCINI, Corso di Diritto Penale, cit., 5-6, fino ancora ai tempi di Beccaria lo ius terribile prevedeva un armamentario "atroce" avverso il reo, comprendente «la pena di morte, da eseguirsi con modalità diverse ma sempre efferate (il condannato poteva essere squartato, arrotato, sepolto vivo, impalato, lasciato morire di fame, messo al rogo, immerso in acqua bollente, etc.); pene corporali (taglio della lingua, del naso, di un orecchio; strappo di denti; accecamento; marchiatura a fuoco; fustigazione); la galera o la pena del remo (lavoro forzato ai remi delle navi); pene infamanti (berlina, gogna, colonna, etc.); la confisca totale dei beni». È proprio dalle atrocità tipiche di un tale diritto penale che gli Illuministi presero le mosse, in chiave di reazione, per definire legalmente dei precisi limiti alla potestà punitiva statale.
- 5 Sul tema, cfr. M. ROMANO, Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati, in Riv. it. dir. proc. pen., 1981, 477 ss.; per un approfondimento di carattere monografico, cfr. S. MOCCIA, Il diritto penale tra essere e valore, Napoli, 1992.
- 6 Così M. SBRICCOLI, Giustizia criminale, in Lo Stato moderno in Europa. Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto, a cura di M. FIORAVANTI, Roma-Bari, 2005, 166; F. FORZATI, Il diritto penale dell'obbedienza fra fondamento eticoreligioso dell'offesa e funzione potestativa della pena, cit., 5.
- 7 L. EUSEBI, Cristianesimo e retribuzione penale, in Riv. it. dir. proc. pen., 1987, passim e, specialmente, 275 ss.; G.SOLARI, Kant e la dottrina penale della retribuzione, in Riv. di filosofia, 1929, 33 ss.
- 8 Sui metodi espiativi dell'Inquisizione romana cfr., in chiave storiografica, M. FIRPO, Inquisizione romana e Controriforma. Studi sul cardinal Giovanni Morone (1509-1580) e il suo processo d'eresia, Brescia, 2005, nonché A. DEL COL, L'Inquisizione in Italia. Dal XII al XXI secolo, Milano, 2006. Per considerazioni di carattere giuridico,
- anche di carattere generale, cfr. M. A. CATTANEO, Pena, diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale, Torino, 1990, 162 ss.
- 9 In materia, cfr. E. DEZZA, Accusa e inquisizione. Dal diritto comune ai codici moderni, Milano, 1989.
- 10 Per un approfondimento in chiave monografica in merito all'influenza del giusnaturalismo sul diritto penale, v. S. MOCCIA, Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale, Napoli, 1988.



- 11 Così C. BECCARIA, Dei delitti e delle pene, Harlem, 1766, 22.
- 12 In tema, G. MARINUCCI E. DOLCINI, Corso di Diritto Penale, cit., 431 ss.
- 13 In tema cfr., ex multis, F. BRICOLA, voce Teoria generale del reato, in Nss. Dig. It., vol. XIX, 1973, 82 ss.
- 14 La rilevanza "esterna" e sociale di pena e diritto penale è insita nell'opera di F. CARRARA, Programma del corso di diritto criminale. Parte generale, Lucca, 1871, passim e spec. 32 ss.
- 15 Cfr., Ibidem, 106.
- 16 J.M.F. BIRNBAUM, Über das Erforderniß einer Rechtsgutsverletzung zum Begriffe des Verbrechens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung, in Archiv des Criminalrechts, 1834, 179.
- 17 Sul punto, peraltro, osservare come solo la c.d. concezione oggettiva del tentativo sia realmente rispondente all'esigenza di prevenire il pericolo per i beni giuridici di riferimento. Al contrario, aderendo alle concezioni c.d. soggettive o miste, l'istituto si collocherebbe ben al di là dei paradigmi tracciati dal diritto penale del fatto, dovendosi rintracciare il fondamento politico-criminale dell'incriminazione nella volontà antisociale dell'autore. In argomento, cfr. amplius G. FIANDACA E. MUSCO, Diritto Penale, parte generale, Bologna, 2014, 477-480.
- 18 Per una panoramica generale sul punto, cfr. G. MARINUCCI, Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico e politico-criminale, in Riv. it. dir. proc. pen., n. 1, 2011.
- 19 In argomento: M. FINZI, Il cosiddetto 'dolo specifico'. Volizioni dirette verso un risultato che sta fuori degli atti esterni d'esecuzione di un reato, in Studi in memoria di A. Rocco, Milano, 1952; L. PICOTTI, Il dolo specifico. Un'indagine sugli 'elementi finalistici' delle fattispecie penali, Milano, 1993; M. GELARDI, Il dolo specifico, Padova, 1996.
- 20 Così ad esempio G. DE VERO, Corso di diritto Penale, I, cit., 154.
- 21 Ibidem, 496.
- 22 Si mutua qui l'espressione di Z. BAUMAN, Retrotopia, trad. it. di M. CUPELLARO, Bari, 2017.
- 23 Sul punto, occorre nondimeno rinviare ai contributi degli Autori occupatisi della ricostruzione, anche storica, dell'istituto. In particolare, per un esame del ruolo del finalismo nel diritto arcaico e romano, cfr. M. GELARDI, Il dolo specifico, Padova, 1996, 21-38. Un'efficace sintesi delle diverse posizioni in ordine all'elemento



finalistico espresse da Scuola classica e Scuola positiva è operata da L. PICOTTI, Il dolo specifico. Un'indagine sugli 'elementi finalistici' delle fattispecie penali, cit., 21 ss. In argomento, per completezza, cfr. altresì: J. BENTHAM, Traités de législation civile et pénale, Parigi, 1802, 15 s.; F. CARRARA, Programma del corso di diritto criminale. Parte generale (1863), cit., 107 ss., secondo taluni vero e proprio "padre" della categoria in questione; S. ARDIZZONE, Condotte finalisticamente orientate e forme di colpevolezza, in Studi in onore di Giovanni Musotto, II, Palermo, 1979, in particolare 11, nota 11, per il quale, piuttosto, la prima teorizzazione unitaria del dolo specifico andrebbe attribuita a V. MANZINI, Trattato di diritto penale italiano, Torino 1950, II, n. 307, 33; P. CAPOFERRO, Dei motivi determinanti il reato, Messina, 1907; G. MUSOTTO, Il problema del dolo specifico in Studi in onore di Francesco Antolisei, Milano, 1965, vol. II, 365 ss.

24 In tal senso la dottrina in materia di elementi subiettivi dell'antigiuridicità: cfr. M. FINZI, Il cosiddetto 'dolo specifico'. Volizioni dirette verso un risultato che sta fuori degli atti esterni d'esecuzione di un reato, cit., 394; ECONTIERI, Sullo scopo dell'autore del reato, Napoli, 1947, 116 ss.

25 In tal senso, ex multis, cfr. G. BETTIOL, Diritto penale, Padova, 1986, 447; S. RANIERI, Manuale di diritto penale, I, Padova, 1968, 307.

26 In tal direzione E. MORSELLI, Il reato di false comunicazioni sociali, Napoli, 1974, 119.

27 La collocazione dogmatica dell'istituto è, ad esempio, criticata da A. PAGLIARO, Principi di Diritto Penale. Parte Generale, Milano, 2003, 241 ss.

28 Ex multis, v. F. BRICOLA, Considerazioni esegetiche sul dolo specifico nel falso in scrittura privata, in Archivio Penale, n. 2, 1960, 63 ss.

29 Le chiavi di lettura dottrinali in materia, d'altra parte, rispecchiano pienamente tale assunto, valorizzandosi, a fini classificatori, i diversi gradi di tensione tra reati a dolo specifico e crisma di offensività. Sul punto, v., infra, il prossimo sottoparagrafo.

30 Cfr., in materia, L. PICOTTI, Terrorismo e sistema penale: realtà, prospettive, limiti - Relazione di sintesi, in Dir. pen. cont. – Riv. trim., 1/2017, 249 ss.; L. BRIZI, L'illecito penale costruito ex latere subiecti: la "finalità di terrorismo" alla prova del diritto penale del fatto, in Dir. pen. cont. – Riv. trim., 1/2017, 14 ss.

31 Cfr., in materia di immigrazione, le osservazioni critiche sulla tenuta della dimensione fattuale del diritto penale, con riferimento alle insidiose forme del diritto penale d'autore, in R. CRUPI, Diritto penale d'autore, diritto penale del nemico e diritto penale del fatto: quale modello per la posizione dello straniero? in G. Verde – A.



Genna (a cura di), Immigrazione e garanzie dei diritti fondamentali, Torino, 2012, 287 ss.

32 Come autorevolmente evidenziato, le interpretazioni late delle fattispecie a dolo specifico hanno costituito «il pertugio attraverso il quale in Germania ha iniziato la sua marcia trionfale il soggettivismo»; tendenza, nell'esperienza italiana, comunque limitata «dall'orientamento, risalente ma oggi pressoché unanime, che attribuisce un duplice significato alle locuzioni "allo scopo", "al fine", "per" che compaiono in quelle figure delittuose: non si tratterebbe solo di particolari finalità che devono animare l'agente, cioè dell'intenzione di conseguire un certo risultato offensivo, bensì anche dell'oggettiva tendenza dell'azione verso quel risultato»(G. MARINUCCI, Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico e politico-criminale, cit., 11).

33 Nella dottrina tradizionale, varie sono state le costruzioni dogmatiche sul tema del ruolo del finalismo nella fattispecie penale: in linea approssimativa possono comunque individuarsi diverse correnti di pensiero. Secondo una prima impostazione (cfr. in particolare G. MAGGIORE, Principî di diritto penale. Vol. I, Bologna, 1937, 370; S. PIACENZA, Saggio di un'indagine sul dolo specifico, Torino, 1943, 60), il fine dell'agente, costituendo elemento specializzante del dolo non potrebbe che fungere da elemento di distinzione tra due fattispecie di reato caratterizzate dallo stesso elemento oggettivo. Altra tesi (v. E. FLORIAN, Parte generale del diritto penale, Milano, 1936, 458; G. BATTAGLINI, Diritto penale, Padova, 1949, 223), ha ammesso altresì che, talvolta, lo scopo del reo possa rilevare come elemento costitutivo della fattispecie, con funzione incriminatrice. Secondo diversa impostazione, poi, lo scopo del reo "specificherebbe" il dolo, anche laddove acceda al fatto tipico come elemento circostanziale: in tal senso, cfr. E. FERRI, Principi di diritto criminale (delinquente e delitto nella scienza, legislazione, giurisprudenza), Torino, 1928, 440.

34 Nella manualistica è appunto comune il riferimento alla pluralità delle funzioni del dolo specifico: cfr., ad esempio, G. DE VERO, Corso di diritto Penale, I, cit., 154 ss.; G. FIANDACA – E. MUSCO, Diritto Penale, parte generale, cit., 385; F. PALAZZO, Corso di Diritto Penale. Parte Generale, Torino, 2013, 313; R. GAROFOLI, Manuale di diritto penale. Parte generale, Milano, 2006, 541; C.F. GROSSO – M. PELISSERO – D. PETRINI – P. PISA, Manuale di diritto penale. Parte generale, Milano, 2017, 336 ss.; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, Manuale di diritto penale. Parte generale, Milano, 2017, 417-418.

35 In argomento, per tutti, cfr. G. MARINUCCI - E. DOLCINI, Corso di Diritto Penale, vol. I, cit., 572 ss.



36 In questo senso, ex multis, G. FIANDACA – E. MUSCO, Diritto Penale, parte generale, cit., 385.

37 Si fa riferimento, tra gli altri, a G. DE VERO, Corso di diritto Penale, I, cit., 154-155. Altra dottrina, al contrario, ritiene non riconducibili i reati a consumazione anticipata nell'ambito dei delitti a dolo specifico: cfr. in particolare A. PAGLIARO, Principi di Diritto Penale, cit., 386.

38 Cfr. F. PALAZZO, Corso di Diritto Penale. Parte Generale, cit., 314.

39 In tale direzione cfr. F. ANTOLISEI, Manuale di diritto penale. Parte generale, Milano, 1991, 313.

40 Sul rapporto di interdipendenza tra fine ed azione, ad esempio, cfr. C. PATERNITI, Manuale dei reati. Le regole generali, Milano, 2010, 75-76; nonché F. DEAN, Il rapporto di mezzo a fine nel diritto penale, Milano, 1967, 151 ss.

41 Sul punto, cfr. l'efficace sintesi offerta da M. GELARDI, Il dolo specifico, cit., 1 ss.

42 G. MUSOTTO, Il problema del dolo specifico, cit., 363 ss.

43 Così G. DE VERO, Corso di diritto Penale, I, cit., 496: «la nota caratteristica del dolo specifico – che non è resa adeguatamente sul piano lessicale da tale tradizionale qualificazione – è data dunque dal fatto che una certa componente del dolo non rappresenta, come accade di solito, il riflesso psicologico di un elemento materiale del reato, ma rileva nell'economia della fattispecie di per sé, nella sua mera consistenza soggettiva»; portando alle estreme conseguenze tale impostazione, autorevole dottrina ha difatti escluso in radice che il dolo specifico costituisca una specie di dolo: cfr. A. PAGLIARO, Principi di Diritto Penale, cit., 287.

44 Così F. MANTOVANI, Diritto Penale. Parte Generale, Padova, 2013, 219; C. LEOTTA, Il genocidio nel diritto penale internazionale. Dagli scritti di Raphael Lemkin allo Statuto di Roma, Torino, 2013, 362.

45 In materia, cfr. V. MANES, Il principio di offensività nel diritto penale: canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza, Torino, 2005, 209 ss.; Corte cost., 7 luglio 2005, n. 265, in www.giurcost.org.

46 In dottrina, ex multis, cfr. F. ANTOLISEI, Manuale di diritto penale. Parte speciale, vol. 1, Milano, 2016, 308; G. PECORELLA, voce Furto (dir. pen.), in Enciclopedia del diritto, XVIII, Milano, 1969, 352 ss.; in giurisprudenza cfr. Cass. Pen. 13 novembre 1970, in Cass. pen. ann., 1972, 521, 661.

47 In questo senso, cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, Diritto Penale, Parte Speciale. Volume II, Tomo secondo. I delitti contro il patrimonio, Bologna, 2014, 74



48 In materia, cfr. E. MEZGER, Die subjektiven Unrechtselemente, in Der Gerichtsaal, 1924, 262 e ss. Anche nella risalente dottrina italiana sono ravvisabili opinioni nel senso di ammettere la categoria dei reati a dolo specifico implicito: partendo dal presupposto di una concezione sostanzialmente soggettivistica dell'istituto, la cui funzione sarebbe quella di specializzare, appunto, il dolo, si è sostenuto che la finalità

dell'agente rileverebbe anche se dalla norma non espressamente richiesta ma necessariamente presupposta. Sul punto, cfr. ex multis S. PIACENZA, Saggio di un'indagine sul dolo specifico, cit., 6 ss.

49 In questo senso M. ANGIONI, La volontarietà del fatto nei reati. Contributo alla nozione del dolo, Torino, 1927, 187 ss. Si veda, altresì, A. MALINVERNI, Scopo e movente nel diritto penale, Torino, 1955, 111, secondo il quale «talvolta [lo] scopo traspare fra le parole della legge, tal altra se ne deve riconoscere l'esistenza per la posizione che la norma ha nel codice, e per la necessità di escludere da pena azioni che sarebbero palesemente iniquo colpire». Ciononostante, come lo stesso Autore precisa (cfr., ibidem, nota n. 9), «appare ovviamente opportuno che il legislatore indichi lo scopo speciale sempre in modo esplicito e non equivoco, precisando quando si esige l'obiettiva idoneità dell'azione a conseguirlo, e quando è richiesto lo scopo dell'agente; le espressioni "fatto diretto a", "nell'interesse", "a danno", "tende a", "aiuta a", non dovrebbero venire usate dalla legge appunto a causa della loro equivocità».

50 Si pensi, ad esempio, alla dogmatica della specialità del dolo nei delitti contro l'onore, nell'ambito dei quali l'animus iniurandi, nell'impostazione della Scuola positiva, doveva trovare consistenza nel fine antisociale dell'agente: in tal modo, attraverso la valorizzazione di una così peculiare forma di dolo, potevano altresì esercitarsi controlli funzionali ad esigenze di difesa sociale. In argomento, cfr. E. FLORIAN, La teoria psicologica della diffamazione, cit., 18; S. PIACENZA, Saggio di un'indagine sul dolo specifico, cit., 57 ss.; M. MANTOVANI, Profili penalistici del diritto di satira, in Il diritto dell'informazione e dell'informatica, 1992, 295 ss.; L. PICOTTI, Il dolo specifico, cit., 103-105

51 Il riferimento è a F. ANTOLISEI, Manuale di diritto penale. Parte generale, cit., 313.

52 Cfr. sul punto F. PALAZZO, Corso di Diritto Penale. Parte Generale, cit., 314.

53 Il dolo specifico differenziale incarna, in sostanza, una species di dolo specifico di offesa (su cui cfr., infra, §6). Anche tale ipotesi sembra rappresentare una deviazione rispetto al principio di offensività, nella misura in cui si riconducono effetti in malam partem ad intenzioni rispetto alle quali il legislatore, tipicamente, non richiede connotati di idoneità lesiva. Evidenzia la tensione della categoria con il crisma di



necessaria lesività, ad esempio, F. BELLAGAMBA, La corruzione in atti giudiziari nella teoria generale del reato, Torino, 2016, 4.

54 F. PALAZZO, op. loc. ult. cit., 314.

55 La legittimazione di sistemi penali dell'atteggiamento interiore, chiaramente incompatibili con il nostro quadro costituzionale, ha talora trovato spazio nell'ambito della dottrina tedesca. Significativi spunti di riflessione, in argomento, nelle opere di G. BETTIOL: cfr., in particolare, Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore, in Riv. it. dir. proc. pen., 1971, 3 ss.; Oggettivismo e soggettivismo nell'ambito della nozione del reato, in Scritti giuridici, II, Padova, 1966; Stato di diritto e "Gesinnungsstrafrecht", ibidem, I, 131 ss. Nella dottrina tedesca, cfr., ex multis, B. KELKER, Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, Francoforte, 2007.

56 Così anche G. DELITALA, Il fatto nella teoria generale del reato, Padova, 1930, 132.

57 Così G. MARINUCCI – E. DOLCINI, Corso di Diritto Penale, cit., 579.

58 Ibidem, 580.

- 59 Mediante, ad esempio, mezzi rudimentali, o attraverso modalità del tutto inadeguate allo scopo: cfr. ibidem, 580-581.
- 60 Una panoramica generale delle varie tipologie di mutilazioni genitali femminili, unitamente a specifiche considerazioni giuridiche, in F. DI PIETRO, Le norme sul divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile, in Diritto&Diritti Rivista giuridica elettronica, luglio 2006, 1 ss.
- 61 Così C. SOTIS, Intervento, in AA.VV., La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista. Un dibattito promosso dall'Associazione Italiana Professori di Diritto Penale, in questa Rivista, 21 dicembre 2016,16.
- 62 Tribunale di Verona del 14 aprile del 2010, in Riv. it. Dir. Proc. pen., n. 2/2011, 838 ss., con nota di C. PECORELLA, Mutilazioni genitali femminili: la prima sentenza di condanna.
- 63 Ibidem, 848. Nella pronuncia, sulla base delle testimonianze assunte, si è avuto modo di rilevare che tale l'aruè «deve investire gli organi della riproduzione perché essa ha a che fare con la questione della discendenza e che chi non viene sottoposto al rituale in questione (che non è pubblico ma si svolge in ambito privato) non viene riconosciuto dal proprio gruppo, né viene considerato umanizzato e calato in unaqualsiasi realtà, familiare, sociale o religiosa», e come, inoltre, «la pratica in questione assuma un triplice significato, di cui il primo attiene al fatto di essere



umanizzati, ovvero essere rese donne all'interno della comunità degli umani, il secondo esprime un senso di appartenenza a quella specifica comunità ed il terzo riguarda la possibilità di vivere in libertà nel proprio gruppo come donne. [...] La pratica ha anche un significato di purificazione, tanto che si lascia fuoriuscire qualche goccia di sangue, ma che non vi è alcun legame con la sfera della sessualità, né la stessa ha finalità di controllo dell'uomo sulla sessualità femminile».

64 Ibidem, 850.

65 Cfr. Corte d'Appello di Venezia, 23 novembre 2012 (dep. 21 febbraio 2013), n. 1485. In argomento, cfr. F. BASILE, Il reato di "pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili" alla prova della giurisprudenza: un commento alla prima (e finora unica) applicazione giurisprudenziale dell'art. 583 bis c.p., in Dir. pen. cont. – Riv. trim., 4/2013, 311 ss.

66 Secondo un'autorevole e del tutto condivisibile chiave di lettura, il limite principale delle interpretazioni correttive risiede principalmente nella loro essenza non legislativa: «quanto più il principio di offensività sarà meglio riconosciuto a livello legale, nelle singole incriminazioni, al di là dei principi generali, tanto più potrà essere attuato a livello giurisprudenziale. Ben vengano le interpretazioni sostanziali, dunque, ma non la sostituzione della magistratura al Parlamento». Così M. DONINI, Il principio di offensività. Dalla penalistica taliana ai programmi europei, in Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim., 4/2013, 41.

67 Secondo la preferibile chiave di lettura (cfr., ex multis, G. FIANDACA – E. MUSCO, Diritto Penale, Parte Speciale. Volume II, Tomo secondo. I delitti contro il patrimonio, cit., 296-297; C. LAPICCIRELLA, La repressione delle frodi a danno degli assicuratori della responsabilità civile automobilistica, in Assicurazione della responsabilità civile automobilistica, Atti del sesto convegno per la trattazione di temi assicurativi, Milano, 1965, 39-41; contra, per la tesi della plurioffensività dell'illecito, cfr. G. NEPPI MODONA, voce La frode in assicurazione, in Enciclopedia del diritto, vol. XVIII, Milano, 1969, 119; G. MARINI, voce Infortuni (frodi nell'assicurazione contro gli), in Nss. D. I. App., IV, Torino, 1983, 217), la previsione sarebbe diretta a proteggere in via esclusiva il patrimonio dell'assicuratore, strumentale alla tutela della funzione assicurativa nel suo complesso. In questo senso, l'incriminazione a titolo autonomo di tali fattispecie speciali di truffa tentata nel settore assicurativo assume connotati simbolici e funzione di agevolazione processuale. Così anche la Relazione ministeriale al progetto definitivo del Codice Penale, in Lavori preparatori, I, p. II, Roma, 1929, 463: «la ragione di questa speciale configurazione giuridica, che prescinde dalle norme ordinarie nella valutazione di elementi di fatto, che sostanzialmente dovrebbero rapportarsi al delitto di truffa, è riposta nella necessità di concedere una maggiore tutela alla funzione assicurativa, che interessa 1'economia



nazionale e di apprestare mezzi più efficaci di difesa contro un genere di frode, per il quale l'accertamento delle prove presenta estreme difficoltà».

68 Così la Relazione ministeriale, cit., 463.

69 Tale drammatico collegamento è tristemente evidenziato nella prolusione ai corsi dell'ateneo messinese dell'anno accademico 2017/2018 di L. RISICATO, Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?, in www.unime.it, 2017, 6, che denunzia una tendenza, sempre più evidente negli ultimi anni, ad un uso del diritto penale in chiave simbolica, giacché «la tecnica di formulazione delle fattispecie incriminatrici si traduce sempre più spesso in previsioni farraginose e irragionevoli (e non di rado pesantemente sanzionate), oscure dal punto di vista teorico ma – ancor più – da quello applicativo e non di rado caratterizzate da un'anticipazione a dir poco generosa della tutela penale (emblematica l'incriminazione progressivamente più ampia delle condotte collaterali al fenomeno associativo nel contrasto al terrorismo internazionale)».

70 Proprio in tal senso G. DE VERO, Corso di diritto Penale, I, cit., 154, che esclude di tal guisa possibili contrasti con il principio di offensività: «[i] reati a consumazione anticipata [...] non suscitano particolari problemi rispetto al principio di offensività:

71 In argomento, cfr. ampiamente C. E. PALIERO, «Minima non curat praetor» – Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari, Padova, 1985, 3 ss.

72 Sul punto, sia consentito il rinvio a G. MARINO, Il Sistema antiterrorismo alla luce della l. 43/2015: un esempio di diritto penale del nemico? in Riv. it. dir. proc. pen., 2016, 1423.

73 Così, in particolare, G. MARINUCCI – E. DOLCINI, Corso di Diritto Penale, cit., 583.

74 La norma testualmente prevede: «nei casi preveduti dagli articoli 304, 305 e 307 non sono punibili coloro i quali, prima che sia commesso il delitto per cui l'accordo è intervenuto o l'associazione è costituita, e anteriormente all'arresto, ovvero al procedimento: 1) disciolgono o, comunque, determinano lo scioglimento dell'associazione; 2) non essendo promotori o capi, recedono dall'accordo o dall'associazione. Non sono parimenti punibili coloro i quali impediscono comunque che sia compiuta l'esecuzione del delitto per cui l'accordo è intervenuto o l'associazione è stata costituita».

75 Secondo una diversa impostazione, l'art. 304 sarebbe un'ipotesi di «"tentativo eccettuato", che è un caso particolare di delitto tentato, eccezionalmente incriminato come figura autonoma. In tal caso, per la punibilità occorre l'idoneità della condotta a



raggiungere il fine». Come tali, i tentativi eccettuati non sarebbero dei veri e propri reati a dolo specifico: cfr. A. PAGLIARO, Principi di Diritto Penale, cit., 386.

76 In tal senso, con riferimento all'applicabilità in via analogica delle norme scriminanti, cfr. T. PADOVANI, Diritto Penale, Milano, 2017, 36 ss.

77 Così G. DE VERO, Corso di diritto Penale, I, cit., 155.

78 Così F. MANTOVANI, Diritto Penale. Parte Generale, cit., 219.

79 In tema, cfr. G. DE VERO, voce Ordine pubblico (delitti contro), in Dig. pen., IX, Torino, 1994, 72.

80 Si pensi, appunto, al diritto di associazione di cui all'art. 18, nonché alla libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 della Costituzione.

81 La circostanza per cui il pericolo non costituisca requisito tipico delle fattispecie non implica necessariamente, tuttavia, che ne venga escluso l'accertamento in concreto. Autorevole dottrina, peraltro, definisce i reati a dolo specifico come reati di pericolo con dolo di danno, precisando altresì che la portata del principio di necessaria lesività impone di «considerare l'estremo del pericolo come pericolo concreto». Così G. MARINUCCI – E. DOLCINI, Corso di Diritto Penale, cit. 578-579. In tal senso, cfr. F. ANGIONI, Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico, Milano, 1983, 116; R. SIEVERTS, Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht, Amburgo, 1934, 127 ss. Sulle differenze, anche in punto di disciplina, tra le varie tipologie di pericolo, cfr. F. VIGANÒ, La Cassazione chiude il caso della scalata Antonveneta (e perde una preziosa occasione per fare un po' di chiarezza sui delitti di aggiotaggio), in questa Rivista, 7 aprile 2013.

82 In giurisprudenza, cfr. Cass. Pen., 6 novembre 1967, in Cass. pen. Mass. Ann., 1968, 881 ss. e, più in generale, Cass. Pen., 7 febbraio 2000, in Dir. pen. e proc., 2000, 464 ss.

83 Sul punto, cfr. diffusamente: G. NEPPI MODONA, voce Reato impossibile, in Dig. Disc. Pen., XI, Torino, 1996,259 ss.; G. VASSALLI, Considerazioni sul principio di offensività, in Studi Pioletti, Milano, 1982, 659 ss.; C. FIORE,Il reato impossibile, Napoli, 1959, 22; ID., Il principio di tipicità e "concezione realistica del reato", in AA.VV., Problemi generali di diritto penale. Contributo alla riforma, a cura di G. VASSALLI, Milano, 1982, 60 ss.; in chiave critica cfr. M. ROMANO, Commentario sistematico del codice penale, I, Milano, 2004, 514 ss.

### Diritto Penale Contemporaneo

### 12.IL DIRITTO PENALE DELLA SICUREZZA DEL LAVORO



#### TRA I PRINCIPI DI PREVENZIONE E DI PRECAUZIONE

### di Irene Scordamaglia

SOMMARIO: 1. Il passaggio dalla tutela dai pericoli alla prevenzione dei rischi. — 2. La centralità della valutazione dei rischi aziendali e della predisposizione del sistema delle misure di prevenzione antinfortunistiche. — 3. Il debito di sicurezza del datore di lavoro, del dirigente e del preposto. — 4. La delega di funzioni: formalità e limiti. — 5. Il responsabile del servizio di prevenzione e di protezione: differenze rispetto alla figura del responsabile per la sicurezza; il ruolo e la funzione del medico competente. — 6. La sicurezza nei cantieri. il riparto di responsabilità nell' appalto: il committente, l'appaltatore, il coordinatore per la progettazione, il coordinatore per l'esecuzione, il direttore dei lavori. — 7. La colpa del lavoratore. — 8. La responsabilità degli enti per i reati commessi in violazione delle norme antinfortunistiche.

### 1. Il passaggio dalla tutela dai pericoli alla prevenzione dei rischi.

La vigente tutela penale del bene giuridico dell'integrità psicofisica dei lavoratori risente della scelta di fondo, compiuta dal legislatore, di far ruotare la disciplina delle azioni e degli strumenti volti al contrasto degli infortuni sul lavoro sul concetto di prevenzione dei rischi connessi all'attività lavorativa; prevenzione basata sulla programmazione del sistema di sicurezza aziendale e sul coinvolgimento di un gran numero di soggetti – anche dotati di specifiche professionalità -, nonché degli stessi lavoratori, nell'opera di individuazione e di attuazione delle misure di prevenzione più adeguate a neutralizzare i rischi connessi all'esercizio dell'attività d'impresa.

La logica, dunque, che pervade l'attuale impianto normativo in materia di sicurezza del lavoro pare diversa da quella che aveva animato i decreti n. 547/55, n. 302/56, n. 303/56 e n.164/56, a mente dei quali, in un'ottica che assegnava all'interesse per la sicurezza una valenza assoluta, le forme di protezione antinfortunistica erano concepite come misure destinate all'abbattimento delle situazioni di pericolo, sino alla prescrizione di cessazione dell'operazione implicante un pericolo non altrimenti eliminabile1. Quand'invece la minimizzazione dei rischi costituisce la ratio dei decreti, d'ispirazione comunitaria, n. 626/1994 e n. 81/2008 – come novellato tra l'altro dal d.lgs 109/2009 -, i quali, tra l'altro, segnalano la necessità di operare un bilanciamento tra gli interessi connessi alla sicurezza del lavoro con quelli con essi in potenziale contrasto, nei limiti del "concretamente possibile" e del "tecnicamente attuabile"2.

Il passaggio dalla logica dell'abbattimento del pericolo a quella della riduzione dei rischi, se ha comportato – in linea, del resto, con il concetto stesso di rischio, quale situazione implicata da una pluralità di fattori che nella loro interazione possono eventualmente generare pericoli o addirittura danni per il bene oggetto di tutela3 – un'ulteriore anticipazione della soglia della tutela penale, ha tuttavia imposto la dismissione dell'idea di una 'penalizzazione integrale' delle condotte potenzialmente



lesive per l'integrità psicofisica dei lavoratori – attuata, peraltro, in precedenza, mediante la comminatoria di pene prive di autentico significato dissuasivo –, in favore dell'adozione di un modello sanzionatorio, ispirato ai canoni di proporzionalità e di sussidiarietà, che limita la punizione criminale soltanto a quelle violazioni suscettibili di arrecare un'offesa di "significativa gravità" agli interessi di rango primario per i lavoratori o che siano prive di una ragionevole alternativa a livello sanzionatorio amministrativo.

L'introduzione, dunque, nel nostro ordinamento giuridico di una concezione della prevenzione degli infortuni sul lavoro imperniata sulla gestione globale dei rischi, attuata mediante la programmazione – destinata ad aggiornarsi nel tempo e coinvolgente tutti gli agenti del lavoro – di un sistema globale di sicurezza aziendale, è sintomatica della consapevolezza da parte del legislatore della difficoltà di individuare e selezionare, in presenza di attività lavorative che il progresso tecnologico espone al contatto con plurimi fattori (di varia entità e tipologia, meccanici, fisici, chimici, biologici), ipoteticamente suscettibili di generare, nella loro interazione, eventi di pericolo o di danno per la salute dei lavoratori, azioni e misure concrete idonee ad evitare lesioni al bene giuridico tutelato4.

L'incertezza epistemologica – perché di sovente non assistita dalla copertura di leggi scientifiche o statistiche dotate di comprovata affidabilità – circa la progressione eziologica della condotta rischiosa verso l'evento lesivo è evocativa, altresì, della transizione, nel diritto penale della sicurezza del lavoro, dal principio di prevenzione, che si fonda sulla possibilità di individuare e fissare specifiche regole cautelari idonee a mostrare al soggetto agente quale sia la via da seguire per prevenire ed evitare la verificazione di determinati eventi dannosi o pericolosi5, al principio di precauzione, per il quale, ove le attività socialmente utili ma rischiose incidano su beni di rilevanza primaria quali l'ambiente o la salute umana, si dà, comunque, la necessità di adottare tutte le misure ritenute potenzialmente idonee ad azzerare o contenere gli effetti di tali attività, anche se non interamente dimostrabili – proprio per l'insufficienza o la contraddittorietà dei dati scientifici a disposizione –, né prevedibili con esattezza nella loro portata6.

Il passaggio, dunque, dalla regola cautelare alla regola precauzionale – siccome sintetizzato nelle articolazioni motivazionali del decisum della Cassazione sul caso del polo petrolchimico di Porto Marghera7, ove è detto, con riguardo alla riconoscibilità dei rischi dell'attività lavorativa e dei potenziali sviluppi lesivi, che l'agente, gravato da una posizione di garanzia ha un obbligo "di informazione in relazione alle più recenti acquisizioni scientifiche, anche se non ancora patrimonio comune ed anche se non applicate nel circolo di riferimento, a meno che si tratti di studi isolati ancora privi di conferma" e che nel contenuto di prevedibilità di siffatti rischi e dei potenziali sviluppi lesivi " ... rientri anche la sola possibilità per il soggetto di rappresentarsi una categoria di danni, sia pure indistinta ma potenzialmente derivante dal suo agire, tale che avrebbe dovuto convincerlo ad astenersi o ad adottare più sicure regole di



prevenzione" – segna lo sganciamento, nella materia della sicurezza del lavoro, della prevenzione dell'evento dalla condotta conforme alla regola previamente posta: ponendo in crisi, in tal modo, la stessa funzione garantistica della regola cautelare, quale strumento selettivo delle condotte idoneo ad orientare consapevolmente l'agire del soggetto in vista dell'imputazione dell'evento secondo i criteri della responsabilità colpevole sanciti dall'art. 27 1°comma Cost.8.

Posta la questione in questa luce d'interpretazione, allora è lecito ritenere che le aspettative di protezione rafforzata di beni giuridici primari (quali la vita e la salute dei lavoratori), collegate all'esistenza di posizioni di garanzia, potrebbero senz'altro giustificare l'affermazione di responsabilità penale, specie nei reati omissivi impropri colposi (nei quali i profili oggettivi e soggettivi dell'imputazione dell'evento tendono a sovrapporsi, in ragione della comune matrice normativa dei criteri dell'obbligo giuridico di impedire l'evento e della regola cautelare volta ad evitarlo9), laddove si accerti che la condotta conforme alla regola cautelare, ove effettivamente tenuta, avrebbe avuto soltanto la possibilità di evitare l'evento lesivo, valorizzando, sul piano della tipicità, la componente omissiva insita nel rimprovero per colpa. E ciò, quindi, a prescindere da una concreta verifica circa la effettiva efficacia predittiva della regola cautelare in relazione alla specifica offesa al bene giuridico, così da dare la stura all'imputabilità dell'evento al soggetto, anche ove sussista soltanto la possibilità (con le dirette conseguenze sul piano soggettivo della prevedibilità e della evitabilità) che le conseguenze dannose si producano, non potendosi limitare "l'obbligo preventivo ai rischi riconosciuti come sussistenti dal consenso generalizzato della comunità scientifica e all'adozione delle misure preventive generalmente praticate" 10.

# 2. La centralità della valutazione dei rischi aziendali e della predisposizione del sistema delle misure di prevenzione antinfortunistiche.

Il perno del nuovo sistema di sicurezza aziendale è rappresentato dalla procedimentalizzazione dell'obbligo di programmazione della prevenzione globale dei rischi, gravante, in primo luogo, sul datore di lavoro, e scandito nelle fasi della valutazione dei rischi medesimi nonché della redazione del documento di sicurezza aziendale, predisposto con la partecipazione necessaria delle altre figure sulle quali il d.lgs n. 81/2008 ripartisce l'obbligo di sicurezza, vale a dire il responsabile del servizio di prevenzione e prevenzione nei luoghi di lavoro, il medico competente, nelle imprese soggette a sorveglianza sanitaria obbligatoria, ed il rappresentante della sicurezza dei lavoratori.

La valutazione dei rischi, che non è delegabile da parte del datore di lavoro neppure nelle imprese di grandi dimensioni11, e la redazione del documento sulla sicurezza aziendale costituiscono lo strumento fondamentale attraverso il quale il datore di lavoro individua le misure di prevenzione più adeguate ad eliminare o comunque a ridurre l'incidenza dei rischi connessi all'attività lavorativa, nonché pianifica ed aggiorna12 il sistema delle misure di sicurezza collettive ed individuali, anche in



relazione al progresso tecnologico ed alla concreta efficacia ed efficienza delle stesse 13.

