DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

Fascicolo
1/2017

DIRETTORE RESPONSABILE Francesco Viganò
VICE DIRETTORI Gian Luigi Gatta, Guglielmo Leo, Luca Luparia

REDAZIONE Anna Liscidini (coordinatore), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Carlo Bray, Alessandra Galluccio, Stefano Finocchiaro, Erisa Pirgu, Serena Santini, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali, Stefano Zirulia

COMITATO SCIENTIFICO Emilio Dolcini, Novella Galantini, Alberto Alessandri, Jaume Alonso-Cuevillas, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Francesco Angioni, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, David Carpio, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Luis Chiesa, Cristiano Cupelli, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Ombretta Di Giovine, Massimo Donini, Giovanni Fiandaca, Roberto Flor, Luigi Foffani, Gabriele Fornasari, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Giovanni Grasso, Antonio Gullo, Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Luca Masera, Jean Pierre Matus, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Santiago Mir Puig, Vincenzo Mongillo, Adan Nieto Martin, Francesco Mucciarelli, Renzo Orlandi, Íñigo Ortiz de Urbina, Francesco Palazzo, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Vicente Pérez-Daudí, Daniela Piana, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Joan Josep Queralt, Paolo Renon, Mario Romano, Gioacchino Romeo, Carlo Ruga Riva, Markus Rübenstahl, Francesca Ruggieri, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Rosaria Sicurella, Placido Siracusano, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Paolo Veneziani, Costantino Visconti, Matteo Vizzardi, Francesco Zacchè

Diritto Penale Contemporaneo è un periodico on line, ad accesso libero e senza fine di profitto, nato da un'iniziativa comune di Luca Santa Maria, che ha ideato e finanziato l'iniziativa, e di Francesco Viganò, che ne è stato sin dalle origini il direttore nell'ambito di una partnership che ha coinvolto i docenti, ricercatori e giovani cultori della Sezione di Scienze penalistiche del Dipartimento "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano. Attualmente la rivista è edita dall'Associazione "Diritto penale contemporaneo", il cui presidente è l'Avv. Santa Maria e il cui direttore scientifico è il Prof. Viganò. La direzione, la redazione e il comitato scientifico della rivista coinvolgono oggi docenti e ricercatori di numerose altre università italiane e straniere, nonché autorevoli magistrati ed esponenti del foro.
Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.
Le opere pubblicate su "Diritto penale contemporaneo" sono attribuite dagli autori con licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0" Italia (CC BY-NC 3.0 IT). Sono fatte salve, per gli aspetti non espressamente regolati da tale licenza, le garanzie previste dalla disciplina in tema di protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (l. n. 633/1941).
Il lettore può condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0 Italia" (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.
La rivista fa proprio il Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors elaborato dal COPE (Comittee on Publication Ethics).

***Peer review*.**
Salvo che sia diversamente indicato, tutti i contributi pubblicati nella sezione *papers* di questo fascicolo hanno superato una procedura di *peer review*, attuata secondo principi di trasparenza, autonomia e indiscusso prestigio scientifico dei revisori, individuati secondo criteri di competenza tematica e di rotazione all'interno dei membri del Comitato scientifico. Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da un revisore, il quale esprime il suo parere in forma parimenti anonima sulla conformità del lavoro agli standard qualitativi delle migliori riviste di settore. La pubblicazione del lavoro presuppone il parere favorevole del revisore. Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione.
Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Diritto penale contemporaneo*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 1/2017, p. 5 ss.

1/2017

INDICE DEI CONTRIBUTI

PAPERS

H. BELLUTA e L. LUPÁRIA, *Alla ricerca del vero volto della sentenza Dasgupta* …… 5
E. ZUFFADA, *Il lancio di un gavettone cagiona la morte di un uomo: un nuovo banco di prova per l'accertamento della colpevolezza dell'agente* ……... 15
A. ORSINA, *Il caso "Rete Ferroviaria Italiana s.p.a.": un'esperienza positiva in tema di colpa di organizzazione* …… 27
P. PIRAS, *La condotta medica eccentrica quale causa sopravvenuta interruttiva del rapporto causale* …… 61
S. RECCHIONE, *La vittima cambia il volto del processo penale: le tre parti "eventuali", la testimonianza dell'offeso vulnerabile, la mutazione del principio di oralità* … 69
R. SABATO, *L'agente di pubblica sicurezza può abbandonare un incapace?* …… 91
P. FARALDO CABANA y M. DE LOS ÁNGELES CATALINA BENAVENTE, *La formación y especialización de los agentes implicados en el tratamiento penal de la violencia de género. La situación en España* …… 101
G. M. NAPOLI, *Il controllo del giudice sulla proporzionalità dell'azione dell'amministrazione penitenziaria* …….. 137
N. GALANTINI, *Postilla ad uno scritto in tema di ne bis in idem* ……... 165
S. UCCI, *Le Sezioni Unite della Cassazione sulle sorti delle statuizioni civili nel giudizio di impugnazione a seguito della depenalizzazione operata con i decreti legislativi n. 7 e n. 8 del 2016: un punto di arrivo?* ……. 171

NOVITÀ LEGISLATIVE – PROGETTI DI LEGGE

G. DEMURO, *Verso la riforma dei reati contro i beni culturali: approvato dal Consiglio dei Ministri un disegno di legge delega per l'introduzione nel codice penale delle più gravi forme di aggressione al patrimonio culturale* ……... 193
C. CUPELLI, *Alle porte la nuova responsabilità penale degli operatori sanitari. Buoni propositi, facili entusiasmi, prime perplessità* …….. 195

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI (CORTE COSTITUZIONALE)

C. CUPELLI, *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di giustizia* ……... 199
O. POLLICINO e M. BASSINI, *When Cooperation Means Request for Clarification, or Better for "Revisitation"* …….. 206

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI – SEZIONI UNITE

E. ANDOLFATTO, *La concessione della provvisionale richiesta per la prima volta in appello non viola né il principio devolutivo né il divieto di* reformatio in peius 212

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI – GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ

A. AIMI, *Si conclude definitivamente il processo ThyssenKrupp* …… 215

G. L. GATTA, *Aborti illegali presso lo studio privato di un medico ospedaliero: concussione, induzione indebita, o truffa?* ……... 220

R. BERTOLESI, *Indottrinare al martirio non è reato di associazione con finalità di terrorismo* ……. 223

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI – GIURISPRUDENZA DI MERITO

F. FASANI, *Lettera e ratio dell'aggravante di cui all'art. 80, co. 1, lett. g), D.P.R. 309/1990. Lo spaccio in università al vaglio della giurisprudenza di merito* ….. 227

S. RISOLI, *Il delitto di rientro sul territorio italiano dello straniero espulso e l'art. 131-bis c.p.: applicabilità in astratto della causa di non punibilità e suoi possibili criteri di applicazione in concreto in due provvedimenti del Tribunale di Milano*……... 230

S. BERNARDI, *Continuano i "tormenti" dei giudici italiani sul caso Contrada: la Corte d'Appello di Palermo dichiara inammissibile l'incidente d'esecuzione proposto in attuazione del "giudicato europeo"* ……... 233

OSSERVATORIO SOVRANAZIONALE – CONSIGLIO D'EUROPA E CEDU

P. BERNARDONI, *Dalla Corte di Strasburgo un chiarimento sull'obbligo positivo di protezione del diritto alla vita* ……... 237

C. MOSTARDINI, *La Corte di Strasburgo in materia di responsabilità del medico per il suicidio del paziente psichiatrico* …….. 240

1/2017

ALLA RICERCA DEL VERO VOLTO DELLA SENTENZA DASGUPTA

Alle Sezioni Unite il tema della rinnovazione probatoria in appello dopo l'assoluzione in abbreviato non condizionato: nota a Cass., Sez. II, ord. 28 ottobre 2016 (dep. 9 novembre 2016), n. 47015

di Hervé Belluta e Luca Lupária

SOMMARIO: 1. Il caso. – 2. I dubbi della seconda Sezione. – 3. Le ragioni dei "resistenti" alla pronuncia Dasgupta delle Sezioni unite. – 4. I valori in gioco: oralità/immediatezza o canone del ragionevole dubbio? – 5. La chiusura del cerchio: oltre Dasgupta, solo l'intervento legislativo?

1. Il caso.

Dopo appena sei mesi dalla decisione con la quale le Sezioni unite – con la sentenza Dasgupta[1] – hanno stilato la *summa* dei principi e delle regole da onorare per la **formazione della prova in appello**, quando la sentenza impugnata sia di proscioglimento e il giudice intravveda la possibilità di condannare l'imputato, un nuovo – e correlato – dubbio agita la Corte.

Con l'ordinanza in esame, la seconda Sezione, abbracciando un **indirizzo minoritario** quanto radicato nella giurisprudenza di legittimità, rinvia al Supremo consesso una questione connessa al *decisum* Dasgupta, di tenore analogo ad uno dei tre principi di diritto colà formulati[2], ma di matrice differente, poiché derivante dalle

[1] Si tratta, come noto, di Cass., Sez. Un., 28 aprile 2016, Dasgupta, in *questa Rivista*, con commento di E. LORENZETTO, Reformatio in peius *in appello e processo equo (art. 6 CEDU): fisiologia e patologia secondo le Sezioni Unite*, 5 ottobre 2016. Cfr. anche R. APRATI, *L'effettività della tutela dei diritti dell'uomo: Le Sezioni unite aggiungono un tassello*, in *www.archiviopenale.it* (n. 2/2016, Rivista Web).

[2] In realtà l'ordinanza di rimessione (Cass., Sez. II, 26 ottobre 2015, n. 2451, in *questa Rivista*, 15 febbraio 2016, con nota di E. LORENZETTO, Reformatio in peius *in appello in violazione del diritto all'equo processo (art. 6 CEDU): alle Sezioni unite stabilire se la questione sia rilevabile d'ufficio*) chiedeva alle Sezioni unite soltanto «se sia rilevabile d'ufficio la questione relativa alla violazione dell'art. 6 C.e.d.u. per avere il giudice d'appello riformato la sentenza di primo grado sulla base di una diversa valutazione di attendibilità di testimoni di cui non si procede a nuova escussione». In risposta, le Sezioni unite hanno stilato, come noto, ben tre principi di diritto, sinteticamente riguardanti: *a*) il valore di parametri esegetici da riconoscere ai precetti della Convenzione europea dei diritti umani, come interpretati dalla Corte di Strasburgo; *b*) l'obbligo del giudice d'appello, per ribaltare il proscioglimento in condanna, di rinnovare, anche d'ufficio, l'esame delle fonti di prova dichiarative ritenute decisive in primo grado; *c*) la configurazione della prima condanna in appello, in assenza di rinnovazione istruttoria, quale vizio di motivazione censurabile di fronte alla Corte

incertezze che ancora aleggiano sul regime della rinnovazione istruttoria in appello a seguito di **giudizio abbreviato di prime cure**[3].

Il caso, che bene si iscrive nel filone della consolidata giurisprudenza in materia della **Corte europea dei diritti umani**[4], si segnala perché a fronte di una valutazione di inattendibilità delle dichiarazioni (*in actis*) della persona offesa da parte del giudice dell'udienza preliminare in funzione di giudice dell'abbreviato (non condizionato), con conseguente assoluzione, la Corte d'appello territoriale, senza procedere a rinnovazione istruttoria per ascoltare la fonte di prova, giunge ad una diagnosi opposta e, considerando attendibile quanto affermato dalla vittima davanti alla polizia giudiziaria (e congruenti i contenuti di due denunce dal medesimo depositate), condanna l'imputato.

2. I dubbi della seconda Sezione.

Attraverso un percorso espositivo che ripercorre in larga parte – ora facendole proprie, ora no – le argomentazioni della sentenza Dasgupta, la seconda Sezione non dubita del fatto che la rinnovazione istruttoria in secondo grado – stante un proscioglimento in prime cure – debba configurarsi come **regola** a fronte di una possibile diversa valutazione delle fonti orali ritenute decisive e di un differente epilogo decisionale, *in peius*; non ne discute nemmeno l'origine esegetica, ancorata alla più recente e consolidata giurisprudenza della Corte di Strasburgo[5]. Né revoca in dubbio che la mancata rinnovazione istruttoria configuri, una volta che l'imputato sia stato condannato *ex actis*, dopo essere stato prosciolto in primo grado, un **vizio di**

---

di legittimità, in ragione del mancato rispetto del canone decisorio del superamento di ogni dubbio ragionevole, indipendentemente dal richiamo alla violazione della Convenzione europea.

[3] In argomento, da ultimo, L. PACIFICI, *L'integrazione dell'istruttoria dibattimentale nel giudizio abbreviato d'appello*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 4274 s.

[4] La quale, come noto, è ormai da tempo giunta ad affermare che «qualora un giudice d'appello sia chiamato ad esaminare un caso in relazione ai fatti di causa e alla legge, e a fare una valutazione completa della questione relativa alla colpevolezza o all'innocenza del ricorrente, non può, per una questione di giusto processo, adeguatamente stabilire questi problemi senza una valutazione diretta delle prove» (così già Corte e.d.u., 24 novembre 1986, Unterpertinger c. Austria; 7 luglio 1989, Bricmont c. Belgio. Più di recente, cfr. tra altre Corte e.d.u., 18 maggio 2004, Destrehem c. Francia; 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia; 5 marzo 2013, Manolachi c. Romania; 4 giugno 2013, Hanu c. Romania; 4 giugno 2013, Kostecki c. Polonia; 15 settembre 2015, Moinescu c. Romania). Tra i commenti alla sentenza Dan c. Moldavia, v. A. CAPONE, *Dopo Dan c. Moldavia. Per un processo di parti nell'appello penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 1007 s.

[5] Sulla quale la dottrina si è molto concentrata negli ultimi anni. Tra molti, cfr. E. RUBIOLA, *Rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in grado di appello: prove assunte su richiesta di parte o d'ufficio dal giudice*, in *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, a cura di M. Bargis, Giuffrè, 2013, p. 223 s.; S. TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della Cedu*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 3-4/2014, p. 239 s. V. anche V. PICCONE, *Riforma della sentenza assolutoria di primo grado e violazione dell'art. 6 CEDU nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, relazione n. 29 del 2013 a cura dell'Ufficio del massimario della Corte di cassazione.

motivazione della sentenza d'appello, censurabile in cassazione ai sensi dell'art. 606 lett. *e*) c.p.p.[6].

Qualche riserva esprime, invece, in ordine all'evoluzione motivazionale seguita dalle Sezioni unite per avallare il proprio orientamento: la critica si concentra in particolare sulla "genericità" del richiamo allo **statuto cognitivo del nostro modello processuale**, che gravita intorno «ai principi fondamentali della oralità della prova» e della «immediatezza nella sua formazione».

Se così fosse, allora anche in appello si dovrebbero rispettare «le cadenze di acquisizione in forma orale delle prove elaborate in primo grado». L'**immediatezza**, che lega indissolubilmente il giudice alla prova, diverrebbe dunque «il presupposto tendenzialmente indefettibile di una valutazione logica, razionale e completa»; l'unica, in effetti, in grado di soddisfare appieno l'alto *standard* valutativo imposto dalla derivazione codicistica della **presunzione di innocenza**, cioè il superamento di **ogni ragionevole dubbio**[7]. A maggior ragione se la devoluzione cognitiva e decisoria al secondo giudice è tale – in forza di un appello del pubblico ministero avverso il proscioglimento di primo grado – da poter condurre ad una **riforma *in peius* della decisione**: in tale ipotesi, non potrebbe darsi reale **motivazione** in assenza di immediatezza nella percezione dei contributi probatori forniti dalle fonti orali.

Approdi, quelli appena visti, inattaccabili in sé, ma discutibili quando se ne voglia estendere l'operatività anche a moduli procedimentali che istituzionalmente rinunciano all'immediatezza: nella fattispecie, il **giudizio abbreviato**.

Secondo il giudice rimettente, non è così pacifico che il generale obbligo di rinnovazione istruttoria, delineato dalle Sezioni unite con principale riguardo all'appello seguente a giudizio dibattimentale, debba trovare spazio anche a fronte dell'impugnazione dell'accusa avverso una sentenza assolutoria d'abbreviato, «ove questa sia basata sulla valutazione di prove dichiarative ritenute decisive dal primo giudice e il cui valore sia stato posto in discussione» dal pubblico ministero appellante. Soprattutto, si dubita che sul secondo giudice gravi **l'obbligo di rinnovare** la prova indipendentemente dal fatto che gli apporti cognitivi in primo grado fossero derivati solo da atti d'indagine o da integrazioni probatorie a norma degli artt. 438 comma 5 o 441 comma 5 c.p.p.

Non convince la seconda Sezione, poi, il ragionamento che fa perno sul **criterio del dubbio ragionevole**: se davvero si trattasse di un «**principio generalissimo**», al cui centro campeggia il canone imprescindibile dell'immediatezza, non solo non potrebbe darsi condanna in riforma che non affondi le radici nell'assunzione diretta delle fonti

---

[6] In ordine a questo principio di diritto, formulato dalle Sezioni unite Dasgupta v., criticamente, V. AIUTI, *Poteri d'ufficio della Cassazione e diritto all'equo processo*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3214 s.

[7] Sulla dimensione europea del canone del "ragionevole dubbio", cfr. L. LUPÁRIA–J. DELLA TORRE, *La presunzione di innocenza*, in *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo, O. Razzolini, Giuffrè, 2017.

decisive di prova[8], ma si delegittimerebbe ogni condanna non fondata sull'immediatezza.

Al contrario, ricalcando un **precedente** recentissimo della terza Sezione[9], che già si pone **in linea di discontinuità** rispetto alla **sentenza Dasgupta**, il giudice rimettente ne ribadisce le preoccupazioni, derivanti dall'impiego del canone del ragionevole dubbio (impregnato di immediatezza) come grimaldello capace di scardinare la stessa legittimità costituzionale dei riti alternativi a prova contratta, nei quali – abbreviato *in primis* – il dubbio ragionevole viene superato (in caso di condanna) grazie ad un accertamento che può essere anche del tutto cartolare.

La riconosciuta compatibilità costituzionale del giudizio abbreviato, invece, ne fa un modulo rituale perfettamente consono ai canoni del giusto processo: non certo rispetto alla regola del contraddittorio nella formazione della prova, bensì all'eccezione del **consenso dell'imputato**[10]. Ne deriva, a giudizio della Sezione rimettente, che la rinuncia – compensata da indubbi effetti premiali[11] – a talune garanzie, da un lato, non compromette l'esigenza che il processo subito dall'imputato sia comunque giusto e, dall'altro, non impone al giudice dell'appello di adottare modalità acquisitive della prova dichiarativa «che la scelta abdicativa dell'interessato ha espunto dal processo».

In breve, la tesi della seconda Sezione si riassume nell'affermazione secondo cui «l'irrevocabile natura cartolare del rito abbreviato non impone», anche se certamente la rende possibile, «l'acquisizione in appello della prova dichiarativa, decisiva per la condanna, con le modalità previste per il rito ordinario»[12]. In senso parzialmente non

---

[8] Approdo interpretativo con il quale le Sezioni unite Dasgupta assorbono, superandola, la diatriba che ha diviso due posizioni antagoniste della giurisprudenza di legittimità: l'una favorevole alla rinnovazione solo in caso di necessità della verifica sull'attendibilità intrinseca della fonte testimoniale di prova (Cass., 6 ottobre 2015, n. 47722, Arcone, in *C.e.d.* n. 265879; Cass., 26 febbraio 2013, C.M. e M.G., in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 191, con nota di V. COMI; Cass., 10 ottobre 2012, Andrini, in *C.e.d.* n. 254024). In argomento, in chiave critica, v. S. TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello*, cit., p. 249 s.; l'altra, invece, propensa a ritenere non necessaria la rinnovazione – al cospetto dei dettami della giurisprudenza europea – in caso di rivalutazione di una testimonianza alla luce degli altri elementi di prova assunti in primo grado (Cass., 16 ottobre 2013, Caracciolo e altro, in *C.e.d.* n. 258945; Cass., 11 gennaio 2013, Cava e altro, in *C.e.d.* n. 255223; Cass., 6 dicembre 2012, Bifulco, in *C.e.d.* n. 254950). Su questa seconda scia si colloca anche quella giurisprudenza che ritiene rispettato il principio del dubbio ragionevole qualora il secondo giudice, senza riassumere le fonti orali, condanni attraverso una diversa valutazione di merito sul medesimo compendio probatorio, sottolineando travisamenti in cui sarebbe incorso il primo giudice nel prosciogliere, o dando peso ad elementi in quella sede trascurati (Cass., 9 aprile 2015, Maricosu, in *C.e.d.* n. 263763).

[9] Così Cass., 12 luglio 2016, n. 43242, inedita, il cui principale approdo esegetico consiste nel concludere che «nel rito abbreviato non condizionato la condanna di secondo grado che riforma l'assoluzione pronunciata nel primo non ha come presupposto l'obbligo di rinnovazione istruttoria».

[10] Sul punto v., in particolare, V. PATANÈ, *Giudizio abbreviato e consenso: una problematica compatibilità costituzionale?*, in *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo. Un itinerario attraverso la giurisprudenza*, a cura di G. Di Chiara, Giappichelli, 2009, p. 81 s.

[11] Per un esame dei quali si rinvia a F. ZACCHÈ, *Il giudizio abbreviato*, Giuffrè, 2004, p. 167 s. Anche la Corte europea dei diritti umani si è soffermata sul tema, rimarcandone la vocazione di favore per l'imputato che rinuncia a talune garanzie processuali (tra altre, Corte e.d.u., 8 dicembre 2015, Podoleanu c. Italia).

[12] Non è peraltro revocabile in dubbio la possibilità di rinnovare la prova in appello, anche a seguito di giudizio abbreviato non condizionato, purché su iniziativa d'ufficio del giudice (cfr. R. ORLANDI,

coincidente, invece, le Sezioni unite Dasgupta – sebbene in un passaggio satellitare rispetto al *core* del proprio ragionamento – hanno assunto che **l'obbligo di rinnovazione grava comunque sul giudice di secondo grado** che, a fronte di un proscioglimento, si orienti diversamente.

La rimessione alle Sezioni unite rileva ai fini della risposta che la seconda Sezione deve fornire al quesito rivoltole (al vizio denunciato) con il ricorso: la difesa dell'imputato, infatti, rileva un **difetto di motivazione** nella sentenza di condanna di secondo grado, con la quale la Corte di appello di Roma ha ribaltato, senza istruzione probatoria alcuna, il proscioglimento emesso, in prime cure, dal giudice dell'udienza preliminare in funzione di organo del giudizio abbreviato, che pure aveva deciso in assenza di contributi cognitivi orali, sulla semplice base delle indagini in atti.

Ecco dunque il **quesito**: se «nel caso d'impugnazione del pubblico ministero contro una pronuncia di assoluzione emessa nell'ambito di un giudizio abbreviato non condizionato, ove questa sia basata sulla valutazione di prove dichiarative ritenute decisive dal primo giudice e il cui valore sia posto in discussione dall'organo dell'accusa impugnante, il giudice di appello debba porre in essere i poteri d'integrazione probatoria e procedere all'assunzione diretta dei dichiaranti per ritenere raggiunta la prova della colpevolezza dell'imputato, in riforma della sentenza appellata».

3. Le ragioni dei "resistenti" alla pronuncia Dasgupta delle Sezioni unite.

Sebbene le Sezioni unite Dasgupta indichino un solo precedente difforme dalla soluzione abbracciata, nel quale la rinnovazione istruttoria in caso di ribaltamento *post*-abbreviato è stata interpretata come potere, ma non come dovere, del giudice dell'appello[13], la **frangia dei "resistenti"** appare ben più nutrita e trasversale.

In effetti, sono molte le pronunce, elencate dalla seconda Sezione, che concludono in tal senso; precedenti e successive alle Sezioni unite Dasgupta. Secondo questo orientamento, posto che nulla impedisce al giudice d'abbreviato di secondo grado (anche indipendentemente dalle richieste delle parti) di far uso dei propri **poteri istruttori d'ufficio** per rinnovare la prova, è altresì pacifico che il ricorso alla rinnovazione, al fine di ascoltare i testimoni che in prime cure sono risultati non attendibili, rappresenti **un potere e non un dovere**[14].

Rectius: l'unico caso in cui il giudice d'appello sarebbe tenuto a rinnovare la prova, nel rispetto delle cadenze tipiche della formazione orale ed immediata, sarebbe

---

Procedimenti speciali, in *Compendio di procedura penale*, a cura di G. Conso-V. Grevi-M. Bargis, VIII ed., Cedam, 2016, p. 642, secondo il quale se l'imputato ha «rinunciato integralmente al diritto alla prova, non può pretendere che tale diritto risorga nel giudizio di appello. Reciprocamente, nemmeno il pubblico ministero appellante sarebbe qui titolare di un diritto alla prova contraria»).

[13] In tal senso, Cass., 23 maggio 2014, De Silva, in *C.e.d.* n. 260147.

[14] Su questa linea interpretativa, tra altre, Cass., 12 giugno 2014, in *C.e.d.* n. 260442; Cass., 15 luglio 2014, in *C.e.d.* n. 261851; Cass., 23 giugno 2015, in *C.e.d.* n. 264793; Cass., 6 ottobre 2015, in *C.e.d.* n. 265589 (tutte richiamate dall'ordinanza di rimessione in commento).

quello in cui anche **il giudice di primo grado abbia assistito alla formazione orale dei contributi probatori**. Al contrario, allorché l'imputato abbia deciso di accedere al rito **abbreviato non condizionato**, rinunciando alle garanzie dell'oralità e del contraddittorio, l'abdicazione sarebbe totale e definitiva, operando anche in seconde cure. Insomma, una nuova assunzione probatoria funzionale a saggiare l'attendibilità di una fonte personale di prova si imporrebbe, anche secondo la logica delle pronunce della Corte di Strasburgo, solo allorché, stante il proscioglimento in primo grado, emesso per ritenuta inattendibilità delle dichiarazioni accusatorie assunte oralmente, ci si orienti altrimenti in appello proprio in virtù di quelle medesime fonti di prova, le quali non possono che essere riassunte oralmente.

Il rapporto tra **oralità** e **cartolarità** potrebbe rivelarsi patologico, a valle dei traguardi esegetici raggiunti dalla Corte dei diritti umani, secondo l'uso che ne fa questo indirizzo di legittimità, in duplice direzione: sia che la cartolarità (in appello) segua all'oralità (in primo grado), sia che l'oralità (in appello) segua alla cartolarità (in primo grado).

Nella prima eventualità, per un palese difetto di corrispondenza (questo sì, rilevato dalla Corte europea) che condurrebbe ad un ribaltamento decisionale *in peius* senza riedizione delle garanzie cognitive, legate al metodo probatorio orale, che sole possono sciogliere il dubbio sull'attendibilità dell'accusatore. Nella seconda, perché "salterebbe" il parallelismo tra **statuti epistemologici di prime e di seconde cure**: l'oralità, già oggetto di rinuncia da parte dell'imputato che abbia chiesto di essere giudicato allo stato degli atti (art. 438 comma 1 c.p.p.), sarebbe allora un valore aggiunto che non si può imporre verticalmente, al secondo giudice (il quale, al massimo, *potrà* farvi ricorso, rinnovando la prova). Del resto, conclude la seconda Sezione, «l'accertamento cartolare non è incompatibile con il superamento del ragionevole dubbio», così come la **condanna senza oralità** fa parte delle variabili del nostro processo penale, imponendosi come risultato decisorio comunque idoneo a superare la presunzione di innocenza.

4. I valori in gioco: oralità/immediatezza o canone del ragionevole dubbio?

Giacché pare proprio che la seconda Sezione si rivolga alle Sezioni unite per ottenere un chiarimento in ordine al diametro operativo delle conclusioni raggiunte nella sentenza Dasgupta, e alla generale applicabilità dei suoi approdi, sembra utile raffrontarne i rispettivi "argomenti forti".

L'ordinanza di rimessione, che ci occupa, fa perno sul **parallelismo tra primo e secondo grado di giudizio**, in chiave di presenza/assenza dell'oralità/immediatezza nella formazione della prova. Per rispettare tale equazione, non si dà prova orale in seconde cure che non si sia già data in prime cure: sarebbe di troppo, in sostanza, esigere un episodio istruttorio orale in appello quando il giudizio abbreviato abbia prosciolto l'imputato *ex actis*. Come tale, non lo si può imporre al secondo giudice che intenda rivalutare la credibilità di un apporto testimoniale, sebbene decisivo: basta una valutazione anch'essa *ex actis*, a meno che il giudice, usando il proprio potere

istruttorio, decida di procedere a rinnovare oralmente. **Non un dovere**, allora, ma **un valore aggiunto**, peraltro non indispensabile: d'altra parte, perché imporre uno *standard* probatorio più elevato in appello che in primo grado?

Dal canto suo, la sentenza Dasgupta sembra ragionare diversamente: lungi dal riavvolgere il filo metodologico che lega primo e secondo grado, fa perno sul **concetto di dubbio ragionevole**, come soglia sopra la quale il giudice può condannare, e sotto la quale deve prosciogliere[15]. Il dubbio, non superato (evidentemente) nel giudizio che si è chiuso con una pronuncia liberatoria, si para davanti al giudice dell'appello con una consistenza decisamente rafforzata: **la pronuncia di proscioglimento rappresenta un precedente fondamentale** che incide sulla reale portata della regola di giudizio che presidia la condanna, innalzando ulteriormente lo *standard* qualitativo della decisione. Del resto, pare sin troppo facile preconizzare che, nei casi in esame, il dubbio attiene proprio alla coerenza del proscioglimento; per ribaltare tale esito, allora, superamento del dubbio significa **certezza della condanna** (non diversamente, peraltro, da quanto deve avvenire in primo grado). In più, però, la certezza della condanna, per la prima volta in appello, presuppone la **rinnovazione istruttoria**, anche d'ufficio, almeno quando proprio intorno alla prova testimoniale, ritenuta in prime cure decisiva, e alla sua attendibilità si consuma l'alternativa insita nell'attività di giudizio[16].

Solo a questo punto, le Sezioni unite Dasgupta inseriscono l'argomento del **metodo probatorio**: per cambiare l'epilogo decisorio *in peius* si impone l'assunzione orale della prova, pena un **vizio di motivazione censurabile tramite ricorso di legittimità**. E tanto vale anche nel caso in cui il primo grado di giudizio abbia seguito le cadenze del **rito abbreviato**, **con o senza integrazione probatoria**.

Sembra chiaro, a questo punto, che le ragioni che sostengono – rispettivamente nell'ottica delle Sezioni unite e della seconda Sezione rimettente – l'opzione a favore del **metodo orale in appello**, con il suo fondamentale portato di **immediatezza**, sono differenti.

La seconda Sezione, nell'ordinanza di rimessione, si concentra su una rigida **dosimetria di metodi probatori**: stante l'oralità in primo grado, un eventuale ribaltamento decisorio in secondo grado si legittima solo in base ad un nuovo episodio istruttorio orale (traguardo indicato anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani), e viceversa (traguardo proprio dell'indirizzo accolto dalla seconda Sezione).

---

[15] Sulla elaborazione pretoria del concetto di dubbio ragionevole si sofferma, di recente, J. DELLA TORRE, *Il lungo cammino della giurisprudenza italiana sull'"oltre ogni ragionevole dubbio"*, in *questa Rivista*, 20 giugno 2014.

[16] Un approdo interpretativo già sostenuto, per esempio, da G. LOZZI, Reformatio in peius *del giudice di appello e* cognitio facti ex actis *della Corte di cassazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, p. 620 s. (a monte del dibattito che avrebbe portato alla riforma delle impugnazioni eseguita attraverso la legge 20 febbraio 2006, n. 46), secondo il quale a fronte di una possibile «diversa valutazione del contraddittorio nel momento di formazione della prova» si imporrebbe «una rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale avanti al giudice dell'appello», al precipuo fine di un compiuto rispetto dei canoni del giusto processo costituzionale (e convenzionale).

Le Sezioni unite Dasgupta, invece, attribuiscono all'appello una **caratteristica strutturale-funzionale**: quando si profili la possibilità di rivalutare *in peius* il proscioglimento, **non si può fare a meno dell'oralità** nella riassunzione delle prove rivelatesi decisive per prosciogliere. L'architrave di tale edificio, tuttavia, non è rappresentato – come nella logica dei "resistenti" – dall'oralità stessa, bensì dal ragionevole dubbio, rispetto al quale l'oralità assume funzione servente.

Il **ragionevole dubbio** assume, allora, veste di «**criterio generalissimo**», cruna attraverso la quale passare ogni qual volta si debba decidere[17]. Altrettanto non vale per l'oralità/immediatezza, della quale il sistema può variamente fare a meno.

Pertanto, puntare sull'oralità significa essere disposti a rinunciarvi quando essa manchi in prime cure: è il caso del rito abbreviato, ma anche del dibattimento "a prova concordata"[18]. Al contrario, puntare sul ragionevole dubbio, come asse portante del convincimento, significa assegnare *sempre* alla giurisdizione una caratura alta quanto il bisogno di certezza: linea sotto la quale occorre comunque prosciogliere. Al di là del *casus belli*, non v'è chi non veda come l'oralità/immediatezza sia un metodo; il convincimento oltre ogni ragionevole dubbio, uno scopo.

Perché non funziona il ragionamento che gravita intorno al parallelismo tra metodi istruttori adottabili in prime e in seconde cure?

Non tanto perché in primo grado l'imputato possa rinunciare al contraddittorio e all'oralità, legittimando l'impiego probatorio delle indagini preliminari; tale circostanza non ha necessariamente riflessi in seconde cure, dove, anzi, secondo la vecchia logica delle **garanzie verticali**, sarebbe quanto mai opportuno un recupero di oralità a fronte di una prima decisione radicata su un compendio probatorio cartolare[19].

Non funziona – pare persino superfluo rimarcarlo – perché tra primo e secondo grado si posiziona una **sentenza di proscioglimento**. Pertanto, qualora nel giudice dell'appello sorgano dubbi sul fatto che il proscioglimento sia la **giusta decisione**, egli si trova in una condizione differente rispetto al primo giudice che dubiti della fondatezza dell'accusa. È il rispetto per la decisione liberatoria che impone di riassumere le prove decisive, le quali meritano il metodo orale e immediato perché di esso si nutre il convincimento di quell'organo giudicante che debba persuadersi di qualcosa di cui non si è convinto il giudice che lo ha preceduto nell'attività di giudizio. In diversi termini, il ribaltamento della pronuncia assolutoria operata sulla scorta di una identica valutazione cartolare del costrutto probatorio già a disposizione del giudice di prime cure rischia di contenere in sé un implicito dubbio ragionevole: quello

---

[17] Cfr. G. CANZIO, *L'"oltre il ragionevole dubbio" come regola probatoria e di giudizio nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 303; B. SHAPIRO, *"Beyond Reasonable Doubt" and "Probable Cause". Historical Perspectives on the Anglo-American Law of Evidence*, Berkeley, 1991.

[18] Prospettiva ampiamente – quanto criticamente – arata dalla dottrina, ma pacificamente percorsa dalla giurisprudenza. In tema, H. BELLUTA, *Contraddittorio e consenso: metodi alternativi per la formazione della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 126 s.; R. DEL COCO, *Disponibilità della prova penale e accordi tra le parti*, Giuffrè, 2004, *passim*; M.L. DI BITONTO, *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, Giappichelli, 2004, p. 151 s.

[19] Non è mai troppo tardi per ripercorrere le pagine di P. FERRUA, *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*, Giuffrè, 1981, *passim*.

determinato dalla avvenuta adozione di decisioni contrastanti a geometria probatoria invariata.

L'appello connotato da rinnovazione istruttoria va allora inteso come un **nuovo giudizio**: quando abbia ad oggetto una sentenza di proscioglimento, il dubbio sull'innocenza dell'imputato può essere superato solo impiegando il metodo migliore per la formazione della prova. Ma qui l'oralità non è un diritto soggettivo dell'imputato (come nel caso del *right to confrontation*), il quale verosimilmente non avrà nemmeno potuto (o voluto) proporre appello avverso una decisione liberatoria[20]. L'oralità diviene invece il tratto qualificante della giurisdizione intesa come sistema strumentale alla decisione, la quale si basa oggi sul superamento di ogni dubbio ragionevole.

5. La chiusura del cerchio: oltre Dasgupta, solo l'intervento legislativo?

Aver ripercorso, pur scomponendole, le tappe logiche che le Sezioni unite hanno seguito nella sentenza Dasgupta può ora rivelarsi doppiamente utile.

In un primo senso, la compattezza del ragionamento del Supremo Collegio non sembra lasciare molti spazi, proprio per i valori sui quali si è fatto leva, a qualche *revirement* in tema di rinnovazione in appello a seguito di giudizio abbreviato non condizionato.

In secondo luogo, la costante opera esegetica della Corte di cassazione in ordine alla configurazione del rapporto tra proscioglimento e rinnovazione è uno dei molti indici che segnalano la crescente urgenza di un ripensamento più ampio e meditato sul giudizio d'appello, che soprattutto ne coinvolga la vocazione funzionale.

L'ospite indesiderato la cui presenza si percepisce dietro le quinte di tanti arresti giurisprudenziali è il rischio della prima condanna in appello: eventualità di fronte alla quale l'imputato, già prosciolto, si trova sguarnito della possibilità di sottoporre a nuovo scrutinio di merito la prima condanna[21].

A sistema processuale invariato, diventa un problema di etica della giurisdizione.

---

[20] Paradigmatico proprio il caso di appello avverso sentenza liberatoria emessa al termine di giudizio abbreviato. Dopo la modifica dell'art. 443 c.p.p. ad opera dell'art. 2 della legge n. 46 del 2006, come interpretato dapprima da Corte cost., 20 luglio 2007, n. 320, mentre il pubblico ministero ha riacquisito la potestà di appellare avverso il proscioglimento, l'imputato detiene medesimo potere solo nel caso di sentenze di assoluzione per difetto di imputabilità, derivante da vizio totale di mente (Corte cost., 29 ottobre 2009, n. 274).

[21] La dottrina riflette da tempo sulle soluzioni prospettabili al fine di ridurre tale eventualità. In particolare, cfr. P. FERRUA, *Garanzie del giusto processo e riforma costituzionale*, in *Critica dir.*, 1998, p. 164 s.; ID., *La sentenza costituzionale sull'inappellabilità del proscioglimento e il diritto al "riesame" dell'imputato*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 611 s.; R. ORLANDI, *Sono davvero troppi tre gradi di giurisdizione?*, in *principio accusatorio, impugnazioni, ragionevole durata del processo*, a cura di C. Nunziata, 2004 (suppl. al n. 29 di *Dir. e Giust.*), p. 141; G. SPANGHER, *Riformare il sistema delle impugnazioni?*, in *La ragionevole durata del processo. Garanzie ed efficienza della giustizia penale*, a cura di R.E. Kostoris, Giappichelli, 2005, p. 110. Più di recente v. ancora P. FERRUA, *Carenze ed eccessi di garanzia nel diritto di difesa dell'imputato*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 540.

In questa luce, la prima condanna in appello non può che essere il frutto di un nuovo giudizio pieno, fondato sull'oralità/immediatezza, addirittura oltre il tracciato della sentenza Dasgupta, ad abbracciare ogni prova utile per decidere, non solo quella decisiva[22]: la prova decisiva fonda il convincimento, ma le altre prove sorreggono la convinzione di aver vinto ogni dubbio ragionevole. Solo in questo modo si riduce la possibilità dell'errore – per molti versi fatale – sulla prima condanna in seconde cure.

In prospettiva, da ultimo, non resta che l'intervento legislativo[23].

Attualmente è all'esame del Senato della Repubblica, come noto, un disegno di legge di origine governativa che intende, tra l'altro, inserire un comma 4-*bis* nell'art. 603 c.p.p. Ai sensi dell'art. 22 d.d.l. S N. 2607, come modificato dalla Commissione giustizia della Camera[24], il nuovo comma dovrebbe prevedere che in caso di «appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, il giudice dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale». In sostanza, si ricalca analoga proposta già avanzata dalla Commissione ministeriale presieduta dall'attuale Primo Presidente della Corte di cassazione.

Al di là del merito del possibile innesto, in questa sede non può che derivarne un argomento che conferma la prognosi sull'esito del prossimo vaglio di legittimità a Sezioni unite: il ribaltamento decisorio – da proscioglimento a condanna – necessita della rinnovazione delle prove dichiarative, (in prospettiva siano esse) decisive o no, indipendentemente dal metodo istruttorio adottato in primo grado.

Infine, una proposta futuribile sul sistema: se davvero il rischio da contenere ha le sembianze della prima condanna in appello, occorre porre mano alla configurazione funzionale del secondo grado di giudizio. Tra le molteplici configurazioni possibili, l'unica in grado di evitare il rischio paventato è quella che assegna all'appello una funzione solo rescindente, di controllo sulla prima decisione[25].

A fronte del proscioglimento, allorché il secondo giudice riscontri l'opportunità di riassumere talune prove, dovrà rinviare al primo giudice per l'attività probatoria e il giudizio rescissorio. Qualora il nuovo "primo giudizio" si chiuda nuovamente con un proscioglimento, non dovrebbe restare altro che il ricorso per cassazione. Nell'ipotesi contraria, invece, potrebbero aprirsi le porte di un giudizio d'appello rescindente e rescissorio, cui farà seguito una eventuale fase di legittimità[26]

---

[22] Una soluzione prospettata anche da M. DANIELE, *Norme procedurali convenzionali e margine di apprezzamento nazionale*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1702.

[23] Per un'articolata proposta di "rilettura" dell'attuale disciplina del giudizio d'appello v. comunque A. CAPONE, *Dopo Dan c. Moldavia*, cit., p. 1015.

[24] Lo commenta M. BARGIS, *I ritocchi alle modifiche in tema di impugnazioni nel testo del d.d.l. n. 2798 approvato dalla Camera dei Deputati*, in *questa Rivista*, 19 ottobre 2015, p. 6.

[25] Riassuntivamente, in argomento, H. BELLUTA, *Prospettive di riforma dell'appello penale: tra modifiche strutturali e microchirurgia normativa*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 1059 s.

[26] Per un'organica proposta di riforma del giudizio d'appello, si rinvia a M. BARGIS-H. BELLUTA, *Linee guida per una riforma dell'appello*, in EIDEM, *Impugnazioni penali. Assestamenti del sistema e prospettive di riforma*, Giappichelli, 2013, p. 283 s.

1/2017

IL LANCIO DI UN GAVETTONE CAGIONA LA MORTE DI UN UOMO: UN NUOVO BANCO DI PROVA PER L'ACCERTAMENTO DELLA COLPEVOLEZZA DELL'AGENTE

Nota a Cass., sez. III, sent. 28 settembre 2016 (dep. 14 novembre 2016), n. 47979, Pres. Fiale, Rel. Aceto, Imp. Urru

di Edoardo Zuffada

Abstract. *Infastidito dal vociare dell'anziano vicino di casa, Tizio lancia al suo indirizzo, dalla finestra della propria abitazione, una busta colma d'acqua: senonché il gavettone spaventa a tal punto l'anziano, da provocarne la morte nelle due ore successive. Per questi fatti, la Corte di Cassazione ha ritenuto fondata la penale responsabilità dell'imputato per il reato di cui all'art. 586 c.p., in combinato disposto con il reato-base doloso di minaccia, salvo comunque dichiarare il reato estinto per intervenuta prescrizione.*
La sentenza in commento presenta diversi profili di interesse, che saranno oggetto di analisi del presente contributo: in primo luogo, la qualificazione giuridica del fatto oggetto di giudizio; in secondo luogo, l'accertamento del nesso di causalità tra la condotta dell'imputato e l'evento-morte; infine, e soprattutto, la valutazione dell'imputabilità soggettiva dell'evento-morte all'agente.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I fatti. – 3. Quale qualificazione giuridica per il lancio di un gavettone che cagiona la morte di un uomo? – 4. Il nesso di causalità. – 5. L'imputazione soggettiva dell'evento-morte all'agente. – 6. Conclusioni.

1. Premessa.

Con la sentenza in commento, la Corte di Cassazione ha riconosciuto la penale responsabilità di un soggetto che, attingendo un anziano vicino di casa, affetto da cardiovasculopatia sclerotica, con una busta di plastica colma d'acqua lanciata dalla finestra della propria abitazione, lo ha a tal punto spaventato da provocargli una aritmia cardiaca ed una conseguente insufficienza cardiorespiratoria, patologie che ne hanno causato il decesso appena due ore dopo.

Sebbene in tutti i cinque gradi di giudizio per i quali la presente vicenda è passata sia sempre stata riconosciuta la penale responsabilità dell'imputato, le qualificazioni giuridiche proposte per la stessa sono state significativamente

divergenti: infatti, i giudici di prime cure avevano inquadrato la sopra descritta condotta come reato di omicidio colposo *ex* art. 589 c.p., ritenendo che la morte della persona offesa fosse imputabile per colpa all'agente, in ragione del comportamento negligente ed imprudente dallo stesso tenuto nel caso di specie. Il Procuratore Generale presso la Corte d'appello, invece, presentando ricorso per cassazione, aveva sostenuto che il lancio della busta colma d'acqua integrasse più propriamente il reato-base di percosse di cui all'art. 581 c.p. e che il caso di specie fosse, conseguentemente, qualificabile quale omicidio preterintenzionale *ex* art. 584 c.p. Infine, a partire dalla prima sentenza d'appello la vicenda ha ricevuto la qualificazione giuridica rimasta inalterata fino alla presente condanna in Cassazione: morte conseguente ad altro delitto doloso (art. 586 in combinato disposto con l'art. 612, delitto di minaccia).

La predetta oscillazione delle qualificazioni giuridiche mette in luce un primo profilo di interesse della vicenda in esame, connotata da peculiarità specifiche, assolutamente inedite nel contesto giurisprudenziale italiano.

Un secondo profilo di interesse è connesso alle particolari modalità della condotta, e all'evento derivatone, che offrono una nuova occasione per riflettere intorno al tema del nesso di causalità.

Infine, la sentenza qui annotata stimola una riflessione in merito alla imputabilità soggettiva dell'evento, giacché occorre verificare se la morte dell'anziano vicino di casa possa essere davvero addossata all'agente almeno per colpa ed esplicitare i presupposti in presenza dei quali una siffatta responsabilità per colpa sia seriamente sostenibile.

Prima, tuttavia, di procedere ad un'analisi più puntuale delle diverse questioni qui preannunciate, appare opportuno riassumere più analiticamente i fatti in questione.

2. I fatti.

Tizio, infastidito dall'alto tono di voce impiegato da Caio, un anziano vicino di casa che, in quel momento, si sta intrattenendo davanti al portone della propria abitazione, lancia al suo indirizzo, dalla finestra del proprio appartamento, sito al secondo piano dello stabile, una busta di plastica colma d'acqua, con l'intento di farlo desistere da tale comportamento e, conseguentemente, di consentire alla propria moglie un adeguato riposo, più volte interrotto dall'asserito vociare. Senonché, la busta attinge direttamente Caio, in corrispondenza della zona toracica: l'inatteso ed intenso rumore derivato dallo scoppio del gavettone provoca uno spavento tale nell'uomo – ottantaseienne affetto da cardiovasculopatia sclerotica – da determinare una subitanea aritmia cardiaca e conseguente acuta insufficienza cardiorespiratoria, scompensi che poi ne determinano il decesso a due ore di distanza.

I giudici di primo grado condannano Tizio per il reato di omicidio colposo di cui all'art. 589 c.p.: in particolare, è ritenuto provato, sulla scorta delle risultanze dibattimentali, che il lancio della busta verso l'anziano cardiopatico abbia causalmente

determinato il decesso di quest'ultimo, per l'acuta insufficienza cardiorespiratoria insorta a seguito di improvvisa aritmia cardiaca.

La Corte d'appello riforma parzialmente la sentenza di primo grado: fermo restando il rapporto di causalità tra la condotta di Tizio e l'evento-morte del vicino di casa, i giudici di seconde cure ritengono che il fatto contestato debba, più propriamente, qualificarsi quale delitto *ex* art. 586 c.p., vale a dire come morte verificatasi quale conseguenza non voluta del delitto doloso di minaccia, costituendo il lancio della busta di per sé delitto di minaccia. I giudici di legittimità, tuttavia, annullano con rinvio la sentenza di secondo grado, lamentando "lacune motivazionali" con riferimento, da un lato, al nesso di causalità tra il lancio della busta colma d'acqua e la morte dell'anziano e, dall'altro, alla riferibilità psicologica, a titolo di colpa, dell'evento[1].

I giudici del rinvio, adempiute le richieste della Corte di Cassazione, confermano l'inquadramento della vicenda nell'art. 586 c.p. ma, contestualmente, dichiarano non doversi procedere nei confronti dell'imputato, essendo nel frattempo maturata la prescrizione. La Suprema Corte, con la sentenza qui annotata, conferma quest'ultima pronuncia.

3. Quale qualificazione giuridica per il lancio di un gavettone che cagiona la morte di un uomo?

La prima questione di interesse sollevata dalla sentenza in commento è senza dubbio rappresentata dalla qualificazione giuridica del fatto. In effetti, sebbene il tema dell'inquadramento giuridico non abbia costituito specifico oggetto di valutazione da parte della sentenza qui annotata, cionondimeno appare utile, a modesto avviso di chi scrive, soffermarsi brevemente sul punto.

Il problema è il seguente: come inquadrare giuridicamente il lancio di una busta colma d'acqua all'indirizzo di una persona, che muore in conseguenza dello spavento derivatone?

---

[1] Corte Cass., sez. VI, 4 marzo 2009, n. 17610, in *Dejure*: "Rispetto alle linee-guida che sorreggono l'orientamento giurisprudenziale qui condiviso [riferimento a quell'impostazione, secondo cui può essere riconosciuta una penale responsabilità per il reato di cui all'art. 586 c.p. solo nel caso di prevedibilità in concreto dell'evento morte o lesioni, tale da fondare una responsabilità per colpa, *n.d.a.*] la sentenza impugnata, tuttavia, è silente, non avendo i giudici di appello offerto, in motivazione, alcun argomento a sostegno della prevedibilità, da parte dell'imputato, che dal gesto volontariamente compiuto, a contenuto solo per implicito intimidatorio, potesse derivare il rischio della perdita della vita del soggetto passivo e, su tale base, fosse delineabile, nei confronti dell'autore del gesto, un coefficiente di riferibilità psicologica, a titolo di colpa, dell'evento, non investito dal dolo del reato-base. Ciò senza dire, che non rispondono a pieno ai criteri rigorosi di accertamento giudiziale del nesso di condizionamento, tra gesto dell'imputato e morte della persona offesa che ne è seguita, quali sono affermati dalle Sezioni Unite con la richiamata sentenza 'Franzese', le considerazioni sul tema contenute nella sentenza impugnata, in quanto esse sono formulate in termini solo congetturali e, comunque, incerti […]".

a) La prima soluzione è quella accolta dalla sentenza in commento: il lancio del gavettone integrerebbe il reato di minaccia di cui all'art. 612 c.p., da cui sarebbe derivata, quale conseguenza non voluta dal colpevole, la morte della persona attinta dalla busta colma d'acqua, con conseguente applicabilità dell'art. 586 c.p.

Detta impostazione desta, tuttavia, non poche perplessità, entrando irrimediabilmente in rotta di collisione con i principi di legalità e di tassatività.

Per ritenere integrato, infatti, il reato di cui all'art. 612 c.p. occorre che l'agente minacci ad altri "un ingiusto danno", con ciò intendendo la prospettazione di un male futuro ed ingiusto, la cui verificazione dipende dalla sola ed esclusiva volontà dell'agente[2].

Tale condotta può essere realizzata tanto mediante l'utilizzo di espressioni verbali, indirizzate alla persona offesa, oralmente o per iscritto; quanto mediante comportamento concludente, purché questo sia "oggettivamente caratterizzato da atteggiamenti marcatamente minacciosi"[3].

Ebbene, pare difficile ritenere che il mero lancio di una busta colma d'acqua all'indirizzo di una persona, in assenza di espressioni verbali a contenuto minaccioso, possa, *ex se*, integrare la prospettazione di un male ingiusto.

Come già accennato, infatti, perché un semplice comportamento, non accompagnato da intimidazioni verbali, possa essere qualificato come minaccia ai sensi dell'art. 612 c.p., occorre che lo stesso sia "intrinsecamente" minaccioso, così da lasciare intendere al destinatario, in modo chiaro, la prospettazione del male che rischia di subire. In questo senso, per citare un esempio caro alla letteratura *noir*, costituirà sicuramente una minaccia il comportamento di chi lascia la carcassa di un animale, magari violentemente o brutalmente ucciso, davanti all'abitazione della persona che si vuole intimorire: in questo caso, infatti, pur in mancanza di espressioni verbali, il male ingiusto – ossia un concreto pericolo per la vita o per l'incolumità fisica – è chiaramente prospettato dall'agente ed intuibile da parte della persona offesa.

Per rimanere nell'ambito del lancio di oggetti, poi, potrebbero forse costituire una minaccia *ex* art. 612 c.p. il lancio di un coltello o di un pesante sasso acuminato all'indirizzo di una persona che si intende intimorire: anche in questi casi, in effetti, nel descritto comportamento concludente può ritenersi esplicita la prospettazione di un male per la vita o per l'incolumità del destinatario, tale da turbarne la tranquillità individuale[4].

Sulla scorta delle considerazioni appena svolte, dunque, appare criticabile la scelta dei giudici di qualificare il getto di un gavettone, anche se indirizzato ad una specifica persona, come reato di minaccia: è davvero arduo individuare, nel caso di specie, la prospettazione di un male ingiusto nel semplice lancio di una busta riempita

---

[2] Per la definizione di "minaccia", cfr. GATTA, *La minaccia*, Roma, 2013, p. 149 ss.; VIGANÒ, *Art. 610*, DOLCINI-MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. III, IV ed., Milano, 2015, nn. 20-24.

[3] Cfr., *ex multis*, Corte Cass, sez. V, 6 ottobre 2003 (dep. 12 gennaio 2004), n. 556, in *CED Cassazione* n. 227660.

[4] VALSECCHI, *Delitti contro la libertà fisica e psichica dell'individuo*, in VIGANÒ-PIERGALLINI (a cura di), *Reati contro la persona e contro il patrimonio*, Giappichelli editore, Torino, 2011, p. 234.

d'acqua, né si può dire che tale comportamento sia di per sé idoneo a turbare la tranquillità psichica della persona attinta. Sembra proprio che i giudici abbiano applicato il reato di cui all'art. 612 c.p. oltre i confini espressamente indicati dalla norma incriminatrice, con ciò violando il principio di legalità.

Non potendo qualificare la condotta in questione come minaccia, non sarebbe possibile, di conseguenza, attribuire all'agente nemmeno l'evento-morte ai sensi dell'art. 586 c.p., dal momento che verrebbe a mancare il necessario reato-base doloso.

b) Una seconda soluzione è stata proposta dal Procuratore Generale presso la Corte d'appello, nei motivi del primo ricorso per cassazione: secondo la sua prospettazione, il lancio del gavettone costituirebbe "atto diretto a percuotere", con la conseguenza che la morte della persona offesa dovrebbe essere inquadrata, più propriamente, nell'ambito del reato di omicidio preterintenzionale di cui all'art. 584 c.p.

Secondo quanto riportato in sentenza, l'agente ha lanciato la busta colma d'acqua dalla propria finestra all'indirizzo del vicino di casa; non è chiaro, tuttavia, se l'anziano sia stato colpito direttamente dalla busta, ovvero soltanto dagli schizzi d'acqua causati dall'impatto della busta stessa con il suolo.

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, perché si configuri il reato di percosse è necessario che la condotta dell'agente si sostanzi in una "violenta manomissione dell'altrui persona fisica" che non dia luogo a una malattia, quand'anche ciò non si realizzi mediante le azioni di battere, colpire o picchiare[5].

Elemento essenziale del delitto di percosse è, dunque, la violenza fisica, la quale può manifestarsi in qualsiasi forma, senza che sia necessario un contatto fisico tra l'aggressore e la persona offesa[6]. È stato ritenuto, inoltre, che la condotta *de qua* debba essere, di per sé, idonea a produrre dolore, sebbene non sia richiesta, ai fini della integrazione del reato, l'effettiva causazione della sensazione dolorosa[7].

Sulla base di quanto appena ricordato, non può dunque escludersi *a priori* che il lancio di una busta piena d'acqua nei confronti di una persona possa configurare, sotto il profilo oggettivo, il delitto di percosse: in effetti, il lancio di un gavettone all'indirizzo di una persona costituisce indubbiamente una condotta violenta idonea a provocare una sensazione di dolore, a maggior ragione se, come nel caso di specie, il lancio avviene dal secondo piano di un'abitazione.

Qualche perplessità rimane con riferimento al dolo di percosse (parimenti necessario ai fini dell'applicazione dell'art. 584 c.p.). La sentenza non ha chiarito, infatti, se l'imputato avesse lanciato la busta colma d'acqua mirando al corpo della vittima, ovvero se la sua volontà fosse quella di sorprendere il chiassoso vicino di casa

---

[5] Cfr., *ex multis*, Corte Cass., sez. V, 14 settembre 2015 (dep. 2 febbraio 2016), n. 4272, in *CED* n. 265629; Corte Cass., sez. V, 13 giugno 2014, n. 51085, in *CED* n. 261451; Corte Cass., sez. V, 6 febbraio 2004, n. 15004, in *CED* n. 228497.

[6] BASILE, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, in MARINUCCI-DOLCINI (diretto da), *Trattato di diritto penale – Parte speciale*, 2015, p. 4.

[7] *Ibidem*, p. 6.

con un lancio a qualche metro di distanza. Solo nel primo caso, tuttavia, si potrebbe affermare la sussistenza del dolo di percosse.

In definitiva, se si ritenesse che il lancio della busta colma d'acqua costituisse "atto diretto a percuotere", potrebbe davvero trovare applicazione il delitto di omicidio preterintenzionale, fermo restando l'ulteriore, controverso problema dei criteri di imputazione soggettiva dell'evento morte nell'art. 584 c.p.[8]

c) Una terza impostazione, infine, è quella adottata dai giudici di primo grado, i quali hanno ravvisato, nella condotta dell'agente, il reato di omicidio colposo *ex* art. 589 c.p.

Una volta esclusa la possibilità di inquadrare il lancio del gavettone entro i confini del reato di minaccia, ed in assenza di riscontri fattuali più precisi, tali da consentire una qualificazione della condotta *de qua* quale reato di percosse, l'unica soluzione in linea con il principio di legalità appare proprio quella offerta dall'art. 589 c.p.: in altri termini, non potendo qualificare con certezza il lancio della busta d'acqua come reato a sé stante – né entro la cornice dell'art. 581 c.p., né entro quella dell'art. 612 c.p. – l'unico inquadramento giuridico possibile rimane, nel caso di specie, quello dell'omicidio colposo.

Esaurito il tema della qualificazione giuridica del caso in esame, passiamo ora ad analizzare i criteri utilizzati nella sentenza qui annotata per argomentare la sussistenza del nesso di causalità tra il lancio del gavettone e la morte della vittima.

4. Il nesso di causalità.

In termini generali, perché una data condotta commissiva possa considerarsi causa di un dato evento, è necessario verificare che, tenendo conto di tutte le circostanze che si sono verificate nel caso concreto, non sia possibile eliminare mentalmente tale condotta senza che, sulla base di una legge scientifica di copertura, l'evento concreto venga meno[9].

Nella fondamentale sentenza *Franzese*[10], le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno affermato che anche il ricorso a leggi scientifiche, che forniscano indici di probabilità statistica medio-bassa, può ritenersi congruo al fine di spiegare il nesso di causalità intercorrente tra una data condotta ed un dato evento, qualora sia dimostrato processualmente che, nel caso di specie, non si sono verificati altri fattori causali in grado di spiegare il verificarsi dell'evento.

---

[8] Per un'illustrazione del problema dell'imputazione soggettiva dell'evento morte nel reato di cui all'art. 584 c.p., cfr. BASILE, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, cit., p. 190 ss.

[9] V. per tutti, MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, V ed., Milano, 2015, p. 208.

[10] Corte Cass., sez. un., 10 luglio 2002, n. 30328, Franzese, in *CED Cassazione* n. 222138. Sul ruolo che tale sentenza ha avuto nella giurisprudenza successiva, v. VIGANÒ, *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 3, 2013, p. 380.

Più in particolare, le Sezioni Unite hanno affermato che anche nel caso in cui non sia reperibile una legge scientifica capace di spiegare una sequenza causale con un coefficiente statistico pari o prossimo alla certezza, non è impedita l'attribuzione causale di un evento a una condotta, quando lo stesso evento – in una valutazione *ex post* – non è spiegabile, oltre il ragionevole dubbio, se non come conseguenza di quella azione[11]. Per contro, l'individuazione di una legge scientifica capace di spiegare, con grado di probabilità prossimo o coincidente alla certezza, un determinato decorso causale, potrebbe comunque rivelarsi non sufficiente per affermare che, nel caso concreto, tra la condotta tenuta dall'agente e l'evento occorso sussista il nesso causale, in quanto una tale legge può non essere, di per sé sola, idonea ad escludere eventuali decorsi causali alternativi[12].

A questo punto, occorre verificare se, nella pronuncia in commento, la Corte di Cassazione abbia fatto buon governo delle regole di accertamento del nesso di causalità dettate dalla sentenza *Franzese*.

Nel caso di specie, per motivare la riconducibilità dell'evento-morte al lancio del gavettone, i giudici hanno richiamato ampiamente la relazione del consulente tecnico del pubblico ministero, nella quale si legge che la produzione di adrenalina e noradrenalina, dovuta ad un improvviso e forte spavento, aumenta il consumo di ossigeno del cuore e la frequenza del battito cardiaco: tali alterazioni organiche ben potrebbero innescare un "evento aritmico ridondante" che, in quanto occorso ad un sistema cardiocircolatorio già sofferente a causa della cardiovasculopatia sclerotica, potrebbe esitare in un arresto improvviso del battito cardiaco e, in definitiva, nella morte del soggetto. Secondo il consulente tecnico, il descritto decorso causale "è probabile che si sia realizzato nel caso in discussione" giacché si riscontrano tutti gli elementi: un iniziale forte stress emozionale, una preesistente miocardiopatia sclerotica marcata e, soprattutto, una stretta connessione temporale tra il fatto traumatico e la morte del soggetto.

Sulla base di tale valutazione medico-legale, la Terza Sezione della Corte di Cassazione ha ritenuto provato il nesso di causalità tra la condotta dell'imputato, consistita nel lancio del gavettone all'indirizzo dell'anziano vicino di casa, e la morte di quest'ultimo.

---

[11] *Ibidem*: "È indubbio che coefficienti medio-bassi di probabilità c.d. frequentista per tipi di evento rivelati dalla legge statistica (e ancor più da generalizzazioni empiriche del senso comune o da rilevazioni epidemiologiche), impongano verifiche attente e puntuali sia della fondatezza scientifica che della specifica applicabilità nella fattispecie concreta. Ma nulla esclude che anch'essi, se corroborati dal positivo riscontro probatorio, condotto secondo cadenze tipiche della più aggiornata criteriologia medico-legale, circa la sicura non incidenza nel caso di specie di altri fattori interagenti in via alternativa, possano essere utilizzati per il riconoscimento giudiziale del necessario nesso di condizionamento".

[12] *Ibidem*: "Viceversa, livelli elevati di probabilità statistica o schemi interpretativi dedotti da leggi di carattere universale (invero assai rare nel settore in esame), pur configurando un rapporto di successione tra eventi rilevati con regolarità o in un numero percentualmente alto di casi, pretendono sempre che il giudice ne accerti il valore eziologico effettivo, insieme con l'irrilevanza nel caso concreto di spiegazioni diverse, controllandone quindi l''attendibilità' in riferimento al singolo evento e all'evidenza disponibile".

Dopo aver precisato che, in caso di accertamento della causalità commissiva, assoluta centralità va data all'evento concretamente verificatosi, e non già ad eventi soltanto immaginabili in astratto, e che, dunque, è sufficiente dimostrare che, espungendo l'azione dal decorso causale in cui si è collocata, l'evento stesso sarebbe venuto meno[13], con riferimento al caso di specie i giudici di legittimità hanno affermato che: a) "non v'è dubbio" che l'azione dell'imputato abbia innescato un meccanismo "potenzialmente idoneo" a provocare, alla luce della preesistente patologia cardiovascolare e dell'età della vittima, il decesso di quest'ultima; b) la difesa non è stata in grado di offrire spiegazioni alternative della morte della persona offesa, in particolare dimostrando che tra l'azione compiuta dall'imputato e l'evento derivatone si sarebbe innestato un autonomo meccanismo causale idoneo, di per sé solo, a provocarlo.

Sulla base di quanto appena riportato, si può senza dubbio affermare che i giudici abbiano correttamente applicato i criteri della sentenza *Franzese* al caso di specie: risultano, in particolare, raggiunti quei canoni di "certezza processuale" che, ad avviso delle Sezioni Unite, devono condurre, all'esito di un ragionamento probatorio di tipo largamente induttivo, ad un giudizio di responsabilità caratterizzato da un "alto grado di credibilità razionale" o, per usare un'altra espressione ricorrente in sede di legittimità, da una "elevata probabilità logica".

Detto altrimenti, la Corte ha ritenuto che, in esito al contraddittorio dibattimentale, l'accusa sia riuscita a dimostrare, oltre ogni ragionevole dubbio, che la condotta dell'imputato ha avuto reale efficacia condizionante rispetto ad altri fattori interagenti nella determinazione dell'evento-morte[14].

---

[13] Corte Cass., sez. III, 28 settembre 2016, n. 47979: "Nel secondo caso (rapporto di causalità commissiva) l'agente è parte attiva del rapporto causale che innesca lui stesso o nel quale si inserisce indirizzandolo positivamente verso l'evento. In questo caso egli è nella storia del fatto, la sua azione è parte dell'esperienza sensibile realmente percepita come tale dai protagonisti del fatto e da chi è chiamato a ricostruirlo. Il giudice, in questo caso, non deve impegnarsi nella ricostruzione di un fatto immaginario perché mai esistito, ma deve addentrarsi nel fatto stesso, ripercorrendone ogni singolo passaggio; egli è lo storico del fatto. Il questo caso, diversamente dal primo, il c.d. giudizio 'controfattuale' non si deve basare su criteri probabilistico/statistici perché qui non si ipotizza un evento solo immaginabile, diverso da quello storicamente verificatosi; qui l'evento è solo quello realmente accaduto, sicché ogni elemento che scientificamente può spiegarlo è una sua potenziale causa, sia essa preesistente, concomitante o successiva all'azione dell'autore. Per cui, una volta acclarata l'attitudine dell'azione posta in essere dall'imputato a innescare un meccanismo lesivo dell'incolumità fisica è sufficiente astrarre tale azione dal contesto in cui è stata posta in essere per poter affermare che senza di esso tale meccanismo non si sarebbe attivato".

[14] La sentenza annotata richiama un consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui il limite del "ragionevole dubbio" risulta superato quando l'interferenza di altri decorsi causali alternativi, pur astrattamente ipotizzabili, non trova alcun riscontro nel caso concreto sottoposto a vaglio. Cfr., *ex multis*, Corte Cass, sez. I, 21 maggio 2008, n. 31456, Franzoni: "Circa il modo di intendere il precetto secondo cui 'il giudice pronuncia la sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole al di là di ogni ragionevole dubbio', formalizzato dall'art. 533 c.p.p., comma 1 […], è opportuno richiamare il condivisibile assunto della sentenza di primo grado […] secondo il quale il citato dettato normativo impone di pronunciare condanna quando il dato probatorio acquisito lascia fuori solo eventualità remote, pur astrattamente formulabili e prospettabili come possibili *in rerum natura* ma la cui concreta realizzazione nella fattispecie

Sebbene, infatti, non sia possibile reperire una legge scientifica che affermi, con un grado di probabilità prossimo alla certezza, che un forte spavento provoca un arresto cardiaco e la conseguente morte di una persona, nel presente caso la considerazione di tutte le circostanze concrete porta ad ritenere, con "*alto grado di credibilità razionale*", che il lancio del gavettone da parte dell'agente ha scatenato un decorso causale – non interrotto né deviato da altri fattori concomitanti o sopravvenuti – idoneo a determinare il decesso della persona offesa.

Una volta accertato il nesso di causalità tra il lancio del gavettone e la morte della persona offesa, resta ora soltanto da verificare se l'evento-morte fosse concretamente prevedibile dall'agente alla luce di tutte le circostanze occorse, e dunque fosse a lui imputabile per colpa.

5. L'imputazione soggettiva dell'evento-morte all'agente.

È già stato illustrato [*supra*, n. 3] che, nel caso in esame, i giudici hanno qualificato il lancio del gavettone come reato-base di minaccia *ex* art. 612 c.p. ed attribuito all'agente l'evento-morte ai sensi dell'art. 586 c.p., quando invece più corretto sarebbe stato l'inquadramento della vicenda, se non nel delitto di omicidio preterintenzionale, nella fattispecie di omicidio colposo.

Ciò nondimeno, quale che fosse la più corretta qualificazione giuridica della vicenda in esame – art. 586 in combinato disposto con l'art. 612; art. 584 in combinato disposto con l'art. 581; art. 589 *tout court* – le considerazioni in merito all'imputabilità soggettiva dell'evento morte possono ritenersi sovrapponibili in tutte e tre le ipotesi: alcune fondamentali pronunce della Corte Costituzionale[15] hanno infatti dichiarato incompatibile con il nostro ordinamento lo schema della responsabilità oggettiva, ed hanno affermato che le norme vigenti – non ancora modificate dal legislatore, né dichiarate incostituzionali dalla Corte – che delineano un tale modello di responsabilità – proprio come si riscontra nella lettera degli artt. 584 e 586 – devono essere interpretate dai giudici come se contenessero già il limite della colpa[16].

Il tema della imputazione della conseguenza ulteriore non voluta, derivante dalla commissione di un reato-base doloso, rappresenta, invero, questione estremamente complessa: lungo e tortuoso è stato, infatti, il cammino (non ancora del tutto completato!) verso l'emancipazione del sistema penale dalle suddette forme di responsabilità oggettiva, in favore di una imputazione per colpa dell'ulteriore evento non voluto prodotto da chi agisce in contesto illecito[17].

---

concreta non trova il benché minimo riscontro nelle emergenze processuali, ponendosi al di fuori dell'ordine naturale delle cose e della normale razionalità umana".

[15] Ci si riferisce, in particolare, a: Corte Cost., 24 marzo 1988, n. 364; Corte Cost., 13 dicembre 1988, n. 1085; Corte Cost., 24 luglio 2007, n. 322.

[16] Cfr. MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 361.

[17] Per una approfondita analisi del tema della colpa *in re illicita*, si rinvia a: BASILE, *L'alternativa tra responsabilità oggettiva e colpa in attività illecita per l'imputazione della conseguenza ulteriore non voluta, alla luce della sentenza Ronci delle Sezioni Unite sull'art. 586 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, n. 3, p. 911; ID., *La*

In questa direzione, una tappa decisiva è rappresentata dalla sentenza delle Sezioni Unite *Ronci*, nella quale, con riferimento ad un caso di morte occorsa ad un acquirente (indiretto) di eroina in seguito all'assunzione di tale sostanza, la Corte di Cassazione nella sua massima composizione ha affermato senza mezzi termini che, affinché l'evento ulteriore, derivante dalla commissione di un altro reato doloso (nella specie, spaccio di stupefacenti), possa essere addossato all'agente, occorre che questi fosse in grado di prevederlo, e di evitarlo, in concreto al momento dei fatti[18].

In questo senso, il giudice è chiamato ad effettuare un giudizio di c.d. prognosi postuma, valutando se, alla luce di tutte le circostanze del caso concreto, al posto dell'agente concreto, l'*homo eiusdem professionis et condicionis* avrebbe potuto figurarsi la realizzazione dell'evento ulteriore non voluto, quale conseguenza della propria condotta illecita dolosa[19]. Con la fondamentale precisazione che, anche nel caso di chi versa *in re illicita*, la colpa non subisce modificazioni nella sua struttura o nel suo contenuto, e deve essere accertata secondo gli ordinari canoni utilizzati per i reati colposi[20].

Alla luce di questi principi, qui soltanto brevemente esposti, nella sentenza in esame i giudici di legittimità hanno ritenuto che la portata lesiva del lancio del gavettone e lo spavento che ne sarebbe derivato, l'età avanzata della vittima, nonché la conoscenza, da parte dell'imputato, del suo stato di decadimento fisico fossero elementi sufficienti per far ragionevolmente prevedere all'agente che l'improvviso urto

---

responsabilità oggettiva nella più recente giurisprudenza della Cassazione relativa agli artt. 116, 584, 586 c.p., in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 3, 2013, p. 346.

[18] Corte Cass., sez. un., 29 maggio 2009, n. 22676, Ronci, in *CED Cassazione* n. 243381: "[…] l'unica interpretazione conforme al principio costituzionale di colpevolezza è quella che richiede, anche nella fattispecie dell'art. 586 cod. pen., una responsabilità per colpa in concreto, ossia ancorata ad una violazione di regole cautelari di condotta e ad un coefficiente di prevedibilità ed evitabilità, in concreto e non in astratto, del rischio connesso alla carica di pericolosità per i beni della vita e dell'incolumità personale, intrinseca alla consumazione del reato doloso di base. Un diverso orientamento in ordine al collegamento soggettivo necessario per l'imputazione dell'ulteriore evento non voluto imporrebbe di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'istituto per contrasto al principio di colpevolezza, secondo cui deve necessariamente postularsi la colpa dell'agente almeno in relazione agli 'elementi più significativi della fattispecie', fra i quali il 'complessivo ultimo risultato vietato', se non si vuole incorrere nel divieto, ex art. 27 commi 1 e 3, Cost. della responsabilità oggettiva c.d. pura o propria. Questa interpretazione, del resto, non solo è l'unica conforme ai principi costituzionali, ma è anche quella che si pone più in armonia con il vigente sistema penale, dal momento che la configurazione di un'ipotesi di responsabilità oggettiva per l'evento più grave non voluto, in assenza di alcun coefficiente di prevedibilità in concreto, sarebbe anche incoerente con il regime di imputazione soggettiva delle circostanze aggravatrici di cui all'art. 59, comma 2, cod. pen. […]".

[19] Per una disamina del concetto di "agente modello", cfr.: BASILE, *Fisionomia e ruolo dell'agente-modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa generica*, in *BELLANTONI-VIGONI (a cura di), Scritti in onore di Mario Pisani, vol. III, La Tribuna, 2011, p. 209 ss.*

[20] Ancora la sentenza *Ronci*: "La circostanza che l'agente reale versi in un ambito di illiceità, dunque, non influenza la fisionomia della colpa ed il procedimento di individuazione dell'omologo agente modello. Ovviamente, si dovrà fare riferimento non già alla condotta di un ipotetico 'delinquente modello', bensì alla condotta che ci si poteva ragionevolmente attendere, in relazione all'evento non voluto, da un individuo medio e razionale, posto nella medesima situazione in cui si è trovato l'agente reale. Anche in ambito illecito, pertanto, occorre pur sempre che il fatto costitutivo del reato colposo sia una conseguenza in concreto prevedibile ed evitabile dell'inosservanza di una regola cautelare".

della busta d'acqua avrebbe potuto produrre – come in effetti ha prodotto – un non meglio specificato "pregiudizio ulteriore" alla salute, già precaria, della persona offesa[21].

Con riserva di ritornare sul punto, conviene sin d'ora sottolineare l'imprecisione concettuale della Corte di Cassazione: in effetti, ai fini del giudizio di colpa, l'accertamento della prevedibilità ed evitabilità di un evento lesivo deve ricadere non già su di un qualsiasi "effetto pregiudizievole" – espressione tanto ampia quanto imprecisa, potendo essa estendersi dal mero ematoma alla morte della vittima – bensì proprio su quello *specifico* evento che si è concretamente verificato.

La medesima analisi sarebbe, comunque, risultata necessaria anche se il fatto fosse stato qualificato in termini di omicidio colposo ai sensi dell'art. 589 c.p. Più in particolare, nel caso di specie occorrerebbe argomentare che un agente modello, nella situazione in cui è venuto a trovarsi l'imputato, considerate tutte le circostanze del caso concreto avrebbe ben potuto riconoscere il pericolo per la vita della persona offesa, derivante da un improvviso spavento: rappresentatosi il pericolo, un tale agente modello avrebbe di conseguenza desistito dal compiere la condotta inizialmente progettata.

A questo punto, sia consentito sollevare un'obiezione con riferimento all'accertamento della prevedibilità dell'evento-morte nel caso di specie. Come già accennato, perché si possa muovere un rimprovero per colpa all'agente, occorre che lo stesso non abbia riconosciuto il pericolo di realizzazione dello specifico evento intervenuto: in altre parole, l'agente avrebbe dovuto riconoscere il pericolo per la vita della persona offesa; non già, come argomenta la Corte, il mero pericolo che alla vittima sarebbero occorse "reazioni fisiche prevedibilmente pregiudizievoli".

Ma, a questo punto, bisogna necessariamente domandarsi: qual è l'effettiva prevedibilità della "potenzialità letale" del lancio di una busta piena d'acqua? È ragionevolmente prevedibile che una persona, sebbene anziana e cardiopatica, muoia a causa di uno spavento provocato da un gavettone? Si tratta di un interrogativo di non poco conto: in effetti, in caso di risposta negativa, bisognerebbe assolvere l'imputato anche dall'imputazione di omicidio colposo, perché il fatto non costituisce reato.

Con ciò non si intende certo sostenere l'assoluta imprevedibilità dell'evento-morte in casi analoghi a quello esaminato: si vuole, piuttosto, ricordare la necessità di ancorare il giudizio di prevedibilità alle concrete circostanze occorse caso per caso. Solo in questi termini può fondarsi un rimprovero per colpa, che sia veramente compatibile con il principio di colpevolezza accolto dalla Costituzione.

---

[21] Corte Cass., n. 47979/2016, cit.: "La Corte di appello ritiene che la prevedibilità in concreto della condotta avuto riguardo alla sua portata lesiva e allo spavento che ne sarebbe derivato (il lancio dal secondo piano di una busta piena d'acqua che ha persino colpito la vittima), all'età avanzata di quest'ultima (più che ottuagenaria), al rapporto di conoscenza pluriennale con l'imputato che era in grado di apprezzare lo stato di declino fisico. […] Non è manifestamente illogico trarre dalla dinamica del fatto, dal contesto in cui si è verificato, dall'età della vittima e dai rapporti personali con l'imputato, la conclusione della prevedibilità in concreto dell'evento, che cioè il lancio improvviso e violento di una busta piena d'acqua, posto in essere a fini intimidatori, potesse cagionare reazioni fisiche prevedibilmente pregiudizievoli per la salute di una persona anziana".

6. Conclusioni.

Riassumendo, non può non evidenziarsi una violazione dei principi di legalità e tassatività con riferimento all'inquadramento giuridico del fatto: male hanno fatto i giudici a qualificare la condotta dell'imputato come minaccia, dalla quale deriverebbe, come evento non voluto *ex* art. 586 c.p., la morte della persona offesa. Sicuramente più aderente ai suddetti principi sarebbe stata la diversa qualificazione del fatto quale omicidio colposo.

Per contro, la Cassazione ha fatto buon uso delle indicazioni fornite dalla sentenza *Franzese*, argomentando la raggiunta "certezza processuale" del nesso causale tra la condotta dell'imputato e l'evento-morte derivatone sulla scorta delle valutazioni fornite dal consulente tecnico dell'accusa ed evidenziando che la difesa non è riuscita a fornire plausibili spiegazioni causali alternative dell'evento concretamente verificatosi.
Infine, va dato atto che la Corte si è impegnata ad applicare i principi sanciti dalla sentenza *Ronci* in tema di imputazione soggettiva dell'evento non voluto, mediante l'accertamento della prevedibilità concreta: uno sforzo, però, solo in parte portato a buon fine, dal momento che i giudici hanno riferito la prevedibilità ad un generico evento pregiudizievole per la salute della vittima, anziché solo e specificamente all'evento morte.

1/2017

IL CASO "RETE FERROVIARIA ITALIANA S.P.A.": UN'ESPERIENZA POSITIVA IN TEMA DI COLPA DI ORGANIZZAZIONE

Nota a Trib. Catania, sez. IV, sent. 14 aprile 2016, n. 2133, Giud. Benanti

di Amalia Orsina

***Abstract**. A distanza di sedici anni dalla sua entrata in vigore, la disciplina di cui al d.lgs. n. 231/2001 costituisce un cantiere ancora aperto, al centro di un dibattito che vede crescere le voci di denuncia della difficile implementazione pratica di questo corpo normativo in ragione delle sue innegabili aporie. Nondimeno la recente prassi giurisprudenziale ci consegna un'esperienza particolarmente positiva di applicazione della disciplina in commento nella realtà imprenditoriale e nelle aule di tribunale. Nel caso deciso dal Tribunale di Catania con la sentenza n. 2133/2016, concernente in particolare il settore della salute e della sicurezza del lavoro, da un canto viene in rilievo l'operato di un'impresa virtuosa che non interpreta in chiave meramente burocratica l'obbligo di adozione dei* compliance programs *ma si impegna ad adempiervi mediante l'attuazione di una logica organizzativa in funzione effettivamente prevenzionale; dall'altro emerge il* modus operandi *di un giudice che, lungi dallo svilire la categoria della colpa di organizzazione mediante semplificazioni probatorie, la valorizza riempiendola di contenuti pregnanti attraverso sia il giudizio di esigibilità di un tempestivo aggiornamento dei modelli organizzativi all'evoluzione della normativa di riferimento sia la valutazione del rispetto del* British Standard OHSAS 18001:2007 *e della relativa certificazione di conformità.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le coordinate normative di riferimento. – 3. Il fatto e le principali tappe della vicenda processuale. – 4. La sentenza assolutoria di Rete Ferroviaria Italiana S.p.a. – 5. L'art. 30 co. 5 Tusl come dispositivo di coordinamento tra il MOG ed il SGSL. – 6. Le problematicità del caso di specie. – 7. L'esigibilità del tempestivo aggiornamento del MOG: nel caso di specie. – 8. (segue)…e in generale. – 9. La rilevanza giuridica del *British Standard* OHSAS e delle certificazioni di conformità: nel caso di specie. – 10. (segue)…e in generale. – 11. Considerazioni conclusive.

1. Premessa.

Con la sentenza n. 2133 del 2016 il Tribunale di Catania in composizione monocratica ha definito un giudizio concernente la responsabilità di Rete Ferroviaria Italiana S.p.a. (RFI) per alcune morti sul lavoro.

Questo recente intervento giurisprudenziale sul tema della responsabilità amministrativa da reato delle persone giuridiche nel settore della sicurezza del lavoro presenta peculiari profili di interesse con specifico riferimento all'elemento soggettivo di tale forma di responsabilità.

Con il presente contributo si intende richiamare l'attenzione sulla problematicità di detti profili per la loro rilevanza nella prospettiva di un approfondimento sistematico della categoria della colpa di organizzazione, in generale e nella specifica materia della salute e della sicurezza del lavoro; approfondimento rispetto al quale in questa sede si svolgeranno solo alcune circoscritte riflessioni.

Volendo anticipare i passaggi argomentativi in cui si intende articolare il commento della pronuncia in oggetto, si fa presente che preliminarmente verranno focalizzate le coordinate normative rilevanti per la soluzione del caso di specie tramite una rapida ricognizione della disciplina della responsabilità degli enti con particolare riferimento al settore *de quo*.

Si procederà poi ad una sintetica ricostruzione del fatto storico nonché delle principali tappe in cui si è concretizzato il relativo *iter* processuale.

Sulla scorta di tali premesse si potrà quindi entrare nel merito degli aspetti problematici del caso di specie sul piano della colpa di organizzazione.

A tal fine si farà riferimento nello specifico all'art. 30 co. 5 Tusl che prevede una presunzione di adempimento da parte dell'ente dell'obbligo di adeguata organizzazione nell'ipotesi di predisposizione di un sistema organizzativo in conformità ai parametri predefiniti secondo le Linee guida UNI-INAIL per un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro – SGSL del 28 settembre 2001 o secondo il *British Standard* OHSAS 18001:2007.

Assumendo la suddetta disposizione quale punto di riferimento della nostra riflessione, nello specifico l'attenzione verrà polarizzata su due profili di particolare interesse della pronuncia in commento: anzitutto la questione della valutazione dei margini di esigibilità di un tempestivo aggiornamento dei modelli organizzativi rispetto alle sopravvenienze normative nonché del rilievo sistematico che questo giudizio deve ricoprire in sede di accertamento della colpa di organizzazione; successivamente il problema della rilevanza giuridica da attribuire, ai fini dell'esclusione della colpa di organizzazione, sia alla predisposizione di un "Sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro" (SGSL) in conformità al *British Standard* OHSAS 18001:2007, sia al conseguimento da parte dell'impresa di una certificazione ufficiale rilasciata da un ente appositamente accreditato ed attestante il rispetto di detti parametri prevenzionali.

2. Le coordinate normative di riferimento.

Com'è noto, lo statuto della responsabilità degli enti nel settore della salute e della sicurezza del lavoro si sostanzia della sovrapposizione di un duplice assetto regolativo[1].

Sul piano generale il d.lgs. n. 231/2001 delinea i tratti fondamentali della responsabilità amministrativa da reato delle persone giuridiche. In estrema sintesi, sotto il profilo oggettivo si richiede *ex* art. 5 la commissione di un reato rientrante nel catalogo dei cd. reati-presupposto da parte di un soggetto qualificato che abbia agito nell'interesse o a vantaggio dell'ente; a sua volta l'elemento soggettivo, pur declinato diversamente *ex* artt. 6 e 7 a seconda del ruolo apicale o sottoposto ricoperto dalla persona fisica coinvolta nella commissione dell'illecito, trova il proprio fulcro nell'inadempimento da parte dell'ente dell'obbligo di adozione e di efficace attuazione di un modello organizzativo (MOG) idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi.

Sul piano specifico della salute e della sicurezza sul lavoro il legislatore ha instaurato nessi di correlazione tra la normativa prevista nella materia *de qua* e la disciplina generale di cui al d.lgs. n. 231/2001, intervenendo a più riprese[2] con successive rimodulazioni nel 2007, 2008 e 2009.

Nel merito, *ex* art. 9 della legge n. 123/2007 la disciplina del d.lgs. n. 231/2001 è stata arricchita con l'art. 25-*septies* il quale, colmando una grave lacuna del catalogo dei reati-presupposto, ha introdotto la responsabilità delle persone giuridiche in relazione ai delitti di omicidio colposo e lesioni colpose gravi o gravissime di cui agli articoli 589 e 590 c.p. commessi con violazione della normativa a tutela della salute e sicurezza sul lavoro[3].

---

[1] Cfr. al riguardo G. MARRA, *Modelli di organizzazione e di gestione*, in *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori. Commentario al D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81*, a cura di L. Zoppoli, P. Pascucci, G. Natullo, Ipsoa, Milano, 2008, p. 483 ss.

[2] Per un *excursus* su questa evoluzione normativa cfr. F. CURI, *Colpa di organizzazione ed impresa: tertium datur. La responsabilità degli enti alla luce del Testo Unico in materia di sicurezza sul lavoro*, in *Sicurezza nel lavoro. Colpa di organizzazione e impresa*, a cura di F. Curi, B.u.p., Bologna, 2009, p. 129 ss.

[3] Dato che l'art. 25 *septies* del d.lgs. n. 231/2001 costituisce l'oggetto della contestazione formulata nei confronti di RFI nel caso di specie, appare opportuno riportarne il testo per intero. Questa norma, rubricata «Omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro», statuisce che: «1. In relazione al delitto di cui all'articolo 589 del codice penale, commesso con violazione dell'articolo 55, comma 2, del decreto legislativo attuativo della delega di cui alla legge 3 agosto 2007, n. 123, in materia di salute e sicurezza sul lavoro, si applica una sanzione pecuniaria in misura pari a 1.000 quote. Nel caso di condanna per il delitto di cui al precedente periodo si applicano le sanzioni interdittive di cui all'articolo 9, comma 2, per una durata non inferiore a tre mesi e non superiore ad un anno. 2. Salvo quanto previsto dal comma 1, in relazione al delitto di cui all'articolo 589 del codice penale, commesso con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro, si applica una sanzione pecuniaria in misura non inferiore a 250 quote e non superiore a 500 quote. Nel caso di condanna per il delitto di cui al precedente periodo si applicano le sanzioni interdittive di cui

Successivamente il legislatore del 2008 ha previsto nel corpo del "Testo Unico della Salute e della Sicurezza del lavoro" (d.lgs. n. 81/2008 - cd. Tusl) una serie di disposizioni finalizzate a coordinare la fattispecie di nuova introduzione di cui all'art. 25 *septies* del d.lgs. n. 231/2001 con l'impianto normativo in materia di salute e sicurezza del lavoro.

Tra queste norme spiccano per la loro rilevanza sistematica le previsioni attinenti ai modelli organizzativi, ossia: l'art. 2, co. 1, lett. *dd*) Tusl avente carattere definitorio, con cui si formalizza il nesso tra la disciplina generale di cui al d.lgs. n. 231/2001 e il prototipo di modello organizzativo di cui all'art. 30 Tusl finalizzato a prevenire specificatamente i delitti di omicidio e lesioni personali colposi commessi con violazione delle norme sulla salute e sicurezza del lavoro; nonché l'art. 30 Tusl, rubricato «Modelli di organizzazione e di gestione», che focalizza il ruolo nevralgico ricoperto dall'innovativo prototipo di modello organizzativo nel vigente sistema di responsabilità da reato dell'impresa[4].

A sua volta il sopravvenuto decreto correttivo n. 106/2009, pur lasciando inalterato l'art. 25 *septies* del d.lgs. n. 231/2001, ha apportato al Tusl modifiche che hanno inciso indirettamente sull'istituto della responsabilità amministrativa da reato degli enti. In particolare, sono state rimodulate talune norme in materia di salute e sicurezza del lavoro alle quali l'art. 25-*septies* espressamente rinvia (si pensi, ad esempio, all'art. 55 co. 2 Tusl e alle tante disposizioni che vengono richiamate mediante rinvii a catena); in tema di modelli organizzativi è stato inserito nel corpo dell'art. 30 Tusl il comma 5-*bis* che prevede l'elaborazione, ad opera della Commissione consultiva permanente, di procedure semplificate in materia di adozione dei modelli di organizzazione e gestione nelle piccole e medie imprese; inoltre, con riferimento alla delega di funzioni, è stato modificato l'ultimo periodo del co. 3 dell'art. 16 in relazione alle modalità di adempimento dell'obbligo di vigilanza in capo al delegante nonché è stato introdotto nell'ambito di detta norma il co. 3 *bis* relativo all'istituto della subdelega[5].

---

all'articolo 9, comma 2, per una durata non inferiore a tre mesi e non superiore ad un anno. 3. In relazione al delitto di cui all'articolo 590, terzo comma, del codice penale, commesso con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro, si applica una sanzione pecuniaria in misura non superiore a 250 quote. Nel caso di condanna per il delitto di cui al precedente periodo si applicano le sanzioni interdittive di cui all'articolo 9, comma 2, per una durata non superiore a sei mesi».

[4] Per esigenze di completezza si richiama, nel novero delle norme finalizzate al coordinamento del Testo Unico con la disciplina generale di cui al d.lgs. n. 231/2001, anche l'art. 300 Tusl che ha riformulato l'art. 25-*septies* del d.lgs. n. 231/2001 predisponendo una nuova graduazione della risposta sanzionatoria; in tal modo si è posto fine alla palese incongruenza in cui era incorso il legislatore del 2007 prevedendo la comminatoria di una sanzione pecuniaria fissa per reati-presupposto dotati di diverso disvalore quali l'omicidio colposo e le lesioni gravi o gravissime. Cfr. al riguardo N. PISANI, *Profili penalistici del Testo Unico sulla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro,* in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 836 ss.; F. CURI, *Colpa di organizzazione ed impresa: tertium datur. La responsabilità degli enti alla luce del Testo Unico in materia di sicurezza sul lavoro*, cit., p. 130 ss.

[5] D. CASTRONUOVO, *La responsabilità degli enti collettivi per omicidio e lesioni alla luce del d.lgs. n. 81/2008*, in *La prevenzione dei rischi e la tutela della salute in azienda. Il Testo Unico e il decreto correttivo 106/2009*, a cura di F. Basenghi, L.E. Golzio, A. Zini, Ipsoa, Milano, 2009, p. 309.

3. Il fatto e le principali tappe della vicenda processuale.

Delineato nei termini anzidetti il quadro normativo di riferimento, è possibile adesso entrare nel merito del caso di specie, ricostruendo in sintesi il fatto nonché passando rapidamente in rassegna le varie tappe dell'*iter* processuale.

Il giorno 1 settembre 2008 presso la stazione ferroviaria di Motta S. Anastasia (Catania) si verifica un incidente mortale in cui perdono la vita due operai di RFI incaricati, insieme ad altri lavoratori, di procedere alla manutenzione della linea ferrata; i due vengono travolti da un convoglio mentre sono intenti a lavorare sui binari facendo uso di una rumorosa sega-rotaie con lama rotante il cui azionamento produceva un rumore tale da non consentire di udire l'arrivo del treno.

Dal punto di vista giuridico si sovrappongono i due profili della responsabilità delle persone fisiche operanti all'interno dell'ente nonché della responsabilità della persona giuridica.

Sul primo versante insorge la questione della individuazione, nell'ambito dell'ente collettivo, del soggetto responsabile di avere causato colposamente la morte dei due operai contravvenendo alle cd. "Istruzioni per la protezione dei cantieri", ossia il complesso delle regole di condotta dettate dall'impresa e finalizzate a disciplinare l'organizzazione dei cantieri per lo svolgimento dei lavori sulla strada ferrata; sul versante della responsabilità dell'ente, poi, si pone il problema di accertare se RFI possa essere chiamato a rispondere *ex* art. 25 *septies* del d.lgs. n. 231/2001 dell'evento occorso.

Le vicende processuali aventi ad oggetto i due anzidetti profili di responsabilità non si sviluppano in modo parallelo: tra di esse si registra una sfasatura temporale in quanto l'*iter* giudiziario relativo all'ente viene avviato dopo la conclusione dei due gradi di giudizio di merito nei confronti delle persone fisiche e nelle more della pronuncia della Suprema Corte.

In particolare, per ciò che concerne il giudizio relativo agli individui, il Tribunale di Catania con la sentenza n. 1150/2010 chiama a rispondere della morte dei due operai rispettivamente C.C., in qualità di primo tecnico della manutenzione di R.F.I e caposquadra responsabile della sicurezza del cantiere costituito presso Motta S. Anastasia, nonché A.G., in qualità di "responsabile movimento" in servizio presso la medesima stazione; detti soggetti vengono condannati per avere commesso in cooperazione colposa *ex* art. 113 c.p. il delitto di cui all'art. 589 co. 1 e co. 2 c.p., ossia omicidio colposo plurimo aggravato dalla violazione della normativa antinfortunistica.

C.C., in concorso con un terzo lavoratore, B.S., viene condannato altresì per calunnia in base al combinato disposto di cui agli artt. 61 (nn. 2, 9, 10, 11), 110, 368 c.p., avendo egli accusato ingiustamente dell'incidente il macchinista del convoglio al fine di assicurarsi l'impunità, pur consapevole dell'innocenza del soggetto incolpato.

B.S. viene poi condannato *ex* artt. 61 (nn. 9, 10, 11), 110, 378 c.p. per il reato di favoreggiamento personale in quanto, al fine di aiutare C.C. ad eludere le indagini a suo carico, aveva modificato lo stato dei luoghi ed aveva reso false dichiarazioni agli inquirenti.

A sua volta la Corte di Appello con la sentenza n. 1307/2013 accoglie i gravami proposti limitatamente alla condanna di C.C. e B.S. per i delitti di calunnia e di favoreggiamento personale, mentre conferma la condanna di C.C. e A.G. per il delitto di omicidio colposo plurimo aggravato dalla violazione della normativa antinfortunistica.

L'anzidetta definizione della vicenda viene poi confermata in modo irrevocabile dalla Suprema Corte di Cassazione che con la sentenza n. 44794 del 2014 rigetta i ricorsi proposti dai due condannati C.C. e A.G.

Nelle more di detta pronuncia RFI viene rinviato a giudizio perché ne venga accertata la responsabilità *ex* art. 25 *septies* del d.lgs. n. 231/2001 in relazione al reato di cui all'art. 589 co. 1 e co. 2 c.p., commesso (come accertato nei due gradi di giudizio di merito nei confronti delle persone fisiche) da C.C. in cooperazione colposa con A.G.; all'esito di questo giudizio il Tribunale di Catania emette una sentenza di assoluzione per insussistenza del fatto, la n. 2133 del 2016, oggetto per l'appunto del presente contributo.

4. La sentenza assolutoria di Rete Ferroviaria Italiana S.p.a.

Nella pronuncia in commento il Giudice si interroga anzitutto sull'integrazione della fattispecie di cui all'art. 25 *septies* del d.lgs. n. 231/2001 sotto il profilo oggettivo, ponendosi il problema di verificare se possa ritenersi provata la commissione dell'anzidetto reato-presupposto da parte di un soggetto qualificato nell'interesse o a vantaggio dell'ente.

Sul punto, come si evince dalla sentenza, nel capo di imputazione si sostiene l'applicabilità dell'art. 5 co. 1 lett. *b*) del d.lgs. n. 231/2001.

Questa disposizione, nel disciplinare il profilo oggettivo della responsabilità amministrativa da reato degli enti, statuisce che «L'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio: a) da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso; b) da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a)».

In applicazione della suddetta norma si sostiene che C.C., soggetto sottoposto all'altrui direzione e vigilanza, aveva commesso il delitto di cui all'art. 589 c.p. co. 1 e 2 nell'interesse e a vantaggio dell'ente «consistiti nei risparmi economici e nei vantaggi organizzativi»[6] conseguiti da RFI.