Nell'ottica del Testo Unico 2008 in materia di sicurezza sul lavoro, la prevenzione riveste, quindi, un carattere dinamico, perché impone al datore di lavoro di ripetere la valutazione dei rischi ed altresì di aggiornare il documento di sicurezza aziendale ogni qualvolta vengano apportate modificazioni al ciclo produttivo in grado di incidere in maniera significativa sulla sicurezza dei lavoratori. E ciò tanto più alla luce dell'intervento c.d. 'correttivo' effettuato con il d.lgs n. 106/2009, con il quale sono stati ulteriormente specificati i criteri attraverso cui il datore di lavoro deve effettuare la valutazione, ovvero la semplicità, brevità e comprensibilità, in modo da garantire la completezza e l'idoneità dello strumento di pianificazione della sicurezza aziendale (art. 28 2°comma lett. a) d.lgs 81/2008), con la specifica previsione, nel caso di costituzione di nuova impresa, dell'onere di effettuare una nuova valutazione dei rischi entro 90 giorni dalla data di inizio della stessa (art. 28, co. 3-bis d.lgs. 81/2008). L'obbligo di valutazione dei rischi ricade su ogni datore di lavoro, il quale, tuttavia, potrà avvalersi, nelle piccole e medie imprese, di procedure standardizzate di valutazione del rischio e, nelle imprese familiari o riconducibili a lavoratori autonomi, di procedure di autocertificazione.

## 3. Il debito di sicurezza del datore di lavoro, del dirigente e del preposto.

Il datore di lavoro, il dirigente ed il preposto sono le figure sulle quali gravano, in maniera precipua, il debito di sicurezza e le corrispondenti responsabilità in ipotesi d'inottemperanza alle prescrizioni normative in materia di sicurezza dei lavoratori, delle quali sono i diretti destinatari.

Per effetto della disposizione generale sancita dall'art. 2087 c.c.14, che pone l'obbligo generale del datore di lavoro di adottare misure di tutela dell'integrità fisica e della personalità morale dei lavoratori, – e di quelle specifiche previste dalla normativa antinfortunistica – il datore di lavoro è costituito garante dell'incolumità fisica e della salvaguardia della personalità morale dei prestatori di lavoro 15, con la conseguenza che, ove egli non ottemperi ai previsti obblighi di tutela, l'evento lesivo generato dalla violazione di tali obblighi gli è imputato secondo il meccanismo previsto dall'art. 40 2°comma c.p..

Tale assunto muove dalla considerazione che il datore di lavoro ha il "dominio sull'impresa", governandone in maniera attuale ed efficace l'organizzazione ed il processo di produzione e così controllandone le fonti di pericolo connesse16, con le quali potrebbe entrare in contatto il lavoratore, il quale, al contrario, non ha il dominio, appunto, delle situazioni che potrebbero mettere a rischio l'integrità dei suoi beni.

Il datore di lavoro, perciò, ha, in primo luogo, un dovere di prevenzione tecnica ed organizzativa, che gli impone di fornire al lavoratore macchine e strumenti di lavoro privi di pericolo, alla luce della migliore ricerca tecnologica 17; ha, poi, un dovere di



prevenzione informativa e formativa, consistente nell'obbligo di rendere edotti i lavoratori dei pericoli che possono scaturire dall'uso scorretto delle macchine o degli strumenti di lavoro e di rappresentare loro che, per evitare gli infortuni, non esistono accorgimenti alternativi a quelli indicati di volta in volta, pretendendo, al contempo, che i lavoratori medesimi siano consapevoli del dovere, tanto nei propri confronti quanto nei confronti della collettività, di rispettare le norme antinfortunistiche 18; ha, infine, un dovere di controllare e vigilare, in maniera assidua ed ininterrotta, che le norme antinfortunistiche vengano scrupolosamente osservate 19, dovendo proteggere il lavoratore persino da sé stesso, ed anche contro la sua stessa volontà 20.

In sintesi, dunque, il datore di lavoro deve, per un verso, attivarsi positivamente per organizzare le attività lavorative in modo sicuro, assicurando l'adozione delle doverose misure tecniche ed organizzative per ridurre al minimo i rischi connessi all'attività lavorativa, e, per altro verso, ha l'obbligo di accertarsi del rispetto dei presidi antinfortunistici, vigilando a che le condizioni di sicurezza siano mantenute per tutto il tempo in cui l'opera è prestata.

Tale principio è stato ribadito dall'art. 18 comma 3 bis del d.lgs n. 81/2008, introdotto dal d.lgs n. 106/2009, che ha espressamente sancito il dovere del datore di lavoro e del dirigente di assolvere oltre agli obblighi propri, anche a quelli di vigilanza sull'adempimento degli obblighi propri dei preposti (art. 19), dei lavoratori (art. 20), dei progettisti (art. 22), dei fabbricanti e dei fornitori (art. 23), degli installatori (art. 24) e del medico competente (art. 25), ferma restando l'esclusiva responsabilità di tali soggetti (obbligati in proprio), allorché la mancata attuazione dei relativi obblighi sia loro integralmente addebitabile, non essendo riscontrabile un difetto di vigilanza da parte del datore di lavoro o del dirigente.

Va osservato, in proposito, che la norma contenuta nell'art. 2 D.lgs n. 81/2008 ha dato esclusivo rilievo, ai fini della individuazione dei soggetti titolari del debito di sicurezza, proprio al requisito dell'organizzazione dell'attività, non disgiunto dall'esercizio dei poteri decisionali e di spesa inerenti la stessa.

Sulla base degli enunciati criteri generali, la stessa norma ( art. 2, comma 1, lett. b) d.lgs n. 81/2008) ha individuato la figura del datore di lavoro nelle pubbliche amministrazioni, recependo ed esplicitando il consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo il quale, ove l'organo di vertice delle singole amministrazioni, cioè l'organo di direzione politica, non abbia individuato il dirigente, o il funzionario non dirigente cui attribuire la qualità di datore di lavoro21, le conseguenze scaturenti dal debito di sicurezza continueranno ad incombere sullo stesso organo di vertice22.

Se il datore di lavoro è, dunque, il responsabile dell'organizzazione dell'attività, sia dell'impresa nel suo complesso che dell'unità produttiva, ed esercita poteri gestionali, decisionali e di spesa, il dirigente, nell'ambito dell'organigramma aziendale, è colui che ha il compito di attuare le direttive impartite dal datore di lavoro, organizzando



l'attività lavorativa e vigilando su di essa, in virtù di poteri gerarchici e funzionali adeguati alla natura dell'incarico23.

Posta questa premessa, la giurisprudenza di legittimità si è fatta carico di selezionare parametri utili ad individuare, nel caso concreto, la funzione dirigenziale, comportante la titolarità degli obblighi di sicurezza 'iure proprio', affermando che la figura del dirigente presuppone l'esistenza di comportamenti ricorrenti, costanti e specifici dai quali desumersi l'effettivo esercizio di poteri decisionali, tali da consentirgli un'ingerenza nell'organizzazione del lavoro e della sua sicurezza24, pur nei limiti delle competenze e delle attribuzioni effettivamente conferitegli.

Come il datore di lavoro ed il dirigente, anche il preposto (ed è tale il capo cantiere25) è indubbiamente destinatario diretto (iure proprio) delle norme antinfortunistiche, prescindendo da un'eventuale "delega di funzioni" conferita dal datore di lavoro, come si ricava, del resto, dal disposto dell'art. 56 d.lgs. n.81/2008, ove sono stabilite le sanzioni per l'inosservanza alla normativa precauzionale di cui è direttamente onerato il preposto, distinte da quelle previste per il datore di lavoro dall'art. 55 dello stesso Testo Unico.

La norma di cui all'art. 19 D.lgs. n. 81/2008 annovera, infatti, anche il preposto tra i soggetti obbligati ad attuare le misure di sicurezza previste dalla normativa di settore e dal documento di sicurezza aziendale, imponendogli di attivarsi nel controllo della rispondenza dei luoghi di lavoro alle prescrizioni antinfortunistiche e di compiere tutto quanto sia nella sua possibilità per rimuovere eventuali situazioni pregiudizievoli per la sicurezza dei lavoratori riscontrate nello svolgimento di quelle attività, che egli pur sempre dirige e sovrintende, assumendo, dunque, a sua volta, nei confronti dei lavoratori una posizione di garanzia.

La richiamata previsione normativa, dunque, assegnando al preposto funzioni di supervisione e controllo delle attività lavorative altrui, implica quindi che egli sia tenuto a verificare che soltanto i lavoratori che abbiano ricevuto adeguate istruzioni accedano alle zone che li espongono ad un rischio grave e specifico ed altresì a segnalare tempestivamente al datore di lavoro sia le deficienze dei mezzi e delle attrezzature e dei dispositivi di protezione individuale sia ogni altra condizione di pericolo che si verifichi durante il lavoro.

Come per il dirigente, anche per il preposto – laddove non vi sia una precisa individuazione della corrispondente figura nell'organigramma dell'impresa –, in vista della riconducibilità al soggetto dotato dei suddetti poteri di direzione e vigilanza della responsabilità per eventuali inadempimenti alle prescrizioni antinfortunistiche, occorre avere riguardo, per il riconoscimento della qualifica di preposto, più che a dati formali alle mansioni effettivamente svolte, ed in particolare alla posizione di preminenza rispetto agli altri lavoratori, che lo ponga nella condizione di potere impartire ordini, istruzioni e direttive sul lavoro26, in guisa da rivestire il ruolo di estensione soggettiva del datore di lavoro, con il quale, in ipotesi di violazioni della



normativa di sicurezza, è chiamato a condividere la responsabilità a titolo di culpa in vigilando.

Il riconoscimento in capo al datore di lavoro della principale posizione di garanzia in funzione della tutela dell'integrità psicofisica del lavoratore, non esclude, ma anzi esige, in nome del principio di effettività della tutela medesima sancito dall'art. 299 D.lvo 81/2008 – in ossequio alla teoria funzionalistica ivi parzialmente accolta -, che anche i soggetti sprovvisti d'una precisa qualifica aziendale o d'un incarico formale, ma, di fatto, investiti dei compiti e delle prerogative connesse al ruolo organizzativo –gestionale dell'impresa siano gravati degli obblighi e delle responsabilità derivanti dal debito di sicurezza nei confronti dei lavoratori27.

### 4. La delega di funzioni: formalità e limiti.

Con il dettare, attraverso la norma di cui all'art. 16 d.lgs. n. 81/2008, (così come modificata dal d.lgs. n. 106/2009), la disciplina della delega di funzioni, il legislatore ha inteso recepire l'omologo istituto di matrice giurisprudenziale, fissando, in particolare, il principio secondo il quale il datore di lavoro, pur in presenza di una delega valida ed efficace, resta pur sempre investito di un obbligo di vigilanza in ordine al corretto espletamento, da parte del delegato, delle funzioni trasferite. Obbligo, questo che, attualmente, per effetto della riformulazione dell'art. 16 3° comma d.lgs. n. 81/2008, operato dal richiamato decreto correttivo 106/2009, può dirsi assolto dal datore di lavoro, solo laddove egli dimostri di avere predisposto una struttura organizzativa che si presenti, in materia di sicurezza, idonea ad assicurare gli obiettivi di tutela imposti, mediante la predisposizione e la efficace attuazione di un idoneo modello di verifica e controllo (ex art. 30, comma 4 d.lgs. 81/2008)28.

Secondo l'interpretazione allo stato più accreditata, l'intento perseguito legislatore con la tipizzazione della delega sarebbe stato quello di vincolare l'attribuzione ad altri soggetti inseriti nell'apparato organizzativo dell'impresa ( ad esempio responsabili di reparto ) di funzioni proprie del datore di lavoro – e con esse, in particolare, il trasferimento dell'obbligo di prevenzione – ad uno strumento rigoroso che, in tal modo, da mezzo per provare la qualifica di dirigente e l'effettività dei poteri a questi attribuiti, assurgerebbe a requisito costitutivo del trasferimento funzionale.

Trasferimento funzionale che risulta sottoposto all'adempimento, da parte del datore di lavoro, di un onere sostanziale vincolato nella forma e nei contenuti – la stipulazione di un negozio giuridico bilaterale con forma scritta ad substantiam, data certa, sottoposto a pubblicità "adeguata e tempestiva" (art. 16 2°comma d.lgs. 81/2008)29 – proprio allo scopo, per un verso, di rendere certo l'affidamento dell'incarico a persona ben individuata, che lo abbia volontariamente accettato nella consapevolezza dell'obbligo di cui viene a gravarsi, vale a dire quello di osservare e fare osservare la normativa di sicurezza, e per altro verso, allo scopo di evitare indebite esenzioni e compiacenti sostituzioni di responsabilità30.



L'invalidità della delega di funzioni31- determinata dal mancato accertamento delle qualità tecnico-professionali del delegato, dall'assenza di sua accettazione della delega medesima ovvero dalla mancanza di effettivi poteri di spesa in capo al delegato stesso –, se non esonera da responsabilità il delegante, non vale, d'altro canto, a tenere indenne il delegato dalle responsabilità connesse all'inadempimento degli obblighi prevenzionali, ove egli, di fatto, abbia svolto le funzioni delegategli; ciò, in virtù del principio di effettività, che presiede all'individuazione dei soggetti responsabili del rispetto della normativa in materia di sicurezza sul lavoro. Con la conseguenza che il delegato, che non sia stato posto nelle condizioni di svolgere le funzioni delegate o che non sia in grado di svolgerle adeguatamente, è esentato da responsabilità, soltanto ove abbia chiesto al delegato di essere posto nelle condizioni di svolgerle adeguatamente ed, in caso di diniego o di mancato adempimento, abbia rifiutato espressamente l'esecuzione della delega32.

Poiché il datore di lavoro rimane, in ogni caso, il principale garante dell'incolumità fisica e morale del lavoratore, l'art. 17 d.lgs n. 81 /2008, ha stabilito che non siano delegabili dal datore di lavoro le funzioni prevenzionistiche connesse alla valutazione dei rischi, con la conseguente elaborazione del relativo documento ex art. 28 D.l.vo 81/2008, nonché la designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione, gravando, in via esclusiva, sul datore di lavoro gli obblighi connotati da natura propulsiva e programmatica, che implicano necessariamente una corrispondenza tra poteri e doveri33.

In applicazione di questo principio, la giurisprudenza di legittimità haripetutamente affermato che il datore di lavoro, pur a fronte di una delega corretta ed efficace, non potrebbe andare esente da responsabilità, allorché le carenze nello specifico settore della sicurezza, attengano a scelte di carattere generale della politica aziendale, rispetto alle quali nessuna capacità di intervento possa realisticamente attribuirsi al delegato alla sicurezza – come accade di frequente nello svolgimento di attività lavorative pericolose –, idonee a porsi come concause efficienti di malattie professionali34.

# 5. Il responsabile del servizio di prevenzione e di protezione: differenze rispetto alla figura del responsabile per la sicurezza; il ruolo e la funzione del medico competente.

La responsabilità del datore di lavoro non esclude la concorrente responsabilità del responsabile del servizio di prevenzione e protezione, il quale, essendo privo di poteri decisionali e di spesa (e quindi non essendo in grado di intervenire direttamente per rimuovere le situazioni di rischio), può essere ritenuto corresponsabile del verificarsi di un infortunio, soltanto quando questo sia oggettivamente riconducibile ad una situazione pericolosa che egli avrebbe avuto l'obbligo di conoscere e segnalare, dovendosi presumere che, ove tale situazione pericolosa gli fosse stata segnalata, il datore di lavoro avrebbe adottato le necessarie iniziative idonee a neutralizzarla35.



Il responsabile del servizio di prevenzione e prevenzione, dunque, non risponde per il solo fatto di non avere svolto adeguatamente le proprie funzioni di verifica delle condizioni di sicurezza, difettando un'espressa sanzione di tale comportamento nel sistema normativo, ma, piuttosto, secondo le regole generali in materia di causalità dettate dagli artt. 40 e 41 c.p.; quindi a condizione che la sua inosservanza abbia costituito una concausa dell'evento infortunistico 36, verificato si proprio in ragione dell'inosservanza colposa dei compiti di prevenzione attribuitigli dall'art. 33 d.lgs. n. 81/2008. L'omissione colposa del dovere di segnalazione incombente sul responsabile del servizio predetto, impedendo, infatti, l'attivazione da parte dei soggetti muniti delle necessarie possibilità di intervento, si pone come concausa dell'evento dannoso, scaturito quale effetto della mancata rimozione della condizione di rischio: con la conseguenza, quindi, che, qualora il RSPP, agendo con imperizia, negligenza, imprudenza o inosservanza di leggi e discipline, abbia trascurato di segnalare una situazione di rischio (o, anche, abbia dato un suggerimento sbagliato), inducendo, così, il datore di lavoro ad omettere l'adozione di una doverosa misura prevenzionale, lo stesso deve essere chiamato a rispondere insieme a questi dell'evento dannoso derivatione37.

Da evidenziare, altresì, che la figura del responsabile del servizio di prevenzione e protezione non corrisponde a quella di delegato per la sicurezza. In effetti il responsabile del servizio di prevenzione e protezione costituisce figura del tutto distinta da quella, meramente eventuale, del responsabile per la sicurezza che, in quanto destinatario di poteri e responsabilità originariamente ed istituzionalmente gravanti sul datore di lavoro, dev'essere formalmente individuato ed investito del suo ruolo con le rigorose modalità della delega di funzioni38.

Il medico competente, infine, ha il dovere, ai sensi dell'art. 25 d.lgs. n. 81/2008, di collaborare con il datore di lavoro nella valutazione dei rischi ai fini della programmazione e della predisposizione delle misure per la tutela della salute e dell'integrità psicofisica del lavoratore, dovendo prendere in considerazione specificamente i particolari tipi di lavorazione e le modalità di organizzazione del lavoro, nonché di programmare ed attuare la sorveglianza sanitaria. Egli risponde, pertanto, della contravvenzione di cui agli art. 25 lett. a) e 58 lett. c) d.lg. n. 81 del 2008, nel caso in cui ometta di collaborare attivamente alla valutazione dei rischi, sottoscrivendo ad esempio un documento generale di valutazione dei medesimi che presenta incongruenze rispetto alle specifiche lavorazioni effettuate dall'impresa per la quale è nominato39.

Il datore di lavoro non è tuttavia responsabile della malattia professionale occorsa al lavoratore per effetto di errori nella diagnosi (o nella cura) commessi dal medico competente. La giurisprudenza di legittimità, in ossequio al principio della personalità della responsabilità penale, pur ribadendo l'obbligo per chi riveste una posizione di garanzia all'interno dell'azienda di effettuare i dovuti controlli sui collaboratori dell'impresa per assicurare il rispetto delle norme di sicurezza, esclude la



responsabilità del datore di lavoro o del dirigente nell'ipotesi in cui vi siano stati errori del medico che abbino contribuito a cagionare o ad aggravare una malattia professionale, non potendosi esigere che tali soggetti siano nella condizione di valutare la correttezza di una diagnosi o di una cura di una malattia professionale. Potendosi, semmai, contestare al datore di lavoro un profilo di imprudenza, negligenza o di imperizia nella scelta del medico competente, se palesemente inadeguato, o il mancato controllo sul regolare svolgimento dell'attività di prevenzione sanitaria40.

# 6. La sicurezza nei cantieri. il riparto di responsabilità nell'appalto: il committente, l'appaltatore, il coordinatore per la progettazione, il coordinatore per l'esecuzione, il direttore dei lavori.

La questione dell'individuazione delle figure gravate del debito di sicurezza nei confronti dei lavoratori presenta lineamenti di sicura problematicità in riferimento alla tematica della prevenzione degli infortuni nei cantieri, nei quali si avvicendano più imprese esecutrici41.

Sul punto, a far chiarezza, è intervenuta la giurisprudenza di legittimità, che, a più riprese, ha affermato il principio di diritto secondo il quale gli obblighi di osservanza delle norme antinfortunistiche, con riferimento all'esecuzione di lavori commessi in appalto all'interno di un cantiere edile, gravano su tutti coloro che esercitano i lavori, quindi anche sull'eventuale subappaltatore interessato all'esecuzione di un'opera parziale e specialistica42; questi ha, infatti, l'onere di riscontrare ed accertare la sicurezza dei luoghi di lavoro, pur se la sua attività si svolga contestualmente ad altra, prestata da altri soggetti, e sebbene l'organizzazione del cantiere sia direttamente riconducibile all'appaltatore, che non cessa di essere titolare dei poteri direttivi generali e rimane obbligato nei confronti del lavoratore che abbia patito un danno, quantomeno per non avere vigilato sull'operato altrui in ordine alla corretta attuazione del piano di sicurezza43.

La massima richiamata vale, a definire, altresì, il ruolo e la responsabilità del coordinatore per la progettazione, il quale ha essenzialmente il compito di redigere il piano di sicurezza e coordinamento (PSC), che contiene l'individuazione, l'analisi e la valutazione dei rischi e che appresta le conseguenti procedure (e prevede le necessarie attrezzature) per neutralizzare i suddetti rischi per tutta la durata dei lavori. Diversamente il coordinatore per l'esecuzione dei lavori ha il compito di verificare, con opportune azioni di coordinamento e di controllo, l'applicazione delle disposizioni del piano di sicurezza; di verificare l'idoneità del piano operativo di sicurezza (POS), che costituisce un piano complementare di dettaglio del PSC e che deve essere redatto da ciascuna impresa presente nel cantiere; di adeguare il piano di sicurezza in relazione all'evoluzione dei lavori ed alle eventuali modifiche intervenute ; di vigilare sul rispetto del piano stesso e sospendere, in caso di pericolo grave ed imminente, le singole lavorazioni44.



Emerge dall'ordito nomologico del codice della sicurezza che le posizioni di garanzia, gravanti sulle due figure di coordinamento normalmente presenti nei cantieri, non si sostituiscono a quelle degli altri soggetti responsabili della sicurezza sul lavoro, ma ad esse si affiancano45, per realizzare, attraverso figure unitarie con compiti di coordinamento e controllo, la massima garanzia dell'incolumità dei lavoratori46.

Alla medesima ratio di potenziamento della tutela della vita e dell'integrità psicofisica dei lavoratori s'ispirano anche le figure del direttore dei lavori o del responsabile per la sicurezza, i quali, per conto del committente, hanno l'obbligo di cooperare con l'appaltatore all'attuazione delle misure di prevenzione e protezione, che questi adotta in favore dei lavoratori alle sue dipendenze, e, perciò, assumono nei confronti di questi ultimi una posizione di garanzia – in relazione ai rischi specifici connessi all'ambiente di lavoro nel quale essi sono chiamati ad operare – del tutto autonoma e concorrente rispetto a quella dei coordinatori per la progettazione e per l'esecuzione delle opere47. La giurisprudenza della Cassazione, ha precisato, in particolare, che il direttore dei lavori, per conto del committente, è si tenuto alla vigilanza sull'esecuzione fedele del capitolato di appalto, ma proprio in relazione ai poteri di sospensione o interdizione dei lavori in caso di evidenza di pericolosità della organizzazione di cantiere, di violazione delle buone regole dell'arte e di disapplicazione di norme cautelari stabilite a garanzia della salute dei lavoratori o dei terzi, è anch'egli titolare di una posizione di garanzia48.

Residua, infine, un'eventuale addebito di responsabilità in capo al committente delle opere appaltate per il vulnus subito dal lavoratore a causa del deficit di cautele prevenzionali predisposte all'interno del cantiere49; titolo di responsabilità che trova il proprio esplicito fondamento normativo nell'art. 26 d.lgs. n. 81/2008.

Poiché, tuttavia, come più volte evidenziato nelle pronunce della Corte di legittimità, non è possibile esigere dal committente medesimo un controllo pressante e capillare sull'organizzazione dell'impresa da parte dell'appaltatore, l'affermazione di corresponsabilità del committente per i danni all'integrità psicofisica del lavoratore deve essere filtrata attraverso un'attenta analisi della specificità dei lavori commessi, dei criteri seguiti dal committente per la scelta dell'appaltatore o del prestatore d'opera, della possibilità e del livello d'ingerenza del committente nell'esecuzione dei lavori oggetto dell'appalto o del contratto di prestazione d'opera ed, infine, della percepibili tà agevole ed immediata da parte dello stesso committente di eventuali situazioni di pericolo50: ciò allo scopo di verificare quale sia stata, in concreto, l'effettiva incidenza della condotta del committente nell'eziologia dell'evento51, tenuto conto altresì che egli è tenuto ad adempiere ad alcuni obblighi specifici quali l'informazione sui rischi dell'ambiente di lavoro e la cooperazione nell'apprestamento delle misure di protezione e prevenzione52.

### 7. La colpa del lavoratore.



La posizione di garanzia assunta dal datore di lavoro nei riguardi dell'incolumità fisica e della salvaguardia della personalità morale dei prestatori di lavoro comporta l'insorgere a suo carico del dovere di accertarsi che l'ambiente di lavoro in cui opera il lavoratore abbia i requisiti di affidabilità e di legalità quanto a presidi antinfortunistici, idonei a realizzarne la tutela e di vigilare costantemente a che le condizioni di sicurezza siano mantenute per tutto il tempo in cui l'opera è prestata.

Il principio dell'affidamento – per il quale ogni consociato può confidare che ciascuno si comporti adottando le regole precauzionali normalmente riferibili al modello di agente proprio della attività svolta, cosicché ciascuno deve evitare soltanto i pericoli scaturenti dalla propria condotta – non trova applicazione nella materia della sicurezza del lavoro, in cui l'obbligo di diligenza si innesta proprio sulla posizione di garanzia che grava sul datore di lavoro in quanto destinatario delle norme antinfortunistiche 53.

La Suprema Corte 54, sviluppando tale principio, ha così chiarito che, in ipotesi d'infortunio sul lavoro, può escludersi l'esistenza del rapporto di causalità tra l'asserita violazione delle norme antinfortunistiche riferibile al datore di lavoro – ed a coloro che lo coadiuvano nell'adempimento dell'obbligo di sicurezza – e l'evento di danno, unicamente allorché sia provata **l'abnormità del comportamento del lavoratore** infortunato e sia dimostrato altresì che proprio questa abnormità abbia dato causa all'evento 55; dove per abnorme deve considerarsi il comportamento che, per la sua stranezza e imprevedibilità, si ponga al di fuori di ogni possibilità di controllo da parte delle persone preposte all'applicazione delle misure di prevenzione contro gli infortuni sul lavoro56. In tal caso, infatti, la condotta del lavoratore si pone come causa sopravvenuta da sola sufficiente a determinare l'evento (art. 41, comma 2, c.p.)57, e dunque come serie causale autonoma rispetto alla precedente condotta omissiva del datore di lavoro che non abbia informato o istruito quel lavoratore sulle norme antinfortunistiche proprie del settore, o del lavoro allo stesso affidato, o che non abbia vigilato o controllato che quel lavoratore osservasse quelle norme58.

Né un'eventuale colpa concorrente del lavoratore può, comunque, spiegare alcuna efficacia esimente per i soggetti aventi l'obbligo di sicurezza, i quali si siano comunque resi responsabili della violazione delle prescrizioni in materia antinfortunistica relativa alla predisposizione delle specifiche misure idonee a ridurre il rischio di verificazione dello specifico evento lesivo patito dal lavoratore pur versante in colpa 59.

# 8. La responsabilità degli enti per i reati commessi in violazione delle norme antinfortunistiche.

Occorre prendere atto che, nell'ottica della prevenzione dei rischi connessi allo svolgimento dell'attività lavorativa, la responsabilizzazione della persona giuridica assume una valenza privilegiata, poiché un comportamento inesigibile per la persona



fisica, in relazione alle sue limitate competenze tecniche e disponibilità finanziarie, può, invece, essere esigibile da parte dell'ente 60.

Tuttavia, proprio in relazione alle ipotesi di responsabilità dell'ente delineate dall'art. 25 septies d.lgs 231/2001 collegate alla commissione di "delitti" di omicidio e lesioni colpose aggravati dalla violazione delle norme antinfortunistiche, l'individuazione dell'interesse, quale punto di riferimento del finalismo dell'agire della persona fisica rappresentante o dipendente dell'impresa, idoneo ad attivarne il meccanismo di responsabilità 61, ha assunto connotati peculiari, perché la dottrina62 ha espresso più di qualche riserva in ordine all'operatività del sistema della responsabilità degli enti in relazione a questa categoria di reati presupposti, essendosi sostenuto che tale sistema, fondato sull'agire della persona fisica nell'interesse dell'ente, sia stato pensato con specifico riferimento alla commissione di reati dolosi e non di reati colposi: sulla considerazione che chi agisce colposamente non intende perseguire alcun interesse, tanto meno illecito ( art. 43 c.p. che delinea i delitti colposi come delitti contro l'intenzione).

Al di là di questa posizione estrema, la giurisprudenza di merito si è fatta carico della possibilità di ulteriori interpretazioni sostanzialmente abrogatrici della norma di cui all'art. 25 septies d.lgs 231/2001, affermando che, poiché nei delitti di omicidio colposo e di lesioni colpose da infortunio sul lavoro l'evento è il risultato della mancata adozione di misure di prevenzione, rientra nella logica della previsione normativa il ritenere che già la sola mancata adozione di tali misure faccia scattare il meccanismo imputativo della responsabilità amministrativa degli enti, denotando un'agire nell'interesse dell'ente, cui si garantisce un vantaggio, ad esempio nella forma del risparmio di costi o dell'incremento di produttività, derivanti dalla mancata adozione di sistemi di protezione individuali e collettivi: cosicché l'interesse e il vantaggio derivato all'ente andrebbero collegati alla sola condotta antidoverosa e non anche all'evento63.

La descritta impostazione sembra determinare, a ben vedere, una lesione del principio di legalità, pur ribadito dall'art 2 d.lgs. n. 231 / 2001, poiché la responsabilità dell'ente in tal caso discenderebbe non già dal reato colposo di evento (descritto dall'art. 25 septies come delitto) bensì dall'illecito (talvolta anche di carattere non penale e comunque contravvenzionale), integrato dalla condotta, come se l'ente fosse chiamato a rispondere perché l'agente ha violato una norma prevenzionistica e non per avere cagionato l'evento lesivo di cui agli artt. 589 e 590 c.p : quindi per un reato diverso da quelli previsti dall'art. 25-septies! Con l'ulteriore conseguenza – non priva di effetti sul terreno pratico – che, quando abbiano a verificarsi tali delitti, l'interesse dell'ente sarebbe in re ipsa, venendo affermato ogni qual volta vi sia una condotta posta in essere dalla persona fisica – funzionalmente collegata all'ente – inosservante delle norme precauzionali dettate a tutela della sicurezza sul lavoro, quand'anche questi in effetti non abbia agito nell'interesse dell'ente ma abbia commesso il reato semplicemente nello svolgimento dell'attività dell'ente64. Ciò a meno di non volere



escludere quelle condotte consistenti nella semplice inerzia, nella mera sottovalutazione dei rischi, nella non adeguata considerazione od esecuzione delle misure preventive da assumere, ovvero nella violazione, in via episodica ed in ambito locale e decentrato, di procedure vigenti o di sistemi di sicurezza esistenti nel contesto aziendale idonei a prevenire l'evento65.

- 1 PADOVANI, Il nuovo volto del diritto penale del lavoro, in Riv. trim. dir. pen. econ., 1996, p. 1161.
- 2 MORGANTE, Spunti di riflessione su diritto penale e sicurezza del lavoro nelle recenti riforme legislative, in Cass.pen., 2010, 09, 3319.
- 3 PERINI, Il concetto di rischio nel diritto penale moderno, Milano, 2010, pag. 174 ss.
- 4 PULITANÒ, Gestione del rischio da esposizioni professionali, in Cass. Pen. 2006,2, 778.
- 5 DE FRANCESCO, Pericolo, rischio, incertezza. Il controllo penale e i suoi confini nella temperie della postmodernità, in Regole dell'agricoltura e regole del cibo, Produzione agricola, sicurezza alimentare e tutela del consumatore, Pisa, 2005, p. 126.
- 6 MASSARO, Principio di precauzione e diritto penale: nihil novi sub sole?, in questa Rivista; GIUNTA, Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione, in Criminalia, 2006, p. 231.
- 7 Sez. IV, Sent. n. 4675, del 17/5/2006 dep. 6/02/2007, Rv. 235659, Bartalini e altri, in Cass. pen., 2009, 7-8,
- 2837 ss., con nota di DI SALVO, Esposizione a sostanze nocive, leggi scientifiche e rapporto causale nella pronuncia della Cassazione sul caso "Porto Marghera" ed in Diritto e Pratica del Lavoro, 2007, 9, 611.
- 8 Cfr. Sez. IV, 17/09 / 2010, n. 43786, c.d. caso delle "Ferrovie Trento Malè", che ha ammesso, tuttavia «l'esistenza di un dibattito irrisolto» relativo alla causalità e alla colpa nelle ipotesi di responsabilità datoriale per l'esposizione ad amianto, in Cass. pen., 2011, 5, 1712, con nota di BARTOLI, Responsabilità penale da amianto: una sentenza destinata a segnare un punto di svolta?
- 9 BLAIOTTA, Carichi esigibili e produttività, ma anche qualità del decidere e rispetto del codice, in Cass. pen. 2009,06, 2264.
- 10 Sez. IV, Sent. n. 4675, del 17/5/2006, cit.
- 11 Sez. IV, Sent. 13/3/2012, n. 11425, in dejure.giuffrè.it
- 12 La Corte di Giustizia Europea, nella sentenza n. 49/2001 ha precisato che : " i rischi professionali che devono essere oggetto di valutazione da parte dei datori di lavoro non sono stabiliti una volta per tutte, ma si evolvono costantemente in



funzione, in particolare, del progressivo sviluppo delle condizioni di lavoro e delle ricerche scientifiche in materia di rischi di lavoro; sul punto CASTRONUOVO, Le «dimensioni parallele» del diritto penale tra codice e leggi complementari, Nota a Corte di Giustizia CE, 15 / 11 / 2001, n. 49, Sez. V, in Cass. pen. 2002, 10, 3231, e MARANDO, Sicurezza del lavoro comunitaria : censurato dalla Corte Europea, lo Stato italiano corre ai ripari, in Resp. Civ. e prev. 2002, 3, 663.

- 13 RENZETTI, Osservazioni a Cass.pen., Sez. IV, n. 17634, 10 marzo 2009, in Cass. pen., 2010, 9, 3093 e PISANI, Posizioni di garanzia e colpa d'organizzazione nel diritto penale del lavoro, in Riv. trim. dir. pen. econ., 2009, p. 123ss.
- 14 La Corte cost., nella sentenza 11 dicembre 1996 n. 399, in Giur. cost., 1996, n. 3646, ha ritenuto che, in quanto norma aperta, l'art. 2087 c.c. permettesse all'ordinamento una sorta di adeguamento permanente alla sottostante realtà socio-economica, in modo da supplire ad eventuali lacune cui una normativa potrebbe dar luogo, non potendo prevedere qualsiasi fattore di rischio.
- 15 Sez. IV, Sent. n. 13749 del 20/1/2011, in Dir. e giust. 12/4/2011 e Sez. IV, Sent. n. 2816 del 21/12/2010, inGuida dir. 2011, 18, 75.
- 16 PISANI, Posizioni di garanzia e colpa d'organizzazione nel diritto penale del lavoro, in Riv. trim. dir. pen. econ.,2009, cit.
- 17 Sez. IV, Sent. n. 31571 del 8 /8/2011, con nota di MACHINA GRIFEO, in Guida Dir., 23 /8 /2011, Datore sempre responsabile per la pericolosità del macchinario.
- 18 GIUNTA-MICHELETTI, Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro, Milano, 2010, p. 91 ss., i quali ritengono che attualmente il lavoratore sia chiamato in prima persona ad applicare le norme di sicurezza, non potendo definirsi solo beneficiario delle norme prevenzionistiche, ma anche destinatario di una serie di precetti antinfortunistici, complementari rispetto al debito di sicurezza dei principali garanti.
- 19 Sez. IV, Sent. n. 16888 del 7/2/2012, in Guida dir. 2012, 24, 94.
- 20 Sez. lav., Sent. n. 8267 del 1/9/1997, in Mass. giur. lav., 1997, p. 818 con nota di GRAGNOLI.
- 21 Sez. III, Sent. n. 35137 del 13/6/2007, dep. il 20/09/2007, Rv. 237379, in Guida dir. 2007, Dossier 10, 61; Sez. IV, sent. 38840 del 22/6/2005, dep. il 21/10/2005, Rv. 232418, Ioratti, con nota di FORMICA, La condanna di un sindaco tra inadempienza formativa del datore di lavoro pubblico e colpa strutturale del vertice politico, in Riv. it. dir. proc. pen., 2009, 2, 967, segg.
- 22 Sez. III, Sent. n. 15206 del 22/3/2012, in Dir. e Giust., 2012, 23 aprile.
- 23 BLAIOTTA, Carichi esigibili e produttività, ma anche qualità del decidere e rispetto del codice, in Cass.pen. 2009,06, 2263 cit.



24 Sez. IV, Sent. n. 13915 del 16/1/2008, dep. il 3/4/2008, Rv. 239587, Clari, in Cass. pen. 2009, 5, 2156, e Sez. IV, Sent. n. 7386 del 23/3/2000, dep. il 24/6/2000, Rv. 216603, Capinera ed altro, in Cass. pen. 2002, 1529.

25 Sez. IV, Sent. n. 38002, del 9 /7/ 2008, dep. il 3/8/2008, Rv. 241217, Abbate, in Guida dir. 2008, 45, 83.

26 Sez. IV, Sent. n. 35666 del 19/6/2007,dep. il 28/9/2007, Rv. 237468, Lanzellotti, in C.E.D. Cass. pen. 2008.

27 Sez. III, n. 49580, del 4 / 11 / 2009, dep. il 28 / 12 / 2009, in Not. giur. lav., 2010, p. 208.

28 D'ALESSANDRO, La delega di funzioni nell'ambito della tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, alla luce del decreto correttivo n. 109/2009, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2010, 3, 1125 ss., il quale sottolinea come tale modello costituisce parte integrante, in relazione alle ipotesi previste dall'art. 25-septies del d.lgs. 231/2001 del più ampio modello di organizzazione e gestione che può rilevare ai fini dell'esonero dalla responsabilità amministrativa dell'ente a fronte di reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio.

29 PADOVANI, La delega di funzioni tra vecchio e nuovo sistema di prevenzione antinfortunistica, in Cass. pen., 2011, 04, 1581.

30 Sez. IV, Sent. n. 39266 del 4 /10/2011, dep. il 31/10/2011, Rv. 251440, Forconi, in C.E.D. Cass. pen. 2011.

31 Sez. IV, Sent. 48295 del 27/11/2008, dep. il 29/12/2008, Libori, con nota di AMATO, Le novità normative in tema di delega di funzioni, in Cass.pen., 2009, 5, p. 2094.

32 Sez. III, Sent. 44890 del 21/10/2009, dep. il 20/11/2009, Rv. 245271, Ganduscio, con nota di MATARAZZO, Sicurezza del lavoro ed invalidità della delega di funzioni, in Lav. e prev. oggi, 2010, 5, 586.

33 Sez. IV, Sent. 4123 del 10/12/2008, dep. il 28/01/2009, Rv.242480, Vespasiani, con nota di STRATA, La delega delle funzioni in materia di sicurezza del lavoro, in Cass. pen. 2009, 9, 4, 3550.

34 CERCHIORI, Il "caso Montefibre": la responsabilità penale è dell'intero Consiglio di amministrazione se la causa dell'evento mortale è dipesa da carenti scelte generali e strategiche, nota a Sez. IV, Sent. n. 38991 del 10/06/2010, in Dir. e Giust. 2010, 0, 502.

35 Sez. IV, Sent. n. 28779 del 20 aprile 2011, in Guida Dir. 2011, 38, 95.



- 36 DEL FORNO, Il responsabile del servizio di prevenzione e protezione non libera il datore dalle proprie responsabilità in tema di prevenzione infortuni, Nota a Cass. Sez.IV, n. 1841 del 16 / 12 / 2009, in Riv. pen., 2010, 11, 1125.
- 37 Sez. IV, Sent. n. 32195 del 15 /7/2010, in C.E.D. Cass. pen. 2010.
- 38 Sez. IV, Sent. n. 37861 del 10/7/2009, in C.E.D. Cass. pen. 2009.
- 39 PARISI, Analisi della responsabilità colposa del medico del lavoro per gli infortuni in azienda, in Riv.pen. 1999,139
- 40 Sez. IV, Sent. n. 34373 del 13/7/2011, in dejure.giuffrè.it
- 41 MORGANTE, Le posizioni di garanzia nella prevenzione antinfortunistica in materia di appalto, in Riv.it.dir. e

proc. pen., 2001, 88.

- 42 GARLATTI, Impresa subappaltatrice e concorrente responsabilità omissiva per violazione delle norme precauzionali
- e omessa valutazione del rischio, Nota a Cass. Sez.IV, n. 16420 del 23 /1/2007, in D.L. Riv. critica dir.lav., 2007, 3,

964.

- 43 Sez. IV, Sent. n. 42477 del 16/7/2009, Rv. 245786, in Dir. e Giust. 2009.
- 44 DEL FORNO, La vigilanza del coordinatore per la sicurezza in fase di esecuzione dei lavori, Nota a Cass., Sez. IV, n. 1490 del 20/11/2009, in Riv. pen., 2010, 5, 505.
- 45 AMATO, L'obbligo di coordinamento tra imprese esclude qualsiasi intervento in supplenza, Nota a Cass. Sez. IV, n.28197, del 21/5 /2009, in Guida Dir., 2009, 35, 51.
- 46 Sez. IV, Sent. n. 18472 del 4/3/2008, Rv. 240393, in Cass. Pen. 2009, 5, 2154.
- 47 Sez. IV, Sent. n. 17634 del 10/3 /2009, Rv. 243996, in C.E.D. Cass. 2009.
- 48 Sez. IV, Sent. n. 12993 del 25/06/1999, Rv. 215165, in Riv. trim.dir.pen. economia 2000, 487; Sez. IV, Sent. n. 49462 del 26/3/2003, Rv. 227070, in Cass. pen., 2004, 3765.
- 49 POTETTI, Responsabilità del committente e del responsabile dei lavori in cantieri temporanei e mobili, Nota a Cass. Sez. III, 25/01/2007, n. 7209, in Cass. pen., 2008, 1, 306.
- 50 Sez. IV, Sent. n. 15081 dell'8 /4 /2010, Rv. 247033, in Dir. e Giust., 2010, con nota di CECCARELLI, Sul committente non grava un obbligo generalizzato ed incondizionato di controllo del rispetto della normativa antinfortunistica da parte dell'appaltatore.
- 51 Sez. IV, n. 3563, del 18/1/2012, in Resp. civ. e prev., 2012, 2, 647.



- 52 Sez. III, Sent. n. 6884 del 18/11/2008, in Cass. pen., 2010, 2, 764.
- 53 Sez. IV, 3 giugno 1999, Grande, in Mass. giur. lav., 2000, p.986, con nota di GIOVANOLI, Il concorso colposo del lavoratore infortunato tra principio di affidamento e interruzione del nesso causale.
- 54 SALVEMME, Osservazioni a Cass. Pen., 14 dicembre 2010, sez. IV, n. 5005, Nota a Cassazione penale, 14/12/2010, n. 5005, sez. IV, in Cass. pen., 2012, 4, 1479; nello stesso senso Sez. IV, Sent. n. 23292 del 28/4/2011, Rv. 250710, in Dir. e Giust., 2011, 18 giugno, con nota di BRUNO, E' responsabile anche il lavoratore che per imprudenza causa il sinistro.
- 55 DEL FORNO, Infortunio sul lavoro, responsabilità del datore di lavoro e condotta abnorme del lavoratore, Nota a Trib pen. Cremona, 8/3/2010, n. 53, in Riv. pen., 2010, 7-8, 759.
- 56 Sez. IV, Sent. 10121 del 23 /01/2007, Rv. 236109, in Cass. pen., 2008, 4, 1550, in cui la Suprema Corte ha pure chiarito che non può affermarsi che abbia queste caratteristiche il comportamento del lavoratore che abbia compiuto un'operazione rientrante pienamente, oltre che nelle sue attribuzioni, nel segmento di lavoro attribuitogli.
- 57 VALLINI, "Cause sopravvenute da sole sufficienti" e nessi tra condotte, in questa Rivista, ed in Studi in onore di Franco Coppi, Vol.I, a cura di Brunelli, Torino, 2011, 341 ss.
- 58 TRINCHERA, Comportamento colposo del lavoratore infortunato e responsabilità penale del datore di lavoro, in questa Rivista.
- 59 Sez. IV, 14 /12/1999 n. 3580, Bergamasco, Rv. 215686, in Riv. trim. dir. pen. economia 2000, 805; Sez. IV, 3/6/1999 n. 12115, Grande, Rv. 214999, cit.; Sez. IV, 14 /6/1996 n. 8676, Leritano, Rv. 206012, in Giust. pen., 1997,II, 515.
- 60 Sui riverberi del ricorso al sistema della responsabilità amministrativa degli enti nel diritto penale della sicurezza del lavoro, DI GIOVINE, Sicurezza sul lavoro, malattie professionali e responsabilità degli enti, in Cass.pen., 2009, 3, 1331.
- 61 In materia di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, ai sensi dell'art. 5 d.lgs 231/2001, gli elementi dell'interesse e del vantaggio dell'ente che hanno valenza alternativa e sono riferibili a sfere diverse : il primo alla tensione soggettiva della condotta verso un risultato favorevole; il secondo al risultato oggettivamente conseguito costituiscono i criteri d'imputazione dell'illecito amministrativo dipendente dal reato commesso dalle figure apicali dell'ente medesimo o dai dipendenti.
- 62 PISANI, Commento al d.lgs 81/2008, in Dir. pen. e proc., 2008, 827 ss. e D'ARCANGELO, La responsabilità da reato degli enti per gli infortuni sul lavoro, in



Resp. amm. Soc. enti, 2008, 2, 97, MANCINI, L'introduzione dell'art. 25 septies d.lgs 231 /2001. Criticità e prospettive, in Resp. amm. soc. enti, 2008, 2, 53.

63 L'interpretazione secondo la quale il criterio dell'interesse o del vantaggio nei delitti colposi di cui all'art. 25 septies sarebbe da ricollegare alla sola condotta dell'autore del reato e non al reato nella sua interezza, con ciò valorizzando il dato letterale desumibile dall'art. 5, comma 2, del d.lg. n. 231: "l'ente non risponde se le persone indicate nel comma 1 hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi dal Tribunale di Trani (Sezione di Molfetta – Giudice Gadaleta) del 26 ottobre 2009/11 gennaio 2010, nel caso "Truck Center Sas, in Corr. Merito 2010, 410 con annotazione di GATTA ed dal Tribunale di Pinerolo, 23/9/2010, in www.rivista231.it. Sul punto LOY, In tema di responsabilità dell'ente e reati colposi d'evento (art. 25 septies d.lgs. 231/2001), nota a G.U.P. Tribunale di Cagliari, sent. 4/7/2011, in questa Rivista, e GENTILE, Nota a G.U.P. Tribunale di Cagliari, sent. 4/7/2011, in Corr.merito 2012, n. 2, p. 169s

64 VITARELLI, Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti:un difficile equilibrio normativo, in Riv.it. dir e proc.pen., 2009, 2, 695.

65 Sul punto confronta tuttavia GUP Tribunale di Tolmezzo, 23 gennaio 2012 (dep. 372 / 2012), in questa Rivista, il quale ha precisato che in materia di responsabilità delle persone giuridiche, allorché il reato presupposto, sia uno di quelli elencati nell'art. 25 septies d.lgs. 231/2001, non assumono rilievo le violazioni che non siano il frutto di esplicite deliberazioni volitive finalisticamente orientate a soddisfare l'interesse dell'ente.

## RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO DELL'AMBIENTE

ANNO 2010 / NUMERO 0

MAURO CATENACCI \*

- \* Professore ordinario di Diritto Penale, Università degli Studi di Roma Tre.
- 13. I reati ambientali e il principio di offensività

### **ABSTRACT**

Mauro Catenacci – I reati ambientali e il principio di offensività L'articolo esamina l'ambiente quale oggetto della tutela penale, in quanto "equilibrio ecologico nelle acque, nell'aria e nel suolo", descrivendo in tal modo quale sia la struttura dei reati ambientali. In particolare l'Autore analizza quali siano i confini del concetto di pericolo e del connesso principio di offensività del reato in riferimento ai reati ambientali, facendo riferimento anche alla giurisprudenza della Corte Costituzionale sui reati di pericolo astratto o presunto. Tuttavia, si osserva che se è vero che anche nei reati di pericolo presunto, e dunque anche



in materia ambientale, il principio di offensività vieta di prescindere del tutto da un accertamento della pericolosità in concreto, e che tale accertamento non può spingersi fino a compromettere delicati equilibri sia costituzionali che politicocriminali, allora, in particolare nella materia ambientale, si tratta di capire se ed entro quali limiti sia possibile "relativizzare" le presunzioni di pericolo, senza tuttavia che ciò finisca col pregiudicare la funzione politico-criminale di solito assegnata a questa tipologia di illeciti. La strada suggerita consiste nella "rivalutazione" di della c.d. "presunzione relativa", già avanzata in passato da autorevoli settori della dottrina sia italiana che tedesca, ovvero non imporre al P.M. di provare la presenza del pericolo nella situazione concreta, ma consentire all'imputato di dimostrane l'assenza attraverso l'ammissione ad una sorta di "prova liberatoria" cui egli possa far ricorso allorché lo ritenga utile ai fini della propria difesa.

Sommario: 1. Un sguardo d'insieme. - 2. L'oggetto della tutela: "l'ambiente" quale espressione riferibile al solo "equilibrio ecologico nelle acque, nell'aria e nel suolo". - 3. La struttura dei reati ambientali. - 4. La tecnica di descrizione del pericolo ed il principio di offensività del reato. - 5. La giurisprudenza della Corte Costituzionale sui reati di pericolo astratto o presunto. - 6. L'applicazione del metodo elaborato dalla giurisprudenza costituzionale ai reati ambientali: il problema della sua compatibilità con le ragioni politicocriminali del pericolo astratto. - 7.-(segue) La 'prova negativa' dell'assenza del pericolo quale possibile soluzione de iure condito.

### 1. Uno sguardo d'insieme.

Al pari di molti altri Paesi dell'occidente industrializzato, anche in Italia, l'esplodere della "questione ambientale", ha portato - a partire dalla seconda metà degli anni '70 - ad un notevole ampliamento della legislazione a tutela degli elementi fondamentali della biosfera (acque, aria e suolo), che ha finito a sua volta col coinvolgere diverse branche dell'ordinamento giuridico, e fra queste anche il diritto penale.

Un elenco dettagliato di tutte le norme penali a tutela dell'ambiente è, almeno in questa sede, praticamente impossibile: a differenza infatti di altri legislatori europei (ad es. quello spagnolo e quello tedesco), ma comunque in conformità a quanto accaduto in altri contesti ordinamentali (ad es. in Francia o in Belgio), il legislatore italiano ha collocato le diverse norme incriminatrici "fuori" dal codice penale, dapprima aggregandole alle diverse normative che via via venivano create a tutela di questo o di quell'elemento naturale (acque, aria, suolo etc.), successivamente, nel 2006, riunendole (se non tutte, comunque in larga parte) in un Testo Unico (il d.lgs. n. 152/2006, , "Norme in materia ambientale").

Allo stato attuale, nonostante gli sforzi di accentramento e semplificazione culminati con il su citato Testo Unico, la normativa, almeno per ciò che riguarda alcuni, importanti sotto-settori (ad es. la tutela del territorio o la tutela dell'igiene dei luoghi),



risulta ancora dispersa in una moltitudine di disposizioni extra codicem, il cui caotico accavallarsi rende assai confusi ed incerti i confini della materia ed impedisce una trattazione unitaria dell'argomento.

Ciò tuttavia non esclude la possibilità di individuare alcuni tratti comuni almeno a tutte quelle le fattispecie comunemente ricondotte paradigma "tutela dell'ambiente"; può anzi a ragione sostenersi che "il legislatore italiano, nonostante il carattere settoriale dei propri interventi e le inevitabili contraddizioni che a simile "settorialità" si sono accompagnate, ha saputo comunque tener ferme alcune costanti politicocriminali", cui peraltro si ricollegano anche alcune "problematiche generali". Si tratta peraltro di "costanti" e "problemi" analoghi a quelli che, a tutt'oggi, caratterizzano il diritto penale dell'ambiente in quei Paesi nei quali la materia è ancora parte, se pur consistente, del diritto penale complementare: così ad es. anche in Italia il diritto penale dell'ambiente ha carattere per lo più accessorio ad ordini e atti amministrativi; anche in Italia il legislatore "ambientale", ha fatto ricorso, in modo pressoché esclusivo, a fattispecie di pericolo astratto; anche in Italia, a fronte di inquinamenti che risultano assai spesso frutto non di condotte isolate o "devianti" ma di una vera e propria "politica d'impresa", deve registrarsi la persistente (ed anacronistica) riluttanza del legislatore a concepire, accanto ed in aggiunta alla tradizionale responsabilità penale delle persone fisiche, una specifica responsabilità a carico degli enti, così come invece già avvenuto, con il d.lgs. n. 231/2001, per altri importanti settori del diritto penale economico; anche nel nostro Paese, infine, si registrano iniziative di riforma volte a trasferire la materia ambientale nel codice penale, con l'intento di dare maggior forza general-preventiva alle relative pene.

Uno dei temi (e dei problemi) più controversi e discussi rimane comunque quello dei rapporti fra "diritto penale dell'ambiente e principio di offensività del reato"; ed è proprio a questo argomento che sono dedicate le riflessioni che seguono.

# 2. L'oggetto della tutela: "l'ambiente" quale espressione riferibile al solo "equilibrio ecologico nelle acque, nell'aria e nel suolo".

Il discorso non può, a tal proposito, che prendere le mosse da un esatto inquadramento del bene giuridico (o dei beni giuridici) protetti da ciò che si è soliti indicare come "diritto penale dell'ambiente".

Sul punto, quasi a riprova della estrema disorganicità della materia, si fronteggiano ancora oggi due diverse concezioni. La prima è quella c.d. "unitaria", secondo la quale, nonostante le diverse oggettività giuridiche (acqua, aria, suolo etc.) o i diversi fenomeni (smaltimento di rifiuti, sviluppo urbanistico etc.) cui di volta in volta si riferiscono, le norme ascrivibili al paradigma ambientale sarebbero in realtà tutte indirizzate alla tutela di un unico bene giuridico, l'ambiente per l'appunto, da intendersi come entità comprensiva di tutto ciò che configura l'habitat di vita dell'Uomo; la seconda, c.d. pluralistica, secondo la quale una reductio ad unum degli scopi di tutela di quelle norme sarebbe impossibile, e l'insieme legislativo comunemente indicato come "tutela dell'ambiente" andrebbe dunque in realtà interpretato come una somma di tutele fra loro diverse quanto ad oggetto, e semmai



unificate da un unico modello o progetto di sviluppo economico (il c.d. "sviluppo sostenibile").

In realtà, sono proprio lo status della legislazione e la sua storia che depongono a favore della tesi "pluralistica". A parte infatti la frammentarietà del quadro normativo sopra ricordata e la conseguente scarsa, predisposizione di queste norme a costituire un unico ed omogeneo sistema di tutela, è noto come in Italia, la risposta del legislatore alla richiesta sociale di protezione dell'habitat in cui si svolge la vita dell'Uomo, si sia realizzata su due diversi piani: da un lato provvedendo a "modernizzare" la tutela già offerta a beni super-individuali tradizionali, come ad es. la salute pubblica e l'igiene dei luoghi e/o degli alimenti; dall'altro cercando di recepire la nuova "filosofia" ecologista dello sviluppo attraverso l'individuazione di un autonomo ed inedito bene collettivo attorno al quale costruire un nuovo settore dell'ordinamento giuridico.

Attorno a questa duplice linea di marcia, si è via via formato un insieme normativo, al cui interno vanno in realtà distinti almeno quattro diversi settori della legislazione speciale, ognuno dedicato alla tutela di una specifica qualità o di una specifica utilità sociale dell'habitat umano ed ognuno dunque portatore di una propria, autonoma oggettività giuridica.

a) L'entità nuova (nel senso che in passato non era mai stata oggetto di protezione alcuna) ed autonoma (nel senso che non va assolutamante confusa con altri beni che fanno parte dell'habitat umano) è rappresentata proprio da ciò che il legislatore italiano di solito indica con l'espressione "ambiente" e che è rappresentata dall'equilibrio ecologico di acque, aria e suolo (cfr. art. 7 comma I LEGGE n. 349/1986 istitutiva del Ministero dell'Ambiente). Simile "equilibrio" è protetto sia dai c.d. inquinamenti, vale a dire dall'immissione di sostanze in grado di alterarlo e legate all'esercizio di attività economico-produttive, sia dall'esercizio di attività di massa, quali ad es. la caccia o l'attività turistica. Con la tutela "dell'ambiente" si assumono ad oggetto materiale i soli elementi fondamentali della biosfera (acque, aria e suolo) e li si tutela in quanto ecosistemi, vale a dire in quanto spazi nei quali e grazie ai quali si svolge un certo ciclo biologico che costituisce così il vero e proprio bene oggetto di protezione. Visto insomma almeno nella sua più generale linea di tendenza, il nostro ordinamento giuridico, per "tutela dell'ambiente", intende la sola tutela dell'equilibrio di ciò che i biologi chiamano ecosistemi naturali, ed indica, di conseguenza, quale significato tassativo ed inequivocabile dell'espressione «inquinamento», l'evento della «grave alterazione dell'equilibrio ecologico di acque, aria e suolo» (alla protezione di questo bene giuridico possono grosso modo, e con le debite eccezioni di cui diremo, vedersi indirizzate le fattispecie contenute nel su cit. d.lgs. n. 152 del 2006.

Quanto al modo di intendere la tutela di simile entità, va aggiunto che, in linea di principio, il legislatore italiano non sembra aver ceduto alle suggestioni della concezione c.d. "ecocentrica", assai diffusa oggi in alcuni ambienti culturali, ma ad una più tradizionale concezione "antropocentrica", vale a dire quell'idea che concepisce l'equilibrio ecologico delle acque, dell'aria e del suolo non come entità in sé meritevole di protezione, ma solo in quanto risorsa utile a soddisfare bisogni umani di volta in



volta diversi. Ad essere insomma tutelato è il potenziale funzionale degli equilibri ecologici naturali e non i singoli elementi naturali che in essi e grazie ad essi sopravvivono: la tutela della natura è infatti obiettivo che il legislatore italiano persegue solo in via eccezionale, e con riferimento ad alcuni territori specifici, di volta in volta preventivamente individuati (cfr. a tal prop. La legge n. 394/1991 sulle c.d. "aree protette").

b) Ai beni già da lungo tempo oggetto di tutela nel nostro ordinamento giuridicopenale e rimodellati alla luce delle istanze ecologiste degli ultimi anni, vanno invece ricondotte almeno tre diverse entità.

Anzitutto i c.d. beni ambientali, che la legge identifica sostanzialmente con il paesaggio e le bellezze naturali. Si tratta infatti di beni espressamente protetti dalla nostra Costituzione del 1948 e già presi in considerazione da una legge del 1939 (la n. 1497), ma la cui tutela è stata da ultimo "aggiornata" con il d.lgs. n.22/2004 (Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio).

Va peraltro precisato che, a differenza degli altri settori qui rappresentati, la tutela penale dei beni ambientali non è affidata solo a norme incriminatrici contenute in leggi complementari al codice penale, ma anche a due fattispecie del codice penale del 1930, vale a dire l'art. 733 (danneggiamento al patrimonio archeologico, storico o artistico nazionale) e l'art. 734 (distruzione o deturpamento di bellezze naturali).

ß) In secondo luogo, la salute pubblica e l'igiene dei luoghi, entità la cui protezione, oltre a vantare una lunga tradizione nel nostro ordinamento giuridico, è imposta allo Stato dall'art. 32 comma 2 della nostra Costituzione.

In questo settore, il legislatore italiano ha seguito strade diverse, a seconda delle esigenze che di volta in volta si manifestavano: in alcuni casi egli ha introdotto nuove discipline rivolte esclusivamente alla tutela della salute (ad es. limiti di impiego per sostanze pericolose fino a quel momento prive di qualsiasi regolamentazione, come nel caso del d.lgs. n. 65/2003 sull'imballaggio ed etichettatura di prodotti pericolosi, o del d.lgs. n. 3345/1999 relativo al controllo di sostanze a rischio di esplosione); in altri casi egli ha preso atto della particolare attitudine offensiva delle condotte pericolose per l'equilibrio ecologico di acque, aria e suolo ed ha isolato, all'interno di in sistema nel suo complesso diretto alla tutela dell'intero "potenziale funzionale" degli ecosistemi, situazioni normative rivolte anche alla protezione della salute (ad es. in materia di rifiuti, dove quale oggetto di tutela è indicata, accanto all'"ambiente", anche la "salute": cfr. art. 178 d.lgs. n. 152/2006).

Infine, un bene che nel nostro Paese già in passato era stato oggetto di tutela, ma la cui protezione è stata rafforzata sotto la spinta della nuova coscienza "ecologista", è senza dubbio l'integrità territorio; entità quest'ultima che il legislatore ha inteso proteggere sia dallo sviluppo edilizio ed urbanistico (punto di riferimento fondamentale, a tal prop., è il d.p.r. n. 380/2001, c.d. Testo Unico dell'Edilizia), sia, più in generale, da "manipolazioni" in grado di esporre le popolazioni al pericolo di calamità naturali (cfr. ad es. legge n. 353/2000, in materia di incendi boschivi).

Per motivi facilmente intuibili, legati per lo più al vertiginoso sviluppo dei centri urbani che si è registrato in Italia negli ultimi decenni, è tuttavia soprattutto la



materia edilizia ad aver attirato le attenzioni della dottrina e della giurisprudenza: e ciò anche in virtù del fatto che è proprio in questo campo che il legislatore italiano ha sperimentato con maggiore convinzione quegli importanti quanto discussi strumenti di politica criminale che sono i c.d. "condoni".

"In definitiva: così come altri legislatori (ad es. quello tedesco e quello spagnolo) il legislatore italiano non ha dato all'espressione "ambiente" un significato ampio e onnicomprensivo quale quello che si registra nel linguaggio comune e giornalistico, ma un significato ristretto ai soli cicli biologici che si realizzano negli (e grazie agli) elementi fondamentali della biosfera (acqua, aria, suolo). Altre, specifiche entità dell'habitat sono sì tutelate in chiave "ecologista", ma sotto categorie giuridico-normative diverse (flora, fauna, paesaggio, territorio, patrimonio storico-artistico etc.). Per cui: si continui pure, perché oramai espressione entrata nel gergo comune, ad identificare la 'tutela dell'ambiente' con la protezione dell'intero habitat dell'Uomo, tenendo però ben presente che linguaggio corrente e diritto positivo non coincidono, e che dunque là dove la legge italiana usa simile espressione, essa intende riferirsi alla tutela del solo equilibrio ecologico nelle acque, nell'aria e nel suolo".

#### 3. La struttura dei reati ambientali

Analogamente a quanto verificatosi nell'intero contesto europeo, in Italia il diritto penale dell'ambiente è concepito come accessorio al diritto amministrativo.

Vale a dire: in quanto appendice di attività economico-produttive, e dunque caratterizzate da un indubbio coefficiente di adeguatezza sociale, le aggressioni all'ambiente vengono punite solo allorchè si realizzano oltre specifiche soglie di rischio di volta in volta individuate o aggiornate da authorities pubbliche distribuite sul territorio.

Il diritto penale dell'ambiente finisce così con l'assumere un carattere (meramente o solo parzialmente) sanzionatorio: fatte salve alcune, se pur significative eccezioni (ad es. il reato di c.d. "omessa bonifica dei siti inquinati" ora previsto dall'art. 20 d.lgs. n. 133/2005, o le ipotesi di 'traffico illecito di rifiuti' previste dagli artt. 259 e 260 d.lgs. n. 152/06), le norme incriminatrici sono per lo più aggregate a complessi amministrativi di disciplina, e gli illeciti da esse previsti si incentrano sull'inosservanza di disposizioni di fonte o di natura amministrativa.

### Almeno tre le tipologie di illecito a tal proposito individuabili:

- esercizio non autorizzato o "non segnalato" all'Autorità di attività standardizzate di massa particolarmente rischiose per l'ambiente (scarico o smaltimento di rifiuti industriali nelle acque o sul suolo, trasporto di materiali radioattivi, emissione di fumi nell'atmosfera etc.) (cfr. ad es. art. 137 comma 1 e art. 256 d.lgs.152/2006, che puniscono, rispettivamente, chiunque apra scarichi da insediamento nelle acque senza autorizzazione e chiunque effettua attività di smaltimento di rifiuti sfornito di autorizzazione regionale);



- mera disobbedienza a disposizioni dell'Autorità di controllo (ad es. inosservanza del contenuto precettivo di un atto autorizzatorio, di ingiunzioni, di ordini etc.) (cfr. ad es. art. 25 comma 2 d.p.r. n. 203/2988, che punisce l'inosservanza delle prescrizioni che hanno autorizzato l'apertura di un impianto di emissioni gassose, o l'art. 44 d.p.r. n. 380/2001, che punisce l'inosservanza delle disposizioni impartite col permesso di costruire);
- superamento di limiti di emissione e/o immissione di sostanze nocive per l'ambiente, indicati da norme extra-penali (per lo più "allegati" o "tabelle"), richiamate a loro volta dalla fattispecie incriminatrice e create (o anche solo sottoposte ad aggiornamento periodico) da fonti "terze", secondo un complicato meccanismo di rinvii c.d. "a catena" (la norma incriminatrice rinvia alla tabella o all'allegato, il cui contenuto è però modificabile da altra fonte ad es. ad un decreto del Ministro dell'ambiente -, che può addirittura a sua volta essere mera esecuzione di e dunque rinviare ad atti normativi esterni, come ad es. una Direttiva CEE): cfr. ad es. art. 137 comma 5 d.lgs. n. 152/2006, o art. 25 comma 3 d.p.r. n. 203/1988).

#### 4. La tecnica di descrizione del pericolo ed il principio di offensività del reato.

Se pur, come si vede, variamente strutturati, gli illeciti ambientali sono comunque tutti, o quasi tutti, riconducibili alla categoria dei reati c.d. di pericolo astratto o presunto: in ciascuna delle ipotesi sopra richiamate, infatti, al giudice penale non si chiede di accertare se una certa condotta è stata causa di un danno o di una specifica situazione di pericolo per l'equilibrio ecologico di questo o di quel territorio, ma più semplicemente di verificare se condotte ritenute per scienza o esperienza pericolose per l'ambiente abbiano rispettato quegli standards di sicurezza (autorizzazione preventiva, ordini tecnico-amministrativi di natura cautelare, tabelle di accettabilità etc.) la cui osservanza si ritiene ne diminuisca (o addirittura ne elimini) la pericolosità. Si tratta insomma, sempre e comunque, di reati consistenti nella mera realizzazione di condotte che il legislatore assume come generalmente pericolose, e che vengono unite in quanto elusive di standards di sicurezza suggeriti dalla scienza ed imposti in via preventiva.

Il problema che questa categoria di illeciti pone alla scienza penalistica è noto: da un lato, in quanto costruiti su forme "standardizzate" di aggressione a beni giuridici la cui pericolosità è statisticamente acclarata (nel caso dell'ambiente si tratta dello scarico incontrollato, o comunque eccedente "soglie di accettabilità", di rifiuti provenienti da insediamento produttivo nelle acque, nell'aria o nel suolo: condotte che negli ultimi decenni sono state criminalizzate sulla base di studi scientifici che ne avevano accertato l'attitudine ad alterare gli equilibri ecologici ed ambientali), i reati di pericolo presunto sono forniti di un indiscutibile fondamento razionale; dall'altro tuttavia, proprio perché costruiti su generalizzazioni a base statistica che, in quanto tali, non sono, sempre ed immancabilmente, destinate a riprodursi in concreto, essi recano in sé il rischio che, almeno in alcuni casi, ad essere punite siano condotte formalmente riconducibili alla fattispecie tipica ma in realtà prive della pericolosità pronosticata in astratto dal legislatore (con riferimento ai casi appena riportati,



potrebbe accadere ad es. che nonostante l'assenza di autorizzazione e dunque di controllo pubblico preventivo l'impresa si sia comunque fornita di impianti di depurazione degli scarichi; o che il superamento della soglia di tollerabilità sia stato talmente minimo e sia avvenuto in condizioni climatiche talmente particolari, da rivelarsi, rispetto alla situazione concreta, del tutto innocuo).

Da qui dunque (una volta accantonata l'idea, elaborata negli anni '70 e oggi sempre meno diffusa, che i reati di pericolo presunto siano per ciò solo contrastanti col nullum crimen sine iniuria e dunque incostituzionali); da qui, si diceva, l'esigenza, sempre più avvertita in dottrina, di armonizzare questa tipologia di incriminazioni col dettato costituzionale: se il problema, non è più quello di "giustificare" l'uso da parte del legislatore della tecnica del pericolo astratto o presunto (problema già ampiamente dibattuto e superato negli anni scorsi), quanto quello di 'rimediare' ad un inconveniente (la punizione di fatti apparentemente riconducibili al tipo ma in realtà privi della pericolosità pronosticata in sede legislativa) che quella tecnica comporta e che potrebbe "risospingerla" verso una zona di illegittimità costituzionale, allora è necessario individuare strumenti ed accorgimenti che, una volta introdotta un'incriminazione basata su di una (per quanto fondata, comunque) presunta attitudine lesiva, impediscano tuttavia al giudice di punire fatti apparentemente tipici ma sostanzialmente inoffensivi; obiettivo questo, la cui realizzazione dipende certo, anzitutto dalla perizia del legislatore nell'elaborare i dati statistici su cui si fonda la pericolosità presunta e nel descrivere in modo pregnante le note offensive della condotta tipica, ma che intanto, proprio nei casi in cui, come nella tutela dell'ambiente, quella condotta risulta invece descritta attraverso l'uso di termini in sostanzialmente privi di reale capacità selettiva (si pensi qui ad es. proprio alle numerosissime ipotesi in cui ad essere puniti sono il mero «scarico», «smaltimento», «immissione» non autorizzati, e dunque sintatticamente estensibili anche allo scarico, smaltimento o emissione di sostanze innocue), richiede anche la disponibilità di strumenti 'di garanzia' esperibili in sede processuale ed affidati all'interprete.

Ebbene, a me pare che un simile punto di equilibrio fra efficacia repressiva e garanzie di aderenza al dettato costituzionale sia già possibile, in materia ambientale così come anche in altre materie, già de iure condito; e nelle pagine che seguono cercherò di darne sintetica ma al tempo stesso completa dimostrazione

# 5. La giurisprudenza della Corte Costituzionale sui reati di pericolo astratto o presunto.

Un autorevole e, a mio avviso, decisivo punto di riferimento per una ricerca così impostata è rappresentato dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, la quale, con un indirizzo assolutamente univoco ed oramai quasi ventennale (peraltro prontamente recepito da attenta dottrina), ha indicato nell'interpretazione ed applicazione in chiave di offesa delle fattispecie di pericolo presunto il "vero" ed irrinunciabile baluardo a difesa dei principi sopra ricordati. [Cfr. Corte cost., 26 marzo 1986, n. 62, in Giur cost. 1986, p. 408 ss., in materia di detenzione abusiva di materie esplodenti; ; Corte cost., Ord. 25 luglio 1989, n.437, ivi 1989, p. 2008 ss. avente ad oggetto l'allora art. 1 comma 6 legge n. 516/82 che puniva la mancata tenuta o



conservazione delle scritture contabili ai fini delle imposte sul reddito e dell'I.V.A.; Corte cost., 11 luglio 1991, n. 333, ivi 1991, p. 2646 ss.; Corte cost., 27 marzo 1992, n. 133, ivi 1992, p. 1113 ss., Corte cost. 24 luglio 1995, n. 360, ivi 1995, p. 2668 ss., tutte in materia di illecita detenzione di sostanze stupefacenti; Corte cost., 18 luglio 1997, n. 247, in Giur. cost. 1997, p. 2328 ss., avente ad oggetto l'art. 1 sexies d.l. n. 312/1985 che sottopone a pena tutte le modifiche ed alterazioni paesaggistiche ottenute mediante opere non autorizzate; Corte cost., 11 luglio 2000, n. 263, ivi 2000, p. 2064 ss. (con note di G.M. Salerno e di I. Ferrara) avente ad oggetto il reato di violata consegna previsto dall'art. 120 c.p.m.p.; Corte cost., 21 novembre 2000, n. 519, ivi 2000, p. 4069 ss, avente ad oggetto il reato di manifestazioni e grida sediziose previsto dall'art. 183 c.p..m.p.]

Si tratta di un indirizzo originato da eccezioni con cui i giudici a quo contestavano la conformità al principio di offensività del reato di alcune fattispecie di pericolo presunto e che la Corte invece, con altrettante sentenze interpretative di rigetto, ha respinto, fornendo però al contempo alcune indicazioni operative (prima fra tutte quella di una valorizzazione, anche in questo settore, dell'art. 49 comma 2 c.p.), assai utili ad orientare sia la prassi dei tribunali che l'elaborazione teorica.

Il dato che accomuna tutte queste pronunce, e da cui occorre muovere anche ai nostri fini, è proprio il riconoscimento, da parte della Corte, del fondamento costituzionale del principio di offensività e dei vincoli che questo pone alla tecnica del pericolo presunto; un riconoscimento, nel succedersi temporale delle pronunce, sempre più convinto ed esplicito, e che oltre a fornire alla Corte l'occasione per elaborare un contributo decisivo in questa tormentata materia, segna un punto fondamentale a favore di quella dottrina che, già a partire dagli anni '60, al nullum crimen sine iniuria attribuiva il rango di principio costituzionale.

In estrema sintesi, ciò che sembra emergere da queste sentenze è soprattutto una conferma circa la struttura 'complessa' (o se si preferisce, "composita") del principio di offensività. Leggendole con attenzione è cioè facile rendersi conto di come la Corte, anche con riferimento ai reati di pericolo presunto, riconosca a questo principio un duplice livello di operatività, compendiabile a sua volta nel seguente assunto: intanto una condotta è assoggettabile a pena, in quanto

- risulti oggettivamente pericolosa per un bene giuridico (precetto indirizzato soprattutto al legislatore),
- realizzi nella situazione concreta il pericolo pronosticato in astratto dal legislatore ed 'incorporato' nel fatto descritto dalla norma incriminatrice (precetto indirizzato invece soprattutto al giudice).