[6] Trib. Catania, sez. IV, sent. 14 aprile 2016, n. 2133, p. 2. Più precisamente dalla sentenza si desume che secondo la pubblica accusa l'interesse e il vantaggio dell'ente sarebbero «consistiti nei risparmi economici e nei vantaggi organizzativi derivati alla RFI dalla mancata attivazione da parte dei dirigenti dei controlli necessari […] per verificare l'osservanza da parte del personale dipendente delle regole cautelari – generiche e specifiche – volte ad assicurare la corretta utilizzazione del personale dipendente, la corretta

Il giudice a sua volta adotta una decisione di segno opposto negando che l'elemento oggettivo della responsabilità di RFI possa ritenersi integrato, considerato che «Deve osservarsi, innanzitutto, come sia dubbia la ricorrenza del requisito previsto dall'art. 5 D. L.vo. n. 231/2001 in tema di responsabilità dell'ente»[7].

A questa conclusione si perviene affermando che, diversamente da quanto sostenuto nel capo di imputazione, la condotta della persona fisica era stata determinata solo da una motivazione di natura privata per cui essa non poteva inscriversi in una logica funzionale rispetto all'interesse e al vantaggio dell'ente; nel merito si afferma: «È dubbia la ricorrenza del requisito costituito dalla connessione tra il fatto di reato commesso dal preposto e l'interesse o vantaggio per l'ente, posta l'estemporaneità della condotta e le motivazioni strettamente private della stessa»[8].

Passando a considerare il profilo soggettivo, il Giudice si interroga sulla sussistenza nel caso di specie del requisito della colpa di organizzazione.

Sul punto, nella prospettiva sottesa alla formulazione del capo di imputazione, dall'invocazione dell'art. 5 c. 1 lett. *b*) del d.lgs. 231/2001 sotto il profilo oggettivo dovrebbe discendere l'applicabilità sul piano soggettivo dell'art. 7 che disciplina la

---

programmazione ed esecuzione delle attività di manutenzione e la tutela dell'incolumità dei dipendenti, la cui violazione colposa ha cagionato la morte dei suddetti lavoratori».

[7] Trib. Catania, sent. 14 aprile 2016, n. 2133, p. 9.

[8] Trib. Catania, sent. 14 aprile 2016, n. 2133, *ibidem*. Per spiegare il riferimento in sentenza alle motivazioni strettamente private della condotta della persona fisica responsabile del reato-presupposto, è utile ricordare che i due lavoratori rimasti vittima del sinistro facevano parte di una squadra incaricata il giorno dell'incidente di recarsi presso la stazione ferroviaria di Motta S. Anastasia per eseguire operazioni di rincalzatura delle congiunzioni. In base a quanto emerso dall'istruttoria, nel corso di quella mattina C.C., caposquadra responsabile della sicurezza di quel cantiere, decise di allestire un altro cantiere scorporando dal resto della squadra i due operai e adibendoli all'effettuazione di lavori ulteriori su un diverso binario. Posto dunque che l'apertura di questo secondo cantiere era il risultato di una decisione del tutto arbitraria di C.C., è venuto altresì alla luce che egli non lo aveva organizzato in sicurezza atteso che aveva deciso che tali lavori venissero svolti in regime cd. di avvistamento anziché di interruzione. Sul punto si fa presente che mentre in base al regime di interruzione i lavori possono essere condotti solo se si sospende il traffico ferroviario, in quello di avvistamento non si prevede la sospensione del servizio di trasporto ma si presuppone la disponibilità di un congruo numero di lavoratori di cui alcuni impegnati nei lavori di manutenzione e altri organizzati in modo da avvistare i treni in prossimità del loro arrivo e darne tempestivo avviso ai colleghi impegnati sui binari. Considerato che in questo cantiere C.C. aveva impiegato solo i due anzidetti lavoratori, per poterne garantire la sicurezza egli avrebbe dovuto disporre che i lavori venissero effettuati in regime di interruzione, non essendovi un numero sufficiente di operai perché il diverso regime dell'avvistamento potesse funzionare. Ebbene, rispetto a questi profili di negligenza della condotta della persona fisica non è stato ravvisato alcun interesse o vantaggio dell'ente; è piuttosto emerso che C.C., forse di comune accordo con i due lavoratori poi travolti dal convoglio, aveva deciso di allestire questo secondo cantiere, in modo del tutto contrario alle indicazioni provenienti da RFI, per ultimare i lavori di manutenzione entro la mattina ed evitare di dovere fare ritorno sul posto nel pomeriggio. A ciò si allude in sentenza laddove si afferma che la condotta di C.C. era stata adottata «per motivi "ambientali" e, segnatamente, per terminare in anticipo i lavori, onde sottrarsi alla calura pomeridiana» (Trib. Catania, 14 aprile 2016, n. 2133, p. 7). In questo senso si spiega dunque l'affermazione del giudice, riportata nel testo, secondo cui «È, poi, dubbia la ricorrenza del requisito costituito dalla connessione tra il fatto di reato commesso dal preposto e l'interesse o vantaggio per l'ente, posta l'estemporaneità della condotta e le motivazioni strettamente private della stessa».

colpa di organizzazione dell'ente nell'ipotesi di commissione del reato-presupposto da parte di un soggetto sottoposto.

L'art. 7 statuisce al primo comma che: «nel caso previsto dall'articolo 5, comma 1, lettera *b*), l'ente è responsabile se la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza»; a sua volta il comma 2 afferma che «in ogni caso, è esclusa l'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza se l'ente, prima della commissione del reato ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi».

In applicazione di questa norma, nel capo di imputazione si sostiene che risulta integrato il comma 1 dell'art. 7 in quanto la commissione del reato-presupposto da parte di C.C. è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza da parte degli apicali dell'unità organizzativa di riferimento; come si desume dalla sentenza, secondo la pubblica accusa i soggetti apicali «rendevano possibile la commissione del reato presupposto non seguendo le regole organizzative interne poste a tutela dell'incolumità dei lavoratori e non vigilando sul rispetto delle stesse da parte del personale dipendente»[9].

Al contempo si sostiene altresì l'inapplicabilità dell'esimente di cui al comma 2, ritenendo provata «la mancata adozione ed efficace attuazione da parte della R.F.I. del modello di Organizzazione e Gestione idoneo a prevenire reati della specie di quello occorso»[10].

Senonché il Giudice nega la fondatezza del capo di imputazione anche sotto il profilo soggettivo affermando che «l'istruttoria non ha provato che sussistesse, in capo all'ente, il requisito della "colpa di organizzazione"»[11].

Da un canto si esclude l'applicabilità del comma 1 dell'art. 7 in considerazione del fatto che non è emersa alcuna inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza da parte dei soggetti apicali; dall'altro si afferma l'integrazione dell'esimente di cui al co. 2 della medesima norma data l'adozione da parte di RFI di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello concretamente verificatosi.

Ebbene, dalla sintetica ricostruzione del contenuto della pronuncia testé effettuata si evidenzia che essa in effetti non desta particolare interesse con riferimento alla dimensione oggettiva della responsabilità delle persone giuridiche.

Sul punto il profilo problematico che rispetto alla vicenda in commento astrattamente sarebbe potuto insorgere attiene al tema tanto dibattuto della compatibilità dei due elementi dell'interesse e del vantaggio con la natura colposa del reato-presupposto di cui all'art. 25 *septies*[12]; nella sentenza, però, tale questione non

---

[9] Trib. Catania, sent. 14 aprile 2016, n. 2133, p. 1.

[10] Trib. Catania, sent. 14 aprile 2016, n. 2133, p. 2.

[11] Trib. Catania, sent. 14 aprile 2016, n. 2133, p. 9.

[12] Per una completa ricostruzione del variegato panorama interpretativo formatosi in merito alla questione della compatibilità del criterio oggettivo dell'interesse e del vantaggio con la fattispecie di cui all'art. 25 *septies* cfr., *ex multis*, il contributo di G. AMARELLI, *I criteri oggettivi di ascrizione del reato all'ente collettivo ed i*

viene sollevata ed il giudice non esprime al riguardo alcuna posizione, limitandosi alla constatazione del dato di fatto che i due anzidetti requisiti non si riscontrano nel caso di specie perché alla base della condotta colposa della persona fisica sussiste una motivazione meramente privata.

Viceversa dalla pronuncia sono desumibili – come si è già anticipato – significativi spunti di riflessione con riferimento al profilo soggettivo della responsabilità amministrativa da reato.

In effetti, come si avrà modo di verificare, l'*iter* argomentativo della pronuncia sul punto appare sintetico; nondimeno, alla luce delle peculiarità fattuali che contraddistinguono il caso di specie, la conclusione cui la decisione perviene è senz'altro positivamente apprezzabile nella misura in cui essa sollecita un ulteriore approfondimento sulla categoria della colpa di organizzazione.

In questa prospettiva, al fine di inquadrare i profili di interesse della pronuncia in commento e poterli valutare consapevolmente, si reputa necessario adesso richiamare l'art. 30 Tusl, già evocato in sede di ricostruzione del quadro normativo di riferimento[13], per riflettere più nel dettaglio sulle sue implicazioni attesa la sua centralità ai fini della definizione del caso di specie.

5. L'art. 30 co. 5 Tusl come dispositivo di coordinamento tra il MOG ed il SGSL.

Per focalizzare il ruolo sistematico ricoperto dall'art. 30 Tusl nello statuto della responsabilità delle persone giuridiche[14], occorre riconsiderare il fatto che le novelle

---

reati in materia di sicurezza sul lavoro. Dalla teorica incompatibilità alla forzata convivenza, in *questa Rivista*, 19 aprile 2013.

[13] Cfr. *supra*, § 2.

[14] Data la centralità che l'art. 30 Tusl ricopre ai fini della definizione del caso di specie, si ritiene opportuno riportare per intero il testo della norma. Questa disposizione, rubricata «Modelli di organizzazione e di gestione», statuisce che: «1. Il modello di organizzazione e di gestione idoneo ad avere efficacia esimente della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, deve essere adottato ed efficacemente attuato, assicurando un sistema aziendale per l'adempimento di tutti gli obblighi giuridici relativi: *a)* al rispetto degli standard tecnico-strutturali di legge relativi a attrezzature, impianti, luoghi di lavoro, agenti chimici, fisici e biologici; *b)* alle attività di valutazione dei rischi e di predisposizione delle misure di prevenzione e protezione conseguenti; *c)* alle attività di natura organizzativa, quali emergenze, primo soccorso, gestione degli appalti, riunioni periodiche di sicurezza, consultazioni dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza; *d)* alle attività di sorveglianza sanitaria; *e)* alle attività di informazione e formazione dei lavoratori; *f)* alle attività di vigilanza con riferimento al rispetto delle procedure e delle istruzioni di lavoro in sicurezza da parte dei lavoratori; *g)* alla acquisizione di documentazioni e certificazioni obbligatorie di legge; *h)* alle periodiche verifiche dell'applicazione e dell'efficacia delle procedure adottate. 2. Il modello organizzativo e gestionale di cui al comma 1 deve prevedere idonei sistemi di registrazione dell'avvenuta effettuazione delle attività di cui al comma 1. 3. Il modello organizzativo deve in ogni caso prevedere, per quanto richiesto dalla natura e dimensioni dell'organizzazione e dal tipo di attività svolta, un'articolazione di funzioni che assicuri le competenze tecniche e i poteri necessari per la verifica, valutazione, gestione e controllo del rischio, nonché un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello. 4. Il modello organizzativo deve altresì prevedere un idoneo sistema di controllo sull'attuazione del medesimo modello

prima menzionate[15], intervenute in materia di salute e sicurezza del lavoro, rappresentano una svolta storica nell'evoluzione dell'istituto della responsabilità degli enti nel nostro ordinamento.

Prima di queste innovazioni non era contemplata la responsabilità delle persone giuridiche nel settore *de quo* per cui le lesioni e le morti cagionate in violazione della normativa posta a tutela della salute e sicurezza del lavoro potevano essere imputate solo al datore di lavoro-persona fisica, non anche all'ente; ciò presupponeva che a monte non vi fosse alcuna previsione circa la necessità per l'impresa di adottare un sistema organizzativo funzionale alla prevenzione degli eventi di danno nell'ambiente di lavoro.

Rispetto a questo stato di cose le anzidette novelle segnano uno spartiacque imponendo[16] all'impresa che voglia sottrarsi all'affermazione di responsabilità l'implementazione, a livello di organizzazione complessa, di un sistema prevenzionale nella materia in questione, con conseguente sua responsabilizzazione per gli eventi di danno verificatisi a causa di lacune organizzative.

Come si è ricordato, infatti, con l'introduzione nel 2007 dell'art. 25 *septies* del d.lgs. n. 231/2001 si estende al settore in oggetto la disciplina in materia di adozione dei modelli organizzativi contemplata dagli artt. 6 e 7 del medesimo decreto in relazione a

---

e sul mantenimento nel tempo delle condizioni di idoneità delle misure adottate. Il riesame e l'eventuale modifica del modello organizzativo devono essere adottati, quando siano scoperte violazioni significative delle norme relative alla prevenzione degli infortuni e all'igiene sul lavoro, ovvero in occasione di mutamenti nell'organizzazione e nell'attività in relazione al progresso scientifico e tecnologico. 5. In sede di prima applicazione, i modelli di organizzazione aziendale definiti conformemente alle Linee guida UNI-INAIL per un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro (SGSL) del 28 settembre 2001 o al British Standard OHSAS 18001:2007 si presumono conformi ai requisiti di cui al presente articolo per le parti corrispondenti. Agli stessi fini ulteriori modelli di organizzazione e gestione aziendale possono essere indicati dalla Commissione di cui all'articolo 6. 5-bis. La commissione consultiva permanente per la salute e sicurezza sul lavoro elabora procedure semplificate per la adozione e la efficace attuazione dei modelli di organizzazione e gestione della sicurezza nelle piccole e medie imprese. Tali procedure sono recepite con decreto del Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali. 6. L'adozione del modello di organizzazione e di gestione di cui al presente articolo nelle imprese fino a 50 lavoratori rientra tra le attività finanziabili ai sensi dell'articolo 11».

[15] Cfr. al riguardo *supra*, §2.

[16] Sul punto si ricorda che è controversa l'esatta qualificazione della situazione giuridica dell'ente rispetto all'adozione dei modelli organizzativi prospettata dal d.lgs. n. 231/2001. In sintesi, all'orientamento secondo cui si è in presenza semplicemente di un onere si affiancano la tesi che qualifica la situazione giuridica in questione come obbligatoria, nonché l'ulteriore posizione secondo cui tale qualificazione deve essere diversificata a seconda del ruolo, apicale o sottoposto, ricoperto dalla persona fisica autrice del reato-presupposto. La risoluzione di tale problema interpretativo, tra l'altro, è stata complicata dalla circostanza che l'art. 30 Tusl, utilizzando in relazione alla implementazione del modello di organizzazione e gestione la formula «deve essere adottato», ha determinato una situazione di incertezza in ordine al coordinamento della disciplina generale di cui al d.lgs. 231/2001 con la regolamentazione specifica in materia di salute e sicurezza del lavoro. Per un riepilogo dell'articolato ventaglio di posizioni su tale questione cfr. G. DE VERO, *La responsabilità delle persone giuridiche*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 177 ss.; M.N. MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità. Teoria e prassi nella responsabilità dell'individuo e dell'ente*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012, pp. 254-257; E. VILLANI, *Alle radici del concetto di "colpa di organizzazione" nell'illecito dell'ente da reato*, Jovene editore, Napoli, 2016, p. 244, note n. 39-40.

tutti i reati-presupposto; il contenuto di questa normativa viene poi circostanziato in tale specifica materia dall'art. 30 Tusl[17].

Ciò posto, per comprendere la rilevanza sistematica di quest'ultima disposizione va considerato che essa svolge una duplice funzione di coordinamento: la prima concerne il rapporto tra il MOG che in generale l'ente è tenuto ad adottare in base agli artt. 6 e 7 del d.lgs. n. 231/2001 e la sezione specifica che nell'ambito del MOG medesimo deve essere appositamente preposta *ex* art. 30 Tusl alla tutela della salute e sicurezza del lavoro; la seconda attiene al rapporto tra l'anzidetta sezione specifica codificata nell'art. 30 e un particolare sistema organizzativo, richiamato dal co. 5 della stessa norma, che è rappresentato dal SGSL predisposto in conformità alle Linee-Guida del 28 settembre 2001 o al *British Standard* OHSAS 18001:2007.

Alla prima funzione di coordinamento si è in precedenza fatto riferimento laddove si è ricordato che nell'art. 30 Tusl si focalizzano puntualmente gli obblighi giuridici cui il modello organizzativo deve ottemperare per risultare idoneo ed efficace a prevenire gli accadimenti lesivi nell'ambiente di lavoro.

In altri termini la norma in commento, specificando i presupposti per l'esonero da responsabilità dell'impresa dai delitti colposi di evento di cui agli artt. 589 e 590, postula che il MOG, adottato in attuazione degli artt. 6 e 7 del d.lgs. n. 231/2001, ricomprenda al proprio interno una sezione riservata alla tutela della salute e della sicurezza del lavoro[18].

Per ciò che concerne la seconda funzione di coordinamento, l'attenzione va polarizzata sul co. 5 della norma in oggetto, il quale afferma che: «In sede di prima applicazione, i modelli di organizzazione aziendale definiti conformemente alle Linee guida UNI-INAIL per un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro (SGSL) del 28 settembre 2001 o al British Standard OHSAS 18001:2007 si presumono conformi ai requisiti di cui al presente articolo per le parti corrispondenti. Agli stessi fini ulteriori modelli di organizzazione e gestione aziendale possono essere indicati dalla Commissione di cui all'articolo 6».

Per comprendere il significato di questa disposizione bisogna tenere presente che prima delle novelle del 2007-2008, pur non essendo imposta l'adozione di un sistema prevenzionale a livello di organizzazione complessa, era comunque possibile per le imprese dotarsi di un SGSL predisposto in conformità con le Linee-guida UNI-INAIL del 2001 o con il *British Standard* OHSAS 18001:2007.

Si trattava di un sistema organizzativo la cui efficacia prevenzionale discendeva dalla circostanza che esso era predisposto nel rispetto di parametri che costituiscono la

---

[17] Cfr. al riguardo R. GUERRINI, *Le modifiche al Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231,* in *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, a cura di F. Giunta, D. Micheletti, Giuffrè, Milano, 2010, p. 154 ss.

[18] Cfr. al riguardo V. MONGILLO, *Il dovere di adeguata organizzazione della sicurezza tra responsabilità penale individuale e responsabilità da reato dell'ente: alla ricerca di una plausibile differenziazione*, in *Infortuni sul lavoro e doveri di adeguata organizzazione: dalla responsabilità penale individuale alla «colpa» dell'ente*, a cura di A.M. Stile, A. Fiorella, V. Mongillo, Jovene editore, Napoli, 2014, p. 19 ss., nonché R. GUERRINI, *Le modifiche al Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 158 il quale nel commentare l'art. 30 Tusl parla di «modello organizzativo settoriale».

migliore prassi a livello rispettivamente nazionale ed internazionale in materia di salute e di sicurezza del lavoro.

La corrispondenza del SGSL agli anzidetti *standard* rappresentava dunque un vero e proprio patrimonio prevenzionale nelle realtà imprenditoriali che vi davano corso.

Questa prassi virtuosa è stata recepita dal legislatore del Tusl per l'appunto tramite l'art. 30 co. 5 disponendo che l'impresa che abbia adottato un SGSL in conformità agli anzidetti parametri si presume[19] adempiente rispetto all'obbligo di adeguata organizzazione imposto dalla norma medesima.

Si instaura così un'equivalenza sostanziale tra la sezione speciale del MOG codificata dall'art. 30 Tusl e il SGSL, nel senso che quest'ultimo – se predisposto nel rispetto degli *standard* summenzionati – si considera rispettoso degli obblighi giuridici imposti dall'art. 30 in parola con riguardo all'anzidetta sezione speciale del MOG.

Va però precisato che la disposizione in oggetto opera una delimitazione dell'efficacia di tale meccanismo presuntivo: si riconosce valenza esimente all'adozione del SGSL solo in relazione alle «parti corrispondenti», ossia a quei requisiti che vengono richiesti contestualmente dall'art. 30 TUSL e dalle linee-guida richiamate.

Ciò comporta che con riguardo ai requisiti prescritti solo dall'art. 30 TUSL l'ente non può limitarsi ad adottare un SGSL conforme alle linee-guida nella misura in cui esse nulla prevedono in relazione ai requisiti anzidetti, ma dovrà andare oltre quanto prescritto da tali *standard* così da garantire il rispetto anche degli ulteriori obblighi imposti dal Testo Unico.

Riepilogando, dunque, l'obbligo di adeguata organizzazione, posto in generale in capo all'ente *ex* artt. 6 e 7 del d.lgs. n. 231/2001, può considerarsi adempiuto nello specifico settore della salute e della sicurezza del lavoro, oltre che tramite la predisposizione di un'apposita sezione del MOG preposta alla tutela dei beni giuridici in questione, anche mediante l'adozione di un SGSL conforme alle Linee-guida UNI-INAIL o al *British Standard* OHSAS, fatta salva in quest'ultima eventualità la necessità che l'ente si adoperi anche per l'adempimento degli obblighi giuridici non corrispondenti.

Ciò posto, è possibile adesso focalizzare l'attenzione sul caso di specie che è particolarmente istruttivo nella misura in cui rappresenta una concreta sperimentazione del rapporto di sinergia instaurato dal co. 5 dell'art. 30 Tusl tra il preesistente SGSL e la nuova sezione speciale del MOG.

6. Le problematicità del caso di specie.

Il caso di specie risulta connotato da due peculiari circostanze rispetto alle quali insorgono altrettanti motivi di approfondimento con riferimento alla dimensione

[19] Cfr. al riguardo *infra*, § 9 laddove si evidenzierà che la suddetta presunzione viene generalmente interpretata come non vincolante per il giudice.

soggettiva della responsabilità degli enti; si rende dunque opportuno dapprima identificare tali dati fattuali e successivamente considerare le questioni giuridiche ad essi correlate.

Un primo profilo è costituito dal mancato tempestivo aggiornamento del MOG implementato a norma del d.lgs. n. 231/2001: al tempo del fatto l'ente era dotato di una versione del MOG risalente ad una data antecedente all'entrata in vigore delle riforme nel frattempo intervenute sulla responsabilità degli enti in materia di salute e di sicurezza del lavoro.

Più precisamente, il MOG non risultava aggiornato né in generale alla nuova fattispecie di responsabilità amministrativa da reato di cui all'art. 25 *septies* né tantomeno alla disciplina specifica di cui all'art. 30 Tusl; esso, quindi, era sfornito di quella specifica sezione che, in base al combinato disposto di cui agli art. 6 e 7 del d.lgs. n. 231/2001 e all'art. 30 Tusl, dovrebbe essere riservata alla prevenzione degli eventi di danno nell'ambiente di lavoro.

A questa circostanza si accompagna, però, l'ulteriore dato per cui al tempo del fatto era operativo all'interno dell'impresa un SGSL conforme al *British Standard* OHSAS 18001:2007.

Si trattava di un sistema organizzativo corrispondente a quello richiamato dall'art. 30 co. 5 Tusl laddove – come si è detto – viene affermata una presunzione di conformità ai requisiti di cui all'art. 30 medesimo dei «modelli di organizzazione aziendale definiti conformemente alle Linee guida UNI-INAIL per un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro (SGSL) del 28 settembre 2001 o al British Standard OHSAS 18001:2007».

Al momento dell'evento dannoso, dunque, pur non risultando il MOG ancora adeguato alle novelle del 2007/2008, l'ente disponeva comunque di un sistema prevenzionale a tutela della salute e della sicurezza del lavoro.

In relazione a questi due peculiari dati fattuali, concernenti rispettivamente il MOG ed il SGSL, insorgono due distinte questioni giuridiche.

Sotto il profilo del MOG, in teoria si pone il problema della valutazione di esigibilità di un aggiornamento tempestivo di questo modello organizzativo alle sopravvenienze normative.

Atteso che l'incidente si è verificato poco dopo l'entrata in vigore delle riforme del 2007-2008, astrattamente insorge l'interrogativo se sia legittimo ascrivere automaticamente l'evento lesivo all'ente in considerazione del tardivo adeguamento del MOG alle novelle anzidette o se invece si possano ravvisare margini per una più ponderata valutazione dell'esigibilità dell'aggiornamento in questione, tenendo conto per l'appunto della circostanza che l'incidente si è registrato a breve distanza di tempo dal sopravvenuto intervento di queste riforme.

Si deve precisare, però, che in effetti l'anzidetta questione giuridica ricopre un rilievo del tutto secondario nel caso di specie in quanto viene assorbita dal secondo dei due profili di cui si è detto, ossia quello concernente il SGSL.

Considerato infatti che al tempo dell'evento l'ente, pur non avendo ancora adattato il MOG all'evoluzione del panorama normativo di riferimento, aveva comunque implementato un SGSL conforme al *British Standard* OHSAS, si è rivelata

marginale la circostanza che il documento formale del MOG di cui al d.lgs. 231/2001 non risultasse ancora aggiornato: il fattore di giudizio decisivo in sede di accertamento dell'elemento soggettivo della responsabilità di RFI in questo caso è rappresentato dall'operatività in concreto al tempo del fatto di un SGSL rispettoso degli *standard* anzidetti, non rilevando in effetti che la versione del MOG in quel momento esistente fosse obsoleta.

In altri termini, sul piano dell'accertamento della colpa di organizzazione la questione fondamentale che si è posta è quella, di cui si dirà tra poco, relativa alla valutazione dell'efficacia prevenzionale del SGSL, mentre non è emersa in concreto la necessità di valutare l'esigibilità dell'aggiornamento tempestivo del MOG proprio perché l'ente risultava già dotato nella sostanza di un sistema organizzativo in materia di salute e sicurezza del lavoro.

Nondimeno, a dispetto del fatto che la questione del mancato aggiornamento del MOG non ha avuto incidenza concreta nel caso di specie, questa vicenda offre comunque lo spunto per riflettere su un tema di generale rilevanza teorica, ossia il problema della definizione dei limiti entro cui si può pretendere dall'ente un sollecito adeguamento del proprio modello organizzativo all'evoluzione della normativa rilevante.

Per ciò che concerne poi il secondo profilo, relativo al SGSL, si è posta – come già anticipato – la questione giuridica consistente nel verificare l'efficacia prevenzionale di tale sistema organizzativo.

Più precisamente, al fine di accertare se il SGSL potesse ritenersi adempitivo dell'obbligo di adeguata organizzazione di cui agli artt. 6 e 7 del d.lgs. n. 231/2001 e dell'art. 30 Tusl, si è dovuto tenere conto del fatto che RFI aveva predisposto tale sistema prevenzionale in modo conforme al *British Standard* OHSAS 18001:2007 e aveva altresì ottenuto il rilascio da parte di un ente esterno qualificato di una certificazione attestante tale conformità.

È così insorta la questione di definire il rilievo giuridico da attribuire rispettivamente sia al *British Standard* OHSAS, in osservanza del quale il SGSL era stato implementato, sia alla certificazione di cui RFI si è munito per comprovare tale osservanza.

Così individuati i due profili di interesse del caso di specie, occorre adesso considerare ciascuno di essi nel dettaglio.

7. L'esigibilità del tempestivo aggiornamento del MOG: nel caso di specie.

Entrando nel merito del primo dei due suddetti profili, ossia il mancato tempestivo adeguamento del MOG alle sopravvenienze normative, va verificato adesso come esso si è concretamente posto nella vicenda in commento; successivamente si formulerà qualche considerazione di carattere generale muovendo dal caso di specie.

RFI ha provveduto a rinnovare nel tempo il proprio modello organizzativo, sicché dal momento dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 231/2001 si è riscontrata

l'implementazione di ben quattro distinte versioni del MOG, datate rispettivamente al 2004, 2006, 2009 e 2011.

L'intervallo cronologico rilevante ai fini della risoluzione del caso di specie è rappresentato dall'arco temporale che va dal 2006 al 2008: nel 2006 è stata adottata la seconda delle quattro anzidette versioni del MOG; nel 2007 con la legge n. 123 è stato introdotto l'art. 25 *septies* del d.lgs. 231/2001 e nel 2008 è entrato in vigore il Tusl con il d.lgs. n. 81; allorquando si è verificato l'incidente nel settembre del 2008, e dunque qualche mese dopo l'entrata in vigore del Testo Unico intervenuta nell'aprile del 2008, il MOG non risultava ancora aggiornato alle riforme anzidette.

In effetti l'ente all'indomani dell'entrata in vigore di queste riforme si era attivato per l'adeguamento del MOG ma si trattava di un processo ancora *in itinere* alla data dell'incidente; all'aggiornamento si approdò solo nel febbraio del 2009 quando vennero definitivamente approvate le modifiche del modello organizzativo funzionali ad adattarlo alla nuova fattispecie di responsabilità amministrativa da reato di cui all'art. 25 *septies* del d.lgs. n. 231/2001 nonché alla correlata disciplina di cui all'art. 30 Tusl.

Ragionando su questo dato di fatto, si osserva che la circostanza per cui al tempo dell'incidente il MOG non risultava aggiornato rispetto alle novelle normative citate di per sé potrebbe indurre a ritenere l'ente inadempiente all'obbligo di prevenzione degli eventi lesivi a danno dei lavoratori tramite un'adeguata organizzazione.

Non sembra però possibile negare rilevanza alla circostanza che l'evento si è verificato a breve distanza di tempo da dette riforme ed in particolare dall'introduzione del Tusl, entrato in vigore appena qualche mese prima dell'accadimento dell'incidente; considerato allora che, tanto più per imprese di grandi dimensioni come RFI, l'aggiornamento del modello organizzativo richiede tempi verosimilmente più lunghi per potere essere predisposto e divenire concretamente operativo, si deve riconoscere la necessità di valutare in concreto l'esigibilità del tempestivo aggiornamento del MOG all'evoluzione del panorama normativo di riferimento.

Al riguardo sembra emergere sottotraccia una certa sensibilità da parte del giudice, che si rivela sintomatica dell'attenzione per l'accertamento di un'autentica colpevolezza dell'ente e che – come si avrà modo di verificare nel prosieguo – si manifesta in termini più espliciti in relazione al secondo profilo di interesse della pronuncia in oggetto, ossia la valutazione dell'efficienza prevenzionale del SGSL[20].

In questo senso occorre porre l'accento sul fatto che nel corso del giudizio la difesa è riuscita a provare che RFI si era attivato subito dopo l'introduzione delle riforme in questione per il correlativo adeguamento del modello organizzativo.

In particolare, sono stati prodotti in giudizio i verbali delle riunioni dell'Organismo di Vigilanza (O.d.V.) tramite cui si è dimostrata l'intensa attività posta in essere da questo organo istituzionale in funzione dell'aggiornamento del MOG:

[20] Cfr. *infra*, § 9.

dagli atti risulta la sollecita convocazione dell'O.d.V., riunitosi già il 13 settembre 2007 per discutere dell'adattamento del MOG alla legge n. 123/2007 intervenuta un mese prima, nonché la frequenza delle successive riunioni aventi sempre tra i punti dell'Ordine del giorno l'individuazione delle più opportune modifiche da apportare al MOG.

Ebbene, nel passo della sentenza relativo all'elemento soggettivo del reato, il giudice richiama la documentazione prodotta dalla difesa a dimostrazione dell'insussistenza della colpa di organizzazione menzionando espressamente, tra l'altro, proprio detti verbali.

Tale circostanza si potrebbe ragionevolmente interpretare come sintomatica del fatto che il giudice, riconoscendo che l'incidente si è verificato a poca distanza di tempo dall'entrata in vigore della riforma del 2008, constata positivamente che l'ente, pur non riuscendo a perfezionare l'effettivo adeguamento del MOG al tempo dell'incidente, si era comunque attivato in tale direzione.

Sembra dunque possibile affermare che il giudice, nella formazione del suo convincimento sull'insussistenza dell'elemento soggettivo in capo a RFI, abbia considerato tra i fattori di giudizio rilevanti anche gli sforzi di adattamento del MOG posti in essere dall'ente successivamente alle novelle in oggetto; in altri termini, anche se non si è pronunciato espressamente sulla questione, ha comunque implicitamente tenuto conto della carenza di esigibilità di un tempestivo aggiornamento del MOG.

Rispetto a quanto detto bisogna però svolgere una duplice precisazione.

Anzitutto, la questione dell'esigibilità del sollecito adeguamento del MOG si pone, a ben vedere, in relazione alla disciplina specifica di cui all'art. 30 Tusl e non anche al generale obbligo di adeguata organizzazione derivante dall'art. 25 *septies* del d.lgs. n. 231/2001.

Infatti al tempo dell'incidente, se è vero che il Tusl era vigente appena da qualche mese, la fattispecie generale di cui all'art. 25 *septies* era stata introdotta (con la legge n. 123/2007) ormai da un anno; sicché, se pochi mesi non potevano certo essere sufficienti per adeguare il MOG alla disciplina puntuale di cui all'art. 30 Tusl, si poteva però senz'altro esigere nel corso di un anno l'adozione di un modello organizzativo che – per quanto non rispondente agli specifici requisiti poi codificati nel Testo Unico – fosse comunque funzionale *ex* art 25 *septies* del d.lgs. n. 231/2001 alla prevenzione degli eventi lesivi nell'ambiente di lavoro.

In definitiva, considerato che l'art. 30 Tusl si limita a puntualizzare il contenuto di un generale precetto fissato già a partire dal 2007, si deve riconoscere che al tempo del fatto, anche se non era effettivamente esigibile un pieno adeguamento del MOG alla disciplina di cui all'art. 30 Tusl, comunque sull'ente gravava il generale dovere organizzativo di cui agli artt. 6, 7 e 25 *septies* del d.lgs. n. 231/2001, rispetto al quale l'anzidetta norma del Testo Unico svolge appunto solo una funzione di specificazione.

A prescindere da ciò bisogna ad ogni modo considerare, in secondo luogo e principalmente, che il dato del mancato tempestivo aggiornamento del MOG alla cornice normativa di riferimento non ha avuto un rilievo decisivo in sede di definizione del caso di specie in quanto – come si è detto in precedenza – è stato

compensato dalla predisposizione in concreto da parte dell'ente di un SGSL conforme alle linee-guida.

Infatti la ridotta distanza temporale tra le novelle in materia di salute e di sicurezza del lavoro e l'incidente non ha avuto concreta rilevanza in sede di accertamento della responsabilità dell'ente, considerato che il giudizio della colpa di organizzazione è consistito fondamentalmente nell'accertamento dell'efficienza prevenzionale del SGSL, senza che insorgesse la necessità di valutare il carattere colpevole del mancato adattamento del documento formale del MOG all'evoluzione del panorama normativo di riferimento.

Ciò spiega dunque perché nella sentenza non è stata affrontata espressamente la questione del mancato aggiornamento del MOG e dei relativi limiti di esigibilità, eccettuato il rapido richiamo ai verbali di convocazione dell'O.d.V. che sembra comunque ragionevolmente interpretabile come segno implicitamente rivelatore dell'attenzione del giudice per gli sforzi di adeguamento posti in essere dall'ente.

Nondimeno, per quanto il profilo del tardivo aggiornamento del MOG abbia concretamente ricoperto un ruolo marginale in sede di accertamento dell'effettiva rimproverabilità di RFI, la vicenda in commento si presta a qualche considerazione di carattere generale sul rilievo che – al di là delle peculiarità del caso concreto – l'obbligo di aggiornamento del MOG ricopre nello statuto generale della responsabilità degli enti.

8. (segue)…e in generale.

Sia sul piano della disciplina generale di cui al d.lgs. n. 231/2001 sia su quello della disciplina specifica del Tusl è possibile riscontrare una serie di disposizioni da cui desumere l'obbligo a carico della persona giuridica di aggiornamento dei propri modelli organizzativi.

Nell'ambito del d.lgs. n. 231/2001 rilevano le seguenti disposizioni: l'art. 6 co. 1 lett. *b*) che, sancendo un'inversione dell'onere probatorio a carico dell'ente nell'ipotesi di commissione del reato-presupposto da parte di un soggetto in posizione apicale, richiede alla persona giuridica di dimostrare, tra l'altro, che «il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo»; l'art. 7 co. 4 lett. *a*) che, in relazione all'ipotesi di commissione del reato-presupposto da parte di soggetti in posizione subordinata, impone all'ente, in funzione dell'efficace attuazione del modello organizzativo, «una verifica periodica e l'eventuale modifica dello stesso quando sono scoperte significative violazioni delle prescrizioni ovvero quando intervengono mutamenti nell'organizzazione o nell'attività».

Nell'ambito del Tusl, poi, viene in rilievo il co. 4 dell'art. 30 secondo cui il modello organizzativo deve contemplare un sistema di controllo idoneo a monitorare il «mantenimento nel tempo delle condizioni di idoneità delle misure adottate»; nonché si prevede che «il riesame e l'eventuale modifica del modello organizzativo devono essere adottati, quando siano scoperte violazioni significative delle norme relative alla

prevenzione degli infortuni e all'igiene sul lavoro ovvero in occasione di mutamenti nell'organizzazione e nell'attività in relazione al progresso scientifico e tecnologico».

In effetti le disposizioni appena richiamate rapportano l'obbligo di aggiornamento fondamentalmente alle lacune che il sistema organizzativo dovesse palesare alla luce o dell'emersione di violazioni della normativa prevenzionistica concretamente perpetrate o dello sviluppo delle conoscenze scientifiche e delle relative applicazioni tecniche; non si riscontra, invece, un esplicito riferimento alla necessità che il MOG venga aggiornato all'evoluzione del panorama normativo.

Nondimeno un siffatto obbligo si può implicitamente desumere dalla filosofia del sistema della responsabilità amministrativa da reato: sarebbe irrazionale una disciplina che imponesse il riesame del MOG in relazione alle violazioni accertate ed allo sviluppo scientifico-tecnologico senza riconoscere il prioritario obbligo di aggiornamento alle sopravvenienze normative.

In tanto può ritenersi adempiuto l'obbligo di adozione e di efficace attuazione del modello organizzativo in quanto questo sia sottoposto ad una procedura di continua revisione funzionale a garantirne il sollecito adattamento anzitutto ai reati-presupposto di nuovo conio e alla relativa disciplina puntuale di corredo (come si discute nel caso di specie in relazione all'art. 25 *septies* e all'art. 30 Tusl).

Ciò posto, in questa sede si vuole porre l'accento sul fatto che l'attivazione delle procedure di riesame del MOG presuppone verosimilmente considerevoli investimenti in termini di tempi, mezzi organizzativi e risorse finanziarie.

La revisione del modello organizzativo implica infatti la messa in opera di protocolli in cui vengono coinvolti i diversi organismi istituzionali dell'ente allo scopo di individuare le innovazioni più opportune da apportare al sistema organizzativo; tali modifiche, una volta selezionate, devono poi essere effettivamente apprestate in modo che l'organizzazione prevenzionale debitamente aggiornata si traduca sul piano concretamente operativo.

Da ciò discende che non si può legittimamente fare derivare in modo automatico la rimproverabilità dell'ente dal mancato tempestivo adattamento del MOG alle novità legislative, rendendosi piuttosto necessario svolgere una ponderata verifica dell'esigibilità dell'aggiornamento.

In altri termini nell'ipotesi di mancato adeguamento dei modelli organizzativi ad una certa sopravvenienza normativa, bisogna tenere conto dell'effettiva praticabilità per l'ente di un sollecito adattamento; il riconoscimento di questa esigenza si rende indispensabile per riempire concretamente di contenuti la colpa di organizzazione ed evitare di risolverla in una forma surrettizia di responsabilità oggettiva.

Ora, a prima vista si potrebbe ritenere che tale questione abbia una rilevanza meramente residuale sul terreno della responsabilità colposa ed in particolare nella materia della salute e della sicurezza del lavoro, dato che l'art. 25 *septies* del d.lgs. 231/2001 e la normativa di dettaglio di cui all'art. 30 Tusl sono entrate in vigore ormai da tempo: considerato che questa disciplina non costituisce più una sopravvenienza normativa, tendenzialmente non si può ripresentare un problema di individuazione dei limiti di esigibilità dell'aggiornamento dei modelli organizzativi rispetto ad essa, in quanto le imprese hanno avuto abbondantemente modo di uniformare i propri sistemi

organizzativi a questa fattispecie di responsabilità amministrativa da reato ed al connesso corredo regolativo.

Qualora dunque oggi si verificasse un fatto lesivo della salute o della sicurezza di un lavoratore e si instaurasse un giudizio per accertare la responsabilità dell'impresa in relazione a tale accadimento, il problema della verifica della concreta esigibilità dell'aggiornamento tempestivo del MOG agli anzidetti dati normativi in effetti non si dovrebbe porre: a così grande distanza di tempo dall'entrata in vigore di questa disciplina si deve senz'altro pretendere da parte delle imprese l'implementazione di un sistema organizzativo aggiornato, essendosi ormai la fattispecie di cui all'art. 25 *septies* consolidata stabilmente nel tessuto dell'ordinamento.

Nondimeno la circostanza appena descritta non deve indurre a sottovalutare la significativa rilevanza teorica nonché l'incidenza pratica che la questione dell'esigibilità dell'aggiornamento del MOG alle sopravvenienze normative riveste sia in generale con riferimento allo statuto della responsabilità degli enti sia nello specifico in materia di salute e sicurezza del lavoro.

In termini generali detta questione, lungi dall'essere risolta, è destinata a restare permanentemente aperta in quanto il catalogo dei reati-presupposto, non essendo stato predeterminato *ab origine* una volta per tutte, è costretto a sottostare ad una logica di progressiva estensione, di fatto peraltro estemporanea ed eterogenea, con la conseguenza che il dilemma inevitabilmente si ripropone ogniqualvolta il legislatore decida di introdurre in materia di responsabilità da reato degli enti una nuova fattispecie con la relativa disciplina di dettaglio.

Un'esemplificazione concreta in tal senso si potrebbe verificare in tempi ravvicinati qualora lo schema di disegno di legge avente ad oggetto "Nuove norme in materia di reati agroalimentari" concludesse positivamente il suo iter legislativo[21]: considerato che il progetto di riforma prevede, sulla falsariga dell'art. 30 Tusl, l'introduzione di un apposito modello organizzativo in materia agroalimentare si ripresenterebbe per le aziende ancora una volta l'urgenza di rapportarsi alla questione dei limiti di esigibilità dell'aggiornamento del proprio MOG alla sopravvenienza normativa.

---

[21] Il riferimento va allo Schema di disegno di legge recante "Nuove norme in materia di reati agroalimentari" (reperibile, unitamente alle relative Linee Guida, in allegato al contributo di C. CUPELLI, *Il cammino verso la riforma dei reati in materia agroalimentare*, in *questa Rivista*, 2 ottobre 2016) elaborato dalla Commissione istituita presso il Ministero della Giustizia con il mandato di procedere alla predisposizione di proposte di riforma della regolamentazione degli illeciti agroalimentari. Detta Commissione, perseguendo tra l'altro l'obiettivo di rafforzare la responsabilità degli enti nel settore anzidetto, propone talune modifiche al d.lgs. n. 231/2001 tra cui l'introduzione di una norma (l'art. 6 *bis*) avente ad oggetto, sulla falsariga dell'art. 30 Tusl, la descrizione di un apposito modello organizzativo in materia agroalimentare; a tale riguardo nelle Linee-guida viene esplicitato che nel progetto di riforma si propone, oltre all'estensione della responsabilità degli enti a determinati reati alimentari, altresì «un'apposita e specifica disciplina dei modelli di organizzazione e di gestione con specifico riguardo agli operatori alimentari, in prospettiva esimente od attenuante della responsabilità, traendo spunto dalle modalità di applicazione della normativa in materia di sicurezza del lavoro». Cfr. sul punto M. DONINI, *Il progetto 2015 della Commissione Caselli. Sicurezza alimentare e salute pubblica nelle linee di politica criminale della riforma dei reati agroalimentari*, in *questa Rivista*, 5 ottobre 2016.

A sua volta, a prescindere da questo profilo generale di cui si è detto, bisogna considerare che la questione della valutazione dei limiti di esigibilità dell'aggiornamento continua a riproporsi come ineludibile anche nello specifico settore della salute e della sicurezza del lavoro in relazione alla dimensione dell'evoluzione scientifico-tecnologica.

L'art. 30 Tusl, come già si è detto, afferma esplicitamente l'obbligo di sottoporre i modelli organizzativi a procedure di revisione in relazione all'evoluzione delle conoscenze scientifiche e delle innovazioni tecnologiche[22].

Da questa disposizione si potrebbe essere indotti a ritenere che l'ente debba automaticamente rispondere dell'accadimento lesivo verificatosi se, venendo meno al suo obbligo di aggiornamento, ha omesso di implementare una determinata innovazione scientifico-tecnologica che avrebbe consentito l'innalzamento dello *standard* di sicurezza; senonché, similmente a quanto si è rilevato in relazione alle sopravvenienze normative, anche in questo caso non si può prescindere da un'equilibrata ponderazione dei margini di esigibilità delle modifiche che l'ente, ai fini dell'aggiornamento del modello, deve apportare al sistema produttivo ed alla catena organizzativa.[23]

9. La rilevanza giuridica del *British Standard* OHSAS e delle certificazioni di conformità: nel caso di specie.

Passando adesso a considerare il secondo profilo di interesse del caso di specie, ossia quello attinente al SGSL, si intende seguire lo stesso ordine di trattazione utilizzato precedentemente con riguardo al profilo del MOG: dapprima si richiamerà l'attenzione sulla vicenda in commento per verificare in che termini il giudice ha

---

[22] Sul punto sia consentito rinviare ad A. ORSINA, *Rischio da incertezza scientifica e modelli di tutela penale*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 195 ss., laddove, a conclusione di un'indagine in cui la questione della valutazione e della gestione del rischio da ignoto scientifico-tecnologico (con specifico riferimento all'esposizione professionale ad agenti dalla patogenicità nomologicamente ignota) è trattata fondamentalmente nella prospettiva del datore di lavoro-persona fisica, viene formulata qualche considerazione finale sulla configurazione che l'obbligo di aggiornamento scientifico-tecnologico assume con riferimento alle organizzazioni complesse.

[23] La questione del rilievo sistematico da riconoscere alla valutazione dell'esigibilità in sede di giudizio di colpa di organizzazione richiama il tema più generale dei limiti entro cui è possibile l'adattamento, all'inedito prototipo di colpa coniato per gli enti dal d.lgs. n. 231/2001, delle categorie sistematiche tradizionalmente elaborate con riferimento allo statuto della colpa penale delle persone fisiche. Cfr. al riguardo tra gli altri A. FIORELLA, *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Giuffrè, Milano, 2006; G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, ETS, Pisa, 2012, p. 409-411; E. VILLANI, *Alle radici del concetto di "colpa di organizzazione" nell'illecito dell'ente da reato*, cit., p. 267 ss.; M. ARENA, *L'inesigibilità dell'adozione e dell'attuazione del modello organizzativo*, in www.filodiritto.com, 06 marzo 2009. In generale sul tema cfr. G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Cedam, Padova, 1990. Tale problematica comunque, data la sua vasta portata, esula evidentemente dai confini del presente contributo per cui in questa sede ci si limita a svolgere solo alcuni spunti di riflessione in relazione allo specifico caso in commento.

concretamente svolto il giudizio di adeguatezza prevenzionale del SGSL; successivamente si svilupperà qualche riflessione di carattere generale in argomento.

Nel merito, già a partire dal 2001 RFI si era dotato di un sistema prevenzionale, complessivamente denominato "Sistema Integrato di Gestione della Sicurezza" (SIGS), finalizzato alla gestione integrata di tre settori della sicurezza aziendale: la sicurezza della circolazione dei treni e dell'esercizio ferroviario; la sicurezza e la salute del lavoro; la tutela ambientale.

In particolare questo sistema si articola in una sezione comune a tutti e tre gli anzidetti settori, descritti sinteticamente come "Qualità", "Lavoro" e "Ambiente", nonché in sezioni specifiche relative a ciascuno di essi.

La sezione relativa alla sicurezza nell'ambiente di lavoro è per l'appunto rappresentata dal SGSL che l'impresa aveva predisposto nel rispetto del *British Standard* OHSAS 18001:2007.

Nel 2006 RFI aveva anche ottenuto il rilascio da parte di un organismo di certificazione (noto come TUV Italia s.r.l.) dell'apposita attestazione di conformità; tale certificazione è stata successivamente confermata nel 2009 nonché nel 2012 ed è tuttora operativa, a conferma della cultura di protezione della salute e della sicurezza dei lavoratori che caratterizza questa realtà imprenditoriale.

In sede di accertamento della colpa di organizzazione si è tenuto conto dunque di un duplice ordine di fattori: la predisposizione dell'anzidetto sistema organizzativo nel rispetto del *British Standard* OHSAS 18001:2007, nonché il conseguimento da parte di RFI di una certificazione attestante l'anzidetta conformità e rilasciata da un organismo esterno accreditato.

Sulla scorta di questi dati il giudice ha risolto il caso di specie nel senso della sostanziale conformità del SGSL alle prescrizioni di cui al medesimo art. 30 TUSL, ritenendo per tal via integrata l'esimente *ex* art. 7 co. 2 del d.lgs. 231/2001 data la sussistenza al tempo del fatto di un sistema organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi.

Il giudice ha così attribuito rilievo determinante ai due anzidetti dati di fatto al punto da fondare su di essi il proprio convincimento circa l'insussistenza dell'elemento soggettivo della responsabilità di RFI.

Questo aspetto però nel merito non è stato approfondito come forse sarebbe stato opportuno; sul punto infatti la sentenza si limita in definitiva ad appellarsi alla relazione del consulente tecnico della difesa contenente la dettagliata descrizione sia del SGSL adottato dall'impresa sia della procedura all'esito della quale l'ente aveva ottenuto la certificazione di conformità; e a seguito del richiamo di tale documentazione si perviene all'affermazione secondo cui: «Ricorre, infine, l'esimente di cui all'art. 7, comma 2, posta l'adozione e l'efficace attuazione, prima della commissione del reato, di un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della stessa specie di quello verificatosi»[24].

[24] Trib. Catania, sent. 14 aprile 2016, n. 2133, p. 11.

Ebbene, proprio la formulazione sintetica di questo *iter* argomentativo sollecita ad interrogarsi più attentamente sul rilievo che il rispetto del *British Standard* OHSAS e la relativa certificazione possono ricoprire in relazione all'accertamento dell'elemento soggettivo della responsabilità degli enti.

10. (segue)…e in generale.

Volendo adesso riflettere su quale rilievo giuridico si possa attribuire in generale al rispetto del *British Standard* OHSAS nonché al correlativo sistema di certificazioni, con riferimento al primo di questi due profili l'indice normativo cui richiamarsi è il già tanto citato co. 5 dell'art. 30 Tusl.

Sulla base del tenore letterale di questa norma, la conformità del SGSL agli anzidetti parametri dovrebbe vincolare il giudice in sede di accertamento della colpa di organizzazione: l'affermazione testuale secondo cui i sistemi organizzativi rispettosi di tali *standard* «si presumono conformi» ai requisiti imposti dal medesimo art. 30 formalmente significa che nell'ipotesi di adozione di un siffatto sistema organizzativo il giudice dovrebbe escludere la responsabilità dell'ente per mancanza dell'elemento soggettivo.

Senonché la portata di tale disposizione è stata notevolmente ridimensionata in sede interpretativa: è prevalsa l'opinione secondo cui occorre sempre verificare in concreto se, a prescindere dalla formale congruenza rispetto a tali parametri, il sistema organizzativo implementato sia effettivamente dotato di adeguatezza prevenzionale[25].

Pur con questo correttivo ermeneutico, comunque, la norma in oggetto attribuisce un significativo rilievo tanto alle Linee Guida UNI-INAIL quanto al *British Standard* OHSAS; sicché, per quanto non si possa ritenere rigidamente vincolante la presunzione statuita dal legislatore, gli anzidetti parametri devono essere assunti quale privilegiato punto di riferimento prevenzionale in materia di salute e sicurezza del lavoro rispettivamente a livello nazionale ed internazionale.

---

[25] Cfr. al riguardo D. PULITANÒ, *Sicurezza del lavoro: le novità di un decreto poco correttivo*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 1, p. 107, il quale riconosce il significativo rilievo sistematico dell'osservanza da parte dell'ente delle Linee-guida UNI-INAIL e del *British Standard* OHSAS operando, però, al contempo un'importante precisazione volta a circoscrivere la portata operativa della presunzione in commento: «Come interpretare il *si presumono conformi*? Il dettato normativo va preso sul serio; il problema è di definire l'ambito della presunzione. Vi rientrano senz'altro gli elementi di conformità alle linee-guida, su tutti i punti che le linee-guida prendono in considerazione. Ma se la situazione specifica di un dato ente, riscontrata in esito alla valutazione dei rischi, richiede misure organizzative necessarie per il controllo dei rischi, ulteriori a quelle di cui alle linee-guida, allora la logica del sistema esige un'implementazione coerente con gli esiti della valutazione dei rischi. La presunzione di conformità, di cui al citato comma 5, è per così dire *incompleta*». Cfr. su questo profilo altresì R. GUERRINI, *Le modifiche al Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231,* cit., p. 157, il quale, denunciando «l'arbitrio del legislatore-delegato nel concepire una disposizione presuntiva, fortemente limitativa della discrezionalità del giudice», sostiene che «il giudice rimane sempre libero di valutare se, in concreto, e nel dettaglio, il singolo modello abbia definito i propri contenuti in maniera effettivamente stringente e conforme rispetto alle Linee guida UNI-INAIL o agli *standards* del BS OHSAS».

Per ciò che concerne invece il sistema delle certificazioni, il co. 5 dell'art. 30 non è di alcun ausilio all'interprete per coglierne la rilevanza giuridica: questa norma disciplina solo l'ipotesi di predisposizione di un SGSL conforme agli anzidetti parametri, senza fare alcuna menzione dell'eventualità che l'ente si possa dotare di una certificazione attestante tale conformità[26].

Per rimediare alla lacuna riscontrabile sul punto nella norma in oggetto è necessario considerare il procedimento all'esito del quale vengono emesse le attestazioni di conformità.

A tal fine un'utile fonte è rappresentata proprio dalla documentazione prodotta nel caso di specie dalla difesa di RFI e in modo particolare da quella relazione del consulente tecnico, già richiamata in precedenza, avente ad oggetto – come risulta dalla menzione che ne fa il giudice – un'esaustiva descrizione della procedura di rilascio della certificazione di conformità.

Dal richiamo che in sentenza si fa all'anzidetta documentazione si evince in sintesi che l'impresa interessata al conseguimento di tale certificazione può farne richiesta solo ad uno degli enti abilitati a rilasciarla; più precisamente l'asseverazione del rispetto delle linee-guida può provenire solo da enti che siano stati a loro volta accreditati da Accredia, ossia l'unico organismo centrale operante in tal senso a livello nazionale[27].

Al riguardo si ricorda che, prima dell'intervento del legislatore dell'Unione Europea in materia, esistevano diversi enti di accreditamento; a partire dal Regolamento europeo n. 765 del 2008 essi sono stati sostituiti da un'unica istituzione, Accredia appunto, competente in modo esclusivo in tema di accreditamento degli enti autorizzati a rilasciare attestazioni di conformità.

A loro volta gli enti accreditati possono rilasciare le certificazioni in questione alle imprese richiedenti solo all'esito di una complessa procedura, sul cui corretto

---

[26] Al riguardo va puntualizzato che lo strumento della "certificazione" in tema di adozione dei modelli organizzativi non è di per sé sconosciuto al Tusl. L'art. 51 co. 3 *bis* del Testo Unico, infatti, nel descrivere le competenze funzionali degli Organismi Paritetici, prevede che essi «su richiesta delle imprese, rilasciano un'attestazione dello svolgimento delle attività e dei servizi di supporto al sistema delle imprese, tra cui l'asseverazione dell'adozione e dell'efficace attuazione dei modelli di organizzazione e di gestione della sicurezza di cui all'articolo 30, della quale gli organi di vigilanza possono tenere conto ai fini della programmazione delle proprie attività». Il tipo di certificazione cui si fa riferimento in tale norma, però, è diverso da quello rilevante per la definizione del caso che in questa sede si commenta: la certificazione *ex* art. 51 co. 3 *bis* Tusl consiste – come si è detto – nell'attestazione da parte degli Organismi Paritetici dell'adozione e dell'efficace attuazione del MOG da parte dell'impresa; quella di cui si discute in relazione al caso in commento, e rispetto alla quale si registra appunto una lacuna normativa, consiste invece nell'attestazione da parte di enti appositamente accreditati da un unico ente centrale, Accredia, della conformità del SGSL agli *standard* di sicurezza predisposti dal *British Standard* OHSAS (cfr. *infra*, nel presente paragrafo nota n. 27).

[27] Accredia è stato designato dal Governo italiano con decreto del 22 dicembre 2009 come Ente unico nazionale di accreditamento, ossia unica istituzione preposta all'erogazione – sotto la vigilanza del Ministero dello Sviluppo Economico – del servizio di pubblica autorità consistente nell'attestare che gli organismi di certificazione e di ispezione, i laboratori di prova, anche per la sicurezza alimentare, e quelli di taratura abbiano le competenze per valutare la conformità dei prodotti, dei processi e dei sistemi agli *standard* di riferimento; cfr. al riguardo http://www.accredia.it/.

svolgimento vigila il Ministero dello Sviluppo Economico, la quale si struttura in una serie articolata di passaggi imperniati sulla circolazione delle informazioni in merito alle misure concretamente adottate a tutela della salute e della sicurezza del lavoro: l'impresa richiedente condivide con l'ente certificante tutti i dati concernenti la propria organizzazione prevenzionale; a sua volta l'organismo di certificazione sottopone ad una rigida verifica queste informazioni, dapprima controllando la correttezza della documentazione prodotta dall'impresa e successivamente accertando che le misure prevenzionali, la cui adozione è stata formalmente dichiarata nell'anzidetta documentazione, siano state implementate in concreto nell'ambiente di lavoro.

Inoltre l'impresa richiedente, una volta ottenuta la certificazione, si deve sottoporre ad un costante monitoraggio funzionale a verificare il perdurante rispetto dei parametri prevenzionali in questione. L'attestazione di conformità, infatti, non è rilasciata una volta per tutte ma ha una durata limitata nel tempo: mantiene la sua validità per il triennio successivo alla data del rilascio; decorso questo periodo, può essere rinnovata solo se l'impresa dimostra che i propri sistemi organizzativi sono rimasti in linea con gli *standard* prevenzionali.

Ebbene, alla luce della complessa procedura richiamata, sembra di dover ritenere che le certificazioni in commento rappresentano un valore aggiunto rispetto alla mera osservanza dei parametri del *British Standard* OHSAS.

A ben vedere, infatti, nell'ipotesi in cui l'ente predisponga un sistema organizzativo rispettoso di detti parametri senza però dotarsi contestualmente della certificazione di conformità, il rispetto di questi *standard* rimane sottoposto solo al sistema di controllo interno all'ente medesimo per cui, pur rappresentando un fattore di giudizio comunque significativo alla luce del co. 5 dell'art. 30, non può assumere una valenza decisiva ai fini della esclusione della colpa di organizzazione, appunto perché sull'effettivo rispetto dei parametri in oggetto non si è espresso alcun ente esterno all'impresa.

Invece, nell'ipotesi in cui l'impresa si munisca di una certificazione ufficiale all'esito del procedimento testé descritto, tale attestazione, traducendosi nell'asseverazione da parte di una fonte esterna qualificata della conformità del sistema organizzativo ai parametri in oggetto, costituisce un indice particolarmente pregnante dell'adeguatezza del sistema organizzativo in concreto predisposto.

Ciò detto, per potere attribuire un significato giuridico all'anzidetto valore aggiunto ricoperto dalla certificazione di conformità, occorre richiamare l'articolazione che il d.lgs. n. 231/2001 imprime all'onere probatorio in relazione alla responsabilità amministrativa da reato; tale digressione si rivela opportuna per verificare la potenziale incidenza dell'anzidetto sistema di certificazioni nell'ambito del giudizio della colpa di organizzazione.

L'onere di prova si struttura diversamente a seconda che il reato-presupposto sia commesso da un soggetto apicale o da un sottoposto: nel primo caso si dispone all'art. 6 del d.lgs. n. 231/2001 un'inversione dell'onere per cui la pubblica accusa deve solo dimostrare l'elemento oggettivo della responsabilità, mentre l'ente è chiamato a dare prova della mancanza della colpa di organizzazione per sottrarsi a una pronuncia di condanna; viceversa nella seconda ipotesi l'art. 7 del medesimo decreto statuisce che

l'onere di dimostrare tutti gli elementi costitutivi della fattispecie di responsabilità amministrativa da reato, ivi compreso quello soggettivo, rimane a carico della pubblica accusa.

Muovendo da questa diversità di regolamentazione, si ritiene plausibile prospettare che il sistema di certificazione ricopra una diversa incidenza nell'ambito del giudizio instaurato a carico dell'ente a seconda della qualifica ricoperta dalla persona fisica responsabile del reato-presupposto e, dunque, a seconda del regime probatorio da applicare.

Nell'ipotesi in cui il reato sia stato commesso da un soggetto apicale, l'onere gravante sull'ente di provare la carenza della colpa di organizzazione si può ragionevolmente ritenere assolto tramite la produzione della certificazione di conformità.

L'esibizione in giudizio da parte dell'impresa dell'anzidetta certificazione potrebbe cioè fondare una presunzione *iuris tantum* in ordine alla insussistenza dell'elemento soggettivo, nel senso che tale attestazione ufficiale può fare legittimamente ritenere idoneo il sistema organizzativo adottato innescando così una sorta di re-inversione dell'onere probatorio a carico della pubblica accusa.

In questa prospettiva, quindi, posta l'inversione dell'onere probatorio sancita in prima battuta a carico dell'ente dall'art. 6 del d.lgs. n. 231/2001, a fronte dell'esibizione da parte dell'impresa di una attestazione ufficiale di conformità al *British Standard* OHSAS, spetterebbe alla pubblica accusa dimostrare che, a dispetto di questa certificazione, il modello organizzativo si è rivelato in concreto inadeguato alla prevenzione del reato-presupposto.

Una siffatta prospettiva ermeneutica consentirebbe di conseguire il vantaggio da un punto di vista sistematico di temperare quella inversione dell'onere probatorio di cui all'art. 6 del d.lgs. n. 231/2001 che tante riserve ha suscitato.

Il regime della prova prescritto dalla norma in oggetto si risolve infatti in una sorta di *probatio diabolica* nella misura in cui si fa portavoce di un rigore punitivo che, per quanto indirizzato nei confronti di un soggetto artificiale e non di una persona in carne ed ossa, appare porsi in tensione con i canoni penalistici fondamentali[28].

---

[28] L'inversione dell'onere della prova posto a carico dell'ente *ex* art. 6 del d.lgs. n. 231/2001, con funzione esimente della responsabilità conseguente all'effettiva adozione dei modelli organizzativi, secondo quanto si afferma nella *Relazione* al decreto trae origine dalla «presunzione (empiricamente fondata) che, nel caso di reato commesso dal vertice, il requisito "soggettivo" di responsabilità dell'ente sia soddisfatto, dal momento che il vertice esprime e rappresenta la politica dell'ente» (*Relazione al Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231*, in *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D. Legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di A. Presutti, A. Bernasconi, C. Fiorio, Padova, 2008, p. 20). Tale opzione di tecnica legislativa adottata dal legislatore del 2001 certamente costituisce un'"anomalia" rispetto ai principi che reggono il processo penale; nondimeno essa trova la sua giustificazione nella necessità di garantire l'autonomia dell'ente rispetto al suo vertice riconoscendo la possibilità dell'esistenza, nella realtà delle organizzazioni complesse, di un "diaframma" tra la responsabilità dell'ente e quella del soggetto apicale. Su questo nodo nevralgico del paradigma punitivo dell'ente ideato dal legislatore del 2001 permane in dottrina un acceso confronto tra coloro che a vario titolo cercano di argomentarne la legittimità e coloro che ne denunciano la problematicità in termini di rispetto, tra l'altro, del principio di presunzione di non colpevolezza. Sul punto cfr., *ex multis*, P. FERRUA, *Le insanabili contraddizioni nella responsabilità dell'impresa*, in *Dir. e giust.*,

L'attribuzione dell'anzidetta valenza probatoria al sistema di certificazione mitigherebbe per l'appunto il rigore in questione agevolando l'ente nell'assolvere l'onere di prova dell'assenza dell'elemento soggettivo.

Rispetto a questa proposta ermeneutica si rende però necessario svolgere una duplice precisazione che ne puntualizzi il significato.

In primo luogo occorre ribadire il dato di cui prima si è detto[29] per cui l'art. 30 co. 5 Tusl, nell'instaurare una relazione di equivalenza sostanziale tra il SGSL adottato in attuazione del *British Standard* OHSAS e la sezione speciale del MOG tipizzata nello stesso art. 30 in materia di salute e sicurezza del lavoro, circoscrive la portata di questa equivalenza riconoscendo valenza esimente all'adozione del SGSL solo in relazione alle «parti corrispondenti», ossia a quei requisiti che vengono richiesti contestualmente dall'art. 30 TUSL e dal *British Standard* OHSAS; viceversa, con riguardo ai requisiti prescritti solo dall'art. 30 TUSL l'ente non può limitarsi ad adottare un SGSL conforme agli *standard* in commento, nella misura in cui essi nulla prevedono in relazione ai requisiti anzidetti, ma dovrà andare oltre a quanto prescritto da tali parametri prevenzionali così da garantire il rispetto anche degli ulteriori obblighi imposti dal Testo Unico.

Ebbene, l'anzidetto dato oggettivo di ordine sostanziale condiziona il rilievo giuridico che in questa sede si propone di attribuire sul piano probatorio alle certificazioni attestanti la conformità del SGSL al *British Standard* OHSAS.

Come si è detto, nella prospettiva interpretativa che qui si avanza, a dette certificazioni si potrebbe riconoscere una valenza latamente "presuntiva", nel senso che si può ritenere che l'ente esibendo tali attestazioni assolve al proprio onere probatorio in relazione all'adozione e all'efficace attuazione dei modelli organizzativi.

Senonché, alla luce del dato appena menzionato, va precisato che l'ente, se intende sottrarsi all'affermazione di responsabilità, non può limitarsi ad esibire le attestazioni di conformità in questione.

Infatti, se da un canto pare potersi legittimamente ritenere che attraverso tali certificazioni l'impresa prova la conformità del proprio sistema organizzativo ai requisiti previsti dal *British Standard* OHSAS e quindi, per le parti corrispondenti, all'art. 30 co. 5 Tusl, al contempo però l'ente è tenuto comunque a fornire una dimostrazione apposita in ordine all'adempimento di quei requisiti ulteriori che il Tusl

---

2001, 29, p. 80; C.E. PALIERO, *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi* societas delinquere (et puniri) potest, in *Corr. giur.*, 2001, 7, p. 847; G. DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità cd. amministrativa degli enti: la "parte generale" e la "parte speciale" del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. Garuti, Cedam, Padova, 2002, p. 110; M.A. PASCULLI, *Rilevanza della delega di funzioni: riflessioni in tema di responsabilità diretta delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003, p. 323; G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., pp. 179-182; M. RIVERDITI, *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e specialprevenzione. Circolarità e innovazione dei modelli sanzionatori*, Jovene, Napoli, 2009, pp. 226-235; C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "Modello Organizzativo" ex d.lgs.231/2001)*, in *Studi in onore di Mario Romano*, a cura di M. Bertolino, L. Eusebi, G. Forti, Jovene, Napoli, 2011, 2049 ss.; A.F. TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità degli enti*, Cedam, Padova, 2013, *passim*; C.E. PALIERO, *Soggettivo e oggettivo nella colpa dell'ente: verso la creazione di una* "gabella delicti"?, in *Soc.*, 11, 2015, p. 1285 ss.

[29] Cfr. *supra*, § 5.

richiede ma che non sono contemplati dal *British Standard* OHSAS; una prova, questa, rispetto alla quale a nulla serve la produzione delle attestazioni di conformità, che può avere una valenza presuntiva solo ai fini della dimostrazione dell'adempimento delle "parti corrispondenti".

Bisogna poi tenere ulteriormente presente che in base all'art. 6 del d.lgs. n. 231/2001 la prova che si pretende da parte della persona giuridica affinché essa possa sottrarsi all'affermazione di responsabilità ha un contenuto complesso[30]: oltre all'adozione ed efficace attuazione di un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi, l'ente deve dimostrare altresì di avere attribuito funzioni di vigilanza ad un organismo dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo, che non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo anzidetto e che vi è stata l'elusione fraudolenta dei modelli organizzativi da parte della persona fisica responsabile[31].

---

[30] L'art. 6 co. 1 statuisce testualmente che «Se il reato è stato commesso dalle persone indicate nell'articolo 5, comma 1, lettera a), l'ente non risponde se prova che: a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; b) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo; c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione; d) non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b)».

[31] Per esigenze di completezza occorre ricordare che la nozione di elusione fraudolenta di cui all'art. 6, a dispetto della sua centrale rilevanza sistematica nella descrizione dei criteri imputativi del d.lgs. n. 231/2001, risulta connotata da un elevato coefficiente di problematicità sia in termini generali che con specifico riferimento ai reati-presupposto di natura colposa.

In termini generali la disposizione in commento si rivela di difficile praticabilità, stante la particolare onerosità della prova che l'ordinamento pretende dall'ente; cfr. *ex multis* G. DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito collettivo dipendente da reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pp. 1137-1142; Id., *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., pp. 184-189; Id., *Il progetto di modifica della responsabilità degli enti tra originarie e nuove aporie*, in *Dir. pen. proc.*, 10, 2010, p. 1137 ss.; Id., *Prospettive evolutive della responsabilità da reato degli enti collettivi*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2011, 4, pp. 10-13, il quale, muovendo dalla valorizzazione del paradigma organicistico, denuncia gli elementi di criticità correlati alla problematica coesistenza con la colpevolezza di organizzazione e con specifico riferimento alla clausola in oggetto pone l'accento sul suo scarso radicamento sotto il profilo empirico-criminoso nonché sulla sua difficile praticabilità dal punto di vista processuale, facendosi latore della sua abrogazione e di una proposta di radicale riscrittura dell'art. 6. Cfr. anche F. GIUNTA, *Attività bancaria e responsabilità* ex crimine *degli enti collettivi*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, p. 9, il quale, pur riconoscendo la centralità dei modelli organizzativi nell'economia della fattispecie di responsabilità amministrativa da reato, in merito alla clausola in oggetto si fa carico di un'interpretazione sostanzialmente abrogatrice esprimendosi nei seguenti termini: «Se si vuole evitare di rendere fittizia la prova liberatoria voluta dal legislatore e di costringere la difesa dell'ente a trasmodare nell'accusa della persona fisica, non resta allora che negare autonomia alla fraudolenta elusione del modello, considerando quest'ultima eventualità implicitamente dimostrata con la prova dell'efficace attuazione del modello, il quale non può certo garantire anche contro le sue elusioni fraudolente».

Contra, cfr. C. PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non pote*st: la fine tardiva di un dogma, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 590, nt. n. 53, il quale fornisce un *imput* decisivo per uscire da questa *impasse* ermeneutica laddove suggerisce di agganciare l'interpretazione della clausola in oggetto allo *standard qualitativo* che deve contraddistinguere il modello organizzativo per non essere eluso fraudolentemente; sul punto in particolare il suddetto Autore in *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla*

Alla luce di questa disciplina, dunque, la produzione in giudizio della certificazione di conformità consente all'ente di assolvere solo una parte dell'anzidetto composito onere probatorio, ossia quella concernente la dimostrazione dell'adozione e dell'efficace attuazione di un MOG idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi; resta ferma la necessità per l'impresa di fornire apposita dimostrazione degli altri elementi ricompresi nel *thema probandum* di cui all'art. 6 del d.lgs. n. 231/2001.

Ciò detto con riferimento al caso di commissione del reato-presupposto da parte del soggetto apicale, in relazione alla diversa ipotesi di commissione del reato da parte di un sottoposto si osserva che l'eventuale produzione in giudizio dell'attestazione di conformità non può determinare alcun slittamento dell'onere probatorio sulla pubblica accusa considerato che già in base alla disciplina generale di cui all'art. 7 del d.lgs. n. 231/2001 spetta a quest'ultima dimostrare la sussistenza della colpa di organizzazione (come di tutti gli altri elementi costitutivi della responsabilità).

---

struttura del "Modello Organizzativo" ex d.lgs.231/2001), cit., p. 2054, dopo avere sottolineato il ruolo autenticamente fondativo svolto nel nuovo sistema di responsabilità degli enti dalla duplice funzione (esimente e riparatoria) del modello, in merito all'«individuazione del rischio' accettabile'» puntualizza che esso è «da identificare in un sistema di prevenzione tale da non potere essere aggirato se non con il ricorso a condotte fraudolente».

Al riguardo cfr. altresì A.F. TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 27, il quale, facendo proprio il suddetto suggerimento di Piergallini, ha approfondito in maniera sistematica e originale la questione con il proposito di «conservare la razionalità di una fattispecie normativa, che reca in sé i segni di "ibridismo strutturale"»; in particolare l'Autore sostiene la tesi secondo cui la clausola dell'elusione fraudolenta, piuttosto che limitarsi a formalizzare l'ipotesi dell'esistenza di un possibile diaframma tra l'ente e il suo vertice e risolversi per tal via sul piano di una mera valenza «narrativo-descrittiva» di tale fenomeno, si integra «perfettamente nella logica della colpevolezza organizzativa, dove l'efficienza (*del controllo* sul rischio-reato) del modello è sancita dalla (*necessità della*) ricorrenza – nella dinamica elusiva – della *frode*, che ne viene dunque a segnare il livello di *standard qualitativo* necessario per far beneficiare l'ente dell'effetto esonerante» (*ibidem*). Nel merito, muovendo dal suddetto assunto, la conclusione cui l'Autore approda viene riepilogata nei seguenti termini: «Se appunto si ammette che il fatto del vertice *è* il fatto dell'ente, in ragione dell'agire del primo nell'*interesse* del secondo, e *rimane tale* nonostante il perfezionamento della fattispecie di cui all'art. 6, la *scissione* tra l'uno e l'altro, già per vero "segnalata" dall'adozione di un modello "adeguato" *in quanto eluso*, è dimostrata pienamente attraverso la prova della *autenticità* di tale *antitesi*, prova che, richiesta dalla voce avverbiale presente nella clausola in esame, diviene significativa della *reale non-colpevolezza dell'ente*» (*ivi*, p. 122).

Con specifico riferimento ai reati-presupposto di natura colposa, poi, la clausola dell'elusione fraudolenta sembra connotata da un carattere di radicale inconciliabilità con l'assenza di volontà che invece qualifica questo modello di reato-presupposto. Al riguardo è insorto l'interrogativo se si debbano escludere dall'ambito di applicazione dell'art. 6 i reati-presupposto di natura colposa, restringendo così la portata applicativa di un istituto di favore per l'ente, o se viceversa sia preferibile ritenere l'art. 6 parzialmente applicabile con riferimento a tali fattispecie, disapplicando solo il requisito dell'elusione fraudolenta e consentendo all'ente di sottrarsi a responsabilità attraverso la dimostrazione dell'adempimento delle altre condizioni previste dalla norma medesima. A ogni modo tale questione esula dal presente contributo, nella misura in cui nel caso in oggetto non si poneva il problema dell'applicabilità dell'art. 6 del d.lgs. n. 231/2001 ma era in discussione la responsabilità dell'ente per la commissione del reato-presupposto di cui all'art. 25 *septies* da parte di un soggetto sottoposto. Sul tema, dunque, si rinvia più in generale, *ex multis*, a G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 184 ss.; A.F. TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit.

Il sistema di certificazione può però avere un suo rilievo pratico in termini di approfondimento della prova che il giudice deve pretendere dalla pubblica accusa per ritenere sussistente l'elemento soggettivo: a fronte della esibizione da parte dell'impresa della certificazione in commento, l'onere di prova risulterebbe aggravato nel senso che spetterebbe alla pubblica accusa fornire una prova particolarmente pregnante del *deficit* organizzativo, tale da superare quanto attestato nella certificazione di conformità.

Ebbene, l'opzione ermeneutica appena delineata potrebbe in effetti esporsi a riserve soprattutto laddove, nell'ipotesi di coinvolgimento nel reato-presupposto di un soggetto in posizione apicale, si prospetta l'attribuzione al sistema di certificazione in commento di una valenza presuntiva in ordine alla idoneità prevenzionale del modello organizzativo, tale da determinare una sorta di re-inversione dell'onere probatorio a carico della pubblica accusa.

A prima vista il riconoscimento di un siffatto rilievo da un canto potrebbe apparire in contrasto con l'esigenza di accertamento in concreto da parte del giudice dei requisiti della responsabilità amministrativa da reato dell'ente, dall'altro sembrerebbe stridere con il dato normativo che pone l'onere della prova a carico dell'ente.

Sul punto occorre porre in evidenza che la valenza presuntiva di cui si discute è da intendersi in senso lato in quanto dalla circostanza che l'ente abbia ottenuto il rilascio delle attestazioni in questione non si può desumere in modo automatico la conformità del sistema organizzativo ai requisiti di cui al *British Standard* OHSAS: l'ultima parola sulla conformità del SGSL ai parametri prevenzionali in oggetto spetta evidentemente non agli organismi deputati alla certificazione ma al giudice.

Dovendosi sempre riconoscere l'esigenza di un accertamento in concreto di tutti i requisiti della responsabilità amministrativa da reato, ivi compresa la colpa di organizzazione, la produzione delle attestazioni in commento non può vincolare in modo assoluto il giudice: rimane sempre ferma evidentemente la possibilità per quest'ultimo di decidere, in difformità da quanto attestato nella certificazione, nel senso della non conformità in concreto dell'SGSL ai requisiti in questione e, conseguentemente, ai requisiti corrispondenti di cui all'art. 30 Tusl.

Ne discende che solo qualora il giudice non riscontri nel caso concreto elementi tali da smentire l'attestazione di conformità contenuta nelle certificazioni in commento, diverrà operativa quella clausola di equivalenza sostanziale di cui all'art. 30 co. 5 e si potrà ritenere che l'ente non versa in colpa perché, avendo adottato un SGSL conforme ai parametri del *British Standard* OHSAS, si è reso adempiente anche rispetto ai requisiti (corrispondenti) di cui al co. 5 medesimo.

Nondimeno, non pare neppure ragionevole degradare il rilievo di tali certificazioni attribuendovi una valenza meramente orientativa rispetto all'operato del giudice.

Occorre infatti enfatizzare ancora una volta la circostanza che tali attestazioni di conformità vengono rilasciate da una fonte esterna qualificata all'esito di un dialogo cooperativo con l'impresa richiedente; dialogo che tra l'altro – come si è detto –

prosegue anche dopo l'emissione dell'attestazione ai fini del suo rinnovo e che è posto sotto la supervisione dell'autorità pubblica (Ministero per lo sviluppo economico).

Considerato dunque l'*iter* complesso che l'impresa deve sostenere per conseguire l'attestazione di conformità, pare più coerente riconoscere una rilevanza latamente presuntiva al sistema delle certificazioni in commento, laddove il richiamo all'istituto della presunzione sta a significare non tanto che in presenza della certificazione si vincola il giudice a ritenere provata l'idoneità del modello organizzativo, quanto piuttosto che si impone al giudice di pretendere da parte della pubblica accusa una prova particolarmente rafforzata dell'inidoneità in concreto del modello organizzativo medesimo[32].

11. Considerazioni conclusive.

Riepilogando, il caso di specie ci consegna una positiva esperienza sia nell'ottica dell'ente sia in quella del giudice.

Sul versante dell'ente, si rileva che RFI si è dimostrato un'impresa particolarmente virtuosa come testimoniato in modo particolare da due indici.

Anzitutto, esso ha anticipato l'intervento del legislatore adottando un sistema organizzativo la cui efficacia prevenzionale è stata poi riconosciuta sul piano del diritto positivo dall'art. 30, co. 5 Tusl.

RFI rappresenta, infatti, una di quelle realtà imprenditoriali in cui, prima ancora che l'adozione di un sistema prevenzionale a livello di organizzazione complessa venisse imposta da parte delle novelle del 2007-2008 come condizione da rispettare perché l'ente possa sottarsi a responsabilità, è stata messa in atto su base volontaria la prassi virtuosa dell'adozione del SGSL in conformità al *British Standard* OHSAS secondo quanto attestato da una certificazione ufficiale rilasciata da un ente accreditato.

Inoltre, la sostanziale corrispondenza del SGSL ai requisiti normativamente richiesti dall'art. 30 Tusl è stata confermata dalla circostanza per cui, una volta che si è

---

[32] Sul punto sembra che si possa condividere nella sostanza l'opinione di R. LOTTINI, *I modelli di organizzazione e gestione*, in *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, a cura di F. Giunta, D. Micheletti, cit., p. 192, secondo cui il giudice «è libero di decidere in piena autonomia, non essendo vincolato dalla eventuale presenza di attestati di conformità provenienti da organismi di certificazione (attestati di conformità che possono riguardare unicamente il BS OHSAS, non essendo certificabile l'implementazione delle linee-guida UNI-INAIL) potendo benissimo procedere a ulteriore verifica (si presume attraverso lo strumento della perizia) e disattenderne le conclusioni. È chiaro che in questo caso l'obbligo di motivazione dovrà essere assolto con particolare rigore e con l'indicazione puntuale dei motivi che hanno indotto il giudicante ad allontanarsi dalle attestazioni effettuate dall'ente di certificazione». La posizione testé riportata da un canto, nella misura in cui nega qualsiasi tipo di rilevanza vincolante delle certificazioni di conformità, sembra divergere dalla prospettiva interpretativa avanzata in questa sede, volta ad attribuire a tali attestazioni un rilievo "latamente" presuntivo; al contempo, però, essa sembra convergere sostanzialmente con la nostra proposta ermeneutica atteso che, pretendendo dal giudice una motivazione rafforzata della propria decisione di discostarsi dal contenuto della certificazione, riconosce in definitiva la valenza particolarmente pregnante di tale tipo di attestazione.

reso necessario l'aggiornamento del MOG a seguito dell'entrata in vigore delle novelle del 2007/2008, l'ente ha attuato tale adattamento facendo confluire il preesistente SGSL nel MOG; per effetto di questa incorporazione, quindi, il SGSL è divenuto quella sezione speciale del MOG da destinare a norma dell'art. 30 TUSL alla tutela della salute e della sicurezza del lavoro.

Da tutto ciò emerge che, a fronte delle reiterate denunce di mancata o scarsa implementazione da parte del mondo imprenditoriale della disciplina di cui al d.lgs. n. 231/2001, la vicenda in commento ci consegna un'esperienza positiva di attuazione nell'ambito dell'impresa della logica organizzativa in funzione prevenzionale: questo ente, lungi dal risolvere l'adozione di un adeguato modello organizzativo in un adempimento burocratico con valenza meramente cartolare, ha agito nel senso di un'effettiva prevenzione a tutela della salute e della sicurezza del lavoro.

Sul versante del giudice, poi, dalla pronuncia in commento emerge una significativa sensibilità per l'accertamento di un'autentica colpa di organizzazione sia sotto il profilo del metodo che sotto quello del merito.

In punto di metodo l'enfasi va posta sul modo di procedere adottato per la trattazione del caso di specie: il giudice, pur potendo legittimamente limitarsi ad escludere la responsabilità dell'ente sotto il profilo oggettivo, si è spinto fino alla considerazione dell'elemento soggettivo.

Di per sé la comprovata mancanza del requisito della commissione di un reato-presupposto da parte di un soggetto qualificato nell'interesse o a vantaggio dell'ente avrebbe consentito di escludere la responsabilità della persona giuridica già sotto il profilo oggettivo, dispensando così dalla necessità di affrontare il piano della colpa di organizzazione.

Il giudice invece, dopo avere verificato l'insussistenza dell'elemento oggettivo, si è impegnato nell'accertare anche il requisito della colpa di organizzazione, scendendo in profondità nella trattazione della fattispecie pur non essendovi tenuto; da ciò emerge dunque, già sul piano metodologico, la particolare attenzione riservata nella vicenda in commento al rispetto delle esigenze di colpevolezza nei confronti dell'ente.

Sotto il profilo del merito, poi, il giudice ha riconosciuto il precipuo valore ricoperto, in sede di verifica dell'adeguatezza preventiva del SGSL, dal rispetto del *British Standard* OHSAS e dalla relativa certificazione di conformità pervenendo così alla conclusione che, anche a volere ritenere sussistente il profilo oggettivo, la responsabilità di RFI deve comunque essere esclusa per insussistenza della colpa di organizzazione.

L'accoglimento nella sostanza dell'impostazione difensiva fa sì, dunque, che tale sentenza, a dispetto del suo carattere sintetico, si ponga in controtendenza rispetto all'atteggiamento tendenzialmente fatto proprio dalla giurisprudenza e consistente nel desumere la colpa di organizzazione dall'avvenuta commissione del reato-presupposto.

In dottrina ricorre frequentemente la denuncia del fenomeno per cui nella prassi applicativa ci si limita perlopiù all'accertamento dell'elemento oggettivo obliterando di fatto la verifica del profilo soggettivo; non a caso è particolarmente

esiguo il numero di pronunce di assoluzione dell'ente per mancanza di colpa di organizzazione[33].

A fronte di questo panorama la sentenza in commento appare quindi senza dubbio pregevole[34] nella misura in cui il giudice, fondando l'assoluzione di R.F.I. (anche) sulla operatività dell'esimente di cui all'art. 7 co. 2 del d.lgs. n. 231/2001 in combinato disposto con l'art. 30 co. 5 del Tusl, dà prova di una sensibilità particolarmente apprezzabile nel senso della necessità dell'accertamento di un'autentica colpa di organizzazione[35].

---

[33] Cfr. al riguardo E.R. BELFIORE, *Colpevolezza e rimproverabilità dell'ente ai sensi del d.lgs. n.231/2001*, in *Studi in onore di Mario Romano*, a cura di M. Bertolino, L. Eusebi, G. Forti, cit., p. 1747 il quale afferma che «nell'ambito della giurisprudenza edita, in un solo caso (peraltro in primo grado) il giudicante ha escluso la responsabilità dell'ente sulla base dell'esistenza ed attuazione di un idoneo Modello, a fronte di un granitico orientamento giurisprudenziale di segno contrario, che ricava l'inadeguatezza o la mancata attuazione del Modello dal fatto che il reato si sia comunque verificato»; G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, cit., p. 324, il quale riporta il dato per cui «solo in rarissimi casi il giudice penale ha ritenuto di potere affermare l'idoneità di un modello organizzativo implementato *ex ante*». Per un'aggiornata ricostruzione della prassi applicativa in materia cfr. altresì A. GARGANI, *Responsabilità collettiva da delitto colposo d'evento: i criteri di imputazione nel diritto vivente*, in *Legislazione penale*, 11 gennaio 2016, p. 14 il quale, dopo avere passato in rassegna la più recente produzione giurisprudenziale sul tema, si sofferma sul «sostanziale fallimento del modello normativo di colpevolezza d'organizzazione» e perviene alla conclusione che «la "grande assente" è proprio la colpevolezza d'organizzazione» nel senso che «Aldilà del richiamo formale a tale requisito […] resta il fatto che tale profilo non viene approfondito o comunque non è quasi mai determinante nell'economia della decisione» .

[34] A testimonianza del fatto che la pronuncia in commento non è un caso isolato ma può essere considerata espressione di un certo filone giurisprudenziale, per quanto minoritario, si ricorda che nel giugno del 2014 la sez. VI del Tribunale di Milano ha emesso una sentenza, la n. 7017, su una vicenda giudiziaria analoga a quella oggetto del presente contributo; similmente a quanto avvenuto nel caso oggetto del nostro commento, anche quest'altra vicenda in punto di fatto traeva origine dalla tragica morte di un lavoratore travolto da un convoglio mentre era intento a lavorare sui binari e in punto di diritto si concludeva con l'assoluzione di RFI per carenza di colpa di organizzazione. Cfr. al riguardo P. DE MARTINO, *Una sentenza assolutoria in tema di sicurezza sul lavoro e responsabilità degli enti ex d.lgs. 231/2001*, in *questa Rivista*, 14 novembre 2014.

[35] In particolare, sul potenziale rilievo dello strumento della "certificazione" in sede di giudizio di colpa di organizzazione cfr. S. BARTOLOMUCCI, *Lo strumento della certificazione e il d.lgs. 231/2001: polisemia ed interessi sottesi nelle diverse prescrizioni normative*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2011, p. 47 ss. L'Autore, pur non prendendo espressamente in esame lo specifico tipo di attestazione che è stato oggetto di attenzione nel presente contributo (ossia, appunto, quella rilasciata in materia di salute e di sicurezza del lavoro da parte di organismi accreditati da Accredia in ordine all'osservanza del *British Standard* OHSAS), passa in rassegna in generale le diverse legislazioni di settore in cui si positivizza il ricorso da parte delle imprese alla certificazione relativa all'adozione dei modelli organizzativi, denunciando al riguardo la «difficile praticabilità» in concreto dello strumento in oggetto «quale soluzione del pernicioso rischio di declaratoria d'inadeguatezza dell'oneroso Modello adottato (*rectius*, diniego del beneficio d'esimente)». Più precisamente, vengono individuati nei seguenti termini gli ostacoli pratici che si frappongono ad un'effettiva utilità della certificazione quale strumento per le imprese in sede di assolvimento dell'onere di adeguata organizzazione: il termine "certificazione" non riveste un significato univoco nelle diverse legislazioni di settore che lo contemplano; quando prescritta, tale l'attestazione risponde ad esigenze ed interessi difformi; il soggetto abilitato al rilascio dell'attestazione è, a seconda dei casi, diversamente qualificato; non risulta definito il concetto di adeguatezza oggetto della verifica. Tra l'altro l'Autore, nell'esprimere le suddette perplessità sullo strumento della certificazione, chiama in causa anche il

Progetto di legge di modifica del d.lgs. n. 231/2001 presentato dall'AREL, evidenziando i profili problematici del relativo art. 7 *bis* in cui si propone di disciplinare in termini generali il ricorso da parte delle imprese all'attestazione *ante factum* dell'idoneità del MOG in funzione di sottrazione al rimprovero penale.

In relazione a quanto osservato dall'Autore, preme ribadire – alla luce di quanto si è argomentato nel testo – che, pure a fronte delle innegabili problematicità con cui bisogna fare i conti in sede di implementazione sul piano del diritto positivo della "certificazione", occorre valorizzare le potenzialità di questo strumento al fine di arginare il rischio in sede giudiziale dell'automatico riconoscimento *post factum* dell'inidoneità del MOG; tanto più che sollecitazioni in questo senso provengono da quell'illuminata giurisprudenza, di cui la pronuncia in commento è appunto testimonianza, che si mostra disponibile a riconoscere rilevanza alle certificazioni in questione in funzione dell'accertamento di un'effettiva colpa di organizzazione. Di questo parere in definitiva sembra essere lo stesso Bartolomucci il quale, pure a fronte delle perplessità espresse sulle difficoltà di una positiva implementazione dello strumento della certificazione, conclude nel senso che «le su estese considerazioni *de iure condendo* non inficiano il riconoscimento, già oggi, della facoltà per l'ente collettivo e dell'utilità di una certificazione volontaria *ante* reato del Modello 231 adottato, ad opera di un certificatore accreditato che ne attesti l'adeguatezza e la vigenza, in tal modo agevolando, velocizzando e sostanziando l'assolvimento dell'onere probatorio incombente sull'ente (art. 6 vigente) nel caso in cui un reato-presupposto sia stato consumato» (S. BARTOLOMUCCI, *ivi*, p. 57).

1/2017

LA CONDOTTA MEDICA ECCENTRICA QUALE CAUSA SOPRAVVENUTA INTERRUTTIVA DEL RAPPORTO CAUSALE

Nota a Cass., Sez. IV, sent. 10 marzo 2016 (dep. 14 aprile 2016), n. 15493, Pres. Blaiotta, Rel. Montagni, Imp. Pietramala

di Paolo Piras

SOMMARIO: 1. Il cambio di giurisprudenza. – 2. Le ragioni del cambio. – 3. La necessità del cambio – 4. Causalità o colpa? – 5. Stesso rischio e nuovo rischio.

1. Il cambio di giurisprudenza.

Un'impavida giurisprudenza ha messo il gatto davanti ai piccioni.

C'è stato un cambio di giurisprudenza in materia di cause sopravvenute da sole sufficienti a determinare l'evento.

Si ritiene che la condotta medica eccentrica, non quella eccezionale, costituisce causa sopravvenuta interruttiva del rapporto di causalità ex art. 41 II co. c.p.

L'eccezionalità, tradizionale, è stata sostituita dall'eccentricità.

Quando è eccentrica una condotta secondo questa giurisprudenza? Quando crea un rischio nuovo, incommensurabile e letale rispetto al rischio originario.

Il principio è stato affermato dalla Sezione quarta l'anno precedente, con la sentenza Sorrentino[1]. La sentenza in commento ribadisce il principio in un caso molto simile: nelle aule convegnistiche si sente parlare di sentenza gemella.

Il caso della sentenza in commento illumina il principio. Un pediatra ritarda il ricovero ospedaliero di una paziente affetta da epiglottite. Durante il ricovero si rende

[1] Cass., sez. IV, sent. 5 maggio 2015 (dep. 28 luglio 2015), n. 33329, Pres. Zecca, Rel. Blaiotta, Ric. Sorrentino. (Ascesso peritonsillare con edema; omessa diagnostica per immagini per la localizzazione dell'ascesso da parte degli otorini; ingravescenza dell'edema con necessità d'intervento chirurgico; errore dell'anestesista per la somministrazione preoperatoria di curaro; ulteriore ingravescenza dell'edema e morte anossica: ritenuta interruttiva del rapporto di causalità la condotta dell'anestesista in forza del principio riportato nel testo). Per un commento a questa sentenza v. VALLINI, *Colpa medica, concause sopravvenute e competenza per rischio: qualcosa di nuovo, anzi d'antico*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, fasc. 12, 1537 e ss. V. anche ZIRULIA, *Esame avvocato 2015: analisi delle questioni sottese al primo parere in materia di diritto penale. I criteri di imputazione oggettiva e soggettiva dell'evento in presenza di serie causali sopravvenute*, in *questa Rivista*, 14 gennaio 2016. In termini generali sull'argomento, v. ancora VALLINI, *"Cause sopravvenute da sole sufficienti" e nessi tra condotte*, in *questa Rivista*, 11 luglio 2012.

necessario l'intervento chirurgico. L'anestesista procede ad un'intubazione alla cieca, senza broncoscopio: inserisce la cannula in esofago anziché in trachea. Segue la morte della paziente per insufficienza ventilatoria.

Alla prima condotta colposa del pediatra: ritardo nel ricovero, ne è seguita un'altra dell'anestesista: errata via d'intubazione.

Si ritiene in sentenza che la condotta dell'anestesista ha innescato un rischio nuovo, incommensurabile e letale rispetto al rischio originario creato dal pediatra. Si è quindi concluso che il rapporto di causalità fra il ritardato ricovero e l'evento sia stato interrotto, ex art. 41 II co. c.p., dall'errata intubazione.

Lo schema generale è il seguente: una condotta medica colposa, che crea un certo rischio per il paziente, è seguita da un'altra, anch'essa colposa e di un altro medico, che crea un rischio nuovo, incommensurabile e letale rispetto al rischio precedente e che si ritiene interruttiva del nesso causale fra la prima condotta e l'evento.

2. Le ragioni del cambio.

Come è stato motivato questo cambio di giurisprudenza?

Con l'esigenza di "… esprimere un ben ponderato giudizio sulla paternità dell'evento illecito"[2]. Un'esigenza vivissima.

Si avverte, al fondo, l'esigenza di mitigare il rigorismo della giurisprudenza tradizionale[3], per la quale la condotta medica sopravvenuta, anche se retta da colpa grave, non ha mai carattere eccezionale e quindi non esclude mai il nesso causale fra una prima condotta colposa e l'evento.

In definitiva un'*interpretatio abrogans* dell'art. 41 II co. c.p.

Ecco un caso emblematico di questo rigorismo[4]. Un medico procede ad un'isterectomia esercitando una trazione eccessiva sull'utero e lesionando così un'arteria ovarica. Il giorno dopo si manifesta un'emorragia, che rende necessario un secondo intervento chirurgico, effettuato ad opera di un secondo medico. La lesione viene suturata, ma nel corso dell'intervento viene provocata un'altra lesione alla parete duodenale. Si rende necessario un terzo intervento, nel corso del quale un terzo medico inserisce alla paziente nella giugulare un catetere, che provoca la lesione di un lungo tratto della vena cava superiore, con conseguente emotorace e perdita della paziente. Viene negata l'applicazione dell'art. 41 II co. c.p. al primo medico, ritenendo non eccezionale il successivo decorso causale, in quanto la condotta medica sopravvenuta, anche se retta da colpa grave, non ha mai carattere eccezionale.

---

[2] V. p. 8 della sentenza in commento.

[3] Sentenza *Sorrentino*, p. 21. In dottrina questo sforzo giurisprudenziale di allargamento applicativo dell'art. 41 II co. c.p. è posto in rilievo da AMOROSO, *La nozione di rischio nei reati colposi*, in Cass. Pen., fasc.3, 2016

[4] Cass. IV, 34379-04, Spapperi, est. Chiliberti, in GIUNTA ED ALTRI, *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità*, Napoli, 2011.

3. La necessità del cambio.

Per reagire al rigorismo era necessario il cambio di giurisprudenza?