Ai nostri fini, è soprattutto la seconda massima a rivestire una particolare importanza: affinché nel punire un fatto prima facie riconducibile ad una fattispecie di pericolo presunto possa dirsi rispettato il principio di offensività, è necessario che l'offesa pronosticata in astratto dal legislatore ed incorporata nella norma incriminatrice, si sia realizzata anche nella situazione concreta.

Su questo punto, a dire il vero, anche in passato, non è che fossero mai state espresse posizioni contrarie: sia infatti i sostenitori della c.d. concezione realistica (fautori,



come noto, di un'idea di offesa quale autonomo elemento costitutivo del reato) sia i suoi detrattori (persuasi invece che l'offesa altro non sia che una qualità intrinseca alla condotta tipica, inevitabilmente connessa al suo realizzarsi), erano stati sempre e comunque concordi nel ritenere che, lungi dall'esaurirsi in una pura declamazione di principio, il nullum crimen sine iniuria condizionasse la stessa struttura o il modo di essere del reato; e che dunque quest'ultimo, per potersi qualificare come tale, dovesse, in un modo o nell'altro, non solo "essere in astratto" (cioè nella descrizione del tipo) ma anche "manifestarsi in concreto" (cioè nella realtà del fatto storico), come un'offesa a beni giuridici. Ciò su cui semmai ci si divideva (peraltro proprio con riferimento a fattispecie sicuramente qualificabili come di pericolo astratto o presunto) erano i limiti entro cui il giudice può (o addirittura è tenuto ad) accertare l'offesa in concreto: proprio perché sostenitori di un'idea di "offesa" quale elemento autonomo e distinto dalla tipicità, i fautori della concezione realistica ritenevano possibile il configurarsi di fatti tipici ma inoffensivi e dunque l'esistenza, per il giudice, di un potere-dovere di accertamento dell'offesa diverso ed ulteriore rispetto al potere-dovere di accertamento della corrispondenza al "tipo"; in quanto convinti invece che in un sistema incentrato sul principio di legalità l'idea di un fatto tipico ma inoffensivo finirebbe con l'essere una contraddizione in termini, altri autori ritenevano che, se effettivamente "tipico", un fatto non può che contenere in sé anche l'offesa, e che dunque qualsiasi indagine circa l'offensività del fatto storico dovesse, per così dire, essere "assorbita" dall'indagine circa la corrispondenza dello stesso alla fattispecie

Ebbene, pur affermando di voler prendere le distanze da questo dibattito, la Corte finisce in realtà - almeno così a noi pare di poter dire - col muoversi proprio lungo le linee tracciate dalla tesi della sostanziale identità fra tipicità ed offensività.

Dopo aver infatti qualificato il principio costituzionale di offensività come un canone interpretativo da cui scaturirebbe a sua volta, per il giudice, un vero e proprio dovere di enucleazione prima, e di accertamento "in concreto" poi, dell'offesa ipotizzata dalla norma incriminatrice, la Corte aggiunge: «L'art. 25 della Costituzione postula (...) un ininterrotto operare del principio di offensività dal momento della sua astratta predisposizione normativa a quello della applicazione concreta da parte del giudice, con conseguente distribuzione dei poteri conformativi tra giudice delle leggi e l'autorità giudiziaria, alla quale soltanto compete di impedire, con un prudente apprezzamento della lesività in concreto, "una arbitraria ed illegittima dilatazione della sfera dei fatti da ricondurre al modello legale"» (cfr. Corte cost. n. 263/2000, 2069); per cui - si legge ancora in un'altra sentenza - ove la condotta tipica «sia assolutamente inidonea a porre a repentaglio il bene giuridico tutelato (...) "viene meno la riconducibilità della fattispecie concreta a quella astratta", proprio perché la indispensabile connotazione di offensività in generale di quest'ultima implica di riflesso anche la necessità che anche in concreto la offensività sia ravvisabile almeno in grado minimo, nella singola condotta dell'agente, in difetto di ciò venendo la fattispecie a rifluire nella figura del reato impossibile (art. 49 c.p.)» (cfr. Corte cost. n.



360/1995, 2676: nel caso specifico si trattava della coltivazione di un'unica ed isolata pianta da cui estrarre principio attivo per sostanze stupefacenti).

Una volta insomma riaffermato il fondamento costituzionale del principio di offensività, la Corte ribadisce come sia proprio quel principio ad esigere che, anche nei reati di pericolo presunto, al giudice sia riservata, sempre e comunque, una valutazione della "pericolosità in concreto"; allo stesso tempo tuttavia, nel precisare che il nullum crimen sine lege rappresenta anzitutto un vincolo ermeneutico ("un canone interpretativo") teso a sua volta ad evitare un'arbitraria estensione dei fatti riconducibili alla fattispecie astratta ("al modello legale"), essa chiarisce che quella valutazione va comunque ricondotta alla più generale valutazione di tipicità del fatto storico.

Quante e quali siano poi le fasi su cui articolare il procedimento ermeneutico-applicativo così "evocato", la Corte non lo specifica, né probabilmente si poteva pretendere che lo facesse. A me pare tuttavia che esso possa riassumersi come segue: là dove si abbia motivo di dubitare dell'effettiva pericolosità della condotta oggetto di giudizio, il giudice potrà sì accertarsene, ma dovrà farlo attraverso un percorso articolato in due fasi, di cui evidentemente, rendere conto nelle motivazioni della sentenza.

Egli dovrà cioè anzitutto estrapolare dalla fattispecie astratta il bene giuridico tutelato (ad es., in materia ambientale, equilibrio ecologico nelle acque nell'aria o nel suolo, igiene dei luoghi, integrità del paesaggio etc.) ed i caratteri costitutivi del pericolo che il legislatore collega al verificarsi della condotta tipica (ad es. aumento delle probabilità dell'instaurarsi di un processo di deterioramento delle forme vitali che contribuiscono a mantenere l'equilibrio ecologico o di un processo di deterioramento delle condizioni di salubrità; alterazione dei caratteri che concorrono a definire come 'bene paesaggistico' un certo territorio, etc.) così da definire il modello legale di offesa; e poi, solo successivamente, potrà comparare 'il tipo' così ottenuto con le caratteristiche del fatto storico, onde verificare se quel modello, quella tipologia di offesa, nella situazione storica contingente, possa considerarsi, al di là di ogni ragionevole dubbio, effettivamente riprodottosi. "Stretta" così fra le rigorose maglie dell'interpretazione teleologica e del procedimento di "sussunzione" del fatto storico alla fattispecie astratta, l'individuazione della "concreta" offensività del fatto storico non potrà mai spingersi oltre il possibile significato letterale delle parole utilizzate per la descrizione dell'illecito; ed i rischi, spesso paventati in dottrina, che il principio di necessaria lesività dell'illecito penale possa tradursi in un incontrollato potere del giudice di attingere l'offesa da criteri di valutazione extralegislativi, risulteranno, a questo punto, di gran lunga ridimensionati.

# 6. L'applicazione del metodo elaborato dalla giurisprudenza costituzionale ai reati ambientali: il problema della sua compatibilità con le ragioni politico criminali del pericolo astratto.

Va da sè per questa giurisprudenza che le osservazioni fin qui svolte valgono anche per la materia ambientale; e che dunque anche rispetto a fattispecie quali quelle incentrate sull'assenza di atto autorizzatorio o sul superamento di soglie tabellari "di



rischio", il giudice (utilizzando la figura del c.d. "reato impossibile" prevista dall'art. 49 comma 2 c.p.) potrà, se ne ricorrono le condizioni, mandare esenti da pena comportamenti che, se pur formalmente riconducibili, a quanto descritto nell'incriminazione, sono in realtà del tutto inoffensivi di volta in volta per l'equilibrio ecologico delle acque, dell'aria o del suolo, per l'integrità del territorio, per la salute delle persone, e così via.

Perché tuttavia queste indicazioni possano ritenersi, oltre che fondate sul piano teorico, anche praticabili, rimane ancora da sciogliere un nodo, la cui persistenza fa sì che esse, per quanto razionalmente fondate, conservino ancora un carattere fortemente problematico.

Il punto critico è rappresentato proprio dalla (almeno apparente) contraddizione che viene a crearsi fra il carattere meramente presuntivo del pericolo da cui, nei reati di pericolo astratto, la legge fa discendere la punibilità, e l'attribuzione al giudice di un generale potere-dovere di verifica circa la reale pericolosità di una condotta formalmente corrispondente al tipo.

Estendere infatti in modo indiscriminato un simile potere-dovere anche ai reati di pericolo presunto potrebbe portare ad almeno due inconvenienti: sul piano dogmatico, il rischio è quello di un offuscamento delle differenze fra questi ultimi ed i reati di pericolo concreto; sul piano politico-criminale, il rischio è invece che finiscano con l'essere trascurate le ragioni, di ordine squisitamente processuale, che di solito giustificano l'adozione del pericolo presunto, e che sono riassumibili, come già ricordato, nell'esigenza di non pregiudicare la repressione di condotte notoriamente pericolose con l'imposizione di un riscontro probatorio della loro concreta ed attuale pericolosità che risulterebbe assai difficile o addirittura impossibile da produrre.

E' soprattutto questo secondo aspetto ad apparire particolarmente problematico. Da un lato infatti l'applicazione a questi reati del principio secondo cui non può esserci pena là dove non si sia riprodotta l'offesa tipica, non può che comportare a sua volta la necessità di indagini probatorie circa la sussistenza o meno del pericolo. Dall'altro lato, tuttavia, la fedeltà al nullum crimen sine iniuria ed alle necessità probatorie che ne conseguono, non può certo arrivare al punto da sostenere che anche nei reati di pericolo presunto il giudice, per poter condannare, possa o addirittura debba esigere dal Pubblico Ministero la prova del riprodursi in concreto della pericolosità presunta in astratto dal legislatore con l'incriminazione.

Si tratta infatti di una conclusione inaccettabile: in questo modo si darebbe al giudice la possibilità di esigere un riscontro all'effettivo riprodursi di offese, della cui dimostrazione invece il legislatore, per le ragioni già dette, quel Pubblico Ministero ha ritenuto di dover dispensare, e si finirebbe così con l'imporre un

metodo di acquisizione della prova disfunzionale agli scopi perseguiti con la scelta del pericolo presunto.

### 7. (segue) La 'prova negativa' dell'assenza del pericolo quale possibile soluzione de iure condito.

Se è vero dunque che anche nei reati di pericolo presunto, e dunque anche in materia ambientale, il principio di offensività vieta di prescindere del tutto da un accertamento



della pericolosità in concreto, e se è altrettanto vero, però, che simile accertamento non può spingersi fino a compromettere delicati equilibri sia costituzionali che politico-criminali, diventa allora piuttosto agevole comprendere quale sia a questo punto, nella materia ambientale così come in altri settori "egemonizzati" dalla tecnica del pericolo astratto o presunto, il problema da risolvere: si tratta di capire se ed entro quali limiti sia possibile "relativizzare" le presunzioni di pericolo, senza tuttavia che ciò finisca col pregiudicare la funzione politico-criminale di solito assegnata a questa tipologia di illeciti.

Ebbene, a mio sommesso avviso, la strada a tal fine concretamente ed attualmente percorribile non può che essere quella della "rivalutazione" di un'idea

(quella della c.d. "presunzione relativa"), già avanzata in passato da autorevoli settori della dottrina sia italiana che tedesca, e forse un po' frettolosamente accantonata: non imporre al Pubblico Ministero di provare la presenza del pericolo nella situazione concreta, ma semmai consentire all'imputato di dimostrane l'assenza attraverso l'ammissione ad una sorta di "prova liberatoria" cui egli possa far ricorso allorché lo ritenga utile ai fini della propria difesa. Che tutto ciò consenta ai reati di pericolo presunto di «riconciliarsi» col nullum crimen sine iniuria senza che ne risulti compromessa la funzione politico-criminale, è di per sé

evidente: una volta ammessa, infatti, la prova della pretesa insussistenza del pericolo non potrà essere ignorata dal giudice, il quale, secondo i principi che regolano la formazione e la valutazione della prova, sarà chiamato a valutarne fondatezza ed attendibilità; una valutazione, beninteso, rimessa al suo libero convincimento ed alla massima "dell'oltre il ragionevole dubbio", ma che, già in quanto tale, ed a prescindere dal suo esito, rappresenta comunque un robusto "argine" al degradare verso la repressione indiscriminata di condotte apparentemente tipiche ma in realtà prive della pericolosità pronosticata in astratto

dal legislatore.

Si tratta del resto di un'impostazione che a noi pare fondata sia sul piano dogmatico che su quello esegetico. Quanto al primo, non vi è dubbio che questa impostazione valorizzi in pieno i nessi fra tipicità ed offensività sopra ricordati: se è vero che un fatto, per essere tipico, deve essere anche offensivo, allora l'attribuzione all'indagatoimputato della facoltà di provare l'insussistenza del pericolo altro non rappresenta che l'esplicazione di un più generale diritto a provare l'assenza di tipicità del fatto oggetto di giudizio; del diritto cioè a provare il non ricorrere di una circostanza (l'esposizione a pericolo del bene tutelato), che concorre a sua volta a determinare la conformità al tipo del comportamento oggetto di accertamento, e la cui presenza (grazie proprio alla presunzione di pericolosità incorporata nel "tipo") è invece implicitamente ribadita con l'affermazione, da parte dell'accusa della tipicità di quel comportamento. Sul piano esegetico, poi, l'attribuzione all'imputato della facoltà di provare l'assenza del pericolo sembra conciliarsi pienamente con le disposizioni che, nel nostro sistema penale, regolano la formazione della prova: se è vero che quest'ultima, per le parti processuali è un vero e proprio «diritto» (art. 190 c.p.p.); se è vero oggetto di questo diritto sono non solo i fatti che si riferiscono all'imputazione, ma anche quelli «che si



riferiscono alla punibilità» (art. 187 c.p.p.); e se è vero infine che comportamenti privi della pericolosità presunta dal legislatore sono per l'appunto, come testualmente recita l'art. 49 comma 2 c.p., "non punibili", ebbene ciò significa che anche l'assenza di pericolosità "presunta" è oggetto del diritto alla prova, e che dunque quest'ultima non può non arrivare a comprendere anche la prima se non a prezzo di una grave ed inspiegabile antinomia nel sistema delle regole, finalizzate a garantire il pieno e totale contraddittorio nella formazione della prova.

Tutto ciò, tuttavia, con due importanti puntualizzazioni.

- a) Anzitutto, l'accertamento della effettiva pericolosità sarà ammissibile nei soli casi in cui la struttura della fattispecie sia tale che l'esposizione a pericolo del bene giuridico risulti essere elemento costitutivo, se pur implicito alla condotta tipica, della fattispecie (è il caso dell'esercizio non autorizzato di attività rischiose per l'ambiente o del superamento di indici tabellari di scarico, emissione, etc.), e non invece un elemento del fatto estraneo alla condotta stessa, a sua volta consistente in un comportamento diverso dalla diretta aggressione all'ambiente: tali sono ad es., in materia ambientale, tutti quei reati nei quali l'esercizio di attività a rischio è per mero presupposto della condotta tipica, la quale consiste a sua volta nella mera inosservanza di obblighi formali (per lo più "comunicazioni") nei confronti della P.A. (paradigmatico il caso dell'art. 59 comma 6 bis e comma 6 ter d.lgs. n. 152/1999). In quest'ultimo caso siamo infatti di fronte a fattispecie che non tutelano in via immediata (se pur arretrata al pericolo astratto o presunto) l'ambiente, ma la mera funzione "tutela dell'ambiente", vale a dire l'interesse della P.A. a ricevere ed a "gestire" informazioni che le consentano un adeguato controllo della situazione ambientale; fattispecie insomma nelle quali il legislatore ha arretrato la soglia della punibilità ben oltre l'immediato pericolo per questo o quel bene ambientale, e rispetto alle quali dunque una interpretazione in chiave di offesa quale quella sopra prospettata finirebbe con lo stravolgere il dettato normativo e la stessa natura dell'incriminazione. Detto altrimenti: "l'accertamento dell'effettiva offensività del comportamento vietato, così come richiesto dalla Corte Costituzionale, può concepirsi solo là dove la struttura della fattispecie non sia tale da dar luogo ad una mera 'tutela di funzioni" (prospettandosi semmai, là dove effettivamente di "tutela di funzioni" debba parlarsi, un delicato problema di legittimità costituzionale di proprio con riferimento al principio di offensività).
- b) In secondo luogo, affinché la "prova negativa" prodotta dall'interessato non finisca col ricreare, se pur indirettamente, il rischio di una probatio diabolica, il giudice dovrà evidentemente procedere con particolare cautela e rigore. Le ragioni che rendono particolarmente difficile la prova dell'attitudine lesiva di ogni singola condotta appartenente alla "classe" presunta come pericolosa risiedono infatti assai spesso proprio nella facilità di "relativizzare" i dati dell'esperienza o le leggi scientifiche che sembrerebbero invece comprovarne la pericolosità. Da qui la necessità che la non punibilità della condotta apparentemente riconducibile al "tipo" sia sottoposta ad almeno tre condizioni fondamentali:



- anzitutto che l'assenza di pericolosità in concreto sia non solo astrattamente "argomentata" ma provata, allegando uno o più fatti o atti specifici;
- in secondo luogo che si possa dimostrare la presenza, nella situazione concreta, di una circostanza che, lungi dal limitarsi a "mettere in dubbio" la prognosi di pericolosità formulata in astratto dal legislatore, sia in grado di annullarla (ricordiamo infatti che l'art. 49 comma 2 c.p. esclude la punibilità per i soli casi in cui il danno o il pericolo per il bene tutelato siano impossibili); - infine, che nel valutare la situazione concreta si rimanga comunque fedeli al criterio alla cui stregua il legislatore quella situazione ha ritenuto pericolosa. In materia ambientale, in particolare, occorrerà partire dalla constatazione di cosa effettivamente è il rischio (o pericolo) per l'ambiente preso di mira con le diverse incriminazioni: perché insomma il legislatore ha reso punbili ad es. lo scarico non autorizzato o il deposito incontrollato di rifiuti? La risposta risiede nella ormai nota c.d. "forza cumulativa" di quelle condotte: non perché ogni singolo scarico o deposito "sfiori" l'evento "danno all'ambiente", ma perché esso, sulla base di una legge scientifica (o di una regola d'esperienza), combinandosi che le condotte delle stesso tipo che l'hanno preceduta e che la seguiranno, e con una pluralità di altri fattori ambientali, concorre ad aumentare il rischio di una alterazione dell'equilibrio ecologico, delle condizioni di salubrità, dell'integrità del paesaggio etc. etc.. Occorrerà dunque dimostrare che nella situazione concreta ricorrono uno o più fattori che annullano la prognosi di pericolosità formulata in astratto dal legislatore, e cioè più precisamente
- che è venuta meno una delle condizioni di validità della legge scientifica di copertura che ha condotto alla prognosi di pericolosità (ad es. il limite tabellare di immissione della sostanza x in un corpo idrico presupponeva una capacità di "auto depurazione" dell'ecosistema acquatico pari a y, e qui invece, per particolari condizioni climatiche o per dinamiche naturali, simile capacità è talmente elevata da assorbire completamente quella quantità e dunque da escludere che essa, in quelle dosi, possa innescare un qualche di degrado ambientale);
- oppure che era presente un fattore che, sulla base di un'altra legge di copertura, è, se pur eccezionalmente, in grado di annullare quella stessa prognosi (ad es. l'eccezionale sviluppo, nella situazione concreta, di anticorpi naturali all'attitudine dannosa dello scarico o dello smaltimento).

Non sarà invece accettabile il mero riferimento (nella realtà processuale piuttosto frequente) a situazioni di fatto che dimostrerebbero "che non è successo niente" (ad es. la circostanza che una strana pigmentazione nelle piante, manifestatasi al realizzarsi dell'attività inquinante è poi improvvisamente scomparsa senza lasciare tracce apparenti). E' evidente infatti che sono proprio simili argomenti ad innescare quella probatio diabolica che il legislatore, in materia ambientale, col ricorso alla tecnica del pericolo presunto, ha sempre inteso evitare: il danno all'ambiente è un danno che si realizza, in genere, nel lungo o addirittura nel lunghissimo periodo, e comunque sulla base di processi degenerativi il più delle volte non percepibili dai sensi; e da questo punto di vista, il ricorso ad argomenti basati sulla mera osservazione dei fenomeni naturali altro non produce che ulteriori incertezze, in grado solo di offuscare la ricerca



della verità processuale e dunque di condurre il giudice in un vicolo cieco. Occorrerà pertanto, nell'applicazione dei criteri qui illustrati, grande rigore metodologico, per evitare che la ricerca di una giusta e corretta applicazione del principio di offensività del reato si trasformi in una occasione di impunità per comportamenti, quali quelli descritti dalle norme incriminatici in materia ambientale, il cui carattere criminale è sempre più avvertito dalla comunità e che pertanto, al di là di ogni altra considerazione, richiedono comunque una decisa azione di contrasto.

#### NOTE BIBLIOGRAFICHE:

AZZALI G., La tutela penale dell'ambiente : un'indagine di diritto comparato Cedam, Padova, 2001; BAJNO R., La tutela penale del governo del territorio, Cedam, Padova 1981; CANESTRARI S., voceReati di pericolo, in Enc. giur. Treccani, vol. XXVI, Roma, 1991, 2;

CATENACCI M., La tutela penale dell'ambiente. Contributo all'analisi delle norme penali a struttura "sanzionatoria", Cedam, Padova 1996; ID., Bene giuridico, in CASSESE S. (a cura di), Dizionario di diritto pubblico, vol. I, Milano 2006, 671 ss.;

FIANDACA G., La tipizzazione del pericolo, in Dei delitti e delle pene 1984;

GALLAS W., Abstrakte und konkrete Gefährdung, in Festschrift für E.Heinitz, Berlin, 1972;

GRASSO G., L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato, in Riv. it. dir. proc. pen. 1986, p. 697;

GREGORI G., Problemi generali del diritto penale dell'ambiente (a cura di S. Vinciguerra), Padova 1992;

JAKOBS G., Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, in ZStW 97, 1985;

KINDHÄUSER U., Die Gefährdung als Straftat, Frankfurt, Europäische Verlagsanstalt, 1989;

MARINUCCI G., Fatto e scriminanti. Note dogmatiche e politico-criminali, ora in Scritti in mem. Delitala, vol. II, Milano, Giuffrè 1984;

LACKNER K., Das konkrete Gefährdungsdelikt im Verkehrsstrafrecht, Berlin, Gruyter, 1967;

SCHRÖDER H., Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht, in ZStW 81, 1969;

LO MONTE E., Diritto penale e tutela dell'ambiente : tra esigenze di effettività e simbolismo evolutivo, Milano, 2004;

MANNA A., Le tecniche penalistiche di tutela dell'ambiente, in Riv. trim. dir. pen. econ. 1997, 665 ss.;



NATALINI A., Rifiuti e tutela penale dell'ambiente : il Decreto ronchi nel diritto vivente, le linee guida, le norme definitorie ed il quadro penal-sanzionatorio, Milano, 2003;

NEPPI MODONA G., Il lungo cammino del principio di offensività, in AA.VV., Studi in onore di Marcello Gallo. Scritti degli allievi, Torino, Giappichelli, 2004;

PALMIERI G. M., Contributo ad uno studio sull'oggetto della tutela nel diritto penale dell'ambiente, Napoli, 2006; PARODI GIUSINO M., I reati

di pericolo fra dogmatica e politica criminale, Milano, Giuffrè, 1990; PEDRAZZI

C., Odierne esigenze economiche e nuove fattispecie penali, in Riv. it. dir. proc.

Pen,. 1975; PATRONO P., Inquinamento industriale e tutela penale dell'ambiente,

Padova, 1980; PLANTAMURA V., Diritto penale e tutela dell'ambiente : tra responsabilità individuali e degli enti, Bari, 2007;

RAMACCI L., Reati ambientali e indagini di Polizia giudiziaria : manuale tecnico-operativo con formulario, VI ed., Rimini, 2005;

VASSALLI G., Considerazioni sul principio di offensività, in Scritti in memoria di U.Pioletti, Milano, Giuffrè, 1982;

WOHLERS, Deliktstypen des Präventionsrechts. Zur Dogmatik "modernerer" Gefährdungsdelikte, Berlin, Gruyter Verlag, 2000.

### 14. TENTATIVO E DELITTI DI ATTENTATO ALLA PROVA DEL PRINCIPIO DI OFFENSIVITÀ

Obiettivo del presente articolo è quello di porre a raffronto la fattispecie di cui all'art. 56 c.p. e i delitti di attentato, evidenziando le criticità che ambedue gli istituti presentano in virtù dell'implementazione nel moderno sistema penale del principio di offensività, il cui fondamento costituzionale è oggi unanimemente riconosciuto.

### di Annarita Sirignano (redattore Ida Morelli)

L'analisi dei nessi intercorrenti, da un punto di vista squisitamente giuridico, tra la fattispecie di cui all'art. 56 c.p. e i delitti di attentato costituisce argomento di estremo interesse nonché punto di abbrivio di importanti riflessioni per chiunque si accinga allo studio del diritto penale.

Invero i due istituti richiamati, quantunque indubbiamente diversi tra loro (come del resto si evince già dalla rispettiva collocazione all'interno della topografia codicistica), sono accomunati da una notevole anticipazione della soglia di punibilità, collocandosi



la rilevanza della condotta tenuta dal soggetto agente in un momento antecedente l'esaurimento dell'iter criminis. In altre parole, l'attività del singolo è stigmatizzata dal legislatore, in quanto causa di un'aggressione meramente potenziale all'interesse protetto. Si pone pertanto in ambo le ipotesi l'esigenza di verificare se possa considerarsi vulnerato il principio di offensività, la cui centralità all'interno del sistema penale è stata negli ultimi decenni oggetto di unanime riconoscimento tanto in dottrina quanto in giurisprudenza.

Alla luce di quanto detto, è d'uopo pertanto soffermarsi brevemente sull'analisi del fondamento e della portata applicativa di tale assioma, onde poi porre in evidenza come esso si atteggi in relazione alle categorie richiamate

Il principio in parola, rinveniente il fondamento costituzionale negli artt. 25 e 27 della Carta fondamentale (e non anche, ad onta di quanto impropriamente sostenuto in dottrina, nell'art. 13), opera su un duplice livello, costituendo un vincolo cogente sia per il legislatore che per l'interprete. Esso, infatti, da un lato impone al primo di descrivere le fattispecie incriminatrici in termini tali da esprimerne in astratto il contenuto offensivo (sub specie di lesione o di messa in pericolo) rispetto ad un determinato bene giuridico, dall'altro demanda al secondo il compito di accertare se in concreto il contegno tenuto dal singolo possa recare nocumento all'interesse che si intende salvaguardare.

La centralità rivestita dal momento dell'offesa nella costruzione delle fattispecie criminose ben può evincersi dalla lettura delle disposizioni codicistiche di parte generale che delineano la struttura del reato e, segnatamente, degli artt. 40, 43 e 49 c.p. Le disposizioni richiamate, nel collocare tra gli elementi del fatto tipico l'evento (inteso quale accadimento fenomenico cagionato dalla condotta del singolo), lo qualificano expressis verbis come dannoso o pericoloso. In tal senso, può considerarsi sopita la tradizionale diatriba dottrinale tra i fautori delle concezioni naturalistica e giuridica dell'evento di reato.

Se è evidente che, in ossequio al principio fisico espresso dal brocardo natura non facit saltus, ogni azione umana, interagendo con i fattori naturali, dia luogo a un'alterazione della realtà esteriormente percepibile, è altrettanto indubbio che l'offesa concorra a descrivere l'accadimento empirico dal punto di vista dell'ordinamento giuridico, costituendone attributo.

La centralità dell'assioma in parola del resto è evidente ove si guardi alla correlazione con altri due fondamentali principi informatori del sistema penale (id est: determinatezza e personalità).,

Sotto il primo aspetto, va sottolineato che in tanto una condotta umana può essere descritta con sufficiente precisione e ancorata al reale in quanto si evidenzi l'impatto che essa ha sul piano naturalistico e giuridico.



Il principio di personalità postula, d'altro canto, la necessità che l'evento penalmente riprovato sia imputabile all'agente, sotto il profilo oggettivo e soggettivo, in tutti i suoi aspetti, ivi compresa l'aggressione all'interesse protetto.

Ancora, a riprova del fondamento costituzionale dell'offensività, depongono le diverse funzioni assolte dalla sanzione penale.

In primis, va sottolineato come, a meno che non si voglia aderire a una concezione puramente etica della pena – il che peraltro sarebbe inaccettabile in uno Stato di diritto – quest'ultima debba intendersi non già quale castigo per un peccato, ma quale punizione per un fatto giuridicamente lesivo. Parimenti, l'esigenza di rieducazione postula che il reo si sia posto in contrasto con i valori della comunità e che, in altre parole, ne abbia offeso i beni giuridici. Da ultima, la finalità di prevenzione -generale o speciale – fa leva sull'efficacia deterrente che la sanzione esplicherebbe nei confronti tanto dello stesso reo quanto della generalità dei consociati. Orbene, affinché tale funzione possa essere assolta, è necessario che la pena sia percepita come un costo superiore rispetto ai benefici che deriverebbero dalla commissione del reato e una tale comparazione non può effettuarsi se non assumendo quale parametro la portata offensiva della condotta tenuta dall'agente.

Tanto chiarito sul piano generale, prima di addestrarsi nella soluzione della quaestio iuris inerente alla compatibilità delle categorie richiamate dalla presente traccia con il principio di offensività, va premesso come tentativo e delitti di attentato assolvano un medesimo obiettivo, rappresentato dall'esigenza di presidiare interessi di rilievo determinante ai fini della conservazione e del progresso della comunità, la cui meritevolezza di tutela è avvertita a tal punto da rendere necessitato l'arretramento della soglia di punibilità. Entrambi configurano pertanto fattispecie di pericolo, consistendo l'evento penalmente riprovato in una situazione prodromica rispetto alla lesione effettiva del bene giuridico.

Cionondimeno, diversa è la tecnica adoperata dal legislatore nelle due ipotesi.

Il tentativo è un modello di fatto che ha portata generale salvo poi specificarsi in relazione alle singole ipotesi di parte speciale. La categoria rinviene il proprio ancoraggio normativo nell'art 56 c.p., nella misura in cui espone a sanzione penale chiunque ponga in essere "atti idonei, diretti in modo non equivoco a commettere un delitto".

Improprio è discorrersi a riguardo di forma di manifestazione del reato, intendendosi con ciò che il tentativo designi una particolare modalità in cui l'illecito penale si presenta nella realtà. L'art. 56 assume invero funzione estensiva della punibilità e, combinandosi con la norma incriminatrice, dà luogo a una fattispecie tipica nuova e diversa rispetto a quella del corrispondente delitto consumato, ancorché ad essa avvinta. Tale disposizione, all'interno dello schema inferenziale che presiede all'accertamento della responsabilità penale, si colloca nella premessa maggiore, concorrendo ad integrare la regola nella quale sussumere il caso concreto. Alla luce



di ciò, è di palese evidenza come sia più corretto da un punto di vista tecnico definire il tentativo quale forma del reato nell'ordinamento giuridico, designando esso una realtà astratta, una previsione generalizzata suscettibile di operare per una pluralità indeterminata di illeciti.

Tanto chiarito, stante l'indiscutibile ampiezza della portata applicativa dell'istituto, tale da determinare una sostanziale duplicazione delle fattispecie incriminatrici di parte speciale punite a titolo di dolo nonché una significativa riduzione della libertà di agire dei cittadini, si avverte l'esigenza di individuarne il fondamento.

Al riguardo diverse diatribe sono sorte tanto in dottrina quanto in giurisprudenza. Secondo una prima impostazione, ormai superata in quanto confliggente con i principi costituzionali che informano il moderno sistema penale, la fattispecie di cui all'art 56 c.p. avrebbe quale precipuo scopo quello di stigmatizzare l'atteggiamento di ribellione nei confronti del precetto normativo manifestato dal soggetto agente. In altre parole, ragione giustificatrice della punibilità del tentativo andrebbe ravvisata, talora, nella manifestazione di una volontà contraria ai valori della comunità, talaltra nella pericolosità del soggetto.

Orbene, è evidente come siffatta ricostruzione collida con i principi di materialità e offensività, comportando un radicale e inaccettabile slittamento verso un modello soggettivo del reato. A ciò si aggiunga che essa non sarebbe in grado di spiegare l'inapplicabilità del tentativo ai delitti colposi - atteso che un individuo ben potrebbe risultare socialmente pericoloso pur a fronte di comportamenti imprudenti, imperiti o negligenti – né di giustificare la differenza esistente in punto di trattamento sanzionatorio tra tentativo e consumazione essendo la difformità della volontà del singolo rispetto al precetto sarebbe pressoché analoga.

Secondo una diversa impostazione, la ratio della punibilità della fattispecie in parola andrebbe invece individuata **nell'antigiuridicità reale della condotta** posta in essere. Gli atti di cui all'art. 56 sarebbero stigmatizzati in quanto forieri di turbamento nella comunità ovvero di allarme sociale. La ricostruzione in parola, tuttavia, lungi dallo spiegare il fondamento giuridico dell'istituto, richiama criteri estranei all'ordinamento, limitandosi ad evidenziare ragioni di opportunità politica.

Nettamente maggioritaria in dottrina, nonché più aderente al dettato normativo dell'art. 56 c.p., è la ricostruzione volta ad individuare il fondamento del tentativo nella messa in pericolo dell'interesse protetto dalla singola fattispecie incriminatrice.

Assunto di partenza tenuto presente dal legislatore è la considerazione secondo cui il soggetto che ponga un'attività strumentale alla produzione di accadimenti lesivi di beni giuridici ritenuti meritevoli di protezione sia, sol per questo, suscettibile di sanzione penale, sempre che la condotta tenuta si approssimi a tal punto alla realizzazione dell'evento consumato da creare una situazione offensiva, tale da esprimere una potenzialità di danno e, conseguentemente, giustificare un intervento repressivo.



Il pericolo assurge pertanto ad elemento di struttura oggettiva del delitto tentato, nonché predicato del giudizio di idoneità degli atti, la cui sussistenza va accertata, caso per caso, dal giudice.

Esso deve essere concreto, attuale e dotato di una specifica dimensione fisica, risolvendosi in una modificazione della realtà prodromica rispetto all'evento tipico.

Alla luce di quanto detto, si evince la piena compatibilità della fattispecie in parola con il principio di offensività, configurandosi la potenziale aggressione del bene giuridico quale elemento costitutivo della stessa, oggetto di specifico accertamento. Individuato in tal modo il fondamento giuridico del tentativo, occorre esaminarne più approfonditamente la struttura oggettiva e soggettiva, onde poi procedere in un secondo momento al raffronto con i delitti di attentato.

Va immediatamente sottolineato, come a differenza del previgente codice Zanardelli che postulava quale elemento determinante ai fini della configurabilità del tentativo il "cominciamento dell'esecuzione" (ossia la realizzazione del primo segmento della condotta tipica), nulla dice l'art. 56 c.p. in merito allo stadio dell'iter criminis in cui deve collocarsi la soglia di rilevanza penale dell'attività umana. Orbene è indubbio che, in ossequio ai principi di materialità (nell'accezione sinteticamente espressa dal brocardo cogitationis poenam nemo patitur) e personalità, non sia considerata punibile la mera deliberazione criminosa.

Coerentemente all'assioma della fisica moderna secondo cui natura non facit saltus, la volontà delittuosa rileva soltanto laddove si inserisca nel divenire causale, traducendosi in azione e determinando una modificazione della realtà empirica.

Tanto, del resto, appare comprovato dalla stessa funzione del diritto penale, che mira non già a correggere gli uomini e le loro inclinazioni, ma ad orientarne i comportamenti. Il tentativo non può dunque collocarsi nella fase dell'ideazione, quale momento, primo sul piano logico e cronologico, in cui il reato viene concepito e riceve l'impulso alla sua concreta realizzazione. In tale direzione, depone altresì il dettato normativo dell'art. 115 c.p., nella misura in cui esclude la punibilità dell'accordo volto a commettere un illecito, qualora l'attività programmata non riceva poi concreta attuazione. A tale conclusione non osta peraltro la presenza nel nostro ordinamento di fattispecie integranti delitti di opinione. Così, ad esempio, la condotta di cui all'art. 414 c.p., sulla scorta dell'interpretazione costituzionalmente orientata fornita dalla Corte Costituzionale, rileva esclusivamente laddove, per le sue modalità, si sostanzi in un contegno concretamente idoneo a provocare la commissione di reati, trascendendo la pura e semplice manifestazione del pensiero.

Possono invece integrare tentativo atti meramente preparatori, ossia propedeutici sul

piano materiale alla realizzazione del crimine, ove risultino in concreto univoci e idonei alla produzione dell'evento. Si pensi, a titolo esemplificativo, all'appostamento nei pressi di una banca di rapinatori armati.



Ne segue come la distinzione tra preparazione ed esecuzione non possa considerarsi, né in positivo né in negativo, determinante ai fini della verifica circa la sussumibilità del contegno tenuto dall'agente sotto la previsione di cui all'art. 56 c.p.

Compete, pertanto, ai requisiti dell'idoneità e dell'univocità la delimitazione delle condotte suscettibili di integrare tentativo penalmente rilevante.