Il principio del rischio nuovo non è …. nuovo. Infatti una certa giurisprudenza, ancora della Sezione quarta, asseriva l'eccezionalità della condotta medica sopravvenuta quando questa si fosse sovrapposta alla condotta medica precedente, "innovando totalmente la situazione di pericolo originariamente provocata"[5].

Cambiano i termini: si usa il verbo "innovando" e non l'aggettivo "nuovo".

Tuttavia, la riformulazione del principio era necessaria. Andava rinvigorito. Contro il rigorismo, se granitico, bisogna mettere nelle mani dell'operatore scalpello e martello possenti.

La forza di dirompenza giurisprudenziale si coglie in due aggettivi, incommensurabile e letale, che si aggiungono a nuovo per qualificare il rischio. Questi due aggettivi non dovrebbero essere intesi come requisiti di rilevanza del principio, perché non ne condizionano l'applicazione, non ne riducono la portata, ma si presentano come espressione di uno sforzo argomentativo degli estensori. Se fossero requisiti di rilevanza impedirebbero l'applicazione del principio, anche se solo uno di essi mancasse. E ciò urta frontalmente contro la dichiarata intenzione di allargamento applicativo.

L'interruzione del nesso causale può quindi essere affermata, sempreché il rischio sia nuovo. D'altra parte, incommensurabilità e letalità sono manifestazioni di offensività del rischio. Non di causalità, nella quale rileva solo che gli anelli della catena eziologica siano effettivamente legati fra essi.

Inoltre, l'incommensurabilità è qualità che risulterebbe indeterminata, se la si intendesse come requisito di rilevanza. Per assegnarle determinatezza, verrebbe la tentazione di puntare sul grado della colpa: lieve quella del primo medico, grave quella del secondo. Ma talvolta ad una colpa lieve segue un alto rischio e ad una colpa grave segue un basso rischio.

Invero, l'evidente sproporzione fra i rischi, che la sentenza in commento coglie, è nella sostanza indice di novità del rischio sopravvenuto.

Se poi la letalità venisse intesa come requisito di rilevanza, non si potrebbe applicare il principio alle ipotesi di lesioni personali, non essendovi stato un rischio letale, poi verificatosi. E ciò ancora una volta contro lo sforzo di allargamento

---

[5] Cass., sez. IV, sent. 21602/2007, Ventola (est. Brusco), in GIUNTA ED ALTRI, *Il diritto penale della medicina cit.*, (Omesso trattenimento di un lattante in crisi respiratoria presso un pronto soccorso e invio in ospedale trasportato dai genitori, anziché attendere l'arrivo dell'autoambulanza; ipotizzate scorrette manovre rianimatorie del medico dell'ospedale per l'afflusso di latte nell'albero respiratorio: negata l'eccezionalità della condotta del medico successore). Nello stesso senso: Cass., sez. IV, sent. 46824/2011, Castellano (est. Piccialli, Rv 252140); Cass., sez. IV, sent. 3365/2010, Leone (est. Piccialli); Cass., sez. IV, sent. 46341/2014, Calantoni (est. Serrao).

applicativo del principio. Anche la letalità, nella sentenza in commento, si mostra a ben vedere come indice di novità del rischio sopravvenuto.

Ciò che va posto in chiara evidenza è che il principio del rischio nuovo è stato finalmente applicato nella giurisprudenza di legittimità.

È stato finalmente applicato l'art. 41 II co. c.p. con riferimento ad una condotta medica sopravvenuta.

Ciò non era mai avvenuto prima di questa recente giurisprudenza. Il principio veniva formulato, mai poi ne veniva negata l'applicazione al caso di specie.

Questa sete applicativa è stata finalmente spenta.

Peraltro, a scanso d'illusioni di diffusa applicazione del principio, va segnalato un precedente, anch'esso della Sezione quarta e ancora più recente di quello in commento. In questo precedente il principio è stato richiamato, ma non applicato e non ha portato quindi ad esito assolutorio[6] .

Eppure il caso si sarebbe prestato ad un'applicazione al bacio del principio. La paziente è stata sottoposta ad intervento chirurgico su una parte sana del cervello, con necessità di trasferimento in terapia intensiva dove si è verificata la morte per un'infezione ospedaliera, causata da inadeguata prevenzione di diffusione dei germi. Si è ritenuto che "…non si rinviene l'innesco di un rischio nuovo e incommensurabile, del tutto incongruo rispetto all'originario". Eppure ad un originario rischio neurologico era seguito un rischio infettivo, di natura quindi completamente diversa.

4. Causalità o colpa?

La sentenza in commento ha applicato l'art. 41 II co. c.p.

Ma è davvero una questione di causalità? O non è forse di colpa?

Al riguardo salta in primis agli occhi che il rischio nuovo è un rischio diverso da quello originario, cioè da quello creato dalla precedente condotta medica colposa. Non può essere nuovo e rimanere lo stesso. È per definizione diverso. Tanto più se il rischio sopravvenuto, oltre che nuovo, lo si accerta anche incommensurabile e letale rispetto a quello originario.

Se così è, l'evento costitutivo del reato non è la concretizzazione del rischio originario, ma è la concretizzazione del rischio nuovo[7] . Nel caso qui in commento l'evento non è la concretizzazione del rischio che la regola cautelare inosservata dal pediatra mira a prevenire. Il che esclude la colpa, secondo giurisprudenza consolidata[8]. Il ricovero non tempestivo ha alzato il rischio di evoluzione dell'epiglottite: la regola cautelare che impone il tempestivo ricovero vuole scongiurare questo rischio. Non il rischio d'insufficienza ventilatoria per l'insufflazione di aria in esofago anziché in

[6] Cass., sez. IV, sent. 3 maggio 2016 (dep. 21 giugno 2016), n. 25689, Pres. Bianchi, Rel. Grasso, Ric. Di Giambattista.

[7] V. sul punto, BRUSCO, *Il rapporto di causalità*, Milano, 2012, 108 e ss..

[8] Da ultimo: Cass., sez. IV, sent. 11641/2016, B.G. (est. Piccialli), in *Riv. It. Med. Leg.*, 2016, fasc. 2, 815 e ss. con nota di CIONFOLI.

trachea da parte dell'anestesista. In altre parole, l'evento non si è verificato perché si è evoluto mortalmente il rischio di ritardato ricovero.

Si sarebbe quindi preferibilmente applicato non l'art. 41 II co. c.p., ma l'art. 43 alinea III c.p., appunto per l'esclusione della colpa, mancando un suo requisito costitutivo.

In realtà il giudizio sulla concretizzazione del rischio è stato spostato dall'art. 43 alinea III c.p. all'art. 41 II co. c.p.: dalla colpa alla causalità.

Una colpa civettuola ha voluto indossare un vestito della causalità, perché annoiata di esibire i propri.

Certamente, l'esito del giudizio non sarebbe cambiato, sarebbe stato comunque assolutorio. È però che in tal modo si riduce l'art. 41 II co. c.p. ad un mero doppione dell'art. 43 alinea III c.p.

Pare proprio che il principio del rischio nuovo, incommensurabile e letale, a conti fatti proponga anch'esso un'interpretatio abrogans dell'art. 41 II co. c.p., che viene riempito di un contenuto normativo già altrove rinvenibile.

Non certo una carta da giocare in più nelle mani della difesa sul tavolo processuale.

5. Stesso rischio e nuovo rischio.

Nella pratica giudiziaria l'art. 41 II co. c.p. è l'ultima carta da giocare nella difesa del medico. E questa carta deve pur sempre avere un'effige.

Quale spazio applicativo può essere assegnato all'art. 41 II co. c.p.?

Se si vuole rimanere nella tematica del rischio, occorre trovare spazi applicativi dell'art. 41 II co. c.p. quando il rischio sopravvenuto non è nuovo, ma è lo stesso rispetto a quello creato dalla prima condotta medica.

Quando il rischio rimane lo stesso e quando invece è nuovo?

Il rischio rimane lo stesso nell'ipotesi in cui continua la storia naturale della malattia: sul processo patologico non interviene né il primo né il secondo medico. Ad es. un medico del Pronto Soccorso non indaga un quadro infartuale; subentra nel turno un altro medico che a sua volta non indaga il quadro.

Così come il rischio rimane lo stesso nella meno frequente ipotesi in cui il secondo medico non interviene su un processo causale innescato dal primo medico, quindi su un processo causale c.d. iatrogeno. Ad es., lesione emorragica intraoperatoria da parte del primo medico, non suturata dal secondo medico.

Il rischio è invece nuovo quando al processo causale non inibito o innescato dal primo medico si sostituisce un altro processo causale innescato dal secondo medico. Ad es., shock anafilattico per successiva somministrazione farmacologica a paziente del quale era nota l'allergia. Affinché il rischio possa dirsi nuovo sarà quindi necessario

che la successiva condotta sia attiva[9] , perché appunto innescante naturalisticamente un altro processo causale[10] . Come nel caso della sentenza in commento: al processo causale ricollegabile all'epiglottite si aggiunge un altro processo causale innescato dall'anestesista mediante la condotta attiva dell'intubazione in esofago anziché in trachea.

La condotta attiva, innescante un altro processo causale, è criterio che ha il pregio d'individuare con precisione l'area del rischio nuovo.

In una prospettiva di rischio, per assegnare contenuto all'art. 41 II co. c.p., occorre abbandonare il piano qualitativo del rischio nuovo, perché, come già considerato, tale rischio è da ricomprendere nell'art. 43 alinea III c.p. Occorre prendere invece in considerazione lo stesso rischio e porsi su un piano quantitativo: chiedersi cioè se sia raro o no il non intervento da parte del secondo medico. Ad es., un quadro infartuale non viene indagato prima e non viene indagato neanche dopo e causa dell'omessa successiva indagine è l'afflusso in Pronto Soccorso di più pazienti emorragici gravi, reduci da un'incidente stradale. O per un malore che colpisce il secondo medico.

Se si vuole si può anche parlare di eccezionalità della causa, in continuità con la terminologia tradizionale, intendendo appunto il termine eccezionalità, in chiari termini quantitativi, statistici, come sinonimo di rarità.

E a prescindere dalla responsabilità o meno del secondo medico. Potrebbe non esserci, come nell'esempio appena fatto, per la presenza di forza maggiore. Come potrebbe esserci colpa di rara gravità estrema, ad es., abbandono del Pronto Soccorso da parte del secondo medico per banalissimi motivi personali. O addirittura potrebbe esserci dolo, ad es., omesso successivo intervento per aspre ragioni d'inimicizia con il paziente.

Ovviamente, il caso concreto dovrebbe essere illuminato da dati statistici, quando non appaia indiscutibile.

In conclusione quindi una proposta.

All'art. 43 alinea III c.p., si può assegnare l'ipotesi del rischio nuovo, con conseguente esclusione della colpa.

All'art. 41 II co. c.p., si può invece assegnare l'ipotesi dello stesso rischio, non emendato per sopravvenute e statisticamente rare condotte omissive.

Sul piano prettamente pratico, diventano due le carte da giocare dalla difesa del primo medico:

a) la carta dello rischio nuovo: se fallisce, se cioè si accerta che il rischio è lo stesso che la regola cautelare inosservata mirava a prevenire[11] ,

---

[9] Questa nozione è stata talvolta rimarcata in giurisprudenza, v. ad es. Cass., sez. VI, sent. 41943/2006, Lestingi (est. Di Casola).

[10] Sul punto, v. per tutti VIGANÒ, *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*, in *Corr. merito*, 2006, 962.

[11] È scontato, dato il caso della sentenza, che il primo medico era competente a gestire il rischio poi verificatosi, che cioè la regola cautelare inosservata si dirigeva a lui e non ad altri. La competenza a gestire il rischio è giudizio che deve precedere la natura del rischio, nuova o no. Ed è quindi la primissima carta

resta da giocare:

b) la carta della rarità statistica della causa, che non ha consentito di emendare il rischio creato con l'inosservanza della regola cautelare.

L'art. 41 II co. c.p. era e rimane l'ultima spiaggia sulla quale approdare. Ma non più una spiaggia vuota senza mare.

da giocare difensivamente. La mancanza di competenza, il non dirigersi la regola cautelare inosservata ad un certo soggetto, è ipotesi assai più frequente nel diritto penale del lavoro, che non in quello della medicina. In argomento v. *funditus* MICHELETTI, *Il criterio della competenza sul fattore di rischio concretizzatosi nell'evento. L'abbrivio dell'imputazione colposa*, in *Criminalia*, 2016, 509 e ss.

1/2017

LA VITTIMA CAMBIA IL VOLTO DEL PROCESSO PENALE: LE TRE PARTI "EVENTUALI", LA TESTIMONIANZA DELL'OFFESO VULNERABILE, LA MUTAZIONE DEL PRINCIPIO DI ORALITÀ

di Sandra Recchione

Abstract. *Guardando in controluce l'effetto delle riforme che interessano la vittima emerge l'ipertrofia del contraddittorio anticipato: la capsula incidentale da "eccezione" diventa "regola" in tutti casi in cui il dichiarante non abbia, presuntivamente o in seguito a valutazione specifica, la capacità relazionale necessaria per affrontare il contraddittorio ordinario.*

Ne segue una percepibile trasformazione del principio di oralità: la prova dichiarativa decisiva, in una gran numero di casi, non viene assunta di fronte al giudice che procede, ma innanzi al giudice per le indagini preliminari, che raccoglie e "confeziona" una prova destinata ad essere valutata da altri.

La tensione con il principio di oralità nella sua configurazione tradizionale sarebbe dirompente se l'operazione non fosse connotata dal diffuso ricorso alla videoregistrazione. In tale quadro si inserisce in modo del tutto distonico la sentenza pronunciata dalle Sezioni unite nel caso "Dasgupta", secondo cui nel giudizio di appello avviato su impulso del pubblico ministero che impugna la sentenza di assoluzione, la prova dichiarativa decisiva deve essere rinnovata anche in caso in cui sia stata raccolta in incidente probatorio o quando provenga da una vittima vulnerabile (in questo caso con qualche apertura all'esercizio della discrezionalità del giudice, tenuto conto del potenziale traumatizzante dell'audizione). L'individuazione di un obbligo di rinnovazione dibattimentale della testimonianza assunta in incidente probatorio e videoregistrata non tiene conto della visibile trasformazione della statuto della prova dichiarativa che trova il suo nuovo "centro" nell'incidente probatorio piuttosto che nella testimonianza dibattimentale: l'anticipazione e la cristallizzazione della prova sono funzionali proprio all'evitamento di quella riedizione, che le Sezioni unite, invece, propongono come necessaria.

Sotto diverso profilo, la riforma ha avuto il pregio di valorizzare il ruolo e gli interessi la vittima prevedendo inediti diritti di partecipazione, in alcuni casi assistiti da seri presidi sanzionatori che rendono la tutela offerta sostanziale e non nominalistica. Ha, tuttavia, il difetto di non avere avuto il coraggio di assegnare alla persona offesa il ruolo di "parte" processuale, seppure eventuale. Tale incompiutezza del ruolo assegnato alla vittima si manifesta nella limitazione dei poteri di impugnare i provvedimenti lesivi dei suoi interessi: si pensi alle criticità rilevate in materia di impugnazione del provvedimento sulla cautela emesso senza la previa notifica, o alla incapacità di eccepire le lesioni di un diritto di difesa che l'art. 178 c.p.p. tutela solo in relazione alla "parte".

SOMMARIO: 1. Come cambia il volto del processo penale. – 1.1. Il processo a tre parti eventuali: il riconoscimento dell'interesse individuale dell'offeso all'accertamento della responsabilità penale. – 1.2. Le modifiche allo statuto della prova dichiarativa: il riconoscimento del "vulnerabile atipico". – 2. Le declinazioni della facoltà di partecipazione: verso un processo penale con tre parti. – 2.1. Le informazioni sulla facoltà di partecipazione. – 2.2. La notifica della richiesta di archiviazione. – 2.3. Le comunicazioni relative alla sostituzione delle misure cautelari, alla scarcerazione ed all'evasione. – 2.4. La partecipazione alla cognizione cautelare. – 2.5. Il diritto alla notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari. – 3. Lo statuto della testimonianza delle vittime con caratteristiche di vulnerabilità. – 4. L'accertamento (e la dichiarazione) di vulnerabilità atipica. – 5. Le modalità di audizione. – 6. La nuova dimensione del principio di oralità (anche alla luce della pronuncia delle Sezioni unite n. 27620 del 28 aprile 2016, Dasgupta). – 7. Luci ed ombre.

1. Come cambia il volto del processo penale.

1.1. Il processo a tre parti eventuali: il riconoscimento dell'interesse individuale dell'offeso all'accertamento della responsabilità penale.

L'intervento di attuazione della direttiva 2012\29\UE[1] ha contribuito a ridefinire il volto del processo che presenta, ora, una inedita dimensione triadica, che riconosce tra i soggetti processuali anche la vittima, alla quale sono stati riconosciuti ampi diritti di partecipazione fin dalla fase delle indagini.

La novità di maggior rilievo è il riconoscimento e la tutela dell'interesse "individuale" dell'offeso all'accertamento della responsabilità penale: il processo non serve più (solo) a tutelare l'interesse collettivo al perseguimento degli autori di reato, ma (anche) a tutelare l'interesse individuale della vittima all'accertamento della responsabilità, oltre che alla propria integrità psicofisica[2].

---

[1] Su cui recentemente FERRANTI, *Strumenti di tutela processuale per la vittima del reato. Sguardo di insieme sulle recenti innovazioni alla luce dell'attuazione della direttiva 2012/29/UE,* *in questa Rivista,* 29 gennaio 2016; DEL VECCHIO, *La nuova fisionomia della vittima del reato dopo l'adeguamento dell'Italia alla Direttiva 2012/29/UE* in *questa Rivista,* 11 aprile 2016; CAGOSSI, *Nuove prospettive per le vittime di reato nel procedimento penale italiano,* in *questa Rivista,* 19 gennaio 2016.

[2] Per un generale inquadramento delle fonti internazionali ed europee in materia di tutela della vittima v, DEL TUFO, *La tutela della vittima in una prospettiva europea*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, pp. 889 ss.; ID., *Linee di politica criminale europea e internazionale a protezione della vittima*, in *Questione giustizia*, 2003, pp. 705 ss.; ID., *La vittima di fronte al reato nell'orizzonte europeo*, in *Punire Mediare Riconciliare – Dalla giustizia penale internazionale all'elaborazione dei conflitti individuali*, a cura di Fiandaca, Visconti, Torino, 2009, pp. 107 ss.; AIMONETTO, *La valorizzazione del ruolo della vittima in sede internazionale*, in *Giur. it.*, 2005, pp. 1327 ss.; ARMONE, *La protezione delle vittime dei reati nella prospettiva dell'Unione europea*, in *Diritto penale europeo e ordinamento italiano*, Milano, 2006, pp. 99 ss.; ID., *La protezione delle vittime dei reati nello spazio giudiziario europeo: prospettive e paradossi all'indomani del Trattato di Lisbona*, in *Foro it.*, 2011, pp. 204 ss.; SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, *La posición de la víctima en el derecho comparado y en la normativa de la Union europea*, in *Panorama actual y i perspectivas de la victimología: la victimología y el sistema penal*, director González González, Madrid, 2007, pp. 137 ss.; LANTHIEZ, *La clarification des fondaments européens des droits des victimes*, in *La victime sur la scène pénale en Europe*, sous la direction de Giudicelli-Delage, Lazerges, Paris, 2008, pp. 145 ss.; GAMBERINI, *Les politiques supranationales européennes ou l'âme ambiguë de l'harmonisations*, in *La*

Il riconoscimento e la tutela dell'interesse individuale della vittima non ha inciso l'architettura pubblicistica del processo: questo continua a fondarsi sulla partecipazione necessaria del pubblico ministero, rappresentante dell'interesse collettivo, e dell'accusato, parte privata necessaria; alla vittima si riconosce invece la facoltà, ma mai l'obbligo, di partecipare al processo. L'offeso rimane "soggetto" eventuale, come conferma l'assenza di disposizioni finalizzate a regolare la nomina di un difensore d'ufficio, nel caso in cui l'offeso sia, per qualunque ragione, assente.

Dunque: la vittima "può", ma non "deve" partecipare al processo, che progredisce anche in sua assenza.

Non tutte le vittime, inoltre, sono uguali: gli offesi vulnerabili e le vittime di crimine violento godono di una tutela privilegiata. La vittima che presenta caratteristiche di vulnerabilità riceve, infatti una tutela speciale quando si assume la sua testimonianza. Per le vittime da reato violento (di regola anch'esse "vulnerabili") è prevista, inoltre, la possibilità di partecipare alla cognizione cautelare ed il diritto all'avviso della richiesta di archiviazione, anche in assenza di esplicita richiesta con facoltà di presentare opposizione nei venti giorni successivi.

1.2. Le modifiche allo statuto della prova dichiarativa: il riconoscimento del "vulnerabile atipico".

Particolarmente incisivo risulta l'intervento sullo statuto della prova dichiarativa.

La creazione di un sistema di raccolta speciale per la testimonianza della vittima vulnerabile trasforma profondamente l'architettura del sistema processuale: lo stato di vulnerabilità attiva non solo un canale speciale di protezione della vittima, ma

---

victime sur la scène pénale en Europe, cit., pp. 159 ss.; VENTUROLI, *La tutela delle vittime nelle fonti europee*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3-4, 2012. Cfr., da ultimo, Lupária (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, Cedam, 2015. *nell'orizzonte europeo*, in *Punire Mediare Riconciliare – Dalla giustizia penale internazionale all'elaborazione dei conflitti individuali*, a cura di FIANDACA, VISCONTI, Torino, 2009, pp. 107 ss.; AIMONETTO, *La valorizzazione del ruolo della vittima in sede internazionale*, in *Giur. it.*, 2005, pp. 1327 ss.; ARMONE, *La protezione delle vittime dei reati nella prospettiva dell'Unione europea*, in *Diritto penale europeo e ordinamento italiano*, Milano, 2006, pp. 99 ss.; ID., *La protezione delle vittime dei reati nello spazio giudiziario europeo: prospettive e paradossi all'indomani del Trattato di Lisbona*, in *Foro it.*, 2011, pp. 204 ss.; SANZ-DÌEZ DE ULZURRUN, *La posición de la víctima en el derecho comparado y en la normativa de la Union europea*, in *Panorama actual y i perspectivas de la victimología: la victimología y el sistema penal*, director González González, Madrid, 2007, pp. 137 ss.; LANTHIEZ, *La clarification des fondaments européens des droits des victimes*, in *La victime sur la scène pénale en Europe*, sous la direction de Giudicelli-Delage, Lazerges, Paris, 2008, pp. 145 ss.; GAMBERINI, *Les politiques supranationales européennes ou l'âme ambiguë de l'harmonisations*, in *La victime sur la scène pénale en Europe*, cit., pp. 159 ss.; VENTUROLI, *La tutela delle vittime nelle fonti europee*, *in Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3-4, 2012. Cfr., da ultimo, LUPÁRIA (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, Cedam, 2015. V. anche ALLEGREZZA, *La riscoperta della vittima nella giustizia penale europea*, in Allegrezza, Belluta, Gialuz, Lupária, *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Giappichelli, 2012; BELLUTA, *Participation of the victim in criminal investigations: the right to receive information and to investigate,* in *questa Rivista*, 23 dicembre 2015.

anche la sistematica anticipazione della raccolta della prova dichiarativa in sede incidentale, con significative ripercussioni sul rispetto del principio di oralità, inteso in modo ortodosso ovvero come garanzia della "immediatezza" correlata alla assunzione "diretta" delle prove da parte del giudice che decide.

La tutela del vulnerabile può essere attivata fin dalla fase delle indagini preliminari quando l'offeso vulnerabile può infatti essere sentito con la mediazione dello psicologo, si sviluppa nel momento centrale dell'incidente probatorio svolto di regola con speciali modalità ovvero senza contatto diretto con le parti che rivolgono le domande in via mediata attraverso il giudice (o lo psicologo). L'incidente probatorio è progettato come ultimo momento dichiarativo, tenuto conto dello sbarramento alla riedizione dibattimentale della testimonianza sugli stessi fatti previsto dal comma 1 bis dell'art. 190 bis c.p.p.

L'intervento legislativo è finalizzato alla contrazione delle audizioni ed è giustificato non solo dall'esigenza di tutelare il dichiarante dal rischio di vittimizzazione secondaria, ma anche dalla necessità di garantire l'affidabilità dei contenuti dichiarativi che potrebbe essere inquinata dallo svolgimento dell'esame con modalità ordinarie non sostenibile dal dichiarante.

Il riconoscimento della rilevanza dello stato di vulnerabilità e della correlata incapacità del vulnerabile di fornire contributi probatori affidabili, ove sia escusso reiteratamente e con modalità ordinarie, costituisce un significativo riconoscimento della testimonianza come un "evento", che dipende dalle condizioni soggettive del dichiarante, dall'ambiente in cui si svolge l'esame, oltre che dalle interazioni tra intervistato ed intervistatore.

Oltre alle vittime a vulnerabilità "presunta" in quanto offese da reati a riconosciuto impatto traumatico (indicate negli artt. 351 comma 1 ter e 392 comma 1 bis c.p.p.) il codice prevede anche vittime caratterizzate da vulnerabilità "atipica", stato da accertare caso per caso facendo ricorso ai parametri indicati nell'art. 90 *quater* c.p.p.

La figura del vulnerabile atipico non "sostituisce", dunque, quella del vulnerabile presunto, ma ad essa si "affianca". Pertanto l'accertamento in concreto della vulnerabilità è necessario solo per gli offesi che non rientrano nella categoria dei vulnerabili "tipici", ovvero per le vittime dei reati indicati negli artt. 351 comma 1 ter e 392 comma 1 bis c.p.p.

Il tentativo di dare corpo alla condizione di vulnerabilità induce a riconoscere tale stato ogni volta che si manifesti l'incapacità del dichiarante di reagire fisiologicamente all'esame condotto con modalità ordinarie, soprattutto a notevole distanza dai fatti. Il dichiarante vulnerabile, più degli altri, presenta criticità relazionali e difficoltà di riedizione mnestica, che rendono particolarmente evidente il nesso tra tempestività dell'assunzione della testimonianza ed affidabilità dei contenuti della stessa.

La caratteristica che individua la vulnerabilità può essere individuata, in estrema sintesi, nella difficoltà di ricordare e descrivere i fatti che hanno generato il disagio relazionale, senza mediazione ed in presenza dell'accusato; difficoltà destinata ad aggravarsi con il passare del tempo che, di regola, aumenta il rischio di vittimizzazione secondaria.

Vista in prospettiva, l'estensione dell'area delle vittime vulnerabili oltre il perimetro dei reati ad alto impatto traumatico, è destinata a generare una elefantiasi del contraddittorio incidentale, che dilaga ben oltre l'area delle prove deperibili, entro il quale era originariamente confinato.

La inarrestabile dilatazione dell'incidente probatorio sembrerebbe confermare i segnali di diffuso (e percepito) fallimento del rito accusatorio nella sua conformazione ordinaria. All'aumento dei casi in cui è possibile fare ricorso al contraddittorio incidentale corrisponde una parallela "cartolarizzazione" della testimonianza: la prova dichiarativa piuttosto che formarsi di fronte al giudice che decide è, sempre più frequentemente, trasfusa in "documenti" – i supporti delle videoregistrazioni –, che consentono di rinnovare la valutazione dell'attendibilità intrinseca e della credibilità dei contenuti accusatori durante l'intero sviluppo del processo.

A tale subdolo, inarrestabile, decentramento del dibattimento come luogo privilegiato per l'assunzione della prova dichiarativa decisiva (tale è spesso quella delle vittime) segue la trasformazione del principio di oralità e la emersione di una dimensione nuova della "immediatezza" che si concreta non solo nella percezione diretta, ma anche in quella mediata dell'evento-testimonianza, che si ottiene attraverso la visione delle videoregistrazioni.

2. Le declinazioni della facoltà di partecipazione: verso un processo penale con tre parti.

In un sistema accusatorio bipolare come quello italiano, che si fonda sul confronto tra gli interessi dell'accusato e quelli del pubblico ministero, compare un soggetto "terzo", che vanta specifici diritti di partecipazione, di conoscenza dello sviluppo della progressione processuale, e di tutela in sede penale dei propri diritti fondamentali.

Si tratta, come anticipato, di una latente rivoluzione culturale che modifica sensibilmente il genoma della giurisdizione penale funzionalizzando la stessa, non solo alla tutela dell'interesse collettivo, ma anche, in modo inedito, a quella dell'interesse "individuale" della vittima.

2.1. Le informazioni sulla facoltà di partecipazione.

L'art. 90 bis c.p.p. contiene un elenco apparentemente esaustivo delle facoltà riconosciute alla persona offesa che deve essere comunicato alla vittima in occasione del «primo contatto» con l'autorità giudiziaria. L'art. 101 c.p.p. prevede, di contro, che la persona offesa debba essere avvisata della facoltà di nominare un difensore «al momento della acquisizione della notizia di reato». Deve ritenersi che la comunicazione ex art. 101 c.p.p. costituisca il «primo contatto», che genera gli obblighi di comunicazione previsti dall'art. 90 bis c.p.p.: pertanto al momento della acquisizione della notizia di reato, il pubblico ministero ha l'obbligo non solo di effettuare l'avviso

previsto dall'art. 101 c.p.p., ma anche quello di fornire tutte le comunicazioni previste dall'art. 90 bis c.p.p.

Si tratta di una disciplina che si applica a tutte le persone offese, indipendentemente dal loro stato di vulnerabilità e dal fatto che si proceda per delitti consumati con violenza alla persona.

La disciplina presenta alcune vistose criticità.

Si prevede, ad esempio, che la parte civile deve essere avvisata del "diritto" di ricevere la notifica della sentenza anche per estratto, diritto che, però, non è previsto dall'art. 548 c.p.p.

Inoltre: non si prevede l'obbligo di avvertire la vittima della facoltà di "dichiarare o eleggere domicilio", attività che, come si vedrà, condiziona l'attivazione dei diritti di partecipazione all'incidente cautelare: è una carenza significativa alla quale si può, tuttavia, ovviare attivando prassi virtuose che inseriscano l'avvertimento mancante tra quelli indicati dall'art. 90 bis c.p.p.

Si badi: l'omessa comunicazione degli avvisi previsti dall'art. 90 bis e dall'art. 101 c.p.p. non è assistita da alcuna sanzione, diversamente da quanto accade nel caso dell'omissione dell'informazione sui diritti di difesa dell'indagato prevista a pena di nullità (art. 369 bis c.p.p.).

I contenuti informativi indicati dalla norma, seppur finalizzati a rendere consapevole la vittima delle sue facoltà, non si presentano, quindi, concretamente funzionali alla tutela di alcuno specifico diritto di partecipazione. L'analisi del tessuto normativo evidenzia, piuttosto, che l'effettivo esercizio delle facoltà riconosciute, non dipende da tale avviso, ma dall'adempimento di specifici (successivi), oneri di comunicazione incombenti sull'autorità giudiziaria [3].

2.2. La notifica della richiesta di archiviazione.

Il diritto di ottenere la notifica della richiesta di archiviazione in due casi: a) quando la vittima abbia dichiarato di volere essere informata; b) quando si proceda per delitti consumati con "violenza alla persona".

Alla base della scelta legislativa di offrire maggiori garanzie alle vittime di reati consumati mediante violenza alla persona si coglie un condizionamento culturale che origina dalla percezione che la vittima di reato violento debba ricevere maggior tutela rispetto a quella offesa da crimini comuni.

Invero l'accrescimento dei presidi di tutela è giustificato nella parte in cui assegna a tali vittime un ruolo nell'area della cognizione cautelare, poiché le vittime di reato violento sono portatrici di un preciso interesse alla tutela dell'incolumità fisica

[3] Si pensi al diritto di opporsi alla richiesta di archiviazione, a quello di partecipare all'incidente probatorio, al procedimento di cognizione cautelare ed alla procedura per gli accertamenti tecnici irripetibili, nonché al diritto (riservato solo ad alcuni offesi) di ricevere la notifica ex art. 415 bis c.p.p.: in tutti questi casi incombe sull'autorità giudiziaria un onere di comunicazione, alla cui violazione conseguono specifiche sanzioni processuali.

correlato alla applicazione della cautela. Meno chiara è la ragione per cui tali offesi debbano essere privilegiati anche nella facoltà di partecipazione "ordinaria" al procedimento che potrebbe essere concessa in modo indistinto e paritario a tutte le vittime, innalzando il livello di tutela generale ad esse riconosciuto[4].

Alla definizione dell'area semantica del crimine violento ha contribuito una rilevante pronuncia delle Sezioni unite della Cassazione che ha affermato che «la disposizione dell'art. 408, comma 3-bis, cod. proc. pen., che stabilisce l'obbligo di dare avviso della richiesta di archiviazione alla persona offesa dei delitti commessi con "violenza alla persona", è riferibile anche ai reati di atti persecutori e di maltrattamenti contro familiari e conviventi, previsti rispettivamente dagli artt. 612-bis e 572 cod. pen., in quanto l'espressione "violenza alla persona" deve essere intesa alla luce del concetto di "violenza di genere", risultante dalle pertinenti disposizioni di diritto internazionale recepite e di diritto» dell'Unione europea[5].

Il riferimento effettuato dalle Sezioni unite alla "violenza di genere" potrebbe indurre a contrarre il perimetro dei reati violenti a quelli che hanno questa matrice[6]. Si tratta si una interpretazione riduttiva che non sembra condivisibile: l'evocazione della violenza di genere non sembra infatti orientata a fornire una soluzione di sistema, ma piuttosto una risposta al tema devoluto, ovvero se fosse necessaria la notifica della richiesta di archiviazione in relazione al reato di *stalking*, tipicamente evocativo della (invero sfuggente) categoria della "violenza di genere".

L'analisi della volontà espressa dal legislatore fornisce, invero, precise indicazioni di segno contrario all'interpretazione che limita l'area dei reati consumati con violenza alla persona a quella dei delitti con matrice "di genere". L'obbligo di notifica senza previa richiesta era, infatti, inizialmente previsto esclusivamente a favore delle vittime dei maltrattamenti in famiglia (d.l. 14 agosto 2013, n. 93); solo successivamente lo stesso è stato esteso a tutti i reati consumati con violenza alla persona (legge di conversione 15 ottobre 2013, n. 119) con la chiara manifestazione di una *voluntas legis* diretta all'ampliamento della tutela "oltre" l'area delle relazioni strette nell'ambito delle quali, di regola, si manifestano i reati con matrice "di genere". In modo coerente, anche il contraddittorio cartolare previsto dall'art. 299 c.p.p. è stato esteso a tutte le vittime di reati commessi con violenza alla persona sottolineando, anche in questo caso, la volontà di espandere la garanzia inizialmente riservata alle vittime di reati evocativi della violenza di genere (ovvero quelli che avevano condotto alla applicazione delle misure dell'allontanamento dalla casa familiare o del divieto di avvicinamento).

Il disancoramento della categoria dei delitti consumati con violenza alla persona da quelli caratterizzati da violenza a matrice di genere è, peraltro, coerente con

---

[4] Si tratta di una scelta normativa che, in ogni caso, si presenta coerente con le indicazioni della direttiva 2012\29\UE, che richiede che debba essere concesso il diritto di chiedere il riesame della decisione di non esercitare l'azione penale «almeno alla vittima di gravi reati» (art. 1 § 2).

[5] Cass. sez. un, n. 10959 del 29/01/2016, *C.E.D. Cass. n*. 265893.

[6] BRESSANELLI, *La "violenza di genere" fa il suo ingresso nella giurisprudenza di legittimità : le Sezioni Unite chiariscono l'ambito di applicazione dell'art. 408 co. 3 bis c.p.p.*, in *questa Rivista*, 21 giugno 2016.

le indicazioni provenienti dal diritto dell'Unione, che indicano con chiarezza la necessità di valorizzare lo stato di vulnerabilità, ovvero di una condizione spesso (anche se non necessariamente) correlata al trauma da reato "genericamente" violento.

La limitazione delle garanzie all'area della violenza di genere, creerebbe, inoltre, una disparità di trattamento nell'ambito dei reati consumati con violenza alla persona che non sembra possa essere giustificata dalla matrice di genere, ovvero da un "movente" dell'azione criminosa che pur individuando un fenomeno socio\criminale rilevante, non ha maggiore dignità di altri moventi: si pensi, per esempio, ai reati violenti con matrice mafiosa, terroristica o con finalità di violenza sessuale su minori.

Né, infine, sembra condivisibile quell'orientamento giurisprudenziale che circoscrive la tutela aggravata delle vittime di crimine violento ai casi in cui vi sia una pregressa relazione personale tra autore e vittima, escludendo il delitto violento occasionale[7]. Si tratta di un orientamento generato dalla valorizzazione dell'attenuazione del pericolo di reiterazione "specifica" della violenza nei confronti della vittima occasionale. L'orientamento radicalizza l'emersione del diritto individuale dell'offeso alla tutela della propria integrità fisica attraverso l'imposizione di cautele personali, ma non tiene conto del fatto che l'azione violenta può generare una condizione di speciale sofferenza e timore anche nelle vittime occasionali e giustificare l'attivazione di presidi di garanzia ulteriori rispetto a quelli disponibili per le vittime "ordinarie". Si pensi, ancora una volta a titolo esemplificativo, alla violenza sessuale consumata ai danni di una persona sconosciuta.

Tale percorso interpretativo sembra condiviso dalla più recente giurisprudenza di legittimità, che appare orientata ad includere nell'area dei reati commessi con violenza alla persona anche quelli non caratterizzati dalla matrice di genere[8].

L'omesso avviso della richiesta di archiviazione alla persona offesa che ne abbia diritto trova una specifica sanzione processuale: il che rende la garanzia "sostanziale", ovvero una consistenza diversa da quella, limitata e nominalistica, prevista dall'art. 90 bis c.p.p. L'omissione dell'avviso determina infatti la violazione del contraddittorio e la conseguente nullità, ex art. 127, comma quinto, cod. proc. pen., del decreto di archiviazione emesso *de plano*[9].

Questo è un caso in cui alla persona offesa è espressamente consentito il ricorso per cassazione come emerge dal combinato disposto degli artt. 127 comma 5 e 409 comma 6 c.p.p. che hanno condotto la giurisprudenza ad equiparare la decisione di inammissibilità *de plano* dell'opposizione alla violazione del contraddittorio discendente dall'omesso avviso dell'udienza camerale[10].

---

[7] Cass. sez. 2, n. 43353 del 14/10/2015, *C.E.D. Cass. n*. 265094 *contra* Cass. sez. 1, n. 14831 del 21\12\2015; Cass. sez. 2 n. 19704 dell'1\4\2016

[8] Così Cass. *Sez.* 2, n. 30302 del 24/06/2016, *C.E.D. Cass. n*. 267718

[9] Tra le altre Cass. *sez.* 4, n. 49764 del 13/11/2014, *C.E.D. Cass. n.* 261172 Cass. sez. 4 n. 8006 del 15.11.2013, dep. 2014, C.E.D. Cass. n. 259270, Sez. 2 n. 20186 del08/02/2013.

[10] Sul punto Cass. sez. un. n. 2 *del* 14/02/1996 Cc. (dep. 15/03/1996) *C.E.D. Cass. n*. 204132: nel corpo della motivazione si legge «a parere di queste Sezioni Unite non consegue dalla suddetta affermazione una incrinatura del principio di tassatività dei mezzi di impugnazione, di cui all'art. 568, ovvero una impugnabilità del provvedimento di archiviazione oltre il limite indicato dal sesto comma dell'art. 409.

2.3. Le comunicazioni relative alla sostituzione delle misure cautelari, alla scarcerazione ed all'evasione.

L'art. 90 ter c.p.p. prevede che la persona offesa debba essere informata della scarcerazione, dell'evasione e della cessazione della esecuzione di eventuali misure di sicurezza detentive applicate all'indagato. Tale informazione è dovuta alle seguenti condizioni: a) che si proceda per delitti consumati con violenza alla persona, b) che la persona offesa ne abbia fatto richiesta, c) che non risulti un concreto danno per l'autore del reato.

La norma non risulta coordinata con l'art. 299 comma 2 bis c.p.p. che prevede che le sostituzioni delle misure cautelari (cui possono conseguire delle scarcerazioni) debbano "sempre" essere comunicate alle vittime di reati violenti, indipendentemente da una espressa richiesta[11].

L'avviso previsto dall'art. 299 comma 2 bis c.p.p. deve essere effettuato al difensore, se vi sia stata nomina, o in mancanza di questa, alla persona offesa direttamente.

Si tratta di una disciplina che a differenza di quella prevista dall'art. 299 comma 3 c.p.p. non condiziona l'attivazione del diritto di partecipazione alla nomina del difensore o alla dichiarazione\elezione di domicilio. La scelta legislativa si spiega in quanto, a scarcerazione avvenuta, cessa l'esigenza di garantire la celerità del procedimento incidentale sulla cautela, che è alla base della scelta di limitare la facoltà di partecipazione ai soli offesi prontamente reperibili (ovvero quelli che abbiano pertanto nominato un difensore o dichiarato\eletto domicilio).

Si tratta di un obbligo sprovvisto di sanzione[12]: considerato che la persona offesa non può impugnare il provvedimento di scarcerazione o di sostituzione della misura. L'omissione dell'avviso, inoltre, non produce alcun effetto sull'incidente cautelare: si tratta di un intervento che mira alla tutela del diritto alla conoscenza dello stato del procedimento, ma che non è funzionale a soddisfare alcun interesse connesso alla conservazione della cautela.

L'interpretazione sostenuta, difatti, è aderente al coordinato disposto degli artt. 409, commi 1, 2, 6, e 410 c.p.p., non potendosi disconoscere che l'arbitraria ovvero illegittima declaratoria di inammissibilità sacrifichi il diritto della parte offesa al contraddittorio in termini equivalenti o maggiormente lesivi rispetto alle ipotesi di mancato avviso per l'udienza camerale».

[11] Invero la direttiva prevede che le informazioni circa la scarcerazione debbano essere fornire almeno nei casi in cui vi sia concreto pericolo per l'incolumità della vittima e su sua richiesta, sempre che da tale comunicazione non discenda un pericolo per l'autore del reato (art. 6, § 6) aggravando in qualche misura il livello di tutela generale (art. 6, § 5).

[12] Coerente con le indicazioni della direttiva (art. 8 §§ 5 e 6).

2.4. La partecipazione alla cognizione cautelare.

L'art. 299 ai commi 3 e 4 bis c.p.p. prevede il diritto di partecipare ad un contraddittorio cartolare precedente alla decisione del giudice sull'istanza di sostituzione della misura[13].

La richiesta deve essere notificata, a pena di inammissibilità dell'istanza, al «difensore della persona offesa o in mancanza di questo, alla persona offesa, salvo che in quest'ultimo caso essa non abbia provveduto a dichiarare o a eleggere domicilio». Si tratta di un rilevante riconoscimento del diritto della vittima a partecipare al procedimento incidentale sulle modifiche alla cautela e ad apportare tutti gli elementi a sua conoscenza utili per la decisione.

La giurisprudenza di legittimità ha generato un contrasto (in via di risoluzione) sulla necessità che la persona offesa elegga o dichiari il domicilio per avere diritto alla notifica.

Parte della giurisprudenza ha ritenuto che l'offeso andasse notificato anche in assenza di una formale dichiarazioni o elezione di domicilio, leggendo la locuzione "salvo che non" contenuta nella norma come prescrittiva della prevalenza della notifica nel luogo eventualmente eletto sulla notifica diretta[14]; altra parte ha invece ritenuto necessaria l'indicazione del luogo per le notifiche, ritenendola una "condizione" per l'esercizio del diritto di partecipazione[15].

Sembra preferibile la seconda lettura per vari ordini di ragioni.

In primo luogo: la stessa è coerente con il riconoscimento di facoltà e non di obblighi di partecipazione della vittima al processo. Ebbene: la nomina del difensore o della indicazione di un luogo per le notifiche è una chiara manifestazione della volontà di prendere parte al procedimento, sicché la sua valorizzazione è in linea con la configurazione della persona offesa come soggetto processuale eventuale, non necessario. La scelta di condizionare l'esercizio dei diritti di partecipazione ad esplicite manifestazioni di volontà dell'offeso è riconosciuta dalla giurisprudenza di legittimità che ha stabilito che, quando l'istanza di variazione del regime cautelare è presentata in udienza, la notifica non spetta alla vittima assente. Si è ritenuto infatti che l'attivazione del diritto di partecipazione dipende «dalla volontaria attivazione delle condizioni del suo esercizio ovvero a) nella fase procedimentale nella nomina del difensore o nell'elezione\dichiarazione di domicilio, b) nella fase processuale nella partecipazione alle udienze, anche senza la costituzione di parte civile. In assenza di tali manifestazione di volontà partecipativa l'offeso decade dal diritto alla notifica dell'istanza revoca, fermo il suo diritto a conoscere l'esito della eventuale revoca o

[13] In materia: SEPE, *Violenza di genere e consultazione della persona offesa nelle vicende estintive delle misure cautelari,* in *questa Rivista*, 9 luglio 2014.

[14] Cass. sez. 2, n. 52127 del 19.11.2014; Cass. sez. 2, n. 19704 dell'1.4.2016; Cass. sez. 3 n. 13610 del 3.3.2015; Cass. sez. 1 n. 34132 del 13.7.2015, Cass. sez. 6 n. 7636 del 12.12.2014.

[15] Cass. sez. 2 n. 12325 del 3.2.2016.

sostituzione della misura previsto dall'art. 299 comma 2 bis cod. proc. pen., ed ora, anche dall'art. 90 ter cod. proc. pen. introdotto dal d.lgs. 212 del 2016»[16].

In secondo luogo: la norma nell'indicare la necessità della notifica alla vittima "salvo che non abbia eletto o dichiarato domicilio" non avrebbe ragion d'essere se la locuzione fosse la mera estrinsecazione di un contenuto implicito nell'indicazione di un luogo destinato proprio alla ricezione delle notifiche. L'offeso, a differenza dell'indagato, non è destinatario di un espresso invito a dichiarare o eleggere domicilio per le notificazioni[17], ma se ritiene di indicare un luogo per le notifiche non c'è ragione di indicare esplicitamente una conseguenza ovvia, ovvero che le notifiche debbano essere effettuate proprio nel luogo indicato.

Infine: i lavori parlamentari che consentono la ricostruzione della volontà del legislatore storico evidenziano come questi abbia inteso contemperare i diritti della vittima con quelli dell'imputato richiedendo l'indicazione di un luogo che agevoli le notifiche e renda più celere l'incidente cautelare: la locuzione controversa è stata infatti inserita in sede di conversione del d.l. 14 agosto 2013 n. 93, dalla legge 15 ottobre 2013 n. 119 con il chiaro intento di contrarre i tempi dell'incidente cautelare. La notifica in luogo non immediatamente reperibile potrebbe infatti allungare in modo imprevedibile i tempi del giudizio sulla cautela; tanto più se si tiene conto del fatto che l'onere della "ricerca" insiste, di regola, sull'indagato cautelato, che può chiedere anche personalmente la modifica del regime imposto, con prevedibili difficoltà di reperimento dell'offeso che non abbia indicato il luogo per le notifiche.

L'interpretazione della elezione\dichiarazione del domicilio come "condizione" per l'attivazione dei diritti di partecipazione risolve in modo ragionevole il problema del bilanciamento tra il diritto dell'accusato ad una celere definizione dell'incidente sulla cautela ed il diritto della vittima a prendervi parte.

Ove se ne presentino le condizioni, all'omissione della notifica consegue l'inammissibilità dell'istanza. Si tratta di un presidio sanzionatorio particolarmente severo, che evidenzia la rilevanza sistemica del contraddittorio cartolare, funzionale a consentire alla vittima di invocare in sede penale la tutela del suo diritto individuale all'integrità psicofisica.

Con decisione non del tutto convincente la Cassazione ha ritenuto che l'inammissibilità possa essere fatta valere direttamente dalla persona offesa attraverso il ricorso per cassazione[18].

---

[16] Cass., sez. 2, n. 12325 del 03/02/2016, *C.E.D. Cass. n.* 266435.

[17] Come anticipato gli avvisi previsti dall'art. 90 bis e 101 cod. proc. pen. non prevedono l'invito ad eleggere il domicilio: tale carenza, tenuto conto della sua rilevanza ai fini dell'esercizio del diritto di partecipazione alla cognizione cautelare dovrebbe essere sanata dalle prassi.

[18] Si è deciso che nei procedimenti per reati commessi con violenza alla persona, la persona offesa può dedurre con ricorso per cassazione l'inammissibilità dell'istanza di revoca o sostituzione di misure cautelari coercitive (diverse dal divieto di espatrio e dall'obbligo di presentazione alla p.g.) applicate all'imputato, qualora quest'ultimo non abbia provveduto contestualmente a notificarle, ai sensi dell'art. 299, comma quarto bis, cod. proc. pen., l'istanza di revoca, di modifica o anche solo di applicazione della misura con modalità meno gravose. La Corte ha ritenuto che «la persona offesa che deduca la mancata notifica della richiesta di revoca o di sostituzione, possa dolersi di ciò mediante ricorso, venendo in

La decisione e (al pari di quella che ha ammesso il ricorso per cassazione nell'incidente cautelare della parte civile[19]) non sembra confrontarsi con il principio di tassatività delle impugnazioni e deduce la legittimazione ad impugnare attraverso una (quantomeno dubbia) interpretazione analogica di quanto previsto dall'art. 409 comma 6 c.p.p., ponendosi in contrasto con le tassative indicazioni circa la legittimazione ad impugnare contenute nell'art. 311 c.p.p.

Invero le pronunce in questione individuano, pur fornendo soluzioni criticabili, il vero *punctum dolens* della riforma, ovvero il mancato inquadramento della persona offesa come "parte" processuale e la mancata previsione di poteri diretti di impugnazione. Invero solo ove si assegnasse all'offeso la qualifica di "parte" i diritti ad esso attribuiti potrebbero essere effettivamente esercitati, senza passare attraverso la mediazione del pubblico ministero.

Pertanto ad oggi l'interesse a ricorrere dell'offeso sembra possa essere tutelato solo attraverso l'attività di mediazione del pubblico ministero[20] (prevista dall'art. 572 c.p.p.), ancora necessaria tranne nei limitati casi in cui il potere di impugnare sia previsto espressamente, ovvero nei casi: a) di omessa notifica della richiesta di archiviazione, b) di violazione del contraddittorio nel procedimento di sospensione con messa alla prova, c) di mancato o ritardato avviso dell'udienza preliminare che si concluda con sentenza di non luogo a procedere.

2.5. Il diritto alla notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari.

Quando si procede per i reati previsti dagli artt. 572 e 612 c.p. l'avviso di conclusione delle indagini deve essere notificato oltre che all'indagato ed al suo difensore anche al «difensore della persona offesa o in mancanza di questo alla persona offesa».

Si tratta di una previsione anomala: il confronto predibattimentale generato dalla notifica dell'avviso è stato esteso solo alle vittime dei reati di maltrattamento in famiglia e di atti persecutori, evocativi ancora una volta della violenza a matrice di genere. Si tratta di una disparità di trattamento rispetto alle altre vittime (sia di reati violenti che non) non del tutto coerente con le indicazioni della normativa

---

considerazione un *vulnus* alle prerogative specificamente riconosciute alla persona offesa a propria tutela, *vulnus* che dunque primariamente la stessa persona offesa, proprio in ossequio al quadro di diritti e facoltà più ampiamente riconosciute alle vittime di reato, deve ritenersi legittimata a far valere, potendosi a tal fine richiamare, onde integrare la previsione di cui all'art. 311 cod. proc. pen., le norme che riconoscono il diritto della persona offesa al contraddittorio cartolare, implicanti altresì la possibilità di dedurre il vizio inerente al mancato rispetto del contraddittorio (di ciò è ad esempio espressione l'art. 409, comma 6, cod. proc. pen.)» (Cass. sez. 6, n. 6864 del 09/02/2016, *C.E.D. Cass. n*. 266542).

[19] Cass. Sez. 6, n. 6717 del 5/2/2015, D., *C.E.D. Cass. n*. 262272.

[20] Si pensi alla richiesta mediata di incidente probatorio (art.394 c.p.p.) ed al fatto che l'assunzione della prova dichiarativa in contraddittorio incidentale deve essere autorizzata dal giudice, dato che ancora una volta rimarcare la mancata qualità di parte e, più in generale alle modalità di impugnazione mediata prescritte dall'art. 572 c.p..

sovranazionale che indirizza, invece, verso la massima estensione della facoltà di partecipazione dell'offeso alla fase procedimentale.

L'estensione alla vittima della facoltà di partecipare al confronto predibattimentale, per quanto limitata, pone ancora una volta in evidenza il problema della effettività della tutela dei diritti di partecipazione nel corso della fase procedimentale. La nullità prevista dall'art. 416 c.p.p. nel caso di omessa notifica dell'avviso è stata infatti inquadrata dalla giurisprudenza prevalente come nullità generale a regime intermedio, che può essere fatta valere solo dalla "parte processuale" nella quale non si identifica la persona offesa (così, chiaramente l'art. 178 lett. c) c.p.p.). La nullità in questione dovrebbe essere dunque fatta valere dal pubblico ministero, il cui concreto interesse a proporre l'eccezione andrebbe riconosciuto proprio in ragione dei suoi attuali poteri di rappresentanza processuale delle prerogative processuali dell'offeso (si pensi, tra l'altro, al diritto di chiedere l'incidente probatorio prevista dall'art. 394 c.p.p.).

3. Lo statuto della testimonianza delle vittime con caratteristiche di vulnerabilità.

Il d.lgs. 212\2016, come anticipato, definisce in modo compiuto lo statuto speciale della testimonianza della vittima vulnerabile.

Risulta definitivamente tracciato un binario privilegiato per la raccolta della testimonianza dell'offeso vulnerabile, che si diparte dalla fase delle indagini (dove si prevede la raccolta delle dichiarazioni con la mediazione di uno psicologo), si snoda attraverso il contraddittorio incidentale, e si conclude con lo sbarramento alla riedizione dibattimentale della testimonianza raccolta in incidente probatorio. L'audizione in dibattimento della vittima, si presenta come evento residuale, sebbene anche in tale fase, siano previste speciali modalità di protezione.

Si tratta di un sistema che, nel prevedere una vasta area di vulnerabilità presunta (che comprende le vittime di tutti i reati indicati dagli artt. 351 comma 1 ter e 392 comma 1 bis c.p.p.) offre garanzie maggiori di quelle richieste dalla Direttiva, che si limitava ad indicare la necessità di un accertamento in concreto della vulnerabilità per ogni vittima, limitando l'area delle presunzioni a quella del dichiarante minore (art. 22 e ss. Direttiva 2012\29\UE).

Nel nostro sistema per le vittime di alcuni specifici reati indicati[21] è assicurato un trattamento differenziato "automatico", fondato sulla presunzione di vulnerabilità[22].

---

[21] Si tratta degli artt. 351 comma 1 ter, 392 comma 1 bis, 398 comma 1 bis e 498 comma 4 ter c.p.p.

[22] Una tutela privilegiata viene riservata ai minori, che, quando si procede in relazione a reati che generano la presunzione di vulnerabilità possono essere sentiti in contraddittorio incidentale e con modalità protette, anche se non rivestono la qualità di vittima. Si tratta di una previsione che, unitamente a quella che prevede la protezione anche quando il dichiarante vulnerabile non sia vittima ma semplice testimone (art. 398 comma 5 ter c.p.p.) ha come obiettivo quello di garantire la "genuinità" della testimonianza

Se l'inquadramento nella vittima nella categoria del vulnerabile "presunto" non presenta difficoltà, ben più problematica è la rilevazione della vulnerabilità atipica, ovvero della condizione di debolezza relazionale delle vittime di reati non riconducibili agli elenchi che generano le presunzioni.

I parametri per il riconoscimento della vulnerabilità atipica sono indicati nell'art. 90 quater c.p.p.. Si tratta:

- dell'età, che non deve essere intesa necessariamente intesa come "minore" età, essendo il parametro rilevante anche per riconoscere la vulnerabilità delle persone anziane;

- dello stato di "infermità", che, per essere rilevante deve incidere sulla capacità di reagire alle tensioni generate dal contraddittorio dibattimentale ordinario; non è sufficiente l'esistenza di una patologia fisica per definire lo stato di vulnerabilità, essendo necessario che la stessa interessi l'area psicologica e relazionale della persona, generando l'incapacità di reagire in modo fisiologico alle sollecitazioni processuali dell'esame in contraddittorio diretto;

- dallo stato di deficienza psichica: ogni volta che vi siano elementi indizianti l'esistenza di uno stato patologico inquadrabile nella "deficienza", sembra ineludibile procedere ad accertamenti tecnici psicodiagnostici volti a verificare l'esistenza della stessa capacità a testimoniare;

- dal tipo di reato: si tratta di un parametro da utilizzare con particolare attenzione, in quanto deve essere verificata la specifica capacità di resilienza del dichiarante alla carica traumatizzante del reato nella sua manifestazione concreta; reati in astratto ad alto impatto traumatico possono essere, in concreto, non incisivi sulla capacità di reagire agli stimoli processuali (a causa dell'elevata resilienza della vittima), mentre delitti in apparenza meno gravi possono produrre danni relazionali evidenti quando offendono persone con scarse capacità reattive;

- dalle modalità e circostanze del fatto: si tratta di un parametro che indica la necessità di valutare, ancora una volta in concreto, se la condotta delittuosa, anche in relazione alle modalità con le quali è stata perpetrata ed alle caratteristiche della vittima, ha avuto effetti sulle capacità relazionali del dichiarante.

- Deve inoltre essere valutato se il fatto è stato consumato con "violenza alla persona", con odio razziale, o con finalità di discriminazione, trattandosi di modalità del delitto, in astratto, idonee ad incidere sul comportamento processuale del dichiarante.

- Infine rileva anche il fatto che il reato sia consumato nell'ambito di fenomeni criminali che, di regola, annichiliscono le capacità reattive delle vittime, ovvero nell'ambito della criminalità organizzata, del terrorismo e della tratta di esseri umani.

- Rileva, infine, il vincolo con l'autore del reato, ovvero il fatto che la persona offesa ne sia affettivamente, psicologicamente od economicamente dipendente[23].

---

proveniente da persone in condizioni psichiche non stabili (sia a causa della minore età, che di particolari condizioni personali).

[23] Indicazioni per il riconoscimento della vulnerabilità possono trarsi anche dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo: indici di vulnerabilità sono stati rinvenuti dai giudici europei non solo nell'età dell'offeso, ma anche nella condizione di soggezione e dipendenza dall'autore del reato (C. eur. Dir. Uomo,

La norma non fa alcun cenno alla violenza di genere, il che si giustifica con il fatto che le vittime di tali aggressioni sono pacificamente inquadrabili tra quelle a vulnerabilità presunta, essendo i delitti "sentinella" della matrice di genere inseriti negli elenchi che generano le presunzioni.

Si badi: anche la consumazione del reato con (generica) violenza nei confronti della persona è un parametro rilevante per il riconoscimento della vulnerabilità atipica. Dunque le vittime di reati consumati con violenza alla persona possono accedere, ove se ne ritenga in concreto lo stato di vulnerabilità, allo statuto speciale della prova dichiarativa del vulnerabile.

Le potenzialità della norma sono importanti, soprattutto ove, in coerenza con le indicazioni fornite dalla giurisprudenza di legittimità[24], si ritenga violenza anche la coazione psicologica: vulnerabili potranno essere anche vittime di estorsione ordinaria o mafiosa, gli usurati, le vittime dello sfruttamento della prostituzione.

Il legislatore, in ossequio alle indicazioni della direttiva ha, inoltre, valorizzato la valenza traumatizzante del reato che si sviluppa nell'ambito di relazioni strette, che generano dipendenza. La relazione con l'autore del reato e, segnatamente, il rapporto di dipendenza materiale o psicologica, è uno dei più significativi indicatori della vulnerabilità, essendo idonea a modificare la capacità di reagire in modo fisiologico alle sollecitazioni dell'esame svolto con modalità ordinarie, ovvero in contraddittorio "diretto" ed in presenza dell'imputato.

Anche in questo caso si tratta di un intervento che, se utilizzato con criterio, consentirà di applicare il nuovo statuto alla testimonianza delle vittime legate da relazioni di dipendenza psicologica o economica con l'accusato.

4. L' accertamento (e la dichiarazione) di vulnerabilità atipica.

Il binario speciale di raccolta della prova dichiarativa si diparte fin dalla fase delle indagini preliminari: i minori vittime dei reati ad alto impatto traumatico e gli offesi vulnerabili atipici (anche maggiorenni) possono essere sentiti dall'autorità certificante (pubblico ministero o polizia giudiziaria) con l'ausilio di uno psicologo[25]; il presidio di tutela non è stato invece previsto, deve ritenersi per una dimenticanza, per le informazioni assunte nell'ambito delle indagini difensive.

La prima valutazione giudiziale della vulnerabilità atipica viene effettuata nel momento in cui il pubblico ministero decide che è necessario ricorrere al supporto dello psicologo.

---

26 luglio 2005, *Siliadin c. Francia*), nella scarsità di risorse economiche e di strumenti culturali, ovvero nella posizione socio-economica complessiva della persona (C. eur. Dir. Uomo, 11 gennaio 2007, *Salah Sheekh c. Paesi Bassi*).; non mancano, tuttavia, pronunce che collegano la condizione di vulnerabilità al tipo di reato subito, ovvero al patimento di violenza sessuale (C. eur. Dir. Uomo, 2 luglio 2002, *S.N. c. Svezia*) o di violenza domestica (C. eur. Dir. Uomo, 9 giugno 2009, *Opuz c. Turchia*).

[24] Cass. sez. un, n. 10959 del 29/01/2016, *C.E.D. Cass. n*. 265893; Cass. sez. 2, n. 30302 del 24/06/2016, *C.E.D. Cass. n*. 267718.

[25] Come prevedono gli artt. 351 e 362 c.p.p. nella nuova formulazione.

Solo in alcuni casi, ovvero quando emerga una situazione di deficienza psichica o di infermità mentale, può essere opportuno ricorrere ad un accertamento tecnico, tenuto conto che l'accertamento psicodiagnostico è di critica compatibilità con le esigenze di speditezza, se non di urgenza, della fase delle indagini.

La valutazione di vulnerabilità dovrà dunque essere effettuata sulla base degli elementi disponibili, tenendo in particolare considerazione il trauma patito dalla vittima dichiarante, il suo stato attuale e la sua dipendenza dall'autore del reato.

Nel conferire l'incarico al mediatore il pubblico ministero dovrà indicare i motivi per cui riconosce la vulnerabilità e le ragioni che giustificano l'accesso allo statuto speciale della testimonianza.

Tale valutazione potrebbe non avere il carattere della stabilità ogni volta che la condizione psichica della vittima sia destinata ad evolversi nel tempo. Ad esempio: è ragionevole che la rilevazione di una condizione di dipendenza psichica dall'autore del reato stabilizzi (in qualche misura) la condizione, laddove la vulnerabilità conseguente al trauma da delitto violento potrebbe essere destinata a riassorbirsi con il passaggio del tempo; si tratta, evidentemente, di previsioni astratte utili solo a rappresentare i termini del problema che devono sempre tenere conto delle condizioni concrete del dichiarante.

Qualora per la verifica dello stato del dichiarante si ricorra alla consulenza tecnica, la stessa avrebbe le caratteristiche dell'accertamento "a ripetibilità limitata". Si tratterebbe cioè di un accertamento fondato su elementi mutevoli, che può acquistare dignità di prova solo se viene attivato l'incidente probatorio nel periodo di stabilità psichica. Diversamente, ogni volta che il mutamento della condizione del dichiarante si profili come prevedibile l'eventuale accertamento tecnico disposto dal pubblico ministero è destinato a perdere efficacia probatoria, a causa dello sbarramento previsto dall'art. 512 c.p.p. all'utilizzo delle prove non assunte in contraddittorio che siano prevedibilmente destinate a non essere ripetute[26].

In concreto: la strutturale mutevolezza della condizione di vulnerabilità diventa processualmente rilevante solo ove l'attività di raccolta della prova non venga effettuata in tempi brevi, con la tempestiva attivazione del contraddittorio incidentale.

L'audizione del vulnerabile senza mediatore, secondo la giurisprudenza formatasi in relazione all'audizione del minore, non genera alcuna inutilizzabilità del dichiarato assunto in via unilaterale ma solo un onere di motivazione aggravato che incombe sul giudice che sui quei contenuti intenda fondare l'accertamento di responsabilità[27].

La raccolta della testimonianza in contraddittorio incidentale è il pilastro dello statuto della testimonianza del vulnerabile.

---

[26] Sia consentito rinviare a RECCHIONE, *La prova dichiarativa del minore nei processi per abuso sessuale: l'intreccio (non districabile) con la prova scientifica e l'utilizzo come prova decisiva delle dichiarazioni*, in *questa Rivista*, 8 novembre 2013.

[27] Cass. sez. 3 n. 3651 del 10/12/2013, dep. 2014, C.E.D. Cass. n. 259088; Cass. sez. 4 n. 16981 del 12/03/2013, *C.E.D. Cass. n.* 254943.

La valutazione circa la vulnerabilità deve essere, in ogni caso, ripetuta quando si chiede e si ammette l'incidente probatorio, che consente un primo controllo sulla persistenza della vulnerabilità eventualmente già ritenuta in occasione della effettuazione della audizione unilaterale.

La disciplina (contenuta nell'art. 392 c.p.p.) ripete la distinzione tra vittime con vulnerabilità presunta e vittime caratterizzate da vulnerabilità atipica. Pertanto le ragioni della vulnerabilità dovranno essere indicate solo quando si intenderà attivare il sistema di protezione fuori dei casi tipici. Il confronto cartolare sull'ammissibilità della richiesta rappresenta la sede privilegiata per effettuare un primo confronto in contraddittorio sull'esistenza dello stato di vulnerabilità del dichiarante. A tale confronto non partecipa, straordinariamente, la persona offesa che non avrà la possibilità, convitato di pietra, di sostenere (o negare) l'interesse al riconoscimento della vulnerabilità (art. 396 c.p.p.). La vittima non ha, inoltre, la possibilità di chiedere direttamente l'incidente probatorio, che potrà essere invocato solo attraverso la mediazione del pubblico ministero: emergono qui, come in altri casi, i limiti della mancata assegnazione all'offeso della qualifica di "parte" processuale

Il provvedimento di ammissione certificherà (o negherà) la condizione di vulnerabilità esponendone le ragioni: si tratta di un provvedimento di estremo rilievo che può stabilire la necessità di attenuare il contraddittorio e rinunciare all'assunzione diretta della prova dichiarativa di fronte al giudice che decide in ragione della accertata condizione di vulnerabilità. Tale provvedimento, che incide indubbiamente sulle prerogative difensive, potrà essere contestato solo con l'impugnazione della sentenza[28].

5. Le modalità di audizione.

Lo statuto speciale riservato alla raccolta della testimonianza della vittima vulnerabile prevede non solo l'anticipazione dell'audizione [29] nella capsula incidentale,

---

[28] Il ricorso per Cassazione proposto dall'imputato avverso l'ordinanza con la quale il G.I.P. dichiara inammissibile la richiesta di incidente probatorio da lui avanzata è inammissibile. Dal sistema del vigente codice di procedura penale si ricava, infatti, con certezza che tutti i provvedimenti che intervengono nella fase di ammissione dell'incidente probatorio sono inoppugnabili; siffatta conclusione costituisce puntuale applicazione del principio, contenuto anche nel vigente codice all'art. 568, di tassatività dell'impugnazione, secondo il quale quest'ultima non è ammessa se non nei casi espressamente previsti e che, per quel che riguarda l'incidente probatorio, è riconnesso alla speditezza con la quale detta fase deve essere espletata che è incompatibile con i tempi necessari per il procedimento di impugnazione (nell'affermare il principio di cui in massima la Cassazione ha altresì evidenziato che la ritenuta inoppugnabilità del provvedimento in questione non esclude che, ove successivamente alla decisione si realizzino le condizioni richieste, l'istanza possa essere nuovamente riproposta, non ricorrendo alcuna preclusione (Cass. sez. 1, n.. 490 *del* 26/02/1990, C.E.D. Cass. n. 183674).

[29] Secondo la dottrina maggioritaria, sviluppatasi con riguardo ai minori il generico riferimento effettuato dalla norma alle persone "interessate" alla prova consente di ritenere utilizzabili le modalità protette non solo quando si assume la testimonianza, ma anche quando stesso sia coinvolto in altri atti probatori come l'esame, il confronto, la perizia, l'esperimento giudiziale o la ricognizione (BARGIS, *Sub art. 14 l. 15 febbraio 1996 n. 66,* in Leg. pen. 1996; VIGNA, *Sub art. 392 e 398, in Commento al nuovo codice di procedura penale*,

ma anche il suo svolgimento con "modalità protette". Le norme che consentono l'attivazione di speciali modalità di protezione non sono poste solo a tutela degli interessi del dichiarante, ma della stessa genuinità della prova: le modalità di assunzione della testimonianza incidono infatti sui processi di riedizione del ricordo ed, in definitiva, sull'attendibilità della prova testimoniale, sicché l'audizione in ambiente non tutelante, e con modalità non adeguate, potrebbe avere importanti conseguenze non solo sulla lesione di diritti del dichiarante, ma sulla stessa affidabilità della prova.

Tali modalità non sono predefinite per legge.

Qualche indicazione si ricava dalla disciplina prevista dal comma 5 bis dell'art. 398 c.p.p., che in caso di vulnerabilità presunta consente di effettuare l'audizione incidentale con modalità particolari anche fuori dal Tribunale, nonché dal comma 4 ter dell'art. 498 c.p.p. che, negli stessi casi, in dibattimento prevede l'uso del vetro specchio e dell'impianto citofonico. Il rinvio alle modalità di assunzione della prova previste per il dibattimento (art. 401 c.p.p.) consente inoltre, anche in incidente probatorio, di effettuare l'esame del minore con la mediazione del giudice.

Si tratta di indicazioni generiche e non tassative che sono state "corrette" dalla prassi, che si è assestata, utilizzando l'ampia discrezionalità concessa al giudice dall'art. 398 comma 5 bis c.p.p., sull'uso del vetro specchio teso all'evitamento di contatti diretti tra le parti ed il teste e l'ampio ricorso alla mediazione del giudice (o del perito psicologo).

Il contraddittorio si svolge, dunque, in forma "attenuata", ovvero attraverso la "mediazione" del giudice e del tecnico\psicologo[30].

L'audizione mediata comprime in modo significativo, seppur non esiziale, i diritti della difesa che si vede privata della facoltà di interagire direttamente con il

---

coordinato da CHIAVARIO, IV, Utet, 1990). Parte della dottrina rileva che l'ampia dizione letterale della norma lascerebbe aperta la possibilità di applicare le modalità descritte al caso in cui il minore si limiti — ove ciò sia consentito (art. 401 comma 3 c.p.p.) — ad assistere all'udienza di assunzione della prova (BARGIS, cit.; VIGNA, cit.). Si è, al riguardo, osservato che se il minore fosse sottoposto alle indagini «non potrebbe certo negarsi la sua qualità di persona interessata all'assunzione della prova» (VIGNA, cit.).

[30] Poiché è diffuso nella prassi il ricorso ad un "mediatore" esperto di psicologia infantile, la Corte di legittimità ha chiarito che « nel caso di esame protetto di minori nelle forme dell'incidente probatorio (art. 398 comma 5-*bis*) non ricorre alcuna ipotesi di nullità ove sia il giudice a condurre direttamente l'assunzione della prova testimoniale, in quanto l'esperto in psicologia infantile, eventualmente nominato ai sensi dell'art. 498 comma 4 c.p.p., ha solo la funzione di assistere il giudice fornendo sostegno psicologico al minore ovvero di indicare le modalità con cui devono essere preferibilmente poste le domande » (Cass., sez. III, 15 febbraio 2008, n. 11130, G., *C.E.D. Cass.*, n. 239003). Tale orientamento evidenzia, ancora una volta, l'estensione dei poteri discrezionali del giudice in relazione ai modi in cui attuare concretamente il contraddittorio in forma protetta. La Corte, infatti, è giunta a ritenere legittima anche la testimonianza in forma scritta (con domande orali e risposte scritte) quando questa modalità appare necessaria per tutelare la fragile psicologia del teste e la genuinità della deposizione (Cass., sez. III, 25 maggio 2004, n. 33180, I., *C.E.D. Cass.*, n. 229157: in motiv., si afferma che tale forma non costituisce violazione del principio del contraddittorio — in quanto non impedisce alle parti presenti di rivolgere domande o fare contestazioni —, né violazione del principio dell'oralità, in quanto non si tratta di prova precostituita fuori dal processo ma formata in contraddittorio tra le parti, come per le deposizioni del sordo o del sordomuto).

testimone e di effettuare il controesame, anche attraverso la posizione di domande suggestive (secondo quanto prevede l'art. 499 c.p.p.).

In questa nuova dimensione dell'esame per il rispetto del diritto al contraddittorio è essenziale che alle parti sia concesso di formulare domande, che saranno poste attraverso la mediazione del giudice. La salvaguardia del diritto delle parti di "chiedere" chiarimenti al teste protetto su circostanze ritenute rilevanti consente di "salvare" la procedura da eventuali censure di iniquità per violazione dell'art. 6 C.E.D.U.[31]. Tale struttura dell'audizione incidentale impone di porre particolare attenzione alla stesura del "verbale di accompagnamento", ovvero alla descrizione di quello che accade in udienza (di regola nella camera ove non si trova il dichiarante) quando le parti pongono le domande che vengono filtrate dal giudice (o dal tecnico che lo supporta). La adesione dell'esame alle richieste di parte è, infatti, una condizione di legittimità della testimonianza, che deve essere verificabile attraverso la lettura del verbale, dove dovranno essere riportate le richieste delle parti e le decisioni del giudice in ordine alla eventuale inammissibilità o irrilevanza dei temi di prova proposti.

La tutela del diritto di difesa nella sua declinazione di diritto all'assunzione della prova in contraddittorio "si gioca" proprio nella fase in cui le parti propongono i temi di prova che devono essere presi in carico dal mediatore. Solo la corrispondenza dell'esame alle richieste delle parti consentirà di ritenere tutelato il diritto al contraddittorio. Eventuali violazioni dello stesso dovranno comunque essere tempestivamente eccepite, integrando delle ipotesi di nullità a regime intermedio.

Con riferimento al procedimento di attivazione delle modalità di protezione, vale la pena di segnalare che quando si assume la testimonianza in contraddittorio incidentale l'attivazione della protezione è prevista d'ufficio solo per alcune delle vittime, ovvero quelle con vulnerabilità presunta indicate dall'art. 398 comma 5 bis c.p.p. (ovvero i minori e gli infermi di mente, anche maggiorenni, offesi dai reati ad alto impatto traumatico) [32]. Per i vulnerabili atipici l'art. 398 comma 5 quater cod. proc.

---

[31] In tal senso, chiaramente si esprime la decisione Accardi c. Italia (C. eur. Dir. Uomo, 20 gennaio 2005)

[32] Al riguardo, la Corte di cassazione ha stabilito che «il giudice dell'incidente probatorio ha il potere di valutare discrezionalmente se sussistano le condizioni per l'adozione della particolare modalità di espletamento dell'esame protetto del testimone minorenne, tenuto conto delle esigenze del minore stesso » (Cass., sez. III, 8 gennaio 2009, n. 7141, R. e altro, *C.E.D. Cass.*, n. 242826: fattispecie nella quale l'esame era avvenuto in una stanza adiacente quella d'udienza, con la porta aperta e le luci accese, presenti la madre e la sorella del minore. Quanto al contenuto dell'ordinanza ammissiva con specifico riferimento alle modalità particolari di audizione, la Corte, con riferimento ad un caso in cui si lamentava la mancata indicazione — preventiva rispetto all'audizione — delle modalità con le quali si sarebbe svolto l'esame, ha dichiarato che non è causa di nullità, per assenza di previsione di legge, l'omessa, preliminare indicazione, da parte del giudice dell'incidente probatorio, delle modalità di svolgimento dell'esame protetto e, specificamente, delle modalità di controesame, disposto nel corso di procedimenti per reati sessuali ove alla prova siano interessati minorenni o maggiorenni infermi di mente (Cass., sez. III, 27 maggio 2009, n. 26249, A. e altro, *C.E.D. Cass.*, n. 244375). Per quanto la pronuncia in questione sia riferita alla fase dell'esecuzione dell'incidente e non al suo momento ammissivo, la S.C. ha rilevato che per la violazione dell'art. 398 comma 5-*bis* il codice non prevede alcuna sanzione, sicché il diritto di difesa può ritenersi salvaguardato dalla indicazione, nell'ordinanza ammissiva, del luogo e delle modalità "protette" di

pen. è previsto il rinvio alla disciplina dibattimentale (art. 498 comma 4 quater cod. proc. pen.) sicché, in tal caso, è necessaria la richiesta della persona offesa.

Il fatto che il ricorso alle speciali modalità di protezione sia in alcuni casi ad impulso di parte è condizione processuale significativa: l'attenuazione delle prerogative difensive, infatti, non dipende tanto dalla anticipazione del contraddittorio (cui segue la rinuncia all'oralità, ampiamente bilanciata dalla videoregistrazione) quanto dalla predisposizione delle modalità di protezione. Pertanto la mancanza dell'impulso di parte potrebbe generare un vizio della procedura che si traduce in una violazione del diritto di difesa, ovvero in una nullità generale a regime intermedio, con i conseguenti oneri di tempestiva eccezione.

L'esame deve essere documentato con forme di riproduzione fonografica o audiovisiva: si tratta di una norma fondamentale in quanto consente di preservare la piena fruibilità della testimonianza nella sua dimensione complessa (comprensiva anche delle modalità di comunicazione extraverbale) nel corso della intera progressione processuale, garantendo la affidabilità e la reiterabilità della valutazione[33].

Tenuto conto della rilevanza dell'apprezzamento della comunicazione extraverbale la "confezione" attraverso la predisposizione della documentazione aggravata della testimonianza assunta in incidente probatorio è, invero, essenziale per evitare la ripetizione dell'esame nelle successive fasi processuali e per scongiurare i correlati pericoli di vittimizzazione da processo e di inquinamento della genuinità dei contenuti testimoniali.

6. La nuova dimensione del principio di oralità (anche alla luce della pronuncia delle Sezioni unite n. 27620 del 28 aprile 2016, Dasgupta).

Guardando in controluce l'effetto delle riforme che interessano la vittima emerge l'ipertrofia del contraddittorio anticipato: la capsula incidentale da "eccezione" diventa "regola" in tutti casi in cui il dichiarante non abbia, presuntivamente, o in seguito a specifica valutazione, la capacità relazionale necessaria per affrontare il contraddittorio ordinario, sia cioè "vulnerabile".

Ne segue una percepibile trasformazione del principio di oralità: la prova dichiarativa decisiva, in una gran numero di casi, non viene assunta di fronte al giudice che procede, ma innanzi al giudice per le indagini preliminari, che raccoglie e "confeziona" la testimonianza destinata ad essere valutata da altri.

---

svolgimento dell'esame testimoniale, non essendo necessaria l'indicazione dettagliata delle modalità di audizione.

[33] Tuttavia, in caso di inosservanza di documentazione fonografica o audiovisiva, la Corte di legittimità non ha rilevato l'esistenza di alcuna causa di nullità o inutilizzabilità, potendo, la carente documentazione, «semmai comportare un ostacolo al necessario controllo, cui è appunto finalizzata l'adozione di detta particolare documentazione, circa l'attendibilità intrinseca delle dichiarazioni rese» (Cass., sez. III, 9 luglio 2008, n. 32580, xy, *C.E.D. Cass.*, n. 240746).

La tensione con il principio di oralità, nella sua configurazione tradizionale, sarebbe dirompente se l'operazione non fosse connotata dal diffuso ricorso alla videoregistrazione. Il supporto documentale audiovisivo consente infatti di "rinnovare" la percezione diretta della testimonianza durante ogni fase processuale, dal dibattimento all'appello. Il giudice che procede potrà esaminare il filmato e "percepire" l'evento-testimonianza nella sua tridimensionalità, dato che la videoregistrazione preserva dal rischio di dispersione dei contenuti comunicativi non verbali che concorrono ad integrare il fenomeno dichiarativo.

La tendenza alla svalutazione della testimonianza assunta in dibattimento trova conferma nella barriera alla riedizione dell'audizione effettuata in incidente probatorio prevista dall'art. 190 bis c.p.p., che limita l'accoglimento della richiesta di riassunzione della testimonianza ai casi in cui siano indicati temi di prova nuovi, ovvero non esplorati nel corso della pregressa audizione.

In tale quadro si inserisce in modo del tutto distonico la sentenza pronunciata dalle Sezioni unite nel caso "Dasgupta", secondo cui la prova dichiarativa, nel giudizio di appello proposto dal pubblico ministero avverso la sentenza di assoluzione, deve essere rinnovata anche in caso in cui sia stata assunta in incidente probatorio o quando la testimonianza decisiva sia quella di una vittima vulnerabile, in questo caso con qualche (non del tutto chiara) concessione alla discrezionalità. Nella pronuncia delle Sezioni unite si legge infatti che «è rimessa al giudice la valutazione circa l'indefettibile necessità di sottoporre il soggetto debole, sia pure con le opportune cautele ad un ulteriore stress al fine di saggiare la fondatezza dell'impugnazione proposta avverso la sentenza assolutoria»[34].

L'individuazione di un obbligo di rinnovazione dibattimentale della testimonianza assunta in incidente probatorio, e videoregistrata, non tiene conto della visibile trasformazione dello statuto della prova dichiarativa, che trova il suo nuovo "centro" proprio nell'incidente probatorio piuttosto che nella testimonianza dibattimentale e si presenta funzionale all'evitamento di quella riedizione, che le Sezioni unite, invece, propongono come necessaria.

Se, come sembra, la prova dichiarativa decisiva è destinata ad essere raccolta in via ordinaria in sede incidentale ed ad essere documentata con la videoregistrazione, ovvero con una modalità di documentazione che consente la fruibilità della testimonianza nel corso dell'intera progressione processuale, l'imposizione di un obbligo di rinnovazione rischia di destrutturare il sistema in quanto contrasta la riconosciuta idoneità probatoria permanente della videoregistrazione, idonea a surrogare la valutazione diretta della testimonianza\evento.

Del resto la giurisprudenza più avvertiva aveva già individuato in capo al giudice di appello un onere di "visione" del filmato in atti, di cui dare atto in motivazione, chiarendo che la valutazione del giudice d' appello sulla testimonianza decisiva (nel caso di specie quella di un minore presunta vittima di abuso sessuale), per essere affidabile e legittimare la riforma della pronuncia assolutoria di primo grado,

[34] Cass., Sez. un., n. 27620 del 28/04/2016, *C.E.D. Cass. n.* 267486.

deve essere conseguenza non solo della lettura delle trascrizioni dell'incidente probatorio, ma anche dell'analisi della testimonianza conseguente alla visione delle videoregistrazioni[35].

7. Luci ed ombre.

Il sistema ha il pregio di valorizzare il ruolo e gli interessi la vittima prevedendo inediti diritti di partecipazione, in alcuni casi assistiti da seri presidi sanzionatori che rendono la tutela offerta sostanziale e non nominalistica.

Ha il difetto di non avere avuto il coraggio di assegnare alla persona offesa il ruolo di "parte" processuale, seppure eventuale. Tale incompiutezza del ruolo assegnato alla vittima si manifesta nella limitazione dei poteri di impugnare i provvedimenti lesivi dei suoi interessi: si pensi alle criticità rilevate in materia di impugnazione del provvedimento sulla cautela emesso senza la previa notifica, o alla incapacità di eccepire le lesioni di un diritto di difesa che l'art. 178 c.p.p. tutela solo in relazione alla "parte".

Invero la assegnazione della qualifica di parte all'offeso non inciderebbe sulla struttura pubblicistica del processo, una volta chiarito che non si tratterebbe di una parte necessaria, ma consentirebbe di attuare una tutela effettiva dei suoi interessi

Sotto diverso profilo la riforma dello statuto della prova dichiarativa dell'offeso vulnerabile denuncia il fallimento del rito accusatorio che, nella sua architettura originaria, vedeva nella raccolta della prova dichiarativa in sede dibattimentale il centro del processo.

Il nodo critico, in questa area non si rinviene tanto nella struttura normativa che si presenta soddisfacente, seppur necessitante di qualche ripensamento (si pensi al fatto che l'offeso non può chiedere direttamente l'incidente probatorio, né partecipare al contraddittorio cartolare che precede l'ordinanza del giudice): le criticità, qui, originano, piuttosto, dalla giurisprudenza delle Sezioni unite della Cassazione che, in controtendenza rispetto al progetto legislativo di contrazione delle audizioni e di documentazione della testimonianza incidentale in modo stabilmente fruibile, chiedono, seppur con qualche distinguo, che si disponga la rinnovazione dibattimentale dell'audizione incidentale (anche) dell'offeso vulnerabile ogni volta che si ribalti la sentenza assolutoria, senza tenere conto del fatto che la videoregistrazione consente di rinnovare la percezione diretta dell'evento testimoniale.

[35] Cass. sez. 3, n. 43723 del 23/05/2013, *C.E.D. Cass. n.* 258324: in motivazione, la Corte ha chiarito che il principio scaturisce dalla considerazione per la quale l'evento-testimonianza in riferimento alla vittima di età minore si compone, oltre che del "risultato" dell'esame-intervista, anche delle modalità con le quali l'incombente istruttorio venga realizzato.

1/2017

L'AGENTE DI PUBBLICA SICUREZZA PUÒ ABBANDONARE UN INCAPACE?

Riflessioni su Cass., sez. V, 10 maggio 2016, n. 19448, Pres. Lapalorcia, Rel. Amatore

di Riccardo Sabato

Abstract. *Prendendo spunto da un'innovativa sentenza in tema di reato di abbandono di incapace realizzato da agenti di pubblica sicurezza, il contributo analizza le principali questioni relative al sistema delle posizioni di garanzia nel diritto penale italiano – sistema che non sempre risulta chiaro e ben delineato – e alle ricadute in punto di imprevedibilità dell'incriminazione e di compatibilità con il principio di legalità.*

SOMMARIO: 1. Il fatto. – 2. Le questioni di diritto – 3. Alcuni spunti di riflessione.

1. Il fatto.

Due agenti della polizia stradale, su segnalazione del personale addetto alla viabilità, si recavano sulla tangenziale nord di Torino, dove era stato avvistato un pedone. La signora, di origine asiatica, non riusciva a comunicare con gli agenti. Questi la accompagnavano in un'area di servizio, da cui la facevano uscire attraverso un cancello che immetteva su una strada della viabilità locale che conduceva a un quartiere cittadino.

La signora tuttavia non ritornava alla propria abitazione e i familiari, allarmati, la facevano ricercare anche attraverso appelli in programmi televisivi dedicati al ritrovamento di persone scomparse.

Il corpo della donna veniva rinvenuto dopo sette mesi non lontano dalla stazione di servizio autostradale.

La Corte di Assise di Torino condannava i due agenti per il reato di cui all'art 591 c.p., a cui si aggiungeva in grado di appello l'aggravante della morte, di cui al terzo comma dell'art. cit., per il ritenuto nesso causale tra abbandono e decesso.

Con i motivi di ricorso in cassazione gli imputati si dolevano, tra l'altro, della violazione ed erronea applicazione degli artt. 591 c.p., 1 Tulps e 24 l. n. 121 del 1981, ritenuti dalle corti di merito come fondanti obblighi di garanzia in capo agli agenti.

2. Le questioni di diritto.

La Corte di cassazione[1] rigetta il ricorso ricordando che l'art 591 c.p. "*tutela il valore etico-sociale della sicurezza della persona fisica*"[2] e, "*in questa prospettiva, nessun limite si pone nella individuazione delle fonti da cui derivano gli obblighi di custodia e di assistenza che realizzano la protezione di quel bene e che si desumono dalle norme giuridiche di qualsivoglia natura, da convenzioni..., regolamenti od ordini di servizio, rivolti alla tutela della persona umana. Ad ogni situazione che esige detta protezione fa riscontro uno stato di pericolo che esige un pieno attivarsi …(sez. V, n.290 del 30/1/1993 – dep. 14/01/1994, Balducci, Rv. 196779)*"[3].

Nel caso di specie, tuttavia, la Suprema Corte, conscia del fatto che non vi era stata emanazione di ordini o altre regole di servizio, neanche da parte dalla centrale operativa di polizia, e consapevole altresì della novità di un caso di abbandono di incapace da parte di agenti di pubblica sicurezza[4], si interroga sul tema della individuazione delle fonti del dovere di cura e custodia delle persone, ripercorrendo le posizioni della dottrina sul punto.

Si tratta, come espressamente chiarito dalla Corte, di una "*posizione di garanzia che si articola a sua volta in un dovere di cura o in un rapporto di custodia... con la precisazione tuttavia che, mentre per la custodia si ha riguardo al dovere anche temporaneo esistente al momento dell'abbandono, per la cura è richiesto un preesistente dovere di assistenza, rilevante anche ove, in concreto, non abbia trovato attuazione*"[5].

Per un primo orientamento, coincidente con la concezione formale o mista[6] delle fonti degli obblighi di garanzia, è necessario il sussistere di uno specifico obbligo

---

[1] La sentenza è massimata in C.E.D. Cass. Pen. 2016/19488, rv. 267126.

[2] Circa le caratteristiche del reato, tra le voci enciclopediche più note, v. ad es. G.D. PISAPIA, *Abbandono di minori o incapaci*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958; R. PANNAIN, *Abbandono di persone minori o incapaci* in *Nss. Dig. It.*, I, Torino, 1957. Per approfondimenti sul delitto di cui all'art 591 c.p. G. NEPPI MODONA, *Sui presupposti della tutela penale del minore: artt. 591 c.p. e 593 c.p.*, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1976; F. BASILE, *Il delitto di abbandono di persone minori o incapaci (art. 591 c.p.)*, Milano, 2008.

[3] La S.C. segue l'impostazione consolidata fin da Cass. pen., sez. V, 14 gennaio 1994, n. 290, rv. 196779 per cui la "*norma tutela il valore etico-sociale della sicurezza della persona fisica contro determinate situazione di pericolo*" – anche solo potenziale (Cass. pen., sez. V, 12 novembre 1974, n. 8180, rv. 128370) –, pericolo che non è escluso dalla temporaneità della condotta né dalla possibilità di eventuali soccorsi *aliunde* se inidonei a una supplenza vicaria delle attività (Cass. pen., sez. V, 22 giugno 1990, n. 1947, rv. 184676).

[4] La nozione di agente di pubblica sicurezza individua appartenenti a diversi corpi o amministrazioni (es.: carabinieri, agenti di polizia di stato, guardie forestali, cantonieri) e si ricava dagli articoli 17, 18 e 43 del testo unico della legge sugli ufficiali ed agenti di pubblica sicurezza di cui al r.d. 31 agosto 1907, n. 690, testo unico aggiornato dal d.l. 6 maggio 2002, n. 83, convertito in l. 2 luglio 2002, n. 133. Ai fini di cui alle riflessioni da svolgere, può essere rilevante notare che l'attribuzione della qualifica può avvenire anche in via temporanea ai sensi del nuovo art. 5 *bis*.

[5] Così in sentenza. Cfr., nello stesso senso, F. BASILE, *op. cit.*, pp. 51 ss: «*se la relazione di cura può scaturire solo da un dovere (giuridico): il soggetto attivo deve avere cura del soggetto passivo; la relazione di custodia può, invece, sorgere anche da una situazione di mero fatto: il soggetto attivo ha la custodia del soggetto passivo*».

[6] Seguendo il parallelismo operato anche dalla Suprema Corte, la condotta di abbandono presuppone una situazione similare a quella del reato omissivo improprio, ossia un obbligo di garanzia di impedire l'evento posto in capo a determinati soggetti. La teoria formale, rifacendosi al principio della riserva di

giuridico (non soltanto morale) di cura o custodia, che può essere originario o derivativo e che può trovare la sua fonte tanto nella legge quanto in atti equivalenti: ad es. nella legge extrapenale (così per genitori, tutori e maestri), nel contratto (che fonda pur sempre la sua forza nella legge ai sensi dell'art. 1372 c.c.) tipico (gli affidatari dietro contratto d'opera: bambinaia, guida alpina, infermiere, medico, ecc.) o atipico (così nel caso dei vicini di casa che, in assenza dei genitori, si prendono cura del bambino), cui attenta dottrina aggiunge i negozi bilaterali.

Per una seconda impostazione, vicina invece alla concezione sostanzialistico-funzionale o a quelle mista delle fonti[7], non è necessario che la relazione di cura e di custodia sorga -sempre- da un obbligo giuridico di carattere formale, "*poiché si parla in tal caso di «obblighi di fatto» o di «stato di fatto creato da soggetto attivo» o di una «negotiorum gestio»*"[8].

La Corte sembra condividere questo secondo orientamento, quantomeno con riguardo agli obblighi di assistenza, distinguendo così la cura dalla custodia: "*In base al tenore letterale dell'articolo 591, comma 1 c.p., se la relazione di cura può scaturire solo da un dovere giuridico (detto altrimenti, il soggetto attivo «deve» avere cura del soggetto passivo), la relazione di custodia può invece sorgere anche da una situazione di fatto (qui il soggetto attivo «ha» la custodia del soggetto passivo). Mentre la relazione di cura è una relazione necessariamente giuridica che deve scaturire da una valida fonte giuridica formale (legge o contratto) precedente all'espletamento della prestazione di assistenza, quella di custodia è una relazione anche di fatto purché sia attuale ed effettivamente sussistente al momento dell'abbandono, senza che rilevi la fonte dalla quale essa è sorta.*

Del resto, anche semanticamente occorre puntualizzare che con il termine «custodia» -riferibile prevalentemente a soggetti minori di età ovvero agli anziani non autosufficienti- si deve intendere una sorveglianza diretta ed immediata, mentre la nozione di cura si riferisce invece a soggetti adulti di regola capaci di provvedere al loro stessi ma che versano in concreto, per ragioni contingenti, in situazione di debolezza o di pericolo (ad esempio un alpinista

---

legge, afferma che vadano escluse le fonti sublegislative (regolamenti, atti amministrativi, consuetudine) che possono solo specificare obblighi già posti da legge (ad es. antinfortunistica): G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio: la struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983, p. 251; F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2011, p. 165; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2006, p. 266. In senso parzialmente difforme, L. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2002, p. 178. Per le "alterne fortune" della legge penale come fonte di obblighi di garanzia e per la questione dell'obbligo derivante da "precedente azione pericolosa" (c.d. teoria dell'ingerenza), cfr., critico sul punto, F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 165. Attualmente prevalente in dottrina, come chiarito dallo stesso A., è la concezione mista, formale-sostanziale, che opera una sintesi tra le concezioni, correggendo la teoria formale mediante la selezione tra gli obblighi giuridici di quelli realmente corrispondenti ad una funziona di garanzia (F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 160).

[7] Con l'eccezione, di cui si dirà, della *negotiorum gestio* la tesi pare infatti ricalcare la concezione attualmente dominante nella dottrina tedesca secondo cui l'obbligo di impedimento deriva dalla "posizione fattuale di garanzia" del bene, assunta in concreto da specifici soggetti (ad es. per convivenza continuativa) nei confronti di beni giuridici bisognosi di una tutela rafforzata per incapacità di adeguata protezione da parte del titolare secondo un'ottica di rispetto delle esigenze solidaristiche (cfr. F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 160).

[8] Cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte Speciale*, Milano, 2003, p. 123

inesperto affidato la cura di una guida alpina) e che pertanto necessitano di prestazione e di cautele protettive.

Peraltro, accedendo ad un'esegesi sistematica delle norme in esame, può anche ritenersi che il soggetto attivo del delitto di abbandono ex art. 591 c.p. possa essere accostato al soggetto attivo dei reati omissivi impropri di cui al secondo comma dell'art. 40, con la possibilità di richiamare anche qui quella interpretazione giurisprudenziale sulla nozione di posizione di garanzia formatasi negli ultimi anni e che individua tra le fonti della detta posizione anche il c.d. contatto sociale[9] *(Cass., sez IV, 22 maggio 2007, n. 25527, Conzatti, sez. V, 5 aprile 2013, n. 50606, Manca)*".

Per la Corte, dunque, in via generale "*l'obbligo di garanzia e di protezione... non deve farsi discendere dal Tulps o dalla l. 121 del 1981 quanto piuttosto dalla circostanza fattuale del contatto tra il soggetto passivo ed attivo della obbligo di custodia …; la predetta posizione di garanzia si atteggia in modo peculiare anche in ragione del ruolo ricoperto dai ricorrenti che, quali agenti di polizia, rivestivano una posizione di maggior protezione e garanzia rispetto alla posizione gravante sul comune cittadino, e ciò non tanto in ragione delle norme sopra richiamate -che costruiscono invero regole generali delineanti i compiti istituzionali ricoperti dagli appartenenti alla Polizia di Stato – quanto piuttosto in ragione del ruolo protettivo che essi rivestono allorquando si imbattono i soggetti all'evidenza incapaci di badare a loro stessi ed in stato di oggettivo pericolo*".

In base a tali argomentazioni – tra le altre – la Suprema Corte perviene dunque alla conferma della sentenza di condanna.

3. Alcuni spunti di riflessione.

Tralasciando la considerazione dell'elemento soggettivo, che pure richiederebbe un'attenta analisi in quanto la Corte non sembra, con la sentenza in commento, allineare il proprio *decisum* ai recenti approdi in punto di distinzione tra dolo e colpa[10],

---

[9] Il termine fa capolino raramente nella giurisprudenza di legittimità penale. Tra i casi più recenti, peraltro con riferimento a ipotesi di omicidio colposo, Cass. pen., sez. V, 5 maggio 2016, n. 8895, non massimata, in tema di obblighi della struttura medica e Cass. pen., sez. IV, 21 gennaio 2016, n. 2536, rv. 265795 sulla posizione del dirigente scolastico del Convitto nazionale durante il sisma dell'Aquila. Sul contatto sociale cfr., *ex multis*, C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto"*, in *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997; F.D. BUSNELLI, *Itinerari europei nella "terra di nessuno "tra contratto e fatto illecito*, in *Contratto e impresa*, 1991, p. 546; V. ROPPO, *Il contatto sociale ed i rapporti contrattuali di fatto*, in *Casi e questioni di diritto privato*, a cura di M. BESSONE, Milano, 1993.