Invero è proprio la concreta verifica in ordine alla compatibilità dello schema astratto in parola con le singole fattispecie incriminatrici di parte speciale ad assicurare il rispetto del principio di frammentarietà.

La tipicità è invece salvaguardata dal meccanismo di integrazione dell'art. 56 con le disposizioni che prevedono i vari delitti dolosi. Esso, operando nel senso sopra descritto, dà luogo ad un fatto tipico nuovo, dotato di una propria autonoma struttura.

Circa il contenuto del requisito dell'idoneità, si sono succedute in dottrina e in giurisprudenza diverse ricostruzioni. Ci si è chiesti in particolare, se esso postuli la mera possibilità di verificazione dell'evento tipico ovvero la probabilità, quale rilevante attitudine al conseguimento del risultato avuto di mira. Preferibile, in quanto più aderente alla ratio del tentativo, appare tale seconda ipotesi ermeneutica.

Invero configurare l'idoneità in termini di mera possibilità dell'evento tipico equivarrebbe a privare il giudizio in ordine alla sussistenza dello stessa di ogni valenza selettiva, ampliando eccessivamente il novero delle condotte punibili e, per altro verso, stante la vaghezza del termine, postulando l'attribuzione all'interprete di un troppo ampio margine di discrezionalità.

In ossequio al principio di personalità, sancito dall'art. 27 primo comma della Carta fondamentale, l'accertamento in ordine all'idoneità (intesa quale probabilità di verificazione dell'evento lesivo) postula l'espletamento di un giudizio causale, volto a valutare se la condotta dell'agente possa considerarsi astrattamente efficiente dal punto di vista eziologico rispetto alla realizzazione dell'accadimento proprio del delitto consumato.

Essa consta di due momenti distinti, ancorché complementari sul piano logico e cronologico.

In primis, occorre accertare che il contegno tenuto dal soggetto sia qualificabile come antecedente necessario, ancorchè non sufficiente, (id est: condicio sine qua) dell'evento di pericolo che connota la struttura oggettiva del tentativo. Bisogna, in altre parole, verificare se esso abbia causato la verificazione di una situazione preliminare e strumentale rispetto alla lesione del bene giuridico protetto dalla disposizione incriminatrice di parte speciale.

In un secondo momento, occorre poi stabilire se, eliminati mentalmente i fattori devianti in concreto l'azione criminosa, l'accadimento tipico proprio della fattispecie



consumata si sarebbe verificato. Interrogativo cui l'interprete è chiamato a fornire risposta è "cosa sarebbe successo se non".

Alla luce di quanto sopra, ben si evince come, mentre la prima delle due fasi descritte integri un giudizio certo, la seconda abbia natura marcatamente probabilistica ponendo in relazione un accadimento reale ed uno potenziale.

Cionondimeno, si ritiene che anch'essa debba svolgersi secondo lo statuto proprio della causalità scientifica di cui agli artt. 40 e 41 c.p. mercé l'impiego del modello della sussunzione sotto leggi scientifiche di copertura.

L'accertamento del requisito dell'idoneità avviene pertanto attraverso una prognosi postuma. Il giudice, pur assolvendo al proprio compito in un tempo posteriore alla commissione del delitto tentato, deve porsi idealmente al momento dell'azione.

Discussa è altresì la struttura del giudizio in parola, non essendo chiaro se esso debba espletarsi su base parziale (ossia considerando esclusivamente le circostanze conosciute o conoscibili dall'agente) ovvero totale (tenendo cioè conto di tutti gli elementi fattuali esistenti all'epoca della condotta). Invero la prima ricostruzione ermeneutica non può essere accolta, in quanto postulerebbe l'introduzione in una valutazione di tipo oggettivo di un dato soggettivo, inerente alla prevedibilità di determinate condizioni di fatto. Si finirebbe, in buona sostanza, per trasformare l'accertamento casuale in un giudizio di colpa.

Pressoché pacifico è che la verifica in ordine alla probabilità di verificazione dell'evento lesivo debba espletarsi alla stregua delle leggi di copertura vigenti all'epoca del giudizio, ancorché scoperte successivamente alla verificazione della condotta. L'esistenza di un dato è infatti, per le scienze naturali, qualcosa di diverso rispetto alla sua conoscenza.

Quanto al secondo requisito di struttura del delitto tentato, costituito dall'univocità degli atti, due sono le ricostruzioni riscontrate in dottrina e in giurisprudenza.

Secondo una prima concezione, di stampo marcatamente soggettivistico (emersa anche nei lavori preparatori al codice penale), esso consisterebbe nella intenzionalità criminale ovvero nella direzionalità degli atti ad uno scopo delittuoso.

L'accertamento in ordine alla sussistenza del requisito in parola postulerebbe pertanto la necessità che sia raggiunta la prova circa la volontà di commettere un illecito penale, prova che peraltro può essere desunta anche da elementi esterni alla condotta.

Così intesa, tuttavia, la necessaria univocità degli atti costituirebbe mera indicazione tautologica, discendo l'obbligatorietà di provare la sussistenza dell'intenzione criminale dalle disposizioni generali in tema di elemento soggettivo del reato.

Preferibile deve pertanto ritenersi una ricostruzione oggettiva del requisito in esame.



Orbene, secondo i fautori dell'impostazione in parola, esso esprimerebbe un carattere di essenza della condotta. Bisogna, pertanto, verificare se, alla luce del contesto concreto in cui sono inseriti, gli atti posti in essere dal soggetto siano tali da denotare, secondo l'id quod plerumque accidit, l'intenzione di commettere un delitto.

Ai fini di una maggiore completezza espositiva, giova specificare come la struttura soggettiva del delitto tentato si connoti per la necessaria presenza del dolo.

Invero, il requisito dell'univocità degli atti postula la più piena adesione psichica del

soggetto agente all'evento antigiuridico, tant'è che, secondo l'orientamento prevalente, la fattispecie di cui all'art. 56 c.p. sarebbe incompatibile altresì con il dolo eventuale, caratterizzato dalla mera accettazione del rischio dell'accadimento lesivo.

Così ricostruiti la nozione, il fondamento e la struttura del tentativo occorre procedere alla disamina dei delitti di attentato, onde poi, in punto di conclusioni porre a confronto le due figure. Va immediatamente avvertito, come emergerà nitidamente nel prosieguo, che la riforma operata dalla legge n. 85/2006, modificando le più significative fattispecie incriminatrici appartenenti alla categoria in parola, ha finito per determinare un significativo avvicinamento delle stesse alla struttura oggettiva del tentativo. Finalità perseguita deve ritenersi, senza dubbio, quella di consentire l'implementazione in subiecta materia dei principi di offensività, materialità e determinatezza in senso empirico nonché, più in generale, delle garanzie proprie del modello oggettivo di reato.

I delitti di attentato costituiscono una categoria di parte speciale, originata in via induttiva dal raggruppamento di diverse figure tipiche, tutte accomunate da una significativa anticipazione della soglia di punibilità nonché, quanto meno nella formulazione linguistica antecedente la succitata riforma, dall'impiego della locuzione "fatti diretti a".

Essi sono disciplinati dal libro secondo del codice penale. Ipotesi emblematiche sono rappresentate: nell'ambito dei delitti contro la personalità dello Stato dagli artt. 276, 280, 283, 289, 294 e 295 c.p., nel titolo relativo ai delitti contro l'incolumità pubblica dagli artt. 420, 432 e 433 c.p., nonché dall'art. 565 c.p. in tema di attentati alla morale familiare.

Orbene, da una prima lettura delle disposizioni richiamate emerge icto oculi la diversità delle fattispecie rispetto alla previsione di cui all'art. 56.

Invero, il tentativo è destinato a trovare applicazione nell'ipotesi in cui la lesione del bene giuridico presidiato dalle fattispecie incriminatrici di parte speciale non si verifichi a causa dell'intervento di fattori distorsivi dell'iter criminis, estranei ed indipendenti rispetto alla condotta del soggetto agente. I delitti di attentato costituiscono invece reati in sé perfetti, frutto di una precisa scelta discrezionale del legislatore, consistente nell'ampliamento dell'area di rilevanza penale della condotta umana a fronte dell'esigenza di salvaguardia di interessi di particolare rilievo.



Ne segue che, nella maggior parte dei casi, la realizzazione del danno integri una circostanza o un'autonoma fattispecie, suscettibile di assorbire l'illecito di pericolo.

Quanto alla configurazione strutturale delle fattispecie in parola, occorre rilevare come in materia si siano succedute negli anni diverse interpretazioni, tutte riconducibili in buona sostanza a due contrapposte opzioni ermeneutiche.

Secondo un primo filone, di matrice soggettivistica, la previsione dei delitti di attentato rispecchierebbe esigenze del tutto peculiari rispetto a quello sottese alla disciplina del tentativo. Tali fattispecie sarebbero, infatti, volte a colpire direttamente talune condotte criminose indipendentemente dai riflessi concreti che possano derivarne. Ne segue che la locuzione "fatti diretti a" andrebbe interpretata quale comprensiva esclusivamente del requisito dell'univocità, ben potendo le ipotesi in parola attrarre, entro il proprio perimetro applicativo, contegni privi di efficacia eziologica rispetto alla lesione effettiva dell'interesse protetto, purché tali da denotare un'intenzionalità criminosa.

L'accoglimento di siffatta impostazione ermeneutica finirebbe per trasformare i delitti di attentato in illeciti di mera disobbedienza, ponendosi in aperto e insanabile dissidio con i principi di rango costituzionale che informano il sistema penale. Pare preferibile pertanto aderire alle concezioni di stampo oggettivistico, volte a ricomprendere tra gli elementi costitutivi delle fattispecie de quibus anche l'idoneità, nel senso sopra ricostruito con riguardo alla previsione di cui all'art. 56.

I delitti in parola, come il tentativo, farebbero leva, ai fini della determinazione delle condotte punibili, sull'avanzamento della linea di sviluppo casuale.

Ne segue che oggetto di riprovazione penale non possa ritenersi ogni contegno sorretto da una specifica volontà criminosa, occorrendo un quid pluris consistente in una valutazione prognostica in merito ai possibili sviluppi dell'attività concretamente posta in essere.

Tale impostazione, sebbene più aderente al dettato costituzionale, risultava, quanto meno in epoca antecedente la riforma del 2006, priva di ogni ancoraggio normativo.

Invero, a livello semantico costituirebbe una pregnante forzatura affermare che la locuzione "fatti diretti a" inglobi in sé il requisito dell'idoneità.

Si è pertanto fatta strada una recente corrente dottrinale volta ad evidenziare come l'estensione ai delitti di attentato dell'elemento in parola possa trovare fondamento positivo nell'art 49 c.p. Tale norma, configurante fattispecie autonoma rispetto a quella di cui all'art. 56 e applicabile a tutti i delitti consumati, postulerebbe, in aggiunta al giudizio astratto volto a verificare la sussumibilità del fatto storico nella disposizione incriminatrice, un secondo accertamento posto a stabilire che non siano riscontrabili in concreto circostanze tali da escludere, nel caso specifico, l'efficacia della condotta posta in essere.



Tanto chiarito sul piano generale, occorre fare applicazione alle figure tipiche richiamate alla traccia prospettata delle coordinate teoriche sinora tracciate.

L'art 241 c.p., rubricato "Attentati contro l'integrità, l'indipendenza e l'unità dello Stato", nella formulazione previgente, assoggettava a sanzione penale chiunque commettesse "un fatto diretto a sottoporre il territorio dello Stato o parte di esso alla sovranità di uno Stato, ovvero a menomare l'indipendenza dello Stato".

Orbene, dall'analisi di tale previsione emerge icto oculi come l'interesse presidiato dalla fattispecie incriminatrice abbia natura meramente ideale e sia privo di immediato referente nella realtà fenomenica.

Cionondimeno, le teorie soggettivistiche, facendo leva sulla primaria rilevanza del bene giuridico protetto (da individuarsi nella stessa conservazione del consorzio civico), costruivano la fattispecie in esame quale illecito di mera disobbedienza, volto a stigmatizzare qualsiasi condotta preordinata alle finalità indicate dall'art. 241, ancorché concretamente priva di risvolti pratici.

La legge n. 85 del 2006 ha, tuttavia, definitivamente messo al bando tale approccio esegetico, sostituendo la locuzione "fatto diretto a" con la formula "atti violenti diretti e idonei a".

Orbene, è evidente che la menzione dell'idoneità quale elemento costitutivo della fattispecie in parola abbia avuto l'effetto di collocare l'ipotesi delittuosa in parola tra i reati di pericolo concreto, avvicinandola dal punto di vista strutturale al tentativo. Il riferimento alla violenza è valso, invece, a connotare le condotte passibili di incriminazione di maggiore materialità, espungendo dal perimetro applicativo della norma richiamata atti privi di ogni impatto fenomenico e sostanziatisi in mere manifestazioni di pensiero.

Considerazioni pressoché analoghe a quella sinora svolte possono ritenersi valevoli per la fattispecie di cui all'art. 283 c.p.

La disposizione, in parola, nella vigente formulazione, assoggetta a pena "chiunque, con atti violenti, commetta un fatto diretto a mutare la Costituzione dello Stato o la forma di Governo".

Orbene, è evidente come, similmente a quanto riscontrato per l'art. 241 c.p., l'interesse protetto da tale norma abbia, ancora una volta, natura prettamente ideale. Le finalità ispiratrici e gli effetti della riforma sono, quindi, analoghi a quelli in precedenza descritti (id est: implementazione delle garanzie proprie del modello oggettivo del reato, mercé da un lato l'introduzione tra gli elementi costitutivi del reato de quo dell'idoneità, dall'altro la circoscrizione del perimetro applicativo della norma alle sole condotte violente).

Discorso in parte diverso deve farsi per la fattispecie delittuosa di cui all'art 289 c.p.

La norma richiamata, nell'attuale formulazione dispone quanto segue:"



È punito con la reclusione da uno a cinque anni, qualora non si tratti di un più grave delitto, chiunque commette atti violenti diretti ad impedire, in tutto o in parte, anche temporaneamente:

- 1) al Presidente della Repubblica o al Governo l'esercizio delle attribuzioni o prerogative conferite dalla legge;
- 2) alle assemblee legislative o ad una di queste, o alla Corte costituzionale o alle assemblee regionali l'esercizio delle loro funzioni".

Ponendo tale disposizione a raffronto con il testo anteriore alla modifica del 2006, si evince come il legislatore, pur avendo scelto di dotare le condotte penalmente rilevanti del requisito della violenza, diversamente dagli altri due reati analizzati, abbia scelto di non introdurre l'idoneità tra gli elementi costitutivi della fattispecie astratta.

Tale decisione si giustifica, a ben vedere, in funzione della diversa natura del bene giuridico che si intende salvaguardare – id est: le cariche di Governo e, conseguentemente, le persone fisiche che le ricoprono –, di per sé dimostrativa di un più alto grado di materialità della figura criminosa in esame.

Ciò posto, in punto di conclusioni, va rilevato come i delitti di attentato, pur resi per effetto della legge n. 85/2006 più aderenti al modello oggettivo del reato, non possono considerarsi passibili di integrazione con la norma di parte generale di cui all'art 56.

Invero, ammettere la configurabilità di un "tentativo di attentato" comporterebbe un eccessivo e inaccettabile arretramento della soglia di punibilità, determinando un grave vulnus al principio di offensività e compromettendo altresì la materialità e la determinatezza del fatto di reato.

#### ANTE DECRETO SICUREZZA

### 15. Stranieri. Diritto penale dell'immigrazione

L'evoluzione in atto delle norme penali in materia di immigrazione si connota per una sempre più marcata influenza da parte del diritto dell'Unione europea. In particolare, il diritto penale dell'immigrazione è stato recentemente investito dalle riforme che hanno trasposto le dir. 2008/115/CE (meglio nota come "Direttiva rimpatri") e 2009/52/CE (che è intervenuta sul fronte dell'occupazione lavorativa di stranieri irregolari); nonché dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE, la quale, attraverso le sentenze El Dridi e Achugbabian, ha dettato principi che hanno profondamente inciso sulle scelte politico-criminali dei legislatori nazionali, e verosimilmente continueranno a farlo in futuro. I temi cardine sono dunque rappresentati dalle politiche di contrasto all'immigrazione irregolare, sul duplice fronte della messa in atto di efficaci procedure di rimpatrio e della lotta al lavoro clandestino, nonché dalla predisposizione di un efficace apparato sanzionatorio.



#### **SOMMARIO**

1. La ricognizione. L'impatto della normativa europea sul diritto penale dell'immigrazione 2. La focalizzazione 2.1 La legge di trasposizione della direttiva rimpatri 2.2 Le nuove norme contro i datori di lavoro che impiegano immigrati irregolari 3. I profili problematici 3.1 I profili di diritto intertemporale dei riformati delitti di inottemperanza agli ordini di allontanamento 3.2 L'impatto della direttiva rimpatri su ulteriori figure di reato 3.3 Occupazione di stranieri irregolari e favoreggiamento della permanenza illegale

# 1. La ricognizione. L'impatto della normativa europea sul diritto penale dell'immigrazione

Esaminando l'influenza dell'ordinamento europeo sulla legislazione interna, risulta agevole individuare le più importanti novità che, nell'anno trascorso, hanno contrassegnato, dal punto di vista del contrasto all'immigrazione irregolare, il diritto penale italiano.

Procedendo in ordine cronologico, viene anzitutto in rilievo il d.l. 24.6.2011 n. 89 (convertito in legge, con pochissime modificazioni, dalla l. 2.8.2011 n. 129), che ha dato attuazione alla dir. 2008/115/CE, meglio nota come "Direttiva rimpatri", recante Norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare. L'intervento ha apportato rilevanti modifiche al Testo Unico sull'immigrazione, incidendo principalmente sui suoi artt. 13 e 14, i quali dettano la disciplina dell'espulsione dello straniero irregolare e prevedono un complesso apparato di sanzioni penali per le condotte che, a vario titolo, ostacolano o comunque interferiscono con quel procedimento amministrativo. Tale riforma, benché già oggetto di un primo esame "a caldo" nella precedente edizione del Libro dell'anno del diritto1, merita di essere nuovamente presa in considerazione, sia nell'ottica di ripercorrerne i tratti essenziali alla luce della successiva elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, sia al fine di mettere a fuoco le questioni problematiche nel frattempo emerse, anche alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia UE.

Il secondo intervento legislativo che ha segnato la materia de qua nell'anno trascorso, è rappresentato dal d.lgs. 16.7.2012, n. 109, il quale ha dato attuazione nell'ordinamento italiano alla dir. 2009/52/CE, recante Norme minime relative a sanzioni e provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare. Anche questa riforma ha inciso su una disciplina penale in parte già esistente, ossia il reato di occupazione di stranieri irregolari di cui all'art. 22, co. 12, t.u. imm., introducendovi nuove circostanze aggravanti, nonché estendendo la relativa responsabilità anche alle persone giuridiche.

#### 2. La focalizzazione



Occorre a questo punto esaminare nel dettaglio i contenuti delle citate riforme, concentrando l'attenzione sui profili di novità di maggiore rilievo.

#### 2.1 La legge di trasposizione della direttiva rimpatri

Nell'ottica del penalista, le novità di maggior rilievo introdotte dal d.l. n. 89/2011 in attuazione della direttiva rimpatri riguardano la fase esecutiva del procedimento espulsivo: le disposizioni contenute negli artt. 13 e 14 del t.u. imm. sono state, sul punto, quasi interamente riscritte. Rinviando ad altre sedi per la ricostruzione dettagliata della nuova disciplina amministrativa2, ci si limiterà, nel prosieguo, a segnalare le novità che hanno investito il versante penalistico dell'intervento riformatore, e che hanno riguardato le sanzioni applicabili allo straniero a fronte di condotte che ostacolano o comunque interferiscono col procedimento espulsivo.

Il d.l. n. 89/2011, anzitutto, ha introdotto nel testo unico sull'immigrazione due fattispecie incriminatrici di nuovo conio, che non avevano omologhi nella disciplina antecedente al recepimento della direttiva. Vengono infatti punite, con la multa da 3.000 a 18.000 euro, le condotte che, senza giustificato motivo, violano le misure coercitive disposte dal questore in pendenza del termine per la partenza volontaria (art. 13, co. 5.2, t.u. imm.), ovvero in alternativa al trattenimento amministrativo nei CIE (art. 14, co. 1-bis, t.u. imm.), ossia: «a) consegna del passaporto o altro documento equipollente in corso di validità, da restituire al momento della partenza; b) obbligo dimora in un luogo preventivamente individuato, dove possa essere ragionevolmente rintracciato; c) obbligo di presentazione, in giorni ed orari stabiliti, presso un ufficio della forza pubblica territorialmente competente». Mentre l'introduzione delle indicate misure coercitive può essere collocata nel quadro dell'adeguamento della normativa interna alla disciplina dettata dalla direttiva rimpatri, essendo dette misure volte a realizzare l'obiettivo di un utilizzo graduale e proporzionato della forza nell'ambito del procedimento espulsivo; non altrettanto può dirsi con riferimento alla previsione di sanzioni penali in caso di violazione delle stesse, non essendo stato previsto alcun obbligo di incriminazione in tal senso a carico degli Stati membri.

La riforma del 2011 ha inoltre investito i profili sanzionatori di figure di reato già esistenti, lasciando invece immutata la loro struttura e natura delittuosa. Ciò è accaduto con riferimento alle norme incriminatrici delle condotte di inottemperanza agli ordini di allontanamento emessi dal questore (art. 14, co. 5-ter, t.u. imm., che punisce l'inottemperanza al primo ordine questorile; art. 14, co. 5-quater, che punisce l'inottemperanza agli ordini successivi al primo), per le quali si è passati dalla pena detentiva della reclusione (fino a quattro anni nella prima ipotesi; da uno a cinque anni nella seconda ipotesi) alla pena pecuniaria della multa (rispettivamente, fino a 20.000 euro e da 15.000 a 30.000 euro). L'abbandono della pena detentiva è stato imposto dall'interpretazione della direttiva rimpatri fornita dalla Corte di Giustizia



dell'Unione Europea nella nota sentenza El Dridi3, già oggetto di un approfondito esame nella precedente edizione del Libro dell'anno del diritto4. Rinviando a quella sede per ogni dettaglio, ci si limiterà qui a ricordare come il fulcro della pronuncia della Corte fosse rappresentato dalla dichiarazione di incompatibilità non già tra la direttiva rimpatri e l'utilizzo del diritto penale quale strumento di contrasto dell'immigrazione illegale; bensì tra la medesima direttiva e l'irrogazione di una sanzione detentiva nei confronti dello straniero irregolare inottemperante all'ordine di lasciare il territorio. Secondo la Corte, infatti, l'esecuzione di tale pena detentiva, non solo si scontrava con le modalità di trattenimento fissate dalla direttiva a tutela dei diritti fondamentali dello straniero, ma finiva altresì col frustrare l'obiettivo della sua efficace rimozione, poiché ne ritardava l'allontanamento, così privando la direttiva del suo effetto utile.

Il successivo co. 5-quater.1 t.u. imm., introdotto dal d.l. n. 89/2011, prevede che «nella valutazione della condotta tenuta dallo straniero destinatario dell'ordine del questore, di cui ai commi 5-ter e 5-quater, il giudice accerta anche l'eventuale consegna all'interessato della documentazione di cui al comma 5-bis, la cooperazione resa dallo stesso ai fini dell'esecuzione del provvedimento di allontanamento, in particolare attraverso l'esibizione d'idonea documentazione».

Il senso e la portata della disposizione in parola non risultano immediatamente percepibili. È tuttavia probabile che la norma, più che indicare criteri speciali per la commisurazione della pena dei delitti in esame5, sia volta a dettare alcune linee guida per valutare l'eventuale presenza di un «giustificato motivo», idoneo ad escludere la rilevanza penale delle condotte di inottemperanza agli ordini di allontanamento questorili.

# 2.2 Le nuove norme contro i datori di lavoro che impiegano immigrati irregolari

La dir. 2009/52/CE – muovendo dalla duplice premessa che «dovrebbe essere rafforzata la cooperazione fra gli Stati membri nella lotta contro l'immigrazione illegale» (considerando n. 1), e che «un fattore fondamentale di richiamo dell'immigrazione illegale nell'Unione europea è la possibilità di trovare lavoro pur non avendo lo status giuridico richiesto» (considerando n. 2) – «vieta l'impiego di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare», e a tal fine «stabilisce norme minime comuni relative a sanzioni e provvedimenti applicabili negli Stati membri nei confronti dei datori di lavoro che violano tale divieto» (art. 1). Con specifico riguardo alla materia penale, la dir. 2009/52/UE impone agli Stati membri di configurare come reato cinque ipotesi particolarmente gravi di assunzione di stranieri irregolari (elencate nell'art. 9 della direttiva), prevedendo sanzioni penali efficaci, proporzionate e dissuasive (art. 10), ed estendendo tale responsabilità anche alle persone giuridiche (artt. 11 e 12).



L'ordinamento penale italiano, invero, era già provvisto di una norma incriminatrice delle assunzioni di stranieri irregolari. Si tratta dell'art. 22, co. 12, t.u. imm., il quale – nella vigente versione, introdotta dal cd. Pacchetto sicurezza del 20086 – punisce con la reclusione da sei mesi a tre anni, e con la multa di 5.000 euro per ogni lavoratore impiegato, chiunque occupi alle proprie dipendenze cittadini di paesi terzi privi di idoneo permesso di soggiorno.

Tale reato è dunque dotato di un campo di applicazione più ampio di quello imposto agli Stati membri dal legislatore UE, la rilevanza penale della condotta non essendo subordinata alla sussistenza delle ipotesi di particolare gravità elencate nell'art. 9 della direttiva.

Fatte queste premesse, risulta possibile individuare le specifiche novità introdotte dal legislatore in sede di trasposizione della direttiva, attraverso il citato d.lgs. n. 109/20127. Anzitutto, tre delle ipotesi di particolare gravità indicate dall'art. 9 della direttiva sono state elevate a circostanze aggravanti speciali del reato di cui all'art. 22, co. 12, t.u. imm., la cui fattispecie base è rimasta invece immutata. Il nuovo co. 12-bis dell'art. 22 t.u. imm., infatti, prevede che le pene siano 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 terzo comma dell'art. 603 bis del codice penale». Quest'ultima norma, volta a colpire il cd. "caporalato", prevede al terzo comma tre aggravanti: le prime due coincidono con le lett. a) e b) dell'art. 22, co. 12-bis, mentre la terza – alla quale soltanto, dunque, pare logico riferire il rinvio di cui all'art. 22, co. 12, lett. c) – consiste nell'«aver commesso il fatto esponendo i lavoratori ... a situazioni di grave pericolo, avuto riguardo alle caratteristiche delle prestazioni da svolgere e delle condizioni di lavoro». Non è da escludere, peraltro, che il rinvio al co. 3 dell'art. 603 bis abbia costituito una svista del legislatore, atteso che le condizioni di sfruttamento vero e proprio (e non di grave pericolo) sono descritte, piuttosto, nel co. 2 della medesima norma incriminatrice.

Tornando alle novità introdotte dalla riforma, si segnala, in secondo luogo, quanto dispone il nuovo co. 12-ter dell'art. 22 t.u. imm., in attuazione dell'art. 5, co. 1, lett. b) della direttiva: «con la sentenza di condanna il giudice applica la sanzione amministrativa accessoria del pagamento del costo medio di rimpatrio del lavoratore straniero assunto illegalmente»8.

In terzo luogo, conformemente al già citato art. 11 della direttiva, il legislatore delegato ha introdotto nel catalogo dei reati da cui discende la responsabilità dell'ente ex d.lgs. 8.6.2001, n. 231, il nuovo art. 25 duodecies, ai sensi del quale «in relazione alla commissione del delitto di cui all'articolo 22, comma 12 bis, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, si applica all'ente la sanzione pecuniaria da 100 a 200 quote, entro il limite di 150.000 euro».



Merita infine di essere segnalato l'art. 1, co. 1, lett. b), del d.lgs. n. 109/2012, che, in attuazione dell'art. 13, co. 4, della direttiva, introduce nell'art. 22 t.u. imm. i co. 12-quater e quinquies. Tali disposizioni prevedono la possibilità di rilasciare un permesso di soggiorno per motivi umanitari allo straniero che denuncia situazioni di particolare sfruttamento lavorativo, e coopera nel procedimento penale instaurato nei confronti del datore di lavoro.

#### 3. I profili problematici

Veniamo ora all'esame delle principali questioni controverse sollevate dalle novità legislative di cui si è finora dato conto.

# 3.1 I profili di diritto intertemporale dei riformati delitti di inottemperanza agli ordini di allontanamento

Le modifiche apportate dal d.l. n 89/2011 ai reati di inottemperanza agli ordini di allontanamento del questore (art. 14, co. 5-ter e quater, t.u. imm.) hanno sollevato delicati problemi di diritto intertemporale. Come visto, a fronte della incompatibilità tra tali figure delittuose e gli obiettivi della direttiva rimpatri – così come interpretata dalla Corte di Giustizia nella sentenza El Dridi – il legislatore italiano ha reagito non già rinunciando all'utilizzo dello strumento penale, ossia alla qualificazione di quelle condotte come reato; bensì limitandosi a sostituire la pena detentiva con quella pecuniaria. All'indomani della riforma, pertanto, ci si è chiesti se tra i "vecchi" e i "nuovi" delitti configurati dall'art. 14 t.u. imm. – rimasti prima facie immutati sul piano della fattispecie e innovati sotto il solo profilo sanzionatorio – sussistesse un rapporto di successione di norme penali, ovvero piuttosto un'abolitio criminis e successiva introduzione di nuove fattispecie incriminatrici. Si trattava di un quesito rilevante tanto con riferimento alle condanne già passate in giudicato prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 89/2011 (avvenuta il 24 giugno 2011), quanto in relazione ai procedimenti a quella data ancora pendenti ed aventi ad oggetto fatti commessi nel vigore della disciplina antecedente. Se, tra i reati in esame, fosse stato individuato un rapporto di continuità normativa, ciò avrebbe comportato, da un lato, con riferimento ai processi già conclusi al 24 giugno 2011, l'immediata conversione in executivis delle pene detentive in pene pecuniarie (ai sensi dell'art. 2, co. 3, c.p.); dall'altro lato, con riferimento ai procedimenti ancora pendenti a quella data, l'applicabilità da parte del giudice della cognizione delle nuove e più favorevoli pene pecuniarie (ex art. 2, co. 4, c.p.). Ferma però restando, in entrambi i casi, la rilevanza penale delle condotte incriminate. Dottrina e giurisprudenzatuttavia, hanno sin da subito optato per la tesi dell'abolitio criminis con contestuale introduzione di due nuove fattispecie incriminatrici. Ciò si è tradotto, da un lato, nella revoca delle condanne già passate in giudicato al 24 giugno 2011 (ai sensi degli artt. 2, co. 2, c.p. e 673 c.p.p.)9; dall'altro lato, nella inapplicabilità ai fatti commessi prima di quella data di qualsivoglia pena (ai sensi degli artt. 2, co. 2, c.p., essendo le pene precedenti ormai



abolite; e 2, co. 1, c.p., le nuove pene non essendo ancora vigenti al tempus commissi delicti)10. Pur nella comunanza del risultato raggiunto, dottrina e giurisprudenza vi sono pervenute attraverso percorsi argomentativi eterogenei. Rinviando ad altre sedi per una compiuta disamina dei diversi orientamenti emersi11, ci si limiterà qui a segnalare, per ragioni di spazio, quello che pare costituire l'argomento decisivo.

Come ha lucidamente spiegato una voce della dottrina12, il fenomeno successorio in esame «non è riconducibile ad una semplice sostituzione della precedente formulazione dell'art. 14, co. 5 ter e quater, con quella contenuta nel decreto legge», la "storia" dell'art. 14 dovendo infatti essere divisa «non in due, ma in tre segmenti temporali»: il periodo antecedente al termine di recepimento della direttiva rimpatri (fissato al 24 dicembre 2010), durante il quale le condotte di inottemperanza erano – legittimamente, al metro del diritto UE – sanzionate con la pena detentiva; il periodo compreso tra il 25 dicembre 2010 e l'entrata in vigore del d.l. n. 89/2011, durante il quale le medesime condotte erano penalmente irrilevanti, stante il contrasto dell'incriminazione con le disposizioni di diritto UE divenute direttamente applicabili; il periodo attuale, in cui il reato è punito con la sola pena pecuniaria. Ebbene, conclude la tesi in esame, proprio la presenza di una «parentesi di liceità», all'interno della quale condotte di inottemperanza risultavano penalmente irrilevanti, necessariamente con sé – «almeno in un ordinamento come il nostro, che ha accolto il principio della retroattività in mitius della lex intermedia» – la non punibilità dei fatti commessi antecedentemente al ripristino dell'incriminazione.

### 3.2 L'impatto della direttiva rimpatri su ulteriori figure di reato

Ci si è chiesti, a più riprese, se la riforma introdotta dal d.l. n. 89/2011 abbia pienamente e correttamente trasposto la direttiva rimpatri nell'ordinamento interno. I dubbi che sono stati sollevati a tal proposito in dottrina, già all'indomani della riforma, sono andati via via acquistando maggiore consistenza negli ultimi mesi, facendo progressivamente ingresso anche nelle aule dei tribunali penali. A tale proposito, di particolare attualità è la questione relativa alla compatibilità tra la dir. 2008/115/CE, come interpretata dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, ed il cd. reato di clandestinità, ossia la contravvenzione prevista dall'art. 10 bis t.u. imm., che punisce con l'ammenda da 5.000 a 10.000 euro lo straniero «fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato» in violazione della normativa sull'immigrazione 13.

Punto di partenza è il principio generale – ricavabile dalla lettura congiunta delle sentenze della Corte di Giustizia El Didri e Achugbabian 14 (le quali hanno dichiarato l'incompatibilità con la direttiva rimpatri, rispettivamente, del delitto di cui all'art. 14, co. 5-ter, t.u. imm., e del reato di clandestinità previsto dall'ordinamento francese) – secondo il quale gli Stati membri sono liberi di utilizzare il diritto penale come strumento di contrasto all'immigrazione irregolare, eventualmente configurando come reato anche la stessa clandestinità; ciò, tuttavia, a condizione non venga



pregiudicato il duplice obiettivo di un rimpatrio efficace e rispettoso dei diritti fondamentali della persona, cioè l'effetto utile della direttiva rimpatri.

Né d'altra parte, ha precisato la Corte a chiare lettere nella sentenza Achugbabian, il legislatore nazionale potrebbe invocare in questi casi la facoltà concessagli dall'art. 2 della direttiva, secondo il quale «gli Stati membri possono decidere di non applicare la presente direttiva ai cittadini di paesi terzi ... b) sottoposti a rimpatrio come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale ...»: infatti, l'unica interpretazione di tale disposizione che consente di non vanificare l'obbligo degli Stati membri di adeguarsi alla direttiva, è quella secondo cui il rimpatrio deve essere costituire la sanzione penale, o la conseguenza di sanzione penale, di fattispecie diverse dal mero ingresso o soggiorno irregolare.

Ebbene, vi sono due profili relativi alla disciplina del reato di clandestinità di cui all'art. 10 bis t.u. imm. che potrebbero entrare in conflitto con gli obiettivi perseguiti dalla direttiva: da un lato la previsione secondo cui, in caso di insolvibilità del condannato, la pena pecuniaria è sostituibile con la permanenza domiciliare 15, ossia con una sanzione limitativa della libertà personale, come tale suscettibile di ritardare il procedimento di espulsione, e dunque di frustrare l'obiettivo di un rimpatrio efficace (analogamente a quanto riscontrato dalla sentenza El Dridi con riferimento alla pena detentiva precedentemente prevista per l'art. 14, co. 5-ter); dall'altro lato, la circostanza che l'espulsione di cui all'art. 16 t.u. imm., che il giudice di pace può disporre quale misura sostitutiva della pena pecuniaria 16, venga eseguita attraverso l'accompagnamento coattivo alla frontiera (ai sensi dell'art. 13, co. 4, t.u. imm.), dunque senza rispettare la regola della concessione di un termine per la partenza volontaria nonché il principio di gradualità delle misure coercitive, previsti dalla Direttiva a tutela dei diritti fondamentali del migrante. Entrambi gli evidenziati profili – in base ai quali alcuni giudici hanno già provveduto a disapplicare il reato di clandestinità 17 – hanno recentemente formato oggetto di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea 18: a breve, pertanto, verrà sciolto anche questo ulteriore nodo relativo alla compatibilità tra il diritto UE ed il diritto penale dell'immigrazione.

A ben vedere, peraltro, è lecito sospettare che analoghi profili di incompatibilità con la direttiva rimpatri colpiscano ulteriori figure di reato vigenti nel nostro ordinamento. Anzitutto, la conversione della pena pecuniaria in permanenza domiciliare riguarda anche lo straniero insolvente condannato per i reati di cui agli artt. 13, co. 5.2 (violazione delle misure coercitive disposte dal questore in pendenza del termine per la partenza volontaria), art. 14, co. 1-bis (violazione delle misure coercitive disposte dal questore in alternativa al trattenimento amministrativo nei CIE), e art. 14, co. 5-ter e quater, t.u. imm. (inottemperanza agli ordini di allontanamento emessi dal questore). Anche questi delitti, pertanto, si candidano ad essere censurati per incompatibilità con l'obiettivo del rimpatrio efficace fissato dalla direttiva.