[10] Si fa riferimento alla teoria del bilanciamento degli opposti interessi, fatta propria dalla Corte di cassazione nella nota sentenza sul caso *Thyssenkrupp* (Cass. pen., sez. un., 18 settembre 2014, n. 38343, rv. 261104), la quale distingue dolo e colpa dando particolare rilievo alle cc.dd. formule di Frank. Esse, se correttamente interpretate nel caso in commento, avrebbero dovuto probabilmente condurre a un addebito a titolo colposo, e quindi all'assoluzione, essendo l'abbandono un reato solo doloso. Per l'accostamento tra teoria del bilanciamento e formule di Frank, A. AIMI, *Il dolo eventuale alla luce del caso Thyssenkrupp*, in *questa Rivista*, 6 novembre 2014. Su tale sentenza, in generale, G. FIANDACA, *Le Sezioni Unite tentano di diradare il mistero del dolo eventuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 4, 1938 ss.; R. BARTOLI, *Luci ed ombre della sentenza delle Sezioni unite sul caso Thyssenkrupp*, in *Giur. it.*, 2014, 11, pp. 2566 ss.; M. RONCO,

la sentenza stessa si segnala per il fatto che con essa la Corte di cassazione estende – in maniera che deve ritenersi eccessiva – il ruolo degli obblighi di garanzia[11].

Il primo punto dubbio circa le argomentazioni della Corte concerne la derivazione dell'obbligo di custodia nel caso di abbandono di maggiori di età.

Infatti, mentre per il reato di abbandono di minore, secondo la giurisprudenza, non occorre la preesistenza di un obbligo giuridico di custodia, in quanto il divieto di abbandono "*è imposto direttamente dalla legge a chiunque venga a trovarsi, anche per un rapporto di mero fatto, in una situazione che ponga il minore a sua disposizione*" (Cass. pen., sez. I, 26 marzo 1968, ord. n. 7, rv. 107344), si può quanto meno dubitare che il medesimo generale divieto possa discendere dalla legge, ed in forza di una mera situazione fattuale, anche verso dei maggiorenni.

La riscoperta della volontà nel dolo, ivi, 1953 ss.; A. MONTAGNA, *Il disastro della Thyssen: un ordinario caso di omicidio colposo*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 11, pp. 1283 ss.

Con riferimento alla necessaria valorizzazione dell'autoresponsabilità del soggetto garantito per l'addebito anche solo a titolo colposo e della previsione, nell'area coperta dalla regola cautelare, del fatto proprio del garantito, cfr. Trib. Avellino, 23 febbraio 2011, G.u.p. Riccardi, le cui massime sono leggibili in *Responsabilità penale del marito per l'omesso impedimento del suicidio della moglie? (con l'arma detenuta nell'armadio dell'abitazione coniugale)*, a cura di G. L. GATTA, in *questa Rivista*, 2 novembre 2011.

Ad ogni buon conto anche la più largheggiante giurisprudenza di legittimità in tema di abbandono ex art. 591 c.p. richiede l'esatta percezione della situazione di pericolo (cfr. ad es. Cass. pen., sez. V, 13 settembre 1990, n. 12334, rv. 185295; A. SCOLOZZI, *Sull'abbandono di persona minore o incapace*, in *Giust. pen.*, 1986, II, 376).

[11] Non si tratta peraltro del solo recente caso. Cfr., ad esempio, anche se con riferimento agli obblighi di cura, Cass. pen., sez. V, 18 ottobre 2016, n. 44089, non massimata, secondo cui "*il primo giudice ha correttamente individuato in capo alla ricorrente un dovere giuridico di cura in riferimento all'anziano padre; dovere configurabile attraverso un'interpretazione sistematica delle norme di livello costituzionale riguardanti il riconoscimento della famiglia come società naturale (art. 29 Cost.), il suo inquadramento tra le formazioni sociali ove si svolge la personalità dei singoli e l'adempimento dei doveri di solidarietà sociale (artt. 2 e 3 Cost.).*

Il quadro valoriale delineato dalla Costituzione, teso al riconoscimento del valore fondamentale della famiglia, alla cui unità, stabilità e benessere anche i figli devono contribuire, è completato dalle norme del codice civile che impongono il dovere di rispetto dei figli verso i genitori (in particolare, art. 315bis c.c.), che diventa concretamente stringente in caso di stato di bisogno ed incapacità del singolo a provvedere al proprio mantenimento, operando in tal caso la disciplina di cui all'art. 433 c.c.; infine, a completamento di tale quadro normativo, devono citarsi le norme contenute nel codice civile sull'amministrazione di sostegno, dirette ai figli, per l'attivazione di meccanismi giuridici di protezione dei genitori non autonomi (in particolare artt. 406 e 417 c.c.).

Sulla scorta di tali considerazioni, deve ritenersi non accoglibile il ricorso presentato dall'imputata, configurandosi in capo alla stessa uno specifico dovere di cura del genitore anziano, dovere provvisto di adeguato fondamento costituzionale e codicistico".

In tale diverso caso il problema, rispetto alla sentenza commentata nel testo, presenta una sorta di inversione logico-giuridica: il dovere di cura, stando all'interpretazione della S.C., deve essere necessariamente preesistente e formalmente giuridicizzato rispetto a quello di custodia. Tuttavia, anche in questo caso, la normativa di riferimento è estremamente generale (valori costituzionali e dovere di rispetto dei figli), senza che lo specifico dovere di cura emerga (si veda anzi, tra le stesse norme citate, l'art. 433 c.c. che, unitamente agli articoli successivi del codice, pur essendo la norma più specifica e penetrante, riguarda una mera prestazione di alimenti, e non di cure; pospone nell'obbligo i figli al coniuge; esclude l'obbligo in assenza di stato di bisogno – art. 438 – e lo concreta anche nella forma economica di un "assegno" senza alcun contatto personale – art. 443). Maggiormente valido il riferimento all'"attivazione dei meccanismi di protezione" ma, anche qui, v'è il problema – che pervade entrambe le sentenze – della differenza e della difficile compatibilità tra obblighi di protezione e obblighi di attivarsi.

La S.C. richiama dunque – *ad adiuvandum* rispetto alla propria diversa decisione – la tesi, fatta propria da Cass. pen., sez. IV, 22 maggio 2007, n. 25527, Conzatti, rv. 236852 secondo cui tra le fonti di obblighi di garanzia ex art. 40, c. 2 c.p. sono da ricomprendere non solo i contratti ma anche gli "*atti negoziali atipici e le iniziative volontarie unilaterali assunte di fatto*", sia che si acceda alla tesi civilistica del contatto sociale, sia che si valorizzi la spontanea assunzione di un onere protettivo, solitamente in forza dell'art. 2028 c.c. (c.d. *negotiorum gestio*), purché si realizzi l'effettiva presa in carico del bene o del soggetto da proteggere.

Il richiamo alla *negotiorum gestio* è, però, anch'esso di fondatezza grandemente dubbia.

Come sostenuto da autorevole dottrina[12], la teoria dell'aggancio alla *negotiorum gestio* costituisce un mero *escamotage*, necessario nell'ambito delle concezioni formale e mista, volto a recuperare alla fonte legislativa di «chiusura» dell'art. 2028 c.c. una serie eterogenea di casi di assunzione fattuale di compiti di tutela idonei a ricomprendere il contratto nullo, l'assunzione unilaterale (si pensi ai casi noti dei vicini di casa che, in assenza dei genitori, si prendono cura del bambino; o dei volontari di pronto soccorso che, avvertiti, soccorrono il ferito in stato d'incoscienza) e, per certa dottrina, l'assunzione di obblighi in seguito ad atto illecito unilaterale, solitamente privativo della libertà di movimento (sequestro, riduzione in schiavitù, sottrazione di minore).

Il richiamo normativo, in realtà, è erroneo in quanto dell'istituto della *negotiorum gestio* difettano non solo la spontaneità della gestione («*senza esservi costretto*») – nel caso di specie, invero, gli agenti dovevano necessariamente e obbligatoriamente spostare la signora dall'autostrada, dove costituiva un pericolo per sé e per l'incolumità pubblica, e quindi ai sensi dello stesso Tulps – ma anche la patrimonialità dell'operazione gerenda, l'assenza di *prohibitio domini* e la sussistenza di una *absentia domini*, come vorrebbe l'art 2028 c.c., venendo in considerazione un bene evidentemente non patrimoniale e altamente personale come la libertà personale e di movimento.

Inoltre, salvo aderire alla tesi sostanzialistico-funzionalistica, tanto per la concezione formale, quanto per la mista, la gestione d'affari è poco idonea a soddisfare il principio di riserva di legge, al pari, peraltro, e come affermato dalla stessa sentenza, degli artt.1 Tulps e 24 l. n. 121 del 1981, essendo essi privi di quei requisiti richiesti in forza dei principi generali: specificità dell'obbligo giuridico (principio di tassatività), dei soggetti beneficiari (solidarietà), dei soggetti obbligati (libertà ed autoresponsabilità[13]) e preesistenza del dovere (principio di personalità[14]).

---

[12] F. MANTOVANI, *op.cit.*, p. 171.

[13] Come è stato evidenziato, nell'ambito della tutela contro l'omofobia, che costituisce uno dei banchi di prova più moderni sull'autoresponsabilità, «*il connotato tendenzialmente egalitario della dignità umana, infatti, consentirebbe (o consiglierebbe) di apprestare tutele "rafforzate" (o "privilegiate") soltanto nei casi di incapacità: una tutela penale privilegiata in ragione esclusivamente dell'orientamento sessuale rischia in altri termini di rivelarsi discriminatoria nei confronti della dignità umana delle persone (omosessuali e transessuali), proprio in quanto non fondata su una incapacità (intesa anche come limitazione, congenita o acquisita, nell'esercizio dell'autonomia) di carattere personale*» (G. RICCARDI, *Omofobia e legge penale: possibilità e limiti dell'intervento penale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3, 2013, p. 20).

Neanche sembra del tutto confacente il richiamo, operato dalla sentenza, al c.d. contatto sociale. Se esso può forse essere utilmente richiamato nei casi finora affrontati dalla giurisprudenza, in cui sono stati ritenuti gravati dell'obbligo di garanzia soggetti, quali il dirigente scolastico o la struttura ospedaliera[15], che anche dalla giurisprudenza civile[16] sono solitamente fatti rientrare nel novero di coloro che sono legati da contatto sociale qualificato, tutto ciò manca nell'ipotesi di un rapporto tra agenti di pubblica sicurezza e cittadino.

Seguendo l'interessante lettura del fenomeno operata da un Tribunale di merito civile "*per responsabilità da contatto sociale la dottrina e la giurisprudenza (Cass. civ., sez. III, 22-01-1999, n. 589) intendono un rapporto socialmente tipico tra parti che, nonostante l'assenza di un formale contratto, è in grado di ingenerare l'affidamento dei soggetti sull'adempimento di obblighi diretti e specifici di lealtà, collaborazione e di salvaguardia dell'altrui sfera giuridica. Presupposti per la configurabilità del contatto sociale sono: una relazione tra sfere giuridiche, tale da far considerare la responsabilità aquiliana come insoddisfacente, poiché essa viene vista come «responsabilità del* quisque de populo*»; uno* status *professionale in capo al danneggiante, tale che possa configurarsi una* culpa in faciendo *prevista nell'ordinamento giuridico; l'affidamento in capo al danneggiato*"[17].

Alla luce di tale ricostruzione è ben difficile ritenere la sussistenza dei requisiti richiesti: come osservato, da un lato l'obbligo giuridico immaginato è troppo generico (utilizzando le parole della sentenza, si tratterebbe di una "*sorveglianza diretta ed immediata ... allorquando [ci si imbatte] in soggetti all'evidenza incapaci di badare a loro stessi ed in stato di oggettivo pericolo*"), dall'altro è difficilmente immaginabile un affidamento da parte del danneggiato.

---

[14] Così, in particolare, per l'abbandono di incapaci, G.D. PISAPIA, *op. cit.*, p. 30; G. NEPPI MODONA, *op. cit.*, p. 887; R. PANNAIN, *op. cit.*, p. 16.

[15] Cfr. *supra*, nota 3.

[16] Per la struttura ospedaliera, già Cass. civ., sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589 in *Foro it.*, 1999, I, 3332, con note di F. DI CIOMMO, *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*, e di A. LANOTTE, *L'obbligazione del medico dipendente è un'obbligazione senza prestazione o una prestazione senza obbligazione?*; in *Corr. giur.*, 1999, 446, con nota di A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, p. 343, con nota di A. THIENE, *La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione*; in *Danno e resp.*, 1999, p. 294 con nota di V. CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*. Sulla struttura scolastica, Cass. civ., sez. un., 27 giugno 2002, n. 9346, in *Foro it.*, 2002, I, c. 2635, con nota di F. DI CIOMMO, *La responsabilità contrattuale della scuola (pubblica) per il danno che il minore si procura a sé stesso: verso il ridimensionamento dell'art. 2048 c.c.*.; G. FACCI, *Minore autolesionista, responsabilità del precettore e contatto sociale,* in *Resp. civ. prev.*, 2002, pp. 1022 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Le Sezioni Unite sul danno cagionato al minore a se stesso,* in *Corr. Giur.*, 2002, pp. 1293 ss.; A. LANOTTE, *Condotta autolesiva dell'allievo: non risponde l'insegnante* in *Danno e resp.*, 2003, pp. 51 ss.; R. BARBANERA, *In tema di responsabilità degli insegnanti statali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, pp. 273 ss.

[17] Trib. Sulmona, 16 aprile 2013, che ha ritenuto sussistente, in modo innovativo, un contatto sociale qualificato tra partito politico e associato. G.F. AIELLO, *Note critiche sulla responsabilità da contatto sociale dell'organo di un partito politico (nota a Trib. Sulmona 16 aprile 2013)*, in *Resp. civ. e prev.*, fasc. 2, 2014, p. 628 e G.U. MARASCA, *Danno da mancata candidatura e contatto sociale*, ivi, p. 346.

Peraltro, a non diversa soluzione si giungerebbe nell'ipotesi di un contratto concluso *per facta concludentia* o di un contratto di fatto[18]: anche tale contratto – in quanto tale – dovrebbe soddisfare un interesse di tipo patrimoniale o comunque economicamente valutabile, ciò che difetta solitamente e anche nel caso di specie[19].

L'unica strada per poter ipotizzare una punibilità passerebbe dunque attraverso l'adesione alla concezione sostanzialistico-funzionalistica, che, come accennato, non guarda alla sussistenza di un obbligo formale, ma alla necessità di una sostanziale posizione di garanzia, ogni qualvolta il garante possieda "*un potere di signoria su alcune condizioni essenziali del verificarsi dell'evento tipico*"[20].

La S.C. non prende posizione sul punto della concreta fonte giuridica dell'obbligo, ma si dichiara a favore di una visione per cui l'obbligo può scaturire da una relazione di fatto.

La Corte, in realtà, si accorge del rischio derivante da una piena adesione all'idea che dalla mera situazione di fatto possa derivare l'obbligo di garanzia in capo ad un soggetto: quindi immediatamente circoscrive l'ambito applicativo dell'affermazione ai soli agenti di pubblica sicurezza (e – deve ritenersi – anche agli ufficiali), con esclusione dei comuni cittadini[21].

Al riguardo, *in primis*, non si comprende bene la ragione di tale distinzione, salvo a voler ritenere che si intendesse distinguere tutti i pubblici ufficiali, e non solo gli agenti di pubblica sicurezza, dai comuni cittadini; ma anche così l'impostazione è criticabile, in quanto fa seguire a un obbligo di attivarsi (peraltro sussistente anche in capo ai comuni cittadini in caso di omissione di soccorso[22]) un obbligo di custodia dai contenuti quanto meno oscuri, non potendosi mai affermare con certezza che la custodia sia stata efficace: si tratterebbe di un'obbligazione di risultato molto onerosa, né spontaneamente assunta.

In questo senso l'abbandono viene inteso dalla sentenza come la decisione di terminare anzitempo la custodia; il relativo obbligo, salvo delega della stessa ad un altro soggetto, sarebbe in realtà tutt'altro che temporaneo, ma destinato a consolidarsi

---

[18] G. STELLA RICHTER, *Contributo allo studio dei rapporti di fatto nel diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1977, 151; C.A. FUNAIOLI, *I rapporti di fatto in materia contrattuale*, estr. *Ann. Univ. Ferrara*, I, 1950. La figura nasce nella letteratura tedesca (HAUPT, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, Leipzig, 1941). Peraltro, di solito si ritiene che il contatto sociale qualificato sia una *species* del contratto di fatto (cfr. Cass. civ., sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589, cit.), unitamente ad altre tipologie come i rapporti di massa e nulli.

[19] Proprio per l'assenza talvolta di patrimonialità, come anticipato, una parte della dottrina preferisce parlare più genericamente di negozi bilaterali o di accordi.

[20] G. FIANDACA, *Reati omissivi e responsabilità penale per omissione*, in *Foro it.*, 1983, V, p. 90.

[21] Cfr., in sentenza, il seguente passaggio: "*la predetta posizione di garanzia si atteggia in modo peculiare anche in ragione del ruolo ricoperto dai ricorrenti che, quali agenti di polizia, rivestivano una posizione di maggior protezione e garanzia rispetto alla posizione gravante sul comune cittadino*".

[22] Sulle relazioni tra i due reati, la recente Cass. Pen., sez. V, 14 gennaio 2016, n. 12644, rv. 266874, così massimata: "*Il reato di abbandono di persone minori o incapaci è in rapporto di specialità rispetto a quello di omissione di soccorso, in quanto, a differenza di quest'ultimo che punisce chiunque si trovi occasionalmente a contatto diretto con una persona in stato di pericolo, sanziona la violazione di uno specifico dovere giuridico di cura o di custodia, che incombe su determinate persone o categorie di persone, da cui derivi una situazione di pericolo, anche meramente potenziale, per la vita o l'incolumità del soggetto passivo*".

sempre più con il passare del tempo, con l'effetto paradossale che diviene più comoda la posizione di chi non si è attivato inizialmente, rispetto a chi invece si è attivato.

Sotto il profilo dei beneficiari, *in secundis*, v'è un'oggettiva difficoltà a circoscrivere "*i soggetti all'evidenza incapaci di badare a loro stessi ed in stato di oggettivo pericolo*", soggetti che, in ipotesi e provocatoriamente, potrebbero essere costituiti non solo da un pedone anziano fermo alla stazione autostradale, ma anche da un qualunque soggetto costretto, per fame o bisogno, a mendicare o perfino a procurarsi da vivere delinquendo.

La realtà è che una simile posizione di garanzia è ben immaginabile per chi, come i dipendenti dell'amministrazione penitenziaria[23], è tenuto a proteggere la vita e l'incolumità dei detenuti internati in base a norma di legge (artt. 1 e 11 l. n. 345 del 1975), e quindi con obblighi impeditivi dell'evento preesistenti alla situazione di fatto, ma non anche quando l'obbligo sorga al momento stesso ed in conseguenza di altro obbligo di attivarsi.

Alla luce di tali sommarie riflessioni, la sentenza in commento interpella in maniera profonda l'impianto teorico e i risvolti pratici di tutto il sistema delle posizioni di garanzia nel diritto penale italiano, sistema che dunque non sempre risulta chiaro e ben delineato. È tempo forse per ripensarlo, stanti le importanti ricadute in punto di imprevedibilità dell'incriminazione e di compatibilità con il principio di legalità rilevanti anche alla stregua della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

[23] Ed in questa prospettiva, condivisibilmente, Tribunale di Palermo, decreto, 1 giugno 2015, n. 3638, in *dirittocivilecontemporaneo.com*., pronunciandosi su un ricorso ex art. art. 35-ter l. 354 del 1975 (inserito dall'art. 1 D.L. 92 del 2014), è giunto a configurare un contatto sociale qualificato in capo all'amministrazione penitenziaria.

1/2017

LA FORMACIÓN Y ESPECIALIZACIÓN DE LOS AGENTES IMPLICADOS EN EL TRATAMIENTO PENAL DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO. LA SITUACIÓN EN ESPAÑA

de Patricia Faraldo Cabana y María de los Ángeles Catalina Benavente[1]

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. La formación y especialización de los agentes implicados en la lucha contra la violencia de género. – 2.1. Agentes implicados en la sensibilización y prevención de la violencia de género: personal docente y sanitario. – 2.2. Agentes implicados en la represión de la violencia de género. – 2.2.1. Miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. – 2.2.2. Médicos forenses. – 2.2.3. Abogados. – 2.2.4. Miembros del Ministerio Fiscal. – 2.2.5. Órganos judiciales. – 2.2.6. Personal de los juzgados. – 3. Los resultados. – 4. Conclusiones. – 5. Bibliografía.

1. Introducción.

La violencia contra la mujer es un fenómeno delictivo de enorme importancia, tanto por el número de víctimas como por las consecuencias dañinas que produce, sea a nivel individual, en la vida y salud de las propias mujeres y sus hijos, sea a nivel social, al obstaculizar la consecución de la igualdad entre sexos e impedir, por tanto, que la mitad de la población mundial pueda desarrollar todo su potencial humano.

Un aspecto central que se destaca en buena parte de los convenios dedicados a combatir esta forma de violencia es la necesidad de que los funcionarios públicos, especialmente el personal responsable de hacer cumplir la ley (policías, fiscales, jueces), los proveedores de servicios sanitarios, los trabajadores sociales y los educadores estén plenamente familiarizados con las disposiciones jurídicas aplicables y sensibilizados con el contexto social de la violencia contra la mujer[2].

---

[1] María de los Ángeles Catalina Benavente ha elaborado el apartado 2.2.5.

[2] Por ej., ya el art. 4 de la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (aprobada por la Asamblea General de la ONU, A/RES/48/104, 23 de febrero de 1994), apuntaba que "los Estados deben condenar la violencia contra la mujer y no invocar ninguna costumbre, tradición o consideración religiosa para eludir su obligación de procurar eliminarla. Los Estados deben aplicar por todos los medios apropiados y sin demora una política encaminada a eliminar la violencia contra la mujer. Con este fin, deberán: (...) *i)* Adoptar medidas para que las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley y los funcionarios que han de aplicar las políticas de prevención, investigación y castigo de la violencia contra la mujer reciban una formación que los sensibilice respecto de las necesidades de la mujer; *j)* Adoptar todas las medidas apropiadas, especialmente en el sector de la educación, para modificar las pautas sociales y culturales de comportamiento del hombre y de la mujer y eliminar los prejuicios y las prácticas consuetudinarias o de otra índole basadas en la idea de la inferioridad o la superioridad de uno de los sexos y en la atribución de papeles estereotipados al hombre y a la mujer…". Por su parte, el art. 8 de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (conocida

El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, firmado en Estambul el 11 de mayo de 2011, que ya ha entrado en vigor, no es una excepción a este respecto. Su art. 15, bajo la rúbrica "Formación de profesionales", señala que "las Partes impartirán o reforzarán la formación adecuada de los profesionales pertinentes que traten con víctimas o autores de todos los actos de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio, en materia de prevención y detección de dicha violencia, igualdad entre mujeres y hombres, necesidades y derechos de las víctimas, así como sobre la manera de prevenir la victimización secundaria", añadiendo que "las Partes fomentarán la inclusión en la formación a que se refiere el apartado 1 de una formación en materia de cooperación coordinada e interinstitucional con el fin de permitir una gestión global y adecuada de las directrices en los asuntos de violencia incluidos en el ámbito del presente Convenio".

Algunos países, como España, han entendido que la mejor forma de garantizar esa formación especializada y una adecuada coordinación es creando unidades u órganos especializados en todos los sectores con los que la víctima puede entrar en contacto: desde los profesionales sanitarios a los jueces, pasando por los policías, los abogados de oficio o los fiscales. Se pretende garantizar así la formación de los profesionales que los integran y, por tanto, un mejor trato a las víctimas y un tratamiento más adecuado de los delitos[3]. De hecho, la creación de juzgados especializados en materia de violencia de género y doméstica fue uno de los aspectos más llamativos (y discutidos) de la Ley Orgánica (en adelante, LO) 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, conocida

como Convención de Belém do Pará), dispone que "los Estados Partes convienen en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para: *a.* fomentar el conocimiento y la observancia del derecho de la mujer a una vida libre de violencia, y el derecho de la mujer a que se respeten y protejan sus derechos humanos; *b.* modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitimizan o exacerban la violencia contra la mujer; *c.* fomentar la educación y capacitación del personal en la administración de justicia, policial y demás funcionarios encargados de la aplicación de la ley, así como del personal a cuyo cargo esté la aplicación de las políticas de prevención, sanción y eliminación de la violencia contra la mujer…".

[3] Como apunta JIMENO BULNES, M., *Violencia de género: aspectos orgánicos y competenciales*, en Hoyos Sancho, M. de (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, p. 302, "el fundamento de dicha especialización que se erige en uno de los principios rectores de la presente ley no es otro sino proceder a una lucha más eficaz contra este tipo de delitos causados por agresor-hombre contra víctima-mujer". En sentido similar, destacando que el principio de especialización es uno de los principios recotres de la Ley Integral, vid. GUTIÉRREZ ROMERO, F. M., *Violencia de género. Fundamentos y práctica procesal*, Sepín, Madrid, 2007, pp. 63 ss. Téngase en cuenta, no obstante, que la preocupación por estos temas es bastante anterior a 2004, fecha de la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. El Plan de Acción contra la violencia doméstica, presentado por el Gobierno de España el 30 de abril de 1998, es un buen ejemplo de ello, pues ya recogía tanto medidas de sensibilización y prevención como educativas y de fomento de la especialización de los agentes implicados en la lucha contra la violencia doméstica y familiar, constituyendo un claro antecedente de la Ley Integral.

como Ley Integral. Ahora, más de una década después de su aprobación, y contando con abundantes datos estadísticos, procede realizar una evaluación de los resultados obtenidos. Con este objetivo, a continuación describiremos lo que se ha hecho en España en lo que respecta a la especialización y formación de todos los agentes implicados en la lucha contra la violencia de género y doméstica, prestando particular atención a la especialización de los órganos judiciales. En un segundo momento expondremos algunos datos estadísticos, para terminar con unas conclusiones.

Con carácter previo conviene aclarar que los conceptos de violencia contra la mujer, doméstica y de género no son equivalentes. En el contexto del Convenio de Estambul, en el cual se centra esta obra, "por "violencia contra las mujeres" se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada" (art. 3 a). Por su parte, "por "violencia doméstica" se entenderán todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima" (art. 3 b). Por último, "por "violencia contra las mujeres por razones de género" se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada" (art. 3 d). En España, si bien la atención estuvo centrada durante mucho tiempo en la violencia familiar o doméstica, el aspecto que más ha preocupado en la última década ha sido la violencia ejercida contra la mujer que fuere o hubiere sido esposa, o estuviere o hubiere estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, lo que se conoce como "violencia de género"[4]. Sin embargo, este concepto, pese a la existencia de una definición auténtica[5], ha quedado

[4] La expresión "violencia de género" es un barbarismo, pero permite poner el acento en el carácter estructural de la violencia contra la mujer en la pareja, fruto de categorías, roles y diferencias culturales y sociales entre hombre y mujer que se han transmitido y mantenido durante siglos, e instrumento para conseguir la subordinación de la mujer a los intereses del hombre. Vid. entre otros COMAS D'ARGERMIR I CENDRA, M./ QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *La violencia de género: política criminal y ley penal*, en Jorge Barreiro, A., y otros, *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Navarra, 2005, pp. 1185 ss; GÓMEZ PARDOS, L./ LÓPEZ VALENCIA, E. M., *El fenómeno de la violencia doméstica y su tratamiento legislativo e institucional. Especial referencia a la Comunidad Autónoma aragonesa*, en Calvo García, M. (coord.), *La respuesta desde las instituciones y el Derecho frente al problema de la violencia doméstica en Aragón*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 21 ss; LAURENZO COPELLO, P., *La violencia de género en la Ley Integral: valoración político-criminal*, en *Jueces para la Democracia* núm.54, noviembre 2005, pp. 20-23; MAQUEDA ABREU, M. L., *La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 08-02 (2006), pp. 1 ss.

[5] Art. 1 LPIVG: "1. La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia…". Sobre los problemas que plantea esta definición, vid. entre otros, GÓMEZ RIVERO, M. C., *El "presunto" injusto de los delitos contra la violencia de género*, en Núñez Castaño, E. (Dir.), *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Tirant

notablemente indeterminado[6]. En cualquier caso, es precisamente en este concreto ámbito de la violencia contra la mujer, el de la violencia que se ejerce contra la mujer por su pareja o ex pareja de sexo masculino, en el que se centrará nuestra exposición en las próximas páginas.

2. La formación y especialización de los agentes implicados en la lucha contra la violencia de género.

La Ley Integral ha tenido en cuenta que es tan importante la sensibilización y prevención de la violencia de género como su represión por parte de los órganos encargados de la persecución penal. A estos efectos, como veremos, se pretendió incidir en ambos aspectos a partir de la formación y especialización de los agentes

---

lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 91-116; MATA Y MARTÍN, R. M., *Algunas dificultades de la noción y de la Ley de Violencia de Género*, en Hoyos Sancho, M. de (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 107-122.

[6] En el que se propuso incluir, junto a los delitos previstos en los arts. 153, maltrato no habitual, y 173.2, maltrato habitual, también los nuevos delitos de amenazas, art. 171.4, 5 y 6, y coacciones, art. 172.2 CP, fruto de la reforma operada por la Ley Integral. Así, SANZ MULAS en Sanz Mulas, N./ González Bustos, M. A./ Martínez Gallego, E. M. (coords.), *Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, Iustel, Madrid, 2005, p. 159. Esta es la posición que se adopta en el texto. Por su parte, señala que habría que incluir todos los delitos que impliquen "violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad", siempre que los cometa quien sea o haya sido pareja de la víctima, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1.3 LO 1/2004, LAURENZO COPELLO, P., *El modelo de protección reforzada de la mujer frente a la violencia de género: valoración político-criminal*, en AA.VV., *La ley de medidas de protección integral contra la violencia de género*, Cuadernos penales José María Lidón núm.2, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005, pp. 99-100, nota núm.20; de la misma autora, *La violencia de género*, cit., p. 23, nota núm.22. A favor de este entendimiento amplio vid. también CERES MONTES, J. F., *Las reformas penales en la fase de ejecución de sentencias penales: en especial la suspensión, la sustitución y la expulsión del territorio nacional*, en Castellano Rausell, P. (Dir.), *Las últimas reformas penales*, CGPJ, Madrid, 2005, p. 323. La Circular 4/2005, de 18 de julio, de la Fiscalía General del Estado, señala que esta expresión "deberá ser interpretada conjugando el artículo 1 LO 1/2004 en relación con las normas que determinan la competencia en el orden penal de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. De forma que por "delito relacionado con la violencia de género" se entenderá aquellos que, siendo competencia de los Juzgados de violencia sobre la mujer conforme al artículo 87 ter 1 a) y b) de la LOPJ..., hayan tenido como sujeto pasivo a la mujer que fuere o hubiere sido esposa, o que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia" (apartado IV.G). Similar MATA Y MARTÍN, R. M., *Modificaciones jurídico-penales de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género*, en *RdPP* núm.15, 2006-1, pp. 41-42. Para ROIG TORRES, M., *La suspensión y la sustitución de las penas privativas de libertad de los delitos relacionados con la violencia de género*, en *RdPP* núm.15, 2006-1, pp. 118-123, basta que se trate de un delito que comporte uso de violencia física o psíquica, pudiendo ser uno de los delitos enumerados al definir las competencias de los juzgados de violencia contra la mujer o cualquier otro violento, siempre que concurra el especial vínculo entre las partes (p. 123). Sobre cómo se ha de entender la declaración contenida en el art. 1 LPIVG, vid. ACALE SÁNCHEZ, M., *El artículo primero de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral contra la violencia de género: el concepto de violencia de género*, en Faraldo Cabana, P. (Dir.), *Política criminal y reformas penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 35-76; RAMON RIBAS, E., *Reflexiones sobre los delitos de violencia "doméstica" y violencia "de género"*, en Faraldo Cabana, P. (Dir.), *Política criminal*, cit., pp. 77 ss; del mismo autor, *Violencia de género y violencia doméstica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 91 ss.

implicados en ambas tareas, desde la perspectiva de que ello se justifica por las particularidades y características específicas de la violencia de género respecto de otras manifestaciones violentas. Y es que, en efecto, a la hora de prever medidas de control de la violencia de género no pueden ignorarse los rasgos básicos que permiten deslindar la singularidad de la violencia que padece la mujer a manos de su pareja, y muy en particular la clase de relación entre el agresor y la víctima: relación sentimental o de convivencia, actual o de pasado reciente, con o sin hijos, de intimidad afectiva y/ o sexual entre dos personas adultas, con su propia dinámica de interacción en modo alguno asimilable a otras relaciones familiares[7]. Piénsese que en la relación de pareja se proyectan de forma singular las representaciones sobre la propia identidad y las expectativas donde los roles de género, culturalmente transmitidos y aprendidos, juegan un papel decisivo. Las expectativas de acatamiento y sumisión de la mujer en esa relación se encuentran en la base de la violencia empleada por el varón como instrumento para reclamar el efectivo sometimiento[8]. A la vez, el repliegue de la mujer ante el hostigamiento, que se explica como mecanismo de defensa dirigido a protegerse de las experiencias vividas que resultan insoportables o difíciles de sobrellevar[9], y los intentos de salvar la relación, frecuentemente para evitar los traumas de una ruptura para los hijos comunes o para no tener que hacer frente al reproche social o familiar por ser causante de la ruptura, no son ajenos a su socialización en el modelo de género, pero tampoco son ajenos a una lógica ponderación de costes y de valoración de afectos que no puede tacharse de irracional[10]. El proceso de ruptura requiere un tiempo de maduración y de asunción de las consecuencias, lo que explica en muchas ocasiones el titubeo o la tardanza en la adopción de ciertas decisiones, o en denunciar los hechos

[7] Seguimos a ASÚA BATARRITA, A., *Los nuevos delitos de "violencia doméstica" tras la reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre*, en Díez Ripollés, J. L. y otros (Eds.), *Las recientes reformas penales. Algunas cuestiones*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, pp. 205-206. Sobre la violencia contra la pareja en contraste con otras formas de violencia vid. LORENTE ACOSTA, M., *Síndrome de agresión a la mujer. Síndrome de maltrato a la mujer*, en López Arminio, M. J. (Coord.), *Tratamiento penal de la violencia doméstica contra la mujer*, Universidad de Cádiz-Ayuntamiento de Jerez, Jerez, 1999, pp. 53-54; MEDINA, J. J., *Violencia contra la mujer en la pareja: Investigación comparada y situación en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 76 ss.

[8] Vid. los rasgos del agresor violento en ROBLEDO VILLAR, A., *Los elementos personales de la agresión familiar*, en AA.VV., *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Tomo I, Madrid, 2000, pp. 197 ss.

[9] Cfr. ROBLEDO VILLAR, A., *Los elementos personales*, cit., p. 204.

[10] Cfr. LARRAURI PIJOÁN, E., *¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología* núm.12, 2ª época, julio 2003, pp. 299 ss; de la misma autora, *¿Se debe proteger a la mujer contra su voluntad?*, en *Cuadernos penales José María Lidón* núm. 2, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005, pp. 159 ss. También ASÚA BATARRITA, A., *Los nuevos delitos*, cit., p. 206.

cuando la situación resulta ya explosiva[11], titubeo o tardanza que muchas veces se ha entendido como "morbosa"[12] o "lindante con el masoquismo"[13].

De ello derivan ciertas características del maltrato a la mujer en la pareja que deben tenerse en cuenta en el diseño de medidas de prevención extra-penales y de pautas político-criminales de actuación[14]. Por ese motivo, resulta particularmente necesario que se haga un esfuerzo por formar a los agentes encargados de la prevención y represión de la violencia de género y por especializar a los órganos en los que trabajan, con el fin de dar una respuesta más comprensiva al problema.

2.1. Agentes implicados en la sensibilización y prevención de la violencia de género: personal docente y sanitario.

La Ley Integral se preocupó por destacar la necesidad de mejorar la formación de ciertos profesionales clave en la adopción de medidas de sensibilización, prevención y detección de la violencia de género. Así, por ej., en relación con el profesorado de educación primaria y secundaria, el art. 7 LOPIVG estableció la obligación de las Administraciones educativas de adoptar "las medidas necesarias para que en los planes de formación inicial y permanente del profesorado se incluya una formación específica en materia de igualdad, con el fin de asegurar que adquieren los conocimientos y las técnicas necesarias que les habiliten para:

a) La educación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y de la igualdad entre hombres y mujeres y en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia.

b) La educación en la prevención de conflictos y en la resolución pacífica de los mismos, en todos los ámbitos de la vida personal, familiar y social.

c) La detección precoz de la violencia en el ámbito familiar, especialmente sobre la mujer y los hijos e hijas.

---

[11] Cfr. HAIMOVICH, P., *El concepto de malos tratos. Ideología y representaciones sociales*, en Maquieira, V./Sánchez, C. (compiladores), *Violencia y Sociedad Patriarcal*, Fundación Pablo Iglesias, Madrid, 1990, p. 103, quien señala que no todas las mujeres maltratadas se dirigen al sistema penal en busca de protección, porque la denuncia se ve como una ruptura definitiva, y puede suponer no sólo el cuestionamiento del mundo íntimo de la mujer, sino también el castigo de una persona con la que aún tiene vínculos afectivos que todavía se tiene la esperanza de recuperar.

[12] Como denuncia FERNÁNDEZ, R., *El derecho penal como instrumento imprescindible para la prevención de la violencia contra las mujeres*, en Calvo García, M. (Coord.), *La respuesta desde las instituciones y el Derecho frente al problema de la violencia doméstica en Aragón*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 195. Sobre el tema vid. LARRAURI PIJOÁN, E., *¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?*, cit., *pássim*.

[13] GARCÍA VITORIA, A., *Tratamiento jurisprudencial actual de la violencia en el ámbito doméstico y familiar*, en Morillas Cueva, L. (Coord.), *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Edersa, Madrid, 2002, p. 532.

[14] Apuntadas por ASÚA BATARRITA, A., *Los nuevos delitos*, cit., pp. 206-207. Como pone de relieve LAURENZO COPELLO, P., *El modelo*, cit., p. 95, "cuando se reivindica un tratamiento jurídico independiente para esta clase específica de violencia no se trata – sólo- de desvelar la radical injusticia que ella entraña. Se trata, sobre todo, de orientar la política legislativa hacia las auténticas causas del problema, única garantía del desarrollo de estrategias mínimamente aceptables para combatirlo".

d) El fomento de actitudes encaminadas al ejercicio de iguales derechos y obligaciones por parte de mujeres y hombres, tanto en el ámbito público como privado, y la corresponsabilidad entre los mismos en el ámbito doméstico".

Solo un profesorado adecuadamente formado puede formar al alumnado "en el respeto de los derechos y libertades fundamentales, de la igualdad entre hombres y mujeres y en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia" (art. 1 n) de la LO 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación, en adelante LOCE, reformado por la Ley Integral); impartir "formación para la prevención de conflictos y para la resolución pacífica de los mismos y no violencia en todos los ámbitos de la vida personal familiar y social" (como exige el art. 1 ñ) LOCE), y colaborar en el "desarrollo de las capacidades afectivas" (art. 1 o) LOCE).

También en el ámbito sanitario la Ley Integral introdujo la obligación de las Administraciones sanitarias de desarrollar "programas de sensibilización y formación continuada del personal sanitario con el fin de mejorar e impulsar el diagnóstico precoz, la asistencia y la rehabilitación de la mujer en las situaciones de violencia de género a que se refiere esta Ley", estableciendo además que "las Administraciones educativas competentes asegurarán que en los ámbitos curriculares de las licenciaturas y diplomaturas, y en los programas de especialización de las profesiones sociosanitarias, se incorporen contenidos dirigidos a la capacitación para la prevención, la detección precoz, intervención y apoyo a las víctimas de esta forma de violencia" (art. 15 LOPIVG).

Sin querer negar la importancia de estas medidas, orientadas a la prevención de la violencia, el aspecto que más nos interesa a los efectos de este trabajo es el que se refiere a la formación y especialización de los agentes relacionados con la represión de la violencia de género. Y a este respecto la Ley Integral introdujo numerosas novedades.

2.2. Agentes implicados en la represión de la violencia de género.

2.2.1. Miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Así, en primer lugar, el Gobierno se comprometió a establecer, "en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, unidades especializadas en la prevención de la violencia de género y en el control de la ejecución de las medidas judiciales adoptadas", además de promover, con el fin de hacer más efectiva la protección de las víctimas, "las actuaciones necesarias para que las Policías Locales, en el marco de su colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, cooperen en asegurar el cumplimiento de las medidas acordadas por los órganos judiciales cuando éstas sean algunas de las previstas en la presente Ley o en el artículo 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o en el artículo 57 del Código Penal" (art. 31.1 y 2 LOPIVG). Lo mismo se extendió a las Comunidades Autónomas que cuentan con cuerpos de

policía autonómica (art. 31.4 LOPIVG). De hecho, no se hizo sino confirmar lo que ya se estaba aplicando en los diferentes cuerpos policiales[15]. Así, ya desde 1986 se contaba en el Cuerpo Nacional de Policía con un Servicio de Atención a la Mujer, y desde el año 2003 en todas las Comisarías del Cuerpo Nacional de Policía se habían creado Unidades de Prevención, Asistencia y Protección contra los Malos Tratos a la Mujer en el ámbito de la seguridad ciudadana, con policías especializados en la protección de la mujer víctima de violencia de género[16], cuya labor se vio complementada en 2007 por los Servicios de Atención a la Familia en el ámbito de la Policía Judicial, encargados de temas relacionados con la violencia de género y doméstica y con menores. Por su parte, desde 1995 también la Guardia Civil contaba con Equipos Mujer Menor, especializados en la investigación de los delitos contra estas personas, prestándoles una atención especializada durante la intervención policial. Las policías autonómicas no habían quedado al margen de esta evolución.

2.2.2. Médicos forenses.

La Disposición Adicional 2ª de la Ley Integral dispuso que el Gobierno y las Comunidades Autónomas con competencias en materia de justicia organizarían en el ámbito que les es propio los servicios forenses de modo que contasen con unidades de valoración forense integral encargadas de diseñar protocolos de actuación global e integral en casos de violencia de género. El personal de estas unidades, adscritas a los Institutos de Medicina Legal, está integrado por profesionales de la psicología y el trabajo social, que componen el equipo técnico, y de la Medicina Forense[17]. En la actualidad todas las capitales de provincia tienen al menos una de estas unidades. Su trabajo es fundamental a la hora de aportar pruebas de la violencia[18]. Con ellas se

[15] Vid. al respecto, ampliamente, DÍAZ SERRANO, C. J., *La actuación policial en los delitos de violencia de género*, en Hoyos Sancho, M. de (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 387-411; GARCÍA MORETÓ, E., *Actuación policial ante la violencia de género*, en Roig Torres, M. (Dir.), *Medidas de prevención de la reincidencia en la Violencia de Género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 165-173; REVIRIEGO PICÓN, F., *Tutela institucional*, en Aranda, E. (Dir.), *Estudios sobre la Ley Integral contra la Violencia de Género*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 104-105; SALVADOR MIGUEL, F., *Actuaciones de las fuerzas y cuerpos de seguridad*, en Rodríguez Núñez, A. (Coord.), *Violencia en la familia. Estudio multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 271-311; VÁZQUEZ SALGADO, J. C., *Protocolos de actuación policial ante la violencia de género*, en Castillejo Manzanares, R. (Dir.), *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, *La Ley*, Madrid, 2011, pp. 161-207. La idea de que había que potenciar estas unidades ya estaba generalizada antes de la aprobación de la Ley Integral. Vid. por todos VIVES, I., *Las políticas públicas desde la Administración del Estado*, en Osborne, R. (Coord.), *La violencia sobre las mujeres. Realidad social y políticas públicas*, UNED, Madrid, 2001, *pássim*.

[16] Al respecto, vid. MARTÍNEZ GARCÍA, E., *La tutela judicial de la violencia de género*, iustel, Madrid, 2008, pp. 52-55.

[17] En lo que respecta a su forma de actuación, vid. la *Guía y manual de valoración integral forense de la violencia de género y doméstica*, en el *Boletín del Ministerio de Justicia* nº extra 2000, 2005, pp. 4309-4601.

[18] Sobre el papel del médico forense, vid. COBO PLANA, J. A., *El juez y la prueba forense en la violencia de género*, en García Ortiz, L./ López Anguita, B. (Dirs.), *La violencia de género: Ley de protección integral, implantación y estudio de la problemática de su desarrollo*, CGPJ, Madrid, 2006, pp. 179-252; ORÓS MURUZÁBAL,

pretende romper con la situación anterior, en la que no se ofrecía una asistencia específica, no se daba una respuesta especializada ni había una atención verdaderamente integral a las víctimas de la violencia. El principal objetivo que persiguen es presentar la violencia de género como una situación no anecdótica que requiere una valoración integral, lo que permitirá elaborar los instrumentos diagnósticos apropiados para su detección, lo cual a su vez facilitará tanto las condenas de los agresores como la formación de otros profesionales al servicio de la Administración de Justicia, repercutiendo todo ello en una mejor protección de las víctimas de violencia[19].

2.2.3. Abogados.

En tercer lugar, por cuanto se refiere a los abogados, la Ley Integral, sin llegar a exigir la creación de un turno de oficio integrado exclusivamente por profesionales de la abogacía que hayan acreditado una formación adecuada, sí indicó que "los Colegios de Abogados, cuando exijan para el ejercicio del turno de oficio cursos de especialización, asegurarán una formación específica que coadyuve al ejercicio profesional de una defensa eficaz en materia de violencia de género" (art. 20.3 LOPIVG)[20]. Aunque no han faltado voces críticas, sobre la base de que la violencia de género no presenta particularidades que exijan una especialización del abogado[21], numerosos Colegios de Abogados han creado, mediante convenios de colaboración con las consejerías de justicia de las Comunidades Autónomas, servicios jurídicos para mujeres maltratadas (denominados de distinta forma: turno de oficio especializado en violencia de género, turno de oficio de violencia doméstica, etc.). Estos servicios están integrados por abogados especialistas obligados a la realización de programas de formación permanente. Además, con el fin de garantizar el derecho de las víctimas a la defensa jurídica inmediata y especializada, reconocido en el art. 20 de la Ley Integral, tanto el Ministerio de Justicia, en el territorio de las Comunidades Autónomas que todavía no han asumido el traspaso de medios materiales y personales en materia de Administración de Justicia, y las propias Comunidades Autónomas en el resto, han

M., *Intervención de la medicina forense*, en Rivas Vallejo, M. P./ Barrios Baudor, G. L. (Dirs.), *Violencia de género: perspectiva multidisciplinar y práctica forense*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 887-902.

[19] Al respecto, vid. LORENTE ACOSTA, M., *La importancia de la colaboración institucional: protocolos en la Ley Integral. Las unidades de valoración integral de la violencia de género de los Institutos de Medicina Legal*, en Montalbán Huertas, I. (Dir.), *La Ley Integral de Medidas de Protección contra la Violencia de Género*, CGPJ, Madrid, 2006, pp. 135-138; MARTÍNEZ GARCÍA, E., *La tutela judicial*, cit., pp. 64-66.

[20] Sobre los problemas que plantea este precepto, en particular en relación con la asistencia jurídica gratuita a las mujeres víctimas de violencia de género, vid. BEJERANO GUERRA, F., *La asistencia jurídica a las víctimas de la violencia de género: problemas suscitados por el art. 20 de la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género*, en Polo García, S./ Peramato Martín, T. (Dirs.), *Aspectos procesales y sustantivos de la Ley Orgánica 1/2004*, CGPJ, Madrid, 2007, pp. 199 ss.

[21] Cfr. CERVILLA GARZÓN, M. D./ ZURITA MARTÍN, I., *Análisis de las medidas civiles previstas en la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género*, en Cervilla, D./ Fuentes, F. (Coords.), *Mujer, violencia y derecho*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2006, p. 41.

asumido el coste económico que supone que siempre haya un cierto número de letrados de guardia, disponibles en todo momento, para atender a las víctimas de violencia de género. Es importante destacar que el abogado asesora a la víctima antes de la formulación de la denuncia o de la solicitud de orden de protección.

A mayores, para garantizar este derecho de la víctima a la asistencia letrada se han acordado protocolos de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de coordinación con los órganos judiciales para la protección de las víctimas de violencia doméstica y de género, dándose instrucciones a la policía para que comunique de inmediato a la víctima, en cuanto las primeras gestiones de emergencia lo permitan, su derecho a ser asistida por letrado especializado como parte de la atención integral, sea designando un abogado de su elección sea solicitando asistencia letrada de oficio, encargándose el funcionario policial de realizar las gestiones para procurarle dicha asistencia de oficio.

2.2.4. Miembros del Ministerio Fiscal.

En cuarto lugar, por cuanto se refiere a la Fiscalía, el art. 70 de la Ley Integral creó la figura del Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer, como delegado del Fiscal General del Estado. Ello supuso la introducción de un art. 18 *quáter* en la Ley 50/1981, 30 diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (que actualmente se corresponde con el art. 20 EOMF, tras la renumeración efectuada por la Ley 24/2007, de 9 de octubre, por la que se modifica la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal), en el que se crea la mencionada Fiscalía Delegada contra la Violencia sobre la Mujer, a la que se encomiendan una serie de funciones[22]. No se trata de una Fiscalía especial, como la

[22] Art. 20 EOMF: "Uno. En la Fiscalía General del Estado existirá un Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer, con categoría de Fiscal de Sala, que ejercerá las siguientes funciones: *a)* Practicar las diligencias a que se refiere el artículo Cinco del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, e intervenir directamente en aquellos procesos penales de especial trascendencia apreciada por el Fiscal General del Estado, referentes a los delitos por actos de violencia de género comprendidos en el artículo 87 ter.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. *b)* Intervenir, por delegación del Fiscal General del Estado, en los procesos civiles comprendidos en el artículo 87 ter.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. *c)* Supervisar y coordinar la actuación de las Secciones contra la Violencia sobre la Mujer, y recabar informes de las mismas, dando conocimiento al Fiscal Jefe de las Fiscalías en que se integren. *d)* Coordinar los criterios de actuación de las diversas Fiscalías en materias de violencia de género, para lo cual podrá proponer al Fiscal General del Estado la emisión de las correspondientes instrucciones. *e)* Elaborar semestralmente, y presentar al Fiscal General del Estado, para su remisión a la Junta de Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, y al Consejo Fiscal, un informe sobre los procedimientos seguidos y actuaciones practicadas por el Ministerio Fiscal en materia de violencia de género. Para su adecuada actuación se le adscribirán los profesionales y expertos que sean necesarios para auxiliarlo de manera permanente u ocasional…". Para desarrollar esta normativa la Fiscalía General del Estado elaboró la Instrucción 7/2005, de 23 de junio, sobre el Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer y las Secciones contra la Violencia de las Fiscalías, así como la Circular 4/2005, de 18 de julio, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Sobre la especialización de la Fiscalía en violencia de género, vid. por todos, ETXEBARRIA ESTANKONA, K., *El Ministerio Fiscal en la lucha contra la violencia sobre la mujer. Aspectos orgánicos*

Fiscalía Antidroga y la Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada (reguladas en el art. 19 EOMF), sino de una Fiscalía delegada dependiente que se encardina en la estructura orgánica de la Fiscalía General del Estado[23]. A ella pueden adscribirse los profesionales y expertos que sean necesarios para auxiliarla en su tarea, sea de manera permanente u ocasional.

Por otra parte, el art. 71 de la Ley Integral creó también en las Fiscalías territoriales las secciones contra la Violencia sobre la Mujer, que intervienen en las materias y procedimientos penales y civiles que conozcan los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Allí se indicó que la Sección contra la Violencia estará integrada por un Fiscal Delegado de la Jefatura, que "asume las funciones de dirección y coordinación que específicamente le son encomendadas", y los fiscales adscritos que se determinen pertenecientes a las respectivas plantillas. Se trata de unidades especializadas y organizadas, en las que es fundamental la formación y especialización de sus integrantes[24].

---

y funcionales, en Ordeñana Guezuraga, I./ Etxebarria Estankona, K. (Dirs.), *Los juzgados de violencia sobre la mujer. Tercera edición de las Jornadas "Justicia con Ojos de Mujer", celebradas en la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea (Leioa, 25 de noviembre 2010)*, Aranzadi/ Diputación Foral de Vizcaya, Cizur Menor, 2012, pp. 255-286; MARCHENA GÓMEZ, M., *La fiscalía contra la violencia sobre la mujer: aspectos orgánicos y funcionales*, en Gómez Colomer, J. L. (Coord.), *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género*, Universitat Jaume I, Castellón de la Plana, 2007, pp. 305-328; MARTÍ CRUCHAGA, V., *La fiscalía especial contra la violencia sobre la mujer*, en Marchal Escalona, A. N. (Dir.), *Manual de lucha contra la violencia de género*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 407-435; MIRANDA ESTRAMPES, M., *La fiscalía contra la violencia sobre la mujer*, en Rivas Vallejo, M. P./ Barrios Baudor, G. L. (Dirs.), *Violencia de género: perspectiva multidisciplinar y práctica forense*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 277-292.

[23] De hecho, la Circular 1/1998, de 24 de octubre, de la Fiscalía General del Estado sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar, indicó rotundamente que "determinadas razones, que en su día fueron expuestas al Ministerio de Justicia, hacen absolutamente desaconsejable, por contraproducente, la creación de una Fiscalía Especial. Baste ahora señalar que las dos Fiscalías Especiales actualmente existentes se justifican por la existencia, en los fenómenos que tratan de combatir -el narcotráfico y la corrupción-, de tramas organizativas de cierta complejidad que extienden sus efectos no sólo al ámbito territorial de varias Fiscalías sino a terceros países. Las anteriores circunstancias no concurren, en modo alguno, en los comportamientos violentos que ahora analizamos. Por el contrario, la respuesta del Ministerio Fiscal será más eficaz si se produce desde la cercanía que proporciona la actuación del Fiscal adscrito al Juzgado que conozca de la causa" (apartado D a). Sobre las medidas adoptadas por la Fiscalía antes de la aprobación de la Ley Integral, vid. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, Comares, Granada, 2001, pp. 98-102. En relación con la cuestión de si se trata de una fiscalía especial o delegada, vid. MARCHENA GÓMEZ, M., *La fiscalía*, cit., pp. 310-314.

[24] Esta estructura tiene su antecedente inmediato en los Servicios de Violencia Familiar creados en la Circular 1/1998, de 24 de octubre, de la Fiscalía General del Estado sobre intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar. Cfr. JIMENO BULNES, M., *Violencia de género*, cit., pp. 314-315. Al respecto, ampliamente, MARCHENA GÓMEZ, M., *La fiscalía*, cit., pp. 323 ss. La califica de "sistema piramidal asimétrico", TORRES, M. de, *La Fiscalía Delegada de Violencia sobre la Mujer: organización interna y cooperación institucional: balance tras la LO 1/04*, en García Ortiz, L./ López Anguita, B. (Dirs.), *La Violencia de Género: Ley de protección integral, implantación y estudio de la problemática de su desarrollo*, CGPJ, Madrid, 2006, p. 125. Sobre su funcionamiento y funciones, vid. GÓMEZ COLOMER, J. L., *Violencia de género y proceso*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 155-160; MARCHENA GÓMEZ, M., op. cit., pp. 321-326.

En cuanto a la formación, el art. 18 tres EOMF dispone que a estas secciones "serán adscritos uno o más Fiscales pertenecientes a la plantilla de la Fiscalía, teniendo preferencia aquellos que por razón de las anteriores funciones desempeñadas, cursos impartidos o superados o por cualquier otra circunstancia análoga, se hayan especializado en la materia. No obstante, cuando las necesidades del servicio así lo aconsejen podrán actuar también en otros ámbitos o materias". Como se puede ver, la formación especializada es una ventaja, pero no es obligatoria.

De esta forma, la especialización por la que apuesta la Ley Integral alcanza también al Ministerio Fiscal. No obstante, a estos efectos conviene tener presente que la Fiscalía General del Estado, ya antes de la aprobación de la Ley Integral, había mostrado mucha preocupación por el tema, habiendo planteado la creación de servicios especializados ya en 1998[25].

2.2.5. Órganos judiciales.

a) Introducción. En quinto lugar abordamos con una mayor extensión el tema más discutido: la creación de los juzgados de violencia sobre la mujer (en adelante JVM)[26], que supuso la modificación del juzgado competente para conocer de las denuncias presentadas en materia de violencia de género. Esta cuestión se configura, sin duda, como una de las más importantes que resultan de la aprobación de la Ley Integral. Estos juzgados no son un tribunal especial, ni suponen la creación de una nueva jurisdicción, sino que son tribunales ordinarios a los que se atribuye una competencia especializada[27]. El legislador optó por la especialización dentro del orden penal para el conocimiento de los asuntos de violencia contra la mujer y, al mismo tiempo, excluyó la posible asunción de competencias por parte de los jueces civiles. La creación de estos JVM supuso un cambio cualitativo en el tratamiento de la lucha contra la violencia de género, tras asumir el legislador que las peculiaridades propias

[25] Circular 1/1998, de 24 de octubre, sobre intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar.

[26] Esta medida había sido ya sugerida por la Comisión de Estudios e Informes del Consejo General del Poder Judicial, en informe aprobado el 19 de junio de 1998, cuyo punto 8 indica que para mejorar el conocimiento y el tratamiento del fenómeno de la violencia doméstica se debería atribuir por vía de reparto el conocimiento de estos hechos a determinados juzgados de instrucción de un partido judicial. Vid. al respecto MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., *La violencia doméstica*, cit., pp. 95-98.

[27] En este mismo sentido, CUBILLO LÓPEZ, I., *Los Juzgados de Violencia sobre la mujer y la determinación de su compentencia*, en AA.VV., *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, Colex, Madrid, 2006, p. 123; JIMENO BULNES, M., *Violencia de género*, cit., p. 306; PLANCHADELL GARGALLO, A., *La competencia del Juez de Violencia sobre la Mujer*, en Boix Reig, J./ Martínez García, E. (Coord.), *La nueva Ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, Iustel, Madrid, 2005, p. 279. El Consejo General del Poder Judicial, en su Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer, señaló en la conclusión 14ª que "carece de justificación crear una nueva categoría de juzgados sólo para mujeres, lo que lleva a una suerte de jurisdicción especial basada en la intención del agresor y el sexo de la víctima. Si los órganos judiciales no pueden crearse por razones de raza, ideología, creencias, tampoco pueden serlo por razones de sexo".

de la violencia de género, que la hacen diferente a cualquier otro tipo de violencia interpersonal, requiere un tratamiento jurídico que tenga en cuenta dichas particularidades para poder garantizar con éxito su erradicación[28].

b) Formación de los jueces de los órganos especializados. En lo que respecta a la formación de los jueces que ocupan estos órganos judiciales, el art. 47 de la Ley Integral se limitó a indicar que "el Gobierno, el Consejo General del Poder Judicial y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, asegurarán una formación específica relativa a la igualdad y no discriminación por razón de sexo y sobre violencia de género en los cursos de formación de Jueces y Magistrados, Fiscales, Secretarios Judiciales, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Médicos Forenses". En el año 2009 se incorporó finalmente a la Ley Orgánica del Poder Judicial el art. 329.3 *bis*[29], que impone la formación obligatoria previa, antes de la toma de posesión de los nuevos destinos, para quienes obtuvieran plaza, por concurso o ascenso, en juzgados de violencia sobre la mujer, en juzgados de lo penal especializados en violencia de género o en secciones penales y civiles especializadas en violencia de género de las audiencias provinciales.

c) Repercusiones de la especialización en la demarcación y planta judicial. La condición de los JVM como juzgados especializados en la lucha contra la violencia de género requirió en su momento abordar una reforma importante de la demarcación y planta judicial en el territorio español. Los JVM son órganos penales, con competencias civiles en algunos supuestos, que extienden su jurisdicción al ámbito del partido judicial, aunque con carácter excepcional se prevé que dicho órgano pueda extender su ámbito territorial a dos o más partidos dentro de la misma provincia (art. 87 *bis* LOPJ)[30]. En la actualidad existen en España 431 partidos judiciales, lo que permite hacernos una idea de las consecuencias que la creación de estos juzgados implicó desde el primer momento. El legislador de 2004 ya era consciente de la imposibilidad de crear nuevos JVM en todos los partidos judiciales, por lo que contempló la eventualidad de que, en los casos en los que no fuese posible crear JVM, los juzgados de primera instancia e instrucción (o de instrucción, en su caso) ejerciesen las competencias atribuidas a los JVM. Y ello atendiendo a la posibilidad de especialización de los órganos judiciales que prevé el art. 98 LOPJ.

Esto supuso, por tanto, que el conocimiento de los actos de violencia de género competencia de los JVM podía atribuirse bien a JVM exclusivos[31], bien a juzgados de

---

[28] Vid. por todos, FUENTES SORIANO, O., *Los nuevos Juzgados contra la Violencia sobre la Mujer*, en AA.VV., *La Administración de Justicia en la Ley Integral contra la Violencia de Género*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2005, p. 81.

[29] Este precepto fue introducido por la LO 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

[30] El partido judicial es la "unidad territorial integrada por uno o más municipios limítrofes, pertenecientes a una misma provincia" (art. 32.1 LOPJ).

[31] La Ley Integral incorporó un Anexo III en el que se contemplaba la creación de catorce nuevos juzgados especializados de violencia sobre la mujer. Se crearonn JVM especializados en las siguientes localidades: Granada, Málaga, Sevilla, Palma de Mallorca, Las Palmas, Santa Cruz de Tenerife, Barcelona (2), Alicante,

instrucción (o juzgados de primera instancia e instrucción) a los que, además de las competencias que les son propias, se les atribuye el conocimiento de todos los asuntos en materia de violencia de género dentro del partido judicial. Esto ha llevado a alguna autora a hablar de JVM "de primera y de segunda clase", ya que los juzgados compatibles, al tener que compaginar la nueva materia de violencia de género con su competencia general en materia penal (y a veces también civil), soportan una excesiva carga de trabajo que finalmente repercute en el tratamiento de la violencia de género[32].

En la actualidad hay 106 juzgados exclusivos, frente a los 17 que existían en 2005, y 355 juzgados compatibles[33]. Sus titulares reciben una formación especializada, al igual que sucede en los juzgados de lo penal y en las secciones de las audiencias provinciales competentes en materia de violencia de género. Para hacerse una idea de la carga de trabajo que han de soportar estos juzgados basta dar unos datos: en el año 2014 ingresaron en los JVM un total de 173.887 asuntos de violencia de género; hasta ahora, en estos juzgados se han instruido más de un millón cuatrocientos mil delitos y se han dictado cerca de doscientas mil sentencias, con un porcentaje de condenas que se aproxima al 80%. Se han tramitado miles de órdenes y medidas de protección, y el índice de otorgamiento alcanza el 60%. Estas medidas de protección han sido controladas por las fuerzas y cuerpos de seguridad en coordinación con los órganos jurisdiccionales y con el resto de instituciones con competencias en materia asistencial y sanitaria, con el fin de conseguir la recuperación integral física y psíquica de las víctimas[34].

Pero la especialización de los órganos jurisdiccionales no solo alcanza al órgano competente para la instrucción de los delitos o para el conocimiento y fallo de los delitos leves[35], sino que se extiende también a los órganos competentes para el enjuiciamiento. La Ley Integral ya previó en su momento la necesaria especialización de los juzgados de lo penal "a fin de facilitar el conocimiento de los asuntos instruidos por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer" (art. 89 *bis* LOPJ)[36].

Por otra parte, la especialización alcanza también a las audiencias provinciales. Esta especialización se extiende a los supuestos en los que corresponda a la audiencia provincial el enjuiciamiento en primera instancia de los asuntos instruidos por el JVM, pero también a los supuestos en los que la audiencia provincial conoce de los recursos

---

Valencia, Madrid (2), Murcia, Vizcaya. Posteriormente, en virtud del Real Decreto 23/2005, de 3 de marzo, se amplió de catorce a dieciséis el número de JVM de nueva creación, al añadir las localidades de Vitoria y San Sebastián.

[32] Vid. JIMENO BULNES, M., *Violencia de género*, cit., pp. 399-400.

[33] Así lo pone de manifiesto la Exposición de Motivos de la LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que reforma en profundidad importantes aspectos de esa Ley.

[34] Palabras de la Presidenta del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial, en el décimo aniversario de la entrada en funcionamiento de los JVM, disponibles en esta página web.

[35] Como se explicará más adelante, no hay delitos leves de violencia de género.

[36] LIBANO BERISTAIN, A., *Consideraciones críticas acerca de la especialización judicial en la Ley Orgánica 1/2004*, en Hoyos Sancho, M. de (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspecto procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, p. 349, ponía de manifiesto que a finales de 2008 aún no se había producido la especialización de los juzgados de lo penal en materia de violencia de género.

contra las resoluciones dictadas por los JVM de la provincia (art. 82.1.3º LOPJ). A ello hay que añadir que el art. 82.2.4º LOPJ prevé también la posibilidad de especialización de una o algunas secciones de las audiencias, dependiendo del número de asuntos existentes, para conocer de los recursos que establezca la ley contra las resoluciones dictadas por los JVM en materia civil.

Por el contrario, no se prevé ningún tipo de especialización en los supuestos en que se trate de asuntos competencia del tribunal del jurado. En estos casos, aunque se puede afirmar que emplear algún tipo de especialización podría parecer algo sin sentido, hay quien entiende que sería desable que se estableciera un turno para que el magistrado-presidente fuera rotando entre aquellos que pertenecen a las secciones penales de la audiencia provincial especializadas en violencia de género[37]. Igualmente se ha señalado que deberían existir también magistrados especializados en violencia de género en el ámbito de los tribunales superiores de justicia y del Tribunal Supremo para el supuesto de que el autor de los hechos de violencia de género fuera un aforado[38].

En relación con la actuación de los órganos especializados en materia de violencia de género es de interés poner de manifiesto algunos datos estadísticos. Durante los cinco primeros años de vigencia de la Ley Integral (entre junio de 2005 y junio de 2010) estos órganos especializados dictaron un total de 223.285 sentencias, de las cuales el 65% fueron sentencias condenatorias: los JVM dictaron un total de 99.432 sentencias, de las cuales el 79,5% fueron condenatorias; los juzgados de lo penal dictaron un total de 122.438 sentencias, de las cuales el 53% resultaron condenatorias; y, por último, las audiencias provinciales dictaron un total de 1.416 sentencias, de las cuales el 81,9% fueron condenatorias[39]. Por su parte, casi una década después, en el año 2014 (último año del que se dispone de datos), el porcentaje de sentencias condenatorias en los diferentes órganos jurisdiccionales fue el siguiente: JVM, 75%; juzgados de lo penal, 51,3%; y audiencias provinciales, 73%[40]. Como puede observarse, el porcentaje de sentencias condenatorias en los JVM se mantiene más o menos parecido en la actualidad, ya que en el primer trimestre de 2015 el porcentaje de condenas en los JVM alcanzó el 73,7%; en los juzgados de lo penal el porcentaje de condenas se mantiene en el 52,55%; y en las audiencias ha disminuido considerablemente el porcentaje en relación con la estadística de los cinco primeros

[37] A título de ejemplo es interesante resaltar, en todo caso, que en el primer trimestre de 2015 de los 41.468 asuntos penales ingresados en los JVM solo 10 eran competencia del tribunal del jurado. En el año 2014 fueron 44 los asuntos de violencia de género que se enjuiciaron ante el tribunal del jurado, lo que supuso el 0,03% del total de asuntos.

[38] Sobre la necesaria especialización del magistrado-presidente vid. LIBANO BERISTAIN, A., *Consideraciones críticas*, cit., p. 353.

[39] Datos contenidos en el informe del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género titulado Datos estadísticos judiciales en aplicación de la LO 1/2004. Resumen de los 5 años (datos desde julio 2005 a julio 2010), disponible en www.poderjudicial.es.

[40] Informe del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género relativo al año 2014, disponible en www.poderjudicial.es.

años, ya que solo alcanza el 67,42%[41]. Esto constata una tendencia a la baja en el porcentaje de condenas en las audiencias[42].

d) Competencias penales de los JVM. El modelo de juzgado especializado en la lucha contra la violencia de género diseñado por el legislador se traduce en la atribución de competencias penales y civiles a estos órganos de nueva creación cuando existan actos de violencia de género. Ello obliga a distinguir, por un lado, las competencias en materia penal de las competencias en materia civil, que le vienen atribuidas como consecuencia de la comisión de un acto de violencia de género.

Las competencias penales de los JVM vienen determinadas por un elemento objetivo (que se cometa alguno de los delitos previstos por la Ley) y por un elemento subjetivo (que tales delitos hayan sido cometidos contra quien sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia; así como sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género).

Las competencias penales de los JVM se pueden estructurar en cuatro grandes bloques: instrucción de delitos, conocimiento y fallo de delitos leves, dictado de sentencias de conformidad y adopción de órdenes de protección.

En relación con la instrucción, los JVM son competentes: 1) para instruir los delitos de "homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad y el derecho a la propia imagen, contra el honor o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación" (art. 87 *ter* 1 a) LOPJ)[43]; 2) para instruir los procesos "para exigir responsabilidad penal por cualquier delito contra los derechos y deberes familiares" (art. 87 *ter* 1 b) LOPJ; y 3) para instruir los "procesos para exigir responsabilidad penal por el delito de quebrantamiento previsto y penado en el artículo 468 del Código Penal" (art. 87 *ter* 1 g) LOPJ)[44]. En cualquier caso, hay que tener

---

[41] Informe sobre datos de denuncias, procedimientos penales y civiles registrados, órdenes de protección y medidas de protección y seguridad solicitados en los JVM y sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales en esta materia en el primer trimestre del año 2015, del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, disponible en www.poderjudicial.es.

[42] La audiencia provincial es el órgano competente para conocer de los delitos de violencia de género cuando llevan aparejada pena privativa de libertad superior a cinco años.

[43] Este apartado ha sido modificado por la LO 7/2015, de 21 de julio, antes citada. Supone la atribución del conocimiento de nuevos delitos a los JVM como consecuencia de la reforma llevada a cabo por la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Se trata de una más de las medidas destinadas a "incrementar la firme y continua lucha desde el ámbito legislativo contra la violencia de género" (según el apartado VII del Preámbulo).

[44] El apartado g) del art. 87 *ter* 1 LOPJ ha sido introducido por la LO 7/2015, de 21 de julio. El legislador considera que con la atribución al JVM del conocimiento del delito de quebrantamiento del art. 468 CP "se obtendrá una mayor eficacia a la hora de proteger a la víctima, porque éste tendrá muchos más datos que cualquier otro Juez para valorar la situación de riesgo". Antes de la reforma, el delito de quebrantamiento de condena era competencia del juzgado de instrucción, salvo que se cometiese al mismo tiempo uno de los delitos contemplados en el art. 87 *ter* 1 a) LOPJ, en cuyo caso era competente el JVM.

en cuenta que no dentro de mucho tiempo en el proceso penal español el Ministerio Fiscal será el encargado de la instrucción de los delitos[45], lo que vaciará de contenido las competencias penales de los JVM.

En relación con los delitos leves, los JVM tienen competencia para el "conocimiento y fallo de los delitos leves que les atribuya la ley" cuando se trata de una de las víctimas para cuya protección se crean los JVM (art. 87 *ter* 1 d) LOPJ)[46], esto es, no solo quien sea o haya sido la esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, sino también "los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género" (según se indica en el art. 87 *ter* 1 a) LOPJ). Este apartado del art. 87 *ter* LOPJ ha sido modificado tras la reforma del Código Penal llevada a cabo por la LO 1/2015. Esta reforma suprime las faltas, que hasta ahora venían siendo reguladas en el Libro III del Código Penal, aunque algunas de ellas se incorporan como delitos leves al Libro II. Hasta la modificación del Código Penal por la norma mencionada, los JVM eran competentes para el conocimiento y fallo de las faltas en materia de violencia doméstica, que eran las de amenazas leves, coacciones leves, malos tratos de obra sin causar lesión e injurias y vejaciones injustas de carácter leve. También eran competentes para conocer y fallar de las faltas en materia de violencia de género[47], que estaban reducidas a las faltas de injurias y vejaciones injustas de carácter leve del art. 620 CP. En el resto de los casos (amenazas y coacciones leves, malos tratos de obra), si la víctima del hecho calificado como falta era o había sido la esposa, o mujer que estuviera o hubiera estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia, el hecho pasaba a considerarse delito menos grave. Tras la reforma operada por la LO 1/2015 se modifica la competencia de los JVM que, a partir de este momento, conocerán y fallarán de los delitos leves "que les atribuya la ley". Esta remisión obliga a acudir a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyo art. 14.5 d), también reformado, atribuye a los JVM la competencia para el "conocimiento y fallo de los juicios por las infracciones tipificadas en el párrafo segundo del apartado 7 del artículo 171 [amenazas leves], párrafo segundo del apartado 3 del artículo 172 [coacciones leves] y en el apartado 4 del artículo 173 [injurias o vejaciones injustas de carácter leve] de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, cuando la víctima

---

[45] GÓMEZ COLOMER, J. L., *Violencia de género y proceso*, cit., pp. 151-152, ya ponía de relieve el problema de cómo se iba a ver afectada la competencia para la instrucción de los JVM cuando es previsible que la instrucción pase, cuando se apruebe la previsible nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, al Ministerio Fiscal, pues obviamente no será suficiente con una mera sustitución del JVM por el Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer.

[46] Este precepto también ha sido modificado por la LO 7/2015.

[47] Entre junio de 2005 y junio de 2010 los JVM dictaron un total de 40.551 sentencias en juicios de faltas, de las cuales aproximadamente el 50% fueron condenatorias. En el año 2014, el 6,5% de los asuntos que conocieron los JVM fueron faltas, según datos disponibles en los informes del Obsevatorio contra la Violencia Doméstica y de Género antes citados.

sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra a) de este apartado", las mismas que se mencionan en la Ley Orgánica del Poder Judicial, esto es, tanto la mujer como otras personas del entorno familiar y doméstico. Recordemos que, según se dispone en el art. 13.4 inciso final CP, las infracciones penales se habrán de calificar como delitos leves siempre que la pena, por su extensión, pueda considerarse a la vez leve y menos grave. Los tipos delictivos mencionados tienen prevista una pena con tramos propios de los delitos menos graves, fundamentalmente multas que superan los tres meses. Sin embargo, van a sustanciarse conforme al procedimiento previsto para el juicio de faltas en el Libro VI de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal. Se sigue el criterio opuesto al que rige cuando la pena, por su extensión, pueda incluirse a la vez entre las penas graves y menos graves, en cuyo caso se dispone que "el delito se considerará, en todo caso, como grave" (art. 13.4 CP). De esta manera, se amplía el ámbito competencial de los JVM para conocer y fallar en delitos de violencia de género.

Por otro lado, los JVM podrán dictar sentencias de conformidad en los casos establecidos por la ley (según disponen los arts. 87 *ter* 1 e) LOPJ y 14.3 LECrim), esto es, cuando se den los requisitos previstos en el art. 801 LECrim: "1.º Que no se hubiera constituido acusación particular y el Ministerio Fiscal hubiera solicitado la apertura del juicio oral y, así acordada por el juez de guardia, aquél hubiera presentado en el acto escrito de acusación[48]. 2.º Que los hechos objeto de acusación hayan sido calificados como delito castigado con pena de hasta tres años de prisión, con pena de multa cualquiera que sea su cuantía o con otra pena de distinta naturaleza cuya duración no exceda de 10 años. 3.º Que, tratándose de pena privativa de libertad, la pena solicitada o la suma de las penas solicitadas no supere, reducida en un tercio, los dos años de prisión". En los casos de conformidad se impondrá la pena solicitada reducida en un tercio, lo que supone un beneficio evidente para el autor de los hechos delictivos. Es interesante destacar que en los cinco primeros años de vigencia de la Ley Integral se dictaron 58.880 sentencias de conformidad en los JVM. Sin embargo, en la estadística del año 2014 no se indica expresamente cuál es el porcentaje del 75% de condenas dictadas por los JVM que corresponde a sentencias de conformidad[49].

A los JVM corresponde también la adopción de las órdenes de protección de las víctimas de los delitos, sin perjuicio de las competencias atribuidas al juez de guardia (art. 87 *ter* 1 c) LOPJ). Los JVM acordarán las órdenes de protección mientras dure la instrucción, ya que si la orden de protección se solicita una vez abierto el juicio oral su adopción corresponderá al juez o tribunal que conozca de la causa (art. 544 *ter* 11 LECrim). En los cinco primeros años de vigencia de la Ley Integral se incoaron un total de 193.067 órdenes de protección, de las cuales se adoptaron un total de 140.936, lo que representa un porcentaje de adopción del 73%. En el año 2004 se solicitaron a los JVM un total de 33.167 órdenes de protección, de las cuales se acordaron el 57%. A ello hay que añadir las 5.780 órdenes de protección solicitadas ante los juzgados de guardia,

[48] La referencia al juzgado de guardia hay que entenderla hecha a JVM.

[49] El 75% corresponde tanto a las condenas por faltas como a los casos de conformidad.

fuera del horario de audiencia de los JVM, de las cuales se acordaron el 70% de las solicitadas.

Por último, los JVM son también competentes para la emisión y ejecución de los instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea que les atribuya la ley (art. 87 *ter* 1 f) LOPJ).

e) Competencias civiles de los JVM. Los JVM, que son órganos integrantes de la jurisdicción penal, tienen también atribuidas competencias en materia civil. La necesidad de abordar de manera integral la protección de la mujer víctima de violencia de género llevó al legislador a considerar que determinados procesos civiles debían ser tratados ante el JVM, procurando así la eficaz e inmediata protección de la víctima y evitando con ello un peregrinaje de la víctima entre los órganos jurisdiccionales civiles y penales[50].

Los asuntos civiles que podrán ser conocidos por los JVM son los siguientes (art. 87 *ter* 2 LOPJ): a) los de filiación, maternidad y paternidad; b) los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio; c) los que versen sobre relaciones paterno filiales; d) los que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar; e) los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos e hijas menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos e hijas menores; f) los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción; y g) los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. Esto supone, por lo tanto, que no cualquier cuestión civil podrá ser conocida por los JVM.

En estos procesos la competencia de los JVM será "exclusiva y excluyente" si, además, concurren los siguientes requisitos: 1) en primer lugar, que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de los actos de violencia de género y que alguna de las partes del proceso civil sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género; 2) en segundo lugar, que se hayan iniciado ante el JVM actuaciones penales a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género.

Cuando se den simultáneamente los tres requisitos mencionados (materia, persona y actividad), la competencia de los JVM será, como se ha indicado, "exclusiva y excluyente" (art. 87 *ter* LOPJ), por lo que los asuntos civiles se derivarán al JVM y el juez civil perderá su competencia. Es interesante tener en cuenta que entre junio de 2005 y junio de 2010 ingresaron en los JVM un total de 77.531 procedimientos civiles, y finalmente se dictaron un total de 29.792 sentencias. El porcentaje de las sentencias total o parcialmente estimatorias en los procedimientos civiles alcanzó el 97,99%.

---

[50] Como afirma DURO VENTURA, C., *Medidas procesales: La opción por la conexión entre procesos*, en AA.VV., *La Administración de Justicia en la Ley Integral contra la Violencia de Género*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2005, p. 64, se trata de materias del ámbito de las relaciones familiares cuyo conocimiento no puede separarse de una situación de violencia previa o incluso posterior. Por ello, alaba que a partir de la Ley Integral si existe un acto de violencia, una situación de dominación o de discriminación en la pareja, ello no va a resultar indiferente ante un eventual proceso civil que se pueda iniciar.

En el Informe relativo al año 2014, el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial puso de manifiesto que se mantiene la baja proporción de los asuntos civiles ingresados respecto de las denuncias penales presentadas. En el año 2014 ingresaron en los JVM un total de 21.894 asuntos civiles (se presentaron ese año un total de 126.742 denuncias por violencia de género ante los JVM). Esto mismo apunta el Observatorio en el informe relativo al primer trimestre de 2015. En estos primeros meses de 2015 se presentaron un total de 5.810 demandas de asuntos civiles[51], mientras que se habían presentado 30.293 denuncias.

La atribución de competencias civiles a los JVM, que el legislador consideró necesaria para garantizar la debida coordinación entre la jurisdicción civil y penal en materia de violencia de género, ha dado lugar a distintas opiniones doctrinales. Los que están a favor de esta solución apuntan que supuso un acierto concentrar al máximo el arco de cuestiones relacionadas con la violencia de género que han de ser conocidas por el mismo juzgado[52]. Los que están en contra argumentan que la atribución de competencias penales y civiles al JVM, aunque va a tener consecuencias positivas en lo relativo a la eficacia y prontitud de la respuesta judicial en los casos de violencia de género, va a traer consigo una pérdida de la imparcialidad del juzgador, ya que el mismo juez que instruye unos hechos constitutivos de delito deberá resolver sobre un proceso civil relacionado[53]. Como apunta Gascón Inchausti, parece evidente que las actuaciones que lleva a cabo el juez de instrucción pueden generarle algunos "prejuicios" sobre los hechos ocurridos o las personas implicadas, que le van a condicionar a la hora de tomar decisiones en el proceso civil. Además, se trata de decisiones sobre cuestiones que "encierran un elevado grado de discrecionalidad (v.gr. a quién se atribuye la custodia de los hijos o cuál es el régimen de visitas, entre otras)"[54]. Otra de las críticas que se hace a esta atribución competencial es que puede dar lugar a un empleo fraudulento del último de los requisitos mencionados (el de

---

[51] De las cuales los divorcios consensuados eran el 2,93%, los divorcios no consensuados el 24,10%, medidas previas el 6,83%, medidas coetáneas el 13,67%, guarda, custodia o alimentos hijos no matrimoniales el 18,76%, y el resto el 33,72%.

[52] Para CHIRINOS RIVERA, S., *La Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género. Cuestiones prácticas y básicas en torno a la ley*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 106, la atribución de la doble competencia penal y civil a los JVM "fue todo un acierto del legislador", a pesar de que, como señala en la p. 29, en un primer momento los JVM se vieron absolutamente desbordados, y los asuntos civiles fueron los que sufrieron la peor parte, produciéndose demoras en su tramitación que seguramente no se habrían producido en los juzgados de familia.

[53] CUBILLO LÓPEZ, I., *Los Juzgados*, cit., p 124. Este autor afirma en la p. 129 que la especialización de los JVM encierra "muy serias dudas de constitucionalidad", tanto por la atribución a estos juzgados de competencias penales y civiles, como por la atribución de la instrucción de los delitos en función del sexo de la víctima.

[54] GASCÓN INCHAUSTI, F., et al., *El tratamiento de las cuestiones procesales y la audiencia previa al juicio en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2009, p. 146. En opinión de PLANCHADELL GARGALLO, A., *La competencia de los Juzgados de Violencia de Género sobre la Mujer: problemas prácticos siete años después*, en Castillejo Manzanares, R. (Dir.), *Violencia de Género y Justicia*, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2013, p. 610, esta medida puede provocar una criminalización del orden civil.

actividad), ya que basta la mera interposición de una denuncia por violencia de género para atraer la competencia civil a favor de los JVM, con la consiguiente pérdida de dicha competencia por los juzgados de primera instancia (o de familia), que son los jueces predeterminados por la Ley.

El art. 49 *bis* de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) regula de manera más detallada la pérdida de competencia de los juzgados civiles en favor de los JVM en los casos de violencia de género[55]. La Ley contempla dos supuestos principalmente: la inhibición del juez civil en favor de un JVM y el requerimiento de inhibición de un JVM al juez civil. Vamos a analizar cada uno de estos supuestos por separado.

En primer lugar, si el juez civil que ya está conociendo en primera instancia de un procedimiento civil (de alguna de las materias anteriormente mencionadas) tiene conocimiento de la comisión de un acto de violencia de género y comprueba que concurren los requisitos mencionados en el art. 87 *ter* LOPJ, se inhibirá en favor del JVM competente, remitiéndole los autos en el estado en que se hallen, siempre y cuando no se haya iniciado la fase del juicio oral en el proceso civil. Por su parte, si el juez civil que está conociendo de alguno de los procesos civiles mencionados, tiene conocimiento de la comisión de un acto de violencia de género entre quienes son partes en el proceso civil, pero todavía no se ha iniciado un proceso penal por esos hechos ni se ha dictado una orden de protección contra el presunto agresor, citará a las partes del proceso civil a una comparecencia con el Ministerio Fiscal, dentro de las 24 horas siguientes, tras la cual el fiscal deberá decidir si procede, dentro de las 24 horas siguientes, a denunciar los hechos cometidos ante el JVM o a solicitar una orden de protección. En este caso el juez civil queda a la espera de ser requerido para inhibirse del asunto en favor del JVM competente. En tercer lugar, la Ley prevé la posibilidad de que sea el JVM que está conociendo de un asunto de violencia de género el que tenga conocimiento de la existencia de un proceso civil por alguna de las materias anteriormente mencionadas. En este caso, y tras constatar la concurrencia de los requisitos del art. 87 *ter* LOPJ, el JVM requerirá de inhibición al juez civil, que inmediatamente deberá remitir los autos al JVM. Es de lamentar que el legislador no haya exigido que los titulares de los JVM reciban una formación específica en materia de familia, dada la especialización en muchos partidos judiciales de los juzgados de primera instancia como juzgados de familia, sobre la base del art. 98 LOPJ.

La cuestión más interesante en relación con la remisión del proceso civil al JVM es el momento procesal hasta el que puede tener lugar dicha remisión. La Ley de Enjuiciamiento Civil dice que, si se dan los requisitos que determinan la competencia civil de los JVM, el juez civil que esté conociendo del asunto deberá "inhibirse, remitiendo los autos en el estado en que se hallen al Juez de Violencia sobre la Mujer que resulte competente, salvo que se haya iniciado la fase de juicio oral". La referencia a la "fase de juicio oral" en este precepto ha dado lugar a distintas opiniones doctrinales y jurisprudenciales, que ha hecho necesaria la intervención del Tribunal

[55] Este artículo fue incorporado a la Ley de Enjuiciamiento Civil por el art. 57 de la Ley Integral.

Supremo para unificar criterios: por un lado, había quiénes sostenían que la Ley se refería a la fase de juicio oral del proceso civil, mientras que otros entendían que se refería a la fase de juicio oral del proceso penal[56]. Conforme a la primera postura, si la fase de juicio oral ya había comenzado en el proceso civil, el juez civil no podía inhibirse; mientras que, para la segunda de las interpretaciones, lo determinante era si en el proceso penal por violencia de género había o no empezado el juicio oral, al ser el momento en el que objeto del proceso penal ha quedado delimitado, aunque no sea definitivamente[57], de tal manera que solo antes de dicha apertura el JVM podía requerir de inhibición, y el juez civil había de inhibirse, aún a pesar de que el proceso civil se encontrase en fase oral. El Acuerdo no Jurisdiccional de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 16 de diciembre de 2008, para la unificación de criterios y coordinación de prácticas procesales, puso fin a esta diversidad de interpretaciones al señalar que "la limitación temporal para la inhibición del Juez civil, cuando se haya iniciado la fase del juicio oral, debe entenderse referida al juicio civil, esto es, a la vista del artículo 443 LEC". La razón que fundamenta este límite temporal es que no tendría sentido que una vez que las partes hayan sido convocadas a juicio se anule el señalamiento para remitir la cuestión al JVM[58]. Sin embargo, parece más correcto entender que la Ley se refiere a la apertura de la fase oral en el proceso penal, sobre la base, como apunta GASCÓN INCHAUSTI, de que no tiene mucho sentido remitir las actuaciones al JVM si cuando el tribunal civil tiene noticia de la existencia del proceso penal dicho juzgado ya ha dejado de conocer del asunto[59], al haberse iniciado la fase de juicio oral, con remisión de los autos al juzgado de lo penal o a la audiencia provincial, que carecen de competencia para resolver en primera instancia de los asuntos civiles[60]. Y ello sin perjuicio de que siga siendo de aplicación que si en el proceso civil se ha iniciado la fase oral tampoco se podrá remitir el asunto al JVM.

La atribución de competencias civiles a los JVM sobre la base del requisito de actividad mencionado pone de manifiesto un problema al que la Ley no da solución. Se

---

[56] ASENCIO MELLADO, J. M., *Comentario al art. 49 bis LEC*, en Gimeno Sendra, V. (Dir.), *Proceso Civil Práctico. Tomo I-II*, La Ley, Madrid, 2010, pássim; CUBILLO LÓPEZ, I., *Los Juzgados*, cit., p. 155; GASCÓN INCHAUSTI, F. et al., *El tratamiento*, cit., pp. 134-138; MUERZA ESPARZA J., *Aspectos procesales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre*, en Muerza Esparza, J. (Coord.), *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género. Aspectos Jurídico Penales, Procesales y Laborales*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 63-64.

[57] MUERZA ESPARZA, J., *Aspectos procesales*, cit., p. 64. En opinión de este autor no se puede desconocer que bajo la expresión inicio de la fase de juicio oral no coinciden los distintos actos procesales en los distintos procesos por delitos que existen en nuestro ordenamiento procesal.

[58] Como señala la Circular 6/2011, de 2 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer, en la conclusión undécima, se ha de entender que este momento se refiere en el contencioso principal al momento de la providencia de señalamiento; en el procedimiento de mutuo acuerdo el día de ratificación de las partes; y en los procedimientos de medidas provisionales (previas o coetáneas) o cautelares coincide con el inicio de la comparecencia del art. 771 LEC.

[59] Como recuerda ASENCIO MELLADO, J. M., *Comentario al art. 49 bis LEC*, cit., pp. 5-192, una vez abierto el juicio oral penal el JVM no tendrá a su disposición las actuaciones de naturaleza penal.

[60] GASCÓN INCHAUSTI, F. et al., *El tratamiento*, cit., p. 134.

trata de lo que ocurre en aquellos supuestos en los que el proceso penal por violencia de género iniciado ante el JVM finaliza sin que se haya atribuido finalmente responsabilidad penal al imputado, ya sea por archivo del asunto, sobreseimiento o sentencia absolutoria. Es decir, el proceso penal termina sin que se condene al varón por la realización de un acto de violencia de género. La cuestión en estos casos es si el JVM debe seguir conociendo de las cuestiones civiles o si, por el contrario, éstas deberían remitirse al juez civil competente. En estos casos la solución más correcta, como pone de manifiesto la doctrina, es que el JVM siga conociendo del proceso civil a pesar de que en el proceso penal no hubo condena. Entre las razones manifestadas por la doctrina para justificar esta solución destaca que la nueva remisión del asunto a los juzgados de primera instancia sería una medida: 1) contraria a la *perpetuatio iurisdictionis*; 2) contraria a la seguridad jurídica; 3) que supondría una alteración de la competencia no prevista expresamente por la Ley, lo que podría suponer entonces una vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley; y 4) que podría llegar a implicar una vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas[61].

Por otro lado, si la referencia al inicio de la fase de juicio oral se hubiese entendido hecha al proceso penal quedaría fuera de toda duda que, si ya ha terminado el proceso penal por violencia de género y se presenta una demanda civil por alguna de las materias que pueden ser conocidas por los JVM, en ningún caso estos asuntos van a poder llegar a ser conocidos por dichos JVM. Y ello independientemente de que el proceso penal por violencia de género haya terminado con sentencia absolutoria o condenatoria. Sin embargo, al ser el inicio de la fase del juicio oral en el proceso civil la que sirve como referencia, los JVM podrán asumir competencias en un proceso civil entre quienes fueron víctima y acusado en el proceso penal aunque el proceso penal por violencia de género haya terminado. Con una precisión que es necesario tener en cuenta: si en el momento en que se presenta la demanda civil ya se ha dictado sentencia penal absolutoria o auto de archivo, el JVM no tendrá competencias civiles, por lo que en el supuesto de que se presente ante él la demanda civil deberá inadmitir dicha pretensión y remitirla al órgano civil competente. Sin embargo, si se dicta sentencia condenatoria en el ámbito penal, los JVM tendrán competencia en materia civil hasta la completa extinción de la responsabilidad penal en virtud de la aplicación de las reglas y los plazos de los arts. 130 y 131 CP[62].

f) Competencia territorial de los JVM. La creación de los JVM supuso la modificación de la regla de competencia territorial recogida en el art. 14 LECrim, en función de la cual el fuero principal para determinar el órgano territorialmente

---

[61] GASCÓN INCHAUSTI, F. Et al., *El tratamiento*, p. 145. Sin embargo, en los *73 Criterios adoptados por Magistrados de Audiencias Provinciales con competencias exclusivas en violencia de género*, de 30 de noviembre de 2005, publicados en esta página web, los magistrados "recomiendan" al legislador que "contemple la posibilidad de introducir esta causa de pérdida de competencia del JVM a la inversa puesto que ya parece injustificada la necesidad de su intervención excepcional y accesoria a la penal en un tema exclusivamente civil, sin perjuicio de modular aquella causa de pérdida de competencia de manera que no se perjudique a la mujer".

[62] JIMENO BULNES, M., *Violencia de género*, cit., p. 333. En el mismo sentido se pronuncian los Magistrados firmantes de los *73 Criterios*, antes citados.

competente en materia penal es el del lugar de comisión del delito (*forum delicti comissi*). Cuando se trata de un caso de violencia de género, el fuero determinante será el del domicilio de la víctima (art. 15 *bis* LECrim). Con esta medida el legislador da preferencia a la protección de la víctima sobre la eficacia en la instrucción del proceso, a la vez que se evitan cuestiones de competencia territorial que puedan suscitarse entre los JVM y los jueces civiles[63].

Sin embargo, la atribución de la competencia territorial al JVM del domicilio de la víctima presenta distintos inconvenientes. En su Informe al Anteproyecto de Ley, el Consejo General del Poder Judicial apuntó que esta medida aleja el proceso del hecho que lo motiva, lo que afectará, sin lugar a dudas, a la investigación del hecho delictivo, pues se traducirá en la dificultad de recabar las fuentes probatorias. Por otro lado, supondrá un inconveniente para los testigos, que deberán desplazarse al partido judicial del domicilio de la víctima para prestar declaración. Y en tercer lugar, se pone de manifiesto que lo que trae consigo la Ley Integral es que el criterio objetivo de determinación de la competencia territorial del lugar de comisión del hecho delictivo deja lugar a otro no tan objetivo como es el del domicilio de la víctima, el cual depende de la voluntad de la víctima y está sujeto a cambios[64]. El Tribunal Supremo, para evitar problemas, estableció mediante un Acuerdo no Jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2006 que se trata del domicilio "que tenía la víctima al ocurrir los hechos".

Uno de los problemas que este nuevo fuero plantea es que en aquellos casos en que como medida de protección de la víctima cambie de domicilio para separarla del agresor y garantizar su mayor seguridad y tranquilidad, ocurrirá que la víctima sí se verá obligada a desplazarse de localidad para acudir al JVM competente[65]. Tampoco está exenta de problemas la determinación del domicilio de la víctima, ya que es necesario determinar a qué clase de domicilio se refiere el legislador. Conforme a lo dispuesto en el art. 40 del Código Civil, el domicilio de las personas físicas será el de su residencia habitual. En el caso de que el domicilio que consta a efectos formales (v.g., en el documento nacional de identidad o en el padrón municipal) no coincida con el domicilio real, lo lógico parece ser entender que el lugar determinante de la competencia territorial es aquel en el que la víctima efectivamente residía en el momento de cometerse los hechos. Para los supuestos en los que la víctima ni tenga domicilio ni resida en España, se entenderá que la competencia corresponde al JVM del lugar en el que se encontraba dentro del territorio nacional en el momento de comisión de los hechos, o el de su última residencia en España[66].

---

[63] MUERZA ESPARZA, J., *Aspectos procesales*, cit., p. 66.

[64] Respecto de esta última observación se muestra muy crítico ASENCIO MELLADO, J. M., *Comentario al art. 49 bis LEC*, cit., p. 5-184, quien cree necesario no olvidar que para que nazca la competencia del JVM es necesaria una acción de violencia de género, la cual no la produce la mujer, sino que ella es la víctima, por lo que difícilmente puede hablarse de provocación de un fuero por quien es sujeto pasivo de un delito. Compartimos su observación.

[65] Vid. por todos, PLANCHADELL GARGALLO, A., *La competencia*, cit., p. 310.

[66] Cfr. CUBILLO LÓPEZ, I., *Los Juzgados*, cit., p. 145. En los *73 Criterios adoptados por Magistrados de Audiencias Provinciales con competencias exclusivas en violencia de género* se daba esta misma solución, el del lugar en que

g) La conexidad en los casos de violencia de género. En último lugar, la creación de los JVM introduce novedades en las reglas de conexión. A los JVM corresponde también la instrucción y conocimiento de los delitos conexos, siempre que la conexión tenga su origen en alguno de los supuestos previstos en los números 3 y 4 del art. 17 LECrim, esto es, que se trate de infracciones cometidas como medio para perpetrar otras o facilitar su ejecución o para procurar su impunidad (art. 17 *bis* LECrim).

No se contemplan, sin embargo, los restantes supuestos de conexión, tales como la conexión simultánea (art. 17.2.1º LECrim), la comisión bajo acuerdo o previo concierto (art. 17.2.2º LECrim), los delitos de favorecimiento real y personal y el blanqueo de capitales respecto al delito antecedente (art. 17.2.5° LECrim), los cometidos por diversas personas cuando se ocasiones lesiones o daños recíprocos (art. 17.2.6° LECrim)[67], ni la conexión por analogía o relación entre los delitos cometidos (art. 17.3 LECrim). Una de las cuestiones que se plantean en relación con la conexión es determinar qué ocurre en aquellos supuestos, relativamente frecuentes, en los que la violencia es bidireccional entre hombre y mujer. En estos casos tampoco la Ley dice a quién se atribuye la competencia: si le corresponde todo en exclusiva al JVM o si se dividirá la instrucción entre el JVM y el juzgado de instrucción competente. En los casos de denuncias cruzadas, al existir "identidad de acto", ha de entenderse que la competencia para conocer de todos los hechos corresponde al JVM[68].

Por último, los supuestos de conexión pueden dan lugar a la modificación de la competencia territorial determinada inicialmente. El art. 18 LECrim determina qué tribunal será territorialmente competente en los casos de conexión. Según este precepto, la competencia para conocer de las causas por delitos conexos corresponde, en primer lugar, al juzgado del territorio en el que se haya cometido el delito que tenga señalada pena mayor; en caso de que los dos delitos tengan señalada la misma pena, será competente el primero hubiera comenzado la causa; en el caso de que las causas hubieran empezado al mismo tiempo o no conste cuál comenzó primero, la competencia la determinará el superior común. Sin embargo, se plantea el problema del órgano territorialmente competente para conocer de los casos de violencia de género en los supuestos de conexidad, ya que, por aplicación de los criterios del art. 18 podría ocurrir que dejara de ser competente el JVM del lugar en el que se han cometido

---

accidentalmente se encuentre en territorio español. En todo caso, los magistrados firmantes recomiendan que se establezcan en todas las capitales de provincia los elementos materiales que permitan las actuaciones procesales a través de videoconferencia, para garantizar la agilidad en la tramitación de la causa y generar el menor número de perjuicios posibles a los implicados en el proceso penal.

[67] Los apartados 5º y 6º del art. 17.2 LECrim han sido introducidos por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

[68] Desde la Circular 4/2005, de 18 de julio, de la Fiscalía General del Estado, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Genero, se defiende la atribucion competencial a favor del JVM para el caso de que "concurra una íntima relación entre las mutuas agresiones de modo que el enjuiciamiento separado produciría la quiebra de la continencia de la causa con riesgo de sentencias contradictorias". Así lo reitera la Circular 6/2011 antes citada, en la conclusión novena.

los hechos de violencia de género. Parece que el art. 17 *bis* LECrim debe prevalecer en estos casos, ya que la regla especial deroga a la general[69].

2.2.6. Personal de los juzgados.

La creación de nuevos juzgados con competencias en violencia de género se vio inicialmente lastrada por la falta de formación especializada del personal de los Cuerpos Generales, principalmente de Gestión y Tramitación. Ahora, en el ámbito de competencias del Ministerio de Justicia, se ofrece formación especializada en materia de violencia de género a todos los funcionarios, sean titulares o interinos, que desempeñan su puesto de trabajo en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, sean exclusivos o compatibles, con el fin de incrementar la formación en materia de violencia de género de todos los profesionales que intervienen en su prevención, tratamiento y sanción. Asimismo reciben formación específica en la materia los funcionarios del Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa que desempeñan su puesto de trabajo en las Oficinas de Ayuda a las Víctimas. Igualmente se asegura que reciben esta formación los funcionarios que vayan incorporándose a dichos Juzgados.

3. Los resultados.

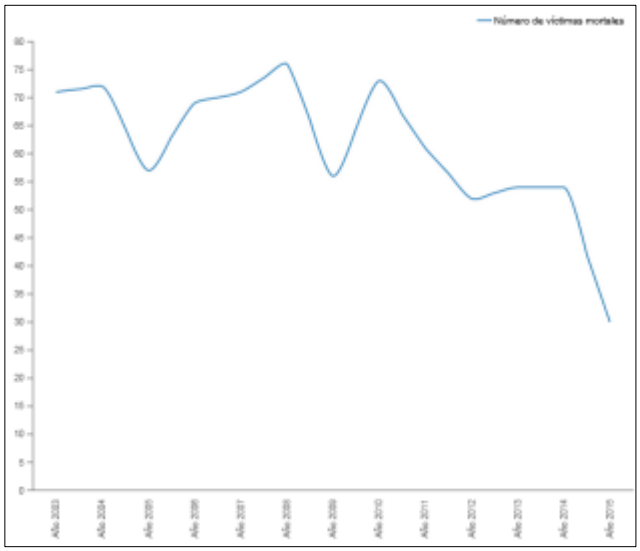
La valoración de los resultados obtenidos es compleja. Hay que advertir ya, desde el primer momento, que centrarse en la evolución estadística de denuncias y condenas por violencia de género o asesinatos/homicidios de mujeres a manos de sus parejas no es un método adecuado para analizar la efectividad de las medidas adoptadas o potenciadas en la Ley Integral: entre otras, la transformación de faltas en delitos, el aumento de las penas de los delitos ya existentes, pero también el aumento de las campañas de sensibilización, la mejora de la educación, la concesión de derechos económicos y laborales a las víctimas, etc. Y, entre ellas, el aumento de la formación y especialización de todos los agentes implicados en la prevención y represión de la violencia de género. Piénsese que, en muchas ocasiones, según qué años se tomen para realizar el análisis, la evolución puede considerarse positiva o negativa. O que, por ej., el hecho de que el porcentaje de mujeres que manifiesta haber sufrido violencia de género haya aumentado tras la entrada en vigor de la Ley Integral (pues se ha pasado de un 5,1 en 1999 a un 6,3 en 2006, y llega al 12,5% en 2015, según datos de las Macroencuestas sobre la situación de la violencia de género realizadas por el Instituto de la Mujer en los años 1999, 2006 y 2015) no tiene que indicar necesariamente un aumento del número de casos, sino que también puede explicarse mediante una mayor sensibilización de las víctimas. Pero lo cierto es que hay que mirar los datos, aunque

[69] MUERZA ESPARZA, J., *Aspectos procesales*, cit., p. 66.

sea con cierto escepticismo, pues al menos permiten formarse una idea de la evolución de los mecanismos de prevención y represión de la violencia de género.

Pues bien, en muchas ocasiones los medios de comunicación prestan atención, para analizar los resultados de la Ley Integral, al número de fallecidas cada año a manos de sus parejas o ex parejas. Atienden así a uno de los indicadores de violencia de género que, por su máxima gravedad, no solo ha contribuido a visibilizar el problema y generar en torno a él una alarma social que ha motivado la respuesta de los poderes públicos, sino que se toma a menudo como referencia de su eficacia para erradicar el problema de la violencia y los malos tratos en pareja. Sin embargo, hay que advertir que no debemos caer en el reduccionismo que supone remitir la violencia de género a unos casos que, afortunadamente, apenas representan la punta del iceberg, aunque sean los que se toman como referencia a la hora de adoptar muchas de las medidas penales. Pues bien, en respuesta a la cuestión de si las constantes reformas que, con el tiempo, han ido reforzando la tutela de las mujeres permiten hablar de una reducción del número de fallecidas a manos de sus parejas o ex parejas en España, la evolución estadística en los últimos años permite advertir que se dan oscilaciones año a año, sin que se pueda observar un aumento o disminución claros. El número de casos oscila entre 50 y 75 al año.

Tabla 1: *número de víctimas mortales por violencia de género*



Fuente: *Portal estadístico de la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género*.

Por otro lado, también se puede tomar como indicador de la efectividad de las medidas adoptadas el número de denuncias presentadas cada año. Este dato da una cierta idea del nivel de sensibilización de las víctimas sobre su propia victimización, pero también de si perciben que el sistema penal puede ofrecer una solución a la situación en la que viven. Hay que tener en cuenta que en el caso español la denuncia tiene un valor añadido en cuanto que, además de iniciar el proceso penal por las agresiones sufridas, permite que las mujeres se beneficien de una serie de medidas asistenciales y laborales, como asistencia o recursos económicos, reconocimiento de

derechos laborales, etc., a los que no hay posibilidad de acceder sin la interposición de la denuncia y la debida acreditación de la condición de "víctima de violencia de género"[70]. Pues bien, las denuncias, tras un comprensible aumento tras la entrada en vigor de la Ley Integral, se han estabilizado en los últimos años. Así, podemos observar que apenas hay variación entre 2007 y 2014, si bien hubo un pico importante en 2008.

Tabla 2: *número de denuncias presentadas por violencia de género*

ño	Número de denuncias por violencia de género
007	126293
008	142125
009	135540
010	134105
011	134002
012	128477
013	124893
014	126742

Fuente: *Portal estadístico de la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género.*

Eso sí, el modelo de Poisson para cada año muestra un incremento de la posibilidad de denunciar, tomando como año de referencia 1998. Se observa una posibilidad 1,6 veces superior de denunciar en los años 2005 y 2006 que en los años comprendidos entre 1998 y 2004[71].

Lo que también ha aumentado en estos años de manera sustancial son las renuncias de las víctimas al proceso. Si en 2007 (primer año en el que se recoge este dato en las estadísticas judiciales) hubo 12.705, lo que supuso el 10,06% del total, en 2014 se llegaba a 15.721, el 12,40%, según datos de los informes del Consejo General del Poder Judicial sobre la violencia contra la mujer en la estadística judicial.

Ello puede deberse a varias razones. En mi opinión, es importante tener en cuenta que el sistema penal ha apostado por la pena de prohibición de aproximación y comunicación como pena de imposición obligatoria en los casos de violencia de género, sin excepciones, y sin tener en cuenta la opinión de la víctima al respecto. Dada la importancia de la reconciliación y el perdón en los conflictos de pareja, no es de extrañar que las mujeres que no desean separarse de sus parejas, aunque sí terminar con la violencia, se sientan abandonadas por el sistema penal y quieran dar marcha atrás en la denuncia presentada en el momento álgido del conflicto[72].

---

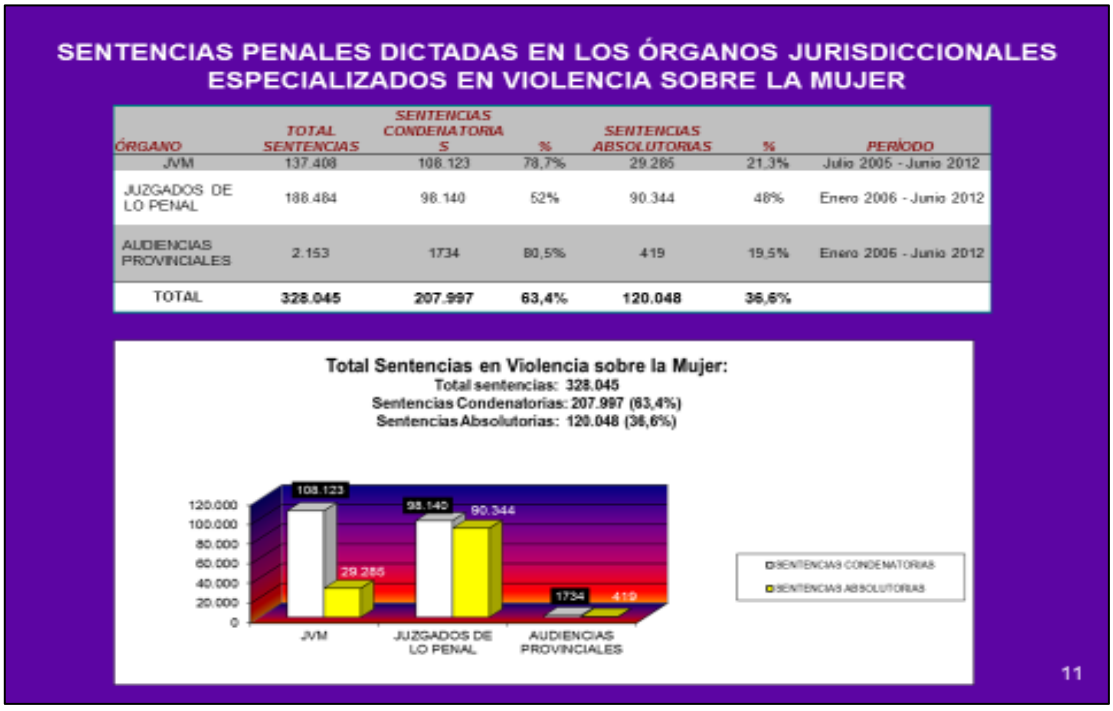
[70] Vid. al respecto FARALDO CABANA, C., *La acreditación de víctima de violencia de género como requisito necesario para ser titular de los derechos laborales reconocidos en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre*, en *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres* núm. 29, 2011, pp. 42-49.

[71] VIVES CASES, C./ TORRUBIANO DOMÍNGUEZ, J./ ÁLVAREZ DARDET, C., *Distribución temporal de las denuncias y muertes por violencia de género en España en el período 1998-2006, Revista Española de Salud Pública* Vol. 82, núm. 1, 2008.

[72] Sobre esta cuestión, ampliamente, FARALDO CABANA, P., *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

Otro elemento de análisis interesante, esta vez para estudiar los efectos de la especialización de los órganos judiciales y la mayor formación de sus integrantes, es tanto el número de sentencias como el porcentaje de sentencias absolutorias y condenatorias en órganos ordinarios en comparación con los órganos especializados.

Tabla 3: *sentencias penales dictadas en los órganos jurisdiccionales especializados en violencia sobre la mujer*

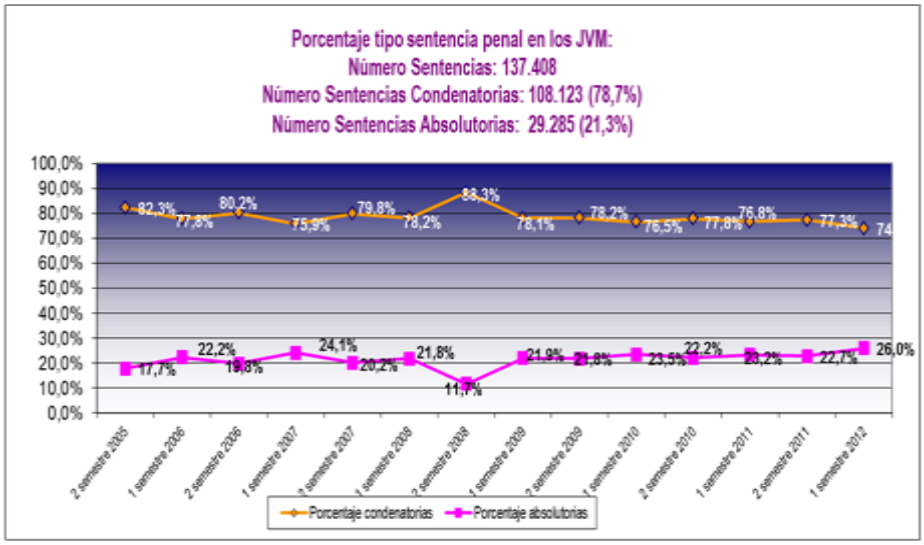


ÓRGANO	TOTAL SENTENCIAS	SENTENCIAS CONDENATORIAS	%	SENTENCIAS ABSOLUTORIAS	%	PERÍODO
JVM	137.408	108.123	78,7%	29.285	21,3%	Julio 2005 - Junio 2012
JUZGADOS DE LO PENAL	188.484	98.140	52%	90.344	48%	Enero 2006 - Junio 2012
AUDIENCIAS PROVINCIALES	2.153	1734	80,5%	419	19,5%	Enero 2005 - Junio 2012
TOTAL	**328.045**	**207.997**	**63,4%**	**120.048**	**36,6%**	

Fuente: *Datos estadísticos judiciales en aplicación de la LO 1/2004. Resumen de los 7 años (datos desde julio 2005 a junio 2012), recogidos por el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género.*

Si analizamos el porcentaje de sentencias condenatorias en los juzgados de violencia sobre la mujer en comparación con el de otros órganos judiciales, se pueden apreciar importantes diferencias: en los JVM oscila entre un 75 y un 85% de sentencias condenatorias; en las secciones penales especializadas de las Audiencias Provinciales, también, pero aquí claramente con tendencia a la baja: se ha pasado de un 88% de sentencias condenatorias en 2005 a un 74% en 2012; en los juzgados de lo penal, por su parte, ese porcentaje es mucho más bajo, oscilando entre el 50 y el 55% de sentencias condenatorias, con tendencia a la baja: se ha pasado de un 61% de sentencias condenatorias en 2005 a un 51% en 2012.

Tabla 4: *porcentaje de sentencias condenatorias en los JVM*



Fuente: *datos estadísticos judiciales en aplicación de la LO 1/2004. Resumen de los 7 años (desde julio 2005 a junio 2012), recogidos por el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género.*

Debe tenerse en cuenta que los JVM solo pueden dictar sentencia por delito en casos de conformidad con los hechos y con las penas, por lo que siempre es sentencia condenatoria. Sin embargo, en las faltas se advierte que el porcentaje de sentencias condenatorias se aproxima a lo que ocurre en los juzgados de lo penal, no especializados: oscila entre un 45 y un 50% de sentencias condenatorias.

Llama la atención que se ha reducido sustancialmente (un 25%) el número de sentencias condenatorias por delito dictadas por conformidad en los JVM.

Tabla 5: *número de sentencias condenatorias por delito acordadas por conformidad en los JVM*

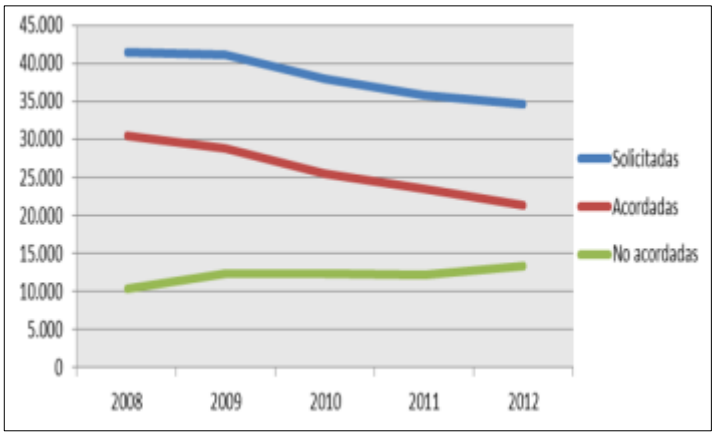
Fuente: *datos estadísticos judiciales en aplicación de la LO 1/2004. Resumen de los 7 años (desde julio 2005 a junio 2012), recogidos por el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género.*

La conformidad se ve obstaculizada por las severas consecuencias penales previstas para los condenados por violencia de género: no tanto porque la pena de

prisión sea muy elevada, que no lo es, cuanto porque hay requisitos adicionales a la hora de conceder la suspensión y sustitución de la pena de prisión, además de penas accesorias de extraordinaria gravedad, como la prohibición de aproximación y comunicación con la víctima y su familia, que puede extenderse hasta diez años más que la pena de prisión impuesta.

También ha ido disminuyendo el número de órdenes de protección adoptadas: se ha pasado del 80% de adoptadas respecto de las solicitadas en 2005 al 62% en 2012. Ello lleva a pensar que ha disminuido sea la gravedad de los casos, sea la credibilidad de las mujeres.

Tabla 6: *Órdenes de protección solicitadas, acordadas y no acordadas*



Fuente: *elaboración de Mónica Laliga sobre datos del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género*

4. Conclusiones.

En España ha mejorado notablemente la sensibilización social y de las propias víctimas frente a la violencia de género. Tras la aprobación de la Ley Integral aumentó notablemente el número de denuncias. Sin embargo, la utilización torticera de la denuncia por parte de abogados que pretenden conseguir para sus clientes ventajas en los procesos de separación y divorcio, así como la extensión del bulo de que un importante número de denuncias serían falsas, y la percepción por parte de ciertos juzgadores de que los titubeos de las mujeres son indicadores de falsedad, ha llevado a una disminución de la intensidad de la respuesta judicial en los últimos años. Todo ello se ha visto potenciado por la intensa polémica judicial y doctrinal acerca de la necesidad/ constitucionalidad del tratamiento especial de la violencia de género en el Código Penal. La falta de consenso ha llevado a la constitución de posiciones de resistencia a la normativa en el seno de los órganos judiciales, manifiesta en cuestiones como la exigencia de un ánimo discriminatorio que no aparece en los tipos penales o en la creación jurisprudencial del "síndrome de alienación parental" para culpabilizar a las mujeres por las actitudes de los hijos refractarias a los encuentros con el padre violento. A ello hay que sumar que la variedad de las fórmulas empleadas a la hora de establecer la especialización judicial ha planteado numerosos inconvenientes, desde la

aparición de cuestiones controvertidas en torno a la competencia penal de los juzgados de violencia sobre la mujer[73] a la falta de justificación de tanta diferenciación para las diferentes fases procedimentales e instancias jurisdiccionales[74].

En resumen, los aspectos polémicos de la Ley Integral han afectado a la implementación de las medidas más positivas. Es necesario el consenso antes de la adopción de medidas cuya justificación no se entiende por parte de los profesionales encargados de aplicarlas.

5. Bibliografía.

ACALE SÁNCHEZ, M., *El artículo primero de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral contra la violencia de género: el concepto de violencia de género*, en Faraldo Cabana, P. (Dir.), *Política criminal y reformas penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 35-76.

ASUA BATARRITA, A., *Los nuevos delitos de "violencia doméstica" tras la reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre*, en Díez Ripollés, J. L. y otros (eds.), *Las recientes reformas penales. Algunas cuestiones*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, pp. 201-233.

BEJERANO GUERRA, F., *La asistencia jurídica a las víctimas de la violencia de género: problemas suscitados por el art. 20 de la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género*, en Polo García, S./ Peramato Martín, T. (Dirs.), *Aspectos procesales y sustantivos de la Ley Orgánica 1/2004*, CGPJ, Madrid, 2007, pp. 195-257.

BOTICARIO GALAVIS, M. L./ IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, F. I., *Tutela judicial y violencia de género*, en Rodríguez Núñez, A. (Coord.), *Violencia en la familia. Estudio multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 239-270.

CERES MONTES, J. F., *Las reformas penales en la fase de ejecución de sentencias penales: en especial la suspensión, la sustitución y la expulsión del territorio nacional*, en Castellano Rausell, P. (Dir.), *Las últimas reformas penales*, CGPJ, Madrid, 2005, pp. 283-351.

CERVILLA GARZÓN, M. D./ ZURITA MARTÍN, I., *Análisis de las medidas civiles previstas en la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género*, en Cervilla, D./ Fuentes, F. (Coords.), *Mujer, violencia y derecho*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2006, pp. 29-58.

CHIRINOS RIVERA, S., *La Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género. Cuestiones prácticas y básicas en torno a la ley*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

COBO PLANA, J. A., *El juez y la prueba forense en la violencia de género*, en García Ortiz, L./ López Anguita, B. (Dirs.), *La violencia de género: Ley de protección integral, implantación y estudio de la problemática de su desarrollo*, CGPJ, Madrid, 2006, pp. 179-252.

---

[73] La bibliografía al respecto empieza a ser inabarcable. Vid. por todos BOTICARIO GALAVIS, M. L./ IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, F. I., *Tutela judicial y violencia de género*, en Rodríguez Núñez, A. (Coord.), *Violencia en la familia. Estudio multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 239 ss; GONZÁLEZ GRANDA, P., *Los Juzgados de Violencia contra la Mujer en la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género*, en *La Ley* 2005-2, pp. 1623-1642; LUACES GUTIÉRREZ, A. I., *Cuestiones controvertidas en torno a la competencia penal de los juzgados de violencia sobre la mujer*, en Hoyos Sancho, M. de (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 355-385; SENÉS MOTILLA, C., *Los juzgados de violencia sobre la mujer y sus competencias*, en Gómez Colomer, J. L. (Coord.), *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género*, Universitat Jaume I, Castellón de la Plana, 2007, pp. 220 ss. Muy crítico, GÓMEZ COLOMER, J. L., *Violencia de género*, cit., pp. 117-118; del mismo autor, *El Juzgado de Violencia sobre la mujer: aspectos orgánicos y competenciales*, en Burgos Ladrón De Guevara, J. (Coord.), *La violencia de género. Aspectos penales y procesales*, Comares, Granada, 2007, pp. 65-84.

[74] Cfr. LIBANO BERISTAIN, A., *Consideraciones críticas*, cit., p. 354.

COMAS D'ARGEMIR I CENDRA, M./ QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *La violencia de género: política criminal y ley penal*, en Jorge Barreiro, A., y otros, *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Navarra, 2005, pp. 1185-1228.

CUBILLO LÓPEZ, I. J., *Los Juzgados de Violencia sobre la mujer y la determinación de su competencia*, en AA.VV., *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, Colex, Madrid, 2006, pp. 119-162.

DÍAZ SERRANO, C. J., *La actuación policial en los delitos de violencia de género*, en Hoyos Sancho, M. de (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 387-411.

DURO VENTURA, C., *Medidas procesales: La opción por la conexión entre procesos*, en AA.VV., *La Administración de Justicia en la Ley Integral contra la Violencia de Género*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2005, pp. 61-76.

ETXEBARRIA ESTANKONA, K., *El Ministerio Fiscal en la lucha contra la violencia sobre la mujer. Aspectos orgánicos y funcionales*, en Ordeñana Guezuraga, I./ Etxebarria Estankona, K. (Dirs.), *Los juzgados de violencia sobre la mujer. Tercera edición de las Jornadas "Justicia con Ojos de Mujer", celebradas en la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea (Leioa, 25 de noviembre 2010)*, Aranzadi/ Diputación Foral de Vizcaya, Cizur Menor, 2012, pp. 255-286.

FARALDO CABANA, C., *La acreditación de víctima de violencia de género como requisito necesario para ser titular de los derechos laborales reconocidos en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre*, en *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres* núm. 29, 2011, pp. 42-49.

FARALDO CABANA, P., *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

FERNÁNDEZ, R., *El derecho penal como instrumento imprescindible para la prevención de la violencia contra las mujeres*, en Calvo García, M. (Coord.), *La respuesta desde las instituciones y el Derecho frente al problema de la violencia doméstica en Aragón*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 189-200.

FUENTES SORIANO, O., *Los nuevos Juzgados contra la Violencia sobre la Mujer*, en AA.VV., *La Administración de Justicia en la Ley Integral contra la Violencia de Género*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2005, pp. 77-110.

GARCÍA MORETÓ, E., *Actuación policial ante la violencia de género*, en Roig Torres, M. (Dir.), *Medidas de prevención de la reincidencia en la Violencia de Género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 165-173.

GARCÍA VITORIA, A., *Tratamiento jurisprudencial actual de la violencia en el ámbito doméstico y familiar*, en Morillas Cueva, L. (Coord.), *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Edersa, Madrid, 2002, pp. 529-607.

GASCÓN INCHAUSTI, F., et al., *El tratamiento de las cuestiones procesales y la audiencia previa al juicio en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2009.

GIMENO SENDRA, V. (Dir.), *Proceso Civil Práctico. Tomo I-II*, La Ley, Madrid, 2010.

GÓMEZ COLOMER, J. L., *El Juzgado de Violencia sobre la mujer: aspectos orgánicos y competenciales*, en Burgos Ladrón De Guevara, J. (Coord.), *La violencia de género. Aspectos penales y procesales*, Comares, Granada, 2007, pp. 65-84.

- *Violencia de género y proceso*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

GÓMEZ PARDOS, L./ LÓPEZ VALENCIA, E. M., *El fenómeno de la violencia doméstica y su tratamiento legislativo e institucional. Especial referencia a la Comunidad Autónoma aragonesa*, en Calvo García, M. (coord.), *La respuesta desde las instituciones y el Derecho frente al problema de la violencia doméstica en Aragón*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 17-48.

GÓMEZ RIVERO, M. C., *El "presunto" injusto de los delitos contra la violencia de género*, en Núñez Castaño, E. (Dir.), *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 91-116.

GONZÁLEZ GRANDA, P., *Los Juzgados de Violencia contra la Mujer en la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género*, en *La Ley* 2005-2, pp. 1623-1642.

GUTIÉRREZ ROMERO, F. M., *Violencia de género. Fundamentos y práctica procesal*, Sepín, Madrid, 2007.

HAIMOVICH, P., *El concepto de malos tratos. Ideología y representaciones sociales*, en Maquieira, V./ Sánchez, C. (compiladores), *Violencia y Sociedad Patriarcal*, Fundación Pablo Iglesias, Madrid, 1990.

JIMENO BULNES, M., *Violencia de género: aspectos orgánicos y competenciales*, en Hoyos Sancho, M. de (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 299-336.

LARRAURI PIJOÁN, E., *¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología* núm.12, 2ª época, julio 2003, pp. 271-307.

- *¿Se debe proteger a la mujer contra su voluntad?*, en *Cuadernos penales José María Lidón* núm.2, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005, pp. 157-181.

LAURENZO COPELLO, P., *La violencia de género en la Ley Integral: valoración político-criminal*, en *Jueces para la Democracia* núm.54, noviembre 2005, pp. 20-32.

- *El modelo de protección reforzada de la mujer frente a la violencia de género: valoración político-criminal*, en AA.VV., *La ley de medidas de protección integral contra la violencia de género*, Cuadernos penales José María Lidón núm.2, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005, pp. 91-115.

LIBANO BERISTAIN, A., *Consideraciones críticas acerca de la especialización judicial en la Ley Orgánica 1/2004*, en Hoyos Sancho, M. de (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 337-354.

LORENTE ACOSTA, M., *Síndrome de agresión a la mujer. Síndrome de maltrato a la mujer*, en López Arminio, M. J. (Coord.), *Tratamiento penal de la violencia doméstica contra la mujer*, Universidad de Cádiz-Ayuntamiento de Jerez, Jerez, 1999, pp. 47-67.

- *La importancia de la colaboración institucional: protocolos en la Ley Integral. Las unidades de valoración integral de la violencia de género de los Institutos de Medicina Legal*, en Montalbán Huertas, I. (Dir.), *La Ley Integral de Medidas de Protección contra la Violencia de Género*, CGPJ, Madrid, 2006, pp. 115-140.

LUACES GUTIÉRREZ, A. I., *Cuestiones controvertidas en torno a la competencia penal de los juzgados de violencia sobre la mujer*, en Hoyos Sancho, M. de (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 355-385.

MAQUEDA ABREU, M. L., *La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 08-02 (2006).

MARCHENA GÓMEZ, M., *La fiscalía contra la violencia sobre la mujer: aspectos orgánicos y funcionales*, en Gómez Colomer, J. L. (Coord.), *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género*, Universitat Jaume I, Castellón de la Plana, 2007, pp. 305-328.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, Comares, Granada, 2001.

MARTÍ CRUCHAGA, V., *La fiscalía especial contra la violencia sobre la mujer*, en Marchal Escalona, A. N. (Dir.), *Manual de lucha contra la violencia de género*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 407-435.

MARTÍNEZ GARCÍA, E., *La tutela judicial de la violencia de género*, iustel, Madrid, 2008.

MATA Y MARTÍN, R. M., *Modificaciones jurídico-penales de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género*, en *RdPP* núm.15, 2006-1, p. 39-58.

- *Algunas dificultades de la noción y de la Ley de Violencia de Género*, en Hoyos Sancho, M. de (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 107-122.

MEDINA, J. J., *Violencia contra la mujer en la pareja: Investigación comparada y situación en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

MIRANDA ESTRAMPES, M., *La fiscalía contra la violencia sobre la mujer*, en Rivas Vallejo, M. P./ Barrios Baudor, G. L. (Dirs.), *Violencia de género: perspectiva multidisciplinar y práctica forense*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 277-292.

MUERZA ESPARZA, J., *Aspectos procesales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre*, en Muerza Esparza, J. (Coord.), *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género. Aspectos Jurídico Penales, Procesales y Laborales*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 47-86.

ORÓS MURUZÁBAL, M., *Intervención de la medicina forense*, en Rivas Vallejo, M. P./ Barrios Baudor, G. L. (Dirs.), *Violencia de género: perspectiva multidisciplinar y práctica forense*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 887-902.

PLANCHADELL GARGALLO, A., *La competencia del Juez de Violencia sobre la Mujer*, en Boix Reig, J./ Martínez García, E. (Coord.), *La nueva Ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, Iustel, Madrid, 2005, pp. 277-318.

- *La competencia de los Juzgados de Violencia de Género sobre la Mujer: problemas prácticos siete años después*, en Castillejo Manzanares, R. (Dir.), *Violencia de Género y Justicia*, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2013, pp. 581-620.

RAMON RIBAS, E., *Reflexiones sobre los delitos de violencia "doméstica" y violencia "de género"*, en Faraldo Cabana, P. (Dir.), *Política criminal y reformas penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 77-138.

- *Violencia de género y violencia doméstica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

REVIRIEGO PICÓN, F., *Tutela institucional*, en Aranda, E. (Dir.), *Estudios sobre la Ley Integral contra la Violencia de Género*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 89-111.

ROBLEDO VILLAR, A., *Los elementos personales de la agresión familiar*, en AA.VV., *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Tomo I, Madrid, 2000, pp. 185-218.

ROIG TORRES, M., *La suspensión y la sustitución de las penas privativas de libertad de los delitos relacionados con la violencia de género*, en *RdPP* núm.15, 2006-1, pp. 113-133.

SALVADOR MIGUEL, F., *Actuaciones de las fuerzas y cuerpos de seguridad*, en Rodríguez Núñez, A. (Coord.), *Violencia en la familia. Estudio multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 271-311.

SANZ MULAS, N./ GONZÁLEZ BUSTOS, M. A./ MARTÍNEZ GALLEGO, E. M. (coords.), *Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, Iustel, Madrid, 2005.

SENÉS MOTILLA, C., *Los juzgados de violencia sobre la mujer y sus competencias*, en Gómez Colomer, J. L. (Coord.), *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género*, Universitat Jaume I, Castellón de la Plana, 2007, pp. 215-248.

TORRES, M. de, *La Fiscalía Delegada de Violencia sobre la Mujer: organización interna y cooperación institucional: balance tras la LO 1/04*, en García Ortiz, L./ López Anguita, B. (Dirs.), *La Violencia de Género: Ley de protección integral, implantación y estudio de la problemática de su desarrollo*, CGPJ, Madrid, 2006, pp. 116-138.

VÁZQUEZ SALGADO, J. C., *Protocolos de actuación policial ante la violencia de género*, en Castillejo Manzanares, R. (Dir.), *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 161-207.

VIVES, I., *Las políticas públicas desde la Administración del Estado*, en Osborne, R. (Coord.), *La violencia sobre las mujeres. Realidad social y políticas públicas*, UNED, Madrid, 2001.

1/2017

IL CONTROLLO DEL GIUDICE SULLA PROPORZIONALITÀ DELL'AZIONE DELL'AMMINISTRAZIONE PENITENZIARIA

di Giuseppe Melchiorre Napoli

Abstract. *Il contributo affronta i temi dell'incisività e dell'effettività del sindacato giurisdizionale sull'azione dell'Amministrazione penitenziaria e, in particolare, analizza le modalità operative della proporzionalità quale parametro di controllo sui limiti legali degli interventi che intaccano la sfera giuridica delle persone ristrette in carcere. Più nel dettaglio, nell'articolo si delinea lo "schema teorico-sistematico" del controllo di proporzionalità e se ne appura la capacità di adattamento alla mutevole natura del potere amministrativo esercitato.*

SOMMARIO: 1. La natura 'bivalente' del principio di proporzionalità. – 2. Il controllo giurisdizionale sull'uso del potere pubblico. – 3. La tutela giurisdizionale e il parametro di giudizio della proporzionalità. – 3.1. Struttura 'quadripartita' e ambiti di operatività del parametro di controllo della proporzionalità. – 4. Modalità ed esiti del controllo sulla proporzionalità dell'azione amministrativa nell'ambito della procedura su reclamo di cui all'art. 35-bis o.p. – 4.1. La tutela risarcitoria e il rimedio compensativo ex art. 35-ter o.p. – 5. Conclusioni.

1. La natura 'bivalente' del principio di proporzionalità.

Si può senza dubbio concordare con le costruzioni dottrinali che riconoscono al principio di proporzionalità una pretesa di prescrittività che si riflette nella sua duplice funzione di canone di condotta e di parametro di giudizio dell'azione amministrativa[1]. Come canone di condotta, la proporzionalità si traduce, "in prima battuta", in specifici criteri capaci di guidare lo svolgimento dell'attività amministrativa che costituisce esplicazione dei poteri imperativi conferiti all'autorità pubblica. Come canone di giudizio, la proporzionalità si esprime attraverso parametri tecnici che orientano lo svolgimento dell'attività di controllo demandata, "in seconda battuta", al giudice.

Nei due distinti, ancorché strettamente consequenziali, ambiti dell'attività amministrativa e del sindacato giurisdizionale, la proporzionalità opera in modo coincidente, vale a dire "con analoga sistematicità"[2]. Il giudice, quindi, non

[1] Cfr. P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993, p. 116.

[2] Così, S. COGNETTI, *Legge Amministrazione Giudice. Potere amministrativo fra storia e attualità*, Torino, 2014, p. 170.

impiegherà, quale parametro di controllo dell'azione amministrativa, il generico e indeterminato contenuto normativo del principio *de quo*, per il quale ogni eventuale limitazione all'esercizio dei diritti della persona *in vinculis* deve avvenire nella maniera meno invasiva possibile, ma ricorrerà a quelle stesse categorie che, dando concretezza "all'esigenza assiologia espressa dal principio di proporzionalità"[3], devono orientare, sin dall'inizio, l'attività dell'autorità amministrativa. Si osserva, infatti, che, "se l'amministrazione è tenuta ad agire utilizzando le categorie della proporzione, lo è in quanto – e nei limiti in cui – i giudici siano provvisti della potestà di esigere l'applicazione di quelle medesime categorie e siano posti nella condizione di verificare in modo concreto e sistematico se tale obbligo sia stato rispettato dall'autorità amministrativa"[4]. Se così non fosse, il principio di proporzionalità rischierebbe di tramutarsi in un mero "principio ombra", incapace di assicurare le prestazioni garantistiche che la tradizione dottrinale gli ha da sempre attribuito.

In definitiva, se è vero che il principio di proporzionalità opera sull'attività amministrativa proprio perché è "sistematicamente adottato dalla giurisprudenza"[5], allora, ove la persona detenuta solleciti la tutela giurisdizionale delle proprie posizioni giuridiche soggettive, lamentandone la lesione ad opera di una determinazione (o dell'attività che dà esecuzione ad una determinazione) assunta nell'ambito della gestione – ordinaria o straordinaria – della vita carceraria, il sindacato di legittimità non deve trascurare la verifica sull'uso proporzionato del potere pubblico. Verifica che deve essere compiuta dal giudice impiegando le medesime categorie utilizzate dall'Amministrazione penitenziaria, vale a dire ricorrendo ai quattro parametri di giudizio dell'idoneità, della necessarietà, dell'adeguatezza tecnica e della proporzionalità in senso stretto[6]. Nel prosieguo della trattazione, pertanto, si guarderà proprio al modo di operare della proporzionalità quale parametro di controllo sui limiti legali dell'attività amministrativa che intacca la sfera giuridica delle persone ristrette in carcere.

2. Il controllo giurisdizionale sull'uso del potere pubblico.

Il controllo giudiziale sull'attività dell'Amministrazione penitenziaria non può che prendere le mosse da una pregiudiziale verifica in ordine alla liceità dell'azione amministrativa. In questa prospettiva, si tratta di verificare se lo specifico intervento, che incide – comprimendola – su una posizione giuridica di vantaggio del detenuto, sia

---

[3] Cfr. G. PINO, *Proporzionalità, diritti, democrazia*, in *Diritto e società*, 2014, 3, p. 561.

[4] In questi termini, S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, 190.

[5] *Ibid*.

[6] Con specifico riferimento al settore penitenziario, sul fondamento normativo, sulla struttura, sulle funzioni e sugli ambiti di operatività del criterio d'azione della proporzionalità, sia consentito rinviare a G.M. NAPOLI, *Il principio di proporzionalità nell'esecuzione penitenziaria. Poteri amministrativi autoritativi e diritti della persona detenuta*, in *questa Rivista*, 6 febbraio 2015.

esplicazione di un potere autoritativo che il legislatore ha conferito, in modo espresso, all'autorità amministrativa, in vista della cura di un predeterminato interesse pubblico. La persona ristretta, infatti, può essere esposta all'azione amministrativa unicamente nell'ambito di quei compiti che il legislatore ha qualificato come interesse generale, e può subire soltanto gli effetti restrittivi o coercitivi derivanti dall'esercizio di poteri che la legge ha espressamente conferito. Ineludibile è, dunque, la verifica giudiziale in ordine alla sussistenza e all'osservanza delle disposizioni che attribuiscono un potere autoritativo e ne definiscono tutti gli elementi essenziali (soggettivo, oggettivo, contenutistico e causale), dal momento che, attraverso tali "norme di relazione", il legislatore ha segnato i confini tra diritti e potere, stabilendo i limiti della tutela offerta dal diritto al suo titolare anche verso l'Amministrazione penitenziaria[7].

In tale ambito, passando dal piano astratto a quello concreto, spetta al giudice il compito di verificare che il potere autoritativo, ancorché espressamente conferito dalla legge, sia stato esercitato dall'Amministrazione penitenziaria al ricorrere dei presupposti di fatto che ne costituiscono la premessa legale. Mancando tali presupposti giustificativi, infatti, le misure restrittive o coercitive adottate si risolvono, di per se stesse, in arbitrarie violazioni dei diritti dei detenuti[8]. Il sindacato sull'azione amministrativa, quindi, deve sempre estendersi "all'esame degli elementi di fatto fissati dalla norma come presupposti all'esercizio del potere, nella loro realtà e verità", e deve comunque estendersi "a tale esame come primario oggetto del sindacato stesso in quanto principalmente inteso ad accertare la conformità dell'azione amministrativa alla legge"[9]. Così, ad esempio, deve considerarsi *contra legem* il ricorso alla forza fisica da parte del personale di polizia penitenziaria, allorché non vi sia la necessità di prevenire o di impedire una condotta del detenuto qualificabile in termini di atto di violenza, ovvero se non sussista la necessità di impedire un tentativo di evasione o di vincere la resistenza, anche passiva, all'esecuzione degli ordini impartiti (art. 41, comma 1, legge 26 luglio 1975, n. 354, d'ora in avanti, o.p.). E, inoltre, sempre a titolo esemplificativo, deve ritenersi invalido il provvedimento del Ministro della giustizia, con il quale si dispone la sospensione – in un istituto penitenziario o in parte di esso – dell'applicazione delle normali regole di trattamento, qualora non sia ravvisabile "un caso eccezionale di rivolta" o, comunque, "una grave situazione di emergenza" (art. 41-*bis*, comma 1, o.p.).

Gli esempi appena delineati mettono bene in evidenza come il potere del giudice di accertare la sussistenza dei presupposti di fatto, che costituiscono la premessa legale all'esercizio di un potere autoritativo, non venga meno neanche

---

[7] Sull'argomento, cfr., tra gli altri, R. CAVALLO PERIN, *Validità del provvedimento e dell'atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1999, XV, pp. 618 ss.

[8] In questi termini, F. VOLPE, *Il principio di nominatività*, in RENNA-SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 365.

[9] Così, V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, p. 506, secondo il quale il rilievo dei c.d. presupposti dell'attività amministrativa "è proprio quello d'indicare, in modo implicito e predeterminato, in quali fattispecie concrete sussiste l'interesse che la legge ha inteso proteggere e, conseguentemente, di indicare anche la concreta giustificazione funzionale dell'esercizio della forza giuridica".

quando tali premesse siano indicate dal legislatore attraverso l'impiego "di concetti giuridici indeterminati" (si pensi, per l'appunto, al concetto di "caso eccezionale di rivolta", oppure a quello di "grave situazione di emergenza"). Anche in questa ipotesi, infatti, si deve riconoscere al giudice la capacità di stabilire autonomamente, non soltanto se l'enunciato normativo sia stato correttamente interpretato dall'autorità amministrativa, ma anche se il fatto da sussumere sotto di esso sia stato esattamente accertato (ad esempio, se siano realmente verificati disordini che hanno interessato un istituto penitenziario), e se tale fatto sia stato correttamente apprezzato e ricondotto sotto la previsione astratta (cioè, se sia stato correttamente qualificato in termini "di caso eccezionale di rivolta" o di "di grave situazione di emergenza") quale premessa legale al potere amministrativo di natura autoritativa (quale presupposto, quindi, del potere di sospendere l'applicazione delle normali regole di trattamento dei detenuti).

Il giudice, pertanto, deve sindacare sia l'attività amministrativa di interpretazione della disposizione di legge attributiva del potere (anche quando l'enunciato normativo presenti un elevato grado di indeterminatezza semantica), sia l'attività amministrativa che consiste nell'accertamento, nell'apprezzamento e nella qualificazione dei fatti che costituiscono i presupposti per l'esercizio del potere pubblico (anche dei fatti connotati da intrinseca incertezza e, in quanto tali, suscettibili di apprezzamento opinabile). E siffatto sindacato sul momento "intellettivo" del processo decisionale amministrativo deve essere non di tipo "estrinseco", limitato cioè alla verifica della manifesta illogicità o contraddittorietà o irrazionalità del ragionamento seguito dall'autorità agente, bensì di tipo "intrinseco", vale a dire esteso, senza alcun limite, ad ogni profilo dell'attività di accertamento, apprezzamento e qualificazione dei fatti opinabili. Si tratta, quindi, di un sindacato pieno e di tipo "sostitutivo", nel senso che il giudice deve ripetere, in modo autonomo, le verifiche e le valutazioni compiute dall'Amministrazione penitenziaria e, qualora tale rinnovato apprezzamento porti ad un diverso risultato rispetto a quello ottenuto dall'autorità amministrativa, al giudice "deve essere permesso di far prevalere tale risultato".

3. La tutela giurisdizionale e il parametro di giudizio della proporzionalità.

Se il caso concreto da regolare è stato esattamente accertato, apprezzato e qualificato sotto la fattispecie astratta attributiva del potere, il controllo del giudice deve poi appuntarsi sulle modalità con le quali è stato perseguito il fine specifico imposto dalla legge. Oggetto del sindacato giurisdizionale è, dunque, il rapporto che deve sussistere tra mezzi e scopi legali, non soltanto nel senso che l'amministrazione deve aver esercitato un potere amministrativo conferitole dalla legge per perseguire una finalità anch'essa prestabilita dal legislatore, ma anche nel senso della necessaria proporzione che deve sussistere tra questi due elementi[10]. In tale ambito, pertanto,

[10] Sottolinea come la precisazione degli scopi legali si presenti quale condizione per l'effettività del principio di proporzionalità, F. TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzione e* test *di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, pp. 366 ss. In particolare, l'Autrice individua nello scopo legale

entra in gioco il principio di proporzionalità, il sindacato del giudice dovendosi spingere oltre il controllo della mera legalità formale dell'intervento amministrativo, e procedere lungo l'itinerario tracciato dai parametri di controllo dell'idoneità, della necessarietà, dell'adeguatezza tecnica e della proporzionalità in senso stretto.

I primi tre parametri di giudizio consentono una verifica, a livello squisitamente tecnico, in ordine al rapporto ottimale che deve esistere tra il mezzo impiegato e il risultato cui tende l'autorità pubblica. Il giudice, infatti, deve stabilire se – nelle circostanze specifiche del caso concreto – l'amministrazione abbia rispettato l'obbligo di adottare la misura restrittiva o coercitiva che, tra quelle di pari efficacia poste a sua disposizione, risultava la meno gravosa per il detenuto. Inoltre, qualora la misura impiegata sia l'unica idonea o sia quella necessaria o sia la sola imposta dalla legge, il giudice deve anche verificare che sia stato rispettato il criterio d'azione dell'adeguatezza tecnica, il quale impone all'amministrazione di non adottare il mezzo che, in concreto, risulti sovradimensionato rispetto all'obiettivo perseguito o intacchi il "contenuto essenziale" di un diritto fondamentale del destinatario dell'intervento. Si rimane, comunque, nell'ambito del sindacato sulle valutazioni tecniche (e non d'opportunità) dell'amministrazione, dal momento che la decisione di quest'ultima di adottare il mezzo necessario e adeguato è il risultato di una attività di mero apprezzamento delle circostanze di fatto relative al livello di idoneità del mezzo e al grado di afflittività dell'intervento, nonché, nel caso di sovradimensionamento della misura, al mero aspetto quantitativo del rapporto tra i benefici attesi a favore dell'interesse pubblico e i sacrifici da imporre alla persona detenuta.

Il parametro di giudizio della proporzionalità in senso stretto, invece, assume profili di maggiore complessità, poiché esso trova applicazione nei casi in cui l'autorità agente abbia avuto la possibilità di scegliere tra diverse misure connotate da differenti caratteri di idoneità e di gravosità. Si tratta, dunque, di una parametro di controllo sui limiti della discrezionalità amministrativa, che consente di valutare la correttezza dell'attività di bilanciamento tra interessi contrapposti, e l'accettabilità del prodotto del bilanciamento, vale a dire di quella "regola del conflitto" che si risolve nella scelta di un mezzo che sia in grado di perseguire la finalità pubblica e sia capace di imporre un sacrificio ai diritti fondamentali dei detenuti proporzionato rispetto alla rilevanza dell'interesse primario da soddisfare[11]. Il giudice, infatti, allorquando sia chiamato a

---

"l'elemento a partire dal quale si sviluppa l'analisi di proporzionalità"; sicché "è riguardo a questo elemento che possono sorgere questioni interpretative, che hanno ricadute significative per la verifica di proporzionalità". Invero, lo scopo "potrebbe essere formulato in termini che ammettono una pluralità di ragioni giustificative, diverse tra loro; in tal caso, le valutazioni riguardo all'idoneità e alla necessità degli strumenti attuativi adottati possono, a loro volta, essere diverse, secondo la *ratio legis* individuata dall'interprete". Sull'argomento, v. altresì G.M. NAPOLI, *Il principio di proporzionalità nell'esecuzione penitenziaria*, cit., pp. 38-39.

[11] Sul tema della legittima configurazione di poteri amministrativi autoritativi, che tali rimangono, direttamente incidenti sui diritti fondamentali e, in quanto tali, non degradabili, ben potendo il potere discrezionale "dialogare anche con questi diritti", cfr. G. GRÜNER, *Il principio di esecutorietà del provvedimento amministrativo*, Napoli, 2012, pp. 69 ss.; G. IANNI, *Assistenza pubblica e tutela dei diritti fondamentali della persona: i limiti alla giurisdizione, assistenza pubblica e tutela dei diritti fondamentali*, in *Giur. mer.*, 2011, p. 2811; E. MARINO, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione nell'ordinamento italiano: prime considerazioni*, in *Dir.*

pronunciarsi sulla legittimità di una misura amministrativa limitativa dei diritti del detenuto, deve verificare, di volta in volta, che l'intervento non sia stato arbitrario e vessatorio, stante la "congruità dell'atto rispetto al fine cui è diretto"[12]. Egli, quindi, deve valutare se vi sia stato un corretto contemperamento degli interessi contrapposti (si pensi, ad esempio, alle confliggenti esigenze di tutelare la sicurezza all'interno del carcere e di garantire l'esercizio dei diritti del detenuto), al fine di stabilire se l'autorità agente – nell'ambito della propria, più o meno ampia, discrezionalità amministrativa – abbia compiuto una scelta compatibile con il parametro della proporzionalità.

È evidente, pertanto, come il criterio di giudizio della proporzionalità consenta un controllo assai penetrante sull'esercizio del potere pubblico, il giudice dovendo dichiarare la non conformità al diritto dell'attività amministrativa, allorché accerti che l'autorità agente ha adottato una misura inidonea o non necessaria o non adeguata, ovvero qualora risulti che l'intervento amministrativo non possiede il requisito della proporzionalità in senso stretto.

3.1. Struttura 'quadripartita' e ambiti di operatività del parametro di controllo della proporzionalità.

Il controllo di proporzionalità sull'attività amministrativa si articola in quattro differenti, ancorché interferenti, gradi di scrutinio, secondo uno "schema teorico-sistematico" capace di adeguarsi alla diversa natura del potere amministrativo esercitato: vincolato in astratto, vincolato in concreto, discrezionale.

Innanzitutto, atteso che qualsivoglia intervento amministrativo deve possedere il requisito dell'idoneità, il giudice è chiamato a verificare, in modo obiettivo, se il mezzo impiegato dall'autorità agente, non avendo la capacità tecnica di contribuire alla realizzazione del fine specifico perseguito, abbia assunto una concreta portata puramente afflittiva, non riconducibile ad alcuna delle funzioni attribuite dalla legge all'autorità amministrativa[13]. Tale accertamento, peraltro, assume caratteri in parte differenti, a seconda che oggetto del controllo siano interventi amministrativi ad efficacia istantanea, oppure misure i cui effetti restrittivi sono destinati a protrarsi nel tempo.

---

proc. amm., 2014, pp. 250 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *L'eterno dibattito sulle giurisdizioni tra diritti incomprimibili e lesione dell'affidamento*, in www.federaismi.it, 2011/24, p. 4; F.G. SCOCA, *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 379 ss. Sulla teoria dei "diritti indegradabili", v. L. CORAGGIO, *La teoria dei diritti indegradabili: origini ed attuali tendenze*, ivi, 2010, pp. 483 ss.; F. MARTINI, *Potere e diritti fondamentali nelle nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva*, ivi, 2009, pp. 418-420.

[12] V., tra le altre, Cass. pen., sez. I., sent. n. 46263, 19 novembre-16 dicembre 2008, in *Riv. pen.*, 2009, p. 1318.

[13] In merito all'ipotesi in cui la misura restrittiva o coercitiva, adottata dall'autorità agente, si riveli inidonea a perseguire lo scopo legale non soltanto in relazione ad uno specifico caso concreto, ma anche nella sua astratta configurazione, determinando un decremento di tutela di un diritto della persona detenuta senza che ad esso faccia riscontro un corrispondente incremento di tutela dell'interesse pubblico affidato dalla legge in cura all'amministrazione, v., *infra*, nota 24.

Nel caso di una misura amministrativa ad efficacia istantanea, il controllo di idoneità si articola su due fasi sequenziali. Nella prima, il giudice, con valutazione *a posteriori*, che tenga conto di tutti gli aspetti del fatto come realmente verificatosi nella sua consistenza oggettiva, deve accertare se lo specifico intervento dell'autorità amministrativa abbia contribuito, in modo concreto, al raggiungimento della finalità pubblica perseguita. Se così è, *nulla quaestio*: il vaglio di idoneità deve considerarsi positivamente superato. Se invece si perviene alla conclusione che – sulla base di pertinenti e affidabili massime di esperienza (o, di rado, sulla base di leggi scientifiche) – è possibile eliminare mentalmente la misura adottata, senza che ne derivi pregiudizio alcuno alla realizzazione dell'interesse pubblico, si deve passare alla seconda fase del controllo di idoneità. In questa fase, la capacità tecnica del mezzo deve essere accertata, con valutazione *ex ante*, sulla base di un paradigma di giudizio di tipo ipotetico, probabilistico-prognostico. Ciò significa che il giudice deve porsi mentalmente al momento in cui l'autorità pubblica ha assunto la decisione di adottare un determinato mezzo, e, tenuto conto delle circostanze di fatto esistenti in tale momento (non solo, quindi, delle circostanze effettivamente conosciute dall'autorità agente, ma anche di quelle conoscibili mediante l'esercizio di ordinaria diligenza e competenza), nonché facendo ricorso ad appropriate e plausibili massime di esperienza (o, a seconda dei casi, a leggi scientifiche), deve stabilire se fosse corretta la prognosi sulla quale si basava la rappresentazione della capacità tecnica dell'intervento di raggiungere l'obiettivo preso di mira o, comunque, di contribuire al suo raggiungimento. Di conseguenza, una volta stabilito che, al momento della decisione dell'autorità amministrativa, la misura da adottare appariva verosimilmente capace di perseguire il fine prefissato, nessun rilievo ha la constatazione *ex post* che essa si sia rivelata concretamente inefficace. Di converso, è irrilevante che, al momento della decisione, la misura restrittiva risultasse inidonea, se essa – per circostanze non conoscibili dall'autorità agente, preesistenti o imprevedibilmente sopravvenute nel breve lasso di tempo che ha separato l'assunzione della determinazione dalla sua mera esecuzione materiale – si sia poi svelata concretamente capace di contribuire alla realizzazione della finalità presa di mira.

Similmente, quando si tratti di accertare la capacità tecnica di una misura restrittiva ad efficacia (non istantanea, bensì) destinata a protrarsi nel tempo, non ci si può limitare ad una verifica, in chiave meramente prospettica, dell'inziale sussistenza del requisito dell'idoneità dell'intervento. In tal caso, infatti, è essenziale prendere in considerazione anche il successivo e concreto evolversi della situazione fattuale, nell'ambito di un giudizio realistico *a posteriori*, orientato secondo un procedimento di eliminazione mentale della misura amministrativa dallo specifico contesto, all'esito del quale sia consentito affermare che senza il 'mezzo' impiegato non è possibile (o è meno agevole) raggiungere la finalità perseguita[14]. Invero, soltanto attraverso un corretto ragionamento inferenziale è possibile stabilire se la misura adottata abbia mantenuto

[14] È ovvio che il procedimento di eliminazione mentale della misura amministrativa dal contesto deve essere integrato dal criterio della sussunzione sotto leggi di copertura, generalizzazioni e massime di esperienza dotate di affidabile plausibilità empirica.

una reale efficacia condizionante il raggiungimento dello scopo legale preso di mira, o se, al contrario, sia sorto in capo all'amministrazione il dovere di rimodulare l'intervento divenuto inidoneo per il sopraggiungere di nuove evenienze.

Rilevata la capacità tecnica del mezzo oggetto del sindacato giurisdizionale, si può passare al grado successivo dello scrutinio di proporzionalità. In questa seconda fase, oggetto di valutazione è anche la gravosità della misura amministrativa, dovendosi considerare il grado di incisione della sfera giuridica del destinatario dell'intervento. In particolare, si deve stabilire se la misura adottata, ancorché concretamente idonea, non fosse necessaria, giacché era possibile impiegarne una diversa, parimenti efficace e meno gravosa sotto ogni suo aspetto (sostanziale, temporale, spaziale e personale[15]). Il parametro di controllo della necessarietà, pertanto, si applica all'attività amministrativa astrattamente discrezionale (poiché si presuppone che l'autorità agente abbia avuto la possibilità di scegliere tra diverse misure ugualmente idonee), ma vincolata in concreto (poiché il criterio d'azione della necessarietà avrebbe dovuto vincolare l'autorità pubblica all'adozione del mezzo meno gravoso, senza necessità che la decisione fosse preceduta da una procedura di ponderazione dei contrapposti interessi).

Il giudizio sulla necessità di un intervento amministrativo, ancorché sia condotto sulla base di un parametro oggettivo, presenta talune peculiarità rispetto al controllo d'idoneità. Per verificare l'indispensabilità di un mezzo, infatti, il giudice deve ipotizzare, in astratto, "la soluzione migliore per il determinato caso di specie" e deve porla "a confronto con quella adottata, in concreto, dall'amministrazione"[16]. Anche tale accertamento, peraltro, consiste in una valutazione *ex ante*, effettuata sulla base di un paradigma di tipo ipotetico. Il giudice, infatti, deve riportarsi mentalmente al momento dell'avvio dell'attività amministrativa e deve "calar*si* all'interno delle specifiche e peculiari circostanze concrete"[17] (sia di quelle conosciute dall'amministrazione, sia di quelle che l'autorità pubblica avrebbe dovuto conoscere), al fine di stabilire se fosse disponibile un mezzo alternativo a quello adottato, e se tale mezzo alternativo risultasse, verosimilmente, non soltanto meno invasivo della sfera giuridica del detenuto, ma anche non meno efficace al fine del raggiungimento dello scopo legale perseguito. È pur vero che, come osserva autorevole dottrina, siffatta "misurazione del grado rispettivo di efficacia delle alternative poste a confronto non è agevole, perché implica giudizi prognostici e perché include valutazioni che riguardano la praticabilità delle misure, considerate anche sotto il profilo della loro semplicità e controllabilità"[18]. Cionondimeno, tali difficoltà non intaccano il carattere oggettivo del parametro in questione, ma confermano soltanto che "tale carattere non

---

[15] Sul punto, v. E. BUOSO, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, Padova, 2012, pp. 54-55.

[16] Così, V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, 2012, pp. 10-11.

[17] Cfr., E. BUOSO, *op. cit.*, p. 55.

[18] In questi termini, F. TRIMARCHI BANFI, *op. cit.*, p. 375.

esclude approssimazioni nella misurazione dei fattori dai quali dipende il giudizio sul grado di efficacia delle soluzioni alternative rispetto allo scopo"[19].

In ogni caso, anche in sede di controllo giudiziale dell'indispensabilità di un mezzo, si deve tener conto, attraverso una verifica *a posteriori*, del successivo e concreto evolversi della situazione di fatto, quando il sindacato riguardi una misura restrittiva ad efficacia durevole, sussistendo sempre il dovere dell'amministrazione di adeguare continuamente la sua azione alle esigenze progressivamente derivanti dal mutamento del contesto fattuale. Anche in questa situazione, però, il sindacato sulla necessità dell'intervento amministrativo mantiene una ineliminabile componente di "virtualità"[20], giacché il giudice deve sempre adottare una modello di giudizio ipotetico, probabilistico-prognostico, sulla capacità tecnica e su quelli che sarebbero (o sarebbero stati) gli effetti afflittivi del mezzo alternativo, se impiegato dall'autorità agente.

L'indispensabilità è requisito necessario, ma non sufficiente a rendere il mezzo adottato conforme al canone della proporzionalità. L'esigenza di tutela degli interessi dei destinatari dell'intervento amministrativo pretende infatti che la misura restrittiva presenti un carattere aggiuntivo: l'adeguatezza tecnica. Cosicché, nella terza fase dello scrutinio di proporzionalità, si deve accertare se il mezzo impiegato – benché fosse, concretamente, l'unico mezzo idoneo o quello necessario o il solo mezzo previsto dalla legge – era talmente sovradimensionato, rispetto al fine perseguito, ed imponeva al detenuto un sacrifico talmente sovrabbondante, rispetto al beneficio atteso, che l'autorità amministrativa, tenuto conto del criterio d'azione dell'adeguatezza, non avrebbe dovuto adottarlo.

Al giudice, del resto, spetta anche il compito di stabilire se il mezzo adottato – ancorché fosse l'unico mezzo idoneo o quello necessario o il solo mezzo imposto dal legislatore –, pur non risultando, in concreto, sovradimensionato rispetto all'obiettivo perseguito, abbia intaccato, comunque, "il nucleo essenziale" di un diritto fondamentale, di modo che la legge o altra fonte normativa giuridicamente superiore imponevano all'autorità agente di recedere – totalmente o parzialmente – dal perseguimento del fine pubblico[21].

In proposito, peraltro, appare opportuno puntualizzare che, se oggetto del sindacato giurisdizionale è l'attività amministrativa vincolata al fatto (c.d. vincolatezza in concreto) o al diritto (c.d. vincolatezza in astratto), il controllo di adeguatezza deve appuntarsi unicamente sugli effetti prodotti dall'intervento nel caso concreto, che deve configurarsi quale singolo "accadimento problematico", non riconducibile alla normalità dei casi sulla quale è stata calibrata la previsione normativa[22]. È problematico, dunque, l'accadimento "che solleva la questione di come reagire ad esso,

---

[19] Ivi, p. 376.

[20] Cfr. V. FANTI, *op. cit.*, pp. 10-11.

[21] Sull'adeguatezza tecnica, quale criterio guida dell'attività dell'Amministrazione penitenziaria, v. G.M. NAPOLI, *Il principio di proporzionalità nell'esecuzione penitenziaria*, cit., pp. 49-53.

[22] In proposito, v. G.M. NAPOLI, *Dal principio alle regole: la proporzionalità quale indefettibile criterio guida dell'azione dell'Amministrazione penitenziaria*, in *questa Rivista*, 13 maggio 2015, pp. 10-21.

di come risolverlo nei termini del diritto", trattandosi, in genere, di un caso estremo, al quale il legislatore non ha evidentemente pensato, giacché, se vi avesse pensato, di certo, "avrebbe deciso diversamente da quanto dovrebbe essere deciso in base alla legge"[23]. Qualora, invece, l'unica misura legalmente imposta (o la sola idonea o quella risultata necessaria) sia, già nella sua configurazione astratta, smisuratamente gravosa o, comunque, lesiva del "nucleo essenziale" di un diritto fondamentale della persona *in vinculis*, l'eventuale incisione eccessiva della sfera giuridica del detenuto dovrà farsi valere dinanzi alla Consulta, in sede di sindacato di legittimità costituzionale della disposizione di legge che prevede la misura sproporzionatamente afflittiva[24].

Ad ogni modo, al pari del controllo sull'idoneità dell'intervento amministrativo, l'adeguatezza di una misura ad efficacia istantanea deve essere sempre valutata sulla base di un paradigma di giudizio caratterizzato da una duplice, sequenziale, verifica: realistica *a posteriori* (prima), probabilistica-prognostica ed *ex ante*

---

[23] In questi termini, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992, p. 187.

[24] Cfr., ad esempio, Corte costituzionale, sent. 24 aprile-17 giugno 2013, n. 143, in *Giur. cost*., 2013, pp. 2164-2175, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. b, ultimo periodo, o.p., nella parte in cui imponeva limiti "di cadenza e di durata" ai contatti tra il detenuto e il difensore, poiché il contingentamento, rigido e prolungato, nel tempo, dei momenti di contatto tra detenuto e i suoi difensori intaccava il "nucleo essenziale" del diritto di difesa *ex* art. 24, comma 2, Cost., "non essendo possibile presumere, in termini assoluti, che tre colloqui visivi settimanali di un'ora, o telefonici, di dieci minuti, consentissero in qualunque circostanza una adeguata ed efficace predisposizione delle attività difensive".
Si consideri, peraltro, che le medesime considerazioni vanno estese anche al requisito dell'idoneità della misura amministrativa, giacché l'astratta incapacità tecnica di un mezzo di raggiungere la finalità pubblica perseguita può essere fatta valere unicamente sollevando questione di legittimità costituzionale della disposizione di legge che prevede la misura inidonea. In proposito, è utile richiamare, ancora una volta, la sentenza della Corte costituzionale prima citata, la quale, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, o.p., ha rilevato, non soltanto la violazione del diritto di difesa *ex* art. 24, comma 2, Cost., ma anche l'irragionevolezza delle limitazioni ai contatti tra detenuto e difensore, stante la loro astratta inidoneità a tutelare l'interesse di rango costituzionale perseguito dal legislatore. Secondo il Giudice delle leggi, infatti, anche quando si materializzi l'eventualità che il difensore si presti a fungere da tramite fra il detenuto e gli altri membri dell'organizzazione, "le restrizioni oggetto di scrutinio non appaiono comunque in grado di neutralizzarne o di comprimerne in modo apprezzabile gli effetti". Invero, posto che "i colloqui con il difensore – diversamente da quelli con i familiari e conviventi o con terze persone – restano sottratti all'ascolto e alla videoregistrazione, i limiti di cadenza e di durata normativamente stabiliti sono suscettibili bensì di penalizzare la difesa, ma non valgono ad impedire, nemmeno parzialmente, il temuto passaggio di direttive e di informazioni tra il carcere e l'esterno, né a circoscrivere in modo realmente significativo la quantità e la natura dei messaggi che si paventano scambiabili, per il tramite dei difensori, nell'ambito dei sodalizi criminosi" (su tale particolare aspetto, cfr. M.G. COPPETTA, *I colloqui con il difensore dei condannati al "carcere duro": incostituzionali le restrizioni "quantitative"*, in *Giur. it*., 2013, pp. 2352-2354; P. CORVI, *La Corte costituzionale riafferma il diritto di difesa dei soggetti sottoposti al regime detentivo previsto dall'art. 41-bis o.p.*, in *Dir. pen. proc*., 2013, p. 1195; A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale* ex *art. 41* bis *O.P.*, Milano, 2016, pp. 246-248; V. MANES-V. NAPOLEONI, *Incostituzionali le restrizioni ai colloqui difensivi dei detenuti in regime di "carcere duro": nuovi tracciati della Corte in tema di bilanciamento dei diritti fondamentali*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim*., 2013, 2, pp. 346 ss.; M. RUOTOLO, *Le irragionevoli restrizioni al diritto di difesa dei detenuti in regime di 41-bis*, in *Giur. cost*., 2013, pp. 2177-2179; ID., *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *Rivista AIC*, 2016, 3, pp. 24-27).

(dopo). Cosicché, una volta accertato che il mezzo impiegato ha determinato, in concreto, effetti smisuratamente gravosi o ha inciso sul "contenuto essenziale" di un diritto fondamentale del destinatario dell'intervento, è poi necessaria una valutazione *ex ante*, basata su un modello di giudizio a carattere ipotetico, al fine di stabilire se, al momento della decisione assunta dall'autorità agente, fosse formulabile una prognosi sulla quale basare la corretta rappresentazione dell'adeguatezza tecnica della misura da adottare. Infatti, se nella fase decisoria l'intervento amministrativo appariva verosimilmente proporzionato, priva di rilevanza è la verifica *ex post* della sua concreta inadeguatezza, determinata dal concorrere di fattori non conoscibili o non prevedibili dall'autorità agente.

Ciononostante, l'accertata adeguatezza del mezzo al momento della sua adozione è priva di valore dirimente rispetto alle misure restrittive o coercitive i cui effetti si protraggono nel tempo; misure in ordine alle quali assume preminente rilievo il giudizio realistico *a posteriori*. Ciò, perché è un dato di comune esperienza che il requisito dell'adeguatezza tecnica dell'intervento amministrativo può venire meno in seguito alla scoperta o al sopraggiungere di nuovi fattori della realtà, ovvero al mutare delle circostanze di fatto esistenti al tempo in cui è stata assunta la determinazione di esercitare il potere autoritativo. Tali nuove evenienze, infatti, se conoscibili dall'autorità agente, impongono a quest'ultima il dovere di rimodulare l'intervento amministrativo, al fine di attenuare o eliminare gli effetti pregiudizievoli prodotti nella sfera giuridica della persona detenuta, recedendo (in modo parziale o completo) dal perseguimento del fine pubblico.

La quarta fase del controllo di proporzionalità è, in realtà, un grado di scrutinio specifico, riservato a quegli aspetti dell'attività amministrativa che siano espressione dell'esercizio di un potere – astrattamente e concretamente – discrezionale. In tal caso, infatti, il giudice è chiamato a vagliare la scelta compiuta dall'amministrazione (in seguito alla ponderazione dei contrapposti interessi), al fine di stabilire se il mezzo selezionato dall'autorità agente non sia – in modo manifesto ed evidente – eccessivamente e ingiustificatamente sproporzionato rispetto alla rilevanza del fine perseguito, essendosi oltremodo privilegiato il profilo dell'efficacia dell'intervento a detrimento dei diritti della persona detenuta. Si tratta, più nel dettaglio, di verificare che la misura prescelta sia caratterizzata da un plausibile equilibrio tra il coefficiente di intensità di lesione dell'interesse del detenuto e il coefficiente di intensità di realizzazione dell'interesse pubblico. Il primo coefficiente è dato dal rapporto tra il grado di rilevanza del valore connesso all'interesse intaccato, il livello di capacità lesiva del mezzo adottato e il grado del sacrificio complessivo determinato dall'intervento amministrativo. Il secondo coefficiente, invece, è dato dal rapporto tra il grado di rilevanza del valore connesso all'interesse pubblico che si è inteso realizzare, il livello di idoneità del mezzo impiegato e il grado dell'utilità complessiva fornita dall'intervento dell'autorità agente[25]. La misura adottata, pertanto, può ritenersi

[25] In proposito, v. G.M. NAPOLI, *Il principio di proporzionalità nell'esecuzione penitenziaria*, cit., pp. 54-55. Si consideri, peraltro, che il parametro di controllo della proporzionalità in senso stretto presenta elementi di maggiore complessità quando il sindacato giurisdizionale cade su misure amministrative a carattere

proporzionata in senso stretto, quando essa garantisca un accettabile equilibrio tra i predetti coefficienti, entro il confine invalicabile tracciato dal "nucleo essenziale" del diritto fondamentale inciso[26].

Anche in tal caso, rispetto alle misure ad efficacia durevole, è necessario, ma non sufficiente, il positivo esito del giudizio a carattere ipotetico, *ex ante*, giacché la sussistenza del requisito della proporzionalità in senso stretto deve essere sempre accertata sulla base di un modello di giudizio realistico *ex post*. Deve ribadirsi, infatti, che la carente proporzionalità di un mezzo rispetto al fine, determinata da fatti sopravvenuti, comporta comunque l'insorgere in capo all'amministrazione del dovere di correggere l'intervento originariamente conforme al diritto.

Tuttavia, sotto lo specifico profilo appena considerato (ma l'assunto è estensibile anche alla verifica *ex ante*), lo schema operativo del parametro di controllo della proporzionalità in senso stretto non è del tutto assimilabile allo schema operativo del parametro della necessarietà (che, come detto, presuppone anch'esso un'astratta possibilità di scelta tra mezzi ugualmente idonei). Il primo, infatti, a differenza del secondo, non è connotato da alcun elemento di verifica di tipo ipotetico circa l'efficacia e la gravosità degli interventi alternativi. Il giudice, in altri termini, non deve chiedersi se gli altri mezzi a disposizione dell'autorità agente consentano (o, in una prospettiva *ex ante*, consentissero, al momento della scelta) di raggiungere un più equilibrato rapporto tra le componenti dell'idoneità e della gravosità, ma deve soltanto stabilire se la misura adottata stia comportando (o, se misura ad efficacia istantanea, abbia comportato) un accettabile e tollerabile livello di sacrificio dei diritti del detenuto rispetto al grado del beneficio fornito dal raggiungimento della finalità pubblica perseguita.

Si è esaminato, sin qui, l'ambito di operatività dal parametro di giudizio della proporzionalità in una prospettiva esclusivamente verticale e oppositiva, vale a dire privilegiando la posizione del detenuto che subisce direttamente gli effetti di un'azione amministrativa che intacca specifiche situazioni giuridiche di vantaggio. Non è da

---

preventivo, le quali sono volte ad evitare o limitare il pericolo che si rechi pregiudizio ad un interesse pubblico. In tal caso, infatti, qualora non si sia concretizzato il pericolo che la norma attributiva del potere mirava ad evitare, nella determinazione del coefficiente di intensità di realizzazione dell'interesse pubblico, si deve tener conto del grado di rilevanza del valore connesso all'interesse tutelato, del livello di probabilità del verificarsi dell'evento pregiudizievole per l'interesse pubblico, del livello di gravità di tale probabile evento, del livello di idoneità del mezzo adottato e del grado della probabile utilità complessiva fornita dall'intervento amministrativo. Sul punto, v. ID., *Dal principio alle regole: la proporzionalità come indefettibile criterio guida dell'azione dell'Amministrazione penitenziaria*, cit., pp. 47 ss.

[26] In merito alla logica delle valutazioni di proporzionalità fondate sul ragionamento quantitativo, anche quando nessuna cifra numerica sia espressamente impiegata, v. l'approfondito studio di G. SARTOR, *La logica della proporzionalità: il ragionamento con magnitudini non numeriche*, in *Riv. fil. dir.*, 2012, pp. 351 ss. Del resto, il ragionamento quantitativo consente di "uscire dal soggettivismo incontrollabile cui sembra condannato il giudizio di bilanciamento" degli interessi contrapposti, sicché occorre prendere atto che "se il principio di proporzionalità deve trovare applicazione, il metodo anzidetto è quello che offre il massimo dell'obiettivizzazione possibile" (in questi termini, F. TRIMARCHI BANFI, *op. cit.*, pp. 391-392). Dubbi, tuttavia, suscita l'idea "che il calcolo possa rispecchiare anche l'eventuale diverso grado di 'importanza' degli interessi che si confrontano", poiché "se così fosse, il problema del soggettivismo insito nel giudizio di bilanciamento si riproporrebbe" (ivi, p. 392, nota 54).

escludere però che, in taluni casi, si debbano assumere altre prospettive, quali sono quella verticale-pretensiva e quella orizzontale. Nella prospettiva pretensiva, infatti, è centrale la posizione della persona detenuta non destinataria della misura restrittiva o coercitiva, che lamenti tuttavia di aver subito o di star subendo una lesione ad un diritto fondamentale a causa di un intervento amministrativo che sia ingiustificatamente inefficace. In tal caso, quindi, si fa valere l'incapacità dell'azione dell'Amministrazione penitenziaria di realizzare l'interesse pubblico prioritario e, quindi, di tutelare il valore connesso a tale interesse[27].

Nella prospettiva orizzontale, invece, il detenuto lamenta l'illegittimità di un intervento amministrativo che, nel differenziare la sua posizione da quella degli altri reclusi, gli ha riservato un trattamento restrittivo ingiustificatamente differente. In tal caso, quindi, si fa valere la mancata osservanza del criterio d'azione secondo cui il diverso trattamento riservato ad un detenuto deve essere sempre rapportato "alla misura della distanza esistente" tra le differenti posizioni messe a confronto. Tuttavia, perché ricorra un'ipotesi di disparità di trattamento è necessario non soltanto che i soggetti fra i quali la disparità si delinea versino in una situazione identica o analoga, ma altresì che l'autorità pubblica abbia esercitato un identico potere discrezionale e che non vi sia alcuna ragione idonea a giustificare la diversità di trattamento, acquisendo, questo, carattere discriminatorio[28]. Il ricorrere di queste condizioni, pertanto, può determinare la situazione in cui una misura restrittiva o coercitiva può risultare proporzionata nella dimensione verticale e, nondimeno, essere non rispondente al diritto, perché non proporzionata nella dimensione orizzontale[29].

4. Modalità ed esiti del controllo sulla proporzionalità dell'azione amministrativa nell'ambito della procedura su reclamo di cui all'art. 35-*bis* o.p.

In tutte le prospettive considerate in precedenza (verticale-oppositiva, verticale-pretensiva e orizzontale), il sindacato giurisdizionale sulla proporzionalità dell'attività dell'Amministrazione penitenziaria appare particolarmente esteso e incisivo,

---

[27] Sul punto, cfr. S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, cit., pp. 228 ss.; ID, *Legge Amministrazione Giudice*, cit., p. 197 ss. Diversa è invece la prospettiva verticale-pretensiva, relativa "all'esercizio di poteri amministrativi positivi per il destinatario degli stessi, ampliativi della sua sfera giuridica o attribuitivi di vantaggi economici" (sull'argomento, v. BUOSO, *op. cit*., pp. 56 ss.).

[28] Sull'argomento, v. P.M. VIPIANA, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità ed irregolarità*, Padova, 2003, pp. 199 ss. L'Autrice, peraltro, sottolinea che, qualora la disparità di trattamento non sia conseguenza di provvedimenti amministrativi costituenti esercizio di un potere discrezionale, ma trovi la sua base direttamente nella legge, che vincola l'amministrazione all'adozione di un determinato comportamento, "non è da escludere che venga prospettata dianzi alla Corte costituzionale una questione di legittimità costituzionale della disposizione di legge, sotto il profilo della violazione del principio di uguaglianza, ed in particolar modo del principio di ragionevolezza che se ne ricava usualmente".

[29] In ordine alla dimensione orizzontale della proporzionalità, cfr. S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, cit., pp. 73 ss.; V. FANTI, *op. cit*., pp. 10-11.

investendo profili di fatto, di diritto e il contenuto stesso delle scelte amministrative[30]. L'accertamento relativo alla sussistenza dei requisiti dell'idoneità e della necessarietà, nonché dell'adeguatezza e della proporzionalità in senso stretto, non può infatti prescindere da una compiuta conoscenza e da un corretto apprezzamento della concreta situazione di fatto[31], giacché ciascuno di tali requisiti va considerato non in astratto e genericamente, bensì riferito alla contingenza del caso concreto. Ricostruzione del contesto fattuale, nonché concreta valutazione di esso e delle ragioni di diritto poste a fondamento dell'intervento amministrativo, sono pertanto presupposti imprescindibili del sindacato di proporzionalità, poiché soltanto in tal modo è possibile cogliere sia gli eventuali errori commessi dall'amministrazione nell'esperire gli accertamenti e le valutazioni tecniche che hanno condotto all'individuazione di una misura inidonea o non necessaria o inadeguata, sia gli errori di ponderazione dei valori connessi ad interessi antagonisti, che hanno determinato la scelta di un mezzo non proporzionato *stricto sensu*[32].

In particolare, la persona ristretta, la quale lamenti di star subendo un grave pregiudizio all'esercizio di un proprio diritto per effetto dell'esecuzione di una misura restrittiva o coercitiva adottata dall'autorità amministrativa in violazione del criterio d'azione della proporzionalità (art. 69, comma 6, lett. b, o.p.), può attivare la procedura giurisdizionale di cui all'art. 35-*bis* o.p.[33]. In tal modo, la tutela preventiva, volta a rimuovere il pregiudizio lamentato ed a ripristinare le condizioni di legalità, è assicurata dal magistrato di sorveglianza che ha giurisdizione sull'Istituto

---

[30] In tal senso, P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, cit., p. 117; F. ASTONE, *Il principio di ragionevolezza*, in RENNA-SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, cit., p. 383. V., altresì, G.A. ANSALDI, *Principio di proporzionalità e funzioni pubbliche*, Acireale-Roma, 2012, p. 171, il quale evidenzia come il *test* di proporzionalità sia "più pervasivo e maggiormente complesso dei tradizionali strumenti di verifica della legittimità amministrativa […]".

[31] Non soltanto della situazione di fatto che costituisce il presupposto legale dell'esercizio del potere, ma altresì di tutte quelle circostanze di fatto che l'amministrazione ha l'onere di prendere in considerazione, poiché sono essenziali al fine dell'individuazione o della scelta di un mezzo proporzionato.

[32] In proposito, tuttavia, non possono sottovalutarsi le difficoltà che discendono da un controllo giurisdizionale che ha ad oggetto un "fare" amministrativo "in un momento temporale dato, che, in quanto trascorso, è assolutamente irriproducibile". Sicché, come rileva C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in V. PARISIO (a cura di), *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario*, Milano, 1998, p. 98, "le valutazioni che si possono fare in epoca successiva ("ora per allora") non sono identiche a quelle che si potevano fare al momento giusto". Invero, "possiamo costruire il procedimento nel modo migliore possibile e possiamo oggettivare nella misura massima possibile il processo decisionale amministrativo, ma non possiamo pensare di eliminare quell'irripetibile carico di dubbi, di intuizioni, di assunzioni di rischio, che possono avere determinato il corso dell'istruttoria e la decisione, o il sistema delle decisioni".

[33] È condivisibile la posizione di quella parte della dottrina secondo la quale, al fine di ottenere la tutela preventiva di cui all'art. 35-*bis* o.p., il requisito dell'attualità del pregiudizio *ex* art. 69, comma 6, lett. b, o.p., ricorre anche nelle situazioni di "pregiudizio imminente". Sono tali quelle situazioni lesive del diritto del detenuto che, sebbene circoscritte nel tempo, sono di certo, o con molta probabilità, destinate a ripetersi, in quanto alimentate da una prassi amministrativa caratterizzata dalla costante adozione di una misura restrittiva o coercitiva sproporzionata (sul concetto di "pregiudizio imminente", v. F. DELLA CASA, *Commento all'art. 69*, in DELLA CASA-GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2015, pp. 824-825.

penitenziario (o sulla Residenza per l'esecuzione di misure di sicurezza) in cui si trova il detenuto (o l'internato) al momento della presentazione del reclamo (art. 677, comma 1, c.p.p.)[34].

Al di là, dunque, degli specifici rimedi esperibili per sottoporre a controllo del giudice i provvedimenti amministrativi che dispongono o prorogano i regimi detentivi differenziati della sorveglianza particolare (art. 14-*ter* o.p.) e della sospensione delle ordinarie regole del trattamento penitenziario (art. 41-*bis*, comma 2-*quinquies*, o.p.)[35], per la tutela preventiva delle posizioni giuridiche di vantaggio riconosciute alla persona ristretta e lese da una determinazione o da un comportamento adottati dall'amministrazione in violazione delle disposizioni contenute nella legge penitenziaria o nel relativo regolamento, il procedimento giurisdizionale da attivare è quello previsto dall'art. 35-*bis* o.p.[36]. Si tratta dell'ordinario procedimento di

---

[34] Non può trascurarsi che la violazione del canone della proporzionalità, nell'adozione di una misura amministrativa particolarmente invasiva della sfera personale del detenuto, può determinare una lesione di un diritto fondamentale in misura talmente grave da superare la soglia di quel *minimum de gravité* oltre la quale il trattamento penitenziario assume i caratteri della inumanità o della degradazione ai sensi dell'art. 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (si consideri, ad esempio, il caso del detenuto sottoposto – per un lungo lasso di tempo – ad isolamento continuo o a frequenti e non necessarie perquisizioni corporali mediante denudamento, ovvero si pensi ai casi di impiego non necessario della forza fisica o delle manette ai polsi o di altri strumenti di coercizione fisica). Per tale ragione, si devono garantire ai ristretti adeguati rimedi interni, di natura giurisdizionale, attraverso i quali far valere anche – e soprattutto – la violazione dei diritti garantiti dalla CEDU. Deve trattarsi di rimedi agevolmente accessibili, effettivi e idonei a garantire una tutela piena delle posizioni soggettive, sia sotto il profilo ripristinatorio, dovendosi assicurare l'effettiva cessazione della violazione che sia ancora in atto, sia sotto quello risarcitorio, dovendosi assicurare al detenuto un adeguato ristoro del pregiudizio subito a causa dell'avvenuta violazione di un diritto convenzionale (in proposito, v. Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. II, sent. 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia, trad. it. a cura di R. CARNEVALI-R. PUCCI, in www.giustizia.it.). Infatti, in base ai "principi di solidarietà e di sussidiarietà", che informano il sistema di protezione convenzionale, spetta anzitutto agli Stati contraenti l'assolvimento del compito di assicurare il rispetto e la tutela giurisdizionale dei diritti garantiti dalla Convenzione (art. 13 CEDU). La Corte europea, quindi, ha un ruolo suppletivo, potendo essere adita solo dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne (art. 35 CEDU). Ciò significa che è posto a carico degli Stati contraenti l'obbligo positivo di prevenire e porre rimedio – in modo effettivo – alle violazioni dedotte contro i predetti diritti, prima che i relativi ricorsi vengano proposti dinanzi alla Corte di Strasburgo.

[35] Anche nell'ambito di tali procedure, il giudice (segnatamente, il tribunale di sorveglianza) deve procedere al controllo sulla proporzionalità dell'azione amministrativa, al fine di verificare la conformità al diritto sia dei provvedimenti che dispongono o prorogano i regimi detentivi differenziati, sia delle singole misure restrittive che discendono dall'applicazione di tali regimi. Tuttavia, in ordine al particolare controllo di adeguatezza che può investire il contenuto restrittivo – minimo e indefettibile – del regime sospensivo di cui art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, o.p., v. G.M. NAPOLI, *Dal principio alle regole*, cit., pp. 8 ss. Si consideri peraltro che, ai sensi dell'art. 35-*ter* e 69, comma 6, o.p., nonché dell'art. 677, comma 1, c.p.p., il magistrato di sorveglianza, che ha giurisdizione sull'istituto penitenziario in cui si trova il detenuto sottoposto ad un regime detentivo differenziato, mantiene la competenza a pronunciarsi sul reclamo con il quale la persona ristretta lamenti di star subendo un grave pregiudizio all'esercizio di un diritto a causa dell'esecuzione dia una qualsiasi misura restrittiva (anche, quindi, di una misura discendente direttamente dall'applicazione di uno dei regimi in questione) non conforme al diritto.

[36] L'art. 35-*bis* o.p. è stato introdotto dall'art. 3 del decreto legge 23 dicembre 2013, n. 146, recante misure urgenti in tema di tutela dei diritti dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria, convertito, con modificazioni, nella legge 21 febbraio 2014, n. 10. Prima dell'entrata in vigore del d.l. n.

sorveglianza (artt. 666 e 678 c.p.p.), ancorché integrato da taluni elementi di specialità, che "danno vita" ad una procedura a contraddittorio necessario e a cognizione piena e completa delle ragioni addotte dalle parti. Tra questi elementi di specialità, assume peculiare rilievo la previsione del diritto dell'amministrazione interessata al reclamo[37] (alla quale deve essere notificato l'avviso di fissazione della data dell'udienza in camera di consiglio) di comparire direttamente in udienza, ovvero di formulare per iscritto e trasmettere osservazioni e richieste (art. 35-*bis*, comma 1, o.p.). Una volta assicurato il necessario coinvolgimento di tutte le parti interessate alla controversia[38], quindi, è divenuto più semplice definire la natura dei poteri-doveri decisori conferiti al magistrato di sorveglianza. Questi, infatti, accertata la sussistenza e l'attualità del grave pregiudizio all'esercizio dei diritti della persona ristretta, deve ordinare all'autorità amministrativa di porvi rimedio, assegnando un termine entro il quale deve essere ripristinata l'integrità del diritto violato (art. 35-*bis*, comma 3, o.p.)[39].

Il legislatore, del resto, privilegiando una prospettiva aderente alla logica del giusto processo, che mira ad ottenere provvedimenti corretti sotto il profilo della soluzione delle questioni di fatto e di diritto, ha attribuito al magistrato di sorveglianza efficaci ed effettivi poteri istruttori d'ufficio, nell'ambito di un rito che aspira ad assicurare alla persona ristretta una tutela completa nei confronti dell'autorità amministrativa. Il giudice, infatti, può chiedere all'autorità competente tutti i documenti e le informazioni di cui abbia bisogno e, se occorre, può assumere prove, procedendo in udienza nel rispetto del contraddittorio (artt. 35-*bis*, comma 1, o.p. e 666, comma 5, c.p.p.). Nell'assumere le prove, il giudice procede senza particolari formalità

146/2013, il mezzo di tutela giurisdizionale, da attivare per far valere un diritto leso dall'amministrazione, era il procedimento regolato dagli artt. 69, comma 6, e 14-*ter* o.p. (nonché dalle disposizioni del capo II-*bis* del titolo II o.p., richiamate dall'art. 14-*ter*). Invero, secondo la Corte di cassazione, sez. un., sent. 26 febbraio 2003, n. 25079, in *Cass. pen.*, 2003, 2974-2975, tale procedura era idonea a soddisfare le esigenze di speditezza e semplificazione, che necessariamente dovevano contrassegnare il mezzo di tutela, in ragione delle particolari posizioni soggettive fatte valere.

[37] A seconda dei casi, l'autorità amministrativa interessata al reclamo può essere sia l'Amministrazione penitenziaria, sia (come precisato nella relazione al disegno di legge di conversione del d.l. n. 146/2013) l'Amministrazione regionale, oramai investita di competenza esclusiva in materia sanitaria. Entrambe le Amministrazioni, quindi, hanno la possibilità di esporre le proprie ragioni, comparendo in udienza, ovvero trasmettendo (nel termine fissato dall'art. 666, comma 3, c.p.p.) osservazioni o richieste.

[38] Tuttavia, sull'adeguatezza dei congegni apprestati dal legislatore, al fine di garantisce il pieno coinvolgimento di tutte le parti interessate, v. le perplessità manifestate da G. FIORELLI, *Procedimento per reclamo e "nuova" giurisdizionalità?*, in DEL COCO-MARAFIOTI-PISANI (a cura di), *Emergenza carceri. Radici remote e recenti soluzioni normative*, Torino, Giappichelli, 2014, pp. 145-146.

[39] Del resto, a garanzia del compiuto accertamento della *res iudicanda*, è stata prevista l'impugnabilità della decisione del giudice monocratico, avverso la quale è ammesso reclamo al tribunale di sorveglianza nel termine di quindici giorni dalla notificazione o comunicazione dell'avviso di deposito della decisione medesima (art. 35-*bis*, comma 4, o.p.). Non convince, invece, la scelta del legislatore di limitare alla sola violazione di legge i casi in cui è proponibile il ricorso per cassazione avverso la decisione del tribunale di sorveglianza; ricorso, comunque, ammissibile nel termine di quindici giorni dalla notificazione o dalla comunicazione dell'avviso di deposito della decisione (art. 35-*bis*, comma 4-*bis*, o.p.). L'effettività della tutela giurisdizionale è invece assicurata dalla previsione di un apposito procedimento di ottemperanza. E, anche in tal caso, il modello procedurale prescelto è quello previsto dagli artt. 666 e 678 c.p.p. (art. 35-*bis*, comma 5, o.p.).

anche per quanto concerne la citazione e l'esame dei testimoni e l'espletamento della perizia (art. 185 norme att. c.p.p.)[40].

La circostanza che il procedimento per reclamo sia caratterizzato dall'officiosità dell'istruttoria (art. 666, comma 5, c.p.p.) determina rilevanti conseguenze anche in tema di onere probatorio. Si ritiene, infatti, che non sia necessaria "la prova ad onere della parte", ma sia sufficiente che il detenuto segnali al giudice la necessità "di acquisire il riscontro alla tesi posta a fondamento della richiesta", il magistrato di sorveglianza avendo ampia capacità "sia di ammettere la prova sia di assumerla quando ne ritenga la necessità"[41]. In altri termini, nella procedura su reclamo, non incombe sulla parte un "onere probatorio", ma soltanto un "onere di allegazione", sussistendo unicamente il "dovere di prospettare e di indicare al giudice fatti sui quali la sua richiesta si basa, incombendo poi all'autorità giudiziaria il compito di procedere ai relativi accertamenti"[42].

Cionondimeno, come segnalato da attenta dottrina, in genere, la fase istruttoria del procedimento si esaurisce nell'acquisizione dei documenti versati dalle parti, anche per ordine del giudice. Tra questi documenti, assumono peculiare rilievo quelli prodotti, su richiesta del magistrato di sorveglianza, dall'autorità amministrativa contro la quale il reclamo è stato proposto[43]. Tale constatazione, del resto, non è priva di pratica rilevanza, dal momento che, in tanto la documentazione prodotta dall'amministrazione assume un rilievo centrale, in quanto l'autorità agente abbia adempiuto, in modo corretto, l'obbligo di documentare ogni suo intervento incidente nella sfera giuridica della persona *in vinculis*. Più nel dettaglio, perché il sindacato di proporzionalità possa efficacemente dispiegarsi, è necessario che l'attività dell'amministrazione (anche quando sia caratterizzata dall'esercizio di un potere vincolato in astratto[44]) "risulti sempre documentata e verificabile". Ciò vuol dire che, anche nei casi in cui non sia espressamente previsto dalla legge o dal regolamento di esecuzione, deve ritenersi che sia sempre "necessaria ed imposta una forma di documentazione" – puntuale e rigorosa – di tutti gli interventi capaci di limitare la

---

[40] Sul carattere non tassativo, bensì meramente esemplificativo, dell'elencazione dei mezzi di prova contenuta negli artt. 666, comma 5, c.p.p. e 185 disp. att. c.p.p., v. F. FIORENTIN, *Decreto svuotacarceri (d.l. 23 dicembre 2013, n. 146)*, Milano, 2014, p. 51.

[41] Sul punto, in dottrina, v. M. BORTOLATO, *Commento l'art. 35*-bis, cit., p. 406.

[42] Cfr., tra le altre, Cass. pen., sez. I, sent. n. 1705, 19 maggio 1993. Si consideri peraltro che l'esercizio dei poteri istruttori d'ufficio è "svincolato dalle istanze delle parti (ivi compreso il detenuto autore del reclamo), anche se non è preclusa la facoltà di sollecitazione delle parti stesse" (cfr. F. FIORENTIN, *Il reclamo "giurisdizionale" per la tutela dei diritti delle persone detenute e internate*, in *Rass. penit. crim*., 2013, 3, p. 252).

[43] In questo senso, L. DEGL'INNOCENTI-F. FALDI, *Il rimedio risarcitorio* ex *art. 35*-ter *ord. pen. E la tutela dei diritti del detenuto*, Milano, 2017, p. 142.

[44] Secondo V. FANTI, *op. cit.*, p. 294, "la motivazione gioca un ruolo altrettanto decisivo, anche se meno evidente, nel caso di esercizio del potere vincolato, perché in tal caso la determinazione dell'assetto di interessi, già contenuto nella norma, permette l'utilizzo di un sillogismo semplificato, che si limita ad evidenziare la compresenza di tutti gli elementi previsti, ed a farne discendere gli effetti giuridici, anch'essi già predeterminati dal legislatore".

sfera giuridica e materiale della persona detenuta[45]. In tal modo, il giudice è posto nelle condizioni di conoscere i motivi, le circostanze spaziali e temporali, nonché le modalità con cui l'intervento è stato eseguito, disponendo di elementi che possono essere proficuamente posti a fondamento della sua decisione. La motivazione, del resto, dovrebbe anche agevolare il controllo giudiziale sulla proporzionalità dell'intervento amministrativo, poiché in essa dovrebbe rimanere traccia del "percorso operativo e argomentativo" che ha condotto l'autorità agente all'adozione di una misura conforme al canone in questione. Se così fosse, infatti, il giudice procederebbe, nella sua verifica articolata su fasi sequenziali, ripercorrendo "le tappe già scandite dall'amministrazione"[46].