In secondo luogo, l'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva di cui all'art. 16 t.u. imm. risulta applicabile anche ai reati di cui all'art. 14, co. 5-ter e quater: questi ultimi, pertanto, sembrerebbero violare la direttiva anche dal punto di vista delle garanzie minime offerte agli stranieri oggetto di rimpatrio.

# 3.3 Occupazione di stranieri irregolari e favoreggiamento della permanenza illegale

Prima delle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 109/2012, la giurisprudenza dominante individuava il discrimine tra il delitto di cui all'art. 22, co. 12, t.u. imm (che, come visto, incrimina la condotta del datore di lavoro che occupa alle proprie dipendenze stranieri irregolari), e quello di cui all'art. 12, co. 5, t.u. imm. (che invece sanziona, con pene più severe, chiunque, al fine di trarre un ingiusto profitto dalla condizione di illegalità, favorisce la permanenza illegale di stranieri nel territorio italiano), nel dolo specifico di ingiusto profitto, elemento essenziale soltanto della seconda e più grave fattispecie 19. Per la sussistenza di tale elemento soggettivo, non era considerata sufficiente la finalità di conseguire i tipici risparmi legati all'impiego di manodopera "in nero" (in particolare sul piano fiscale e previdenziale), finalità verosimilmente propria anche dell'autore del delitto di cui all'art. 22, co. 12; occorreva, piuttosto, l'intento di sfruttare a proprio vantaggio la condizione di debolezza contrattuale connessa allo status di clandestino, imponendo ai lavoratori condizioni gravose e discriminatorie, ovvero impiegandoli in attività illecite.

Ora che il legislatore, come visto, ha introdotto nell'art. 22 t.u. imm. le aggravanti speciali di cui al co. 12-bis, lett. a), b) e c), i confini tra le due figure di reato appaiono senz'altro mutati. Il punto di partenza per inquadrarli correttamente è la clausola di riserva che costituisce l'incipit dell'art. 12, co. 5, t.u. imm., ai sensi della quale il delitto di favoreggiamento della permanenza illegale si applica «salvo che il fatto costituisca più grave reato». Ebbene, mentre prima della novella introdotta dal d.lgs. n. 109/2012 non vi erano dubbi quanto al fatto che il delitto ex art. 12, co. 5, fosse più grave di (e dunque destinato a prevalere su) quello ex art. 22, co. 12; altrettanto non si può dire – o comunque non lo si può dire con la stessa sicurezza – dopo l'introduzione dell'aggravante di cui all'art. 22, co. 12-bis. In particolare, pare lecito interrogarsi in merito a quale sia la fattispecie corretta da applicare nel caso in cui, pur sussistendo il dolo specifico di cui all'art. 12, co. 5, ricorrano altresì gli estremi di una (o più) delle citate aggravanti speciali di cui al co. 12-bis dell'art. 22.

In tali ipotesi, infatti, mentre la pena detentiva massima per il favoreggiamento risulta pari a quattro anni di reclusione (fattispecie base di cui all'art. 12, co. 5), quella applicabile ai sensi dell'art. 22 può raggiungere i quattro anni e mezzo di reclusione (pena base di tre anni ex art. 22, co. 12, aumentata fino alla metà per effetto dell'aggravante ex co. 12-bis): ragionando in questi termini si dovrebbe assegnare



l'etichetta di "reato di più grave" (e dunque prevalente) a quello di cui all'art. 22, co. 12, t.u. imm. Peraltro, i rapporti tra le due norme incriminatrici potrebbero tornare ad invertirsi in presenza di fatti commessi da due o più persone ovvero nei confronti di più di cinque stranieri. Tali situazioni, infatti, fanno scattare l'aggravante speciale di cui all'art. 12, co. 5, ultimo periodo, la quale, comportando un aumento delle pene da un terzo alla metà, eleva nuovamente il delitto di favoreggiamento della permanenza illegale a fattispecie più grave, con conseguente inoperatività della clausola di riserva. Non è certo questa la sede per addentrarsi nella spinosa e dibattutissima questione relativa ai criteri per individuare, nel confronto tra due o più figure di reato, quella più grave; ed in particolare per affrontare il quesito se le circostanze aggravanti possano o meno entrare in gioco ai fini di tali valutazioni. Pare però utile segnalare, in conclusione, come gli attuali rapporti tra gli artt. 12, co. 5, e 22, co. 12 e 12-bis, t.u. imm. appaiano quanto mai fumosi e incerti.

#### Note

- 1 Cfr. Masera, L., Diritto penale e governo dei flussi migratori, in Il Libro dell'anno del diritto 2012, Roma, 2012, 244 ss.
- 2 Per uno sguardo sintetico e d'insieme, cfr. Masera, L., Diritto penale e governo dei flussi migratori, cit.; per una disamina più dettagliata si veda invece Savio, G., La nuova disciplina delle espulsioni dopo la legge 129/2011, in www.meltingpot.org.
- 3 C. giust. UE, 28.4.2011, C-61/11 PPU, El Dridi.
- 4 Masera, L., Diritto penale e governo dei flussi migratori, cit.
- 5 Nel primo senso, cfr. Natale, A., La direttiva 2008/115/CE e il decreto legge di attuazione n. 89/2011. Prime riflessioni a caldo, in www.penalecontemporaneo.it, 24.6.2011; nel secondo, e preferibile, significato, v. Savio, G., La nuova disciplina delle espulsioni, cit., 16.
- 6 D.l. 23.5.2008, n. 92, conv. con modif. nella l. 24.7.2008, n. 125. La norma incriminatrice in esame è stata introdotta dall'art. 5, co. 1-ter, del decreto, che ha così sostituito la precedente fattispecie contravvenzionale, che era stata a sua volta introdotta dall'art. 18, co. 1, della cd. legge Bossi-Fini (l. 30.7.2002, n. 189).
- 7 Per una prima lettura organica dell'intervento normativo, v. Masera, L., Nuove norme contro i datori di lavoro che impiegano immigrati irregolari, in www.penalecontemporaneo.it, 3.9.2012.
- 8 A tal proposito, il co. 2 dell'art. 1 del d.lgs. n. 109/2012 da un lato rinvia ad un decreto ministeriale per l'individuazione dei criteri finalizzati alla determinazione del



costo medio del rimpatrio; dall'altro individua le voci di spesa statale, comunque connesse alla gestione dei flussi migratori, alle quali destinare i proventi derivanti dalla sanzione amministrativa in esame.

- 9 In tal senso, v. Trib. Pisa, 11.10.2011, giud. Degl'Innocenti, in www.penalecontemporaneo.it, 26.10.2011; Trib. Matera, 12.10.2011, Pres. Vetrone, Est. Spagnuolo, ibidem, 18.11.2011.
- 10 Cass., pen., 23.9.2011, n. 36451, in www.penalecontemporaneo.it, 21.10.2011, con nota di Masera, L., Le prime pronunce della Cassazione sui profili di diritto intertemporale del riformato art. 14 t.u. imm. (di identico contenuto è la pronuncia, resa nel corso della medesima udienza, n. 36446); Trib. Torino, 29.6.2011, giud. Pironti, ibidem, 5.7.2011; Trib. Pinerolo, 14.7.2011, giud. Reynaud, ibidem, 2.9.2011; Trib. Torino, 27.6.2011, giud. Natale, ibidem, 20.7.2011.
- 11 Per un'approfondita disamina del dibattito, v. Masera, L., Il 'nuovo' art. 14 co. 5 ter d.lgs. 286/98 e la sua applicabilità nei procedimenti per fatti antecedenti all'entrata in vigore del d.l. 89/2011, in www.penalecontemporaneo.it, 20.7.2011.
- 12 Si tratta, ancora, di Masera, L., op. ult. cit.
- 13 La questione è analiticamente trattata da Gatta, G.L., Il "reato di clandestinità" (art. 10 bis T.U. imm.) e la "direttiva rimpatri", in www.penalecontemporaneo.it, 8.2.2012.
- 14 C. giust. UE, 6.12.2011, C-329/11, Achugbabian, in www.penalecontemporaneo.it, 6.12.2011, con annotaz. di Masera; cfr. anche i commenti alla pronuncia di D'Ambrosio, L., Se una notte d'inverno un sans papiers: la Corte di Giustizia dichiara il reato di ingresso e soggiorno irregolare 'conforme' e 'non conforme' alla direttiva rimpatri, ibidem, 26.1.2012; La Rosa, M., Diritto penale e immigrazione in Francia: cui prodest?, ibidem, 1.2.2012; Raffaelli, R., Case note: the Achughbabian case. Impact of the return directive on national criminal legislation, ibidem, 2.2.2012.
- 15 Ai sensi dell'art. 55, co. 5, d.lgs. 28.8.2000, n. 274.
- 16 Ex art. 62 bis d.lgs. n. 274/2000.
- 17 V., ad esempio, Giudice di pace, Roma, 16.6.2011, giud. Chiassai, in www.penalecontemporaneo.it, 26.9.2011.
- 18 Trib. Rovigo, sez. distaccata di Adria, ord. 15.7.2011, giud. Miazzi, in www.penalecontemporaneo.it, 19.7.2011; Giudice di pace, Lecce, ord. 22.9.2011, giud. Rochira, ibidem, 6.2.2012.
- 19 Per la disamina di tali questioni, si consentito il rinvio a Zirulia, S., Art. 12 t.u. imm., in Dolcini, E.-Marinucci, G., a cura di, Codice Penale Commentato, III ed., 2011, vol. III, Immigrazione, 7705 ss.

### 16. Da Diritto penale contemporaneo



## Decreto-sicurezza: i profili penalistici

Decreto-legge 4 ottobre 2018 n. 113 ("Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata")

- 1. Come è noto, il 5 ottobre 2018 è entrato in vigore il cd. decreto-sicurezza (d.l. 4 ottobre 2018, n. 113), attualmente in sede di conversione, con il quale il Governo apporta, con la forma della decretazione d'urgenza, numerose modifiche che interessano svariate disposizioni. Tra gli interventi più rilevanti spiccano anche per la loro risonanza mediatica quelli relativi all'eliminazione dei permessi di soggiorno temporanei per esigenze di carattere umanitario, al prolungamento dei termini di permanenza nei centri per il rimpatrio, alla radicale trasformazione dello SPRAR in un sistema di accoglienza non più rivolto ai richiedenti asilo, all'utilizzo in via sperimentale per la Polizia municipale di armi comuni ad impulsi elettrici, all'estensione dell'utilizzo del braccialetto elettronico, all'ampliamento del DASPO, alle novelle nel Codice antimafia e a un generale inasprimento sanzionatorio per alcune condotte in tema di pubblica sicurezza [1].
- 2. Ben quindici dei quaranta articoli di cui si compone il decreto-legge in commento interessano la vasta e complessa disciplina dell'immigrazione, affrontata dal decreto nel Titolo I. Per quanto apparentemente estranea agli interessi del penalista trattandosi di una normativa per lo più di carattere amministrativo alcune di tali modifiche meritano quantomeno di essere accennate, collocandosi su quella instabile linea di confine che separa le sanzioni e le misure amministrative da quelle penali.

Dopo aver esordito con l'abrogazione del permesso di soggiorno per motivi umanitari (art. 1 comma 1) e la sua sostituzione ad opera di una dettagliata elencazione di permessi "speciali" (per cure mediche, per le vittime di violenza o di grave sfruttamento, per casi di eccezionali calamità naturali nel paese d'origine, per non sottoponibilità all'espulsione o, da oggi, per atti di particolare valore civile ex art. 42-bis del TU), viene rivista (art. 1 comma 2) la disciplina della gestione delle controversie relative ai provvedimenti di diniego del riconoscimento della "protezione speciale" resi dalla Commissione territoriale o nazionale. Su tali provvedimenti, stabilisce il decreto, decideranno le Sezioni specializzate in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea – introdotte dal d.l. n. 13/2017 – con rito sommario di cognizione.

Interessa sicuramente più da vicino il penalista, indubbiamente, il prolungamento dei termini della detenzione amministrativa degli stranieri all'interno dei Centri di permanenza per il rimpatrio (Cpr), stabilito dall'art. 2 del decreto-legge. Se l'ampiamento della rete di tali centri – destinati a ospitare ex art. 14 del Testo unico gli stranieri in attesa di espulsione – era già stato



disposto dall'art. 19 comma 3 del decreto-legge n. 13/2017, così manifestando la (discussa) volontà di proseguire su questa strada [2], oggi l'art. 2 comma 2 del decreto consente addirittura di ricorrere per la tempestiva esecuzione dei lavori di costruzione o ristrutturazione di tali centri, alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara, disciplina solitamente circoscritta ai casi indicati dall'art. 63 del codice dei contratti pubblici.

Ciò che più rileva, è che l'art. 2 comma 1 del decreto qui in commento raddoppia la durata del periodo massimo di trattenimento – comprendente le eventuali proroghe al termine iniziale di 30 giorni, richieste dal questore e convalidate dal giudice di pace – (ri)portandolo da 90 giorni (così come risultava prima del decreto sicurezza per effetto della l. n. 161 del 2014) a 180 giorni. Viene portato da 90 a 180 giorni anche il periodo di trattenimento presso le strutture carcerarie in seguito al quale lo straniero, dopo essere già stato privato della libertà personale per 180 giorni, potrà essere trattenuto per altri 30 giorni (prorogabili di ulteriori 15) in un Cpr nei casi di particolare complessità delle procedure di identificazione e di organizzazione del rimpatrio.

Ancora, l'art. 3 del decreto in commento introduce due ulteriori ipotesi di trattenimento giustificate dalla necessità di determinare o verificare l'identità o la cittadinanza dello straniero richiedente protezione internazionale.

La prima ha una durata massima di **30 giorni** e si svolge negli appositi **punti di crisi** (i cd. hotspots), per la prima volta nominati all'interno di una fonte di rango primario dal d.l. n. 13/2017, che li ha disciplinati nell'articolo 10-ter comma 1 del Testo unico sull'immigrazione. Nonostante l'apparente rispetto della riserva di legge imposta dall'art. 13 Cost. per ogni forma di restrizione della libertà personale, l'attuale disciplina degli hotspots continua rinviare a fonti inadeguate per l'individuazione dei centri (viene fatto espresso rinvio al d.l. n. 451/1995 convertito, con modificazioni, dalla l. n. 563/1995, cd. legge Puglia), senza nulla dire quanto alla natura e all'organizzazione degli stessi né tantomeno chiarendo le condizioni detentive dei cittadini stranieri trattenuti [3]. Tale situazione non è passata inosservata agli occhi del Garante Nazionale dei diritti dei detenuti che, nella Relazione al Parlamento del 2018, ha parlato di "limbo giuridico" avvertendo circa il rischio di "zone d'ombra" dove l'ambiguità giuridica crea situazioni di "privazione della libertà de facto senza le dovute garanzie e quindi in contrasto con il principio dell'inviolabilità della libertà personale" [4].

Tornando all'art. 3 del decreto, la seconda nuova ipotesi di trattenimento viene riservata invece al caso in cui non sia stato possibile raccogliere le informazioni circa l'identità o la cittadinanza. Essa avrà una durata massima di 180 giorni e si svolgerà all'interno dei Centri di permanenza per i rimpatri di cui all'art. 14 del Testo unico.



L'art. 4 introduce "un'alternativa" al trattenimento nei Centri di permanenza per il rimpatrio, nell'attesa della definizione del procedimento di convalida dell'espulsione, così modificando l'art. 13 comma 5-bis del Testo unico. A quanto già previsto dalla norma si aggiunge che nel caso non vi sia disponibilità di posti nei Centri, su richiesta del questore, il giudice di pace possa autorizzare (con il decreto di fissazione dell'udienza di convalida) la temporanea permanenza dello straniero – fino alla definizione del procedimento di convalida – in strutture diverse e idonee, nella disponibilità dell'Autorità di pubblica sicurezza. Se l'indisponibilità permane anche dopo l'udienza di convalida, il giudice potrà autorizzare la permanenza in locali idonei presso l'ufficio di frontiera interessato non oltre, però, le quarantotto ore successive all'udienza di convalida [5].

Pur senza soffermarsi ulteriormente, è bene ricordare che il trattenimento preespulsivo disciplinato dall'art. 14 del Testo unico riguarda gli stranieri nei
confronti dei quali l'immediata espulsione non sia possibile per difficoltà negli
accertamenti circa l'identità e la nazionalità, per la necessità di prestare
soccorso o, ancora, per mera carenza di mezzi idonei per il rimpatrio. Questa
privazione della libertà dello straniero – disposta dal questore e sottoposta alla
convalida del giudice di pace – è stata spesso oggetto di critiche poiché pur essendo
stata riconosciuta dalla Corte costituzionale quale misura incidente sulla libertà
personale (sent. 105/2001) le garanzie che la circondano continuano ad apparire
insufficienti e molto – troppo – lontane da quelle che normalmente tutelano simili
privazioni della libertà personale nel diritto penale. Il prolungamento del tempo di
trattenimento – in condizioni che ancora oggi non vengono uniformemente
disciplinate da nessuna fonte di rango adeguato – non può dunque che attirare
l'attenzione del penalista invitando a riflettere, ancora una volta, su che cosa sia pena.

Sempre in tema di immigrazione, ma spostando l'attenzione ai risvolti espressamente penali previsti nel Testo unico sull'immigrazione, l'articolo 5 del decreto novella l'articolo 13, comma 14-bis del Testo unico chiarendo che il divieto di reingresso per lo straniero destinatario di un provvedimento di espulsione – presidiato dalla sanzione della reclusione da uno a quattro anni – abbia efficacia nell'intero spazio Schengen.

L'articolo 7, modificando gli artt. 12 (diniego dello status di rifugiato) e 16 (esclusione dello status di protezione sussidiaria) del d.lgs. 251/2007, individua ulteriori reati – ritenuti di particolare allarme sociale – o in seguito alla cui condanna divenuta definitiva, consegue il diniego della concessione dello status di rifugiato. Accanto a quelli previsti dall'articolo 407, comma 2, lettera a) c.p.p. il presente decreto vi aggiunge: la resistenza a pubblico ufficiale (art. 336 c.p.), le lesioni personali gravi (art. 583 c.p.), le mutilazioni genitali femminili (art. 583-bis c.p.), le lesioni personali gravi o gravissime a un pubblico ufficiale in servizio di ordine pubblico in occasione di manifestazioni sportive (art. 583-quater c.p.), il furto aggravato dal porto di armi o



narcotici (artt. 624 e 625, primo comma, n. 3 c.p. e il furto in abitazione aggravato dal porto di armi o narcotici (artt. 624-bis e 625, primo comma, n. 3 c.p.).

Ultima novità in tema di immigrazione, l'art. 10 del decreto impone al questore di dare tempestiva comunicazione alla Commissione territoriale competente sia nel caso in cui il richiedente protezione internazionale sia sottoposto a procedimento penale per uno dei reati riconosciuti di particolare gravità dall'ordinamento, sia nel caso in cui il richiedente sia stato condannato, anche con sentenza non definitiva di condanna, per i suddetti reati.

3. Il Titolo II – dedicato alle disposizioni in materia di sicurezza pubblica, prevenzione e contrasto al terrorismo e alla criminalità organizzata – contiene novità di interesse per il penalista.

L'art. 16 del decreto modifica l'art. 282-bis comma 6 c.p.p. inserendovi le fattispecie di maltrattamenti in famiglia (art. 573 c.p.) e atti persecutori (art. 612-bis) tra i reati che consentono, nel corso del procedimento penale, l'uso del braccialetto elettronico quale modalità di esecuzione della misura cautelare dell'allontanamento dalla casa familiare.

In materia di DASPO, ritenendo le manifestazioni sportive potenziali obiettivi di eventuali attacchi terroristici, l'art. 19 estende tale misura preventiva anche ai soggetti di cui all'art. 4, comma, 1, lett. d) del Codice antimafia (d.lgs. n. 159 del 2011), ossia gli indiziati dei delitti di terrorismo (anche internazionale) e di altri reati contro la personalità dello Stato e l'ordine pubblico.

Anche il cd. "DASPO urbano", altra misura non penale ma non nuova all'attenzione dei penalisti [6], introdotta dall'art. 9 del decreto-legge n. 14 del 2017, viene oggi esteso anche alle aree sulle quali insistono presidi sanitari e a quelle destinate allo svolgimento di fiere, mercati e pubblici spettacoli. Ne consegue che in tali luoghi – oltre che in quelli già originariamente previsti – potrà essere applicata la sanzione amministrativa pecuniaria da 100 a 300 euro e l'ordine di allontanamento da parte del sindaco a chiunque ponga in essere condotte che impediscono l'accessibilità e la fruizione di tali luoghi, in violazione dei divieti di stazionamento e di occupazione previsti. Dalle medesime aree potranno essere allontanati coloro che si siano resi responsabili di illeciti amministrativi quali ubriachezza, atti contrari alla pubblica decenza, esercizio abusivo del commercio o parcheggio abusivo.

L'art. 23 torna poi a configurare come illecito penale la fattispecie di blocco stradale e ostruzione o ingombro di strade ferrate, fino a prima del d.l. sicurezza sanzionata – a seguito della depenalizzazione operata dal d.lgs. 507 del 1999 – a mero titolo di illecito amministrativo. In precedenza, la disciplina era così organizzata: l'art. 1 del d.lgs. n. 66/1948 puniva con la reclusione da uno a sei anni il reato di blocco ferroviario mentre l'art. 1-bis sanzionava il blocco stradale quale illecito



amministrativo, salvo il caso in cui il fatto integrasse gli estremi di una interruzione di pubblico servizio, penalmente sanzionata dall'art. 340 c.p. Il decreto in commento è dunque intervenuto abrogando l'art. 1-bis e modificando l'art. 1 del d.lgs. 66/1948, in particolare aggiungendovi le condotte di blocco stradale e ostruzione o ingombro di strade ferrate (dal 1999 represse a solo titolo di illecito amministrativo) e determinando così un ritorno alla formulazione originaria del 1948 nella quale, accanto al blocco ferroviario, anche il blocco stradale e l'ostruzione o l'ingombro di strade ferrate costituivano reati puniti con la reclusione da uno a sei anni [7].

Sempre l'art. 23 va a incidere altresì sull'art. 4 co. 3 del TU immigrazione disponendo che i "nuovi" reati di cui al novellato art. 1 del d.lgs. 66/1948 si aggiungano all'elenco di reati ostativi alla cui condanna definitiva consegue, per lo straniero, la mancata concessione del visto di ingresso in Italia.

Venendo alla lotta alla criminalità organizzata, l'art. 24 del decreto-legge apporta alcune modifiche al d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, il cd. Codice antimafia. Il primo comma lett. a) del provvedimento in commento inserisce nell'art. 10 del Codice antimafia (relativo alle impugnazioni) il comma 2-quater, così stabilendo che in caso di conferma del decreto impugnato, la Corte d'appello ponga a carico della parte privata che ha proposto l'impugnazione il pagamento delle spese processuali, riportando così in vita una disciplina che al momento della definitiva approvazione della l. 17 ottobre 2017, n. 161, era stata espunta e che, tuttavia, oggi viene ritenuta "coerente con gli intenti originariamente perseguiti con la riforma del codice antimafia".

La lett. b) del medesimo articolo interviene invece sul comma 3-bis dell'articolo 17 del Codice antimafia, riguardante la titolarità della proposta di applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali. Rispetto alla previgente disciplina, vengono modificati gli obblighi in capo al questore e al direttore della Direzione investigativa antimafia. In particolare, da un lato viene abrogata la lett. d) dell'art. 3-bis, così facendo venire meno l'onere di trasmettere al procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto – qualora non si ritengano sussistenti i presupposti per l'esercizio dell'azione di prevenzione –, il relativo provvedimento motivato. Dall'altro lato si interviene sulla lett. c) del medesimo articolo prevedendo che: la comunicazione della proposta di applicazione delle misure rivolta al procuratore sia "sintetica", che sia abolita la sanzione della inammissibilità della proposta in caso di mancata comunicazione al procuratore della Repubblica, che si introduca l'obbligo di comunicazione da parte del procuratore, nei dieci giorni successivi alla comunicazione della proposta, all'autorità proponente circa l'eventuale sussistenza di pregiudizi per le indagini preliminari.

Viene novellato anche l'art. 19 del Codice antimafia, dedicato alle indagini patrimoniali, precisandovi ulteriormente che, previa autorizzazione del procuratore della Repubblica o del giudice procedente, gli ufficiali di polizia giudiziaria possono



procedere al sequestro della documentazione ritenuta utile ai fini delle indagini nei confronti dei destinatari di misure di prevenzione.

Infine, viene modificato il comma 8 dell'articolo 67 del Codice antimafia estendendo anche agli autori di reati di truffa ai danni dello Stato o altro ente pubblico (ex art. 640, secondo comma, numero 1) c.p.) e di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (ex art. 640-bis c.p.) gli effetti dei divieti e delle decadenze conseguenti all'applicazione delle misure di prevenzione nei confronti delle persone condannate con sentenza definitiva o, quantomeno, confermata in grado di appello.

In materia di subappalti illeciti, l'art. 25 del decreto-sicurezza inasprisce il trattamento sanzionatorio (così come sancito dall' art. 21 comma 1 l. 13 settembre 1982, n. 646) per le condotte degli appaltatori che facciano illecitamente ricorso a meccanismi di subappalto, con la trasformazione di tali reati da contravvenzioni in delitti, puniti con la pena della reclusione da uno a cinque anni e con la multa non inferiore a un terzo del valore dell'opera concessa in subappalto o a cottimo e non superiore ad un terzo del valore complessivo dell'opera ricevuta in sub-appalto. Ne consegue – stante l'assenza di un'espressa previsione di senso contrario – l'esclusione della punibilità delle ipotesi colpose con conseguenze non trascurabili sul piano degli effetti intertemporali della trasformazione.

Tra le disposizioni volte al miglioramento della circolarità informativa, l'articolo 27 del decreto sostituisce l'art. 160 del R.D. 18 giugno 1931, n. 773, rivedendo così la disciplina della trasmissione delle sentenze. Vengono innanzitutto aggiunti al novero dei provvedimenti gravati dall'obbligo di trasmissione da parte delle cancellerie degli uffici giudiziari – accanto alle sentenze di condanna irrevocabili a pene detentive – anche i provvedimenti ablativi o restrittivi. In seconda battuta il decreto-legge "aggiorna" la disposizione attraverso la soppressione del riferimento alle cancellerie delle preture e con l'espressa previsione dell'obbligo di trasmissione dei dispositivi delle sentenze di condanna anche per via telematica. Da ultimo, si prevede la comunicazione delle sentenze anche al direttore della Direzione investigativa antimafia e l'obbligo per le cancellerie presso la sezione misure di prevenzione e presso l'ufficio GIP del tribunale, di trasmissione alle questure competenti per territorio e alla Direzione investigativa antimafia di copia dei provvedimenti ablativi o restrittivi.

Ancora due disposizioni del Titolo II interessano il penalista.

L'art. 30 interviene direttamente sull'art. 633 c.p. (rubricato Invasione di terreni o di edifici) inserendovi un ulteriore comma che inasprisce il trattamento sanzionatorio delle ipotesi aggravate di cui al secondo comma, nei confronti dei promotori e organizzatori dell'invasione, nonché di coloro che hanno compiuto il fatto armati. A costoro viene quindi applicata la più severa pena della reclusione fino a quattro anni congiuntamente alla multa da 206 a 2064 euro. L'art. 31 del decreto, infine, modificando la lettera f-ter) del comma 1 dell'articolo 266 c.p.p.,



inserisce la nuova fattispecie aggravata dell'art. 633 comma 3 c.p. nel novero dei reati in relazione ai quali possono essere disposte le intercettazioni.

4. Nel Titolo III del decreto legge, l'articolo 36 tocca nuovamente il Codice antimafia (d.lgs. 159/2011), questa volta in materia di procedure di gestione e destinazione dei beni confiscati. Il comma 1 novella, con la previsione di più stringenti criteri, l'art. 35, relativo alla nomina e alla revoca dell'amministratore giudiziario.

Il comma 3 incide, invece, ampiamente sull'art. 48 del Codice antimafia – relativo alla destinazione dei beni e delle somme confiscate. Viene dapprima superata l'attuale automaticità del trasferimento al Comune dei beni in caso di confisca conseguente al reato di cui all'art. 74 del TU in materia di stupefacenti (art. 48 co. 3 lett. d), con altresì la possibilità per gli enti territoriali di richiedere gli immobili confiscati al fine di incrementare l'offerta sul loro territorio di alloggi da assegnare in locazione a soggetti in particolare condizione di disagio economico o sociale (art. 48, nuovo comma 4-bis). Riscrivendo i commi 5, 6, e 7 dell'art. 48 viene poi modificato il procedimento di vendita dei beni confiscati, introducendo nel nuovo comma 7-ter una specifica disciplina dei beni indivisi confiscati (con la quale si prevede che in simili casi l'Agenzia o il partecipante alla comunione possano promuovere incidente d'esecuzione ex art. 666 c.p.p.). Quanto al comma 10, viene disposta una nuova e differente ripartizione dei proventi derivanti dalla vendita dei beni confiscati che assicura un 20% alla stessa Agenzia, al fine sostenere lo sviluppo delle proprie attività istituzionali. Ancora, si prevede la possibilità di destinare alla vendita, con divieto di cessione per un periodo non inferiore ad un anno, o di distruggere, i beni mobili confiscati non utilizzabili dalla stessa Agenzia, né dagli altri enti o dal Corpo nazionale dei vigili del fuoco per esigenze del soccorso pubblico (art. 48 nuovo comma 12-ter). Da ultimo, si prevede che i beni sequestrati e confiscati che rimasti invenduti dopo tre anni dall'avvio della procedura, siano mantenuti al patrimonio dello Stato, con provvedimento dell'Agenzia, alla quale resta peraltro affidata la gestione (art. 48 nuovo comma 15quater).

[1] Dubbi circa la costituzionalità del d.l. n. 113/2018 sono stati sollevati con riferimento sia alla insussistenza dei requisiti di necessità e urgenza richiesti dall'art. 77 co. 2 Cost., sia a quanto disposto dagli artt. 10 co. 2 e 117 co. 1 Cost. A tal proposito si rimanda, per un approfondimento a: ASGI, Manifeste illegittimità costituzionali delle nuove norme concernenti permessi di soggiorno per esigenze umanitarie, protezione internazionale, immigrazione e cittadinanza previste dal decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, 15 ottobre 2018; ASGI, Decreto 113/2018: il parere del prof. Alessandro Pace, 22 ottobre 2018; ASGI, Protezione umanitaria e conseguenze del D.L. 113/2018: le osservazioni dell'ASGI, 15 ottobre 2018.



[2] Per una dettagliata analisi delle novità introdotte in tema di centri per la detenzione amministrativa dal d.l. 13/2017, si rimanda a L. Masera, I centri di detenzione amministrativa cambiano nome ed aumentano di numero, e gli hotspot rimangono privi di base legale: le sconfortanti novità del Decreto Minniti, in questa Rivista, fasc. 3/2017, p. 278 ss.

[3] Ibidem.

- [4] Garante Nazionale dei diritti detenute o private della libertà personale (Presidente: M. Palma, componenti: D. de Robert, E. Rossi), Relazione al Parlamento 2018, presentata il 15 giugno 2018.
- [5] La relazione illustrativa del disegno di legge afferma che "la norma è in linea con la direttiva 2008/115/CE del 16 dicembre 2008 in materia di rimpatri che non esclude che il trattenimento dei cittadini di Paesi terzi possa essere disposto in luoghi diversi da quelli all'uopo destinati, atteso che il considerando n. 17 e l'articolo 16 della citata Direttiva prevedono che il trattenimento debba avvenire "di norma" presso gli appositi centri di permanenza temporanea, non escludendo pertanto possibili luoghi idonei alternativi".
- [6] Su questo argomento si segnalano: C. Forte, Il Decreto Minniti: sicurezza integrata e "D.A.SPO. Urbano. Da una governance multilivello il rischio di una..."repressione multilivello"", in questa Rivista, fasc. 5/2017, p. 175 ss.; C. Ruga Riva, Il D.L. in materia di sicurezza delle città: verso una repressione urbi et orbi?, in questa Rivista, fasc. 3/2017, p. 272 ss.
- [7] Torna, sostanzialmente, in vita il testo dell'art. 1 del d.lgs. 66 del 1948, previgente alla citata depenalizzazione del 1999. A fini di coordinamento, viene abrogato dall'art. 25 anche l'art. 1-bis dello stesso decreto legislativo, che puniva le medesime condotte a titolo di illecito amministrativo.

## 21 dicembre 2018 |

#### Giulia Mentasti

# Il decreto sicurezza diventa legge. Le modifiche introdotte in sede di conversione

Legge 1 dicembre 2018, n. 32 (G.U. 3 dicembre 2018), di conversione del decreto legge 4 ottobre 2018, n. 113



- 1. Il 3 dicembre 2018 è stata pubblicata in Gazzetta Ufficiale la legge di conversione del c.d. decreto sicurezza. Si tratta della l. 1 dicembre 2018, n. 132, di "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, recante disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata. Delega al Governo in materia di riordino dei ruoli e delle carriere del personale delle Forze di polizia e delle Forze armate". Il Parlamento conferma, nella sostanza, il contenuto del decreto-legge già segnalato su questa Rivista aggiungendo, tuttavia, alcune specificazioni alla novellata disciplina dell'immigrazione e nuovi reati in tema di ordine pubblico e sicurezza.
- 2. L'iter parlamentare. Approvato nel corso del Consiglio dei Ministri del 24 settembre 2018, il cd. "decreto sicurezza" (o "decreto Salvini") è entrato in vigore il 5 ottobre 2018 e, quattro giorni dopo, il 9 ottobre, è iniziato l'esame in Parlamento della legge di conversione. Dapprima vi è stato il passaggio in Commissione Affari Costituzionali del Senato, seguita dalla discussione generale dove, posta la fiducia dal Governo, l'approvazione del d.d.l. di conversione, con alcune modificazioni, è stato approvato con 163 voti favorevoli, 59 contrari e 19 astensioni. Il provvedimento è quindi passato al vaglio della Camera: posta ancora una volta dal Governo la fiducia, la Camera, con 336 voti favorevoli e 249 contrari, ha votato senza apporre emendamenti od articoli aggiuntivi, l'unico articolo già modificato e approvato dal Senato della legge di conversione. Il testo della l. 1 dicembre 2018, n. 132 è stato quindi pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 281 del 3 dicembre 2018 ed è entrato in vigore il giorno successivo.
- 3. Le modifiche. Tra le novità apportate in sede di conversione meritano di essere segnalate al penalista una serie di disposizioni asseritamente volte a rafforzare, in particolare, la tutela dell'ordine pubblico e la sicurezza urbana. A queste, si aggiungono poi ulteriori modifiche in tema di immigrazione che lasciano, tuttavia, sostanzialmente inalterato il quadro già delineato del d.l. n. 113/2018.
- 3.1. Partendo proprio da quest'ultime, per una ragione di topografia legislativa che le vede inserite nel Titolo I del decreto, si segnala che, confermato il prolungamento dei termini di durata massima del trattenimento dello straniero nei Centri di permanenza per il rimpatrio, in sede di conversione è stato ampliato il potere di controllo del Garante dei diritti dei detenuti, oltre che ai centri di cui all'art. 14 TU n. 286/1998,



anche ai locali presso le strutture di cui all'art. 10-ter comma 1 di tale Testo unico, ossia i punti di crisi (hotspots).

Nel modificare l'art. 4 del decreto, il legislatore, con un inciso alquanto generico, afferma che nelle strutture e nei locali dove gli stranieri in attesa di espulsione vengono trattenuti (ivi compresi i locali nella disponibilità dell'Autorità di pubblica sicurezza designati quale "alternativa" ai CPR dal d.l. n. 113/2018) devono essere garantite condizioni di trattenimento rispettose della dignità della persona.

In materia di convalida del respingimento disposto dal questore, il nuovo art. 5-bis introdotto in sede di conversione inserisce all'articolo 10 del TU n. 286/1998 i commi da 2-bis a 2-sexies con essi prevedendo che, innanzitutto, al provvedimento di respingimento con accompagnamento alla frontiera ex art. 10 co. 2 si applichino le procedure di convalida e le disposizioni previste dall'articolo 13 TU; in secondo luogo, sancendo che lo straniero destinatario del provvedimento di respingimento non possa rientrare nel territorio dello Stato senza una speciale autorizzazione del Ministro dell'Interno per un periodo compreso tra tre e cinque anni (comma 2-sexies); in caso di trasgressione, viene prevista la reclusione da uno a quattro anni e l'espulsione con accompagnamento immediato alla frontiera (comma 2-ter).

Allo straniero che, già denunciato ed espulso per tali fatti, faccia reingresso nel territorio dello Stato si applica la pena della reclusione da uno a cinque anni (comma 2-quater). Per i reati così introdotti dai commi 2-ter e 2-quater l'arresto dell'autore è obbligatorio, anche fuori dei casi di flagranza, e si procede con rito direttissimo.

Quanto alla protezione internazionale, infine, si prevede all'art. 7-bis del decreto convertito la predisposizione di una lista di "paesi d'origine sicuri", inserita nel d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25, periodicamente aggiornata e notificata alla Commissione europea e stilata sulla base di informazioni fornite dalla Commissione nazionale per il diritto di asilo, nonché su altre fonti di informazione, comprese in particolare quelle fornite da altri Stati membri dell'Unione europea, dall'EASO, dall'UNHCR, dal Consiglio d'Europa e da altre organizzazioni internazionali competenti. La provenienza da un paese così definito "sicuro" è motivo sufficiente per dichiarare manifestamente infondata la domanda di protezione internazionale.