In ogni caso, attesa la particolare natura del sindacato di proporzionalità, il giudice non può limitarsi ad una mera "verifica formale" della motivazione del provvedimento o del contenuto del verbale dell'attività materiale posta in essere, ma deve altresì accedere a tutti i fatti di causa e alle valutazioni dell'amministrazione[47]. Autorevole dottrina, in proposito, non manca di sottolineare che "il controllo giurisdizionale della proporzionalità comporta una notevole penetrazione del sindacato giurisdizionale riguardo alla ricostruzione della situazione di fatto, degli accertamenti e delle valutazioni amministrative, del processo logico posto in essere dall'amministrazione"[48]. Non sfugge, invero, che, "per stabilire se l'amministrazione abbia esercitato la giusta misura di potere amministrativo, occorre che il giudice abbia preventivamente compiuto un approfondito" riesame di tutti i momenti ("intellettivi e "volitivi") del processo decisionale amministrativo. Sembra scemare, pertanto, la tradizionale contrapposizione tra controllo di mera legittimità e sindacato giurisdizionale pieno, esteso anche al merito della determinazione amministrativa discrezionale. E ciò, per un duplice ordine di motivi. In primo luogo, perché l'area della legittimità – in virtù dell'affermarsi di quei principi generali dai quali è dato estrarre precise regole di comportamento – è in continua espansione, con conseguente, inarrestabile, arretramento dell'area del merito (dell'area insindacabile

[45] Cfr. Corte cost., sent. n. 526, 21 novembre 2000, la quale, richiamando i principi generali dell'attività amministrativa (segnatamente, i principi di trasparenza e buon andamento che tale attività governano), ritiene che l'obbligo di motivazione e di relativa documentazione sia desumibile dal sistema normativo.

[46] Sull'argomento, cfr. S. COGNETTI, *Legge Amministrazione Giudice*, cit., p. 174; P.M. VIPIANA, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità ed irregolarità*, cit., p. 172, per la quale la motivazione consente "la ricostruzione dei ragionamenti che hanno indotto la pubblica amministrazione ad assumere un provvedimento siffatto, in modo da poter operare un controllo su quei ragionamenti e sulle conclusioni che ne sono derivate".

[47] Sulla necessità di "forare" comunque la motivazione, in quanto questa, "pur redatta in modo logicamente ineccepibile, in maniera tale cioè da rappresentare un'azione corretta e legittima", può coprire in realtà "motivi effettivi che non sono affatto di questo tipo, e quindi non idonei a sostenere" la determinazione amministrativa, v. F.G. SCOCA, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in V. PARISIO (a cura di), *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario*, cit., p. 120.

[48] In questi termini, A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, p. 400.

"dell'opportunità amministrativa")[49]. Poi, perché, sotto il profilo delle modalità e delle tecniche del sindacato giurisdizionale, il giudice ordinario, in mancanza di diversa indicazione da parte del legislatore, può prendere in considerazione, ai fini della decisione della controversia, elementi di valutazione non valorizzati dall'autorità agente, e può procedere ad una autonoma attività di istruzione, prescindendo, quando lo ritenga necessario, dalla documentazione prodotta dall'amministrazione.

Ad ogni modo, qualora l'incisivo controllo di proporzionalità conduca all'accertamento della non conformità al diritto dell'attività amministrativa, il giudice deve poi verificare se, al momento della decisione, l'intervento dell'amministrazione stia ancora determinando un grave pregiudizio all'esercizio dei diritti della persona ristretta. Cosicché, ove sia necessario rimuovere gli effetti pregiudizievoli derivanti dall'attuale applicazione di una misura sproporzionata, il giudice ha il potere-dovere di ordinare all'autorità amministrativa di adoperarsi per ripristinare le condizioni di legalità.

In proposito, tuttavia, è opportuno distinguere due diverse situazioni in ragione dei limiti che l'amministrazione incontra nell'esercizio dei suoi poteri autoritativi. Così, nell'ipotesi di attività vincolata o qualora risulti che non residuano ulteriori margini di esercizio di discrezionalità amministrativa (sempre che non siano necessari nuovi adempimenti istruttori da parte dell'autorità agente), il magistrato di sorveglianza deve individuare l'intervento conforme al diritto e deve ordinare all'amministrazione di adottarlo in luogo della misura ritenuta illegittima, in quanto inidonea o non necessaria o inadeguata. Il provvedimento giudiziale, inoltre, deve indicare l'organo amministrativo responsabile dell'attuazione dell'ordine (vale a dire l'organo che ha il dovere di "adeguare la realtà di fatto ai contenuti della statuizione" giudiziale[50]), assegnando un termine entro il quale detto ordine deve essere adempiuto mediante l'adozione delle misure prescritte (art. 35-*bis*, comma 3, o.p.).

Nell'ipotesi in cui, invece, vi siano spazi residui di discrezionalità amministrativa, il giudice, una volta accertata la non compatibilità con il criterio di proporzionalità della scelta compiuta dall'amministrazione, deve ordinare a questa di procedere ad una nuova ponderazione degli interessi antagonisti, in modo da raggiungere un nuovo equilibrio che comporti l'impiego di uno strumento meno gravoso e, di conseguenza, più proporzionato. A differenza della situazione in precedenza delineata, dunque, il giudice non potrà spingersi fino al punto di imporre all'autorità amministrativa l'adozione di un ben determinato atto o comportamento[51]. Sicché l'obbligo di conformarsi al *dictum* giudiziale si traduce nel divieto, posto in capo all'amministrazione, di far ricorso ad una nuova misura avente contenuto afflittivo identico o simile a quello che connota la misura giudicata illegittima, perché adottata

---

[49] Cfr., *ex plurimis*, F. TRIMARCHI BANFI, *op. cit.*, p. 390, secondo cui "la scomposizione della discrezionalità, quale risulta dalla speciale procedura di verifica della proporzionalità, ha l'effetto di spostare la scelta amministrativa dall'area del merito a quella della legittimità […]".

[50] Cfr. A. MARCHESELLI, *Il punto su… la tutela dei diritti dei detenuti. Miti e paradossi della tutela dei diritti dei detenuti. Alla ricerca dell'effettività*, in *Giur. merito*, 2006, p. 23.

[51] Cfr. V. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, 2008, p. 136.

all'esito di una non accettabile ponderazione degli interessi antagonisti[52]. In realtà, non è neanche da escludere che il giudice – pur non potendo indicare l'atto o il comportamento che dovrebbero essere adottati – "detti precise direttive per il susseguente svolgimento dell'attività amministrativa", indicando la via da seguire in sede ripristinatoria. In tal modo, viene a delinearsi una sorta di "progetto di proporzionalità", che non potrà essere ignorato dall'amministrazione, se non a rischio di incorrere in una declaratoria di nullità[53] (art. 35-*bis*, comma 6, lett. b, o.p.).

Con l'ordinanza con la quale accoglie il reclamo, dunque, il magistrato di sorveglianza ordina all'autorità amministrativa di adottare ogni atto o di porre in essere ogni comportamento che risulti indispensabile al fine di rimuovere il grave pregiudizio arrecato all'esercizio del diritto del detenuto[54]. La decisione del giudice, pertanto, obbliga l'amministrazione all'adozione di specifiche misure in relazione al contenuto della violazione accertata. Tale condanna ad un *facere*, quindi, non sempre rimane – come ritiene parte della dottrina – una condanna ad "un *facere* generico, che lascia uno spazio piuttosto ampio in capo alla parte soccombente per sviluppare, con piena discrezionalità, un percorso di adeguamento alla pronuncia giudiziale"[55]. Talvolta, infatti, l'ordinanza può imporre un preciso e determinato comportamento, come nel caso in cui l'amministrazione sia condannata a rimuovere gli effetti pregiudizievoli derivanti da una misura del tutto inidonea a realizzare il fine pubblico perseguito, oppure sia condannata a sostituire un mezzo non necessario con altro, ben individuato, che sia parimenti efficace e meno gravoso; talaltra, invece, l'ordinanza può riconoscere una maggiore o minore ampiezza alla residua discrezionalità che compete all'amministrazione nel porre in essere le condotte necessarie alla rimozione del pregiudizio, come nel caso in cui si imponga all'autorità agente di procedere ad una nuova ponderazione degli interessi contrapposti, al fine di modificare un intervento eccessivamente invasivo della sfera giuridica del destinatario.

---

[52] Cfr. G.A. ANSALDI, *op. cit.*, p. 193; V. FANTI, *op. cit.*, p. 120. V., inoltre, con specifico riferimento al settore penitenziario, F. FIORENTIN, *Tutela effettiva per i diritti delle persone detenute: l'ennesimo rintocco della campana, l'assordante silenzio del legislatore, l'*ultimatum *della Corte EDU*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, pp. 2048-2049.

[53] Sull'argomento, cfr. P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico, op. cit.*, p. 128; F. ASTONE, *op. cit.*, pp. 384-385.

[54] Qualora il pregiudizio all'esercizio del diritto della persona ristretta sia determinato non da un comportamento materiale, bensì da un atto amministrativo, il magistrato di sorveglianza, con l'ordinanza che accerta la lesione e accoglie il reclamo, non può annullare il provvedimento illegittimo, mancando una espressa previsione di legge che, ai sensi dell'art. 113, comma 3, Cost. attribuisca siffatto potere. Di conseguenza, fuorché quando il magistrato di sorveglianza provveda sui reclami dei detenuti e degli internati concernenti i provvedimenti amministrativi che irrogano sanzioni disciplinari (art. 69, comma 6, lett. a, o.p.), ipotesi in cui, per espressa disposizione di legge, il giudice, nel caso di accoglimento del reclamo, dispone l'annullamento del provvedimento disciplinare (art. 35-*ter*, comma 3, o.p.), nelle altre situazioni in cui si lamentati la lesione di un diritto del detenuto determinata da un atto amministrativo, il magistrato di sorveglianza può soltanto limitarsi ad ordinare all'amministrazione di rimuovere il pregiudizio accertato. Graverà sull'autorità amministrativa, quindi, l'obbligo di conformarsi alla decisione giudiziale, procedendo anche all'annullamento, in sede di autotutela, del provvedimento ritenuto illegittimo.

[55] In questi termini, F. FIORENTIN, *Il reclamo "giurisdizionale" per la tutela dei diritti delle persone detenute e internate*, cit., p. 241.

La distinzione appena tracciata assume pratica rilevanza anche in sede di giudizio di ottemperanza, poiché, incidendo sull'ampiezza del vincolo derivante dal *dictum* giudiziale non eseguito, determina un diverso modularsi dei poteri di cognizione attribuiti al magistrato di sorveglianza (art. 35-*bis*, commi 6-8, o.p.)[56]. Infatti, nel caso di mancata esecuzione dell'ordinanza che condanna l'amministrazione ad un *facere* generico, risulta molto più complessa l'attività di enucleazione e di precisazione del contenuto degli obblighi derivanti dalla pronuncia di accoglimento del reclamo, ed è molto più ampio il potere del magistrato di sorveglianza di integrare tale decisione, al fine dell'adeguamento della situazione al comando inevaso. Inoltre, è più difficile per il giudice individuare gli eventuali atti da dichiarare nulli, perché elusivi del provvedimento giudiziale definitivo (art. 35-*bis*, comma 6, lett. b, o.p.). L'elusione, infatti, è "fenomeno diverso e più subdolo rispetto all'aperta violazione del *decisum*, sussistendo in quei casi in cui l'amministrazione, pur formalmente provvedendo a dare esecuzione ai precetti provenienti dal giudicato, tenda in realtà a perseguire, anche indirettamente, l'obiettivo di aggirarli in senso sostanziale, in modo da raggiungere surrettiziamente un esito corrispondente a quello già ritenuto illegittimo"[57]. Infine, per ciò che concerne il momento esecutivo, il giudice, quando ordina l'ottemperanza, nel definire i tempi e le modalità dell'adempimento, non può non tenere conto del programma attuativo predisposto dall'amministrazione al fine di dare esecuzione al provvedimento, sempre che tale programma sia compatibile con il soddisfacimento del diritto (art. 35-*bis*, comma 6, lett. a, o.p.). Il piano attuativo, infatti, pur non avendo "alcuna efficacia vincolante per il giudice", diviene strumento imprescindibile per

[56] L'ottemperanza può essere richiesta dall'interessato o dal suo difensore (purché munito di procura speciale), nel caso di mancata esecuzione del provvedimento giudiziale non più soggetto ad impugnazioni. Il relativo giudizio è affidato al medesimo magistrato di sorveglianza che ha emesso l'ordinanza rimasta non eseguita, ed è questa una delle peculiarità che caratterizzano tale rito rispetto allo schema tipico delle procedure di ottemperanza, delineato nel Codice del processo amministrativo (d. lgs. n. 104 del 2010). Qualora accolga la richiesta, il magistrato di sorveglianza: *a)* ordina l'ottemperanza, indicando modalità e tempi di adempimento, tenendo conto del programma attuativo predisposto dall'amministrazione al fine di dare esecuzione al provvedimento, sempre che detto programma sia compatibile con il soddisfacimento del diritto; *b)* dichiara nulli gli eventuali atti in violazione o elusione del provvedimento rimasto ineseguito; *c)* nomina, ove occorra, un commissario ad acta (art. 35-*bis*, comma 6, o.p.). In ogni caso, il magistrato di sorveglianza conosce di tutte le questioni relative all'esatta ottemperanza, comprese quelle inerenti agli atti del commissario (art. 35-*bis*, comma 7, o.p.). Avverso il provvedimento emesso in sede di ottemperanza è sempre ammesso ricorso per cassazione per violazione di legge (art. 35-*bis*, comma 7, o.p.). Sulle predette modalità di intervento del giudice e sul loro differente livello di invasività, cfr. M. BORTOLATO, *Commento all'art. 35*-bis, cit., 2015, pp. 413-414; A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, Torino, Giappichelli, 2014, pp. 144-146; A. LUZIO, *Tutela dei diritti dei detenuti ed ottemperanza: nuovi orizzonti dell'effettività*, in DEL COCO-MARAFIOTI-PISANI (a cura di), cit., pp. 166-172; E. VALENTINI, *Il reclamo: casi e forme*, in CAPRIOLI-SCOMPARIN (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti*, Torino, Giappichelli, 2015, pp. 249-252.

[57] In questi termini, A. CERRETO, *Il giudizio di ottemperanza*, in *Giustamm.it*, novembre 2012, il quale, peraltro, rileva come, talvolta, sia piuttosto complessa l'indagine da effettuare da parte del giudice "per pervenire alla distinzione tra atto amministrativo elusivo del giudicato e quello che potrebbe essere affetto da autonoma illegittimità, esistendo delle zone grigie di dubbia qualificazione, principalmente allorché l'autorità amministrativa tenuta all'ottemperanza è pur sempre dotata di ampia discrezionalità residua".

"realizzare un contemperamento tra l'esigenza di tutela del diritto della persona detenuta e l'altrettanto irrinunciabile esigenza di riservare all'apprezzamento dell'autorità amministrativa l'opzione preferibile per risolvere la criticità evidenziata dal reclamo"[58].

Per la verità, la previsione del rimedio dell'ottemperanza, da attivare nel caso di mancata esecuzione del provvedimento giudiziale non più soggetto ad impugnazioni, è condizione necessaria, ma non sufficiente, perché il controllo giurisdizionale di proporzionalità sull'azione amministrativa sia realmente effettivo. Attenta dottrina, invero, segnala che l'eccessiva distensione diacronica della procedura su reclamo lungo tre gradi di giudizio (due di merito e uno di legittimità) rende il rimedio preventivo inidoneo ad assicurare al detenuto una tutela rapida e, quindi, effettiva dei suoi diritti[59]. Il legislatore, infatti, nel prevedere procedure a contraddittorio necessario e a cognizione esauriente, non ha in alcun modo considerato l'esigenza di dotare il giudice di adeguati strumenti cautelari. In tal modo, però, non si è scongiurato il rischio che, nelle more del giudizio, il diritto fatto valere dal detenuto possa subire un concreto e irreparabile pregiudizio, provocato dal permanere di uno stato di insoddisfazione per tutto il tempo necessario per l'emanazione di una pronuncia definitiva. Non sfugge invero che, sebbene l'ordinanza emessa dal magistrato di sorveglianza sia immediatamente esecutiva e l'amministrazione soccombente sia tenuta a darvi esecuzione (art. 666, comma 7, c.p.p.), l'ottemperanza può essere richiesta dall'interessato o dal difensore solamente quando il provvedimento giudiziale non sia più impugnabile (art. 35-*bis*, comma 5, o.p.). Di regola, pertanto, l'amministrazione darà esecuzione alla determinazione del giudice una volta definito il procedimento avanti alla Corte di cassazione. Sicché l'astratta tempestività ed immediatezza della tutela giurisdizionale, garantita da una sequenza procedimentale che – secondo le intenzioni del legislatore – avrebbe dovuto svolgersi in modo rapido, sarà costretta a fare i conti con la concreta, patologica ed eccessiva durata delle procedure. Ma anche a rimanere nell'ambito della fisiologica distensione diacronica del procedimento, il tempo necessario a pervenire ad una decisione definitiva sul merito del reclamo non esclude la necessità di una fase cautelare, al fine sia di evitare il protrarsi del grave pregiudizio all'esercizio del diritto del detenuto per tutto il tempo dell'iter processuale, sia di impedire che l'autorità amministrativa, contro la quale il reclamo è proposto, "abusi del diritto di difesa" garantitogli dalle forme di una procedura a cognizione piena e completa[60].

È vero, tuttavia, che le tecniche anticipatorie, volte alla concessione di una tutela cautelare, determinano un conflitto tra opposte esigenze. Da una parte, si pone la fondamentale pretesa di effettività, per il cui soddisfacimento è spesso indispensabile

---

[58] Cosi, M. BORTOLATO, *Commento all'art. 35*-bis, cit. p. 413.

[59] Sul punto, v. A. PUGIOTTO, *La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen*, 2016, pp. 1218-1219.

[60] Sulle ragioni che giustificano il ricorso alla tutela sommaria (cautelare), che non costituisce, pertanto, un privilegio immotivato, v. A. PROTO PISANI, *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, pp. 568-569.

una tutela tempestiva – anche interinale, a cognizione sommaria e ad effetti provvisori – che impedisca il verificarsi degli effetti pregiudizievoli derivanti dal decorso del tempo. Accorta dottrina, infatti, non manca di segnalare che "la rapidità della tutela giurisdizionale è elemento indispensabile per la concreta ed effettiva attuazione delle garanzie costituzionali di azione e di difesa", ragion per cui la carente incisività degli strumenti processuali determina "l'accentuazione di disuguaglianze sostanziali fra le parti"[61]. Dall'altro lato, v'è l'importante interesse alla stabilità dell'accertamento di merito, la cui realizzazione mira ad impedire che si accordi una qualche forma di tutela in forza di un esame superficiale della *res iudicanda*[62]. Tale contrasto, però, potrebbe essere risolto, in una prospettiva di riforma, apprestando un meccanismo che consenta al magistrato di sorveglianza – il quale consideri le richieste del detenuto meritevoli di favorevole apprezzamento e di adeguata tutela mediante la rapida definizione del giudizio di merito – di provvedere alla sollecita fissazione dell'udienza *ex* art. 666, comma 3, c.p.p., in modo tale da far coincidere la fase cautelare e quella di merito, così garantendosi una tutela tempestiva, completa e tendenzialmente stabile.

L'efficacia del congegno appena delineato postula però diversi accorgimenti procedurali. Innanzitutto, è necessario che la data di trattazione del merito sia realmente ravvicinata e che il provvedimento che definisce il giudizio sia pubblicato in tempi rapidi. In secondo luogo, è fondamentale che l'ordinanza del giudice monocratico abbia 'immediata' efficacia esecutiva (art. 666, comma 7, c.p.p.) e che il detenuto abbia la possibilità di attivare, anche per tale provvedimento non definitivo, il rimedio del giudizio di ottemperanza[63]. Ciò consentirebbe, ad esempio, di evitare che la parte pubblica, soccombente in primo grado, proponga reclamo al tribunale di sorveglianza, non tanto al fine di ottenere la riforma della pronuncia del giudice monocratico, ma soltanto con l'obiettivo di procrastinare nel tempo gli effetti che discendono dalla decisione definitiva[64]. Se è vero, infatti, che alcuna norma costituzionale impone al legislatore di non limitare il giudizio di ottemperanza alle sole pronunce definitive, è altrettanto indubbio che tale scelta incide sulla capacità tecnica della procedura giurisdizionale di assicurare ai detenuti una tutela rapida ed effettiva della posizione soggettiva fatte valere in giudizio. Scelta, dunque, che diviene censurabile proprio sotto il profilo della proporzionalità, poiché conduce all'adozione di uno strumento tecnico-operativo inidoneo a realizzare le finalità che giustificano la previsione di meccanismi differenziati di tutela giurisdizionale.

Infine, è essenziale che, qualora non si possa garantire una data ravvicinata per la discussione del merito o, comunque, non sia possibile pervenire ad una rapida

---

[61] In questi termini, F. CARPI, Flashes *sulla tutela giurisdizionale differenziata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, p. 239.

[62] Sul tema, v. M. LUCIANI, *Garanzie di efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *www.rivistaic.it*, 2014, 4, p. 48.

[63] Cfr. F. FIORENTIN, *Il reclamo "giurisdizionale" per la tutela dei diritti delle persone detenute e internate*, cit., p. 260.

[64] V., ad esempio, il 'caso emblematico' dal quale trae spunto l'analisi di G. MELANI, *Tutela della libertà personale degli internati: "attraverso la cruna dell'ago". Riflessioni a margine dell'ordinanza del Magistrato di sorveglianza di Firenze del 21.10.2015*, in *questa Rivista*, 5 giugno 2016.

definizione del giudizio, il magistrato di sorveglianza abbia la possibilità di garantire una qualche forma di tutela cautelare. Si tratta, in altri termini, di regolare un procedimento a cognizione sommaria, che consenta al giudice di emettere un provvedimento in via incidentale al giudizio di cognizione ed in vista della pronuncia finale, della quale anticipi, a titolo provvisorio, in tutto o in parte gli effetti.

4.1. La tutela risarcitoria e il rimedio compensativo ex art. 35-ter o.p.

La persona ristretta può agire in giudizio anche per far valere il diritto al risarcimento del danno non patrimoniale sofferto a causa di una misura amministrativa sproporzionatamente invasiva della sua sfera personale, che abbia determinato la lesione del suo diritto all'integrità psicofisica, ovvero abbia prodotto una lesione ad altro diritto inviolabile. In quest'ultimo caso, il danno non patrimoniale diviene risarcibile al ricorrere di una triplice condizione. È necessario, infatti, non soltanto che l'interesse leso abbia rilevanza costituzionale o convenzionale, ma altresì che vi sia una condotta dolosa o colposa che abbia violato la norma che tutela, in modo diretto o mediato, l'interesse non patrimoniale e che da tale lesione derivi un pregiudizio apprezzabile in concreto.

Quanto allo strumento di tutela finalizzato ad assicurare il risarcimento del danno subito dalla persona ristretta, la giurisprudenza di legittimità, prima dell'entrata in vigore dell'art. 35-*ter* o.p.[65], aveva delineato un preciso assetto dei rapporti tra plessi giudiziari e rimedi attivabili. Si riteneva, infatti, che la materia risarcitoria e quella indennitaria fossero attribuite unicamente alla giurisdizione civile, stante "la *summa divisio* tra giurisdizione civile e penale", sancita dall'art. 1 c.p.c., dall'art. 1 c.p.p. e dalle norme dell'ordinamento giudiziario. Eventuali eccezioni a tale generale ripartizione, pertanto, dovevano essere espressamente previste da specifiche previsioni di legge, indicandosi, a conferma di tale assunto, le disposizioni attributive al giudice penale della competenza a pronunciarsi sull'istanza risarcitoria della parte civile (art. 74 c.p.p.), ovvero sulla domanda di indennizzo per l'ingiusta detenzione (art. 314 c.p.p.) o su quella di riparazione dell'errore giudiziario (art. 643 c.p.p.)[66]. Di conseguenza, poiché alcuna disposizione della legge sull'ordinamento penitenziario prevedeva, in modo espresso, l'attribuzione di competenza al magistrato di sorveglianza della materia risarcitoria, se ne deduceva che il diritto al risarcimento dei danni, derivanti dalla violazione di diritti fondamentali dei detenuti, rientrasse nell'ambito della giurisdizione civile[67].

---

[65] L'art. 35-*ter* o.p. è stato introdotto dall'art. 1 del decreto legge 26 giugno 2014, n. 92, conv. con legge 11 agosto 2014, n. 117.

[66] Cfr. Corte di cassazione, sez. I pen., sent. 15-30 gennaio 2013, n. 4772, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2013, pp. 968-969. *Conf.* Corte di cassazione, sez. I pen., sent. 27 settembre-18 ottobre 2013, n. 42901, in *www.personaedanno.it*.

[67] Cfr. Corte cass., sent. n. 4772 del 2013, cit., pp. 969-971.

Tale conclusione, tuttavia, non era del tutto pacifica nella giurisprudenza di merito, che annoverava un isolato arresto di segno contrario, volto ad attribuire al magistrato di sorveglianza il potere di condannare l'Amministrazione penitenziaria al risarcimento del danno non patrimoniale sofferto dal detenuto per effetto della lesione di un suo diritto fondamentale[68]. In linea con la giurisprudenza di legittimità era, invece, il prevalente orientamento interpretativo, che evidenziava la sussistenza di "una criticità sul piano della compatibilità costituzionale che inficia*va* la ricostruzione volta a riconoscere alla magistratura di sorveglianza – nel silenzio della legge – la giurisdizione risarcitoria in termini differenti (e deteriori) rispetto alle regole generali"[69].

Sulla scia di quest'ultimo orientamento, si è inizialmente mosso il legislatore, nel momento in cui ha inteso rafforzare il sistema di tutela giurisdizionale delle posizioni soggettive di vantaggio delle persone ristrette, modificando l'art. 69, comma 6, o.p. ed introducendo l'art. 35-*bis* o.p.[70]. Le due disposizioni, infatti, circoscrivono la competenza del magistrato di sorveglianza all'accertamento della sussistenza di un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti del detenuto, e demarcano anche il potere decisorio del giudice, limitandolo all'ordine di ripristino dell'integrità del diritto violato. Sicché – prima dell'approvazione dell'art. 35-*ter* o.p. – poteva dirsi oramai legislativamente sancito che il magistrato di sorveglianza non potesse "compiere accertamenti sulle situazioni pregresse, come tali superate e non bisognose di interventi per eliminarle" (trattandosi di accertamento da rimettere all'eventuale sede civile, ove adita)[71].

Sennonché, tale assetto deve ritenersi in parte mutato in seguito all'entrata in vigore dell'art. 35-*ter* o.p., qualora si sostenga che tale disposizione attribuisca espressamente al magistrato di sorveglianza la competenza in materia risarcitoria, ancorché limitatamente al pregiudizio esistenziale sofferto dal condannato (e non anche dal detenuto in custodia cautelare) per effetto di condizioni di detenzione che siano tali da violare l'art. 3 CEDU, come interpretato dalla Corte di Strasburgo. Infatti, seguendo l'orientamento interpretativo che riconosce natura risarcitoria al rimedio di

---

[68] Cfr. Magistrato di sorveglianza di Lecce, ord. 9 giugno 2011, in *Cass. pen.*, 2012, pp. 249-259.

[69] Cfr. Magistrato di sorveglianza di Vercelli, ord. 18 aprile 2012, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 1212; Magistrato di sorveglianza di Padova, ord. 30 maggio 2013, in *Rass. pen. crim.*, 2013, 1, pp. 171-173; Magistrato di sorveglianza di Verona, ord. 2 luglio 2013, ivi, pp. 176-178. Per una più approfondita ricostruzione dei termini del contrasto giurisprudenziale, v. F. FIORENTIN, En attendant Godot, *ovvero la questione della tutela per i diritti negati in carcere tra Corte EDU e Cassazione, in attesa di una riforma troppo a lungo trascurata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, pp. 977-979; ID., *Tutela effettiva per i diritti delle persone detenute: l'ennesimo rintocco della campana, l'assordante silenzio del legislatore, l'*ultimatum *della Corte EDU*, ivi, 2013, pp. 2045-2046; P. CORVI, *Sovraffollamento carcerario e tutela dei diritti del detenuto: il ripristino della legalità*, ivi, 2013, pp. 1817-1821; G. FIORELLI, *Reclamo e risarcibilità del danno da trattamento penitenziario: un brusco dietrofront*, ivi, 2012, pp. 1216 ss.; C. FIORIO, *Poteri dell'amministrazione penitenziaria e sindacato di giurisdizionalità*, in *Giur. cost.*, 2013, pp. 2099-2102; C.L. VOLINO, *La competenza a decidere sulla domanda risarcitoria proposta dal detenuto*, in *Quest. giust.*, 2013, 1, pp. 251 ss.

[70] V. l'art. 3 del d.l. n. 146 del 2013, conv., con mod., nella l. n. 10 del 2014, cit..

[71] Cfr. Corte cass., sent. n. 42901 del 2013, cit.

cui all'art. 35-*ter*[72], si perviene ad un assetto differenziato degli strumenti di tutela giurisdizionale, la legge distinguendo due ipotesi. Da un lato, quella in cui l'inosservanza da parte dell'amministrazione delle disposizioni previste dalla legge penitenziaria e dal relativo regolamento di esecuzione determini una lesione ad un diritto del detenuto oggetto di tutela costituzionale o convenzionale, lesione tuttavia non riconducibile all'ambito di applicazione dell'art. 3 CEDU o non tale da superare la soglia di quel *minimum de gravité* oltre la quale il trattamento penitenziario assume i caratteri della inumanità o della degradazione. Dall'altro, le situazioni in cui tale soglia sia superata, il pregiudizio di cui all'art. 69, comma 6, lett. b, o.p. consistendo in condizioni di detenzione contrarie al divieto posto dall'art. 3 CEDU. Nel primo caso, la competenza in materia risarcitoria rimane in capo al giudice civile. Nel secondo caso, invece, tale competenza è attribuita al magistrato di sorveglianza[73].

Tuttavia, non privo di fondamento appare quell'orientamento interpretativo secondo il quale, al di là del lessico impiegato dal legislatore, deve escludersi che l'art. 35-*ter* o.p. miri "a risarcire in senso tecnico il danno subito in concreto dal detenuto secondo le collaudate categorie civilistiche", puntando, piuttosto, a "corrispondergli un

---

[72] Nell'ambito dell'orientamento interpretativo che riconosce carattere risarcitorio al rimedio di cui all'art. 35-*ter* o.p., si registrano diverse posizioni per quanto riguarda la natura della responsabilità gravante sull'Amministrazione penitenziaria per la violazione dell'art. 3 CEDU. Secondo alcuni, si tratterebbe della responsabilità extracontrattuale di cui all'art. 2043 c.c. (o, per alcuni, *ex* art. 2051 c.c.). Secondo altri, invece, si tratterebbe di responsabilità contrattuale da "contatto sociale qualificato". A seconda dell'impostazione prescelta, muta la disciplina del termine di prescrizione dell'azione (quinquennale, nel caso di responsabilità aquiliana; decennale, nel caso di responsabilità per l'inadempimento dell'obbligazione "da contatto sociale"). Sui diversi orientamenti interpretativi relativi alla natura della responsabilità dell'Amministrazione penitenziaria, cfr., da ultimo, L. DEGL'INNOCENTI-F. FALDI, *op. cit*., pp. 76 ss., i quali, inoltre, esaminano i due orientamenti emersi in dottrina e in giurisprudenza in ordine alla rilevanza da attribuire al requisito dell'attualità del pregiudizio, al fine di pervenire ad un pronuncia di condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno derivante da condizioni di detenzione contrarie all'art. 3 CEDU (ivi, pp. 81 ss.). In proposito, deve rilevarsi che dall'orientamento per il quale è necessario il requisito dell'attualità discende un ridimensionamento dell'ambito di operatività del rimedio di cui all'art. 35-*ter* o.p., dal momento che l'azione diretta ad ottenere il risarcimento, in caso di pregiudizio non più attuale, deve essere proposta davanti al giudice civile.

[73] Il magistrato di sorveglianza, ove accerti la sussistenza di condizioni detentive inumane e degradanti, protrattesi per un periodo non inferiore ai quindici giorni, dispone, a titolo di risarcimento del danno patito dal condannato, "una riduzione della pena detentiva ancora da espiare pari, nella durata, a un giorno per ogni dieci durante il quale il richiedente a subito il pregiudizio" (art. 35-*ter*, comma 1, o.p.). Tuttavia, quando il periodo di pena ancora da espiare sia tale da non consentire, per intero, la predetta detrazione, il magistrato di sorveglianza, in relazione al residuo periodo, liquida al richiedente, a titolo di risarcimento del danno, una somma di denaro pari ad otto euro per ciascuna giornata nella quale questi ha subito il pregiudizio. Il magistrato provvede allo stesso modo, quando le condizioni di detenzione non conformi all'art. 3 CEDU si siano protratte per un lasso di tempo inferiore ai quindici giorni (art. 35-*ter*, comma 2, o.p.), ovvero quando a subire le predette condizioni di detenzione sia stato un condannato alla pena dell'ergastolo (v. Corte cost., sent. 14 giugno 2016, n. 204).
Ancorché la legge non lo preveda in modo espresso, la procedura da attivare, in seguito all'istanza di "risarcimento del danno presentata" dal detenuto (personalmente, ovvero tramite difensore munito di procura speciale), è sempre quella regolata dall'art. 35-*bis* o.p. Il procedimento per reclamo, dunque, è strumento che si configura sia come rimedio preventivo a carattere generale, sia quale rimedio specifico per il ristoro di una ben determinata categoria di danno sofferto dalla persona *in vinculis*.

indennizzo forfettario per il solo fatto di essere stato assoggettato ad una detenzione degradante"[74]. In questa prospettiva, pertanto, il detenuto – indipendentemente dalla circostanza di avere ottenuto il ristoro ai sensi dell'art. 35-*ter* – deve poter sempre esercitare una ordinaria azione risarcitoria "davanti al giudice civile per ottenere l'integrale risarcimento dei danni" derivanti da condizioni detentive contrarie all'art. 3 CEDU[75]. In tal modo, alcun dubbio di legittimità costituzionale potrebbe investire il rimedio compensativo regolato nell'art. 35-*ter* o.p. (in particolare, per ciò che concerne il *vulnus* ai principi dell'integralità e della personalizzazione del risarcimento del danno alla persona), giacché tale disposizione non determinerebbe alcuna frammentazione della disciplina dei rimedi giurisdizionali di carattere risarcitorio e non introdurrebbe eccezione alcuna al principio generale per cui il giudice naturale in materia risarcitoria è il giudice civile[76].

---

[74] In questi termini, G. GIOSTRA, *Commento all'art. 35*-ter, in DELLA CASA-GIOSTRA, cit., p. 417.

[75] *Ibid*. *Contra*, tra gli altri, C. MASIERI, *La natura dei rimedi di cui all'art. 35-*ter *Ord. Pen. Possibili interpretazioni nel dialogo con lacune recenti decisioni di merito*, in *questa Rivista*, 22 luglio 2015, p. 9), per il quale il legislatore ha regolato, nell'art. 35-*ter*, comma 1, o.p., un rimedio di natura risarcitoria, introducendo, al contempo, una nuova forma non pecuniaria volta a riparare il danno. Altra parte della dottrina, tuttavia, sembra conciliare questi due opposti orientamenti. Infatti, pur riconoscendosi che l'art. 35-*ter* o.p. ha introdotto una nuova e speciale forma risarcitoria ed ha configurato un nuovo tipo di danno, si ritiene che, in forza dei principi dell'integralità e della personalizzazione del danno, tale strumento speciale di tutela sia non alternativo, bensì potenzialmente cumulabile con quello ordinario, "al fine di ottenere il riconoscimento di un maggior danno, oltre a quello fissato nei rigidi parametri di cui all'art. 35-*ter* o.p." (v. S. CIUFFOLETTI-R. MARIOTTI, *Integralità e personalizzazione del danno da detenzione inumana*, in *Questionegiustizia* (Rivista web), 1 luglio 2015).

[76] Se, per effetto di interventi di coercizione non conformi al diritto, la persona *in vinculis* subisca una lesione della propria integrità psico-fisica o della propria (residua) libertà personale, ovvero una lesione della propria libertà morale, oltre alla tutela risarcitoria e a quella ripristinatoria, può essere invocata l'ordinaria tutela penalistica. Si pensi, ad esempio, alle condotte consistenti in un uso sproporzionato della forza fisica o delle armi o degli strumenti di coercizione fisica; condotte che – eccedendo i limiti stabiliti dalla legge – possono integrare gli elementi costitutivi dei delitti di lesioni personali (artt. 582, 583 e 590 c.p.) o di omicidio (artt. 575, 584 e 589 c.p.). Oppure, si pensi ad una condotta che si risolva nell'impiego di modalità di perquisizione corporale sproporzionatamente invasive della sfera personale del detenuto; condotta che può integrare gli estremi del reato di perquisizione personale arbitraria *ex* art. 609 c.p. E si pensi, infine, all'impiego di misure sproporzionatamente limitative della "residua" libertà personale del detenuto e alla possibilità che si configuri il reato di abuso di autorità contro arrestati o detenuti *ex* art. 608 del codice penale (cfr. Cass. pen., sez. V, sent. n. 37088, 10 settembre 2013, secondo la quale "il tipo descrittivo che informa l'art. 608 c.p. si riferisce alla lesione del residuo spazio di libertà spettante al detenuto", rimanendovi estranea la previsione di comportamenti inumani e degradanti, "dai quali derivi la menomazione della dignità della persona", sicché, l'eventuale lesione di quest'ultimo bene giuridico può ritenersi compresa nella diversa fattispecie disciplinata dall'art. 323 c.p., "stante l'ampia dizione ("danno ingiusto"), la cui causazione è punita dalla norma nel concorso delle restanti circostanze"; in ordine, invece, alla possibilità che, anche in ambiente carcerario, si possano manifestare le condotte integranti gli elementi costitutivi del reato previsto e punito dall'art. 572 c.p., v. Cass. pen., sez. VI, sent. n. 30780, 21 maggio-27 luglio 2012, in *Riv. pen*., 2012, pp. 1226-1227; mentre, circa la possibilità che gli agenti di polizia penitenziaria siano soggetti attivi del reato di abuso dei mezzi di correzione o di disciplina *ex* art. 571 c.p., cfr., nella giurisprudenza di merito, Trib. Trento, sent. n. 444, 6-29 maggio 2013, in *Guida dir*., 2013, 33, p. 78; pur tuttavia, in ordine all'inadeguatezza della normativa penale nazionale a sanzionare le condotte contrarie all'art. 3 CEDU, normativa che non garantisce una tutela efficace del detenuto a fronte delle diverse forme di tortura a carattere psicologico o lesive dell'integrità fisica, ovvero a fronte di

5. Conclusioni.

Il principio di proporzionalità consente di guardare al sistema di tutela dei diritti delle persone detenute sotto la precipua prospettiva dell'incisività del sindacato giurisdizionale sull'attività dell'Amministrazione penitenziaria. Sotto questo profilo, infatti, è emerso come il controllo giudiziale sui limiti legali dell'azione dell'autorità pubblica vada oltre la mera verifica della conformità del potere esercitato con le specifiche norme poste dal legislatore. Tale sindacato, infatti, si estende anche alla verifica del rispetto dei limiti che discendono da tutti quei principi giuridici che devono orientare l'attività amministrativa nei casi concreti. Tra questi principi, quello di proporzionalità assurge a principale strumento di moderazione e di controllo del potere pubblico, poiché chiamato ad evitare l'arbitrio nelle scelte dell'autorità e ad assicurare, nello specifico caso concreto, la miglior tutela delle posizioni soggettive di vantaggio riconosciute al detenuto. In altri termini, il principio di cui trattasi, combinandosi con le diverse disposizioni di legge, circoscrive l'azione dell'Amministrazione penitenziaria e la orienta al perseguimento – nel migliore dei modi – del fine imposto dal legislatore. Ciò vuol dire che l'autorità pubblica rispetta il principio di "legalità sostanziale", quando conforma la propria azione alla specifica disciplina legislativa della fattispecie e ai principi "regolanti l'esercizio del potere amministrativo"[77].

Il giudice, nel raffrontare l'esercizio del potere pubblico con il canone della proporzionalità, deve adottare le medesime categorie che sono state utilizzate dall'autorità agente (o che questa avrebbe dovuto impiegare). Il controllo di proporzionalità sull'attività amministrativa, pertanto, deve procedere lungo l'itinerario tracciato dai parametri di giudizio dell'idoneità, della necessarietà, dell'adeguatezza tecnica e della proporzionalità *stricto sensu*. Questi diversi gradi di scrutinio, infatti, consentono di accertare se la specifica finalità pubblica, imposta dalla legge attributiva del potere, sia stata perseguita dall'amministrazione attraverso l'adozione di un mezzo tecnicamente efficace, che non abbia determinato una eccessiva e ingiustificata compressione dei diritti del detenuto.

---

trattamenti inumani e degradanti, cfr., tra gli altri, A. COLELLA, *La repressione penale della tortura: riflessioni de iure condendo*, in *questa Rivista*, 22 luglio 2014, pp. 7-9).

È ovvio, poi, che, in sede di cognizione dei reati commessi dal personale delle istituzioni penitenziarie, il giudice penale procede anche ad un controllo giurisdizionale indiretto sulla legittimità degli atti posti in essere, al fine di stabilire se siano stati travalicati i limiti fattuali della scriminante discendente dall'adempimento del dovere o dall'uso legittimo delle armi (artt. 51, 53 e 55 c.p.). Anche in tal caso, dunque, il parametro di giudizio della proporzionalità deve orientare la decisione del giudice circa la conformità al diritto dell'azione dell'autorità pubblica.

[77] Cfr. S. COGNETTI, *Profili Sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993, p. 288, 296; G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Milano, 2008, p. 201; F. SAITTA, *Il potere cautelare della pubblica amministrazione. Tra principio di tipicità ed esigenze di tempestività dell'azione amministrativa*, Torino, 2003, pp. 78-83; G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993, p. 246.

In definitiva, la proporzionalità si esprime attraverso criteri tecnici che consentono di procedere ad un incisivo controllo giurisdizionale sull'esercizio del potere amministrativo. Sindacato pieno, dunque, che non incontra limiti particolari né sotto il profilo dei poteri istruttori, né sotto quello dei poteri di cognizione conferiti al giudice. Il costante arretramento della categoria del "merito", infatti, comporta l'inarrestabile ridimensionamento dell'area delle scelte amministrative che, in quanto guidate dal criterio della mera "opportunità", sono insindacabili. Tale restringimento dei confini delle questioni di 'merito' è dovuto al continuo espandersi del concetto di legalità e, in particolare, proprio al persistente affermarsi di quei principi generali (tra i quali, per l'appunto, quello di proporzionalità) che si risolvono in precise regole di comportamento pur sempre riconducibili nell'alveo della legge, "in quanto estrinsecazione o proiezione di precetti fondamentali in essa contenuti"[78].

[78] In questi termini, S. PIRAINO, *La funzione amministrativa fra discrezionalità e arbitrio*, Milano, 1990, p. 203.

1/2017

POSTILLA AD UNO SCRITTO IN TEMA DI *NE BIS IN IDEM*

di Novella Galantini

In uno scritto sul rapporto tra 'fatto' e ne bis in idem[1] sottolineavo, alla luce della pendenza di questioni di legittimità costituzionale e di pregiudizialità eurounitaria, che il quadro interpretativo si potesse prestare ad un nuovo approccio tale da ampliare l'operatività del divieto sia sul versante penale-amministrativo, che in relazione alla individuazione dei criteri da applicare in caso di concorso formale, presumendo che il parametro fondante fosse l'identità del fatto così come delineato dalle pronunce delle Corti europee.

Le aspettative non hanno trovato piena conferma o, quanto meno, le risposte giurisprudenziali non si sono rivelate determinanti nell'immediato. Per quanto concerne il primo aspetto del rapporto tra reato e illecito amministrativo, gli esiti dei giudizi di costituzionalità sono sostanzialmente interlocutori[2]. Pur essendo stati individuati alcuni profili innovativi quanto meno in una delle pronunce[3], appare evidente che la Corte non ha offerto la soluzione al problema del doppio binario sanzionatorio, optando per la via del *non liquet* o della restituzione degli atti al giudice *a quo* per un nuovo esame della rilevanza e della non manifesta infondatezza delle questioni alla luce delle modifiche intervenute con la riforma tributaria del 2015 (d.lgs. n. 158/2015)[4].

I quesiti non soddisfatti in sede di giudizio di costituzionalità non si sono sopiti come risulta dalla ordinanza del tribunale di Monza relativa alla questione di legittimità dell'art. 649 c.p.p.[5]. Inoltre, la Sezione tributaria della cassazione, a fronte

---

[1] N. GALANTINI, *Il 'fatto' nella prospettiva del divieto di secondo giudizio,* in *Riv. it.dir.proc. pen.,*2015, p. 1205.

[2] Corte cost. 12 maggio 2016 n. 102 ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità dell'art. 187 *bis* comma 1 d.lgs. n. 58/1998 e dell'art. 649 c.p.p. sollevate dalla Corte di cassazione, Sezione quinta, e la questione di legittimità dell'art. 187 *ter* comma 1 del. d.lgs. n. 58/1998, sollevata dalla Sezione tributaria della Corte di cassazione.

[3] M. BONTEMPELLI, Ne bis in idem *e legalità penale nel processo per gli abusi di mercato,* in *Arch. pen.*, n. 2, 2016 e F. VIGANÒ, Ne bis in idem *e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni*, in *questa Rivista*, 16 maggio 2016.

[4] Corte cost. 20 maggio 2016 n. 112 sulla questione di legittimità dell'art. 649 c.p.p. in relazione all'art. 10 *ter* d.lgs. n.74/2000, promossa dal Tribunale di Bologna. V., inoltre, Corte cost. 8 settembre 2016 n. 209 e Corte cost. 24 ottobre 2016 n. 229 nei giudizi di costituzionalità promossi dal Tribunale di Treviso in ordine, rispettivamente, all'art. 10 *ter* e all'art. 10 *bis* d.lgs. 74/2000.

[5] Trib. Monza, ord. 30 giugno 2016 che ha sollevato la questione di legittimità dell'art. 649 c.p.p. nel procedimento per il reato *ex* art. 5 d.lgs. n. 74/2000 a fronte della applicazione in via definitiva delle sanzioni amministrative per gli illeciti tributari di cui all'art. 1 d.lgs. n. 471/1997 (in *questa Rivista*, 5 dicembre 2016, con nota di S. CONFALONIERI, Ne bis in idem *e reati tributari: il Tribunale di Monza solleva*

della menzionata declaratoria di inammissibilità della questione prospettata[6], ha sollevato questione pregiudiziale *ex* art. 267 TFUE in ordine alla ammissibilità di un secondo giudizio amministrativo successivo al giudizio penale per condotta illecita di manipolazione del mercato (art. 187 ter Tuf) e alla applicabilità diretta dell'art. 50 CDFUE[7]. Il che manifesta la fisiologica necessità, da parte dei giudici, di sollecitare l'indicazione di indirizzi di comportamento anche a fronte di un approccio non sempre lineare della giurisprudenza europea. Da un lato, infatti, la Corte Edu si è di recente pronunciata per la insussistenza della violazione nel caso *Rivard*[8] e nel caso *A. e B.*[9]; dall'altro, la Corte di giustizia tarda a fornire risposte sulle questioni pregiudiziali pendenti relative all'art. 10 *ter* d.lgs. 74/2000[10], manifestando l'emergere di linee interpretative non condivise, espresse dalle Conclusioni dell'Avvocato Generale nei casi Orsi e Baldetti, e dallo stralcio disposto per il caso Menci[11].

Al di là di alcuni spunti innovativi sul piano legislativo[12], le incertezze dunque si riflettono sul piano giurisprudenziale interno dove l'autonomia interpretativa viene talvolta censurata[13] o dove la valenza della preclusione non viene adeguatamente recepita[14]. Senza considerare che la questione della incerta decisività del concetto di *matière pénale* si può riflettere anche sul piano transnazionale a fronte del rischio di

---

eccezione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. Quale possibile destino della questione pendente, dopo la pronuncia A e B. c. Norvegia?).

[6] V., *supra*, *nota* 2.

[7] Cass. Sez. Trib. 13 ottobre 2016 n. 20675.

[8] *Cour européenne, Troisième Section, Affaire Rivard c. Suisse, (R. n. 21563/12),* Strasburgo, 4 ottobre 2016, in cui si esclude la sussistenza del *ne bis in idem* in un caso di violazioni di norme sulla circolazione stradale accertate in procedimenti diversi strettamente collegati anche sul piano temporale.

[9] *Cour européenne, Grande Chambre, Affaire A. et B. c. Norvège (R.n. 24130/11 et n. 29758/11),* Strasburgo, 15 novembre 2016, secondo cui non viola il *ne bis in idem* convenzionale la celebrazione di un processo penale, e l'irrogazione della relativa sanzione, nei confronti di chi sia già stato sanzionato in via definitiva dall'amministrazione tributaria con una sovrattassa (nella specie pari al 30% dell'imposta evasa), purché sussista tra i due procedimenti una "connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta".

[10] Trib. Bergamo 16 settembre 2015, Menci (C-524/15); Tribunale S. Maria Capua Vetere, Orsi (C-217/15) e Baldetti (C-350/15).

[11] V. Conclusioni Avvocato Generale M. Campos Sanchez-Bordona, 12.1.2017, in *www.curia.europa.eu/iuris/document*. Il procedimento C-524/15, Menci, cit., originariamente riunito ai precedenti, è stato separato in relazione alla pronuncia della Corte Edu nel procedimento A. e B. (*ivi*).

[12] L. 12 agosto 2016 n. 170 di delega al Governo per il recepimento di direttive europee e degli altri atti dell'Unione (legge di delegazione europea 2015, art. 15 comma 1 lett. *h* in ordine all'obiettivo del rispetto del *ne bis in idem* sostanziale attraverso la comminatoria se pure congiunta di sanzioni amministrative e penali, purché le prime non siano di afflittività tale da essere assimilabili a sanzioni penali.

[13] Cass. Sez. 3, 22 giugno 2016 n. 25815 ha annullato la sentenza del Tribunale di Asti che aveva applicato l'art. 649 c.p.p. in relazione ad un fatto di omessa presentazione della dichiarazione dei redditi a fine di evasione Iva per il quale erano già state irrogate sanzioni amministrative in sede tributaria. V., inoltre, per altri profili, Cass. civ. 28 settembre 2016 n. 19219 che ha escluso il *ne bis in idem* in ordine alla avvenuta applicazione di sanzioni a Bnl da parte di Bankitalia per carenze nei controlli in tema di normativa antiriciclaggio.

[14] Cass. Sez. 3, 20 luglio 2015 n. 31378; Cass. Sez. 3, 30 ottobre 2015 n. 43809, rv. 265118; Cass. Sez. 3, 6 luglio 2016 n. 27814.

applicazioni differenziate tra *ne bis in idem* interno ed europeo[15] e in relazione alla responsabilità amministrativa delle società alla luce dell'art. 4 d.lgs. 231/2001 riguardante la configurabilità della incolpazione dell'ente per reati commessi all'estero[16].

Il dato che sembra comunque emergere è paradossalmente la minore attenzione verso il concetto di identità del fatto, oscurato dalle riflessioni comparative sulla consistenza sanzionatoria delle previsioni in ambito penale e amministrativo. Così da potersi ribadire quanto già si era già osservato nello scritto menzionato in esordio, circa il prevalere dei profili sostanziali del divieto rispetto al suo nucleo strettamente processuale.

Un approccio più attento e costante al profilo dell'*idem factum* è presente nella giurisprudenza della Corte Edu che tuttavia, sul piano interpretativo, ha manifestato atteggiamenti non sempre coerenti, rilevati dalla stessa Corte costituzionale nella pronuncia che ha dichiarato la illegittimità dell'art. 649 c.p.p., sulla questione sollevata dal Giudice di Torino in punto di applicabilità del divieto al concorso formale[17]. In un percorso argomentativo estremamente articolato, la Corte è pervenuta alla declaratoria di incostituzionalità della disposizione "nella parte in cui esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale"[18] Il dispositivo sottende una serie di motivazioni dalle quali emerge come la declaratoria di illegittimità assuma una configurazione peculiare, così da rappresentarsi come una pronuncia interpretativa che accoglie il *petitum* nella misura in cui ne modifica l'assunto che lo sostiene. Da un lato si afferma infatti che la tesi del rimettente è errata là dove ritiene che l'identità del fatto secondo la giurisprudenza di Strasburgo è valorizzata dalla sola condotta. Dall'altro viene comunque ritenuto sussistente "il contrasto denunciato dal rimettente tra l'art. 649 c.p.p., nella parte in cui esclude la medesimezza del fatto per la sola circostanza che ricorre un concorso formale di reati tra res iudicata e *res iudicanda*, e l'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Cedu, che vieta di procedere nuovamente quando il fatto storico è il medesimo". Secondo la Corte, premesso che l'identità non va individuata nel profilo giuridico, ma storico e fattuale, la questione può essere in sostanza accolta a condizione che si rapporti il concetto di identità al raccordo tra condotta, evento e nesso causale, così da poter includere nella dimensione identitaria anche l'oggetto sul quale cade la

---

[15] Sul punto v. RECCHIA, *Il ne bis transnazionale nelle fonti eurounitarie. Questioni risolte e nodi problematici alla luce delle recenti sentenze della Corte di Giustizia UE*, in *Riv. it. dir. proc. pen*. 2015, p. 26, per le considerazioni sul punto derivanti dalle motivazioni del caso Spasic (Corte Giustizia UE, 27 maggio 2014 - C-129/14, *Zoran Spasic*).

[16] Cass. Sez. 6, 12 febbraio 2016 n. 11442, rv 266360, in ordine alla rinnovazione del processo per il perseguimento degli illeciti previsti dal d.lgs.231/2001.

[17] Trib. Torino, Ord. Gup 24.7.2015.

[18] Corte cost. 31 maggio 2016 n. 200, su cui S. ZIRULIA, Ne bis in idem: *la Consulta dichiara l'illegittimità dell'art. 649 c.p.p. nell'interpretazione datane dal diritto vivente italiano (ma il processo Eternit bis prosegue)*, in *questa Rivista*, 24 luglio 2016. V., inoltre, B. LAVARINI, *Il 'fatto' ai fini del ne bis in idem tra legge italiana e Cedu: la Corte costituzionale alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Proc. pen. e giust.*, 2017, n.1.

condotta. Da qui il conseguente epilogo sul fronte del concorso formale che può oppure no sottostare alla operatività del divieto a seconda che l'identità dei fatti cui sono correlati i reati uniti dal vincolo si fondi sulla sussistenza dei tre dati. Si stabilisce quindi che "per effetto della presente pronuncia di illegittimità costituzionale…l'autorità giudiziaria (e quindi lo stesso giudice *a quo*) sarà tenuta a porre a raffronto il fatto storico, secondo la conformazione identitaria che esso abbia acquisito all'esito del processo concluso con una pronuncia definitiva, con il fatto storico posto dal pubblico ministero a base della nuova imputazione". Il caso è dunque tornato *sub iudice*, con l'esito di una pronuncia sostanzialmente in linea con i principi fissati[19].

Alla luce delle motivazioni della Consulta può dirsi che la sentenza, sul piano dei criteri individuativi dell'*idem*, manifesta l'intento di armonizzare l'approccio europeo a quello interno, ravvisandone la vicinanza nella giurisprudenza nazionale segnata dalle Sezioni Unite[20] in punto di superamento di quell'*idem legale* censurato dal giudice rimettente. Il che non sembra avvenire peraltro a seguito di un deciso ancoraggio al richiamo europeo al quale la Corte manifesta di non volersi subordinare, ma di cui segnala la relatività e la non continuità dell'approccio. Nel richiamo alla sentenza n. 49 del 2015[21] si legge la volontà di manifestare l'autonomia di giudizio e di interpretazione, rimarcando tra l'altro come "il difetto di una giurisprudenza europea univoca, tale da superare la sporadicità di decisioni casistiche orientate da fattori del tutto peculiari della fattispecie concreta libera l'interprete dall'obbligo di porre alla base della decisione un contenuto della normativa interposta ulteriore, rilievo al rilievo storico-naturalistico del fatto". Sembra quasi che la discontinuità della tutela convenzionale al *ne bis in idem*, così da sottoporlo a "condizionamenti tali da renderlo recessivo rispetto a esigenze contrarie di carattere sostanziale", abbia in qualche modo fuorviato il giudice rimettente quando ha rilevato l'identità convenzionale del fatto nella sola condotta anziché nella triade condotta-nesso causale-evento o nella contiguità temporale e spaziale dei fatti. Così che ora la Corte si sente tenuta a ricostruire in modo 'obiettivo' le basi del principio, non essendo obbligata a consentirne l'applicazione in termini di favore o di svantaggio favorendone la recessività a esigenze di giustizia sostanziale, anche contrapposte, secondo quanto emerge dalla giurisprudenza europea che ha trattato la garanzia in termini che non possono riconoscersi in termini di assolutezza. Ed è in questo alternare la valenza del divieto tra strumento a fini di giustizia e garanzia elevata a "principio immanente", connaturato al giusto processo, che la sentenza cerca una dimensione equilibrata del *ne*

---

[19] Trib. Torino, sent. Gup 29 novembre 2016, su cui *Eternit bis: la decisione del Giudice dell'udienza preliminare, tra precedenti giurisprudenziali e criticità operative,* in *Giurisprudenza Penale,* 16 dicembre 2016. La sentenza è stata oggetto di ricorso per cassazione della Procura e della Procura generale di Torino (in www.agi.it, 12 gennaio 2017).

[20] Sez. Un. 28 giugno 2005 n. 34655, rv. 231800.

[21] Corte cost. 26 marzo 2015 n. 49, nella quale si sottolinea come il recepimento della interpretazione convenzionale può avvenire solo sulla base di orientamenti consolidati. A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2015, 325 ss.

bis in idem, idonea a bilanciare in giusta misura gli "obblighi di tutela penale" con la protezione del diritto individuale. Il che fornisce il supporto per dichiarare la illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. là dove esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza della esistenza del concorso formale, sottintendendo dunque che quest'ultimo non deve significare necessariamente diversità del fatto. Deve essere dunque il giudice a individuare l'identità a fronte del riscontro della coincidenza della "triade condotta-nesso causale-evento naturalistico...assunti in una dimensione empirica", senza che ad imporre un condizionamento sia la sola esistenza di un concorso formale di reati.

La Corte afferma dunque che se del concorso formale non può essere negata la natura di istituto di diritto sostanziale, così da reputarsi legittima la sua applicazione sul piano sanzionatorio nel *simultaneus processus*, non altrettanto può dirsi per la dimensione che esso può assumere sul piano processuale. Preso dunque atto che "il diritto vivente ha saldato" i due profili "esonerando il giudice dall'indagare sulla identità empirica del fatto", la sentenza impone ora a quest'ultimo il criterio identitario del fatto storico-naturalistico per decidere se opera oppure no la preclusione. Alla stregua di questo canone, la Corte fa salva la sua giurisprudenza precedente in tema di concorso formale che consentiva, *ex* art. 90 c.p.p. 1930, la duplicazione dei procedimenti a fronte di un'unica azione produttiva di eventi plurimi e diversi. E secondo questa logica viene ad essere interpretato l'art. 671 c.p.p. che "presuppone normativamente che siano date occasioni in cui la formazione del primo giudicato non preclude il perseguimento in separato processo del reato concorrente con il primo". La sentenza non fa peraltro cenno all'art. 669 c.p.p. nella parte in cui, come già si era sottolineato nel precedente scritto, stabilisce che in caso di pluralità di sentenze per il medesimo fatto contro la stessa persona (comma 6), va eseguita la sentenza più favorevole, estendendo "le stesse disposizioni" al concorso formale. Se non dovesse integrarsi il caso di più fatti materiali ricondotti allo stesso *nomen iuris*, ma ulteriori rispetto a quello oggetto del primo giudicato – caso al quale la giurisprudenza riconduce la inoperatività del divieto[22] – si dovrebbe ritenere che anche in sede esecutiva il criterio della identità del fatto storico possa sortire non tanto la rideterminazione della pena, quanto l'esecuzione della sentenza di condanna meno grave.

Si può dunque concludere questa breve nota rilevando come la Consulta abbia cercato un equilibrio nel rispondere al delicato quesito che le era posto. Se non è stata fornita una soluzione decisiva al caso concreto, si è però fissato il criterio cui rapportare l'*idem factum*. Potrà forse riaprirsi la possibilità di un riflesso negativo proprio sul tema del rapporto tra giudizio penale e amministrativo visto che è chiaramente affermato come la natura di istituto di diritto sostanziale del concorso formale consenta la ammissibilità di duplice sanzione resa in un contesto processuale unitario. Il che può peraltro non porsi in contrasto con la preclusione di fonte convenzionale e *lato sensu*

[22] V., recentemente, Cass. Sez 1, 13 maggio 2016 n. 20015, rv. 267278.

europea, non insensibile al profilo della stretta connessione tra giudizi[23] e, d'altro lato, all'aspetto della pena concretamente irrogata o da infliggersi[24]. Rimane comunque il dubbio che la storia del *ne bis in idem* forse non finisca qui[25].

[23] Sul punto, *Grande Chambre, Affaire A. et B.*, cit. Per i riflessi della pronuncia, Trib. Milano, Sez. 1, ord. 6 dicembre 2016, che ha ritenuto insussistente la preclusione nel procedimento penale per il reato *ex* art. 185 Tuf in caso di avvenuta condanna a sanzione amministrativa pecuniaria (*ex* art. 187 *ter* comma 3 Tuf) e a sanzione accessoria *ex* art. 187 *quater* comma 1 Tuf. Per il commento, E. FUSCO, *La tutela del mercato finanziario tra normativa comunitaria, ne bis in idem e legislazione interna*, in *questa Rivista*, 23 dicembre 2016.

[24] Circa la necessità che l'operatività del *ne bis in idem* in ambito Schengen sia subordinata alla effettiva esecuzione della pena per evitare l'impunità, Corte Giustizia UE, *Zoran Spasic*, cit.

[25] Al riguardo è illuminante la *dissenting opinion* espressa dal giudice Pinto de Albuquerque nel caso *A. et B. c. Norvège*, cit. Per altro verso, v. le Conclusioni dell'Avvocato Generale nei procedimenti pendenti davanti alla Corte di giustizia (C-217/15, Orsi e C-350/15 Baldetti, cit.) sulla insussistenza del divieto e la inapplicabilità dell'art. 50 CDFUE nel caso di omesso versamento Iva contestato a soggetti diversi (società commerciale e rappresentante legale) (Conclusioni Avvocato Generale M. Campos Sanchez-Bordona, 12.1.2017, cit.).

1/2017

LE SEZIONI UNITE DELLA CASSAZIONE SULLE SORTI DELLE STATUIZIONI CIVILI NEL GIUDIZIO DI IMPUGNAZIONE A SEGUITO DELLA DEPENALIZZAZIONE OPERATA CON I DECRETI LEGISLATIVI N. 7 E N. 8 DEL 2016: UN PUNTO DI ARRIVO?

Nota a Cassazione penale, Sez. Un., sent. del 29 settembre 2016 (dep. 7 novembre 2016), n. 46688, Pres. G. Canzio, Rel. M. Vessichelli

di Serena Ucci

Abstract. *Con la sentenza in commento le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, risolvendo un contrasto giurisprudenziale sorto all'indomani dell'entrata in vigore dei decreti legislativi n. 7 e n. 8 del 2016 – circa la possibilità per il giudice dell'impugnazione di poter decidere sui soli capi civili della sentenza impugnata qualora il reato per cui si procede è tra quelli attinti dalla depenalizzazione –, hanno affermato che, in caso di sentenza di condanna relativa ad un reato successivamente abrogato e qualificato come illecito civile ai sensi del d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7, il giudice dell'impugnazione, nel dichiarare che il fatto non è più previsto dalla legge come reato, deve revocare anche i capi della sentenza che concernono gli interessi civili. Il presente contributo, dopo una breve analisi delle principali novità introdotte dagli interventi di depenalizzazione, mira ad individuare le ragioni sottese al sorto contrasto giurisprudenziale soffermandosi, in particolare, sulla recente pronuncia delle Sezioni Unite le cui motivazioni, lungi dall'essere esaustive, inducono a prospettare possibili profili di illegittimità costituzionale della normativa di riferimento.*

SOMMARIO: 1. La depenalizzazione ad opera dei Decreti Legislativi n. 7 e n. 8 del 2016: brevi cenni introduttivi. – 2. Sui profili di diritto intertemporale. – 3. Gli orientamenti contrastanti della giurisprudenza. – 3.1. Gli indirizzi della II Sezione della Cassazione. – 3.2. La posizione della V Sezione della Cassazione. – 4. La sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 46688/2016. – 5. Questione incidentale. – 6. Brevi, ma necessarie, considerazioni conclusive.

1. La depenalizzazione ad opera dei Decreti Legislativi n. 7 e n. 8 del 2016: brevi cenni introduttivi.

Come è noto, con i Decreti Legislativi n. 7 e n. 8 del 2016[1] (entrati in vigore il 6 febbraio 2016), il Governo ha esercitato la delega per la riforma del sistema sanzionatorio contenuta nell'art. 2 della l. n. 67 del 2014[2], riprendendo le proposte contenute nei lavori della commissione ministeriale presieduta dal Prof. Francesco Palazzo[3]. Con l'obiettivo di "decongestionare" il sistema sanzionatorio penale nel rispetto dei principi di frammentarietà, offensività e sussidiarietà della sanzione criminale, il Governo, da un lato, ha abrogato una serie di reati introducendo illeciti "puniti" con sanzioni pecuniarie civili (d.lgs. n. 7); dall'altro, ha depenalizzato una serie di fattispecie penali trasformandole in illeciti amministrativi (d.lgs. n. 8). La riforma, che si pone nella scia dei non frequenti interventi di depenalizzazione di portata generale[4], si contraddistingue perché realizza un vero e proprio arretramento del diritto penale a vantaggio del diritto amministrativo e – questa la principale novità – del diritto civile[5]. Come si legge nella Relazione ministeriale di accompagnamento ai suddetti decreti, con la riforma il legislatore delegato ha inteso perseguire uno scopo deflattivo del sistema penale, sostanziale e processuale, rispondendo a scelte di politica criminale da tempo sollecitate[6].

Con il d.lgs. n. 7/2016, il legislatore, attraverso una clausola di espressa abrogazione, ha depenalizzato alcuni reati trasformandoli in illeciti civili puniti (oltre che con la restituzione e il risarcimento del danno) con una sanzione pecuniaria civile che si affianca alle ordinarie sanzioni pecuniarie punitive previste per l'illecito penale e amministrativo. In particolare, i reati abrogati dall'art. 1 del d.lgs. n. 7/2016 sono: le falsità in scrittura privata e in fogli firmati in bianco (artt. 485 e 486 c.p.); l'ingiuria (art. 594 c.p.); la sottrazione di cose comuni (art. 627 c.p.); l'appropriazione di cose smarrite, del tesoro e di altre cose avute per errore o per caso fortuito (art. 647 c.p.). Conseguentemente, sempre ai fini di coordinamento, sono state riscritte altre norme del codice penale che facevano riferimento a tali delitti[7]. Per quanto riguarda i delitti contro il patrimonio, la delega non è stata esercitata in relazione ai reati di cui agli

---

[1] Pubblicati nella G.U. n. 17 del 22 gennaio 2016.

[2] Cfr. art. 2 della L.D. n. 67/2014, in G.U. n. 100 del 6 maggio 2014.

[3] Commissione istituita con D.M. 13 giugno 2013 dal Ministro della Giustizia Anna Maria Cancellieri.

[4] Gli ultimi interventi di depenalizzazione di portata generale risalgono alla L. n. 689/1981 e alla L. n. 205/1999.

[5] Cfr. S. SCAPIN, *La nuova depenalizzazione. Commento organico ai nuovi D.lgs. nn. 7 e 8 del 2016*, Vicalvi, 2016, p. 9.

[6] Con la riduzione dell'area del penalmente rilevante, si è inteso ovviare alla criticità generata dall'espansione ipertrofica del diritto penale che ha causato, da un lato, uno svilimento della serietà che occorrerebbe, invece, riconoscere alla pena; dall'altro, ha causato un disorientamento dei consociati dovuto all'eccesso di prescrizioni che ha acutizzato il problema della conoscibilità delle norme penali. Sia consentito rinviare, per un approfondimento, a S. UCCI, *La riscrittura del reato di danneggiamento alla luce del D.Lgs. n. 7 del 2016: prime applicazioni e profili di diritto intertemporale*, in *Nel Diritto,* n.7/2016, pp. 1011-1020.

[7] Sono stati riformulati l'art. 488 c.p. (altre falsità in foglio firmato in bianco), art. 489 c.p. (uso di atto falso), art. 490 c.p. (soppressione, distruzione e occultamento di atti veri). Si rinvia al d.lgs. n. 7/2016, art. 4, in GU Serie Generale n.17 del 22-1-2016.

articoli 631 (Usurpazione), 632 (Deviazione di acque e modificazioni dello stato dei luoghi) e 633, primo comma (Invasione di terreni o edifici), con riferimento ai quali, escluse le ipotesi di cui agli art. 639 *bis* c.p. (Casi di esclusione della perseguibilità a querela), era stata prevista l'abrogazione *tout court*: si legge nella relazione di accompagnamento al decreto, che si è ritenuto di non esercitare la delega, con riferimento ai reati suddetti, in quanto trattasi di fattispecie per cui lo strumento penale appare ancora indispensabile per la protezione del bene giuridico di riferimento.

Per quanto attiene al reato di danneggiamento (art. 635 c.p.), il legislatore, rispetto a quanto delegatogli[8], è intervenuto sulla norma procedendo ad un'opera di "riscrittura" quanto mai singolare[9]: ha abrogato la fattispecie base di danneggiamento di cui al comma 1 dell'art. 635 c.p. – che attualmente è confluito in un illecito civile sottoposto a sanzione pecuniaria civile – e, conseguentemente, ha convertito le ipotesi circostanziali, di cui ai commi 2 e 3, in corrispondenti fattispecie penali autonome[10].

Il legislatore ha trasformato i reati abrogati in illeciti civili e ne ha dato una puntuale tipizzazione nell'art. 4 del d.lgs. in commento[11]. All'art. 3 – che costituisce la norma fondante del nuovo sistema – è previsto che i suddetti illeciti, se commessi con dolo, obbligano il responsabile anche al pagamento della sanzione pecuniaria civile[12] stabilita dalla legge, oltre alle restituzioni e al risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale, irrogabile dal giudice nell'ambito di un'azione (quella di risarcimento del danno) che può e deve essere avviata solo dalla persona offesa danneggiata.

Sulla natura e funzione di questa nuova sanzione civile – che in questa sede non è possibile trattare ampiamente – se ne discute molto. Nella Relazione ministeriale si legge che la nuova sanzione pecuniaria civile ha una *funzione general–preventiva e compensativa a vocazione pubblicistica*. In realtà, non si può negare la natura sostanzialmente penale della sanzione in esame, che, storicamente, ha sempre

---

[8] Come si legge nella relazione ministeriale di accompagnamento al decreto legislativo n. 7 del 2016: «*...giacché l'art. 2, comma 3, lett. a), n. 5, della delega prevede l'abrogazione del (solo) primo comma dell'art. 635 c.p. (Danneggiamento), si è dovuto procedere alla riformulazione di tale disposizione, con la contestuale trasformazione delle ipotesi circostanziali, di cui al comma secondo di tale articolo, in corrispondenti fattispecie autonome (articolo 2, comma 1, lett. l)*». Cfr. Relazione ministeriale di accompagnamento al d.lgs. n. 7/2016, p. 3.

[9] In merito alla riscrittura del reato di danneggiamento sia consentito rinviare a S. Ucci, *La riscrittura del reato di danneggiamento alla luce del d.lgs. n. 7 del 2016, cit.*, p. 1016, ove si sottolinea che: «*Un siffatto inquadramento normativo si riverbera in modo decisivo su tutta una serie di profili. Innanzitutto sul ruolo e sui concetti di violenza e minaccia che in passato rilevavano come aggravanti della fattispecie base di danneggiamento, oggi, invece, nella nuova previsione normativa, sono elementi del fatto tipico. Di tal che, se il soggetto pone in essere le condotte, elencate nella prima parte del comma 1 dell'art. 635 c.p., con violenza e minaccia, il fatto sarà penalmente rilevante; in caso contrario, assumerà valore e qualificazione di illecito sottoposto a sanzione civile pecuniaria. Quindi la violenza e la minaccia divengono, oggi, elementi tipizzanti il fatto di reato di danneggiamento*».

[10] Allo stesso modo si è operato per quanto riguarda le fattispecie minori di danneggiamento di cui agli artt. 635-*bis*, 635-*ter*, 635-*quater* e 635-*quinquies* in cui il legislatore delegato ha sostituito le precedenti circostanze aggravanti con la seguente: «se *il fatto è commesso con violenza alla persona o con minaccia ovvero con abuso della qualità di operatore del sistema, la pena è aumentata*». Le modifiche apportate a suddetti articoli, risultano essere la diretta conseguenza della riscrittura della fattispecie base di danneggiamento

[11] Si rinvia per un approfondimento all'art. 4 del d.lgs. in commento.

[12] La sanzione pecuniaria civile si prescrive in cinque a norma dell'art. 2947 c.c.

rappresentato una delle fondamentali argomentazioni contrarie al riconoscimento delle sentenze civili che accordano i *punitive damages*, nel nostro come in altri ordinamenti di *civil law*[13], e da cui deriverebbero anche importanti conseguenze a livello di disciplina interna[14]. La natura sostanzialmente penale delle sanzioni pecuniarie civili, deriva anche dal fatto che l'art. 5 del d.lgs. n. 7 del 2016 fissa i criteri di commisurazione di tali sanzioni, che sembrano mutuati in gran parte dall'art. 133 c.p.[15] . Inoltre l'importo della sanzione non va a ristoro della persona offesa bensì è devoluta alla Cassa delle Ammende (art. 10) e, al pari della sanzione penale, non è trasmissibile agli eredi (art. 9). Di certo non si può negare che il d.lgs. in esame, prevedendo la sanzione civile pecuniaria come "pena" per gli illeciti civili nati a seguito di depenalizzazione, ha concretamente fatto nascere, nel nostro ordinamento, un "ibrido", ossia una categoria giuridica che va a collocarsi a metà strada tra civile e penale. Ed è impressionante come emergano, sul punto, di estrema attualità le parole di Bricola che, quasi trenta anni fa, nel prendere atto della *«sempre più vivace propensione alla depenalizzazione»*, manifestava il convincimento che *«in tale ottica l'esistenza di sanzioni civili più adeguate, etichettate o meno come "pene private", sembra auspicabile»*[16]. Ma quando Bricola parlava di "pene private", immaginava una figura di pena *«posta a tutela di interessi privati e destinata, a tradursi a beneficio del privato e non dell'erario (profilo, questo, che potrebbe assurgere a criterio distintivo nei confronti della sanzione pecuniaria penale e amministrativa); l'essere applicata, inoltre, tramite il filtro giudiziale e su iniziativa della parte danneggiata (...); ed infine, l'essere la pena privata (...) contrassegnata dal fine preventivo ed afflittivo, in forma esclusiva o prevalente, e non da una finalità meramente riparatoria»*[17]. Tutte caratteristiche, queste, che mancano all'attuale sanzione pecuniaria civile che rappresenta, invece, un

---

[13] Cfr. per l'ordinamento Tedesco, Bundesgerichtshof, 04 giugno 1992, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes* in *Zivilsachen [BGHZ]* 118, p. 312. Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, la Corte di Cassazione ha sempre escluso la delibazione di sentenze straniere che irrogavano al convenuto *punitive damages*. Cfr. per tutti Cass. civ., sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1183, in Foro it., 2007, I, p. 1460-1465 con nota di G. PONZELLI; Cass. civ., 08 febbraio 2012, n. 1781, in *Corr. giur.*, 2012, 8-9, p. 1070-1074 con nota di P. PARDOLESI. Solo di recente e circa un anno prima dell'entrata in vigore dei d.lgs. in commento, la figura dei *punitive demages* è stata ampiamente indagata da Cass. civ, sez. I, 15 aprile 2015, n. 7613. Da ultimo la Cass. Civ., sez. I, con ordinanza del 16 maggio 2016, n. 9978, ha rimesso alle S.U. la questione della riconoscibilità o meno nel nostro ordinamento (per contrasto con l'ordine pubblico) delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi.

[14] Cfr. F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1, p. 1720-1721.

[15] I criteri di commisurazione indicati all'art. 5 del d.lgs. n. 7/2016 sono: *a)* gravità della violazione; *b)* reiterazione dell'illecito; *c)* arricchimento del soggetto responsabile; *d)* opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze dell'illecito; *e)* personalità dell'agente; *f)* condizioni economiche dell'agente.

[16] Cfr. F. BRICOLA, *La riscoperta delle «pene private» nell'ottica del penalista,* in *Il Foro Italiano,* 1985, vol. 108, n. 1. Osservava in particolare l'Autore che, *«sul terreno dei diritti della personalità, la tutela sanzionatoria civile, rafforzata secondo le tendenze "punitive emergenti", potrebbe intervenire [...] addirittura con un ruolo esclusivo laddove la tecnica della tipizzazione [...] del diritto penale finisce per lasciare scoperte zone che reclamano protezione»*.

[17] Cfr. F. BRICOLA, *La riscoperta delle «pene private» nell'ottica del penalista,* cit.

beneficio per lo Stato – essendo devoluta alla Cassa delle ammende –[18], non viene applicata su iniziativa di parte, bensì *ex officio* dal giudice civile (art. 8), ed ha, per espressa scelta del legislatore delegato, una finalità ultra-compensativa[19].

Di particolare rilievo, per la prassi, è la previsione dettata in materia di diritto intertemporale dall'art. 12: si prevede, in deroga al principio generale di irretroattività *ex* art. 11 disp. prel. c.c., che le sanzioni pecuniarie civili si applicano anche per i fatti commessi anteriormente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 7/2016, «*salvo che il procedimento penale sia stato definito con sentenza o con decreto divenuti irrevocabili*». Sempre l'art. 12 disciplina, al secondo comma, l'ipotesi in cui, invece, prima dell'entrata in vigore della riforma, si sia già formato il giudicato penale di condanna in relazione ai reati abrogati (si pensi al danneggiamento): in questo caso, il giudice dell'esecuzione dovrà revocare la sentenza o il decreto penale di condanna, e procedure ai sensi dell'art. 667, comma 4, c.p.p.

Del tutto assente è una norma che disciplina la sorte delle statuizioni civili nel giudizio di impugnazione e, come si vedrà, proprio questo vuoto legislativo ha fatto sorgere i contrasti in giurisprudenza[20].

Per quanto riguarda, invece, il d.lgs. n. 8/2016, il legislatore delegato ha provveduto all'opera di depenalizzazione ispirandosi a due diversi criteri: uno di

---

[18] Nel silenzio della delega, il decreto (art. 10 "Destinazione del provento della sanzione") ha ritenuto maggiormente in linea con la finalità general-preventiva attribuita dal legislatore all'istituto delle sanzioni pecuniarie civili, prevedere che i proventi di queste ultime siano devoluti a favore della Cassa delle ammende. Peraltro, a beneficio della soluzione adottata, si è pure indicata la necessità di non accrescere il contenzioso civile che, al contrario, sarebbe alimentato facendo intravedere all'offeso una seria possibilità di arricchimento Cfr. F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture,* cit., p. 1699.

[19] Cfr. Relazione ministeriale di accompagnamento, *cit.*, p. 1 e ss. Infatti, il legislatore delegato, attese le connotazioni pubblicistiche del profilo "punitivo" sotteso alla comminatoria delle sanzioni pecuniarie civili, ha inteso non far dipendere l'applicazione di tali sanzioni dalla volontà della "persona offesa". All'art. 8 del d.lgs. in commento, il legislatore ha previsto che sia il giudice civile ad irrogare la sanzione solo nel caso in cui accolga la domanda di risarcimento del danno. La *ratio* della scelta di uniformare lo *standard* probatorio normalmente occorrente in un processo civile – e, in particolare, ai fini della decisione sulla domanda di risarcimento del danno – risiede – come si legge nella relazione di accompagnamento-, nel soddisfare esigenze di coerenza e di funzionalità pratico-applicativa. Il comma 4 dell'art. 8 del d.lgs., infine, stabilisce che, ai fini dell'applicazione della sanzione pecuniaria civile, si osservano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili. Il riferimento all'applicazione delle disposizioni del codice di procedura civile è spiegato anche come mezzo di assicurazione circa il rispetto delle garanzie processuali minime per l'irrogazione di una sanzione che, per quanto di natura civilistica, ha un'ineliminabile componente afflittiva che, in qualche modo, porterebbe ad assimilarla ad una sanzione tipica della "materia penale", alla stregua della giurisprudenza della Corte EDU sui diritti convenzionali all'equo processo. Cfr. Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario, Settore Penale, *Gli interventi di depenalizzazione e di* abolitio criminis *del 2016: una prima lettura*, Rel. n. III/01/2016 del 2 febbraio 2016, cit. p. 25. Vi è chi, tuttavia, ritiene che: «*il nuovo istituto dell'illecito sottoposto a sanzioni pecuniarie civili, previsto dal d.lgs. in commento, apre per il futuro nuovi interessanti scenari per una politica criminale orientata alla riduzione dell'area del diritto penale in ossequio al principio di* extrema ratio». Cfr. G. L. GATTA, *Depenalizzazione e nuovi illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili*, in *questa Rivista*, 25 gennaio 2016.

[20] Si rinvia al paragrafo 2 per la trattazione del tema.

carattere generale (c.d. depenalizzazione "cieca")[21], legato al tipo di trattamento sanzionatorio, che dispone la depenalizzazione di tutti i reati (ad esclusione di quelli previsti dal codice penale e da alcune materie espressamente indicate)[22] puniti con la sola pena della multa e dell'ammenda; il secondo, di carattere sostanziale, che si basa sul fatto che determinati comportamenti, pur mantenendo carattere illecito, non vengono più ritenuti meritevoli di pena, potendo essere sanzionati in via amministrativa (c.d. depenalizzazione nominativa)[23].

Per quanto riguarda la c.d. depenalizzazione "cieca", il legislatore delegato, in assenza di un'espressa disposizione di delega al riguardo, ha deciso di escludere dalla depenalizzazione le fattispecie del codice penale punite con la sola pena pecuniaria. I motivi di tale scelta risiedono, oltre che in un'interpretazione letterale della legge delega[24], nell'intento di evitare risultati asistematici laddove l'effetto depenalizzante avrebbe colpito delitti, seppur sanzionati con la sola multa, ma «*facenti parte di complessi normativi organicamente deputati alla tutela di beni molto significativi, come ad esempio l'amministrazione della giustizia*»[25]. Ulteriore aspetto da segnalare è che il legislatore delegato, nell'intento di attribuire il massimo ambito applicativo alla clausola generale, ed in assenza di limitazioni previste in tal senso dalla legge delega, ha scelto di mantenere la previsione di depenalizzazione per le sole fattispecie base (art. 1, comma 2), precisando che, in questo caso, le ipotesi aggravate, punite con pena detentiva, sono da ritenersi fattispecie autonome, in ragione del venir meno della natura penale di quella base[26]. Pertanto tale ultima previsione ha reso necessaria anche una norma di

---

[21] Cfr. art. 1, comma 2, l. a) della l. n. 67/2014 a cui è stato dato attuazione per il tramite dell'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 8/2016 secondo cui «*Non costituiscono reato e sono soggette alla sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro tutte le violazioni per le quali è prevista la sola pena della multa o della ammenda*».

[22] L'art. 2, comma 2, l. a), l. n. 67/2014 prevede che le materie sottratte alla depenalizzazione siano quelle dell'edilizia e dell'urbanistica; dell'ambiente, territorio e paesaggio; degli alimenti e bevande; della salute e sicurezza del lavoro; della sicurezza pubblica; dei giochi di azzardo e scommesse; delle armi ed esplosivi; delle elezioni e finanziamento ai partiti; della proprietà intellettuale ed industriale, materie, queste, che devono continuare ad essere disciplinate penalmente.

[23] Cfr. art. 2, comma 2, l. b), c) e d) della l. n. 67/2014, ora art. 3 e 4 del d.lgs. n. 8/2016.

[24] Cfr. sul punto la Relazione ministeriale di accompagnamento al d.lgs. n. 8/2016, p. 2: « … *da un punto di vista letterale, non può non sottolinearsi che, nonostante il legislatore delegante abbia formulato la clausola generale di depenalizzazione facendo riferimento a "tutti" i reati puniti con la sola pena pecuniaria, tuttavia, nel dettare le direttive specifiche relative al codice (lettera b) del comma 2) dell'articolo 2), ha inserito nell'elenco dei reati da depenalizzare anche talune fattispecie punite con la sola pena pecuniaria (l'articolo 726 c.p., seppure a seguito del passaggio alla competenza del giudice di pace), lasciando così intendere chiaramente che la clausola generale non è operativa nei confronti del codice, poiché diversamente non si spiegherebbe l'inserimento delle due ipotesi contravvenzionali tra quelle da depenalizzare*».

[25] Cfr. Relazione ministeriale, *cit.*, p. 3.

[26] Si pensi al reato di guida senza patente (art. 116 del d.lgs. n. 285/1992), punito nella configurazione base con la sola ammenda, ed in quella aggravata (recidiva nel biennio) con pena detentiva. Pure tale scelta si pone nella evidente necessità di eliminare ogni incertezza sulla sorte delle fattispecie aggravate, anche se il passaggio da elemento circostanziale ad elemento costitutivo del reato, potrebbe incidere, in sede di applicazione, su alcuni aspetti, come, ad esempio, sul regime di imputazione (dall'art. 59, commi 1 e 2, c.p. all'art. 42, comma 2, c.p.), sul luogo e tempo del reato, sull'individuazione del momento consumativo, ecc.

coordinamento che eliminasse dubbi interpretativi nei casi di fattispecie aggravate basate sulla recidiva[27]: l'art. 5 del d.lgs. n. 8/2016 ha chiarito che, in tali casi, *«quando i reati trasformati in illeciti amministrativi ai sensi del presente decreto prevedono ipotesi aggravate fondate sulla recidiva ed escluse dalla depenalizzazione, per recidiva è da intendersi la reiterazione dell'illecito depenalizzato»*.

Occorre, infine, sottolineare un aspetto importante: il legislatore delegato ha deciso di non esercitare la delega in relazione sia al reato di cui all'art. 659 c.p., sia al reato di immigrazione clandestina previsto dall'art. 10*bis* del d.lgs. n. 286/1998, che doveva essere trasformato in illecito amministrativo. La *ratio* di tale seconda scelta risiede, a dire del legislatore, nella circostanza che si tratta di una fattispecie che interviene su una materia "sensibile" per gli interessi coinvolti in cui lo strumento penale appare come indispensabile[28].

Per quanto riguarda la depenalizzazione c.d. nominativa, sempre con il d.lgs. n. 8/2016, sono stati eliminati dal codice i reati di cui agli artt. 527, comma 1, c.p. (atti osceni), 528, comma 1 e 2, c.p. (pubblicazioni e spettacoli osceni), 652 c.p. (rifiuto di prestare la propria opera in occasione di un tumulto), 661 c.p. (abuso della credulità popolare), art. 668 c.p. (rappresentazioni teatrali o cinematografiche abusive), art. 726 c.p. (atti contrari alla pubblica decenza). Sono stati poi depenalizzati alcuni reati previsti da leggi speciali[29], tra cui l'ipotesi forse più rilevante, per la prassi, è rappresentata dall'omesso versamento delle ritenute previdenziali per importi inferiori a 10.000 euro (art. 2, comma 1*bis*, D.L. n. 463/1983). Trattasi tutti di reati puniti con pene detentive, sole, congiunte o alternative a pene pecuniarie. Per i reati depenalizzati[30] sono comminate sanzioni pecuniarie amministrative, nelle misure stabilite dall'art. 1, comma 5 d.lgs. n. 8/2016, per tutti i reati già puniti con la sola pena della multa o dell'ammenda, e dagli artt. 2 e 3 dello stesso d.lgs., con specifico riferimento ai singoli reati previsti dal codice penale e dalle leggi complementari, puniti con pena detentiva[31].

Per quanto, infine, attiene ai profili di diritto intertemporale, l'art. 8 del d.lgs. in commento, prevede che le disposizioni che sostituiscono sanzioni penali con sanzioni amministrative si applicano anche alle violazioni commesse anteriormente alla data di entrata in vigore del decreto stesso, sempre che il procedimento penale non sia stato definito con sentenza o con decreto divenuti irrevocabili. Non possono tuttavia essere inflitte sanzioni per un importo superiore al massimo della pena "originariamente

---

In argomento, per un approfondimento legato a questo aspetto, cfr. Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario, cit., pp. 5 e 6.

[27] Si pensi sempre al reato di guida senza patente, sanzionato con l'arresto nel caso di recidiva nel biennio.

[28] Cfr. Relazione ministeriale, cit., p. 5. Trattasi, in realtà forse di una mera valutazione politica del Governo, alla luce soprattutto degli allora recenti casi di cronaca (strage di Parigi e aggressioni di Colonia).

[29] Per il relativo elenco si rinvia all'art. 3 del d.lgs. in commento.

[30] Ai reati depenalizzati è applicabile, in quanto compatibile, la disciplina generale sull'illecito sanzionatorio amministrativo di cui alla l. n. 689/1981 (art. 6 d.lgs. n. 8/2016).

[31] Per alcuni dei nuovi illeciti amministrativi si prevedono sanzioni amministrative accessorie (art. 4 d.lgs. n. 8/2016). Quanto ai profili processuali, assai rilevanti per la prassi, l'art. 7 del d.lgs. n. 8/2016 che disciplina l'autorità amministrativa competente. Cfr. G. L. GATTA, *Depenalizzazione e nuovi illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili*, cit.

inflitta" per il reato, ragguagliata *ex* art. 135 c.p. Se, invece, i procedimenti penali per i reati depenalizzati dal decreto sono stati definiti, prima della sua entrata in vigore, con sentenza di condanna o decreto irrevocabile, il giudice dell'esecuzione[32], revoca la sentenza o il decreto, dichiarando che il fatto non è previsto dalla legge come reato e adotta i provvedimenti conseguenti. Quindi il legislatore delegato ha ritenuto che la depenalizzazione di reati "degradati" a illeciti amministrativi, desse luogo ad una vicenda sostanzialmente di successione di leggi[33], con conseguente applicazione retroattiva delle più favorevoli sanzioni amministrative in luogo di quelle originarie penali[34].

L'art. 9, tra le altre cose, infine, dispone, al comma 3, che se è già stata pronunciata sentenza di condanna (ma non ancora definitiva) il giudice dell'impugnazione dichiara che il fatto non è più previsto dalla legge come reato, decidendo sull'impugnazione ai soli effetti delle disposizioni e dei capi della sentenza che concernono gli interessi civili[35].

2. Sui profili di diritto intertemporale.

Non vi sono dubbi che la depenalizzazione attuata con i d.lgs. nn. 7 e 8 del 2016 ha operato una *abolitio criminis* (a tratti parziale) ai sensi dell'art. 2, comma 2 c.p., in

---

[32] In questo caso il giudice dell'esecuzione procede nei modi indicati dall'art. 667, comma 4, c.p.p. (cioè con ordinanza emessa senza formalità e comunicata alle parti).

[33] Cfr. quale *leading case* in tema di successione tra illecito penale e amministrativo Cass. S.U., 29 marzo 2012, n. 25457.

[34] Cfr. Relazione ministeriale, cit., p. 6.

[35] Importante è segnalare il rapporto tra l'intervento di depenalizzazione e l'istituto della particolare tenuità del fatto previsto dall'art. 131-*bis* c.p. (introdotto anch'esso su *input* della l. n. 69/2014). La coesistenza di questi due interventi può presentare, in concreto, degli effetti distorsivi in quanto il soggetto autore di un determinato fatto, rientrante oggi tra quelli oggetto della depenalizzazione in commento, se prima di tale intervento poteva beneficiare della causa di non punibilità prevista dall'art. 131-*bis* c.p., a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 8/2016, è comunque destinatario di una sanzione amministrativa di carattere afflittivo. Ma ancora più complesse, sotto questo aspetto, risultano le fattispecie che, nella forma un tempo aggravata ed adesso autonoma, continuano ad appartenere alla sfera del penalmente rilevante, ma che potrebbero, in concreto, non comportare la punibilità del reo se ritenuti di particolare tenuità, a fronte delle meno gravi ipotesi base della medesima fattispecie, oggi depenalizzate, che non sottraggono l'autore da una sanzione amministrativa. Si pensi al reato di guida senza patente (art. 116, comma 15, del d.lgs. n. 285/1992) che è stato depenalizzato nella sua ipotesi base, mentre integra tutt'ora reato nell'ipotesi di "recidiva nel biennio". Anche in tal caso potrebbe verificarsi l'ipotesi in cui un soggetto autore della condotta di guida senza patente, rimasta penalmente rilevante, potrebbe non essere punito per particolare tenuità del fatto *ex* art. 131-*bis* c.p. (sussistendone i presupposti), mentre altro soggetto, rientrante, invece, nell'ipotesi base oggi depenalizzata (considerate, quindi, fatto meno grave dal legislatore) rimarrà destinatario di una sanzione amministrativa particolarmente afflittiva. Le S.U. della Corte di Cassazione, di recente, si sono occupate di tali aspetti di criticità stabilendo che la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto debba trovare applicazione ad ogni fattispecie criminosa, ovviamente nel rispetto dei presupposti e dei limiti fissati dalla norma, dovendo escludersi a priori preclusioni circa la valutazione della gravità del fatto in riferimento a qualsiasi ipotesi di reato. Cfr. Cass. Pen., S.U., 6 aprile 2016, n. 13681.

relazione alle fattispecie incriminatrici che sono state abrogate o trasformate in illeciti amministrativi. Ma soprattutto l'applicazione delle norme contenute nel d.lgs. n. 7 ha sin da subito generato non pochi problemi per quanto attiene ai profili di diritto intertemporale in ordine al destino che deve essere riservato alla parte della sentenza penale che statuisce sugli effetti civili, nell'ipotesi in cui il reato (come ad esempio il danneggiamento), per il quale sia stata già emessa una sentenza penale non definitiva, faccia parte di quelli depenalizzati. Il problema si è posto in quanto, a differenza del d.lgs. n. 8/2016 che contiene, all'art. 9, comma 3, una disciplina specifica sul punto – statuendo che se è già stata pronunciata sentenza di condanna (ma non ancora definitiva) il giudice dell'impugnazione dichiara che il fatto non è previsto dalla legge come reato, decidendo sull'impugnazione ai soli effetti delle disposizioni e dei capi della sentenza che concernono gli interessi civili-, il d.lgs. n 7 risulta scevro, in modo del tutto irrazionale, di una simile disposizione che disciplina la sorte dei processi in corso.

Ci si chiede se si sia tratta di una "svista" da parte del legislatore delegato, o di una scelta consapevole di non dettare alcuna disciplina transitoria sul punto.

Al riguardo, proprio l'assenza di una disposizione transitoria analoga a quella prevista dall'art. 9 del d.lgs. n. 8, nonostante il legislatore delegato abbia emanato i due decreti contestualmente, ha portato parte della dottrina a pensare che per i reati abrogati dal d.lgs. n. 7, il giudice, in caso di sentenza di proscioglimento perché il fatto non è previsto dalla legge come reato, avvenuta in primo grado, deve limitarsi alle statuizioni penali, essendo onere della parte offesa (anche ove costituita come parte civile nel processo penale così definito), di promuovere eventuale azione davanti al giudice civile, competente anche per l'irrogazione delle sanzioni pecuniarie civili. Nel caso, invece, il procedimento sia stato già definito con sentenza irrevocabile (cioè passata in giudicato), la revoca della sentenza di condanna per *"abolitio criminis"* (art. 2, comma 2, c.p.) – conseguente alla perdita del carattere di illecito penale del fatto – non comporta il venir meno della natura di illecito civile del medesimo fatto, con la conseguenza che la sentenza non deve essere revocata relativamente alle statuizioni civili derivanti da reato, le quali continueranno a costituire fonte di obbligazioni efficaci nei confronti della parte danneggiata. Ciò in quanto il principio di cui all'art. 2, comma 2, c.p. si applica solo per gli aspetti penali e non anche per quelli civili ove troverà applicazione l'art. 11 delle preleggi. Per quanto invece riguarda i procedimenti con oggetto i reati poi abrogati, conclusi con **sentenza ma non definitiva**, si sono sin da subito posti profili di incertezza in ordine ai poteri del giudice dell'impugnazione[36].

3. Gli orientamenti contrastanti della giurisprudenza.

Nel silenzio del legislatore sono sorti i primi contrasti giurisprudenziali.

[36] Cfr. S. UCCI, *La riscrittura del reato di danneggiamento alla luce del D.Lgs. n. 7 del 2016, cit.*, p. 1017.

Già con l'ordinanza n. 7125 del 9 – 23 febbraio 2016 la V sezione penale della Cassazione, "stante *la pregiudizialità della questione prospettata e ritenuto che la stessa possa dare luogo a contrasti interpretativi, … rimette(va) i ricorsi alle Sezioni Unite ai sensi dell'art. 618 c.p.p., perché le stesse si esprimessero sul seguente quesito: "Se, a seguito dell'abrogazione dell'art. 594 c.p. ad opera del decreto Legislativo 15 gennaio 2016,n. 7, articolo 1, debbano essere revocate le statuizioni civili eventualmente adottate con la sentenza di condanna non definitiva per il reato di ingiuria pronunziata prima dell'entrata in vigore del suddetto decreto"*[37]. Con successivo provvedimento del 26.2.2016, tuttavia, il Primo Presidente della Suprema Corte, ritenuto che "non *sussiste(-va) alcun contrasto giurisprudenziale, prospettandosi solo che la stessa possa dare luogo a contrasti interpretativi*", restituiva la questione al collegio rimettente: per la sussistenza di un contrasto di indirizzi, infatti, è richiesta "*l'esistenza di un orientamento giurisprudenziale di legittimità dal quale il collegio mostri di volere discostarsi non essendo dunque sufficiente la mera eventualità di futuri ipotetici contrasti*".