3.2. Le maggiori novità di interesse strettamente penalistico sono contenute nel Titolo II, dedicato alle disposizioni in materia di sicurezza pubblica, prevenzione e contrasto al terrorismo e alla criminalità organizzata.

La legge di conversione ha modificato l'articolo 21 del decreto che oggi dunque, al comma 1-ter, estende ulteriormente l'ambito di applicazione del divieto di accesso a specifiche aree urbane, aggiungendo al d.l. 20 febbraio 2017, n. 14, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 aprile 2017, n. 48, l'art. 13-bis (rubricato "Disposizioni per la prevenzione di disordini negli esercizi pubblici e nei locali di pubblico trattenimento"). Tale disposizione prevede che il questore possa disporre per ragioni



di ordine pubblico, il divieto – per una durata non inferiore a sei mesi né superiore a due anni – di accesso ai medesimi locali o ad esercizi pubblici analoghi, ovvero il divieto di stazionamento nelle immediate vicinanze degli stessi, nei confronti di soggetti – anche minori – condannati con sentenza definitiva o confermata in grado di appello nel corso degli ultimi tre anni per reati commessi in occasione di gravi disordini avvenuti in pubblici esercizi ovvero in locali di pubblico trattenimento, per delitti non colposi contro la persona e il patrimonio, nonché per i delitti previsti dall'articolo 73 del TU n. 309/1990. La violazione di tali divieti diventa un reato, punito con la reclusione da sei mesi ad un anno e con la multa da 5.000 a 20.000 euro.

In sede di conversione sono stati aggiunti al decreto gli articoli da 21-ter a 21-sexies. In particolare, il nuovo art. 21-ter introduce una sanzione penale, quale l'arresto da sei mesi ad un anno, in caso di inottemperanza al divieto di accesso in specifiche aree urbane di cui già all'articolo 10 del d.l. 20 febbraio 2017, n. 14.

Fa ingresso nel Codice penale – grazie all'aggiunta dell'art. 21-quater – l'art. 669-bis che sanziona con la pena dell'arresto da tre a sei mesi e l'ammenda da euro 3.000 a euro 6.000, <u>l'esercizio molesto dell'accattonaggio</u>. Ai sensi di questa disposizione, collocata tra le contravvenzioni concernenti l'ordine pubblico e la tranquillità pubblica, viene penalmente sanzionata la condotta di chi, al fine di destare l'altrui pietà, "eserciti l'accattonaggio con modalità vessatorie o simulando deformità o malattie o attraverso il ricorso a mezzi fraudolenti".

L'art. 21-quinquies del decreto modifica l'art. 600-octies c.p. sostituendone la rubrica (precedentemente "Impiego di minori nell'accattonaggio") in "Impiego di minori nell'accattonaggio. Organizzazione dell'accattonaggio" e aggiungendo un secondo comma volto, appunto, a sanzionare con la reclusione da uno a tre anni la condotta di colui che "organizzi l'altrui accattonaggio, se ne avvalga o comunque lo favorisca a fini di profitto".

L'art. 21-sexies introduce nuove disposizioni **in materia di parcheggiatori abusivi**, modificando l'art. 7 comma 15-bis del d.lgs. 285/1992 (Codice della strada). Il comma così riformulato prevede che l'esercizio non autorizzato dell'attività di parcheggiatore o guardiamacchine sia punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 771 a 3101 euro. Tuttavia, se il soggetto è già stato sanzionato per la medesima violazione con provvedimento definitivo o nell'ipotesi di impiego di minori in tale attività, l'illecito amministrativo si trasforma in contravvenzione punita con la pena dell'arresto da sei mesi a un anno e dell'ammenda da 2.000 a 7.000 euro, oltre alla confisca delle somme percepite.

In tema di strutture penitenziarie, in sede di conversione vengono stanziati, si legge nella novella introdotta dall'art. 22-bis, 2 milioni di euro per l'anno 2018, 15 milioni di euro per l'anno 2019 e 25 milioni di euro annui per ciascuno degli anni dal 2020 al 2026 destinati ad interventi urgenti connessi al potenziamento, all'implementazione



e all'aggiornamento dei beni strumentali, nonché alla ristrutturazione e alla manutenzione degli edifici e all'adeguamento dei sistemi di sicurezza.

Sempre nell'ottica di un dichiarato aumento della sicurezza urbana viene disposto, dal nuovo art. 35-quinquies, un incremento di spesa, pari a 10 milioni di euro per l'anno 2019, 17 milioni di euro per l'anno 2020, 27 milioni di euro per l'anno 2021 e 36 milioni di euro per l'anno 2022 per il potenziamento degli interventi in materia di sicurezza urbana, in particolare con riferimento all'installazione, da parte dei comuni, di sistemi di videosorveglianza.

Viene poi modificato l'art. 23 del decreto e l'illecito amministrativo di cui all'articolo 1-bis del d.lgs. 22 gennaio 1948, n. 66, inizialmente abrogato, viene in sede di conversione ripristinato nei seguenti termini: chiunque impedisce la libera circolazione su strada ordinaria, ostruendo la stessa con il proprio corpo, è punito con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro mille a euro quattromila. La medesima sanzione si applica ai promotori ed agli organizzatori. Tale disposizione, pertanto, va ad affiancarsi alle "nuove" fattispecie penali di blocco stradale e ostruzione o ingombro di strade ferrate.

Da ultimo, in sede di conversione il legislatore è intervenuto nuovamente sull'art. 30 del decreto, riscrivendo l'intero articolo 633 c.p., rubricato "Invasione di terreni o di edifici" e già interessato dal d.l. n. 113/2018. Tale norma ora sanziona con la reclusione da uno a tre anni e con la multa da euro 103 a euro 1032, previa querela della persona offesa, chiunque invada arbitrariamente terreni o edifici altrui, pubblici o privati, al fine di occuparli o di trarne altrimenti profitto. La pena è invece, congiuntamente, quella della reclusione da due a quattro anni e della multa da euro 206 a euro 2064 (e la procedibilità è d'ufficio) se il fatto viene commesso da più di cinque persone o da persona palesemente armata. Infine, se il fatto è commesso da due o più persone, la pena per i promotori o gli organizzatori è aumentata. Parallelamente, viene aggiornato il richiamo all'art. 633 c.p. secondo comma anche nell'art. 266 c.p.p. lettera f-ter), in tema di reati in relazione ai quali possono essere disposte le intercettazioni. Ancora, dall'art. 31-bis del decreto viene aggiunto all'art. 284 c.p.p. il comma 1-ter, volto ad escludere la eseguibilità della misura cautelare degli arresti domiciliari presso un immobile abusivamente occupato.

## 17.Da Diritto penale contemporaneo

23 dicembre 2016 |

#### Andrea Giliberto

La pronuncia della Grande Camera della Corte EDU sui trattenimenti (e i conseguenti respingimenti) di Lampedusa del 2011

Corte E.D.U., Grande Camera, sent. 15 dicembre 2016, Khlaifia e altri c. Italia



All'udienza pubblica del 15 dicembre 2016, la Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo ha deciso il caso Khlaifia e altri c. Italia, a seguito della richiesta di rinvio formulata dal Governo italiano avverso la sentenza resa dalla Camera tra le stesse parti il 1° settembre 2015, della quale la nostra Rivista già aveva dato a suo tempo conto.

1. I fatti oggetto del ricorso. I fatti da cui ha preso origine la vicenda giudiziaria sono legati all'ondata di sbarchi di migranti irregolari avvenuta nel 2011 in conseguenza dei gravi disordini politici dei quali erano a quel tempo teatro diversi Paesi nordafricani (cosiddetta "primavera araba") e che avevano condotto numerosissimi migranti a tentare di raggiungere con ogni mezzo le coste europee. Il caso tratta in particolare delle vicende di tre cittadini tunisini e degli standard di trattamento offerti dall'Italia in occasione del loro trattenimento sull'isola di Lampedusa e del loro rimpatrio verso il Paese di origine. Per una più completa sintesi dei fatti sia consentito rinviare alla scheda già pubblicata a commento della sentenza del 1° settembre 2015, oltre che ovviamente ai pertinenti paragrafi della sentenza resa dalla Grande Camera (§§ 10-31).

Basti qui ricordare che i tre ricorrenti, cittadini tunisini, erano giunti nel Centro di soccorso e di prima accoglienza di Lampedusa, Contrada Imbriacola, ove erano stati trattenuti in condizioni da essi definite inumane e degradanti fino a che una rivolta e il successivo incendio, scoppiati nel centro proprio in reazione alle condizioni di permanenza, lo avevano gravemente danneggiato e avevano costretto le Autorità italiane a rinvenire una diversa collocazione per gli oltre mille migranti presenti sull'isola. Essi erano quindi stati condotti a Palermo e imbarcati su tre navi, rimaste per diversi giorni attraccate al porto della medesima città. Dall'aeroporto palermitano, i migranti erano infine stati rimpatriati in Tunisia previo un sommario accertamento della loro identità avanti al console tunisino in applicazione dell'accordo italo-tunisino del 5 aprile 2011.

2. Le censure sollevate dai ricorrenti. Così come la pronuncia della seconda sezione, anche la Grande Camera, dopo aver offerto un ampio excursus delle fonti nazionali e internazionali pertinenti [1], tratta in maniera puntuale tutte le diverse censure svolte dai ricorrenti nel ricorso trasmesso alla Corte il 9 marzo 2012.

I ricorrenti, in opportuna sintesi, lamentano:

- 1) la violazione dell'art. 5, § 1, CEDU, per essere stati trattenuti in maniera incompatibile con i presupposti ai quali tale disposizione subordina ogni forma legittima di privazione della libertà personale, nonché dell'art. 5, § 2, per non aver ricevuto alcuna comunicazione circa le ragioni del loro trattenimento, e dell'art. 5, § 4, per non aver avuto la possibilità di contestare la legalità di tale privazione di libertà;
- 2) la violazione dell'art. 3 CEDU, per essere stati trattenuti in condizioni inumane e degradanti tanto nel CSPA di Lampedusa quanto a bordo delle navi ormeggiate nel porto di Palermo;



- 3) la violazione dell'art. 4, prot. 4, CEDU, per essere stati vittime di un'espulsione collettiva;
- 4) la violazione dell'art. 13 CEDU con riferimento a tutti i precedenti profili di censura, per non aver potuto beneficiare di un efficace rimedio giurisdizionale interno contro tali violazioni convenzionali.
- 3. L'esito del giudizio. La Grande Camera ha parzialmente riformato il giudizio espresso dalla seconda sezione, con particolare riguardo ai profili attinenti la violazione dell'art. 3 CEDU e quella dell'art. 4, prot. 4, CEDU.

La sentenza del 1° settembre 2015, infatti, aveva accolto integralmente le censure concernenti le violazioni dell'art. 5, §§ 1, 2 e 4, CEDU; aveva accolto in parte quelle relative alle violazioni dell'art. 3 CEDU; e accolto integralmente quelle fondate sull'art. 4, prot. 4, CEDU, aspetto quest'ultimo particolarmente rilevante stante l'esiguo numero di pronunce in materia. La Corte, infine, aveva attribuito ai ricorrenti un rilevante risarcimento del danno, la cui proporzionalità era stata fatta specifico oggetto di una delle opinioni dissenzienti allegate alla pronuncia.

La Grande Camera ha confermato la sussistenza delle violazioni dell'art. 5 CEDU e dell'art. 13 CEDU in relazione all'art. 3, escludendo però la violazione sia dell'art. 3 CEDU, sia dell'art. 4, prot. 4, CEDU.

4. Le violazioni dell'art. 5, §§ 1, 2 e 4, CEDU (§§ 55-108, §§ 109-122, §§ 123-135 della sentenza). L'art. 5 CEDU regola i limiti sostanziali e procedurali entro i quali lo Stato può procedere a limitare la libertà personale di un soggetto sottoposto al suo controllo. Più in particolare, il § 1 enumera i casi, tassativi, nei quali tale privazione può avvenire; il § 2 impone allo Stato un dovere informativo nei confronti dell'arrestato, concernente le ragioni della privazione di libertà disposta in suo danno; il § 4 prevede che all'arrestato debba essere messo a disposizione un effettivo rimedio giurisdizionale idoneo a contestare le ragioni della privazione di libertà.

In ordine a tutte queste censure, le parti hanno sostenuto le medesime argomentazioni già offerte avanti alla sezione semplice e la Corte ha confermato integralmente la sentenza impugnata, avallando, spesso anche letteralmente, gli esiti cui la sezione semplice era pervenuta. Sia pertanto consentito rinviare in argomento a quanto illustrato nella scheda pubblicata su questa Rivista all'indomani della pubblicazione della pronuncia impugnata. Basti qui dire, in estrema sintesi, che la Corte ha confermato la riconducibilità della privazione di libertà subita dai ricorrenti all'ambito di applicazione della lettera f) dell'art. 5, § 1, CEDU, in quanto evidentemente finalizzata al controllo dell'ingresso degli stranieri sul territorio nazionale. Sulla base di tale premessa, la Corte ha rilevato l'assenza di idonea base legale per il trattenimento, constatando che, come sostenuto dai ricorrenti, nessuna norma interna prevedeva la privazione di libertà nei Centri di prima accoglienza come quello ove erano stati trattenuti i ricorrenti, ed escludendo altresì che potesse svolgere tale



funzione l'accordo italo-tunisino dell'aprile 2011, sulla cui base erano stati eseguiti i rimpatri ma che non conteneva alcun riferimento alla privazione di libertà. La Corte ha pertanto ritenuto violato l'art. 5, § 1, CEDU.

Quanto all'art. 5, § 2, CEDU, concernente gli obblighi di informazione circa le ragioni del trattenimento, la Corte ha rilevato che, benché sia plausibile che i ricorrenti fossero a conoscenza del loro status di migranti irregolari, non vi è prova che abbiano ricevuto alcuna specifica informazione in ordine ai presupposti ed alla durata del trattenimento; per tale ragione la Corte conferma la violazione dell'art. 5, § 2, CEDU.

Quanto infine all'art. 5, § 4, CEDU, la Corte afferma recisamente che l'accertata violazione dell'obbligo informativo di cui all'art. 5, § 2, CEDU, comporta come logica conseguenza anche la violazione del diritto a un ricorso effettivo, rendendo superfluo accertare se i rimedi interni eventualmente esistenti ma - appunto - non portati alla conoscenza dei migranti possedessero le caratteristiche per soddisfare i requisiti di tempestività ed efficacia di cui all'art. 5, § 4, CEDU.

La Grande Camera pertanto conferma integralmente l'esito della sezione semplice, affermando la violazione dell'art. 5, §§ 1, 2 e 4, CEDU.

5. La violazione dell'art. 3 CEDU (§§ 136-211 della sentenza). L'art. 3 CEDU, norma cardine del sistema convenzionale, vieta la tortura e proibisce la sottoposizione dell'individuo a trattamenti inumani e degradanti. Esso rientra in quel ristretto novero di disposizioni per le quali l'art. 15 CEDU vieta ogni deroga all'applicazione della Convezione persino in caso di guerra "o di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione".

La seconda sezione aveva affrontato la doglianza suddividendo l'analisi nelle due fasi nelle quali si era articolato il trattenimento: la prima nel centro di soccorso e prima accoglienza di Contrada Imbriacola a Lampedusa, la seconda a bordo delle navi ormeggiate al porto di Palermo.

Quanto alla prima fase, la seconda sezione aveva ritenuto sussistente la violazione dell'art. 3 CEDU all'esito di una valutazione complessiva dei diversi parametri tradizionalmente valorizzati dalla propria giurisprudenza: il rilevante stato di sovraffollamento, le gravi carenze igienico-sanitarie e la condizione di particolare vulnerabilità dei migranti, appena sbarcati da un viaggio lungo e pericoloso e turbati dall'assoluta incertezza circa la propria condizione, avevano prevalso sulla rilevanza della breve durata del trattamento e sull'assenza di episodi di violenza o brutalità.

La seconda Sezione aveva invece escluso la lamentata violazione convenzionale quanto alla seconda fase, rappresentata dalla permanenza sulle navi ormeggiate nel porto di Palermo, in quanto aveva ritenuto non provata la descrizione delle gravi condizioni di trattenimento riferite dai ricorrenti, ed aveva invece reputato attendibile



la ricostruzione fattuale offerta dal Governo [2], secondo la quale in questa fase i migranti avrebbero goduto di buone condizioni igienico-sanitarie, di un minore grado di sovraffollamento rispetto al Centro di accoglienza e di idoneo accesso a cuccette, toilette, acqua e cibo.

Su entrambi i punti le parti hanno mantenuto davanti alla Grande Camera l'approccio adottato avanti alla seconda sezione: quanto al centro di accoglienza, i ricorrenti hanno evidenziato le obiettive carenze di spazio, le importanti deficienze igieniche e la propria condizione di soggetti vulnerabili, mentre il Governo ha appuntato la propria attenzione sugli interventi di sostegno psicologico e sanitario offerto e sulla peculiare situazione di emergenza che si era trovato ad affrontare; quanto alla situazione presente sulle navi, il Governo ha ribadito la propria tesi circa l'equo bilanciamento tra esigenze di sicurezza e buone condizioni di permanenza, in uno con la breve durata del trattamento, mentre i ricorrenti hanno contestato l'attendibilità della ricostruzione accolta dalla sezione semplice e riproposto le doglianze inerenti lo spazio disponibile, i tempi di accesso all'aria aperta, le dotazioni igienico-sanitarie e l'accesso al cibo.

Grande Camera richiama innanzitutto i capisaldi della propria giurisprudenza. Per primo il fatto che la denuncia di trattamenti inumani e degradanti deve attingere un minimo livello di gravità, da valutarsi in senso relativo e intrinsecamente legato alle circostanze del singolo caso, come le finalità soggettive del trattamento, il contesto nel quale esso si verifica e l'eventualità per la quale la vittima si trovi in stato di detenzione, dove - al di là di un minimo di ineliminabile sofferenza connessa con tale stato – le Autorità devono vigilare in modo particolarmente attento al fine di prevenire la violazione convenzionale in parola. La Corte ricorda poi il cruciale rilievo della condizione di vulnerabilità della vittima, nella quale è da ricomprendere lo status di migrante. Fondamentale punto di riferimento, in terzo luogo, è la consolidata giurisprudenza in materia di sovraffollamento carcerario: la Corte rammenta che, se l'assegnazione di uno spazio vitale inferiore a 3 mq è di per sé sufficiente a integrare la violazione dell'art. 3 CEDU, anche il godimento di uno spazio più esteso può non essere idoneo a escludere tale violazione qualora non si accompagni a un adeguato accesso all'aria aperta, a minimi standard di riservatezza, a condizioni sanitarie adeguate, a un comodo accesso ai servizi igienici. Da ultimo, la Corte rammenta il rigoroso standard probatorio che deve essere soddisfatto dal ricorrente che alleghi una violazione della norma in discorso, il che tuttavia non significa che debbano essere offerte evidenze medico-legali dei trattamenti subiti, che possono attingere anche solo la sfera morale della vittima.

Prima di procedere alla disamina dei due profili inerenti la violazione dell'art. 3 CEDU, la Grande Camera richiama alcuni fra i più importanti arresti della propria giurisprudenza (§§ 170-177 della sentenza) e affronta uno dei principali argomenti



preliminari reiterati dal Governo italiano, la rilevanza dello stato di emergenza. Sul punto, la Grande Camera mostra una maggiore sensibilità circa l'argomento del Governo rispetto a quanto emergeva nella sentenza del settembre 2015: pur riaffermando, infatti, che la peculiare rilevanza dell'art. 3 CEDU nell'architettura convenzionale non consente di attribuire decisivo rilievo a qualsivoglia situazione emergenziale nella quale si sia trovato lo Stato in occasione delle supposte violazioni, la Grande Camera riconosce che la condizione dell'isola di Lampedusa nel corso del 2011 fosse eccezionale e imprevedibile e che abbia costretto il Governo italiano ad affrontare diverse e serie difficoltà, che devono essere tenute presenti nella disamina del caso.

Tanto premesso, la Grande Camera prende le mosse dai fatti relativi al trattenimento presso il centro di prima assistenza di Contrada Imbriacola (§§ 187-201).

In proposito, la Corte sofferma la propria attenzione sui seguenti profili:

- a) le fonti di informazione. I report presi in considerazione dalla Corte circa lo stato del centro di accoglienza sono principalmente due (quello di una Commissione istituita dal Senato italiano e quello di una sotto-commissione dell'Assemblea generale del Consiglio d'Europa): tuttavia, mentre la seconda sezione aveva valorizzato in particolare i dati provenienti dal primo, la Grande Camera appunta maggiormente la propria attenzione sul secondo, in ragione del fatto che il primo fa riferimento a dati raccolti nel 2009, mentre il secondo fa data a soli pochi mesi prima dei fatti lamentati dai ricorrenti. Quest'ultima relazione dà conto di una situazione "decente benché basilare", dove numerosi enti umanitari avevano libero accesso alla struttura in un clima di generale cooperazione, erano soddisfatti minimi standard igienico-sanitari ed erano garantiti assistenza medica e controlli sanitari da parte della locale A.S.L;
- b) il sovraffollamento. In assenza di dati precisi quanto alla capienza del centro e all'effettiva consistenza delle presenze nel periodo interessato, la Corte è costretta ad effettuare dei calcoli approssimativi, e tuttavia rileva come da essi si raggiunga una percentuale di sovraffollamento comunque non superiore al 75%, la quale, ulteriormente temperata da una pur minima libertà di movimento all'interno del centro, si rivela lontana dalla casistica che induce comunemente la Corte a rinvenire una violazione dell'art. 3 CEDU;
- c) la condizione di vulnerabilità. Benché la Corte riconosca che lo status di migrante implica ex se una condizione di vulnerabilità, la Grande Camera osserva che i ricorrenti non appartengono a nessuna categoria di soggetti specialmente vulnerabili (richiedenti-asilo, anziani, minori) e che al contrario per sesso, età e nazionalità non presentano condizioni personali di particolare rilevanza;
- d) la durata del trattenimento. La Grande Camera enfatizza poi la breve durata del trattenimento denunciato (tre o quattro giorni), e rileva come essa non si accompagni come nella giurisprudenza pertinente a condizioni particolarmente severe o



allarmanti (ad es. impiego di violenza, ritardo nella prestazione di urgenti cure mediche, radicale assenza di servizi igienici, minore età della vittima);

e) **l'assenza di violenze e maltrattamenti**. La Corte osserva infine che nel presente caso mancano del tutto episodi di violenza o di deliberato maltrattamento.

Da una considerazione d'insieme dei precedenti rilievi, la Grande Camera, in riforma della pronuncia resa dalla seconda sezione, ritiene quindi che le doglianze avanzate dai ricorrenti non abbiano raggiunto quella minima soglia di gravità necessaria per la declaratoria della violazione convenzionale. Nessuna violazione dell'art. 3 CEDU è pertanto riscontrata per quanto concerne il trattenimento nel centro di accoglienza di Contrada Imbriacola.

La Grande Camera passa quindi ad analizzare sotto la medesima lente prospettica le condizioni di detenzione subite dai ricorrenti a bordo delle navi ormeggiate al porto di Palermo (§§ 202-211). Il tema è affrontato dalla Corte su un piano eminentemente processuale. La Corte, infatti, prende le mosse con il ribadire che, quanto alle lamentate violazioni dell'art. 3 CEDU, incombe sul ricorrente il rigoroso onere della prova, a meno che si tratti di casi nei quali l'individuo sia stato preso in custodia dall'Autorità in buone condizioni di salute e ne sia uscito in condizioni deteriori, nel qual caso è il Governo a dover fornire convincenti spiegazioni del decorso degli eventi nel tempo in cui l'individuo era sotto la sua specifica custodia.

Nel caso dei ricorrenti, la Corte ritiene dunque di non potersi discostare da quanto descritto nel provvedimento di archiviazione pronunciato dal GIP di Palermo (cfr. supra, nota 2) ove si dà conto della notizia riportata dalla stampa della visita di un parlamentare italiano su una delle navi, all'esito della quale egli aveva dichiarato alla stampa di aver trovato i migranti in buone condizioni.

Sul punto i ricorrenti avevano obiettato, da un lato, che trattavasi di un riscontro fattuale doppiamente indiretto (il provvedimento riferiva della notizia di stampa la quale a sua volta riferiva del racconto del parlamentare), mai confermato in un'aula dal diretto interessato; e, dall'altro, come la visita era stata effettuata con l'accompagnamento delle forze dell'ordine, circostanza che avrebbe inficiato la credibilità e la genuinità delle risultanze.

La Corte tuttavia ritiene che tali obiezioni non abbiano la consistenza necessaria per raggiungere lo status di elementi di prova. Per tale ragione, fondando la propria decisione sulle risultanze già indicate, conferma sul punto l'esito della pronuncia del settembre 2015, ed esclude che le condizioni a bordo delle navi ormeggiate al porto di Palermo fossero tali da violare l'art. 3 CEDU.

Pertanto, la Grande Camera rigetta integralmente le domande svolte dai ricorrenti quanto alla violazione sostanziale dell'art. 3 CEDU.



# 6. La violazione dell'art. 4 del quarto protocollo (§§ 212-255 della sentenza). L'art. 4, prot. 4, CEDU, proibisce come è noto le espulsioni collettive.

Nel caso di specie, la seconda sezione aveva affermato la violazione di tale norma sulla base di una duplice considerazione: da un lato, i provvedimenti di respingimento da cui erano colpiti i ricorrenti erano del tutto identici fra loro, salvo per i dati anagrafici, e non riportavano alcuna informazione sulla situazione personale dei singoli migranti, né era stata fornita dal Governo alcuna prova che fossero stati condotti dei colloqui personali con ciascun ricorrente riguardo alla propria specifica condizione; dall'altro, il medesimo trattamento era stato riservato nel medesimo arco temporale a numerosi individui accomunati dalla medesima nazionalità, sulla base del citato accordo italotunisino, il cui scopo pareva proprio essere quello di determinare modalità semplificate per il respingimento e l'espulsione dei cittadini tunisini.

Dopo avere analiticamente ripercorso le tesi in argomento delle parti e degli amici curiae ammessi ad intervenire, la Grande Camera (§§ 237-255) prende le mosse dalla considerazione delle finalità del divieto di espulsioni collettive, e cioè prevenire la possibilità che si verifichino espulsioni di stranieri sulla base della loro mera appartenenza ad un gruppo e senza la necessaria attenzione per le peculiarità del caso concreto, e ripercorre poi brevemente i principi affermati nei quattro casi nei quali sino ad oggi è stata riscontrata una violazione dell'art. 4, prot. 4, CEDU[3].

Venendo all'applicazione di tali principi al caso di specie, la Corte replica innanzitutto alla tesi del Governo italiano per la quale i casi dei ricorrenti, destinatari di un respingimento differito ai sensi dell'art. 10, co. 2, T.U.Imm. e non di un'espulsione strettamente intesa, non rientrerebbero nell'ambito di applicabilità della norma in questione, e ribadisce che il concetto di "espulsione" non è in alcun modo connesso a dati formali derivanti dall'inquadramento giuridico proprio del diritto interno, ma risponde a una concettualizzazione più generale, nel senso di ricomprendere ogni ipotesi di allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato.

Al fine di valutare la sussistenza di un'espulsione collettiva, la Corte appunta la propria attenzione sui due momenti nei quali i ricorrenti hanno avuto modo di sottoporre alle autorità dello Stato ospitante le loro posizioni individuali, ossia il colloquio identificativo intrattenuto all'ingresso nel centro di accoglienza e l'incontro con il console tunisino avvenuto il giorno della partenza per la Tunisia. Che tale sia il focus dell'attenzione della Corte è passaggio fondamentale, e corrisponde alla sottolineatura circa la funzione del divieto in parola che la medesima Corte effettua pochi paragrafi prima: il divieto di espulsioni collettive si sostanzia nella tutela dall'arbitrio, e quindi – nella prospettiva della Corte – se il migrante ha avuto modo di far presenti le particolarità della propria condizione, lo spirito della norma è stato comunque rispettato.



Alla luce di ciò, e quanto in particolare alla prima identificazione, della quale non vi sono evidenze documentali, la Corte ritiene plausibile la spiegazione offerta dal Governo italiano in occasione dell'udienza dinanzi alla Grande Camera, secondo cui in tale occasione sono stati tenuti dei colloqui individuali in presenza di un interprete o di un mediatore culturale, ma i moduli compilati dai migranti sono andati distrutti nell'incendio che ha parzialmente danneggiato il centro di accoglienza. In ogni caso, la Corte rileva che la massiccia presenza nel centro di personale esterno e qualificato abbia offerto ai migranti sufficienti occasioni per evidenziare le eventuali peculiarità del loro caso. In proposito, la Corte precisa che l'art. 4, prot. 4, CEDU, non implica in ogni circostanza un vero e proprio diritto ad un colloquio individuale, ma solo che allo straniero venga offerta una possibilità reale ed effettiva di far valere gli argomenti contrari all'espulsione, e che questi siano esaminati in modo adeguato dalle autorità. Possibilità che, oltre che durante il soggiorno nel centro di Lampedusa, sarebbe stata fornita anche nel corso dell'incontro con il console tunisino.

Prova che i migranti hanno effettivamente avuto questa possibilità sarebbe fornita dal fatto che alcuni di coloro che erano trattenuti nel centro di prima accoglienza hanno effettivamente ottenuto l'apertura delle procedure per il riconoscimento della protezione internazionale, garantendosi in tal modo la sospensione delle procedure di espulsione, e che alcuni degli stranieri condotti davanti al console tunisino non sono poi stati rimpatriati in ragione della loro età o della loro nazionalità.

Quanto agli argomenti valorizzati dalla sezione semplice (omogeneità e genericità dei provvedimenti espulsivi; grande quantità di espulsioni simultanee), la Grande Camera ritiene che essi non possano essere ritenuti di per sé decisivi.

Da ultimo, la Corte sottolinea come i ricorrenti non abbiano fornito concreti elementi per dimostrare che, qualora sentiti, avrebbero potuto ottenere la sospensione dell'espulsione e la permanenza in Italia, ponendosi quindi la questione dell'utilità concreta dell'esame individuale nel caso di specie.

Per tutte tali ragioni, la Corte – in riforma della pronuncia impugnata – dichiara che non sussiste nel caso di specie alcuna violazione dell'art 4, prot. 4, CEDU.

7. La violazione dell'art. 13 CEDU con riferimento agli artt. 5 e 3 CEDU e 4, prot. 4, CEDU (§§ 256-281). I ricorrenti avevano lamentato, da ultimo, la violazione dell'art. 13 CEDU, relativo al diritto ad un ricorso effettivo, in riferimento a tutte le norme convenzionali fin qui trattate.

La seconda sezione aveva ritenuto assorbita la questione relativa all'art. 5 per il fatto che tale ultima norma già prevede un vincolo procedurale idoneo a garantire la medesima tutela offerta dall'art. 13, e che tale vincolo sia proprio quello rappresentato dall'art. 5, § 4, del quale la Corte aveva già rilevato la violazione. Anche la Grande



Camera giunge alla medesima conclusione, rammentando come l'art. 5, § 4, CEDU, costituisca una vera e propria lex specialis rispetto all'art. 13 CEDU.

Per quanto riguarda la violazione dell'art. 13 in riferimento all'art. 3 CEDU, la sezione semplice – che aveva rilevato una violazione sostanziale dell'art. 3 limitatamente al periodo di detenzione nel centro di accoglienza – aveva affermato altresì che si fosse verificata la violazione dell'art. 13 in ragione dell'assenza di alcun mezzo di impugnazione o opposizione avverso le condizioni di trattenimento.

La Grande Camera, che come si ricorderà è invece pervenuta a negare la violazione sostanziale dell'art. 3 CEDU, osserva tuttavia come le censure sollevate dai ricorrenti quanto alla violazione dell'art. 3 non fossero manifestamente inammissibili e ponessero delle delicate questioni di fatto e di diritto. A prescindere quindi dall'esito della censura sostanziale, la Corte afferma che la serietà delle questioni addotte richiedeva la presenza di un'autorità deputata ad esaminarle.

Condivisi quindi i rilievi formulati nella sentenza del settembre 2015, la Grande Camera conferma esservi stata violazione dell'art. 13 CEDU, con riferimento all'art. 3 CEDU, in ragione dell'assoluta mancanza di alcun organo cui i migranti avrebbero potuto indirizzare doglianze relative alle condizioni del trattenimento.

Con riguardo alla violazione dell'art. 13 in riferimento all'art. 4, prot. 4, CEDU, infine, la sezione semplice aveva ritenuto violata la garanzia procedimentale poiché, pur essendo acclarato che l'ordinamento italiano preveda uno specifico mezzo di impugnazione avverso il provvedimento di respingimento (rappresentato dal ricorso al giudice di pace territorialmente competente), tale ricorso non possedeva efficacia sospensiva del rimpatrio, rendendo impossibile o eccessivamente difficoltoso il concreto accesso al rimedio giurisdizionale e, soprattutto, esponendo i migranti ai rischi derivanti da un rimpatrio eseguito senza prendere in considerazione la loro situazione individuale.

La Grande Camera muove dal medesimo presupposto: a differenza che per quanto concerne le condizioni del trattenimento, avverso il provvedimento di respingimento un rimedio esiste ed è potenzialmente effettivo, tant'è che il Giudice di pace di Agrigento ha accolto alcuni dei ricorsi presentati da altri migranti; la questione che si pone è allora unicamente quella della necessità che tale rimedio sia munito di efficacia sospensiva del rimpatrio.

Passaggio chiave del ragionamento della Corte (§§ 274-281) è la considerazione per la quale la necessità di efficacia sospensiva non è assoluta. Con riferimento alla sentenza della Grande Camera De Souza Ribeiro (sulla quale anche la sezione semplice aveva costruito il proprio ragionamento), la Corte ricorda che la necessità di efficacia sospensiva è strettamente connessa al rischio di maltrattamenti (art. 3 CEDU) o di danno irreversibile alla persona (art. 2 CEDU) derivanti dal rimpatrio, mentre si affievolisce in casi nei quali siano chiamate in causa violazioni di minore rilievo quali quelle connesse con il rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU).



Sulla base di questo principio, la Corte sottolinea come i ricorrenti non abbiano lamentato alcun rischio per la vita o l'integrità fisica nel caso in cui fossero stati rimpatriati in pendenza del procedimento di impugnazione, concludendo che nel caso concreto non vi fosse alcuno dei gravi rischi per i quali la propria giurisprudenza aveva affermato la necessità che il mezzo di impugnazione fosse dotato di efficacia sospensiva.

Per tale motivo, nel caso concreto il rimedio non doveva necessariamente essere dotato di efficacia sospensiva.

Poiché, quindi, il rimedio offerto dall'ordinamento italiano per censurare la legittimità del provvedimento di rimpatrio esiste ed è potenzialmente effettivo, non essendo richiesto che sia dotato di efficacia sospensiva in casi come quello dei ricorrenti, la Grande Camera giunge a riformare la sentenza impugnata e ad escludere la violazione dell'art. 13 CEDU con riferimento all'art. 4, prot. 4, CEDU.

- 8. Il risarcimento dei danni (§§ 282-285). All'esito del giudizio, la Grande Camera, in ottemperanza al disposto dell'art. 41 CEDU e alla luce delle violazioni riscontrate, determina in favore dei ricorrenti un'indennità di Euro 2.500 ciascuno. Sul punto ci si limita ad annotare che nel precedente giudizio l'indennità era stata commisurata in Euro 10.000 per ciascuno dei ricorrenti.
- 9. Le opinioni concorrenti e dissenzienti. Il Presidente Raimondi ha espresso un'opinione concorrente, mentre i Giudici Dedov e Serghides hanno respresso ciascuno un'opinione parzialmente dissenziente.

Di particolare interesse è l'opinione del Presidente Raimondi, che era parte della maggioranza che nella sezione semplice aveva ritenuto sussistenti le violazioni convenzionali che la Grande Camera ha invece escluso anche con la partecipazione del suo voto; l'opinione illustra quindi le ragioni per le quali il Giudice ha mutato avviso da un grado all'altro del giudizio. Quanto all'art. 3 CEDU, l'opinione saluta con favore la valorizzazione che la Grande Camera ha fatto della situazione di emergenza conseguente all'ondata migratoria. Quanto all'art. 4, prot. 4, CEDU, il Giudice rileva come, se è vero che il sistema congegnato per l'espulsione dei cittadini tunisini dall'accordo italo-tunisino consentisse, di fatto, alle Autorità di rimpatriare i migranti sulla sola base della loro appartenenza nazionale, deve essere valorizzata la circostanza che nel caso concreto i migranti avessero avuto modo di informare le autorità delle peculiarità della propria situazione; il Giudice afferma quindi di concordare con il livello di tutela garantito dalla Corte quanto alla non necessità di un colloquio individuale, quando lo straniero abbia comunque avuto la possibilità di far valere le ragioni che si oppongono al suo rimpatrio. Da ultimo, quanto all'art.



13 CEDU, letto con riferimento all'art. 4, prot. 4, CEDU, il Giudice ritiene pienamente condivisibile la statuizione della Grande Camera per la quale il ricorso deve avere carattere sospensivo solo quando il rimpatrio esponga lo straniero al rischio di violazioni particolarmente gravi.