Nei giorni immediatamente successivi al provvedimento presidenziale il contrasto, lungi dal restare potenziale, è diventato effettivo, generando una vera e proprio frattura tra la II e la V Sezione della Cassazione.

3.1. Gli indirizzi della II Sezione della Cassazione.

Secondo i Giudici della II sezione della Cassazione, le statuizioni civili relative ai reati abrogati dal d.lgs. n. 7/2016, resterebbero insensibili alle vicende del giudicato penale in applicazione analogica della citata disposizione di cui all'art. 9 del d.lgs. n. 8/2016: la disciplina dettata da questa norma transitoria avrebbe, in tal senso, «*valenza generale e non vi è ragione di riferirla esclusivamente alle ipotesi depenalizzate da questo provvedimento e non anche da quello precedente posto che il citato articolo 9 fa riferimento generico a tutte le ipotesi in cui il giudice dell'impugnazione da' atto dell'intervenuta depenalizzazione decidendo però sulla domanda civile proposta nello stesso procedimento*» (Cass. pen, sez. II, 11 aprile 2016, n. 14529). In senso conforme, e in tema di danneggiamento, sempre la II sezione della Cassazione ha affermato che «*nel caso in cui sia già intervenuta una pronuncia di condanna (in primo o secondo grado) per il reato di danneggiamento non aggravato, nel dichiarare che il fatto non è previsto dalla legge come reato a seguito della "abolitio criminis" e trasformazione della fattispecie in illecito civile operata dall'art. 4 lett. c) del d.lgs. n. 7/2016, il giudice dell'impugnazione è tenuto a pronunciarsi in ordine alle statuizioni civili della sentenza*» (Cass. pen, sez. II, 24 maggio 2016, n. 21598)[38].

---

[37] Cfr. ordinanza Cass. pen. sez. V, 9 – 23 febbraio 2016, n. 7125 (Pres. Lapalorcia, Rel. Pistorelli).

[38] In senso conforme: Cass. pen., sez. II, 11 aprile 2016, n. 14529; Cass. pen., sez. II, 27 aprile 2016, n. 29603; Cass. pen., sez. II, 3 maggio 2016, n. 33058; Cass. pen., Sez. II, 24 maggio 2016, n. 21598; Cass. pen., sez. II, 27 maggio 2016, n. 24299; Cass. pen., sez. II, 13 luglio 2016, n. 29603; Precedenti cfr. Cass. pen., sez. V, 25 gennaio 2013, n. 31957 che, con riferimento alla questione della conservazione delle statuizioni civili relative alla condanna per il reato di concussione a seguito della riqualificazione del fatto ai sensi dell'art. 319-quater c.p., in conseguenza dell'entrata in vigore della L. n.190/2012, ha affermato il principio in base

In particolare questo primo indirizzo interpretativo, favorevole al mantenimento in capo al giudice dell'impugnazione del potere di decider solo sui capi della sentenza impugnata che riguardano le statuizioni civili, fa leva su una serie di argomenti:

a) l'assenza di una disciplina *ad hoc* in materia dei poteri del giudice dell'impugnazione, trattasi di una svista da parte del legislatore in quanto non vi è alcuna differenza ontologica tra i d.lgs. n. 7 e 8 del 2016 che sono due decreti gemelli che trovano origine nella stessa legge delega n. 67/2014 e quindi vi deve essere univocità di disciplina anche in merito alla sorte delle statuizioni civili in sede di impugnazione;

b) il d.lgs. n. 7 ha creato un fenomeno di *abolitio criminis ex* art. 2, comma 2 c.p., e, pertanto, la conseguente cessazione degli effetti penali della condanna e non anche degli effetti civili. Per quest'ultimi, i quali non vengono travolti dall'*abolitio*, si applica l'art. 11 delle preleggi il quale, nello stabilire che la legge non dispone che per l'avvenire, farebbe salvo il diritto acquisito dalla parte civile a vedere esaminata la propria azione già incardinata precedentemente nel processo penale (fatta eccezione per il caso in cui l'abrogazione sia sopravvenuta alla instaurazione del giudizio di primo grado ma sia antecedente alla pronuncia conclusiva del grado stesso: solo in tal caso la pronuncia dell'abrogazione travolgerebbe il diritto pure già esercitato della parte civile costituita)[39];

c) la disciplina dell'art. 9, comma 3, del d.lgs. n. 8/2016 deve ritenersi avere "valenza generale" – in virtù anche dell'unicità della delega n. 67/2014 – posto che le nuove forme di illecito civile si porrebbero in "continuità normativa" con i reati abrogati – sicché la formale abrogazione nasconderebbe una sostanziale "depenalizzazione diversa" per la quale può operare la stessa disciplina prevista nel d.lgs. n. 8[40];

d) inoltre, alle nuove forme di illecito civile, dovrebbe applicarsi, per analogia l'art. 578 c.p.p.[41];

---

al quale, "in *presenza di un fatto ingiusto che ha cagionato un danno, il diritto del danneggiato al risarcimento permane, a nulla rilevando le successive modifiche legislative"*, e che tale principio deve trovare applicazione "nei *casi in cui la modifica legislativa "trasforma" in condotte lecite fatti che erano penalmente rilevanti")* e l'ordinanza della Cass. Pen., sez. II, del 20 dicembre 2005, n. 4266 (Rv. 233598) con cui veniva affermato che la revoca della sentenza di condanna per *abolitio criminis* (art. 2, comma 2, c.p.) – conseguente alla perdita del carattere di illecito penale del fatto – non comporta il venir meno della natura dì illecito civile del medesimo fatto, con la conseguenza che la sentenza non deve essere revocata relativamente alle statuizioni civili derivanti da reato, le quali continuano a costituire fonte di obbligazioni efficaci nei confronti della parte danneggiata.

[39] Cfr. Cass. pen., sez. II, 13 luglio 2016, n. 29603. Nonché Cass. S.U., ud. 29 settembre 2016 (dep. 7 novembre 2016), n. 46688, p. 5.

[40] Cfr. Cass. pen., sez. II, 11 aprile 2016, n. 14529.

[41] Ricordiamo, per completezza espositiva, che l'art. 578 c.p.p. dispone che: «*Quando nei confronti dell'imputato è stata pronunciata condanna, anche generica, alle restituzioni o al risarcimento dei danni cagionati dal reato, a favore della parte civile, il giudice di appello e la corte di cassazione, nel dichiarare il reato estinto per amnistia o per prescrizione, decidono sull'impugnazione ai soli effetti delle disposizioni e dei capi della sentenza che concernono gli interessi civili*».

e) infine, secondo l'indirizzo favorevole, sarebbe ingiusto non ammettere la possibilità al giudice dell'impugnazione di decidere sui soli capi della sentenza che riguardano gli interessi civili poiché ciò si porrebbe in contrasto con i principi costituzionali di cui all'art. 3 Cost. e art. 111 Cost. sulla ragionevole durata del processo in quanto il giudice civile sarebbe chiamato ad una completa rivalutazione del medesimo fatto già stimato in sede penale, con maggior tempi e costi per la parte civile.

3.2. La posizione della V Sezione della Cassazione.

Di tutt'altro avviso la V sezione penale della Suprema Corte che, pronunciandosi sugli effetti di questa bizzarra differenziazione normativa, ha ritenuto che «*il significato di tale scelta non possa che essere interpretato alla luce del canone dell'*ubi voluit dixit, *apparendo del tutto non sostenibile la tesi opposta di una lacuna involontaria da parte del legislatore delegato, attesa la contestualità nell'adozione dei testi normativi*». In questa diversa prospettiva, la soluzione paventata in giurisprudenza «*appare quella della generale caducazione delle statuizioni civilistiche per effetto dell'abrogazione del reato oggetto del procedimento*», *posto che «l'assenza di una disposizione transitoria analoga a quella indicata dall'art. 9, comma 3, del decreto legislativo n. 8 del 2016 deve far propendere per la soluzione secondo cui costituisce onere della parte offesa quello di promuovere eventuale azione davanti al giudice civile, competente anche per l'irrogazione delle sanzioni pecuniarie civili*» (Cass. Pen., sez. V, 10 maggio 2016, n. 19464)[42].

In particolare, questo secondo indirizzo interpretativo contrario, che si basa sulle recenti affermazioni espresse dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 12/2016[43] – per la quale l'azione civile esercitata nel processo penale ha natura meramente accessoria e subordinata alle finalità del processo penale stesso-, pone a base le seguenti argomentazioni:

a) innanzitutto tra i due decreti legislativi non vi è *eadem ratio* e, pertanto, la mancata previsione di una disciplina sulla sorte delle statuizioni civili non si tratta di una svista da parte del legislatore;

b) la norma di cui all'art. 9, comma 3, del d.lgs. n. 8 non trova applicazione nella materia del d.lgs. n. 7 perché si tratterebbe di applicazione analogica di norma

[42] In senso conforme Cass. pen., sez. V, 19 febbraio 2016, n. 15634; Cass. pen., Sez. V, 9 marzo 2016, n. 14044; Cass. pen., sez. V, 1 aprile 2016, n. 16147; Cass. pen., sez. V, 15 aprile 2016, n. 19516; Cass. pen., sez. V, 10 maggio 2016, n. 32198; Cass. pen., sez. V, 20 maggio 2016, n. 26840; Cass. pen., sez. V, 1 giugno 2016, n. 26862; Cass. pen., sez. V, 1 giugno 2016, n. 31643, Cass. pen., sez. V, 1 giugno 2016, n. 31646.

[43] La Corte Cost. n. 12 del 2016, chiamata a pronunciarsi su dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 538 c.p.p. nella parte in cui, al comma 1, collega in via esclusiva la decisione sulla domanda della parte civile alla condanna dell'imputato, stabilendo espressamente che il giudizio penale è separato da quello civile e che la costituzione di parte civile nel processo penale ha natura subordinata ed accessoria rispetto alla finalità del processo che è quella di accertare la responsabilità penale dell'imputato.

eccezionale e come tale, al pari dell'art. 578 c.p.p., non suscettibile di applicazione analogica[44];

c) il giudice penale può occuparsi delle questioni civili solo se contestualmente pervenga ad una dichiarazione di responsabilità penale e il decreto n. 7, realizzando un'*abolitio criminis ex* art. 2, comma 2, c.p., fa venir meno totalmente il fatto di reato da cui nascono le obbligazioni civili[45];

d) infine, il d.lgs. n. 7 prevede espressamente all'art. 12 che sia il giudice civile (con riferimento anche ai fatti commessi anteriormente all'entrata in vigore del decreto) ad irrogare la sanzione civile pecuniaria. Ammettere che il giudice dell'impugnazione possa decidere sui capi civili della sentenza impugnata, significherebbe far andare esente il soggetto "agente" dall'applicazione della sanzione civile[46].

4. La sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 46688/2016.

Alla luce del sopradescritto contrasto giurisprudenziale, la II sezione della Cassazione, con ordinanza n. 26092 del 22 giugno 2016 ha investito le Sezioni Unite della seguente questione di diritto: *"Se in caso di sentenza di condanna relativa ad un reato successivamente abrogato e qualificato come illecito civile, sottoposto a sanzione pecuniaria civile, ai sensi del d.lgs. del 15 gennaio 2016, n. 7, il giudice dell'impugnazione, nel dichiarare che il fatto non è più previsto dalla legge come reato, debba revocare anche i capi della sentenza che concernono gli interessi civili"*[47].

---

[44] A sostegno di questa argomentazione si veda, in particolar modo, Cass. pen., sez. V, 1 aprile 2016, n. 16147: *« (…) Né può prospettarsi un'applicazione analogica del richiamato art. 9, comma 3, ai casi di abrogazione di cui al d.lgs. n. 7 del 2016, ostandovi, in radice, l'eccezionalità che va riconosciuta alla norma in linea con l'orientamento della giurisprudenza di legittimità a proposito dell'art. 578 cod. proc. pen. Del resto, non si rinviene, nel raffronto tra le discipline dei due decreti legislativi, il presupposto dell'*eadem ratio*».*

[45] Cfr. sempre Cass. pen., sez. V, 1 aprile 2016, n. 16147 secondo cui *«Fuori dalle ipotesi eccezionali indicate, resta fermo il principio generale in forza del quale il giudice penale in tanto può occuparsi dei capi civili in quanto contestualmente pervenga a una dichiarazione di responsabilità penale, ossia il collegamento in via esclusiva tra decisione sulle questioni civili e condanna dell'imputato: di conseguenza, fuori dai casi in cui la disciplina introduttiva dell'*abolitio criminis *preveda che il giudice dell'impugnazione decide sulla stessa ai soli effetti civili, nel giudizio sull'impugnazione dell'imputato avverso una sentenza di condanna agli effetti penali e agli effetti civili, il proscioglimento con la formula «perché il fatto non è previsto dalla legge come reato» (nel caso di specie, a seguito dell'abrogazione della norma incriminatrice disposta dagli artt. 1 e 2, d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7) preclude l'esame, ai fini dell'eventuale conferma, delle statuizioni civili».* Cfr., in senso conforme, Cass. Pen., sez. V, 14 aprile 2016, n. 15634: in tema di giudizio di cassazione, l'annullamento senza rinvio della sentenza di condanna nella parte relativa ad una delle fattispecie criminose abrogate dal Decreto Legislativo 15 gennaio 2016, n. 7, determina la preclusione a decidere in merito ai collegati effetti civili. (In motivazione, la S.C. ha spiegato che le ragioni di tale principio risiedono nella regola generale del collegamento necessario tra condanna e statuizioni civili del giudice penale e nella tassatività della previsione di deroga contenuta nell'art. 578 c.p.p. nonché nella diversa disciplina sancita dall'art. 9 del d.lgs. n. 8 del 2016 per gli illeciti oggetto di depenalizzazione, non prevista per le ipotesi di *abolitio criminis* dal d.lgs. n. 7 del 2016, né ad esso applicabile in via analogica.

[46] Cfr. Cass. pen., S.U., 29 settembre 2016 (dep. 7 novembre 2016), n. 46688, in commento, p. 8.

[47] Si legga, per un approfondito commento all'ordinanza, D. SIBILIO, Abolitio criminis *e nuovi illeciti puniti con sanzioni pecuniarie civili: alle Sezioni Unite la questione relativa alla possibile decisione del giudice*

Le Sezioni Unite, nella sentenza in commento, con una serie di motivi ed argomentazioni che non appaiono del tutto condivisibili, ritengono corretto il secondo orientamento interpretativo – ossia dei giudici della V sezione della Cassazione-, concludendo per l'impossibilità, per il giudice dell'impugnazione, di pronunciarsi sulle statuizioni civili.

La questione sottoposta alla Corte riguarda una fattispecie di danneggiamento semplice continuato, per la quale i due ricorrenti erano stati condannati – sia in primo grado che in appello –, oltre che alla pena pecuniaria, anche al risarcimento del danno e delle spese di giudizio in favore della parte civile costituita. Nel ricorso per Cassazione il difensore, tra gli altri motivi, evidenziava la sopravvenuta *abolitio criminis* del reato in contestazione, per effetto del d.lgs. n. 7/2016, e la conseguente necessità di revocare le statuizioni civili.

Dopo aver rapidamente ribadito il dovere del giudice penale di definire il procedimento dichiarando che il fatto non è più previsto dalla legge come reato[48], le Sezioni Unite affrontano la questione a loro rimessa[49], partendo, *in primis*, dal dato letterale della normativa. E, – secondo la Corte – il «*primo dato letterale in cui ci si imbatte esaminando il d.lgs. n. 7/2016 è quello, da un lato, della presenza di una disciplina transitoria (art. 12), ma, dall'altro, dell'assenza di qualsiasi cenno all'eventuale potere del giudice dell'impugnazione di decidere l'appello o il ricorso con riferimento ai capi che riguardano le statuizioni civili*»[50]. Il secondo dato letterale è individuabile nella norma (l'art. 8 del decreto) che attribuisce la competenza ad irrogare le nuove sanzioni pecuniarie civili al giudice competente a conoscere dell'azione di risarcimento del danno, ossia il giudice civile. E ciò si pone «*in linea di stretta correlazione col silenzio normativo precedentemente evidenziato, potenziandone la eloquenza nella direzione del brocardo* ubi noluit non dixit, *atteso che se si riconoscesse in capo al giudice dell'impugnazione penale – in sede di declaratoria di abrogazione – il potere di pronunciarsi anche sugli interessi civili, si dovrebbe ammettere che gli è conferito anche il potere-dovere di irrogare al responsabile del danno la sanzione pecuniaria civile, la quale soggiace a criteri di commisurazione involgenti accertamenti e giudizi di fatto che sono assolutamente impropri nella sede di legittimità*»[51].

In secondo luogo, in base ad una verifica controfattuale, nel silenzio del legislatore, la Corte evidenzia che, seppur entrambi i d.lgs. n. 7 e n. 8 del 2016 trovano origine in una comune finalità di deflazione del sistema penale, sostanziale e processuale, nel rispetto del principio di frammentarietà, sussidiarietà ed *extrema ratio*, la differenza delle due discipline transitorie (art. 12 d.lgs. n. 7/2016 e art. 9 del d.lgs. n. 8/2016) rispecchierebbe la scelta di consegnare due sistemi differenti ed autonomi, uno

---

dell'impugnazione in merito agli effetti civili, in *questa Rivista*, 7 luglio 2016.

[48] Il Collegio, sul punto, ha ricordato – anche attraverso il riferimento a precedenti giurisprudenziali consolidati (Cass. Sez. IV, sent. 16 maggio 2002, n. 22334/03) – come la formula assolutoria "perché il fatto non sussiste", nei casi di sopravvenuta *abolitio criminis*, debba essere adottata soltanto dopo la pronuncia di una sentenza di primo grado assolutoria per insussistenza del fatto.

[49] Cfr. E. ANDOLFATTO, Abolitio criminis *e nuovi illeciti puniti con sanzione pecuniaria civile: le Sezioni Unite negano la possibilità per il giudice dell'impugnazione di pronunciarsi sulle statuizioni civili*, in *questa Rivista*, 5 dicembre 2016.

[50] Cfr. Cass. pen. S.U. in commento, p. 9.

[51] Cfr. Cass. pen. S.U. in commento, cit., p. 10.

che prevede l'abrogazione con introduzione di sanzioni civili e l'altro mere depenalizzazioni con sanzioni amministrative. Tale scelta è resa palese dal fatto di avere il Governo emanato due decreti legislativi, sì gemelli ma **"gemelli diversi"** in quanto i mezzi tecnico-normativi utilizzati sono profondamente diversi. Nel caso di depenalizzazione sono stati considerati reati generalmente procedibili d'ufficio che tutelano interessi pubblici rispetto ai quali è interesse dello Stato irrogare d'ufficio una sanzione amministrativa senza necessità di alcun impulso di parte; invece nel caso dell'abrogazione sono state considerate ipotesi delittuose procedibili a querela e caratterizzate per il fatto di incidere su interessi di natura privata[52].

In terzo luogo, sul piano dei principi generali del processo penale, osserva la Corte che la decisione sulle istanze della parte civile è subordinata alla condanna dell'imputato, come richiede l'art. 538 c.p.p.[53] e, come ribadito, altresì, nella sentenza della Corte costituzionale n.12/2016. Tale principio deve necessariamente applicarsi anche per il giudizio dell'impugnazione, posto il richiamo effettuato dall'articolo 598 c.p.p.[54] L'art. 578 c.p.p., pertanto – il quale prevede la possibilità per il giudice dell'impugnazione di pronunciarsi, in caso di declaratoria della causa di estinzione del reato per amnistia e per prescrizione, anche agli effetti civili – è da ritenersi norma eccezionale e derogatoria all'impianto sistemico codicistico generale e poiché *«fa eccezione a regole generali o ad altra legge»*, rende evidente, nel rispetto dell'articolo 14 delle preleggi, che non si applica oltre i casi e i tempi in esso considerati[55].

Il divieto di applicazione analogica posto dalle preleggi, all'art. 14, deve ritenersi operante *«anche con riferimento alla proposta applicazione del disposto dell'art. 9, comma 3, d.lgs. 8/2016 al sistema delineato dal d.lgs. 7/2016 (…)* poiché *si tratta di discipline rispondenti a criteri strutturali non sovrapponibili»*[56], giacché *«la sequenza procedimentale delineata nel decreto legislativo n. 8 è differente da quella del d.lgs. n. 7, avendo dato vita ad un sistema che prevede l'articolazione del potere del giudice penale come esaurimento, dinanzi ad esso, tanto del procedimento penale […] quanto della accessoria domanda della parte civile […]»*[57].

---

[52] Cfr. Cass. pen. S.U. in commento, cit., p. 10.

[53] L'art. 538 c.p.p., al comma 1, dispone che: *«Quando pronuncia sentenza di condanna, il giudice decide sulla domanda per le restituzioni e il risarcimento del danno [c.p. 185-187], proposta a norma degli articoli 74 e seguenti».*

[54] L'art. 598 c.p.p. dispone che: *«In grado di appello si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni relative al giudizio di primo grado, salvo quanto previsto dagli articoli seguenti».*

[55] Cfr. Cass. pen. S.U. in commento, cit., p. 13. La Corte, ancor di più, fa notare come la giurisprudenza di legittimità sia sempre stata rigorosa in relazione alle pretese di applicazione analogica dell'art. 578 c.p.p., ricordando come tale norma *«non [sia] stata ritenuta applicabile neppure al caso di estinzione del reato per oblazione o per morte dell'imputato».*

[56] Cfr. Cass. pen. S.U. in commento, cit., p. 15-16. Invero, mentre la Relazione al d.lgs. n. 8 prevede che, in via interpretativa, alle sanzioni amministrative oggetto della novella viene riconosciuto carattere punitivo-afflittivo, tale da renderle omogenee, al pari dei fatti già dotati di rilievo penale, alla "materia penale", tale possibilità non riguarda il d.lgs. 7/2016 *"pur connotato dal succedere della sanzione civile a quella penale riguardo a fatti sostanzialmente sovrapponibili, posto che la sanzione irrogata dal giudice civile, oltre che subordinata ad una iniziativa della parte privata, è connotata anche da requisiti di tipo compensativo, sicché rimane ontologicamente fuori del perimetro della "accusa in materia penale".*

[57] Cfr. Cass. pen. S.U. in commento, cit., p. 15.

Per quanto concerne, infine, il presunto contrasto con l'art. 111 Cost, osservano le Sezioni Unite che la Corte Costituzionale ha in più occasioni rilevato, e da ultimo nella sentenza n. 12/2016, che l'azione civile assume carattere accessorio e subordinato rispetto all'azione penale ed è perciò destinata a subire «*tutte le conseguenze e gli adattamenti derivanti dalla funzione e dalla struttura del processo penale*»[58]. Quindi «*l'eventuale impossibilità, per il danneggiato, di vedere esaminata la propria domanda di risarcimento nel giudizio di impugnazione, non incide neppure in modo apprezzabile sul diritto di difesa e prima ancora sul diritto di agire in giudizio, poiché resta intatta la possibilità di esercitare l'azione di risarcimento del danno nella sede civile*». Ed inoltre, con riferimento al principio di ragionevole durata del processo di cui all'art. 111 Cost., la Corte osserva che «*se è vero che la preclusione della decisione sulle questioni civili comporta il procrastinare la pronuncia definitiva sulla domanda risarcitoria del danneggiato, costringendolo ad instaurare un autonomo giudizio civile, si rinviene la quadratura della impostazione nel carattere accessorio e subordinato dell'azione civile proposta nell'ambito del processo penale rispetto alle finalità di quest'ultimo, che sono date dal preminente interesse pubblico alla sollecita definizione del processo penale, destinato a non concludersi con un accertamento di responsabilità «riportando nella sede naturale le istanze di natura civile fatte valere nei confronti dell'imputato»*[59].

Secondo le Sezioni Unite ci sarebbe violazione degli artt. 3, 24, 111 della Cost. e degli artt.6 e 7 Cedu solo qualora la persona offesa dal reato non disponesse di rimedi alternativi concreti ed efficaci per far valere le sue pretese. Ed invero, la revoca della sentenza di condanna per *abolitio criminis ex* art. 2, comma 2, c.p., fa venir meno gli effetti penali ma non anche quelli civili che restano cristallizzati e possono essere fatti valere in un'altra sede. E ciò spiegherebbe anche perché il legislatore, nel d.lgs. n. 7/2016, abbia previsto, in caso di giudicato, il dovere del giudice dell'esecuzione di revocare la sentenza di condanna o il decreto divenuti irrevocabili, fatte salve le statuizioni civili.

Infine, secondo la Corte, il diritto della parte civile già costituita nel processo penale che si conclude con la revoca dei capi riguardanti i suoi interessi, non resta menomato in quanto, come riconosciuto da cospicua giurisprudenza civile di legittimità[60], il giudice civile, in seguito adito per il risarcimento del danno, ha l'onere di tener conto degli elementi di prova già acquisiti nel procedimento penale pur se conclusosi con una sentenza assolutoria.

5. Questione incidentale.

Le Sezioni Unite risolvono, nella stessa sentenza, anche l'ulteriore contrasto interpretativo relativo alla sorte dell'eventuale ricorso proposto dalla parte civile –

[58] Cfr. Cass. pen. S.U. in commento, cit., p. 16.
[59] Cfr. Cass. pen. S.U. in commento, cit., p. 17 e ss.
[60] Cfr. Cass. civ., sez. III, 18 novembre 2014, n. 24475, Rv. 633452; Cass. civ., S.U., 26 gennaio 2011, n. 1768, Rv. 616366.

ovviamente, ai soli effetti civili – nei confronti di una sentenza di assoluzione per uno dei reati oggi abrogati.

Con la sentenza n. 20206, la II sez. della Cassazione[61] ha dichiarato non ammissibile, per avvenuta carenza di interesse, il ricorso per Cassazione della parte civile avverso la sentenza di assoluzione del reato di danneggiamento semplice trasformato nelle more del processo in illecito civile ad opera del d.lgs. n. 7 del 2016, in quanto nel giudizio penale l'affermazione della responsabilità dell'imputato, pur se ai soli effetti civili, presuppone che il fatto oggetto di giudizio sia considerato dalla legge come reato. In senso opposto la sez. V della Cassazione ha ritenuto ammissibile detto ricorso, alla luce del disposto di cui all'art. 576 c.p.p.[62]

Tale questione è risolta dalle Sezioni Unite nel senso dell'inammissibilità dell'impugnazione per carenza di interesse, poiché il giudizio richiesto dalla parte civile al giudice penale, nella ipotesi descritta, implica un percorso di accertamento della sussistenza del reato abrogato: accertamento che deve ritenersi, non diversamente da quello penale, impossibile a causa della eliminazione della figura del reato dall'ordinamento penale in virtù dell'abrogazione[63].

Quindi le Sezioni Unite concludono – annullando il ricorso senza rinvio e revocando le statuizioni civili – con l'enunciazione del seguente principio di diritto: "*In caso di sentenza di condanna relativa a un reato successivamente abrogato e qualificato come illecito civile, sottoposto a sanzione pecuniaria civile, ai sensi del d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7, il giudice della impugnazione, nel dichiarare che il fatto non è più previsto dalla legge come reato, deve revocare anche i capi della sentenza che concernono gli interessi civili. Il giudice della esecuzione, viceversa, revoca, con la stessa formula, la sentenza di condanna o il decreto irrevocabili, lasciando ferme le disposizioni e i capi che concernono gli interessi civili*".

6. Brevi ma necessarie considerazioni conclusive.

Le argomentazioni utilizzate dalle Sezioni Unite per la risoluzione della questione di diritto, non sono scevre da perplessità e non appaiono del tutto condivisibili. Seppur è vero che dall'interpretazione letterale del testo della norma si deduce, a dire della Cassazione, l'esclusione della possibilità, per il giudice dell'impugnazione, di decidere sui soli capi civili della sentenza impugnata, non bisogna dimenticare che il penalista conosce l'ulteriore canone dell'interpretazione logica o sistematica, cioè quell'attività ermeneutica che, muovendo dall'intero sistema normativo vigente, giunge a ricostruire la *ratio legis* della norma, il suo coordinamento nel sistema nel quale va ad inserirsi, nonché l'intenzione del legislatore. E ciò

[61] Cfr. Cass. pen., sez. II, 27 aprile 2016, n. 20206, Were, Rv. 266680.

[62] Cfr. Cass. pen., sez. V, 24 febbraio 2016, n. 16131, Aureli, Rv. 267001 e Cass. pen., sez. V, 0 marzo 2016, n. 35341, Frattina.

[63] In questo caso la parte civile costituita potrà, dunque, adire *ex novo* il giudice nella sede naturale per la tutela degli interessi risarcitori senza incontrare preclusioni di cui all'art. 652 c.p.p. non essendosi prodotto alcun accertamento con efficacia di giudicato.

porterebbe sicuramente a propendere per la soluzione opposta data dalle Sezioni Unite nel caso di specie. Ne, tantomeno, si può negare che, impedendo al giudice dell'impugnazione di statuire sui capi civili della sentenza impugnata in caso di assoluzione perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato, si viola concretamente l'art. 111 della Cost. sulla ragionevole durata e sull'economia processuale. Perché, di fatto, mentre la persona offesa da un reato, poi depenalizzato ad opera del d.lgs. n. 8/2016, otterrà, nel giudizio di impugnazione, una statuizione sulla sua pretesa risarcitoria, evitando, di conseguenza, di iniziare un procedimento daccapo, lo stesso non accadrà per la persona offesa da un reato poi abrogato ad opera del d.lgs. n. 7/2016. In una situazione siffatta risulta evidente ancorché palese anche la violazione dell'art. 3 Cost., quindi del principio di uguaglianza formale.

Seppur, da un lato, appare condivisibile l'assunto secondo cui l'azione civile sia accessoria e subordinata al processo penale (come ribadito, da ultimo, dalla Corte Cost. nella sentenza n. 12 del 2016), il dato concreto è che la persona offesa dal reato, che ha ottenuto già in primo grado – o, ancor più grave, in secondo grado – una sentenza di condanna con liquidazione del danno, sarà costretta ad iniziare un processo interamente dall'inizio, questa volta in sede civile, sopportando ingenti costi.

Quindi la soluzione adottata dalle Sezioni Unite sembra, più che un punto di arrivo, un'ennesima riprova del non rispetto, da parte della magistratura, dei diritti fondamentali dell'uomo. Sarebbe stato più ragionevole, attesa la palese violazione dei principi costituzionali da parte della normativa in commento, sollevare una questione di legittimità Costituzionale.

Per quanto invece riguarda la depenalizzazione, ci si chiede se davvero con la riforma attuata con i d.lgs. n. 7 e 8 del 2016 si siano concretamente realizzate quelle finalità sottese alla L.D. n. 67/2014, ossia finalità deflattive del contenzioso giudiziario, di riduzione del sovraffollamento carcerario, di giustizia riparativa, di rispetto del principio di proporzionalità e della sanzione penale come *extrema ratio*, irrogabile solo per fatti gravi, che meritano questo tipo di sanzione. Seppur non si può negare che la finalità deflattiva connota la riforma, di scarso rilievo appare la possibilità di fronteggiare l'emergenza del sovraffollamento carcerario tenuto conto che i reati sui quali i decreti incidono, rientrano sostanzialmente in quelli bagatellari propri o autonomi, che – salvo i casi in cui i soggetti condannati per essi non possano beneficiare della sospensione condizionale della pena o di altri benefici – difficilmente porterebbero all'applicazione, in sede esecutiva, della carcerazione. Inoltre appare che la riforma risulti vantaggiosa soprattutto per le casse dello Stato ma non anche per le vittime degli illeciti penali, oramai abrogati, che saranno costretti a sostenere ingenti spese processuali e sarà per loro più difficile ottenere giustizia.

E proprio la necessità di improntare le riforme ad una organica revisione della materia penale, dovrebbe indurre il legislatore, una volta recepiti gli indirizzi di politica criminale, a svolgere un'opera di normazione più attenta e meno sbrigativa, che soddisfi concretamente esigenze di garanzia ed efficienza che, in uno stato sociale di diritto, «*lungi dal porsi antiteticamente, rappresentano, congiunti, degli elementi essenziali di*

riferimento a cui dev'essere informato il perseguimento delle legittime istanze di controllo sociale»[64].

[64] Cfr. S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale,* Napoli, 1997, p. 1.

1/2017

NOVITÀ LEGISLATIVE – PROGETTI DI LEGGE

Verso la riforma dei reati contro i beni culturali: approvato dal Consiglio dei Ministri un disegno di legge delega per l'introduzione nel codice penale delle più gravi forme di aggressione al patrimonio culturale

Una proposta di rafforzamento costituzionalmente orientato del sistema di tutela dei beni culturali

di Gianpaolo Demuro

1. La Costituzione (all'art. 9) assegna alla **tutela del patrimonio storico e artistico** un ruolo tra i principi fondamentali (e non come limite della proprietà privata come in altre carte fondamentali): spetta poi al legislatore esplicitare il sistema e i modi di tutela. Mentre però il legislatore è intervenuto riformando la **legge Bottai del 1939** con **il Codice dei beni culturali e del paesaggio**, le disposizioni previgenti del codice penale del 1930 sono rimaste quasi immutate e del tutto inadeguate al rango del bene. Alle forme più gravi di aggressione ai beni culturali – la distruzione e la dispersione – è attualmente possibile reagire con disposizioni dettate in un'altra ottica (quella meramente patrimonialistica: **tutela indiretta**, dunque) e attraverso un'interpretazione adeguatrice delle disposizioni stesse. Per punire il furto di beni culturali attualmente si può solo (e non sempre) ricorrere alla circostanza aggravante del furto prevista nell'art. 625 n. 7 (la stessa che vale per il furto nei supermercati); in tema di danneggiamento sono presenti i medesimi inconvenienti, di impostazione e di tecnica, nonostante un intervento legislativo che almeno cita espressamente il patrimonio storico-artistico come oggetto dell'aggravante dell'art. 635 c.p. comma 2 n. 3. Alla precisazione dell'oggetto materiale non si è accompagnato un intervento sugli **spazi vuoti di tutela**, cioè le ipotesi di danneggiamento colposo (frequentissime e non coperte dalla disposizione dell'art. 635 c.p., come anche da quella dell'art. 639 c.p., che concernono fattispecie dolose) e di danneggiamento su cosa propria. A coprire queste lacune dovrebbe contribuire la contravvenzione dell'art. 733 c.p. ("Danneggiamento al patrimonio archeologico, storico o artistico nazionale"), che però dati i suoi limiti strutturali (è stata definita da Ferrando Mantovani «una contravvenzione "gigante", di rara verificazione pratica») ha avuto in giurisprudenza un'applicazione contrastata e marginale.

2. Il sistema italiano di tutela penale dei beni culturali è contraddittorio e incoerente. Con riferimento all'offesa di danno, **il legislatore non riconosce alla tutela dei beni culturali un ruolo adeguato al rango costituzionale**, né sotto il profilo della struttura del reato né sotto il profilo sanzionatorio. Con riferimento alla fase del pericolo, l'importanza del bene viene invece ritenuta, evidentemente, tale da giustificare la meritevolezza e il bisogno di una significativa anticipazione della tutela penale attraverso l'utilizzo della tecnica del pericolo astratto. Il nostro è pertanto un ordinamento severo quando non solo non c'è lesione del bene ma anche quando la previsione della pericolosità è solo astratta e reca immancabilmente un margine di

presunzione. Al contrario tale impostazione severa svanisce quando il tipo di offesa è quello della lesione.

3. Ora il Governo e il Parlamento si trovano di fronte a un'occasione da non perdere. Le innovazioni proposte sono tutte significative sia sul piano sostanziale che di indagine e processuale e coprono tutti i possibili tipi di offesa. Ma l'iter legislativo può consentire di fare davvero di più. Si tratta di scegliere innanzitutto con chiarezza se davvero si vuole passare a un sistema di **tutela penale diretta**, come impone il valore del bene secondo Costituzione. Tale sistema presuppone un regime pubblicistico protettivo, che assume come base una nozione di bene culturale nella quale il valore ideale si compenetra così profondamente nell'elemento materiale da formare un nuovo bene giuridico, che deve costituire oggetto di protezione diretta da parte dello Stato, indipendentemente dall'appartenenza pubblica o privata del bene e anche nei confronti di possibili offese da parte dello stesso proprietario. La formula più adeguata per tale protezione diretta è inserire nel codice penale un **titolo appositamente dedicato ai reati contro il patrimonio storico-artistico**.
Dalla relazione tecnica però non pare chiaro se sarà così, o piuttosto si aggiungeranno commi o articoli aggiuntivi nelle sedi già esistenti, mentre non appare chiaro dove andranno a situarsi fattispecie traslate dal codice dei beni culturali, come quelle sulla alienazione e sull'esportazione. Così come non sembra prevedersi una **definizione di beni culturali**, mentre è opportuno (e doveroso) che il legislatore penale, quando fa uso di termini suscettibili di molteplici interpretazioni, ne fornisca una definizione, per evitare il trasferimento di scelte politico-criminali al singolo giudice.

4. Un altro punto sul quale è bene fare chiarezza riguarda la nuova fattispecie di **detenzione illecita**. Oggi accade spesso in giurisprudenza che la prova della legittimità del possesso, cioè la circostanza che esso risalga a un periodo antecedente al 1909, debba essere fornita dal privato, il quale si trova pertanto gravato da una "*probatio diabolica*". L'impostazione giurisprudenziale tradizionale ha prodotto un sistema sanzionatorio rigido, talvolta punitivo per il privato in buona fede, che non giova alla difesa del patrimonio storico-artistico, e in particolare archeologico, ma si risolve in una enorme cifra oscura e nuoce in realtà alla conoscenza dell'entità del patrimonio archeologico. La nuova fattispecie andrà congegnata in modo tale da evitare i rischi della disciplina previgente.

5. Ci sono altri punti sui quali i lavori parlamentari e del legislatore delegato saranno chiamati a sciogliere dubbi (es. la disciplina dell'alienazione), ma con minime modifiche di impostazione dell'intervento si potrà davvero arrivare a un sistema di tutela efficace e adeguato allo straordinario patrimonio culturale del nostro Paese.

* * * * *

1/2017

Alle porte la nuova responsabilità penale degli operatori sanitari. Buoni propositi, facili entusiasmi, prime perplessità

Approvato al Senato il ddl Gelli-Bianco (AS 2224), a breve la seconda lettura (definitiva) della Camera

di Cristiano Cupelli

1. Con l'approvazione da parte dell'Aula del Senato, nella seduta dello scorso **11 gennaio**, del disegno di legge Gelli-Bianco (A.S. 2224), recante "*Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*", si avvicina a compimento, a poco più di quattro anni dal precedente intervento legislativo, il percorso di (ulteriore) riforma della responsabilità penale degli operatori sanitari. Il passaggio finale, ottimisticamente pronosticato in tempi rapidi nelle prime dichiarazioni di esponenti politici della maggioranza (entro il mese di febbraio), è rappresentato dalla seconda lettura da parte della Camera dei Deputati, che peraltro aveva già licenziato, seppure in termini differenti, il testo il 28 gennaio del 2016.
Si tratta di un provvedimento di **estrema importanza**, che affronta vari temi, tra i quali la sicurezza delle cure e del rischio sanitario, la responsabilità dell'esercente la professione sanitaria e della struttura sanitaria pubblica o privata, le modalità e caratteristiche dei procedimenti giudiziari aventi ad oggetto la responsabilità medica e l'obbligo di assicurazione e l'istituzione del Fondo di garanzia per i soggetti danneggiati da responsabilità sanitaria.

2. Sul **versante penalistico**, nell'intento di contrastare il fenomeno della c.d. medicina difensiva, si agisce sui fattori critici emersi dall'applicazione della legge Balduzzi, provando ad assicurare maggiore garanzia e tutela agli operatori sanitari.
Come è noto, infatti, ai sensi dell'**art. 3, co. 1 della legge 189 del 2012**, la responsabilità del medico che si sia attenuto a linee guida e buone pratiche **può essere affermata solo per colpa grave,** quando cioè sia stata disattesa la necessità di discostarsi da tali fonti, nonostante essa, in ragione della peculiare situazione clinica del malato, fosse *macroscopica*, *immediatamente riconoscibile* da qualunque altro sanitario al posto dell'imputato.
I **risvolti problematici**, sostanzialmente ascrivibili alla scelta del legislatore di valorizzare linee guida e virtuose pratiche terapeutiche e di introdurre, per la prima volta nell'ambito della disciplina penale dell'imputazione soggettiva, una distinzione tra colpa lieve e colpa grave, si possono condensare:
a) nei **limiti delle fonti individuate** (linee guida e buone pratiche accreditate) rispetto alla valutazione del comportamento del medico, con riferimento al grado di vincolatività da poter attribuire loro, in considerazione della natura, del livello di affidabilità, dell'idoneità cautelare e della capacità di poter contemplare le molteplici peculiarità e sfumature del caso concreto (tra le quali anche la *variabile* del consenso informato);
b) nella **difficile definizione di un concetto penalmente rilevante di colpa grave**, dal momento che una gradazione della colpa appare distante dall'idea storicamente e normativamente unitaria di colpa penale ed è presa in considerazione nel codice penale esclusivamente a fini di commisurazione della pena;
c) nei **dubbi di legittimità costituzionale** di un'esclusione di responsabilità per colpa lieve per il solo settore sanitario, al cospetto di molte altre attività socialmente utili, particolarmente

complesse e potenzialmente pericolose (dubbi fatti propri dal Tribunale di Milano con l'ordinanza 21 marzo 2013 [1] ed elusi dalla Corte costituzionale nell'ordinanza 6 dicembre 2013, n. 295 [2]);
d) nelle oscillazioni in merito all'applicabilità del canone della colpa grave esclusivamente a condotte mediche connotate, pur nel rispetto di linee guida e buone pratiche, da i**mperizia (soluzione maggioritaria in giurisprudenza) ovvero anche da negligenza e imprudenza**.

3. Il **disegno di legge** in via di approvazione definitiva muove dal proposito di risolvere tali criticità.
Due i **pilastri** della riforma:
a) la **dettagliata disciplina delle *buone pratiche clinico-assistenziali e delle raccomandazioni previste dalle linee guida***;
b) l'introduzione nel codice penale di un **nuovo articolo**, concernente la *responsabilità colposa per morte o per lesioni personali in ambito sanitario*.

4. In una **prima versione**, approvata alla **Camera il 28 gennaio 2016**, si prevedeva, all'**art. 5**, che "*gli esercenti le professioni sanitarie, nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche palliative e riabilitative, si attengono, salve le specificità del caso concreto, alle buone pratiche clinico-assistenziali e alle raccomandazioni previste dalle linee guida elaborate dalle società scientifiche iscritte in apposito elenco, istituito e regolamentato con decreto del Ministro della salute da emanare entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge. Ai fini della presente legge, le linee guida sono inserite nel Sistema nazionale per le linee guida (SNLG) e pubblicate nel sito internet dell'Istituto superiore di sanità*".
All'**art. 6**, poi, si introduceva l'**art. 590-*ter* c.p.** ("*Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario*"), ai sensi del quale l'esercente la professione sanitaria che, nello svolgimento della propria attività, avesse cagionato a causa di imperizia la morte o la lesione personale della persona assistita, rispondeva dei reati di omicidio colposo (art. 589 c.p.) o di lesioni personali colpose (art. 590 c.p.) solo in caso di colpa grave; con l'esplicita esclusione di quest'ultima (sancita al secondo comma) allorquando, fatte salve le rilevanti specificità del caso concreto, fossero state rispettate le buone pratiche clinico-assistenziali e le raccomandazioni previste dalle linee guida, così come definite e pubblicate dallo stesso disegno di legge.
Schematizzando, i **pilastri** dell'intervento erano riconducibili:
i) alla **(tendenziale) obbligatorietà** per gli esercenti la professione sanitaria del rispetto di buone pratiche e raccomandazioni contenute nelle linee guida (tendenziale perché sono fatte *salve le specificità del caso concreto*);
ii) all'accreditamento – *id est*: **certificazione di attendibilità** - di tali fonti, inserite in un apposito elenco e (almeno sulla carta) più facilmente reperibili;
iii) alla **limitazione alla sola imperizia** dell'innalzamento del grado di colpa punibile;
iv) **all'esclusione, per legge, della colpa grave**, allorquando – sempre fatte salve le rilevanti specificità del caso concreto - l'esercente la professione sanitaria avesse rispettato "*le buone pratiche clinico-assistenziali e le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge*".
Da una parte, quindi, un consolidamento della formalizzazione delle regole cautelari nel settore medico; dall'altra, la conferma della scelta di una gradazione della colpa, arricchita da una netta presa di posizione sul margine di operatività dell'innalzamento del livello di responsabilità alla colpa grave [3].

5. Nel testo emendato dalla **Commissione Igiene e Sanità del Senato** e approvato la scorsa settima dall'**Aula del Senato** sono state apportate significative **modifiche**.
Anzitutto, all'**art. 5** – ferma restando la loro *tendenziale* obbligatorietà - si sono ulteriormente dettagliate le procedure di accreditamento di linee guida e buone pratiche. Inoltre, mentre nella versione originaria si faceva riferimento, per la loro elaborazione, a società scientifiche iscritte in un apposito elenco, nell'ultima versione il compito è attribuito ad enti e istituzioni pubblici e privati (rispetto ai quali il testo non pone altre specificazioni), nonché alle società scientifiche ed alle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie, iscritte in un apposito elenco, istituito e regolamentato con decreto del Ministro della salute, aggiornato con cadenza biennale. Si prevede poi che le linee guida siano integrate nel Sistema nazionale per le linee guida (SNLG) e pubblicate nel sito *internet* dell'Istituto superiore di sanità, previa verifica sia della conformità della metodologia adottata a *standard* definiti e resi pubblici dallo stesso Istituto sia della rilevanza delle evidenze scientifiche dichiarate a supporto delle raccomandazioni.
L'**art. 6**, come rimodellato dal Senato, aggiunge, al comma 1, un **nuovo articolo 590-*sexies*** al codice penale: "*se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma*", per il quale "*qualora l'evento si è verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto*". Si accompagna, al terzo comma, l'espressa abrogazione dell'art. 3 della legge 189 del 2012.

6. Rinviando per un più disteso e meditato commento a un prossimo lavoro in fase di ultimazione, si può osservare, già a primissima lettura, come nella nuova versione – a differenza dell'attuale disciplina – venga meno ogni riferimento al grado della colpa. La punibilità è infatti esclusa per i soli casi in cui siano state rispettate **le raccomandazioni previste dalle linee guida, come definite e pubblicate ai sensi di legge, e sempre che risultino adeguate alle specificità del caso concreto, ovvero, in mancanza di esse, alle buone pratiche clinico-assistenziali** (le quali, dunque, rispetto tanto alla legge Balduzzi, quanto alla versione approvata alla Camera, vengono collocate in una posizione suppletiva rispetto alle linee guida), a prescindere dal fatto che si versi in colpa grave o lieve.
Nonostante il superamento delle perplessità sull'affidabilità di tali fonti, attraverso la procedura di accreditamento e validazione riconosciuta dalla stessa legge, spetterà in ogni caso al giudice l'ultima parola, residuando a suo carico il compito di vagliarne l'adeguatezza, in concreto, alle esigenze e alle peculiarità del singolo paziente.
In buona sostanza, ci si riavvicina all'**orientamento** formatosi in seno alla giurisprudenza penale **prima della legge Balduzzi**; in particolare, al principio secondo cui non versa in colpa il medico che si attenga a linee guida (e in via subordinata a buone pratiche), sempre che il caso concreto non imponga l'allontanamento da quei parametri. Vi è un riconoscimento – in termini generali ma chiaramente confutabili dalle evidenze del caso concreto – di non punibilità per imperizia, nel rispetto delle raccomandazioni contenute nelle linee guida. Venuto meno, rispetto al testo della Camera, il riferimento alle "*rilevanti*" specificità – si parla ora, semplicemente, di adeguatezza alle "*specificità del caso concreto*" – si potrà dunque rispondere anche per *colpa lieve*, nel caso in cui cioè ci si sia attenuti a tali prescrizioni, allorquando invece occorreva discostarsene *in considerazione delle peculiarità anche non rilevanti del caso* (interpretazione avallata dal mancato richiamo al grado della colpa).
Rispetto al passato, tuttavia, appare ancora una volta distonico il testuale riferimento, dal sapore restrittivo, al limite dell'imperizia, in aperta controtendenza rispetto alle aperture della

più recente giurisprudenza della Cassazione con riferimento al perimetro applicativo della legge Balduzzi [4]. Considerando, poi, il venir meno della gradazione della colpa, la prima impressione è che, ad onta delle reazioni entusiastiche della classe medica, il trattamento risulti ***meno favorevole*** – e probabilmente anche *meno certo* – per la classe medica rispetto alla legge 189 del 2012, risiedendo il fulcro della punibilità, ancor più che in passato, nella valutazione giudiziale di "**adeguatezza**" delle raccomandazioni osservate alle specificità del caso concreto.

[1] Ord. 21 marzo 2013, in questa *Rivista*, 29 marzo 2013.
[2] Corte cost., ord. 6 dicembre 2013, n. 295, in questa *Rivista.*, 9 dicembre 2013, con nota di G.L. Gatta, *Colpa medica e linee-guida: manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 del decreto Balduzzi sollevata dal Tribunale di Milano*.
[3] Per una prima valutazione del testo approvato in prima lettura alla camera, v., con differenti sfumature critiche, C. Cupelli, *La colpa lieve del medico tra imperizia, imprudenza e negligenza: il passo avanti della Cassazione (e i rischi della riforma alle porte)*, in questa *Rivista*, 27 giugno 2016; P. Piras, *La riforma della colpa medica nell'approvando legge Gelli-Bianco*, ivi, 25 marzo 2016; A. Panti, *Il d.d.l. sulla responsabilità professionale del personale sanitario: il punto di vista del medico*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 374 ss.; G. Ponzanelli, *La responsabilità medica: dal primato della giurisprudenza alla disciplina legislativa*, in *Danno e responsabilità*, 2016, p. 816 ss., oltre ai molteplici contributi offerti nell'ambito dell'incontro di studi su "*La riforma delle responsabilità sanitarie*", tenutosi l'8 giugno 2016 presso la Facoltà di Medicina e Chirurgia dell'Università di Roma "Tor Vergata", i cui atti sono in corso di pubblicazione e la cui registrazione integrale – in attesa della pubblicazione degli atti – è reperibile al seguente link: *https://youtu.be/H3A6QQj4CwE*.
[4] Il riferimento è a quel filone interpretativo che apre all'idea che le linee guida possano anche contenere regole di attenzione e cura rispetto allo svolgimento di determinate attività mediche considerate pericolose e perciò estende anche alle ipotesi di negligenza e imprudenza lo spettro applicativo dell'esenzione di responsabilità prevista all'art. 3, co. 1 della legge 189 del 2012; emblematica, da ultima e per tutte, Cass. Sez. IV, 11 maggio 2016 – giugno 2016, n. 23283, in questa *Rivista*, 27 giugno 2016.

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI (CORTE COSTITUZIONALE)

**La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco,
e rinvia la questione alla Corte di giustizia**

Corte cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24, Pres. Grossi, Est. Lattanzi

di Cristiano Cupelli

1. Con l'attesa **ordinanza n. 24 del 2017** della **Corte costituzionale**, depositata lo scorso **26 gennaio**, l'ormai celebre *caso Taricco* si arricchisce di un ulteriore tassello, senza che tuttavia la vicenda, al crocevia dei rapporti tra diritto dell'UE e diritto penale, giunga a conclusione.
La Corte costituzionale, infatti, optando per una soluzione 'diplomatica', decide di **rinviare in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia** la questione, chiedendo in sostanza di avallare la lettura 'costituzionalmente conforme' proposta della sentenza dell'8 settembre del 2015 che, se confermata, consentirebbe di superare i dubbi di legittimità costituzionale avanzati dai giudici italiani rimettenti. Si tratta del secondo rinvio pregiudiziale compiuto dalla Corte costituzionale italiana in via incidentale (dopo il precedente dell'ordinanza 18 luglio 2013, n. 207 in materia di personale scolastico) e il primo in cui viene evocato un possibile conflitto con i principi supremi dell'ordine costituzionale.
In estrema sintesi, la Corte di Giustizia è sollecitata a chiarire se l'art. 325, paragrafi 1 e 2, del TFUE "*debba essere interpretato nel senso di imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione che osta in un numero considerevole di casi alla repressione di gravi frodi in danno degli interessi finanziari dell'Unione, ovvero che prevede termini di prescrizione più brevi per frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione di quelli previsti per le frodi lesive degli interessi finanziari dello Stato*":
- *anche quando tale omessa applicazione sia priva di una base legale sufficientemente determinata*;
- *anche quando nell'ordinamento dello Stato membro la prescrizione è parte del diritto penale sostanziale e soggetta al principio di legalità*;
- *anche quando tale omessa applicazione sia in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro*.
Nonostante il carattere interlocutorio della decisione, non mancano, nel corpo della densa motivazione, puntualizzazioni di grande rilievo e prese di posizione significative, certamente idonee a rinfocolare il già acceso dibattito sui tormentati rapporti tra principi costituzionali, fonti sovranazionali e (pronunce delle) Corti in materia penale.

2. Andando con ordine, la questione sottoposta al sindacato costituzionale - con distinte ordinanze dalla Terza Sezione penale della Corte di cassazione e della Corte d'appello di Milano – concerne, come è noto, l'art. 2 della legge 2 agosto 2008, n. 130, nella parte in cui autorizza alla ratifica e rende esecutivo l'art. 325, §.1 e 2, TFUE, come interpretato dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea nella sentenza Taricco dell'8 settembre 2015.
Con tale pronuncia la Corte di Giustizia, sollecitata dal GUP presso il Tribunale di Cuneo [1], ha affermato l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare la disciplina interna in materia di

atti interruttivi della prescrizione, così come emergente dagli artt. 160 e 161 c.p., allorquando ritenga che tale disciplina (fissando un limite massimo al corso della prescrizione pari, di regola, al termine prescrizionale ordinario aumentato di un quarto) impedisca allo Stato italiano di adempiere agli obblighi di effettiva tutela degli interessi finanziari dell'Unione, imposti dall'art. 325 del TFUE, nei casi di frodi tributarie di rilevante entità altrimenti non punite in un numero considerevole di casi [2].
Due le ipotesi di incompatibilità degli artt. 160 e 161 c.p. con il diritto UE ravvisate: la prima, con riferimento all'**art. 325, par. 1 TFUE**, allorquando il giudice nazionale ritenga che dall'applicazione delle norme in materia di (interruzione della) prescrizione derivi, "in un numero considerevole di casi, l'impunità penale a fronte di fatti costitutivi di una frode grave" in materia di IVA o di interessi finanziari dell'Unione europea, di talché la normativa interna impedisca l'inflizione di sanzioni effettive e dissuasive per tali condotte (§. 47); la seconda, con riferimento all'**art. 325, par. 2 TFUE**, nel caso in cui il giudice interno verifichi che la disciplina nazionale contempli per i casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari interni termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode (di natura e gravità comparabili) lesivi di interessi finanziari dell'UE (§. 48). In particolare, l'obbligo di assimilazione si è ritenuto violato a fronte della comparazione con il delitto di associazione allo scopo di commettere delitti in materia di accise sui prodotti del tabacco (art. 291-*quater* d.P.R. n. 43 del 1973), rispetto al quale il diritto interno non ha previsto alcun termine assoluto di prescrizione; con l'effetto che tale fattispecie non è assoggettata al limite massimo complessivo del termine prescrizionale in caso di eventi interruttivi, ricadendo il delitto nella classe dei reati di cui all'art. 51, co. 3-*bis*, c.p.p. ai quali non si applica, *ex* artt. 160 e 161 c.p., il tetto invalicabile dell'aumento di un quarto del tempo necessario a prescrivere (§. 48).

3. Immediato e proteiforme l'impatto sulla **giurisprudenza interna**. La **Terza Sezione penale** della Corte di Cassazione, nell'udienza del 15 settembre 2015 [3], ha dato un primo e immediato seguito, sostanzialmente avallando l'*iter* logico-giuridico della Corte di Giustizia: dapprima, ritenendo integrati i requisiti individuati ai fini della disapplicazione delle disposizioni di cui all'art. 160, ultima parte e all'art. 161 c.p. (la soglia di rilevante gravità delle frodi agli interessi finanziari dell'Unione e la determinazione di una situazione di impunità "in un numero rilevante di casi"); quindi, spendendo anche a livello nazionale, per tacitare i dubbi di legittimità costituzionale, il discutibile argomento della natura processuale della prescrizione, sottratta per tale via alle garanzie del principio di legalità.
In senso diametralmente opposto, la **Seconda Sezione penale della Corte di Appello di Milano, con ordinanza 18 settembre 2015** [4], ha rimesso gli atti alla Corte costituzionale, sollevando questione di legittimità dell'art. 2 della legge 2 agosto 2008, n. 130, con cui viene ordinata l'esecuzione nell'ordinamento italiano del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, come modificato dall'art. 2 del Trattato di Lisbona, "nella parte che impone di applicare la disposizione di cui all'art. 325 §§. 1 e 2 TFUE, dalla quale - nell'interpretazione fornitane dalla Corte di Giustizia (…) - discende l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare gli artt. 160 ultimo comma e 161 secondo comma c.p. in presenza delle circostanze indicate nella sentenza, anche se dalla disapplicazione discendano effetti sfavorevoli per l'imputato, per il prolungamento del termine di prescrizione, in ragione del contrasto di tale norma con l'art. 25, co. 2, Cost.".
Poco dopo, altra Sezione della Cassazione – **la Quarta** – è tornata sulla questione, ritenendo tuttavia non operante nella fattispecie esaminata l'obbligo di disapplicare gli artt. 160 e 161 [5]; a tale prognosi è pervenuta dopo avere vagliato – senza confutarli, ma solo reputandoli insussistenti nel caso di specie - gli aspetti fondamentali del percorso argomentativo delineato

dalla Corte di Giustizia, e cioè il requisito della "determinazione della **soglia minima di gravità delle frodi** in relazioni alle quali andrebbe disapplicata la disciplina nazionale sulla prescrizione" e il diverso atteggiarsi dell'obbligo di disapplicazione a seconda che - al momento della pubblicazione della sentenza *Taricco* - **la prescrizione sia già maturata ovvero ancora pendente** [6].
In questo contrasto interpretativo, è nuovamente intervenuta la **Terza Sezione penale della Corte di Cassazione**; disattendendo i precedenti arresti, è stata sollevata in due occasioni questione di legittimità costituzionale sempre dell'art. 2 della legge 2 agosto 2008, n. 130, per **contrasto, stavolta, non solo con l'art. 25, co. 2, ma anche con gli artt. 3, 11, 27, co. 3, 101, co. 2, Cost.** [7].
è stata per questa via sdoganata l'arma dei **controlimiti** – come è noto a lungo relegata in una sorta di 'limbo applicativo' – nei confronti dell'ordinamento europeo, riferendola addirittura alla materia penale e invocando a supporto proprio il principio di legalità rispetto al generale obbligo, per il giudice italiano, di dare applicazione all'art. 325 TFUE.
Schematizzando, il principio di legalità in materia penale, il quale implica che le scelte relative al regime della punibilità siano assunte **esclusivamente dal legislatore** mediante **norme sufficientemente determinate** e applicabili solo a fatti commessi **quando esse erano già in vigore**, sarebbe vulnerato, ad avviso dei giudici rimettenti, sotto un duplice punto di vista:
a) per l'**aggravamento del regime della punibilità di natura retroattiva** derivante dalla disapplicazione delle norme relative agli atti interruttivi della prescrizione, concernendo anche le condotte anteriori alla data di pubblicazione della sentenza Taricco;
b) per la **carenza di una normativa adeguatamente determinata**, non essendo chiaro né quando le frodi debbano ritenersi gravi, né quando ricorra un numero considerevole di casi di impunità da imporre la disapplicazione, essendone rimessa la relativa determinazione all'apprezzamento discrezionale del giudice.

4. Nel corpo della motivazione dell'ordinanza, la Corte costituzionale, riuniti i giudizi, chiarisce subito – anticipando le conclusioni - come il nucleo della questione ruoti attorno a un dubbio di **carattere interpretativo sul diritto dell'Unione, che sollecita un ulteriore chiarimento da parte della Corte di Giustizia**: occorre in sostanza valutare se quella proposta dai giudici rimettenti sia davvero l'unica possibile declinazione applicativa dell'art. 325 TFUE ovvero sia possibile enucleare "*interpretazioni anche in parte differenti, tali da escludere ogni conflitto con il principio di legalità in materia penale*".
Prima di provare a sciogliere i nodi, vengono fissati taluni **punti fermi**, a mo' di premessa metodologica:
- il "riconoscimento del ***primato del diritto dell'Unione***" quale dato acquisito dalla giurisprudenza costituzionale, a condizione che siano **osservati i "*principi supremi dell'ordine costituzionale italiano e dei diritti inalienabili della persona*"** (§.2);
- la riaffermazione del **principio di legalità in materia penale**, di cui all'art. 25, co. 2 Cost., quale "***principio supremo dell'ordinamento***, *posto a presidio dei diritti inviolabili dell'individuo, per la parte in cui esige che le norme penali siano determinate e non abbiano in nessun caso portata retroattiva*" (§.2);
- la conferma della **natura sostanziale dell'istituto della prescrizione** e la conseguente **soggezione al principio di legalità in materia penale**, dovendo pertanto essere analiticamente descritto, al pari del reato e della pena, da una norma che vige al tempo di commissione del fatto (§.4) [8].

5. Scolpite le premesse, dunque, la Corte parte da un primo interrogativo (§.5): può ritenersi il *dictum* della sentenza Taricco **conforme al requisito della determinatezza delle norme di diritto penale sostanziale** (principio che "*appartiene alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri quale corollario del principio di certezza del diritto*") e quindi coerente con lo scopo "*di consentire alle persone di comprendere quali possono essere le conseguenze della propria condotta sul piano penale*" e "*di impedire l'arbitrio applicativo del giudice*"?
La verifica si articola su **due piani**:
- da un lato, in nome di un'esigenza che affonda le radici non solo nei principi del diritto penale costituzionale interno, ma anche nell'art. 7 CEDU e nella relativa elaborazione della Corte EDU, su quello della **ragionevole prevedibilità, in base al quadro normativo vigente al tempo del fatto, che il diritto dell'Unione, e in particolare l'art. 325 del TFUE come interpretato dalla CGUE nella sentenza Taricco, avrebbe imposto al giudice, in presenza delle condizioni ivi enunciate, la disapplicazione della normativa interna in materia di atti interruttivi della prescrizione**;
- dall'altro, su quello del **rispetto della riserva di legge e del grado di determinatezza assunto dall'ordinamento penale in base all'art. 325 del TFUE, con riguardo al potere del giudice**, "al quale non possono spettare scelte basate su discrezionali valutazioni di politica criminale", pena la compromissione del principio della "separazione dei poteri di cui l'art. 25, co. 2 Cost. declina una versione particolarmente rigida nella materia penale".
In entrambi i casi la prognosi - accompagnata da opportuni **chiarimenti** in merito ai **limiti dell'attività interpretativa** ("*nell'ordinamento italiano, come anche nell'ordinamento europeo, l'attività giurisdizionale è soggetta al governo della legge penale; mentre quest'ultima, viceversa, non può limitarsi ad assegnare obiettivi di scopo al giudice*") e ai riflessi del ***deficit* di determinatezza** anche sui rapporti tra normativa interna e sovranazionale ("*non si può allora escludere che la legge nazionale possa e debba essere disapplicata se ciò è prescritto in casi specifici dalla normativa europea. Non è invece possibile che il diritto dell'Unione fissi un obiettivo di risultato al giudice penale e che, in difetto di una normativa che predefinisca analiticamente casi e condizioni, quest'ultimo sia tenuto a raggiungerlo con qualunque mezzo rinvenuto nell'ordinamento*") - è **negativa**.
Dal primo punto di vista, per la convinzione che **nessuno avrebbe potuto ragionevolmente pensare**, *prima della sentenza Taricco*, "che l'art. 325 del TFUE prescrivesse al giudice di non applicare gli artt. 160, ultimo comma, e 161, secondo comma, c.p., ove ne fosse derivata l'impunità di gravi frodi fiscali in danno dell'Unione in un numero considerevole di casi, ovvero la violazione del principio di assimilazione".
Dal secondo, in quanto la **regola** enunciata appare **inidonea a delimitare la discrezionalità giudiziaria**, giacché "non vi è modo di definire in via interpretativa con la necessaria determinatezza il requisito del numero considerevole dei casi, cui è subordinato l'effetto indicato dalla Corte di Giustizia"; pur non dubitandosi che "esso si riferisca alla sistematica impunità che il regime legale dell'interruzione della prescrizione comporterebbe per le frodi fiscali, tuttavia il concetto rimane per sua natura ambiguo, e comunque non riempibile di contenuto attraverso l'esercizio della funzione interpretativa".
A questa considerazione si collega la sottolineatura – nella parte conclusiva dell'ordinanza (§.9) - dell'esigenza di parametrare la compatibilità della soluzione offerta nella sentenza Taricco non solo all'art. 49 della Carta di Nizza e al divieto di retroattività, ma anche alla **sufficiente determinatezza della norma relativa al regime di punibilità** (con la precisazione che tale esigenza andrebbe salvaguardata anche laddove si accedesse a una lettura processuale della prescrizione), dal momento che gli ordinamenti costituzionali degli Stati membri di *civil law* "non affidano al giudice il potere di creare un regime legale penale, in luogo di quello realizzato dalla legge approvata dal Parlamento, e in ogni caso ripudiano l'idea che i tribunali penali siano

incaricati di raggiungere uno scopo, pur legalmente predefinito, senza che la legge specifichi con quali mezzi e in quali limiti ciò possa avvenire". In questa dimensione, si puntualizza, l'art. 325 TFUE, "pur formulando un obbligo di risultato chiaro e incondizionato (…), omette di indicare con sufficiente analiticità il percorso che il giudice penale è tenuto a seguire per conseguire lo scopo", aprendo alla possibilità, per il potere giudiziario, "di disfarsi, in linea potenziale, di qualsivoglia elemento normativo che attiene alla punibilità o al processo, purché esso sia ritenuto di ostacolo alla repressione del reato", così eccedendo "il limite proprio della funzione giurisdizionale nello Stato di diritto quanto meno nella tradizione continentale, e non pare conforme al principio di legalità enunciato dall'art. 49 della Carta di Nizza".

6. Ravvisata l'incompatibilità tra i principi fondamentali sanciti dalla Costituzione e quanto riconosciuto dalla sentenza Taricco, la Corte, come detto, anziché trarne la conclusione più immediata (e probabilmente più coerente) e contrapporsi frontalmente, azionando i controlimiti, alla CGUE, opta – in nome del principio di **leale collaborazione che definisce i rapporti tra Unione e Stati membri** (§.6) – per una soluzione in qualche modo **conciliativa**, nella convinzione che la Corte di Giustizia non abbia ritenuto che il giudice nazionale debba dare applicazione alla regola "anche quando essa confligge con un principio cardine dell'ordinamento italiano" (§.6). Secondo i giudici costituzionali, si sarebbe invece limitata ad affermare l'applicabilità della regola tratta dall'art. 325 del TFUE **solo se compatibile con l'identità costituzionale dello Stato membro**, demandando il vaglio di siffatta compatibilità agli organi nazionali competenti.
Aderendo a tale lettura - a supporto della quale sono richiamati i **paragrafi 53 e 55** della sentenza Taricco ("*se il giudice nazionale dovesse decidere di disapplicare le disposizioni nazionali di cui trattasi, egli dovrà allo stesso tempo assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati*"; la disapplicazione va disposta "*con riserva di verifica da parte del giudice nazionale*" in ordine al rispetto dei diritti degli imputati) - **verrebbe a cessare qualsiasi profilo di contrasto e di conseguenza cadrebbero tutti i dubbi di legittimità costituzionale**. Non verrebbe meno l'eventuale **responsabilità dello Stato italiano** "*per avere omesso di approntare un efficace rimedio contro le gravi frodi fiscali in danno degli interessi finanziari dell'Unione o in violazione del principio di assimilazione, e in particolare per avere compresso temporalmente l'effetto degli atti interruttivi della prescrizione*", che la Corte accompagna al **monito rivolto al legislatore** ad intervenire sui termini prescrizionali, per assicurare un efficace repressione delle frodi in questione (fatta salva la verifica sull'efficacia delle recenti modifiche approntate nel settore penale tributario nel 2011, con l'aumento di un terzo dei termini di prescrizione dei reati puniti dagli articoli da 2 a 10 del d.lgs. n. 74 del 2000).

7. Nel rinviare alla CGUE, invocando l'esigenza di salvaguardare il "**tasso di diversità minimo, ma necessario per preservare la identità nazionale insita nella struttura fondamentale dello Stato membro** (art. 4, paragrafo 2, del TUE)", la Corte costituzionale sottolinea come, attraverso l'interpretazione proposta, verrebbe appunto **preservata l'identità costituzionale interna, senza compromettere le esigenze di uniforme applicazione del diritto dell'Unione**. Ad essere messo in discussione, si precisa, non è il significato che la Corte di Giustizia ha rinvenuto nell'art. 325 del TFUE: l'impedimento del giudice nazionale ad applicare direttamente la regola Taricco non deriverebbe infatti "da una interpretazione alternativa del diritto dell'Unione, ma esclusivamente dalla circostanza, in sé estranea all'ambito materiale di applicazione di quest'ultimo, che l'ordinamento italiano attribuisce alla normativa sulla prescrizione il carattere di norma del diritto penale sostanziale e la assoggetta al principio di legalità espresso dall'art. 25, co. 2, Cost.", rappresentando questa "una qualificazione esterna rispetto al significato

proprio dell'art. 325 del TFUE, che non dipende dal diritto europeo ma esclusivamente da quello nazionale" (§.8).
Si tratta di una qualificazione fondata – come opportunamente chiarito – sul fatto che "la Costituzione italiana conferisce al **principio di legalità penale** un **oggetto più ampio di quello riconosciuto dalle fonti europee**, perché non è limitato alla descrizione del fatto di reato e alla pena, ma include ogni profilo sostanziale concernente la punibilità" e che offre agli imputati un **livello di protezione più elevato** rispetto a quello riconosciuto dall'art. 49 della Carta di Nizza e dall'art. 7 della Convenzione EDU, che va pertanto salvaguardato dallo stesso diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 53 della Carta. Diversamente, si aggiunge, "il processo di integrazione europea avrebbe l'effetto di degradare le conquiste nazionali in tema di libertà fondamentali e si allontanerebbe dal suo percorso di unificazione nel segno del rispetto dei diritti umani" (§. 8).
Proprio sul carattere 'esterno' dell'impedimento all'applicazione diretta della regola Taricco si fonda la **distinzione rispetto al caso Melloni**, nel quale, come è noto, la stessa CGUE (sentenza 26 febbraio 2013) aveva escluso la possibilità, invocata in nome dei principi costituzionali di uno Stato membro (la Spagna), di aggiungere condizioni all'esecuzione di un mandato di arresto europeo, ulteriori rispetto a quelle pattuite nella Decisione quadro 26 febbraio 2009, n. 2009/299/GAI. Ebbene, mentre in *Melloni* una differente soluzione avrebbe comportato "la rottura dell'unità del diritto dell'Unione in una materia basata sulla reciproca fiducia in un assetto normativo uniforme", in *Taricco* non è posto in discussione il primato del diritto dell'Unione, quanto piuttosto – ed esclusivamente - l'esistenza di "un impedimento di ordine costituzionale alla sua applicazione diretta da parte del giudice", che "non dipende dalla contrapposizione di una norma nazionale alle regole dell'Unione ma solo dalla circostanza, esterna all'ordinamento europeo, che la prescrizione in Italia appartiene al diritto penale sostanziale, e soggiace perciò al principio di legalità in materia penale" (§.8).

8. Sugli **scenari** che la pronuncia della Corte costituzionale schiude vi sarà tempo e modo di tornare con più meditate riflessioni [9].
A primissima lettura, l'**alternativa pare secca**: o la Corte di Giustizia, facendo tesoro delle indicazioni fornite dalla Corte costituzionale e recependo lo spirito dialogico, decide di fare un *passo indietro*, sposando, con i dovuti adattamenti 'eteroindotti', l'interpretazione correttiva 'costituzionalmente conforme' (ma sostanzialmente 'sterilizzante') della sentenza Taricco proposta nell'ordinanza in esame (concentrandosi ad esempio sull'indeterminatezza del regime prescrizionale che deriverebbe da un'applicazione pedissequa del suo *dictum*); oppure prosegue nel suo cammino, accettando il rischio che la Corte costituzionale, dando corpo alle condivisibili *rivendicazioni di principio* sul ruolo fondante del principio di legalità in materia penale, possa azionare l'arma dei controlimiti (che nell'ordinanza si è ben guardata dal menzionare).

[1] Con una questione pregiudiziale sollevata con ordinanza 17 gennaio 2014, reperibile in questa *Rivista*, 7 febbraio 2014, con nota di F. Rossi dal Pozzo, *La prescrizione nel processo penale al vaglio della Corte di Giustizia?*
[2] Sulla sentenza, senza pretesa di esaustività, si vedano i commenti di F. Viganò, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA?*, in questa *Rivista*, 14 settembre 2015; C. Amalfitano, *Da una impunità di fatto a una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposte sul valore aggiunto?*, ivi, 22 settembre 2015; A. Venegoni, *La sentenza Taricco: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell'Unione in diritto penale nell'area della lotta alle frodi*, ivi, 29 ottobre 2015; Id., *Ancora sul caso Taricco: la prescrizione tra il diritto a tutela delle finanze dell'Unione ed il diritto penale nazionale*, ivi, 30 marzo 2016; L. Eusebi, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell'Unione europea può erigere il giudice a legislatore. Note in*

merito alla sentenza Taricco, ivi, 10 dicembre 2015; B. Romano, *Prescrizione del reato e ragionevole durata del processo: principi da difendere o ostacoli da abbattere?*, ivi, 15 febbraio 2016; E. Lupo, *La* primauté *del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale. Riflessioni sulla sentenza Taricco*, ivi, 29 febbraio 2016; G. Civello, *La sentenza "Taricco" della Corte di Giustizia UE: contraria al Trattato la disciplina italiana in tema di interruzione della prescrizione del reato,* in *Arch. pen.*, n. 3/2015; F. Rossi, *La sentenza Taricco della Corte di Giustizia e il problema degli obblighi di disapplicazione* in malam partem *della normativa penale interna per contrasto con il diritto UE*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, p. 1564 ss.; R. Lugarà, *La tutela "multilivello" dei diritti come canone normativo. Brevi spunti a partire dal caso Taricco*, in *Libero osservatorio del diritto*, 2015, p. 36 ss.; S. Marcolini, *La prescrizione del reato tra diritto e processo: dal principio di legalità sostanziale a quello di legalità processuale*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 362 ss.; D. Micheletti, *Premesse e conclusioni della sentenza Taricco. Dai luoghi comuni sulla prescrizione al primato* in malam partem *del diritto europeo*, in www.lalegislazionepenale.eu, 3 febbraio 2016; V. Maiello, *Prove di resilienza del* nullum crimen: *Taricco* versus *controlimiti*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 1250 ss.; P. Faraguna – P. Perini, *L'insostenibile imprescrittibilità del reato. La Corte d'appello di Milano mette la giurisprudenza "Taricco" alla prova dei controlimiti*, in questa *Rivista*, 30 marzo 2016; M. Luciani, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC* n. 2/2016, 15 aprile 2016; M. Gambardella, *Caso Taricco e garanzie costituzionali* ex *art. 25 Cost.*, in *Cass. pen.*, 2016, 1462 ss.; V. Manes, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, in questa *Rivista*, 6 maggio 2016; F. Viganò, *Il caso* Taricco *davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, ivi, 9 maggio 2016; R. Bin, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, ivi, 4 luglio 2016; C. Cupelli, *Il caso Taricco e il controlimite della riserva di legge in materia penale*, in *Giur. cost.*, 2016, 419 ss.

Da ultimo, si vedano gli Atti del Convegno "*Aspettando la Corte costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo*", svoltosi a Roma, il 4 ottobre 2016 (in *Rivista AIC*, n. 4/2016), e del Convegno "*I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*", tenutosi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara il 7-8 aprile 2016 (ora raccolti nel volume, curato da A. Bernardi, *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017).

[3] Cass. Terza Sez. penale, sent. 15 settembre 2015 (dep. 20 gennaio 2016), n. 2210, in questa *Rivista*, 22 gennaio 2016 e in *Giur. it.*, 2016, p. 965 ss., con nota di F. Rossi, *La Cassazione disapplica gli artt. 160 e 161 c.p. dopo la sentenza Taricco*.

[4] Pubblicata in questa *Rivista*, 21 settembre 2015, con commento di F. Viganò, *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE: la Corte d'appello di Milano sollecita la Corte costituzionale ad azionare i 'controlimiti'*.

[5] Cass. Quarta Sez. penale, sent. 25 gennaio 2016 (dep. 26 febbraio 2016), n. 7914, in questa *Rivista*, 3 marzo 2016, con nota di A. Galluccio, *La Cassazione di nuovo alle prese con Taricco: una sentenza cauta, in attesa della pronuncia della Corte costituzionale*.

[6] In senso non dissimile, ancor più di recente, sempre Cass. Quarta Sez. penale, sent. 7 giugno 2016 (dep. 24 ottobre 2016), n. 44584, in *Guida dir.*, n. 5/2017, 94 ss., con nota di C. Minnella, *Frodi in materia di Iva: la Cassazione chiarisce quando la prescrizione non contrasta con il diritto Ue*.

[7] Cass. Terza Sez. penale, ord. 30 marzo 2016 (dep. 8 luglio 2016), n. 28346, in questa *Rivista*, 15 luglio 2016; Cass. Terza Sez. penale, ord. 31 marzo 2016, ric. Adami e altri.

[8] Ciò, quantomeno, nell'ordinamento italiano; non è ignoto infatti alla Corte che vi siano altri Stati membri che muovono da concezioni differenti della prescrizione, non sussistendo sul punto – "*che non riguarda direttamente né le competenze dell'Unione, né norme dell'Unione*" - alcuna esigenza di uniformità nell'ambito giuridico europeo, risultando ciascuno Stato membro "*libero di attribuire alla prescrizione dei reati natura di istituto sostanziale o processuale, in conformità alla sua tradizione costituzionale*" (§.4).

[9] Un primo commento in C. Amalfitano, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di Giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, in *Eurojus.it*, 29 gennaio 2016.

* * * *

*

1/2017

When Cooperation Means Request for Clarification, or Better for "Revisitation"

The Italian Constitutional Court request for a preliminary ruling in the Taricco case
(C. cost., decision No. 24 of 26 January 2017)

by Oreste Pollicino and Marco Bassini

1. The day after having struck down some significant parts of the electoral law, the Italian Constitutional Court (hereinafter "ICC") has released another keenly awaited decision in the *Taricco* saga. The Court has referred (back..) to the Court of Justice of the European Union (hereinafter "CJEU") a case that the judges sitting in Luxembourg had already heard before. By the order no. 24, in fact, the ICC has asked the CJEU to clarify whether the decision taken on September 2015 in *Taricco* (C-105/14) does actually leave national courts the power to disregard the same to the extent the effects of that decisions would be (like, in the view of the Court, are) in contrast with a fundamental principle of the Constitution (namely, the principle of legality).
In the case at hand, in fact, the ICC had been requested, among others, to exercise this power in accordance with the counter-limits doctrine in order to prevent the enforcement of the CJEU ruling in *Taricco*. By the counter-limits doctrine (that dates back to the 1973 ICC judgment in *Frontini*), the ICC reserved itself the competence to call into question the application of EU law when it comes to measures that are likely to affect the supreme principles of the constitutional order.
Looking at the current state of health of cooperative constitutionalism in Europe, the (very) good news is that the ICC, even if taking the existence of a contrast the between the ruling in *Taricco* and the Italian constitutional order for granted, has not (immediately) applied the counter-limits doctrine, but has preferred, for the third time in history, to seek interpretative assistance and guidance from the CJEU.
However, the enforcement of the counter-limits doctrine could be simply postponed in this case. In fact, more than a request of assistance and guidance, the new reference is an urgent and "last resort" request for clarifications. Actually, the ICC has decided to give a "last "chance to the CJEU to clarify, or better to change, its view in *Taricco* and interpret Article 325 TFEU in a way that would make the conflict with the supreme constitutional principle of legality, less strong and evident, albeit without removing the same.
Against this background, and it is again a good news for the season of cooperative constitutionalism in Europe, the reference indeed is not even a request for clarifications, but er for "revisitation" and, in other words, the last attempt to avoid a constitutional collision between the two legal orders.

2. The judgment of the CJEU in *Taricco* has brought to the fore the problem of the interaction between EU law and the fundamental principles of the domestic constitutional order.
In the case at issue, Mr. Taricco and other individuals had been placed under investigation by the Court of Cuneo over allegations they committed VAT frauds. The frauds occurred between 2005 and 2009. In the relevant criminal proceedings, the Judge for Preliminary Hearing, after a long investigation by the Public Prosecutor, had to determine whether there were grounds for committing the defendants to trial.

Under the Italian Criminal Code, the limitation period for prosecuting tax fraud cases is quite narrow. According to the Judge for Preliminary Hearing of the Court of Cuneo, all the crimes would have been time-barred by 8 February 2018 at the latest, before a final judgment could be delivered. As a result, the defendants may most likely enjoy *de facto* impunity.

In the view of the Court of Cuneo, by establishing a strict limitation period, Italy was in breach of the obligation under EU law to take measures to contrast illegal activities affecting the financial interest of the Union. Therefore, the Judge for Preliminary Hearing asked the CJEU whether such a limitation was compatible with EU law. This was indeed a rather unambiguously speculative stance: the goal of the reference to the CJEU was, definitely, to obtain a *nulla osta* from the CJEU to prosecute the case the without time-barring effects.

The CJEU, not without substantially reframing the preliminary questions (with the support of the Advocate General Kokott), based its judgment on the interpretation of Article 325 TFEU. According to the CJEU, this provision, on one hand, "*obliges the Member States to counter illegal activities affecting the financial interests of the European Union through effective deterrent measures*" while, on the other one, "*obliges them to take the same measures to counter fraud affecting the financial interests of the European Union as they take to counter fraud affecting their own interests*".

The CJEU then found that "*a provision of national law on limitation periods for proceedings which, for reasons relating to the scheme of that provision, has the effect in many cases of exempting from punishment the perpetrators of fraud in matters of VAT is incompatible with the aforementioned provisions of EU law*". Accordingly, "*in pending criminal proceedings, the national courts must refrain from applying such a provision*".

The CJEU also excluded that requiring national courts to do so would amount to a breach of the principle of legality under Article 49 of the Charter. In the view of the CJEU, in fact, the scope of the principle of legality does not include the statute of limitations, treated as a purely procedural matter that falls out of the scope of the principle of retroactivity in criminal law. It is worth noting that the CJEU did only - and rather problematically - consider this profile of the principle of legality, whereas no regard was paid to the different one regarding the lack of precision in criminal law.

The judgment raised a wide range of uncertainty among scholars and courts. Although the CJEU has not specified whether in case the conditions above are met national courts shall apply a longer limitation period or not apply any limitation period at all, this outcome would anyways be in contrast with the principle of legality, enshrined in Article 25 of the Italian Constitution, according to the well established interpretation provided by the ICC (with respect to both the prohibition to retroactively apply provisions *in peius* regulating statute of limitation and the requirement of precision in criminal law).

Unlike the CJEU, in fact, the ICC has interpreted the principle of legality as prohibiting a retroactive application *in peius* of the limitation period (or the non-application of the same) over the time.

The different understanding of this principle has then resulted in a conflict between EU law and the Constitution. How to resolve this clash?

On one hand, should domestic courts refrain from enforcing the *Taricco* judgment, the primacy of EU law would be most likely undermined.

On the other hand, the ICC reiterated the counter-limits doctrine as a means of protecting national constitutional identity (judgment no. 183/1973) vis-à-vis EU law in order to prevent the Union institutions form exerting any inadmissible power to violate the fundamental principles of the constitutional order.

A few days after the CJEU handed down the decision, the ICC was thus asked by both the Court of Appeal of Milan and the Supreme Court to rule on whether the doctrine of counter-limits prevented national courts from enforcing the *Taricco* judgment.
The order by which the ICC has now raised a new reference to the CJEU does not specifically take position in this respect. However, it is clear enough that the order constitutes a last, rather polemical cooperative step to avoid a *de plano* ruling that would enforce the counter-limits doctrine to prevent the *Taricco* decision from interfering with the fundamental principle of legality.

3. The view of the ICC on the relationship between EU law and the principle of legality that is behind the order can be summarized with this sentence (p. 3): "*It is not disputed that, when it comes to criminal law, the principle of legality does amount to a supreme principle of the legal order aimed at protecting inviolable rights of individuals to the extent that it requires criminal provisions to be precise* (a profile that the CJEU has not considered at all in *Taricco*) *and it prevents criminal provisions from having any retroactive effects in peius*". Said that, the Court points out that: "*If Article 325 of the Treaty on the Functioning of the European Union results in a legal norm that is contrary to the principle of legality, as noted by the referring ordinary courts, the Constitutional Court will have the duty to prohibit it*".
The ICC is aware that the conflict between Article 325 TFEU and the principle of legality stems from the different understanding of the latter. Even if most of the Member States treat statute of limitation as a purely procedural matter not affecting the principle of legality, the existence of a pretty common view in this regard is binding neither on Italy nor on the European Union. In fact, the statute of limitation is completely unrelated to the scope of application of EU law. Accordingly, no harmonization of the relevant provisions is required and Member States are free to consider statute of limitation as a matter of procedure or substantive criminal law. This point has not even been challenged by the CJEU, whose scope of investigation was limited to Article 49 of the Charter, without prejudice to the national constitutional traditions.
Having clarified that, the ICC focuses on the reasons why a reference to the CJEU is necessary to obtain the correct interpretation of Article 325 TFEU, i.e. of the ruling given in *Taricco*.
The ICC specifies that, in order to be compatible with the Constitution, the "rule of conduct" established by the CJEU must be in accordance with the requirement of precision (*determinatezza*) that is constitutionally-mandated for any criminal law provision. The same, in fact, must be clear and precise, in order to allow individuals to figure out and foresee the consequences of their conduct and to circumscribe judicial discretion as well.
As the same CJEU had highlighted, the principle of legality falls within the category of Member States constitutional traditions as part of the principle of legal certainty.
The assessment to be carried out, in the view of the Court, is twofold.
First of all, is must be determined whether an individual might reasonably foresee, in light of the legal framework in force at the time of his conduct, that Article 325 TFEU would have prevented national courts from applying the national provisions on statute of limitations, provided that the conditions set forth by the *Taricco* judgment were met. The answer of the ICC to this question is clearly a negative one but it is for the CJEU to clarify the correct significance of Article 325 TFEU.
Second, a similar assessment must be carried out on whether the powers of national courts are properly circumscribed when it comes to applying the provisions regarding the statute of limitation. In this respect, the principle of legality does not come into question insomuch as the retroactivity of criminal law provisions is concerned but rather to the extent that the power to amend the existing provisions rests in the hands of legislators and not of judges. According to

the ICC, it is practically impossible that the circumstance that in a significant amount of cases offenders are exempted from punishment as a consequence of the short statute of limitation can be assessed in accordance with the aforesaid constitutional requirements, i.e. without relying on judicial discretion.
In other words, the decision to prosecute a case or to declare the crime time-barred would hinge on a discretionary evaluation –and not on a precise legal requirement- whose outcome may even vary from court to court. Behind the ICC reasoning, it seems that the vagueness of the reference made by the CJEU to the significant amount of cases where crimes are time-barred is meant to be structurally incompatible with the national understanding of the principle of legality.
Thus, even in the case the Court found that statute of limitation must be interpreted as a purely procedural matter, another constitutional obstacle to the enforcement of the *Taricco* judgment might lie with the requirement that the power to determine the content of criminal law provisions (as well as when they apply) rests solely in the hands of legislators and not of judges. The same principle of precision, indeed, is deemed by the Court to be enshrined in Article 49 of the Charter. All the more, then, an assessment on the actual effects of Article 325 must be carried out in this respect.
In this regard, it is worth noting that the ICC bravely expresses the concerns that this interpretation of the principle of legality would most likely be in contrast even with Article 49 of the Charter and with the European constitutional tradition on the limits to judicial discretion.
Having focused on the reasons why a clash occurs between the principle of legality and the *Taricco* ruling, the ICC wonders if the CJEU actually imposed its ruling to be enforced by domestic courts even in case it conflicts with a fundamental principle of the national legal order. The ICC has a clear answer to this question, and it is an absolutely negative one, but nevertheless it has chosen to involve (again) the CJEU in a dialogue, in order to give them the chance, basically, to clarify and, if necessary, revisit the construction of the *Taricco* ruling and avoid a constitutional clash.
According to the ICC, the CJEU in *Taricco* expressly recognized the power for national courts to carry out the assessment on the compatibility of the decision with the constitutional order. On one hand, at para. 53 of the judgment the CJEU has noted that "*if the national court decides to disapply the national provisions at issue, it must also ensure that the fundamental rights of the persons concerned are respected*". On the other one, para. 55 specifies that the disapplication is nevertheless "*subject to verification by the national court*". Then, the key question that the ICC wishes to refer to the CJEU is whether by these statements the CJEU assumed that Article 325 TFEU (and therefore the *Taricco* ruling, in the end) is applicable only provided that it is compatible with the national identity or better, with the constitutional tradition, of the concerned Member State and that is for the competent authority of the said Member State to carry out that assessment. If this interpretation were correct, according to the constitutional judges, there would be no room for a contrast between EU law and the Italian legal order. Accordingly, the reference made by the Court of Appeals of Milan and the Court of Cassation to the ICC would be rejected.

4. Some interesting conclusions can be drawn by the reference by the ICC to the CJEU.
First of all, the ICC seems to have revisited the relationship between primacy of EU law and fundamental rights protection as construed in *Melloni*.
In this respect, the ICC argues that the *Taricco* case is different from the *Melloni* one. In *Melloni* it was questioned whether the domestic legislation was compatible with EU law to the extent that it introduced additional requirements for the execution of an European arrest warrant.

According to the ICC, in that case a different decision by the CJEU would have compromised the unity of EU law, most notably in a field (that of the European arrest warrant) based on mutual trust between Member States and the European Union. On the contrary, the primacy of EU law is not called into question in *Taricco*: the ruling (i.e. the significance of Article 325 TFEU as interpreted by the Court) is not challenged by the ICC but rather the existence of a constitutionally-mandated obstacle to the enforcement of the same is called into question. This obstacle merely lies in the different understanding of the principle of legality. As a consequence of that, EU law does not prevent applying a higher degree of protection like that enshrined in the Italian Constitution, since the same does not impact the primacy of EU law.

This clarification is a very important aid that the ICC is offering to the CJEU. The ICC, in fact, aims at preventing any possible tension surrounding the need to safeguard the primacy of EU law and, generally speaking, the supremacy of the European Union. In the view of the ICC, there is no such burden for the judges sitting in Luxembourg because the ICC expressly excludes that the question to be examined is a matter of primacy and, accordingly, of supremacy of legal orders.

A second significant point relates to the concept of constitutional identity. The ICC has specified that the principles that came into question in *Taricco* deal with the constitutional identity of Member States. However, the ICC particularly emphasizes the importance of the constitutional traditions, including both the national and the European ones. In the view of the ICC, the existence of a common constitutional tradition does not deprive each Member State to adopt a specific understanding of the same principle, most notably where the relevant area of law has not been subject to harmonization. Also in connection to the primacy of EU law, then, there is room for Member States to retain a particular view of constitutional principles without affecting supremacy of the European legal order.

This factor is to a certain degree surprising since what a constitutional court would be expected to object to the application of EU law is that its constitutional identity may be undermined. Instead, the ICC takes a different view and, even without neglecting the relevance (also) of the constitutional identity, it focuses more on the notion of constitutional tradition(s)

In other words, the ICC seems to propose, with regard the constitutional conflict, an alternative language, with regard the protection of the untouchable core of the constitutional legal order, in comparison with identity based language spoken by the German Constitutional Tribunal in, for instance, Gauweiler. It is the language of the necessary protection of constitutional tradition, which turns out to be *by design* a European law concept and for sure is more in line with the actual season of cooperative constitutionalism in Europe. This is another important signal of the cooperation that the ICC wishes to establish with the CJEU. A court willing to contrast the enforcement of EU law and, maybe, even its primacy would have played the game differently, through the stronger defense of the constitutional identity.

Even more interesting the shift, in the ICC reasoning, from the national constitutional tradition to the European one. More precisely, the ICC suggests as that the interpretation of the principle of legality given by the CJEU in *Taricco* may most likely be in contrast with the same Article 49 of the Charter. The ICC has noted that the scrutiny on the compatibility of the *Taricco* "rule of conduct" with the Charter was limited to the profile related to the retroactivity of criminal law, while no argument was made to the extent that the principle of precision of criminal law is concerned. This principle, in fact, is itself a common constitutional tradition among Member States (at least in continental Europe), as long as it prevents judicial interference with law-making, most notably when it comes to criminal law. Leaving courts the power to define a key element of a criminal offense, like allowing courts to prosecute a crime or not depending on

whether crimes are time-barred in a significant amount of cases, would therefore infringe the European constitutional tradition on the principle of legality.
Again the language of the constitutional tradition(s) prevails on that one which focuses on constitutional identity,
The ICC calls the CJEU attention on this point and notes that this interpretation is probably not even compatible with EU law.

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI – SEZIONI UNITE

La concessione della provvisionale richiesta per la prima volta in appello non viola né il principio devolutivo né il divieto di reformatio in peius

Cass., SSUU, sent. 27 ottobre 2016 (dep. 15 dicembre 2016), n. 53153, Pres. Canzio, Est. Montagni

di Enrico Andolfatto

1. Con la sentenza in esame, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno stabilito che «***la sentenza di appello che accolga la richiesta di una provvisionale proposta per la prima volta in quel giudizio dalla parte civile non appellante non viola il principio devolutivo né il divieto di* reformatio in peius**».
La **vicenda processuale** che ha dato luogo all'affermazione di tale principio di diritto è facilmente riassumibile: all'esito di un giudizio abbreviato, il G.I.P. presso il Tribunale di Pavia aveva pronunciato sentenza di condanna per i delitti di cui agli artt. 609-bis e 609-quater c.p.; in assenza di specifica richiesta di provvisionale, lo stesso giudice aveva condannato l'imputato al **risarcimento dei danni** in favore della parte civile, da determinarsi in separato giudizio **ai sensi dell'art. 539, comma I, c.p.p.**. Contro la sentenza di primo grado veniva proposto **appello da parte del solo imputato** ma, nel corso dell'udienza avanti alla Corte d'Appello di Milano, la difesa della parte civile – rappresentando le sopravvenute difficoltà economiche della propria assistita – aveva **chiesto ed ottenuto il riconoscimento di una provvisionale** pari ad € 30.000.
Con l'odierno ricorso per cassazione, la difesa dell'imputato lamenta la **violazione dell'art. 597 c.p.p.** in relazione al divieto di *reformatio in peius*, essendo stata concessa una provvisionale in favore della parte civile senza che quest'ultima proponesse autonomo atto d'appello e, dunque, in violazione del principio devolutivo.
La Terza Sezione della Corte, rilevando un contrasto interpretativo sulla questione sollevata dalla difesa, ha rimesso il ricorso alle Sezioni Unite [1].

2. Il Supremo Collegio osserva immediatamente come **non sia effettivamente delineabile un contrasto giurisprudenziale** in relazione alla specifica questione proposta dalla sezione rimettente, evidenziando – al contrario – come diverse sentenze di legittimità si fossero già concordemente espresse affermando, da una parte, il diritto della parte civile di giovarsi della pronuncia di condanna generica ottenuta in primo grado attraverso una richiesta di provvisionale in appello e, d'altra parte, il dovere per il giudice d'appello di pronunciarsi su tali "inedite" istanze di provvisionale [2].
Le Sezioni Unite, piuttosto, individuano un contrasto con riferimento ad altre **due questioni, prodromiche e strettamente correlate** con quella oggetto del quesito loro rivolto: la prima, relativa alla concedibilità della provvisionale (sia in primo grado che in appello) in assenza di apposita richiesta della parte civile; la seconda, incentrata sulla possibilità per il giudice d'appello di modificare la somma già liquidata a titolo di provvisionale dal giudice di primo grado. Secondo la Corte, le due questioni poc'anzi richiamate coinvolgono problematiche relative all'ambito funzionale del principio devolutivo e del divieto di *reformatio in peius* e,

perciò, assumono sicuro rilievo anche in riferimento al quesito posto all'attenzione delle Sezioni Unite.