La (brevissima) opinione parzialmente dissenziente del Giudice Dedov si sofferma invece sulla constatata violazione dell'art. 5 CEDU: il Giudice Dedov afferma che si sarebbe dovuta tenere in maggiore considerazione la situazione di emergenza connessa con l'arrivo in massa dei migranti, ciò che avrebbe dovuto condurre a concedere margini più ampi allo Stato per gestire la situazione, anche mediante il ricorso a forme di privazione della libertà degli stranieri. Egli tuttavia dichiara di condividere la decisione della maggioranza quanto alla violazione dell'art. 5, per inviare un segnale alle autorità italiane quanto alla necessità di migliorare la qualità della propria legislazione in materia, ma esprime il proprio dissenso quanto al riconoscimento ai ricorrenti di un'indennità a titolo di danno morale.

Per contro, molto articolata ed estesa è l'opinione parzialmente dissenziente del Giudice Serghides. Essa attiene alla violazione dell'art. 4, prot. 4, CEDU, e dell'art. 13 CEDU in relazione all'art. 4, prot. 4.

Il Giudice dissenziente osserva innanzitutto come nel caso dei ricorrenti l'Italia abbia pacificamente applicato la procedura semplificata concordata a livello bilaterale con la Tunisia, e come tale procedura mirasse evidentemente ad evitare l'esame individuale del migrante, escludendolo altresì dall'assistenza legale, e a promuovere la massima semplificazione procedurale dell'espulsione una volta verificata la (sola) appartenenza nazionale. Ciò allora basta ad affermare la violazione del divieto di espulsione collettiva, il quale per la sua estrema gravità deve essere interpretato in maniera quanto più stringente e precisa.

Il Giudice Serghides passa poi a trattare la questione della natura vincolante o meno dell'obbligo di condurre l'esame individuale, affermando che tale esame è indispensabile e intimamente connaturato allo scopo della disposizione convenzionale. L'argomentazione è molto complessa, e in questa sede non è possibile che una ricostruzione molto sintetica. L'estensore ritiene in sintesi che, una volta che - come fa la Grande Camera - non si ritenga necessario un colloquio individuale, si finisce per lasciare alla discrezionalità delle autorità di polizia la conduzione di un esame più o meno approfondito, spostando inoltre sul migrante la difficile prova di versare in una situazione idonea al conseguimento di una forma di protezione internazionale, ed introducendo implicitamente delle eccezioni non previste dalla norma in discorso. E' poi in linea generale errato subordinare un obbligo procedurale come quello sancito all'art. 4, prot. 4 alla violazione di diritti sostanziali riconducibili agli artt. 2 e 3, così come subordinare l'applicabilità del divieto di espulsioni collettive alla natura legale o illegale dell'ingresso del migrante; la negazione dell'obbligatorietà dell'esame



individuale costituirebbe un passo indietro significativo rispetto ai principi affermati dalla Corte nelle altre occasioni in cui si è trovata a confrontarsi con l'interpretazione della norma in esame. Inoltre, le stesse formulazioni letterali tanto dell'art. 4, prot. 4, CEDU, quanto della definizione di espulsione collettiva offerta dalla Corte contengono in se stesse l'affermazione dell'indipendenza del profilo procedurale rispetto a quello sostanziale: senza l'esame individuale, il divieto di espulsione collettiva perde di contenuto perché si sovrappone alla valutazione della sussistenza in concreto delle condizioni per la permanenza dello straniero nello Stato, ossia di un profilo del tutto diverso per statuto e finalità. Infine, con argomento a contrario, il Giudice Serghides osserva che, qualora l'art. 4, prot. 4, CEDU, contenesse anche un obbligo sostanziale, nessuno dubiterebbe dell'autonoma rilevanza della violazione del solo profilo procedurale, come accade pacificamente per gli artt. 2, 3 e 8 CEDU. Per tali motivi, conclude il Giudice dissenziente, l'omissione dell'esame individuale deve essere sempre essere considerata una violazione dell'art. 4, prot. 4, CEDU.

A questo punto, il Giudice tratta del concreto adempimento dell'obbligo di esame individuale, ritenuto "probabile" dalla Grande Camera in base alle deduzioni del Governo italiano: a seguito di un puntuale esame dei singoli argomenti utilizzati dalla maggioranza dei giudici, il Giudice Serghides afferma che non vi sia alcuna prova dell'effettiva conduzione di esami individuali, e che i ragionamenti in proposito seguiti nella sentenza appaiano illogici, apodittici e contraddittori, precisando poi che – anche a voler concedere che un primo esame sia stato effettuato – ciò che manca è la prova del contenuto di tale esame e del suo esito, del quale non a caso non si fa alcun cenno nei decreti di respingimento differito. In due chiose finali, il Giudice precisa che quando uno Stato operi delle espulsioni "di massa" deve operare una presunzione di violazione del divieto di espulsioni collettive e l'onere della prova contraria deve quindi gravare sullo Stato e non sull'individuo; inoltre, il Giudice rivendica lo stretto legame logico-consequenziale tra la prova della violazione dell'art. 5, § 2, CEDU, e quella dell'art. 4, prot. 4, CEDU, essendo improbabile che lo Stato che non ha informato il migrante delle ragioni del suo trattenimento lo informi invece dei suoi diritti a fare valere le ragioni che si oppongono al rimpatrio.

Segue poi un lungo e articolato excursus circa l'interpretazione dell'aggettivo "collettivo", all'esito del quale il Giudice dissenziente afferma l'assoluta irrilevanza del numero di individui "collettivamente espulsi", dal momento che la norma si focalizza sulle modalità di espulsione e non sull'estensione aritmetica nel fenomeno [4].

Ancora, l'opinione in discorso - a indiretta replica al rilievo (negativo) attribuito dalla maggioranza dei giudici al fatto che i ricorrenti fossero meri "migranti economici" - illustra come la garanzia dell'art. 4, prot. 4, CEDU si applichi, in quanto garanzia procedurale, indipendentemente dalla legittimità dell'ingresso o del soggiorno del migrante.

Infine, il Giudice Serghides osserva come, accanto a requisiti meramente procedurali come l'esame individuale, l'art. 4, prot. 4, CEDU preveda la necessità di indagare il



contesto e il contenuto della decisione di espulsione, per verificare se – nonostante il rispetto del profilo procedimentale – la decisione sia di fatto unicamente fondata sull'appartenenza al gruppo, arrivando ad affermare che l'accertamento della violazione della norma in discorso debba essere condotto con un doppio test, rivolto a verificare il rispetto di entrambi i profili.

Sulla base di tutte le considerazioni qui riassunte, il Giudice Serghides conclude nel senso della violazione dell'art. 4, prot. 4, CEDU nel caso di specie.

Quanto infine alla violazione dell'art. 13 CEDU in combinazione con l'art. 4, prot. 4, CEDU, infine, il Giudice afferma che la rilevanza dell'effetto sospensivo del mezzo di impugnazione non può essere vincolata alla gravità dei rischi cui il migrante andrebbe incontro una volta espulso in pendenza dell'impugnazione, poiché ciò comporterebbe che l'effetto sospensivo dovrebbe essere determinato discrezionalmente dalle autorità amministrative in base alla ragionevolezza delle doglianze proposte dal singolo migrante. Del resto, che l'effetto sospensivo sia necessario anche rispetto al divieto di espulsioni collettive è maggiormente compatibile con il carattere assoluto della protezione contro l'arbitrio offerta dall'art. 4, prot. 4, CEDU.

- [1] Per vero, la Grande Camera si sofferma molto più a lungo su questa premessa, enumerando fonti non richiamate dalla sezione semplice, fra le altre la direttiva rimpatri (dir. 2008/115/CE), del tutto pretermessa dalla sentenza di "prime cure". Basti osservare il diverso spazio riservato a tale scopo: nove paragrafi (§§ 27-35) nella prima sentenza, diciannove (§§ 32-50) nella seconda.
- [2] Il Governo fondava tale ricostruzione sul contenuto di un'ordinanza di archiviazione per i reati di abuso d'ufficio e arresto illegale pronunciata dal GIP di Palermo nell'aprile 2012 in ordine ai medesimi fatti sottoposti allo scrutinio della Corte di Strasburgo, nella quale ordinanza si dava conto delle risultanze di una visita effettuata da un membro del Parlamento italiano a bordo di una delle navi in questione, che risultava in buone condizioni di affollamento, igiene e sicurezza.
- [3] Čonka c. Belgio, ric. n. 51564/99; Hirsi Jamaa e altri c. Italia, Grande Camera, ric. n. 27765/09; Georgia c. Russia (I), Grande Camera, ric. n. 13255/07; e Sharifi e altri c. Italia e Grecia, ric. n. 16643/09.
- [4] Ciò non perché la Grande Camera abbia statuito il contrario, ma perché a dire del Giudice Serghides essa non ha esplicitato questa caratterizzazione, a fronte di due opinioni dissenzienti che avevano trattato in tal senso l'argomento a margine della sentenza della sezione semplice.

# 18.Da Diritto penale contemporaneo



# LA DETENZIONE COME DETERRENTE DELL'IMMIGRAZIONE NEL DECRETO SICUREZZA 2018 di Marcello Daniele

Abstract. Il decreto sicurezza del 2018 mette di nuovo le mani nella disciplina della detenzione degli stranieri irregolari, mostrando chiaramente l'intento del Governo di usare la privazione della libertà come deterrente nei confronti dell'immigrazione. Forte di questo approccio, il decreto non solo si disinteressa dei problemi già presenti nella vigente disciplina, da tempo incapace di delineare i presupposti della detenzione con sufficiente precisione. Introduce anche un nuovo caso di detenzione del tutto arbitrario, mirato a scoraggiare ogni tentativo di sbarcare in Italia per domandare la protezione internazionale. Si tratta di una strategia che, per quanto potrebbe sortire qualche beneficio elettorale nel breve periodo, alla lunga rischia di rivelarsi fallimentare. La carcerazione continuerà a colpire i migranti in modo indiscriminato e capriccioso. Difficilmente, inoltre, produrrà gli effetti sperati, se si tiene conto del fatto che gli stimoli all'immigrazione, nella società contemporanea, appaiono superiori ai controstimoli indotti dal pericolo della privazione della libertà.

SOMMARIO: 1. Una strategia perdente. – 2. L'habeas corpus dei migranti. – 3. Tre difetti capitali. – 3.1. Esemplificazione. – 3.2. Rarefazione. – 3.3. Arbitrarietà assoluta. – 4. Un sovranismo a doppio taglio.

Una strategia perdente. Il recente d.l. 4 ottobre 2018, n. 1131 mette per l'ennesima volta le mani nella disciplina della detenzione degli stranieri irregolari. Inserendosi in una linea di tendenza non estranea ad alcuni interventi dei precedenti esecutivi2, rafforza ulteriormente i previgenti meccanismi di privazione della libertà, mostrando con chiarezza quale sia l'atteggiamento dell'attuale Governo al problema dell'immigrazione.

Da un punto di vista teorico, esistono due possibili approcci al tema. Si può partire dalla premessa per cui gli attuali fenomeni migratori sono inevitabili e cercare di gestirli nel modo più funzionale possibile, predisponendo le migliori procedure per individuare i migranti meritevoli di essere accolti nell'Unione Europea, a questo fine ricorrendo allo strumento della detenzione solo in via eccezionale. In alternativa, si può utilizzare la privazione della libertà come strumento di deterrenza, volto a disincentivare gli stranieri ad allontanarsi dai propri paesi di origine. È evidente come il Governo abbia optato per il secondo approccio, adottando una strategia che, però, alla lunga potrebbe rivelarsi perdente. Ne discende, come vedremo, la più totale mortificazione dell'habeas corpus, senza che ne derivino dei vantaggi significativi. La detenzione continuerà a colpire i migranti in modo indiscriminato e capriccioso. Difficilmente, inoltre, produrrà gli effetti sperati, se si tiene conto del fatto che gli stimoli all'immigrazione, nella società contemporanea, appaiono superiori ai controstimoli indotti dal pericolo della privazione della libertà3. Potrebbe forse determinare dei benefici dal punto di vista del consenso elettorale: un risultato



tuttavia che, come la recente storia politica italiana dimostra, rischia di rivelarsi effimero.

2. L'habeas corpus dei migranti. Come si può immaginare, la detenzione dei migranti c.d. irregolari (in quanto privi di un titolo giuridico per soggiornare in un determinato Stato) è una forma di privazione della libertà piuttosto controversa. Riguardando persone che non sono coinvolte in un giudizio penale4, non sarebbe consentito attribuirle una funzione strumentale al corretto svolgimento del processo o all'esecuzione della pena (come avviene con la carcerazione finalizzata ad impedire che l'indiziato inquini le prove o fugga); né le si potrebbe conferire una funzione di prevenzione, non essendo configurabile un pericolo di commissione di reati in virtù del solo status di migrante irregolare.

Ma allora a quale titolo giustificarla? Una risposta si rinviene nell'art. 5 § 1 lett. f della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU): è consentita la detenzione di una persona "per impedirle di entrare illegalmente" in uno Stato, oppure di una persona "contro la quale è in corso un procedimento d'espulsione". Tali prescrizioni fanno comprendere come la Convenzione europea dia per implicita l'esistenza del potere degli Stati di regolamentare l'ingresso degli stranieri nel proprio territorio, al più anche usando la privazione della libertà a tal fine.

Né si potrebbe ritenere che un potere del genere – funzionale a fronteggiare le esigenze di sicurezza e di ordine pubblico connesse ai flussi migratori – contrasti con la nostra Costituzione5. Sarebbe, dunque, irrealistico pretendere che gli ordinamenti nazionali vi rinuncino, soprattutto in un momento storico come quello attuale. Ciò non significa che la detenzione potrebbe essere impiegata in modo indiscriminato.

In più occasioni la Corte europea dei diritti dell'uomo ha chiarito a quali condizioni essa risulterebbe accettabile 6, ponendo una serie di requisiti che, unite alle garanzie previste dall'art. 13 Cost., definiscono il volto dell'habeas corpus degli stranieri.

a) La prima di esse è la riserva di legge: la privazione della libertà deve essere prevista dal diritto nazionale, il quale risulti facilmente accessibile a chiunque. Parrebbe una garanzia talmente elementare da non doverla neppure menzionare; eppure, sorprendentemente, continua ad essere violata. È quello che è avvenuto, ad esempio, nel caso *Khlaifia*, in cui alcuni migranti erano stati trattenuti per diversi giorni in condizioni disagiate dapprima sull'isola di Lampedusa e poi a bordo di una nave in base ad un accordo bilaterale (fra l'Italia e la Tunisia) il cui testo non era stato diffuso, ma semplicemente richiamato in un comunicato stampa pubblicato su *internet* dal Ministero dell'interno italiano (che si limitava a menzionare un potenziamento del controllo delle frontiere e la possibilità di espulsioni immediate con una procedura semplificata). Chiamata a pronunciarsi sulla vicenda, la Corte europea ha giustamente riscontrato una violazione dell'art. 5 CEDU, osservando come tale "ambiguità legislativa" abbia "dato luogo a numerose situazioni di privazione della libertà *de facto*" sprovvista di un controllo giurisdizionale7.



- b) In secondo luogo, la privazione della libertà non deve essere arbitraria. La legge ha il compito di definirne i presupposti applicativi in modo sufficientemente preciso, così da renderne prevedibile *ex ante* l'adozione. Deve, al contempo, risultare strettamente funzionale al corretto svolgimento di una delle procedure intese a definire la situazione del migrante (in particolare, l'espulsione o la concessione della protezione internazionale) 8, la quale venga definita entro tempi ragionevoli. Dovrebbe cessare, di conseguenza, nel momento in cui venga meno la prospettiva realistica che la procedura raggiunga il suo scopo. Se, poi, esistessero misure meno invasive ugualmente funzionali all'obiettivo, queste ultime dovrebbero essere preferite. Tutto ciò chiariscono i giudici di Strasburgo non comporta che la carcerazione sia necessariamente volta ad impedire la fuga o la commissione di determinati reati da parte dello straniero. È, però, essenziale che sia imperniata su situazioni fattuali delineate con precisione, e univocamente ricollegabili alle finalità perseguite 9.
- c) Infine, deve esserci un controllo giurisdizionale sulla presenza dei requisiti in questione, in modo da evitare che la privazione della libertà sia interamente sottoposta alle valutazioni del potere amministrativo.
- 3. Tre difetti capitali. La vigente disciplina eurounitaria e nazionale, purtroppo, appare lontana dal soddisfare queste condizioni. E il decreto-sicurezza non ha fatto nulla per migliorarla; l'ha, semmai, addirittura peggiorata. Essa appare eccepibile già sul piano della sua stessa comprensibilità. Si presenta come un reticolo di prescrizioni di lettura estremamente difficoltosa (perfino per gli italiani), costruito attraverso numerosi rinvii "a scatole cinesi", incapace di delineare in modo chiaro i presupposti per la privazione della libertà. Quanto ai contenuti, non si può dire che un controllo giurisdizionale sulla privazione della libertà manchi in assoluto. Entrambe disposte dal questore, la carcerazione dei migranti in corso di espulsione è soggetta al vaglio del giudice di pace10, mentre quella dei migranti che hanno chiesto protezione internazionale è sottoposta al vaglio del "tribunale sede della sezione specializzata in materia di immigrazione"11.

Le norme, al contempo, rispettano le tempistiche imposte dall'art. 13 comma 3 Cost. in merito alla convalida dei provvedimenti dell'autorità di pubblica sicurezza 12. Il problema sta nei presupposti della carcerazione, contraddistinti da almeno tre difetti capitali: due già presenti nel sistema, e il terzo, come vedremo, frutto del decreto-sicurezza.

3.1. Esemplificazione. Un primo difetto concerne il trattenimento dei migranti in corso di espulsione presso i centri di permanenza per i rimpatri (CPR) 13, quando quest'ultima non possa essere eseguita con immediatezza14.

Anziché tentare di razionalizzarne l'impiego, l'art. 2 del decreto-sicurezza ne ha riportato la durata massima a centottanta giorni15. Ne restano, dunque, immutate le condizioni operative. Questi ultimi pongono una serie di requisiti generali che, in sé considerati, appaiono in linea con le indicazioni della Corte europea: la possibilità di



adottare il trattenimento "soltanto per preparare il rimpatrio e/o effettuare l'allontanamento" dello straniero; l'impossibilità, nel caso concreto, di applicare "efficacemente" "misure sufficienti ma meno coercitive"; la sua durata "quanto più breve possibile", e comunque "per il solo tempo necessario all'espletamento diligente delle modalità di rimpatrio"; il "pronto riesame giudiziario" della sua "legittimità"; l'immediato rilascio della persona "quando risulta che non esiste più alcuna prospettiva ragionevole di allontanamento" 16.

Al momento di delineare in modo più dettagliato le situazioni fattuali capaci di giustificare la privazione della libertà, tuttavia, le norme adottano un approccio di tipo esemplificativo. Il trattenimento – statuisce l'art. 15 § 1 della direttiva-rimpatri – può essere adottato "in particolare quando" "sussiste un rischio di fuga" o "il cittadino del paese terzo evita od ostacola la preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento". "Tra le situazioni che legittimano il trattenimento" – aggiunge l'art. 14 comma 1 del t.u. sull'immigrazione – rientrano, oltre al pericolo di fuga, "anche quelle riconducibili alla necessità di prestare soccorso allo straniero o di effettuare accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o nazionalità ovvero di acquisire i documenti per il viaggio o la disponibilità di un mezzo di trasporto idoneo"17.

È appena il caso di osservare quale sia l'insidia di questa tecnica: un certo margine di libertà dell'interprete per individuare ulteriori situazioni a sostegno del trattenimento, magari del tutto irrilevanti rispetto al buon esito dell'espulsione. È un esito che la Corte di giustizia ha mostrato di voler scongiurare quando, nella sentenza El Dridi, ha precisato che gli Stati potrebbero ricorrere alla privazione della libertà in base all'art. 15 della direttiva-rimpatri "solo qualora l'esecuzione della decisione di rimpatrio sotto forma di allontanamento rischi, valutata la situazione caso per caso, di essere compromessa dal comportamento dell'interessato".

Considerato, però, che nè le norme dell'Unione nè quelle interne ritengono indefettibile tale condizione, non c'è da stupirsi se la prassi nazionale, di fatto, vede un impiego del trattenimento del tutto discriminatorio. Quest'ultimo è adottato in base alle più variegate valutazioni di pericolosità dei migranti, anche condizionate da mere ragioni efficientistiche come l'effettiva disponibilità e la vicinanza di un centro di permanenza per il rimpatrio19. La sensazione che se ne ricava è quella di una privazione della libertà impropriamente utilizzata come strumento di isolamento dei migranti per mere esigenze di difesa sociale 20.

L'elasticità interpretativa indotta dalla tecnica dell'esemplificazione produce anche un altro guasto: arriva a contagiare anche quelle parti della disciplina che, invece, sono costruite in termini più netti. È il caso dell'art. 14 comma 4 del t.u. sull'immigrazione, nella parte in cui prescrive che il giudice di pace deve provvedere alla convalida del trattenimento verificando, tra l'altro, "la sussistenza dei requisiti previsti dall'art. 13". Questi ultimi altro non sono che i presupposti dell'espulsione disposta dal prefetto quando lo straniero non possa regolarmente entrare o soggiornare nel territorio dello Stato21, la quale costituisce il necessario antecedente giuridico del trattenimento.



Eppure, nonostante la chiarezza di tale prescrizione 22, la giurisprudenza nazionale, muovendo dalla premessa che l'espulsione è sottoposta al controllo di un diverso giudice di pace 23, e trovando un supporto nel case-law della Corte europea 24, tende ad affermare che il giudice di pace competente per la convalida del trattenimento potrebbe "rilevare incidentalmente" solo "la manifesta illegittimità" dell'espulsione 25. È una lettura che rischia di generare disparità di trattamento, considerato che la linea di discrimine fra le espulsioni manifestamente invalide e quelle da non ritenere tali non sempre potrebbe risultare in modo evidente. Né va dimenticato che la convalida del trattenimento, dovendo obbligatoriamente avvenire entro il termine massimo di novantasei ore (art. 13 comma 3 Cost.), il più delle volte viene disposta prima della decisione sul ricorso contro l'espulsione. Con la conseguenza che, qualora quest'ultima venisse poi annullata, lo straniero avrebbe subito un'ingiustificata privazione della propria libertà 26.

3.2. Rarefazione. Un secondo difetto, di cui il decreto-sicurezza si è disinteressato, concerne il trattenimento degli stranieri che hanno richiesto protezione internazionale (c.d. asilo), in quanto temano di essere perseguitati nel proprio paese di origine per motivi di razza, religiosi, sociali o politici 27. Una forma di privazione della libertà che trova la sua disciplina negli artt. 8 ss. della direttiva-accoglienza, nonché, a livello nazionale, negli artt. 6 ss. del d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142. Sono prescrizioni che, prima facie, appaiono più rispettose del diritto alla libertà personale di quelle sul trattenimento dei migranti in corso di espulsione. Specificano che la misura non potrebbe essere adottata sulla base della sola domanda di protezione, per evitare che si trasformi in una forma di ritorsione. Precisano che il trattenimento deve essere strettamente necessario, dovendo sempre essere preferite "misure alternative meno coercitive". Evitano di ricorrere al metodo dell'esemplificazione, statuendo che la privazione della libertà potrebbe avvenire "soltanto" in uno dei casi da esse espressamente previsti28. Osservandone con maggiore attenzione i presupposti, però, si nota come non tutti siano descritti con la stessa accuratezza. Alcuni sono delineati in modo soddisfacente: si pensi all'esigenza di determinare l'identità o la cittadinanza dello straniero, o di accertare la presenza degli elementi fattuali a sostegno della richiesta di asilo29. Per converso, i termini del discorso mutano per il trattenimento imposto da "motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico" 30, una clausola di chiusura suscettibile di ricomprendere le condotte più diverse.

Un requisito del genere è incapace di definire in modo soddisfacente i comportamenti suscettibili di conseguire la finalità perseguita attraverso la carcerazione. Esso ricorda le condizioni in passato richieste dall'art. 1 della l. 27 dicembre 1956, n. 1423 per l'applicazione delle misure di prevenzione personali: la "proclività a delinquere", già a suo tempo censurata dalla Corte costituzionale 31, e la "dedizione abituale" ai "traffici delittuosi" nonché la "vita abituale", "anche in parte", "con i proventi di attività delittuose", di recente stigmatizzate dalla sentenza *De Tommaso* della Corte europea32. Né appare sufficiente a precisare meglio il contenuto del pericolo di cui si discute la precisazione rinvenibile nell'art. 6 comma 2 lett. c del d.lgs. n. 142 del 2015,



ai sensi della quale si dovrebbe "tenere conto" di eventuali condanne per una serie di delitti specificamente indicati. Si tratta, all'evidenza, di una mera esemplificazione, che non impedisce di desumere la pericolosità da altri indici33.

L'ortodossia costituzionale del requisito passa attraverso la sua configurazione come pericolo di commissione di reati univocamente identificabili mediante l'impiego di parametri oggettivi quali la pena edittale o il bene giuridico violato34, sull'esempio della previsione dell'art. 274 lett. c c.p.p. in rapporto all'applicazione delle misure cautelari.

3.3. Arbitrarietà assoluta. Il terzo difetto capitale è un portato dell'art. 3 del decretosicurezza, il quale ha ritenuto di potenziare la detenzione dei migranti richiedenti asilo introducendo un nuovo comma 3 bis all'art. 6 del d.lgs. n. 142 del 2015. Vi si prescrive anzitutto la possibilità di trattenere il richiedente asilo, "per il tempo strettamente necessario, e comunque non superiore a trenta giorni", "per la determinazione o la verifica dell'identità o della cittadinanza", presso le strutture di cui all'art. 10 ter comma 1 del t.u. sull'immigrazione. Viene così introdotta un'ulteriore ipotesi di privazione della libertà nei c.d. "punti di crisi" (hotspots). Una forma di carcerazione "in entrata" che, negli altri casi, opera indiscriminatamente nei confronti degli extracomunitari che abbiano attraversato irregolarmente le frontiere o siano giunti nel nostro paese a seguito di operazioni di salvataggio in mare, e che viene trattata dal legislatore come se fosse una mera restrizione della libertà di circolazione. Genericamente consentita "per le esigenze di soccorso e di prima assistenza", dovrebbe essere funzionale alle "operazioni di rilevamento fotodattiloscopico e segnaletico" necessarie per l'identificazione dello straniero 35.

Nella realtà, si traduce in una carcerazione de facto di cui non vengono definite le modalità, e che risulta sprovvista di un controllo giurisdizionale 36. Difetti che si rinvengono anche nella nuova ipotesi introdotta dal decreto-sicurezza, risultando non difficile diagnosticarne l'illegittimità costituzionale. L'aspetto ancora più preoccupante della modifica concerne la possibilità di convertire la privazione della libertà presso gli hotspot dei migranti richiedenti protezione internazionale in un trattenimento presso i CPR suscettibile di durare fino a centottanta giorni. Stando al comma 3 dell'art. 10 bis, normalmente il presupposto di tale conversione è "il rifiuto reiterato dello straniero di sottoporsi ai rilievi", una condotta che appare sintomatica dell'intento di ostacolare il procedimento di identificazione.

Il decreto-sicurezza, invece, prevede la conversione "ove non sia stato possibile determinarne o verificarne l'identità o la cittadinanza". Anche, pertanto, se tale esito fosse indipendente dalla condotta dello straniero, e magari connesso alle discriminazioni subite da quest'ultimo nel paese di origine. Laddove, invece, il fermo di polizia "di identificazione" dei cittadini italiani previsto dall'art. 11 del d.l. 21 marzo 1978, n. 59, limitato fino a ventiquattro ore, è ricollegato alla volontà dell'interessato (il quale rifiuti di fornire le proprie generalità, o esibisca documenti falsi)37. Ci troviamo di fronte, insomma, ad una privazione della libertà degli stranieri ancora più



arbitraria di quelle già presenti nel sistema. L'unico pregio che le si può riconoscere è quello di evitare qualunque ipocrisia: essa rivela con estrema chiarezza l'intento del Governo di scoraggiare a priori ogni tentativo di sbarcare in Italia e di domandare l'asilo, anche al costo di pregiudicare chi avrebbe pieno diritto a domandare protezione internazionale.

4. Un sovranismo a doppio taglio. In teoria il decreto-sicurezza vorrebbe essere un'espressione del c.d. sovranismo, affermando con vigore lo ius excludendi degli Stati nella gestione dei fenomeni migratori connessi alla globalizzazione del mondo contemporaneo. Questo approccio non ha solo il difetto di legittimare un impiego del tutto arbitrario della carcerazione. Rischia anche di minare proprio quello che dovrebbe essere uno dei capisaldi del sovranismo in ambito giuridico, ossia la previsione di norme nazionali dal contenuto ben definito, in contrapposizione alle fumose prescrizioni troppo spesso rinvenibili nei trattati e nel diritto derivato dell'Unione Europea. Qualcuno potrebbe osservare che sono, dopotutto, norme destinate ai migranti; l'essenziale è che ad essere compatibili con il canone della tassatività siano le norme relative ai cittadini, gli unici meritevoli di una piena protezione della libertà. Sarebbe, però, un argomento miope, incapace di scorgere il pericolo che si profila all'orizzonte: l'effetto contagioso che l'assenza di vere e proprie fattispecie di privazione della libertà, anche se limitata ad uno specifico settore dell'ordinamento, potrebbe determinare in altri settori, alimentando le prassi devianti e gli aggiramenti delle garanzie. Il pericolo, insomma, che ciò che vale oggi per i migranti valga, in un futuro non troppo remoto, anche per i cittadini: un habeas corpus costruito per principi anziché per regole, soggetto alle capricciose determinazioni della giurisprudenza ed incapace di assicurare la parità di trattamento. 37 Rileva tale disparità di trattamento la proposta di questione pregiudiziale dei senatori De Petris, Errani, Grasso e Laforgia, in relazione alla conversione in legge del decreto-sicurezza.

#### NOTE

- 1 Da ora in poi, il "decreto-sicurezza", alla data del 7 novembre 2018 convertito in legge dal Senato con alcune modificazioni, e trasmesso alla Camera dei deputati per l'approvazione finale.
- 2 Da ultimo, il d.l. 17 febbraio 2017, n. 13, su cui v. L. MASERA, I centri di detenzione amministrativa cambiano nome ed aumentano di numero, e gli hotspot rimangono privi di base legale: le sconfortanti novità del Decreto Minniti, in questa Rivista, fasc. 3/2017, p. 278 ss.
- 3 Più in generale, manifesta perplessità sui reali effetti delle politiche di deterrenza M. VILLA, Sbarchi in Italia: il costo delle politiche di deterrenza, in www.ispionline.it, 1 ottobre 2018.
- 4 Anche qualora uno Stato volesse configurare come reato la condotta di uno straniero che permanesse nel suo territorio in violazione della legge, non potrebbe sanzionarla con una pena detentiva: cfr. Corte giust., 28 aprile 2011, El Dridi, § 59, la quale ha



precisato come una pena del genere potrebbe compromettere l'obiettivo perseguito dalla direttiva 2008/115 del 16 dicembre 2008 (c.d. direttiva-rimpatri), "ossia l'instaurazione di una politica efficace di allontanamento e di rimpatrio dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare".

- 5 Ciò spiega perché Corte cost., 5 luglio 2010, n. 250 abbia potuto attribuire un rango preminente all'"interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori", considerandolo un "bene giuridico strumentale, attraverso la cui salvaguardia il legislatore attua una protezione in forma avanzata del complesso di beni pubblici finali, di sicuro rilievo costituzionale, suscettivi di essere compromessi da fenomeni di immigrazione incontrollata".
- 6 Si vedano Corte eur. dir. uomo, 15 novembre 1996, Chahal c. Regno Unito, § 108 ss.; Id., 29 gennaio 2008, Saadi c. Regno Unito, § 69 ss.; Id., 15 dicembre 2016, Khlaifia c. Italia, § 90 ss.; Id., 14 febbraio 2017, S.K. c. Russia, § 104 ss.
- 7 Così Corte eur. dir. uomo, Khlaifia, cit., § 97 ss.
- 8 La detenzione dei migranti in corso di espulsione è disciplinata dalla direttivarimpatri e dal d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (t.u. sull'immigrazione), mentre la detenzione dei migranti richiedenti asilo è regolata dalla direttiva 2013/33 del 26 giugno 2013 (c.d. direttiva-accoglienza) e dal d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142.
- 9 Si veda, al riguardo, D. WILSHER, Immigration Detention: Law, History, Politics, Cambridge University Press, 2011, 119 ss.
- 10 Art. 14 commi 3 ss. t.u. sull'immigrazione.
- 11 Art. 6 comma 5 ss. d.lgs. n. 142 del 2015.
- 12 Ossia la loro comunicazione entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria, e la convalida da parte di quest'ultima nelle successive quarantotto ore.
- 13 Disciplinato dall'art. 15 della direttiva-rimpatri e dall'art. 14 del t.u. sull'immigrazione.
- 14 "A causa di situazioni transitorie che ostacolano la preparazione del rimpatrio o l'effettuazione dell'allontanamento" (art. 14 comma 1 del t.u. sull'immigrazione).
- 15 In precedenza, tale termine massimo era già stato previsto dal d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150. Al contempo, il decreto-sicurezza ha introdotto procedure edilizie semplificate per la costruzione dei CPR, in modo da incrementarne il numero e la capienza. L'idea è quella di smantellare il c.d. sistema SPRAR, mirato ad un inserimento graduale dei migranti in tanti piccoli luoghi, a favore dei gradi centri di detenzione.
- 16 Così l'art. 15 § 1, 2 e 4 della direttiva-rimpatri.



- 17 Più rigorosa appare, ad esempio, la disciplina greca, la quale elenca in modo esaustivo le situazioni capaci di giustificare la privazione della libertà: "i cittadini di paesi terzi che sono oggetto di una procedura di rimpatrio" "sono trattenuti ai fini della preparazione del procedimento di espulsione e di espulsione solo se è impossibile, nel caso concreto, applicare altre misure efficaci e sufficienti ma meno radicali". "La misura della detenzione si applica: (a) in caso di rischio di fuga; (b) se il cittadino di un paese terzo evita o impedisce la preparazione del deferimento o della procedura di espulsione; (c) se vi sono motivi relativi alla sicurezza nazionale" (art. 30 l. n. 3907/2011). Una scelta giudicata giudicata compatibile con l'art. 5 CEDU da Corte eur. dir. uomo, 25 gennaio 2018, J.R. e altri c. Grecia, § 108 ss. 18 Corte giust., El Dridi, cit., § 39. 100 11/2018
- 19 Cfr. E. VALENTINI, Detenzione amministrativa dello straniero e diritti fondamentali, ed. provv., Giappichelli, 2018, 99 ss.
- 20 V. G. CAMPESI G. FABINI, La detenzione della "pericolosità migrante", in Materiali per una storia della cultura giuridica, 2017, n. 2, 517 ss.
- 21 In particolare, perché sprovvisto del permesso di soggiorno (art. 13 comma 2 del t.u. sull'immigrazione).
- 22 Cfr. A. MARLETTA, Detenzione "amministrativa" dello straniero e riserva di giurisdizione in materia di liberta personale, in Criminalia, 2012, 605 ss.
- 23 Ossia quello del luogo in cui ha sede l'autorità amministrativa che l'ha disposta. Si veda l'art. 18 d.lgs. n. 150 del 2011, a cui rinvia l'art. 13 comma 8 del. t.u. sull'immigrazione.
- 24 Secondo cui non sarebbe indispensabile, ai fini del trattenimento del migrante, che il provvedimento di espulsione che ne sta a monte risulti legittimo in base al diritto nazionale (Corte eur., Chahal, cit., § 112), con la sola eccezione delle situazioni in cui esso appaia "manifestamente invalido" (Corte eur., 8 febbraio 2011, Seferovic c. Italia, § 38).
- 25 "Consistente nell'avere l'amministrazione agito al di fuori della propria competenza ovvero in malafede": Cass. civ., sez. VI, 5 giugno 2014, n. 12609; più di recente, Id., sez. VI, 7 marzo 2017, n. 5750. 26 Cfr., anche per ulteriori critiche, A. MARLETTA, Detenzione "amministrativa", cit., 605 ss.; E. VALENTINI, Detenzione amministrativa, cit., 150 ss. 101 11/2018
- 27 La disciplina si trova nella direttiva 2011/95 del 13 dicembre 2011, nonché nella direttiva 2013/32 del 26 giugno 2013.
- 28 Si veda l'art. 8 della direttiva-accoglienza, e l'art. 6 del d.lgs. n. 142 del 2015.
- 29 Cfr. l'art. 8 § 3 lett. a e b della direttiva-accoglienza.



30 V. l'art. 8 § 3 lett. e della direttiva-accoglienza, e l'art. 6 comma 2 lett. c del d.lgs. n. 142 del 2015.

31 V. Corte cost., 16 dicembre 1980, n. 177.

32 Cfr. Corte eur. dir. uomo, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia, § 104 ss. V. al riguardo F. MENDITTO, Misure di prevenzione e Corte europea, in attesa della Corte costituzionale, in questa Rivista, 22 ottobre 2018. 102 11/2018

33 Cfr. E. VALENTINI, Detenzione amministrativa, cit., p. 201.

34 Così già Corte cost., 17 gennaio 1980, n. 1. 35 V. l'art. 10 ter comma 1 del t.u. sull'immigrazione. 36 Cfr. F. CASSIBBA, Il "trattenimento" del migrante irregolare nei "punti di crisi" ex art. 10-ter d.lgs n. 286 del 1998 nel prisma della Convenzione europea, in questionegiustizia.it, 24 luglio 2017. 103 11/2018