3. Le Sezioni Unite, preliminarmente, chiariscono come **la questione qui di interesse non si possa porre nei casi in cui il giudice di primo grado abbia disatteso** l'esplicita richiesta di provvisionale avanzata dalla parte civile **ovvero abbia omesso** di pronunciarsi sulla medesima richiesta: in tali evenienze, la mancata statuizione della provvisionale costituisce un punto della sentenza contro il quale la parte civile interessata avrà l'onere di proporre impugnazione. Su questi presupposti, non si può che osservare come le problematiche in esame trovino spazio solamente nelle differenti occasioni in cui, nel giudizio di primo grado, la questione relativa alla provvisionale non si sia mai affrontata.
Posto ciò, la Suprema Corte provvede a comporre i due contrasti giurisprudenziali da lei stessa evidenziati:
- quanto alla **prima questione**, le Sezioni Unite – richiamando i criteri di interpretazione letterale recentissimamente riepilogati dalla sentenza SSUU Schirru [3] – aderiscono all'orientamento secondo il quale **la concessione della provvisionale *ex officio* deve ritenersi vietata**, evidenziando come il dato normativo dell'art. 539, comma 2, c.p.p. limiti chiaramente il ricorso a tale istituto ai casi di richiesta esplicita della parte civile; tale disposizione, in particolare, dovrà trovare applicazione anche nel giudizio d'appello, in virtù del rinvio operato dall'art. 598 c.p.p.;
- per la soluzione della **seconda questione**, invece, la Corte richiama i principi dell'azione civile nel processo civile [4]: le Sezioni Unite penali, specificamente, ricordano come lo stesso Supremo Collegio, pronunciandosi in sede civile, abbia evidenziato che *«si ha domanda nuova soltanto se si amplia il* petitum *o si introduce nel giudizio una pretesa avente presupposti distinti da quelli di fatto della domanda originaria»* [5] e che, proprio per questo motivo, *«la richiesta di provvisionale non costituisce una nuova domanda, in quanto rientrante nell'ambito della originaria domanda di condanna»* [6]. Su queste basi, dunque, le Sezioni Unite – richiamando anche il principio di immanenza della parte civile nel processo penale [7] – accolgono l'orientamento secondo cui, nel giudizio di appello, la richiesta di modifica (o, similmente, di concessione *ex novo*) della provvisionale **non determina violazione né del principio devolutivo né del diritto di interlocuzione dell'imputato**, il quale avrà sempre e comunque spazio per il contraddittorio: dunque, una decisione del giudice d'appello che accogliesse una richiesta della parte civile nel senso poc'anzi descritto deve senz'altro ritenersi legittima.

4. La Corte, da ultimo, esclude altresì la sussistenza – nei casi di specie – di una violazione del **divieto di *reformatio in peius***, evidenziando come la quasi totalità delle pronunce di legittimità abbia sempre sostenuto che tale divieto sia **riferibile solamente alle statuizioni penali** della sentenza impugnata [8]; questi orientamenti, in particolare, appaiono indiscutibili ricordando che *«nell'ambito del divieto peggiorativo, normativamente definito, si rinvengono diverse ipotesi […] che involgono unicamente le statuizioni penali della decisione»* [9].

[1] L'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite – Cass., sez. III, ord. 27 aprile 2016 (dep. 13 luglio 2016), n. 29398 – è già stata pubblicata dalla *nostra Rivista* il 28 ottobre 2016, in allegato all'informazione provvisoria relativa alla sentenza qui commentata.
[2] I riferimenti sono alle seguenti pronunce: Cass., sez. III, sent. 9 marzo 2016, n. 35570; Cass., sez. I, sent. 2 febbraio 2011, n. 17240; Cass., sez. III, sent. 7 maggio 2015, n. 42684.
[3] Cass., SSUU, sent. 29 settembre 2016 (dep. 7 novembre 2016), n. 46688, già pubblicata dalla *nostra Rivista* con commento – al quale sia consentito il rinvio – di E. Andolfatto, Abolitio criminis *e nuovi illeciti*

puniti con sanzione pecuniaria civile: le Sezioni Unite negano la possibilità per il giudice dell'impugnazione di pronunciarsi sulle statuizioni civili.

[4] Il Supremo Collegio, sul punto, si è premurato di osservare come i principi civilistici debbano ritenersi validi anche nell'ambito dell'azione civile esercitata nel processo penale, pur rammentando le peculiarità della costituzione di parte civile rispetto alla principale disciplina processual-civilistica (cfr. i rinvii operati dalla sentenza in commento a C. Cost. 12/2016).

[5] Così la risalente ma tuttora condivisa Cass. civ., SSUU, sent. 7 aprile 1965, n. 592.

[6] In questo senso, in applicazione della sentenza SSUU civ. 592/1965 poc'anzi richiamata, si è espressa Cass. civ., sez. III, sent. 6 ottobre 1970, n. 1798; le Sezioni Unite, a questo proposito, hanno sottolineato che «*la provvisionale non può essere qualificata come statuzione parziale, definitiva* in parte qua, *[ma] è ontologicamente funzionale a soddisfare le esigenze di anticipazione della liquidazione del danno, in favore della parte civile, insorte per effetto della durata del processo*».

[7] Le Sezioni Unite, con riferimento al principio di immanenza della parte civile, ricordano la pronuncia Cass., SSUU, sent. 10 luglio 2002, n. 30327, secondo la quale il giudice di secondo grado che, su impugnazione del solo Pubblico Ministero, condanni l'imputato assolto in primo grado deve comunque decidere anche sulla domanda risarcitoria originariamente spiegata dalla parte civile; in conseguenza di ciò, la sentenza in commento osserva come «*il principio di immanenza della parte civile* [come delineato dalla sentenza testé richiamata, n.d.a.] *induca a rilevare che l'impugnazione proposta dall'imputato devolve al giudice di appello anche la cognizione sulla domanda risarcitoria*».

[8] Il ricco insieme di rinvii operati dalle Sezioni Unite comprende le seguenti pronunce: Cass., sez. III, sent. 9 marzo 2016, n. 35570; Cass., sez. V, sent. 18 maggio 2015, n. 25520; Cass., sez. III, sent. 7 maggio 2015, n. 42684; Cass., sez. I, sent. 2 febbraio 2011, n. 17240; Cass., sez. VI, sent. 23 settembre 2009, n. 38976; Cass., sez. IV, sent. 11 gennaio 1990, n. 3171.

[9] A questo proposito, giova ricordare il dettato normativo dell'art. 597, comma III, c.p.p., nel quale sono effettivamente enumerate solamente ipotesi relative a statuizioni di carattere penale e non civile: «*Quando appellante è il solo imputato, il giudice non può irrogare una pena più grave per specie o quantità, applicare una misura di sicurezza nuova o più grave, prosciogliere l'imputato per una causa meno favorevole di quella enunciata nella sentenza appellata né revocare benefici, salva la facoltà, entro i limiti indicati nel comma 1, di dare al fatto una definizione giuridica più grave, purché non venga superata la competenza del giudice di primo grado*».

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI – GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ

Si conclude definitivamente il processo ThyssenKrupp

Cass., Sez. IV, sent. 13 maggio 2016 (dep. 12 dicembre 2016), n. 52511, Pres. Izzo, Est. Bellini, Imp. Espenhahn

di Alberto Aimi

1. Con la sentenza in allegato la Suprema Corte di Cassazione **chiude definitivamente il procedimento relativo all'incendio scoppiato nella notte tra il 5 e il 6 dicembre 2007 nell'acciaieria torinese di proprietà della multinazionale tedesca ThyssenKrupp**, nel quale avevano trovato una morte orribile sette operai addetti alla linea di ricottura e decapaggio e del quale erano stati chiamati a rispondere in sede penale l'amministratore delegato e cinque dirigenti della società proprietaria dello stabilimento.
Gli atti del procedimento, dopo la pronuncia di una sentenza di annullamento parziale da parte delle Sezioni unite (già ampiamente commentata su *questa Rivista* [1] e altrove [2]), erano stati tramessi a diversa sezione della Corte d'Assise d'Appello di Torino, investita, questa volta, del delicato compito di rideterminare la pena nei confronti degli imputati conformemente alle deliberazioni dei giudici di legittimità; tuttavia, a seguito di nuova impugnazione da parte delle difese degli imputati, il fascicolo approdava ancora presso le cancellerie della Corte di Cassazione.
Per consentire al lettore di seguire il percorso argomentativo della Suprema Corte, ci sembra opportuno ripercorrere brevemente le fasi essenziali della complicata vicenda processuale in esame.

2. In data 15 aprile 2011, la seconda sezione della Corte di Assise di Torino condannava l'amministratore delegato della società ThyssenKrupp Terni S.p.A. per i delitti di **omicidio volontario** (art. 575 c.p.) e **incendio doloso** (art. 423 c.p.) – commessi con dolo eventuale – rimproverando a quest'ultimo di aver preso la decisione di posticipare i necessari investimenti antincendio, omettendo «*una adeguata e completa valutazione del rischio incendio*», «*una effettiva organizzazione dei percorsi informativi e formativi nei confronti dei lavoratori*» e l'installazione di un «*sistema automatico di rivelazione e spegnimento incendi*», e così cagionando la morte dei sette lavoratori attinti dalle fiamme [3].
I giudici di primo grado, inoltre, riconoscevano la responsabilità di cinque altri dirigenti della società per i meno gravi delitti di **omicidio colposo** (art. 589 c.p.) e **incendio colposo** (artt. 423, 449 c.p.) – entrambi aggravati dalla previsione dell'evento (art. 61 n. 3 c.p.) – per avere omesso, nell'esercizio delle rispettive funzioni, di sottolineare l'esigenza di adottare le necessarie misure di prevenzione degli incendi presso lo stabilimento *de quo*.
Veniva, infine, riconosciuta la responsabilità di tutti e sei gli imputati anche per il delitto di **omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro**, aggravato dalla **verificazione dell'evento di disastro e infortuni** (art. 437 comma 2 c.p.), per aver omesso, «*nell'ambito delle rispettive attribuzioni e competenze [...] di adottare un sistema automatico di rivelazione e spegnimento incendi*» nella linea di ricottura e decapaggio nella quale era scoppiato l'incendio.

Riconosciuta la sussistenza del **vincolo della continuazione** tra i vari reati (art. 81 co. 2 c.p.), all'amministratore delegato veniva inflitta la pena di 16 anni e sei mesi di reclusione, mentre a cinque altri dirigenti venivano irrogate pene comprese tra 13 anni e 6 mesi di reclusione e 10 anni e 10 mesi di reclusione.
Successivamente, in data 28 febbraio 2013, parzialmente persuasi dagli argomenti delle difese degli imputati, i giudici della prima sezione della Corte di Assise di Appello di Torino riqualificavano i fatti contestati all'A.D. nei delitti di **omicidio colposo** e **incendio colposo**, entrambi aggravati dalla previsione dell'evento, ritenendo assorbito, per tutti gli imputati, il delitto di incendio colposo nel delitto di **omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro**, aggravato dalla **verificazione dell'evento di disastro e infortuni** (art. 437 comma 2 c.p.), per l'operare del «*principio di specialità*» [4].
Le pene inflitte per i due delitti – secondo i giudici d'appello, in **concorso formale** tra loro (art. 81 co. 1 c.p.) – venivano così rideterminate in dieci anni di reclusione per l'A.D. e in un range compreso tra i sette e i nove anni di reclusione per gli altri imputati.

3. In data 24 aprile 2014, infine, la sentenza d'appello veniva a sua volta parzialmente annullata dalla Corte di Cassazione a Sezioni unite, con sentenza dalla motivazione assai articolata e discussa.
In particolare, per quanto qui interessa, pur condividendo nella sostanza le conclusioni della sentenza d'appello con riferimento alla qualificazione dei fatti contestati all'amministratore delegato come omicidio e incendio colposi, i giudici di legittimità negavano innanzitutto che potesse dirsi integrata l'ipotesi **aggravata** del delitto di **omissione dolosa contro infortuni sul lavoro**. Secondo le Sezioni Unite, infatti, **non poteva dirsi provato che l'adozione della singola misura cautelare posta a fondamento dell'imputazione *ex* art. 437 c.p.** – ossia, la **realizzazione di un impianto antincendio automatico nella linea di ricottura e decapaggio – avrebbe evitato il verificarsi dell'incendio realizzatosi nella tragica notte del 5 dicembre 2007**. Secondo le Sezioni Unite, infatti, «*ove pure a Torino si fosse proceduto con [...] celerità [...] l'impianto non sarebbe stato certamente ultimato nel dicembre 2007*», ma, al più presto, «*a metà del 2009, cioè oltre un anno dopo i drammatici eventi*» oggetto del procedimento.
Da tale conclusione, ad opinione della Suprema Corte, derivava in primo luogo la riacquisizione di autonomia del delitto di **incendio colposo** di cui agli artt. 423, 449 c.p. in luogo del suo «assorbimento del reato di incendio nella originaria fattispecie aggravata» di cui al secondo comma dell'art. 437 c.p.
In secondo luogo, a differenza di quando ritenuto dai giudici d'appello, il delitto di **omissione dolosa di cautele** non doveva più considerarsi in rapporto di **concorso formale** con quello di **omicidio colposo** (art. 589 c.p.), posto che «*mentre il reato di cui all'art. 437 è caratterizzato dalla dolosa omissione di una specifica cautela doverosa, quello di omicidio colposo [...] discende da una fitta serie di condotte colpose*», nonché «*a maggior ragione*» proprio «*per l'effetto dell'esclusione dell'aggravante di cui al già richiamato capoverso dell'art. 437*» c.p.
Dovevano invece considerarsi, «*certamente tra loro in **concorso formale***», poiché «espressione dei medesimi fatti» i reati di **incendio colposo** e **omicidio colposo**.
S'imponeva, dunque, la trasmissione degli atti ad altra sezione della Corte d'Assise di Appello di Torino per la rideterminazione della pena in ordine **a ciascuno dei tre reati** – omicidio colposo plurimo, omissione dolosa di cautele (esclusa l'aggravante di cui al secondo comma) e incendio colposo – dei quali gli imputati erano ormai dichiarati definitivamente responsabili.

4. Chiamati ad occuparsi del procedimento, i giudici del rinvio **confermavano**, innanzitutto, le pene originariamente inflitte dalla prima sezione della Corte d'Assise di Appello di Torino con

riferimento al delitto di **omicidio colposo** (plurimo), assumendo che la stessa non fosse stata oggetto di intervento censorio da parte della Corte di Cassazione e, in subordine, ritenendola comunque condivisibile; infine, operati gli aumenti e le addizioni rispettivamente dovuti in ragione del concorso formale con il reato di **incendio colposo** e del concorso materiale con quello di **omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro**, condannavano gli imputati a pene comprese tra nove anni e otto mesi e sei anni e otto mesi di reclusione.
La sentenza pronunciata dal giudice del rinvio veniva, però, nuovamente impugnata dagli imputati che lamentavano, tra l'altro, la **mancata riduzione della pena inflitta per il delitto di omicidio colposo**.
In particolare, ad avviso delle difese, l'esclusione dell'aggravante della verificazione del disastro prevista dall'art. 437 co. 2 c.p., in ragione dell'irrilevanza, sul piano causale, dell'omessa predisposizione di un sistema automatico di rivelazione e spegnimento incendi ai fini dell'impedimento dell'evento, avrebbe dovuto necessariamente comportare anche una correlativa diminuzione di pena inflitta per il delitto di omicidio colposo.
Infatti, la conclusione delle Sezioni Unite, secondo le quali una delle numerose negligenze di cui gli imputati si erano resi responsabili – l'omessa installazione di un impianto antincendio automatico – non aveva assunto alcuna rilevanza sul piano causale ai sensi dell'art. 437 co. 2 c.p., **avrebbe in buona sostanza "eliso" un addebito di colpa che, assieme ad altri, era stato posto alla base della valutazione relativa al «gravità del reato» (art. 133 c.p.) nella commisurazione della pena per il delitto di omicidio colposo in grado d'appello**.
Posto, insomma, che la pena inflitta dai giudici di appello era stata originariamente parametrata tenendo conto anche di un profilo di negligenza successivamente ritenuto **irrilevante** dalla Corte di Cassazione **già sul piano della causalità materiale**, sarebbe sorta la logica necessità di una corrispettiva diminuzione di pena anche per il delitto di cui all'art. 589 c.p.

5. Con la sentenza in esame, la Corte di Cassazione **rigetta tutte le doglianze degli imputati**, in particolare soffermandosi sul rapporto tra dosimetria sanzionatoria per il delitto di omicidio colposo ed esclusione, da parte delle Sezioni Unite, della rilevanza causale dell'omessa predisposizione di un impianto automatico antincendio con riferimento alla verificazione del tragico incendio nella linea di ricottura e decapaggio.
Nel rigettare le tesi difensive, la Suprema Corte sottolinea innanzitutto le differenze strutturali tra il delitto di omissione dolosa di cautele (art. 437 c.p.) e omicidio colposo, negando la sussistenza di qualunque «*rapporto interferenziale*» tra la sussistenza dell'aggravante di cui all'art. 437 c.p. e «*il diverso delitto di cui all'art. 589 c.p.*», sottolineando come nella sentenza delle Sezioni Unite fosse stato escluso **soltanto il nesso «*tra la condotta ipotizzata come doverosa* [la realizzazione di un impianto antincendio automatico nella linea di ricottura e decapaggio: n.d.a.] *con l'evento aggravante di cui all'art. 437 secondo comma c.p.*» e non tra questa e l'evento rilevante ai sensi dell'art. 589 c.p.**, che costituirebbe invece un «*esito eziologico del tutto estraneo*», il cui «*evento naturalistico*» rimarrebbe «*comunque legato ad una serie di inosservanze in ordine alla predisposizione di misure precauzionali anche preventive (tra cui una dolosa omissione di cautela obbligatoria)*».
Infine – aggiunge *ad abundantiam* il giudice di legittimità – **anche «*qualora una delle condotte ascritte come causalmente efficienti rispetto all'evento di cui all'art. 589 c.p. fosse risultata esclusa [...], residuerebbero una serie di violazioni di regole cautelari nel settore antinfortunistico [...] tali da escludere qualsiasi rilievo [...] di minore gravità del fatto reato ascritto*»**.
In conclusione, insomma, l'accertamento riguardo «*alla assenza di relazione eziologica tra la dolosa omissione della cautela e l'evento disastroso [...] non influisce in alcuna maniera [...] sul trattamento*

sanzionatorio che deve essere determinato» per il delitto di cui all'art. 589 c.p. «*a seguito dell'annullamento parziale*».

6. Sia consentito, a questo punto, abbozzare alcune succinte osservazioni sulla sentenza in epigrafe.
Per cominciare, è pur vero che nella sentenza delle Sezioni Unite **si esclude espressamente soltanto la sussistenza del nesso eziologico tra omessa predisposizione di un impianto antincendio** e gli eventi di infortuni o di disastro di cui all'art. 437 co. 2 c.p.; ma è del tutto evidente che **tale esclusione non può non valere anche rispetto all'evento 'morte di più persone' di cui all'art. 589 co. 3 c.p.**
Ove così non fosse, bisognerebbe ritenere che **l'attivazione tempestiva dell'impianto antincendio non avrebbe potuto impedire il verificarsi dell'incendio, ma, al tempo stesso, avrebbe potuto evitare il realizzarsi delle morti cagionate... proprio dal verificarsi dell'incendio**. Una conclusione, quest'ultima, che, prima che alla logica giuridica, si pone di traverso alla logica aristotelica: è evidente, infatti, che **una condotta che non sarebbe valsa a evitare la verificazione di un evento A (l'incendio) essenziale nella catena causale che porta alla verificazione di un evento B (le morti degli operai), non può considerarsi causale nemmeno rispetto all'evento B**.
D'altra parte, solo in questa prospettiva si spiega perché le Sezioni Unite abbiano **escluso il concorso formale tra omissione dolosa di cautele e omicidio colposo**, optando così implicitamente per un mero concorso *materiale* tra le due violazioni. Se, infatti, le Sezioni Unite avessero realmente considerato la mancata predisposizione dell'impianto antincendio causale rispetto all'evento di cui all'art. 589 c.p., avrebbero dovuto riconoscere un concorso *formale* (e non già materiale) tra questo reato e quello di omissione di cautele, perché la *medesima condotta* – la mancata installazione dell'impianto antincendio – sarebbe stata tipica sia ai sensi dell'art. 589 c.p., sia ai sensi dell'art. 437 co. 1 c.p.
Chiarissima, sul punto, la divergenza di opinioni tra le Sezioni Unite e i primi giudici d'appello, che, proprio avendo ritenuto causalmente rilevante rispetto agli eventi di cui all'art. 589 c.p. anche la condotta costituita dalla mancata predisposizione dell'impianto antincendio, avevano riconosciuto il concorso formale tra il delitto di omicidio colposo e quello di cui all'art. 437 c.p., e avevano commisurato la pena da infliggersi agli imputati precisando come «***nell'imputazione di omicidio colposo» fosse «stata ricompresa anche la condotta di mancata adozione di misure di protezione,* genus *in cui si può ricomprendere anche la mancata installazione dell'impianto antincendio***».

7. Se, dunque, la relazione causale tra omessa predisposizione dell'impianto e verificazione degli eventi mortali è stata almeno implicitamente esclusa dalle Sezioni Unite, sembra quanto meno **discutibile** la decisione dei giudici del rinvio – avallata ora, come si è detto, dalla Cassazione – di **non diminuire la pena inflitta agli imputati per il delitto di omicidio colposo plurimo**, pur a fronte dell'eliminazione – ad opera delle Sezioni Unite – di uno degli addebiti (forse il più importante, e comunque quello attorno al quale era stata costruita l'ipotesi d'accusa) su cui si fondava l'imputazione di omicidio doloso plurimo, poi derubricata nella corrispondente figura colposa.
È evidente, infatti, che **una condotta ritenuta irrilevante, sul piano causale, ai fini dell'impedimento della verificazione di un determinato evento, non può integrare un addebito di colpa, né, conseguentemente, essere presa in considerazione sul piano della commisurazione della pena inflitta per il corrispondente delitto colposo d'evento**.

Contrariamente a quanto sostiene la Suprema Corte nella sentenza in commento, ci sembra d'altra parte pacifico che **nella commisurazione della pena nell'ambito del delitto colposo si debba tenere conto anche del numero delle violazioni cautelari riscontrate**: sembrerebbe, infatti, contrario al buon senso condannare alla stessa pena chi – poniamo – abbia cagionato la morte di un soggetto perché guidava a velocità superiore a quella consentita, e chi abbia provocato un incidente mortale non solo superando i limiti di velocità, ma essendo altresì ubriaco e procedendo in senso contrario a quello consentito. In un caso siffatto, qualora emergesse all'esito del giudizio di legittimità che l'incidente mortale sia stato causato dal solo superamento dei limiti di velocità, dovendosi invece escludere ogni ulteriore addebito di colpa, sarebbe del tutto ragionevole aspettarsi una rideterminazione verso il basso della pena, originariamente inflitta anche sulla base del fatto che l'improvvido autista si era posto alla guida ubriaco e in senso contrario a quello consentito.

Non si può non rilevare allora come, nel caso qui in esame, la conferma della pena inflitta dal giudice d'appello da parte del giudice del rinvio **si sia posta in tensione con il divieto di *reformatio in peius***. Infatti, è chiaro che, analogamente al caso in cui venga confermata la pena a seguito dell'eliminazione di un'aggravante o di un reato concorrente (ove, come già limpidamente aveva osservato Cordero, «risulterebbe accresciuta la pena-base o l'applicata al reato superstite», essendo «aritmeticamente impossibile n = (n + p), dove p sia un numero diverso dallo 0» [5]), **infliggere la medesima pena a fronte dell'elisione di un determinato addebito di colpa equivale in sostanza ad aumentare la pena inflitta per i rimanenti addebiti di negligenza**.

E ciò in contrasto con l'esplicita indicazione delle Sezioni Unite, che pure avevano limpidamente disposto: «*le sanzioni già inflitte non potranno essere aumentate*».

[1] *Cfr.* A. Aimi, *Il dolo eventuale alla luce del caso ThyssenKrupp*, in *Dir. pen. cont.*, 6 novembre 2014, nonché in AA.VV., Il libro dell'anno del diritto 2015, Roma 2015, 127 ss.; A. Cappellini, *Il dolo eventuale e i suoi indicatori: le Sezioni Unite Thyssen e il loro impatto sulla giurisprudenza successiva*, in *Dir. pen. cont.*, 4 giugno 2015; S. Raffaele, *La rappresentazione dell'evento al confine tra dolo e colpa: un'indagine su rischio, ragionevole speranza e indicatori "sintomatici"*, in *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, 4/2015, p. 402 ss.

[2] *Cfr.*, senza nessuna pretesa di completezza, R. Bartoli, *Luci ed ombre della sentenza delle Sezioni unite sul caso "Thyssenkrupp"*, in *Giur. it*, 2014, 11, pp. 2566 ss.; G. De Francesco, *Dolo eventuale e dintorni: tra riflessioni teoriche e problematiche applicative*, in *Cass. pen.*, 2015, 12, 4624 ss.; G. De Santis, *Il dolo eventuale come adesione volontaria alla lesione del bene: le SS.UU. "Thyssen" e il commiato dalla formula dell'accettazione del rischio*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 2, 640 ss.; F. De Vero, *Dolo eventuale e colpa cosciente: un confine tuttora incerto. Considerazioni a margine della sentenza delle Sezioni Unite sul caso ThyssenKrupp*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1, 77 ss.; G. Di Biase, *Il nuovo volto del dolo eventuale, tra criterio del bilanciamento e prima formula di Frank. Genesi della pronuncia a Sezioni Unite sul caso Thyssen Krupp e suo recepimento da parte della giurisprudenza successiva*, in *Ind. pen.*, 2015, 3, 388 ss.; L. Eusebi, *Formula di Frank e dolo eventuale in Cass. S.U., 24 aprile 2014 (ThyssenKrupp)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 2, 623 ss.; L. Facchini, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Studium iuris*, 2014, 12, 1457 ss.; G. Fiandaca, *Le Sezioni unite tentano di diradare il "mistero" del dolo eventuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 4, 1938 ss.; F.V. Rinaldi, *Le Sezioni Unite sul caso ThyssenKrupp: la linea di confine tra dolo eventuale e colpa cosciente tra teoria e prassi*, in *Giust. pen.*, 2016, 1, II, 21 ss.; M. Romano, *Dolo eventuale e Corte di cassazione a sezioni unite: per una rivisitazione della c.d. accettazione del rischio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 2, 559 ss.; M. Ronco, *La riscoperta della volontà nel dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 4, 1953 ss.; G. Stea, "Tertium genus" *tra dolo e colpa in uno sguardo comparativo e nelle soluzioni delle Sezioni Unite*, in *Riv. pen.*, 2015, 3, 209 ss.; K. Summerer, *La pronuncia delle Sezioni unite sul caso Thyssen Krupp. Profili di tipicità e colpevolezza al confine tra dolo e colpa*, in *Cass. pen.*, 2015, 2, 490 ss.

[3] Così, C. Ass. Torino, Sez. II, 11 novembre 2011, Espenhahn, in *questa Rivista*, 18 novembre 2011 con annotazione di S. Zirulia, *ThyssenKrupp, fu omicidio volontario: le motivazioni della Corte d'Assise*.

[4] Così, C. Ass. App. Torino, 23 maggio 2013, n. 6, Espenhahn, in *Dir. pen. cont.*, 3 giugno 2013, con annotazione di S. Zirulia, *ThyssenKrupp: confermate in appello le condanne, ma il dolo eventuale non regge*.
[5] Così, appunto, F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2003, 1132. *Contra*, sulla questione della *reformatio in peius* in caso di annullamento di una circostanza aggravante, con motivazione clamorosamente *contra legem*, Cass., Sez. un., 18 aprile 2013, n. 33742, Papola, in *questa Rivista*, 21 ottobre 2013, con nota di G. Romeo, *Le Sezioni Unite sul divieto di* reformatio in peius.

* * * * *

Aborti illegali presso lo studio privato di un medico ospedaliero: concussione, induzione indebita, o truffa?

Cass. Sez. VI, 15.11.2016 (dep. 16.12.2016), Pres. Rotundo, Est. Capozzi, ric. Cocivera

di Gian Luigi Gatta

1. La sentenza annotata affronta un interessante caso, che sembra porsi al crocevia tra **concussione** (art. 317 c.p.), **induzione indebita a dare o promettere utilità** (art. 319 *quater* c.p.) e **truffa** aggravata perché commessa da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio (art. 640 c.p.).
Questo **il fatto oggetto del giudizio**: un dirigente medico in servizio presso il reparto di ginecologia di un ospedale pubblico specula sui tempi della procedura legale di **interruzione volontaria della gravidanza** – essendo uno dei due soli sanitari non obiettori di coscienza – prospettando difficoltà organizzative e lungaggini in modo da **spingere donne in stato di gravidanza, che avevano necessità di abortire in tempi contenuti, ad un aborto illegale (clandestino) a pagamento presso il proprio studio** privato, in assenza delle prescritte autorizzazioni.

2. Diciamo subito che la sentenza annotata, resa nell'ambito di un procedimento cautelare, ha ritenuto corretta la qualificazione del fatto come **concussione** (art. 317 c.p.), escludendo tanto l'induzione indebita, quanto la truffa: nella vicenda in esame le donne, lungi dall'essere complici del medico – secondo una logica di tipo negoziale propria della nuova fattispecie di induzione indebita, riconducibile al *genus* della corruzione –, e lungi dall'essere indotte in errore sul carattere indebito delle dazioni di denaro (truffa) – sarebbero state **'costrette' a pagare gli aborti illegali** "per non esporsi al rischio…di un disvelamento dello stato di gravidanza con conseguente compromissione del rapporto con il partner, di reazione da parte dei parenti e/o di impossibilità di abortire nel termine legale di novanta giorni".
A sostegno di questa soluzione, la S.C. richiama ampiamente la **sentenza Maldera**, con la quale le Sezioni Unite della Cassazione, nel 2013, si sono notoriamente espresse sui criteri discretivi tra concussione e induzione indebita, individuati, almeno di regola, nella dicotomia **minaccia (concussione)-non minaccia (induzione indebita)** e nel parallelo binomio **danno ingiusto (concussione)-vantaggio indebito (induzione)**. Come il lettore ricorderà, secondo le S.U. si configura la concussione se, abusando di qualità o poteri, l'agente pubblico, attraverso una minaccia, cioè la prospettazione di un danno ingiusto, costringe alla promessa o alla dazione dell'indebito il privato, che agisce (essendovi *costretto*) nella prospettiva di evitare, appunto, quel danno ingiusto. Viceversa, si profila un'indebita induzione – con responsabilità penale da

entrambi i lati – se l'agente pubblico, abusando dei suoi poteri o delle sue qualità, con forme di pressione psichica diverse dalla minaccia (suggestione, persuasione, etc.) induce alla promessa o alla dazione dell'indebito il privato, che agisce spinto dalla prospettiva di conseguire un indebito vantaggio, rendendosi così corresponsabile di un fatto il cui disvalore è analogo (per quanto inferiore) a quello della corruzione. Nei casi difficili poi – quando come spesso accade sono compresenti le prospettive di evitare un danno ingiusto e di conseguire un vantaggio indebito – si tratterà secondo le S.U., piatti della bilancia alla mano, di valutare di volta in volta quale risulti la prospettiva prevalente, che ha mosso il privato.
Torniamo ora al caso affrontato dalla sentenza annotata e proviamo a leggerlo attraverso i criteri-Maldera. Orbene, va subito detto, in accordo con la S.C., che l'**induzione ex art. 319 *quater* c.p.** – con conseguente corresponsabilità delle gestanti – non pare configurabile: manca infatti nella vicenda, per come emerge dalla sentenza annotata, la prospettiva di un indebito vantaggio. Le donne, vittime del medico, avevano infatti diritto all'interruzione della gravidanza, presso la struttura pubblica alla quale si erano rivolte in tempo; pagando l'indebito non hanno mirato a conseguire più del dovuto. La **concussione** potrebbe invece essere affermata nella misura in cui si dovesse accertare – all'esito del giudizio di cognizione – che il medico ha minacciato alle partorienti un **danno ingiusto**, mettendole spalle al muro davanti all'alternativa tra non effettuare l'interruzione della gravidanza alla quale *ex lege* avevano diritto (entro i primi novanta giorni), ovvero effettuarla privatamente e in via clandestina, pagando l'indebito ("o abortisci clandestinamente presso il mio studio privato, pagandomi, o non ti farò abortire in tempo nella struttura pubblica che gestisco" – ad es. perché ti farò arbitrariamente aspettare facendo così decorrere i primi novanta giorni di gravidanza, cioè il periodo entro il quale la legge ne consente l'interruzione volontaria).

3. Senonché nella vicenda in esame, per come ricostruita in via indiziaria nel giudizio cautelare, una vera e propria minaccia – un comportamento marcatamente prevaricatore e sopraffattorio del medico – sembrerebbe assente. Le partorienti sarebbero infatti state 'dirottate' verso lo studio privato del medico non con la violenza morale bensì attraverso l'**inganno**, costituito dalla **falsa rappresentazione di ostacoli organizzativi presso la struttura pubblica**; ostacoli che, a detta di un primario ivi operante, "erano insussistenti in quanto il protocollo operativo consentiva una certa elasticità al fine di venire incontro alle variegate istanze delle gestanti". Questa circostanza, valorizzata dalla difesa dell'imputato nei motivi di ricorso, se comprovata nel giudizio di cognizione, sembrerebbe parlare a favore della configurabilità della truffa, piuttosto che della concussione.
Di diverso avviso è tuttavia la sentenza annotata, che da un lato, come si è detto, esclude la truffa affermando che, per quel reato, è necessaria l'induzione in errore circa la doverosità delle somme o delle utilità oggetto di dazione o promessa – insussistente nel caso di specie – e, dall'altro lato, afferma la configurabilità della concussione richiamando sì la sentenza Maldera, ma non gli anzidetti criteri principali, bensì **uno dei criteri residuali individuati dalle Sezioni Unite** (§ 21 della motivazione) per alcuni casi 'border-line' ritenuti affini a quello in esame: "**il confronto e il bilanciamento tra i beni giuridici coinvolti nel conflitto decisionale**: quello oggetto del male prospettato e quello la cui lesione consegue alla condotta determinata dall'altrui pressione". Può infatti accadere che il privato, "pur avendo ottenuto un trattamento preferenziale, si sia venuto sostanzialmente a trovare in **uno stato di vera e propria costrizione, assimilabile alla coazione morale di cui all'art. 54, comma 3 c.p.**". E ciò vuoi perché – si legge sempre nella sentenza annotata, che a sua volta richiama la sentenza Maldera – il privato "**intende preservare un proprio interesse di rango particolarmente elevato**" (come nel **caso del cardiopatico** che paga un primario di cardiologia per un intervento 'salva-vita', da eseguirsi

personalmente e con precedenza su altri pazienti), vuoi perché, per tutelare un proprio interesse (ad es., la permanenza nel territorio dello Stato, da parte di uno straniero), il privato stesso **sacrifica con la prestazione indebita un bene strettamente personale** di particolare valore (come nel ***leading-case* della prostituta** extracomunitaria che, per non essere identificata ed espulsa, in quanto irregolare, cede alla richiesta di un rapporto sessuale da parte dell'agente di polizia che l'ha fermata per un controllo).
Senonché il caso della donna costretta a pagare il medico per praticare privatamente un aborto clandestino – avendo diritto a un aborto lecito, da parte di quello stesso medico – è a ben vedere diverso da quelli anzidetti – in particolare, a quello del cardiopatico: **manca infatti nella donna, allorché paga il medico, la prospettiva di conseguire un indebito vantaggio**. Il caso qui in esame sarebbe analogo a quelli considerati dalla sentenza Maldera se il medico avesse prospettato alle donne il pagamento di una tangente per saltare una lista d'attesa e praticare così l'aborto entro i novanta giorni dalla gravidanza ma in tempi più brevi (il giorno successivo, in ipotesi). In un simile caso, nella condotta delle gestanti sarebbe ravvisabile il disvalore proprio di una forma minore di corruzione – qual è l'induzione indebita *ex* art. 319 *quater* c.p. – che, in base al richiamato criterio residuale della sentenza Maldera, ben potrebbe risultare non punibile invocando lo stato di necessità *ex* art. 54 c.p. (in senso conforme v. ad es., in dottrina, F. Viganò, *I delitti di corruzione nell'ordinamento italiano: qualche considerazione sulle riforme già fatte, e su quel che resta dare*, in *Dir pen. cont. – Riv. trim.*, 2014, n. 3-4, p. 21 s.). Sembra infatti **ragionevole qualificare come "interesse di rango particolarmente elevato" (correlato a un 'danno grave alla persona') quello all'interruzione volontaria della gravidanza**, ancor più, come nel caso di specie, da parte di donne che si trovino nelle condizioni per ricorrere all'aborto legalmente. E' certamente un interesse di rango minore rispetto a quello alla vita – oggetto del caso del 'cardiopatico' – ma nondimeno è indubbiamente rilevante e giuridicamente apprezzabile, come la legge stessa sull'aborto sta a dimostrare.

4. Nel caso oggetto della sentenza annotata, tuttavia, le ragioni dell'irrilevanza penale della dazione del denaro al medico, da parte delle gestanti, vanno verosimilmente cercate altrove. Decisiva, come detto, è l'assenza della prospettiva di conseguire un indebito vantaggio; una circostanza, questa, che nella vicenda in esame fa fallire il **test di ragionevolezza della punizione del privato**, escludendo la configurabilità dell'induzione indebita, senza necessità di invocare a tal fine il richiamato criterio residuale della sentenza Maldera, fondato sulla logica dello stato di necessità. Quel criterio, infatti, secondo le stesse S.U., opera solo in caso di compresenza tra danno ingiusto e indebito vantaggio.
Se ciò è vero – assodato in altri termini che, nella vicenda in esame, le donne hanno la veste delle vittime – resta da stabilire se il fatto è inquadrabile nella **concussione**, piuttosto che nella **truffa** aggravata *ex* art. 61, n. 9 c.p. perché commessa con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti una pubblica funzione o a un pubblico servizio. Decisivo sarà qui, nel giudizio di cognizione, l'**accertamento delle modalità della condotta** e, in particolare, degli esatti termini nei quali è stata prospettata alle gestanti la via dell'aborto presso lo studio privato del medico.
La **concussione**, come si è detto, è configurabile solo in presenza di **una vera e propria minaccia**, per quanto implicita. Sarebbe questo il caso, in ipotesi, se si accertasse il carattere chiaramente pretestuoso delle difficoltà organizzative prospettate dal medico nella struttura pubblica, dietro alle quali si è celata una minaccia implicita (*"o mi paghi o faccio sorgere io quelle difficoltà organizzative, in realtà inesistenti"*).
La **truffa** aggravata è invece configurabile se si accerta l'effettiva *induzione in errore delle gestanti sull'esistenza delle suddette difficoltà organizzative*, ritenute reali per effetto della posizione e della

condotta del medico. In questa diversa prospettiva, per effetto dell'inganno, che il medico ha potuto realizzare abusando dei suoi poteri di natura pubblicistica, le donne hanno compiuto un atto di disposizione patrimoniale per esse dannoso, procurando cosi al medico stesso un ingiusto profitto. Alla configurabilità della truffa, d'altra parte, non sarebbe di ostacolo il perseguimento di un fine illecito da parte delle donne (l'aborto clandestino), essendo configurabile la **truffa in atti illeciti** (cfr. Cass. Sez. I, 27 settembre 2013, n. 42809, Paterlini, CED 257296: "Quando l'agente si è procurato un ingiusto profitto in danno di altri, ponendo in essere artifici e raggiri che abbiano indotto in errore la vittima, il delitto sussiste anche nell'ipotesi in cui il soggetto passivo abbia agito motivato da fini illeciti, poiché in tal caso non viene meno l'oggettività giuridica della fattispecie, costituita dall'esigenza di tutela del patrimonio altrui e della libertà del consenso nei negozi patrimoniali. (Fattispecie in cui alcuni cittadini extracomunitari, non in regola con le norme sulla permanenza di stranieri nel territorio dello Stato, erano stati indotti a pagare somme di denaro da soggetti falsamente spacciatisi per funzionari pubblici al fine di ottenere il rilascio di validi documenti di soggiorno)". Non sembra decisiva nemmeno, al fine di escludere a truffa, la circostanza – sottolineata dalla sentenza annotata – della consapevolezza delle gestanti circa il carattere indebito delle dazioni di denaro al medico. L'inganno rilevante, nel caso di specie, sembrerebbe quello relativo agli ostacoli organizzativi per l'esecuzione degli aborti nella struttura pubblica; è questo l'inganno che determina il dirottamento delle gestanti verso lo studio privato del medico. Le dazioni di denaro, alla luce di quell'inganno, non si presentano più alle gestanti come 'indebite', bensì, come corrispettivi per prestazioni illecite (gli aborti clandestini).
Concludendo, nel caso in esame si tratta di capire in sostanza – attraverso l'accertamento delle effettive modalità della condotta – **se il disvalore del fatto si colloca nell'orbita patrimoniale della truffa, per quanto aggravata dall'abuso dei poteri/doveri di natura pubblicistica, oppure nella più grave dimensione dell'offesa alla P.A.** arrecata dal medico con una condotta non già decettiva bensì sopraffattoria. Senza dimenticare per inciso che, accanto a questa alternativa, si pone il diverso problema – estraneo all'oggetto della sentenza annotata – relativo al disvalore degli aborti clandestini e alla relativa rilevanza penale della condotta del medico e delle stesse gestanti ai sensi della **l. n. 194/1978**.

* * * * *

Indottrinare al martirio non è reato di associazione con finalità di terrorismo

Cass., Sez. V, sent. 14 luglio 2016 (dep. 14 novembre 2016), n. 48001, Pres. Lapalorcia, Rel. Zaza, Ric. Hosni ed altri

di Riccardo Bertolesi

1. "Indottrinare al martirio non è reato" [1]: questo il titolo di alcuni articoli comparsi su importanti testate giornalistiche relativi ad una pronuncia della Cassazione Penale [2] che ha assolto dal reato di associazione con finalità di terrorismo quattro persone residenti in Andria, tra cui Hachemi Ben Hassen Hosni, imam della moschea locale [3].
Decisiva per giudici di legittimità la considerazione che, ai fini della sussistenza della fattispecie di cui all'art. 270 *bis* c.p., occorre dare prova della creazione di una **struttura criminale idonea a**

mettere in opera gli atti terroristici, "***non essendo sufficiente una mera attività di proselitismo ed indottrinamento***, *finalizzata ad inculcare una visione positiva del martirio per la causa islamica e ad acquisire generica disponibilità ad unirsi ai combattenti in suo nome*".

2. Procediamo però con ordine. Nell'aprile 2013, Hachemi Ben Hassen Hosni, Mohsen Hammami, Nour Ifaoui, Hamdi Chamari e Khairredine Romdhane Ben Chedli, venivano arrestati con l'accusa di avere costituito un'associazione con finalità di terrorismo operante nella città di Andria. Da un'indagine svolta dagli inquirenti nel corso dell'anno 2009 e condotta attraverso intercettazioni sui telefoni degli indagati emergeva che i predetti svolgevano un'attività di proselitismo volta a rendere altri cittadini di religione islamica disponibili al martirio, inteso come esaltazione e ricerca della morte insieme al maggior numero possibile di infedeli.
Più precisamente, l'intercettazione di alcune conversazioni accertava che gli indagati:
- adibivano un *call center* gestito da Hachemi Ben Hassen Hosni e la moschea di Andria, ove lo stesso predicava, a luoghi in cui svolgere la loro opera di 'indottrinamento'.
- si riunivano all'interno del *call center* ed utilizzavano i computer presenti per connettersi con siti di area *jihadista* e per scaricare filmati su attentati e scene di guerra, documenti illustrativi della preparazione di armi ed esplosivi, informazioni sulla modalità con cui raggiungere luoghi di combattimento e su come trasmettere in rete messaggi criptati.
- avevano nella loro disponibilità documenti falsi destinati a consentire la permanenza illegale di immigrati clandestini in Italia.
- esprimevano frequentemente odio verso la popolazione ebraica, l'ambiente di vita in Italia e l'attività svolta dagli immigrati di fede islamica.
- facevano riferimento all'esistenza di un "gruppo" (termine che – secondo le dichiarazioni di un collaboratore di giustizia – è usato per indicare una "cellula" collegata ad ambienti estremistici).

3. All'esito del giudizio celebrato con rito abbreviato, il 29 settembre 2014, il GUP del Tribunale di Bari **riconosceva tutti gli imputati responsabili del reato di associazione terroristica** e condannava Hachemi Ben Hassen Hosni alla pena di 5 anni e 2 mesi di reclusione, in qualità di capo ed organizzatore dell'associazione, e gli altri quattro alla pena di 3 anni e 4 mesi di reclusione. La decisione veniva sostanzialmente confermata dalla Corte d'Appello. Contro tale pronuncia, gli imputati Hachemi Ben Hassen Hosni, Mohsen Hammami, Nour Ifaoui, Hamdi Chamari proponevano ricorso per cassazione.

4. Come già anticipato, **i giudici di legittimità censurano la decisione della Corte territoriale**.
In via preliminare, la Suprema Corte ripercorre sinteticamente i contorni del dolo specifico previsto dalla fattispecie di associazione di stampo terroristico.
Come noto, il reato di cui all'art. 270 *bis* c.p. è un reato di pericolo presunto, configurabile in presenza di organizzazioni che si propongono "il compimento di atti di violenza con finalità di terrorismo". Tale espressione va letta insieme al disposto dell'art. 270 *sexies* c.p., che definisce "condotte con finalità di terrorismo" tutte quelle azioni che:
- da un punto di vista *oggettivo*, sono idonee – per natura o contesto – ad arrecare grave danno ad uno Stato o ad un'organizzazione internazionale;
- da un punto di vista *soggettivo*, perseguono in via alternativa lo scopo di: *a*) intimidire la popolazione, *b)* costringere i poteri pubblici o un'organizzazione a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto, *c)* destabilizzare o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche e sociali di un Paese o di un'organizzazione internazionale.

In accordo con la sua costante giurisprudenza, la Corte sottolinea inoltre che per ritenere integrato il delitto in esame non è sufficiente provare una "*generica tensione*" del gruppo verso la finalità terroristica, dovendosi invece **dimostrare la effettiva capacità della struttura criminale di mettere in opera il programma criminoso**.

5. Poste queste premesse, la Suprema Corte passa alla disamina del fatto concreto.
Anzitutto, osservano i giudici di legittimità, il progetto delittuoso perseguito dall'organizzazione non integra i requisiti del dolo specifico richiesto dall'art. 270 *bis* c.p. L'attività di indottrinamento posta in essere dagli imputati per sollecitare nei destinatari "*una generica disponibilità ad unirsi ai combattenti per la causa islamica e ad immolarsi per la stessa*", non dà infatti necessaria consistenza "*a quegli atti di violenza terroristica o eversiva, il cui compimento deve costituire oggetto specifico dell'associazione in esame*". La Corte distingue, quindi, tra 'addestramento' e 'indottrinamento' di presunti aspiranti terroristi: mentre l'addestramento può costituire attività sufficiente a dare materialità alla finalità di terrorismo, **l'indottrinamento da solo rappresenta soltanto una "*precondizione*"** per la costituzione di un'associazione effettivamente funzionale al compimento di atti terroristici.
La Suprema Corte si sofferma poi sul compendio probatorio valutato dai giudici di merito nell'addivenire alla condanna degli imputati. Nella pronuncia impugnata mancano – a detta dei giudici di legittimità – indicazioni veramente significative di una **effettiva capacità del sodalizio di realizzare atti anche astrattamente definibili come terroristici** in base al dettato dell'art. 270 *sexies* c.p. Al contrario, dalla decisione della Corte territoriale si evince che dalla data delle intercettazioni (2009) all'arresto degli imputati (2013), non risulta compito nessun atto terroristico riferibile all'associazione, neppure in forma minimale (ad es. partenza di taluno degli accoliti per le zone interessate dalla *jihad*). Segno questo, secondo la Corte, della "*incapacità del gruppo di raggiungere un livello organizzativo tale da affrontare le contingenti e non certo imprevedibili difficoltà di un'attività terroristica di carattere internazionale*".
Alla luce di queste considerazioni, la Corte di cassazione **esclude che la condotta degli imputati realizzi gli estremi del reato di cui all'art. 270 *bis* c.p.** [4], lasciando però impregiudicata la possibilità che i loro comportamenti possano essere valutati ai fini della applicazione di una **misura di prevenzione**.

6. Nonostante sia stata accolta dall'opinione pubblica con più critiche che plausi, la pronuncia in esame si segnala positivamente – a nostro avviso – per restituire **centralità al dolo specifico** richiesto all'art. 270 *bis* c.p. e, in particolare, **alla sua componente di carattere *oggettivo*.** Già da tempo la pressoché unanime dottrina e la giurisprudenza della Suprema Corte segnalano che la finalità di terrorismo non si esaurisce nella mera condivisione di un'ideologia violenta o eversiva, ma richiede l'ulteriore prova dello svolgimento da parte della associazione **di concrete attività preparatorie di atti terroristici** o, almeno, **dell'idoneità della struttura criminale al raggiungimento del programma criminoso**. Rinunciare a tale requisiti rischierebbe, infatti, di dilatare i confini del reato di associazione di stampo terroristico fino a colpire situazioni di contiguità o di semplice "solidarietà" rispetto al fondamentalismo di matrice islamica, sfornite di **una concreta attitudine lesiva dei beni giuridici tutelati**.
In assenza della commissione di atti univocamente diretti alla realizzazione di azioni terroristiche o della prova di un collegamento tra il gruppo ed un'organizzazione terroristica internazionale o, ancora, di un addestramento degli accoliti, pare pertanto da condividere l'affermazione della Corte per cui il proselitismo del martirio islamico possa rappresentare soltanto un indice di *pericolosità soggettiva* degli imputati, che potrà eventualmente rilevare –

qualora sussistano tutti i presupposti oggettivi – ai fini dell'applicazione di una delle **misure di prevenzione** previste dal d.lgs. 159/2011 (c.d. Codice Antimafia).

[1] V. questa pagina web
[2] Cass. pen., Sez. V, 14 luglio 2016 (dep. 14 novembre 2016), Hosni, n. 48001, RV. 268164, in commento.
[3] Espulso con provvedimento del Ministro dell'Interno in data 13 agosto 2016.
[4] La Suprema Corte annulla senza rinvio la sentenza impugnata relativamente al reato di cui all'art. 270 *bis* c.p. nei confronti degli imputati ricorrenti e, per l'effetto estensivo, nei confronti di Khairredine Romdhane Ben Chedli, perché il fatto non sussiste e rinvia ad altra Sezione della Corte d'Assise d'Appello di Bari per la rideterminazione della pena nei confronti di Hosni Hachemi Ben Hassen per il residuo reato di cui all'art. 3 co. 3 lett. b) l. n. 654 del 1975.

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI – GIURISPRUDENZA DI MERITO

Lettera e *ratio* dell'aggravante di cui all'art. 80, co. 1, lett. g), D.P.R. 309/1990. Lo spaccio in università al vaglio della giurisprudenza di merito

G.I.P. Bologna, ord. 17 novembre 2016

di Fabio Fasani

1. Con l'ordinanza che si segnala l'Ufficio G.I.P. del Tribunale di Bologna esclude l'applicabilità dell'aggravante di cui all'art. 80 co. 1 lett. g) D.P.R. 309/1990 in un caso di cessione di sostanze stupefacenti avvenuto nei pressi dell'area universitaria cittadina, ritenendo che **l'università non possa essere ricondotta alla categoria delle "*scuole di ogni ordine e grado*", né a quella delle "*comunità giovanili*"**. Si tratta di un provvedimento interessante, che chiama in causa questioni generali in tema di **teoria dell'interpretazione** e che si occupa per la prima volta di un profilo, sul quale – a conoscenza di chi scrive – non esistono precedenti.

2. Il giudice è chiamato a pronunciarsi sulla richiesta di convalida dell'arresto e di emissione di una misura cautelare personale nei confronti di **un soggetto colto in flagranza mentre cedeva un modesto quantitativo di cocaina** del peso lordo di 1,73 grammi. Il G.I.P. ritiene anzitutto correttamente contestato il reato nell'ipotesi lieve di cui all'art. 73 co. 5 D.P.R. 309/1990 "*in ragione della modesta entità della sostanza stupefacente rinvenuta e delle modalità della cessione, tipiche da spaccio da strada*". Trattandosi di un delitto per il quale è previsto l'arresto facoltativo in flagranza, il giudice procede a valutare la sussistenza dei presupposti di cui all'art. 381 co. 4 c.p.p.: **la gravità del fatto e la pericolosità del soggetto**. Secondo una prima valutazione, entrambe queste circostanze sembrano da escludere, dal momento che una serie di indici fattuali (unicità della dose, quantitativo modesto, modalità della condotta realizzata sulla pubblica via) lasciano intendere che l'episodio sia connotato dalle "*tipiche modalità di cessione utilizzate da parte dei soggetti che, nella catena criminale del commercio illecito di sostanze stupefacenti, si trovano nella posizione marginale*", lontani "*dai livelli più alti della piramide criminale che si occupa del commercio illegale di droghe*".

3. La gravità del fatto, secondo il giudicante, potrebbe peraltro discendere dalla contestata aggravante di cui all'art. 80 co. 1 lett. g) D.P.R. 309/1990, essendosi – come detto – la condotta di spaccio realizzata nei pressi di una sede dell'Università di Bologna. Va detto tra parentesi che il rapporto biunivoco tra *gravità* e *aggravante* è da ritenersi frutto di una libera valutazione in fatto del giudice, posto che dal punto di vista giuridico la sussistenza dell'aggravante in parola, ben compatibile con l'ipotesi di reato di cui all'art. 73 co. 5 D.P.R. 309/1990 [1], non comporta l'arresto obbligatorio in flagranza, né esclude *ipso iure* che il fatto possa essere ritenuto *non* grave *ex* art. 381 co. 4 c.p.p. In ogni caso, formulata questa premessa argomentativa, **il giudicante si interroga circa la configurabilità nel caso si specie della contestata aggravante e giunge ad escluderla sulla base di un'accurata motivazione**.

4. Prima di scendere nel dettaglio delle argomentazioni, il G.I.P. procede a una condivisibile ricostruzione della ***ratio* della aggravante in parola**, la quale è tesa a **rafforzare la tutela penale *"laddove la condotta illecita sia attuata in presenza di collettività ritenute particolarmente vulnerabili*** *o a cagione dell'età (*scuole *e* comunità giovanili*) o perché accomunate da uno stile di vita che può agevolare la diffusione anche emulativa del consumo di droghe (*carceri *e* caserme*) o, infine, perché debilitate nella propria capacità di autodeterminazione per ragioni di salute o per aver già vissuto vicissitudini di tossicodipendenza (*ospedali, strutture per la cura e la riabilitazione dei tossicodipendenti*)*".

5. Nel decidere **se l'università sia riconducibile alla categoria delle *"scuole di ogni ordine e grado"***, tuttavia, l'ordinanza segnalata mette da parte le predette finalità dell'aggravante. Il giudice ritiene infatti sufficiente, nel rispetto della gerarchia dei criteri ermeneutici, il ricorso a un'**interpretazione letterale**, resa ancora più stringente dal principio di legalità vigente in materia penale e dal conseguente **divieto di analogia**. Ragionando in quest'ottica, il giudicante adduce tre indici, **di natura prettamente logico-sistematica**, che permetterebbero di escludere l'università dalla "*dizione normativa*" in discussione. In primo luogo, verrebbe in rilievo l'**art. 33 della Costituzione**, il quale – secondo il giudice – distingue in maniera netta le *scuole*, trattate nei commi 2, 3, 4 e 5, dalle *università*, cui è riferito il sesto comma. A riprova di ciò, viene osservato nell'ordinanza che mentre ogni ciclo scolastico è concluso da un esame di Stato *ex* art. 33 co. 5 Cost., lo stesso non si potrebbe dire in riferimento all'università, ove la laurea, pur avendo "*titolo legale*", "*viene conferita da una commissione interna alla facoltà e non a seguito di esame di Stato*". In secondo luogo, deporrebbe nel senso predetto anche la normativa primaria e segnatamente il **d. lgs. 16 aprile 1994, n. 297**, il quale fa espressamente riferimento nella rubrica alle "*scuole di ogni ordine e grado*" e fra esse non menziona l'università, disciplinando solamente le scuole dalle materne alle medie superiori. In terzo luogo, per finire, una conferma dell'estraneità dell'università alle "*scuole di ogni ordine e grado*" si potrebbe trarre anche dalla **nomenclatura ministeriale**, la quale, definendo i nomi dei dicasteri, ha sempre tenuto distinti i concetti di *istruzione* e di *università*.

6. Passando al concetto di ***comunità giovanile***, il G.I.P. ne riconosce anzitutto l'irriducibile genericità, ma nuovamente la possibilità che l'università sia sussumibile entro tale locuzione viene esclusa sulla base di quella che il giudicante ritiene essere la **corretta esegesi del dato testuale**. Secondo il giudice, in particolare, mancherebbe all'università la natura – propria invece della comunità giovanile – di "***entità collettiva presente – in modo stabile, residenziale o comunque non estemporaneo – in un luogo ad essa esclusivamente dedicato***". La circostanza che manchi in questo caso "*uno spazio fisico specifico e delimitato che sia sede di una '*comunità giovanile*'*" sarebbe confermato dalla considerazione che "*l'istituzione universitaria consta di una complessità e di un'articolazione di compiti e di sedi che non possono farla ritenere una comunità giovanile*" e che non appare possibile "*individuare nell'ambito dell'attività universitaria un luogo stabile di presenza di giovani, dal momento che le varie attività didattiche sono normalmente suddivise in vari luoghi, anche distanti tra loro, e tempi del giorno e dell'anno, ovvero alla presenza di diverse attività di tipo amministrativo, altrettanto coessenziali all'esistenza dell'istituzione, che richiedono l'impiego di persone di svariate età e non solo giovani*".

7. Così argomentando, il giudice esclude ogni profilo di *gravità* della condotta di cessione contestata e, sulla base dei citati criteri previsti dal codice di rito, decide di non convalidare l'arresto. Per mera completezza, va detto a margine come invece il G.I.P. applichi all'indagato

una (blanda) misura cautelare personale, stimando sussistenti tanto i gravi indizi di colpevolezza, quanto l'esigenza cautelare del pericolo di reiterazione del reato.

***

8. Volendo formulare alcune brevi considerazioni, merita anzitutto di essere segnalato, a livello di approccio e di metodo esegetico, il **coraggio del giudicante**, il quale, nonostante l'attuale clima di *securitarismo* legislativo [2] e giudiziario e le comprensibili preoccupazioni dell'opinione pubblica per il degrado dei contesti urbani, ha optato per il rispetto dell'art. 25 Cost. quale "*limite ermeneutico invalicabile*" e ha fornito la propria interpretazione dei concetti in gioco senza pregiudizi, **attraverso un articolato tessuto motivazionale**.

9. A modesto parere di chi scrive, tuttavia, la tenuta dell'argomentazione del G.I.P. **fatica a reggersi sullo stretto ed esclusivo canone di interpretazione testuale,** che il giudicante stesso ha impostato quale perno dell'intero ragionamento. Ciò deriva non certo dall'astratta implausibilità degli argomenti proposti, quanto piuttosto dall'esistenza di una pluralità di possibili indici esegetici di segno inverso, che, unitamente all'imprecisione delle formule utilizzate dal legislatore all'art. 80 lett. g), potrebbero far sorgere un insolubile contrasto interpretativo. Basti sul punto considerare come entrambi gli argomenti sistematici adottati possano trovare una valida replica dialettica. Quanto al dato costituzionale, può infatti essere osservato che l'esistenza di un comma dell'art. 33 specificamente riferito all'università e alle altre istituzioni di alta cultura non implica, dal punto di vista logico, che a queste ultime non si applichino anche i commi precedenti, ossia che le stesse non facciano parte del sistema dell'*istruzione* e della *scuola*. Avere talune *specificità* non esclude infatti di appartenere a un *genere*. A conferma di ciò, pare d'altronde porsi la giurisprudenza della Corte Costituzionale, la quale ha ritenuto, in diverse occasioni, che "*gli artt. 33 e 34 della Costituzione pongono i principi fondamentali relativi all'istruzione con riferimento […] all'**organizzazione scolastica (della quale le università […] sono parte)***" [3]. Quanto poi al riferimento al **D. Lgs. 16 aprile 1994, n. 297**, è vero che esso trascura il settore universitario, ma è anche vero che nell'epigrafe del decreto è indicato espressamente come tale limitazione derivi dal fatto che la legge delega autorizza "*il Governo ad emanare un testo unico concernente **le disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, esclusa quella universitaria***". Ciò potrebbe portare ritenere che l'università faccia parte del sistema scolastico, sulla base della considerazione che sarebbe altrimenti superflua e priva di senso tale espressa esclusione.

10. È evidente a tutti, peraltro, come nemmeno gli argomenti da ultimo suggeriti siano tali da superare ogni incertezza. Essi si pongono semplicemente in tensione dialettica con quelli correttamente indicati dal giudice, sì da preservare quello stato di dubbio esegetico che discende dall'**imprecisa tecnica legislativa**. Ad avviso di chi scrive, nel corroborare la condivisibile soluzione ermeneutica fornita dal giudicante, avrebbe dovuto essere valorizzato un **argomento di natura teleologica**, che discende dalle corrette premesse che l'ordinanza reca in punto di *ratio* dell'aggravante in parola. Il maggior disvalore sancito da quest'ultima si deve individuare – come indicato nell'ordinanza – nella maggiore *fragilità* che connota determinate comunità, o meglio i soggetti che in esse convivono. La caratteristica comune di costoro è di essere **più facilmente plasmabili e, dunque, potenzialmente inclini a cadere nell'uso di sostanze stupefacenti**: vuoi per caratteristiche loro intrinseche quali la **giovane età** (minorenni all'interno delle scuole e delle comunità giovanili) e le **precarie condizioni psico-fisiche** (infermi all'interno degli ospedali ed ex tossicodipendenti all'interno dei centri di recupero e

riabilitazione); vuoi perché gli stessi sono **costretti all'interno di *istituzioni totali*** [4] (detenuti all'interno delle carceri, militari nelle caserme). Ebbene, né queste né altre fonti di *fragilità* sembrano in effetti sussistere rispetto all'istituzione universitaria, la quale ospita, **per tempi limitati e in assenza di qualsivoglia "meccanismo totalizzante", giovani e meno giovani adulti, sempre maggiorenni e normalmente sani da un punto di vista psico-fisico**, che si limitano a studiare e ad assistere ad attività didattiche senza alcun obbligo di permanenza.

11. Queste considerazioni permettono, in definitiva, di fornire ulteriore sostegno alle argomentazioni del G.I.P. di Bologna. Esse portano a escludere che l'università possa essere annoverata fra le scuole di ogni ordine e grado e fra le comunità giovanili, menzionate all'art. 80 co. 1 lett. g) D.P.R. 309/1990, in ragione di una serie di argomenti teleologici che soccorrono l'interprete, quali criteri esegetici sussidiari, al cospetto di un dato testuale impreciso, che si presta a letture diversificate. Questi stessi parametri potranno essere utili in futuro per valutare ulteriori casi dubbi che si dovessero presentare, non essendo verosimile (né forse auspicabile) che il legislatore intervenga a dettagliare, con una prolissa tecnica casistica, tutte le possibili estrinsecazioni dei concetti menzionati e, soprattutto, del concetto più lato di "comunità giovanile".

[1] Vd., per tutti, G. Piffer, *sub* art. 73 D.P.R. 309/1990, in E. Dolcini-G. L. Gatta (diretto da), *Codice Penale Commentato*, 4ª ed., Milano, 2015, p. 2271. In giurisprudenza, pur con riferimento alla precedente configurazione dell'art. 73 co. 5 quale circostanza attenuante e non quale titolo autonomo di reato, cfr. Cass. pen., Sez. VI, sent. n. 10947 dell'8 luglio 1993 in *Foro it.*, 1994, II, 289 ss., con nota di G. Amato, *Qualche notazione sul "fatto di lieve entità" in materia di sostanze stupefacenti e psicotrope*.
[2] Sui vizi di *irragionevolezza* e sulla tendenza eccessivamente repressiva della legislazione penale sugli stupefacenti vd., da ultimo, A. Gaboardi, *La disciplina penale in materia di stupefacenti al cimento della ragionevolezza*, un G. Morgante (a cura di), *Stupefacenti e diritto penale. Un rapporto di non lieve entità*, Torino, 2015, p. 83 ss.
[3] In questi termini C. Cost., sent. n. 383 del 23-27novembre 1998. Conf. C. Cost., sent. n. 195 del 14 dicembre 1972 che riconosce l'applicabilità alle università di tutti i principi di cui all'art. 33 Cost.
[4] Sul processo di "*disculturazione*" in atto all'interno delle istituzioni totali si veda il classico E. Goffman, *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, Torino, 2010, p. 43 ss.

* * * * *

Il delitto di rientro sul territorio italiano dello straniero espulso e l'art. 131-bis c.p.: applicabilità in astratto della causa di non punibilità e suoi possibili criteri di applicazione in concreto in due provvedimenti del Tribunale di Milano

Trib. Milano, Sez. II pen., sent. 13 maggio 2016, n. 6133
e Trib. Milano, Sez. V pen., sent. 28 settembre 2016, n. 10230

di Simone Risoli

1. Con due recenti provvedimenti che giungono a conclusioni opposte in punto di fatto, le Sez. II e V del Tribunale di Milano hanno affrontato il tema della **compatibilità fra il delitto di cui all'art. 13, comma 13, d.lgs. n. 286/1998 (rientro in Italia dello straniero espulso) e la nuova causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto**, introdotta dall'art. 131 *bis* c.p. In

entrambe le sentenze, i giudici milanesi hanno però ribadito l'astratta compatibilità fra la norma *de qua* e il reato in esame, delineando, inoltre, alcuni criteri empirici utili per stabilire se e quando il delitto possa considerarsi di «particolare tenuità».

2. Con il provvedimento del Tribunale di Milano – Sez. V Penale del 28/9/2016, veniva definito il procedimento a carico di un cittadino straniero che, a seguito di **decreto di espulsione dal territorio nazionale** per la durata di cinque anni, si era volontariamente allontanato dall'Italia, per poi farvi **intenzionalmente rientro**, a breve distanza e in **difetto di autorizzazioni**, asserendo di non potersi procurare un lavoro nel suo Paese di origine.
La vicenda affrontata dalla Sez. II del Tribunale di Milano riguardava, invece, il caso di uno straniero rientrato in Italia, privo di autorizzazioni, a seguito di espulsione, il quale aveva dichiarato di trovarsi sul territorio nazionale **occasionalmente e a ridosso della scadenza del decreto espulsivo**, nonché – secondo quanto si legge nel provvedimento – provvisto di permesso di soggiorno spagnolo, in base al quale aveva erroneamente creduto di poter circolare in tutti i Paesi dell'Unione europea.

3. Va preliminarmente osservato che, nei provvedimenti in esame, non è in discussione la **sussistenza del fatto tipico** di cui all'art. 13, comma 13, d.lgs. n. 286/1998, né dell'elemento soggettivo in capo all'autore della condotta. Per quanto attiene al profilo oggettivo, infatti, la consumazione del reato è insita nel fatto che l'imputato sia fisicamente *trovato* sul suolo italiano, «dove non avrebbe potuto e dovuto trovarsi, poiché espulso [1]»: si tratta, perciò, di accertare la **mera presenza o rientro** sul territorio nazionale del cittadino straniero che ne sia stato espulso, sempreché l'**antigiuridicità** del fatto non sia esclusa da una **autorizzazione ministeriale** che giustifichi il rientro. Circa la sussistenza dell'elemento soggettivo, poi, i casi in esame non presentano, parimenti, particolari difficoltà probatorie, considerando che gli stessi imputati avevano dichiarato di essere rientrati in Italia intenzionalmente con una finalità ora lavorativa, ora ludica.

4. Più delicata è la questione della compatibilità fra il delitto di cui all'art. 13, comma 13, T.U. immigrazione e la sua eventuale non punibilità per particolare tenuità del fatto.
A tal riguardo, come anticipato, le due sentenze hanno concordemente ritenuto ***in astratto*** **applicabile l'istituto di cui all'art. 131 *bis* c.p. alla di cui all'art. 13 cit.**, pur addivenendo a conclusioni diverse circa la sua *concreta* applicabilità ai casi specifici.
La nozione di «tenuità» è infatti riferita dall'art. 131 bis c.p. alle modalità della condotta o all'esiguità del danno o pericolo, valutate ai sensi dell'art. 133 c.p.; si tratta quindi di valutazioni di per sé effettuabili anche sulle condotte di cui all'art. 13 T.U. immigrazione. La questione si inserisce nel più ampio problema della compatibilità fra particolare tenuità e condotte tipiche dei c.d. reati di disobbedienza, in cui il legislatore ha inteso punire secondo una **logica di «tutto o nulla»**, non rilevando cioè il ***quantum* della lesione** al bene giuridico tutelato, bensì **se il bene è leso oppure no**.
Sul punto, sono intervenute le Sezioni Unite della Corte di cassazione, che si sono espresse nel senso della **astratta compatibilità fra tali reati e la causa di non punibilità in esame** [2].

5. Ciò premesso, come si precisa nel provvedimento della Sez. V Penale, la particolare tenuità è **elemento ulteriore** rispetto alla condotta, il quale **deve essere provato** e non può ritenersi **implicito** nel fatto che il delitto *ex* art. 13 d.lgs. n. 286/1998, in una valutazione politico-criminale, punisca di per sé – o sempre – anche una condotta scarsamente lesiva del bene giuridico tutelato. In altre parole – si legge nella sentenza in questione – «la tenuità del fatto

deve (...) essere rilevata **con riferimento non al fatto in sé, ma ai parametri di cui all'art. 133 c.p., oltre agli altri richiamati dall'art. 131 *bis* c.p.**». Al riguardo, il Tribunale rileva che è non solo possibile, ma «doveroso per il giudice effettuare una valutazione del reale disvalore del fatto storico, con riguardo a reati in cui l'intrinseca pericolosità della condotta tipica sia già individuata in astratto dal legislatore».
Ciò premesso, la Sez. V Penale esclude tuttavia che nel caso sottopostogli i requisiti di cui all'art. 131 *bis* c.p. fossero integrati; in particolare, a nulla varrebbe, secondo il tribunale, la giustificazione dell'imputato «di essersi diretto in Italia perché impossibilitato a trovare lavoro», dal momento che «lo stesso avrebbe potuto recarsi in altro Paese in cui non fosse in atto un provvedimento nei suoi confronti»: circostanza alla quale si può riconoscere valore attenuante del reato, ma non di esclusione della punibilità.

6. Nell'argomentare su questo punto, il giudice di merito richiama, in particolare, l'altra decisione del Tribunale di Milano qui in esame (Trib. Milano – Sez. II Penale, sent. 13/5/2016, n. 6133).
In questo caso, il tribunale penale aveva diversamente concluso nel senso della **applicabilità al caso di specie** della causa di cui all'art. 131 *bis* c.p., osservando che l'imputato era rientrato solo occasionalmente in Italia per incontrare alcuni conoscenti e che lo stesso era in **possesso di regolare carta di soggiorno spagnola**, con la quale riteneva di poter circolare liberamente in tutti i Paesi europei. In quel caso, inoltre, l'imputato aveva dichiarato di **non sapere di essere stato colpito da ordine di espulsione attualmente in vigore**.
Proprio in queste circostanze la Sez. II del Tribunale di Milano ha individuato alcuni **indici empirici circa la particolare tenuità del fatto** riconducibile all'art. 13, comma 13, d.lgs. n. 286/1998. Indici di tal tipo sono espressamente considerati la **contingenza della presenza dello straniero sul territorio**, l'**occasionalità della condotta**, la **scarsa lesività** della stessa, riscontrabile nel fatto che l'imputato fosse in **possesso di un permesso di soggiorno di altro Paese comunitario** e che fosse rientrato in Italia **a ridosso della scadenza del provvedimento espulsivo**; a questi indici, si aggiungono il **motivo ludico della presenza** sul territorio italiano e l'**assenza di precedenti penali** dell'imputato.

7. È chiaro allora perché, *a contrariis*, il giudice della Sez. V Penale abbia escluso l'applicabilità al caso di specie dell'art. 131 *bis* c.p. L'imputato – si legge – risultava, in questo caso, essere rientrato in Italia **al fine di cercare lavoro e restarvi**, privo di qualsiasi autorizzazione e a **distanza di solo un anno** dalla sua espulsione, privo di permessi di soggiorno o circolazione validi per altri Paesi membri dell'Unione, da cui potesse erroneamente ritenere che il suo rientro in Italia era possibile o lecito; l'imputato era, inoltre, volutamente rientrato in Italia con la **consapevolezza e volontà di violare l'ordine espulsivo**, con progettualità precisa e certamente non di breve termine (quale quella di lavorare in Italia in maniera continuativa). Infine, si evince che lo straniero ben conosceva il divieto di rientrare nel territorio italiano, tantoché aveva impugnato lo stesso provvedimento del Prefetto, con esito negativo.

8. È interessante notare, infine, che la Sez. V ha ritenuto **ostativa all'applicazione dell'art. 131 bis c.p. nel caso di specie** la presenza di precedenti penali «non irrilevanti» a carico dell'imputato. Al riguardo, la circostanza sembra rilevare in quanto indice di non scarsa offensività della condotta e non ai sensi del terzo comma della disposizione in questione. Da un punto di vista generale, infatti, la presenza di precedenti potrebbe incidere sul requisito *ex* art. 131 *bis* c.p. della non abitualità della condotta per cui si procede, da intendersi, secondo giurisprudenza, in senso estensivo, riferendosi a ogni comportamento seriale che non sia

necessariamente riconducibile alla condanna o alla recidiva (secondo giurisprudenza è sufficiente la commissione di una pluralità di reati della stessa indole [3]). Tuttavia, si legge espressamente nella sentenza in esame che **la presenza di gravi precedenti penali rileva «a monte»**, **impedendo una valutazione di tenuità della condotta dell'imputato**, il quale «meno di due anni fa è uscito dal carcere, dove ha scontato una condanna a più di quattro anni per violazione della legge sugli stupefacenti e che proprio per tale motivo è stato espulso dall'Italia [a pena espiata, *n.d.a.*] per la durata di cinque anni».

[1] Trib. Milano – Sez. V Penale, sent. in esame.
[2] Cass., Sez Un., sent. n. 4/2016. Nel senso della compatibilità fra particolare tenuità del fatto e reati di pericolo presunto o astratto e fra particolare tenuità del fatto e reati in cui il legislatore fissa una soglia minima di rilevanza penale, cfr. Cass., sez. IV, sent. n. 10/2016; Cass., sez. VI, sent. n. 1457/2016; Cass., sez. IV, sent. n. 2251/2015; Cass., sez. III, sent. n. 51020/2015; Cass., sez. VI, sent. n. 44417/2015.
[3] Cass., Sez. 5, sent n. 26813/2016.

* * * * *

Continuano i "tormenti" dei giudici italiani sul caso Contrada: la Corte d'Appello di Palermo dichiara inammissibile l'incidente d'esecuzione proposto in attuazione del "giudicato europeo"

C. Appello Palermo, Sez. I, ord. 11 ottobre 2016 (dep. 24 ottobre 2016), n. 466, Pres. Garofalo, Ric. Contrada

di Silvia Bernardi

1. Con l'ordinanza qui segnalata, la Corte d'appello di Palermo aggiunge un'ulteriore pagina alla tormentosa vicenda giudiziale riguardante Bruno Contrada, dichiarando **inammissibile** la richiesta di **revoca *ex* art. 673 c.p.p.** avente a oggetto la sentenza di condanna per concorso esterno in associazione mafiosa pronunciata a suo carico, divenuta definitiva nel 2007 e ormai da lui interamente scontata.
Dopo la decisione con cui la **Corte d'appello di Caltanissetta** il 18 novembre 2015 ha respinto l'istanza di **revisione** presentata dalla difesa di Contrada (già ampiamente commentata in *questa Rivista* [1]) e la più recente sentenza del 6 luglio 2016 con cui la **Corte di cassazione** ha altresì dichiarato inammissibile il **ricorso straordinario per errore materiale o di fatto** da lui proposto ai sensi dell'art. 625-*bis* c.p.p. [2], la pronuncia in esame nega ora che l'incidente esecutivo possa essere la sede idonea a rimediare alla **violazione dell'art. 7 CEDU** commessa dal nostro ordinamento ai danni del richiedente e accertata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ormai celebre sentenza del 14 aprile 2015.

2. Il caso è certamente ben noto ai nostri lettori. La Corte di Strasburgo, nella richiamata pronuncia *Contrada c. Italia*, ha rinvenuto un contrasto tra la condanna inflitta a Bruno Contrada e il principio di legalità convenzionale, affermando che il reato di concorso esterno in associazione mafiosa **non fosse sufficientemente chiaro e prevedibile** al tempo cui risalivano le condotte ascritte al ricorrente (il quale, **tra il 1979 e il 1988**, aveva in più occasioni — in

qualità prima di ufficiale di polizia e poi di agente dei servizi segreti civili — fornito informazioni riservate in ordine alle indagini in corso a esponenti di vertice dell'associazione mafiosa "Cosa Nostra" e altresì interferito con alcune importanti operazioni svolte dai nuclei investigativi antimafia) in ragione dell'esistenza in materia di gravi **contrasti giurisprudenziali**, risolti solamente con l'intervento delle Sezioni Unite *Demitry* del 1994.
Di conseguenza, lo Stato italiano si è trovato di fronte al problema di *come* adempiere all'**obbligo**, chiaramente sancito dall'**art. 46 CEDU**, **di eseguire la sentenza** pronunciata dai giudici europei **nei confronti del ricorrente vittorioso**, il quale non ha esitato a interpellare nuovamente i giudici interni attraverso tutti gli strumenti processuali messigli a disposizione dall'ordinamento. Dopo che tanto la via della revisione "europea", quanto la strada del ricorso straordinario per cassazione si sono rivelate infruttuose, la difesa di Contrada ha adito il giudice dell'esecuzione, chiedendogli di **revocare ai sensi dell'art. 673 c.p.p.** la condanna emessa in violazione dei principi di legalità e irretroattività della legge penale.
Secondo la difesa del ricorrente, benché egli abbia terminato di scontare la propria pena nel 2012, il suo **interesse** alla rimozione della condanna illegittima persisterebbe in riferimento a una serie di **effetti accessori pregiudizievoli** che continuano a prodursi, a suo danno, anche una volta cessata l'esecuzione della pena: in particolare, l'interdizione perpetua dai pubblici uffici, l'iscrizione nel casellario giudiziale, la possibilità che in un successivo procedimento penale venga contestata la recidiva e l'impossibilità di avvalersi in futuro del beneficio di cui all'art. 163 c.p. [3].

3. La Corte d'appello palermitana considera tuttavia **inammissibile** l'istanza di revoca, reputando lo strumento disciplinato dall'art. 673 c.p.p. **inapplicabile** al caso sottoposto alla sua attenzione.

4. La Corte sottolinea anzitutto come la disposizione in esame, risulti espressamente applicabile ai **soli casi di abrogazione o dichiarazione di illegittimità costituzionale** della norma incriminatrice, ai quali peraltro la Suprema Corte ha impedito di assimilare il sopravvenuto mutamento di interpretazione giurisprudenziale, che, in assenza di interventi del legislatore, non può in nessun caso produrre alcun effetto abrogativo (cfr. Cass., SS.UU., sent. 29 ottobre 2015, dep. 23 giugno 2016, n. 26259). Inoltre, benché sia vero — come affermato dalla difesa dell'istante — che lo strumento della revoca ex art. 673 c.p.p. è stato considerato utilizzabile anche nei casi in cui **l'inapplicabilità della norma nazionale sia sopravvenuta per effetto di una pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea** che ne accerti l'incompatibilità con il diritto comunitario, tale argomento non può essere addotto a sostegno di un impiego del medesimo rimedio processuale da parte di Contrada, dal momento che nel caso di specie si sarebbe in presenza di "**una interpretazione comunitaria** *[sic]* **di fatto incompatibile con l'ordinamento giuridico italiano**".
A giudizio della Corte d'appello sarebbe infatti errato rintracciare nella vicenda in esame una violazione del principio di irretroattività della legge penale, poiché **il concorso esterno in associazione mafiosa non costituisce un "reato di origine giurisprudenziale"**, a differenza di quanto affermato dalla Corte di Strasburgo (la quale, accogliendo nel proprio regolamento il principio dispositivo, non aveva operato un'attenta ricostruzione del quadro normativo italiano, ma si era limitata ad accertare che tale fatto apparentemente non fosse "oggetto di contestazione" tra le parti). A sostegno di tale affermazione, i giudici palermitani citano una recente sentenza con cui la Corte di cassazione stessa ha considerato **manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 110 e 416-*bis* c.p.**, sollevata con riferimento agli artt. 25 comma 2 e 117 della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU [4], oltre

che la sentenza della Corte costituzionale n. 48 del 2015, in cui si legge chiaramente che tale fattispecie criminosa scaturisce "dalla combinazione tra la norma incriminatrice di cui all'art. 416-bis c.p. e la disposizione generale in tema di concorso eventuale nel reato di cui all'art. 110 c.p." [5].
Del resto, il contrasto giurisprudenziale che ha storicamente interessato il concorso esterno in associazione mafiosa riguardava unicamente il problema della **mera compatibilità dell'art. 110 c.p. con la specifica fattispecie incriminatrice in questione** (problema effettivamente risolto, in senso positivo, dalle Sezioni Unite *Demitry* nel 1994), senza perciò che fosse mai messa in dubbio la "matrice esclusivamente ed inequivocabilmente normativa dell'incriminazione".
L'inammissibilità di un ricorso all'art. 673 c.p.p., peraltro, secondo la Corte palermitana non apre **nessun vuoto normativo** dal punto di vista procedurale nei confronti del ricorrente: posto che — non essendo il giudice italiano un "mero esecutore dei dispostivi della Corte EDU", ma rispondendo egli soltanto alla legge — **l'unico rimedio possibile per riesaminare il merito delle accuse mosse all'interessato**, di cui si contesta la compatibilità con la Convenzione europea, **rimane il giudizio di revisione**, peraltro nel caso di specie già infruttuosamente promosso dal ricorrente.

***

5. Rimandando ad altra sede alcune più approfondite osservazioni sul merito della vicenda relativa a Bruno Contrada e sui potenziali effetti che la pronuncia di Strasburgo può ragionevolmente produrre nell'ordinamento italiano, ci si limita qui a osservare come l'ordinanza in commento rappresenti un ulteriore esempio della **ritrosia dei giudici interni** a garantire una puntuale esecuzione della sentenza *Contrada*. E ciò sebbene non possano sussistere dubbi in ordine all'**obbligo per l'ordinamento italiano di rimuovere la condanna pronunciata nei confronti del ricorrente vittorioso**, emessa per un titolo di reato che la Corte europea ha espressamente qualificato come imprevedibile per l'interessato e, conseguentemente, ritenuta **illegittima** dalla stessa Corte europea.
A nulla può valere, pertanto, rilevare — come impropriamente fa la Corte d'appello di Palermo — che il reato di concorso esterno in associazione mafiosa ha una matrice normativa e non giurisprudenziale, atteso che la **valutazione di imprevedibilità** espressa dai giudici di Strasburgo deve essere considerata per il nostro ordinamento **pienamente vincolante e non più sindacabile**, quantomeno con riferimento al medesimo soggetto vincitore nel ricorso avanti la Corte europea.
Maggiore attenzione richiede invece l'argomento usato dai giudici palermitani secondo cui la **sede idonea** a garantire un'attuazione del "giudicato europeo" nei confronti del ricorrente dovrebbe essere **il giudizio di revisione e non l'incidente esecutivo**. Mentre buona parte della dottrina attualmente ritiene che solo un'**immediata e incondizionata revoca della condanna in sede esecutiva** possa adeguatamente soddisfare l'interesse di Bruno Contrada a ottenere la cessazione della violazione dell'art. 7 CEDU ancora perdurante a suo danno [6], la tesi contraria, che attribuisce **rilievo preferenziale allo strumento della revisione c.d. "europea"**, è stata recentemente affermata dalla **Corte di cassazione** nella parallela vicenda attinente **Marcello Dell'Utri**, che di Contrada può considerarsi "fratello minore", essendo stato a sua volta condannato per concorso esterno in associazione mafiosa per fatti commessi prima del 1994 [7].
Il problema, nel caso di specie, è — e i giudici di Palermo ne sono ben consapevoli — che **la strada del giudizio di revisione è già stata tentata** da Bruno Contrada, con esito allo stato negativo.

Se dunque la Suprema Corte dovesse ora confermare la pronuncia del giudice dell'esecuzione, Bruno Contrada rischierebbe di trovarsi definitivamente **sprovvisto di strumenti di tutela** mediante i quali richiedere l'esecuzione della sentenza che pur lo vede vittorioso a Strasburgo. Il che potrebbe esporre lo Stato italiano al **rischio di incorrere in un'ulteriore condanna da parte della Corte europea per violazione — questa volta — dell'art. 46 CEDU**, qualora lo stesso Contrada decidesse di impugnare davanti alla Corte EDU le ormai varie pronunce con cui i giudici interni hanno — per ragioni diverse — rifiutato di conformarsi alla sentenza emessa in suo favore [8].

[1] Si vedano i commenti di F. Viganò, *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della Corte Edu*, in *Dir. pen. cont.*, 26 aprile 2016, e G. Marino, *Nuove incongruenze giurisprudenziali sul concorso esterno in associazione mafiosa: gli effetti della sentenza Contrada della Corte EDU*, in *Dir. pen. cont.*, 6 maggio 2016.
[2] Cass. pen., Sez. II, sent. 6 luglio 2016 (dep. 17 ottobre 2016), n. 43886, Contrada.
[3] Nello stesso senso si erano espressi in *questa Rivista* F. Giuffrida - G. Grasso, *L'incidenza sul giudicato interno delle sentenze della Corte europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale*, in *Dirt. pen. cont.*, 25 maggio 2015, p. 44; cfr. anche F. Viganò, *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani*, cit., p. 7.
[4] Si tratta di Cass. pen., Sez. II, 21-30 aprile 2015 (dep. 4 agosto 2015), n. 34147, Perego, commentata in *Dir. pen. cont.* da A. Esposito, *Ritornare ai fatti. La materia del contendere quale nodo narrativo del romanzo giudiziario*, 2 ottobre 2015.
[5] Corte cost., sent. 25 febbraio 2015 (dep. 26 marzo 2015), n. 48, § 7 (diritto).
[6] Così ad esempio: F. Giuffrida - G. Grasso, *L'incidenza sul giudicato interno delle sentenze della Corte europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale*, cit., p. 42; F. Palazzo, *La sentenza «Contrada» e i cortocircuiti della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 1066; V. Maiello, *Consulta e Corte Edu riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Dir. pen. proc.*, n. 8/2015, p. 1026; F. Viganò, *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani*, cit., p. 6.
[7] Cass. pen., Sez. I, sent. 11 ottobre 2016 (dep. 18 ottobre 2016), n. 44193, Pres. Mazzei, Rel. Magi, Ric. Dell'Utri.
[8] Un ricorso di questo genere, infatti, è attualmente in discussione davanti alla Grande Camera di Strasburgo, conseguentemente al rigetto, da parte della Corte Suprema portoghese, dell'istanza di revisione presentata dalla sign.a Moreira Ferreira, la quale aveva chiesto la revoca della pronuncia di condanna a suo carico, riconosciuta in contrasto con l'art. 6 CEDU: cfr. Moreira Ferreira c. Portogallo (n. 2), ric. n. 19867/12, Grand Chamber hearing, 1 giugno 2016, disponibile su www.echr.coe.int.

OSSERVATORIO SOVRANAZIONALE – CONSIGLIO D'EUROPA E CEDU

Dalla Corte di Strasburgo un chiarimento sull'obbligo positivo di protezione del diritto alla vita

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

di Pietro Bernardoni

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*.

* * * * *

La Corte di Strasburgo in materia di responsabilità del medico per il suicidio del paziente psichiatrico

Corte E.D.U., sez. IV, sent. 22 novembre 2016, Hiller c. Austria

di Camilla Mostardini

1. Con questa recente pronuncia la Corte europea dei diritti dell'uomo è tornata ad occuparsi, nell'ambito degli obblighi positivi scaturenti dall'art. 2 della Convenzione, di responsabilità delle autorità pubbliche per la morte di soggetti sottoposti alla loro sfera di controllo, ed in particolare dei **criteri di imputazione della responsabilità medica per la morte del paziente psichiatrico –** in maniera analoga a quanto affrontato, *mutatis mutandis*, nella pronuncia *Keenan c. Regno Unito* [1]. Nel caso di specie la ricorrente, in seguito al suicidio del figlio avvenuto mentre questi si trovava ricoverato in regime di trattamento sanitario obbligatorio, si rivolge alla Corte di Strasburgo per vedere riconosciuta la violazione sostanziale dell'art. 2 della Convenzione da parte dell'Austria, ritenuta responsabile per la condotta negligente dello staff ospedaliero che avrebbe permesso il verificarsi del tragico evento.
Ancorché abbia per oggetto fatti che, in sede domestica, hanno coinvolto il solo giudizio civile, la sentenza assume una certa rilevanza anche **nell'ambito del diritto penale italiano**, laddove **giurisprudenza e dottrina sono da tempo alla ricerca degli indici fattuali da prendere in considerazione nel vagliare la responsabilità dello psichiatra per il suicidio del paziente**.

2. Questi i **fatti**. Nell'aprile 2010 un tribunale distrettuale austriaco aveva stabilito che il figlio della ricorrente venisse sottoposto a **ricovero coatto in una struttura psichiatrica pubblica**: al

soggetto, infatti, era stata contestualmente diagnosticata una grave forma di **schizofrenia paranoide**, che **lo rendeva pericoloso per sé e per gli altri.**
Dopo una prima fase di rifiuto della malattia e della conseguente cura, il paziente era diventato più collaborativo, iniziando ad assumere spontaneamente i farmaci prescritti e mostrandosi in generale più docile; questo **apparente miglioramento determinava i medici nella scelta di concedere al soggetto una maggiore libertà di movimento, come parte del suo percorso terapeutico** – e ciò nonostante che si fosse da poco reso protagonista di un tentativo di fuga dall'ospedale. Tuttavia, **durante una delle passeggiate** intorno alla struttura **autorizzate** dai medici, **il paziente si era allontanato, finendo poi per togliersi la vita gettandosi sui binari della metropolitana**.
La **madre**, quindi, chiamava in giudizio la città di Vienna, quale autorità responsabile dell'ospedale, chiedendo un **risarcimento per la morte del figlio**, **secondo l'attrice dovuta alla negligenza dello staff ospedaliero**: alla luce della precaria condizione mentale del figlio, oltre che dei suoi precedenti tentativi di fuga, questi avrebbe dovuto essere ristretto nei movimenti e attentamente supervisionato da medici e infermieri, dal momento che il contratto alla base del suo ricovero prevedeva obblighi di protezione e cura.
Dal canto suo, l'autorità convenuta asseriva che lo staff ospedaliero aveva pienamente adempiuto all'obbligo di diligenza dovuta: il paziente non aveva infatti mai dato segno di intenzioni suicidarie, mostrandosi anzi sempre più incline a sottostare alla terapia; per questo motivo i medici avevano deciso di concedergli una maggiore libertà – in linea con le più recenti direttive psichiatriche, laddove viene indicato che la restrizione dei movimenti debba essere circoscritta ai soli casi "di assoluta necessità ed entro i confini della proporzionalità".
La Corte di primo grado accoglieva la richiesta di risarcimento, ritenendo la città di Vienna responsabile per il comportamento negligente dello staff medico: il suicidio del paziente sarebbe avvenuto come conseguenza della sovrastimolazione alla quale il soggetto, ritrovatosi in un ambiente esterno all'ospedale, era stato esposto; situazione che i medici avrebbero dovuto impedire, assicurandosi che il paziente rispettasse le restrizioni alla sua libertà di movimento o, comunque, supervisionandone le passeggiate. Inoltre, se anche il soggetto sembrava non rappresentare più un pericolo per se stesso, cionondimeno continuava a costituirlo per gli altri; proprio per questo motivo, per altro, il suo ricovero forzato continuava a risultare legittimo e doveroso.
In secondo grado, tuttavia, **la Corte accoglieva l'appello della Città di Vienna, ritenendo che non vi fosse alcun nesso causale tra l'inaspettato suicidio del paziente psichiatrico e la supposta violazione del dovere di supervisione dell'ospedale**: il soggetto non aveva dato motivo di essere ritenuto un pericolo per se stesso; il suicidio, quindi, non poteva essere attribuito alla responsabilità dell'ospedale, non essendo stato in alcun modo prevedibile.
Questa decisione veniva, infine, confermata dalla Corte Suprema, che nelle sue motivazioni si sofferma, in particolare, sulla **necessità di assicurare al paziente psichiatrico la massima libertà di movimento possibile** – sia per garantirne una più rapida guarigione, sia nell'ottica di tutela degli stessi art. 3 e 5 della Convenzione.

3. Esauriti i rimedi interni, **la madre del paziente adiva la Corte di Strasburgo, lamentando la violazione, da parte dell'Austria, dell'art. 2 della Convenzione, per avere omesso di proteggere la vita di suo figlio, malato mentalmente e sottoposto coattivamente alle cure della sanità pubblica**. In particolare, la donna rilevava che la persistenza del regime di ricovero coattivo si giustificava proprio sulla base della permanente situazione di pericolosità per sé e per i terzi del paziente, e della conseguente necessità di "assicurare la protezione della vita e

dell'incolumità della persona ricoverata e di terze parti", protezione in concreto non assicurata nel caso di specie.
Secondo il governo austriaco, invece, **l'approccio terapeutico in concreto prescelto doveva considerarsi in linea con le più recenti direttive mediche a livello europeo**: il ricovero di tipo "aperto", comprendente anche passeggiate senza accompagnatore, permetterebbe, infatti, un più rapido recupero del paziente psichiatrico, consentendone, al contempo, un suo graduale reinserimento nella società.

4. La Corte ribadisce anzitutto la sussistenza di **obblighi positivi** scaturenti dalla prima parte dell'art. 2: lo Stato non viene chiamato solo a non uccidere, ma anche ad "adottare le misure adeguate per salvaguardare le vite dei soggetti sotto la sua giurisdizione". E il rispetto di questo principio, sottolinea la Corte, deve essere assicurato anche nella sfera della sanità pubblica: in particolare, lo Stato deve garantire ai pazienti psichiatrici sottoposti a ricovero coatto un'adeguata protezione, soprattutto in considerazione della loro "particolare vulnerabilità".
Altro principio generale richiamato dalla Corte riguarda **eventuali "misure di protezione preventive"** che lo Stato è tenuto a prendere, in determinati casi, **per proteggere un soggetto** da altri o **da se stesso**. In questa seconda ipotesi, la giurisprudenza di Strasburgo si muove nella direzione di ritenere che questi obblighi sorgano solo laddove sia provato che "le autorità sapevano o avrebbero dovuto sapere che la persona in questione correva un reale ed imminente rischio per la sua vita" e, ciononostante, non hanno assunto le misure da considerarsi ragionevoli per neutralizzare tale rischio**.**
Nel caso di specie, la Corte rileva che non vi era controversia tra le parti circa la legittimità del ricovero forzato del soggetto e circa il fatto che al momento del suo decesso il provvedimento fosse ancora in vigore. A divergere nelle prospettazioni delle parti sono, piuttosto, la prevedibilità o meno del suicidio del paziente e l'esistenza di un eventuale onere, gravante sull'ospedale, di impedirne la verificazione attraverso una più stringente restrizione della libertà di movimento del soggetto.
A tal proposito, la Corte osserva come, stando alla ricostruzione dei fatti effettuata dalle corti domestiche, tanto lo stato di salute mentale del figlio della ricorrente quanto il suo atteggiamento nei confronti della terapia da qualche tempo sembravano essere considerevolmente migliorati, sì da spingere lo staff medico a ritenere non solo opportuno, ma addirittura necessario estenderne la libertà di movimento – anche per facilitare il graduale reinserimento in società del soggetto. Come accertato in sede giudiziaria nazionale, al momento della fuga fatale, infatti, **il paziente non sembrava più rappresentare un pericolo per se stesso**. Queste ricostruzioni sono ritenute dalla Corte di Strasburgo "esaurienti, pertinenti e convincenti, oltre che in linea con la propria giurisprudenza in materia". In particolare, nessun segnale di rischio suicidario era mai stato manifestato dal soggetto durante la sua permanenza nell'ospedale psichiatrico, tanto che una sua ulteriore restrizione nel reparto chiuso sarebbe stata illegittima; i medici, quindi, non avevano alcuna ragione di sospettare che il paziente fosse incline al suicidio**. Esclusa la prevedibilità dell'evento, dunque, viene esclusa anche la conseguente responsabilità dell'ospedale e, di conseguenza, dello Stato austriaco**.
D'altra parte, la Corte osserva come la scelta dello staff ospedaliero di autorizzare il paziente a qualche passeggiata non supervisionata non possa essere considerata sintomo di negligenza, atteso che il suo stato mentale era migliorato; anche a livello internazionale, l'approccio alla cura delle malattie mentali prevede di concedere la massima libertà possibile ai pazienti, in modo facilitarne il reinserimento nella società. Anche dalla prospettiva della Convenzione, resta auspicabile assicurare un'ampia libertà ai malati, così da preservarne nel miglior modo possibile la dignità ed il diritto di autodeterminazione. In altre parole, è sempre necessario

operare un bilanciamento tra i possibili vantaggi derivanti dall'applicazione di una terapia "aperta" e gli eventuali svantaggi di un simile approccio – quali il rischio di fuga del paziente o, peggio, qualche gesto autolesionista.
Per tali ragioni, **la Corte nega una qualsivoglia violazione sostanziale dell'art. 2 imputabile all'Austria**, ritenendo fondate le argomentazioni dalla Corte Suprema austriaca: **una più severa restrizione della libertà di movimento del figlio della ricorrente si sarebbe essa stessa scontrata con le esigenze di tutela degli artt. 3, 5 e 8 della Convenzione.**
Parimenti, viene esclusa un'eventuale violazione dell'art. 2 nel suo versante processuale, posto che nessun rimprovero può essere mosso alle corti domestiche riguardo allo svolgimento di adeguate indagini.

***

5. La sentenza in commento fornisce preziose indicazioni anche al penalista italiano, in relazione alla spinosa questione della responsabilità dello psichiatra per il suicidio del paziente [2].
Parte delle complessità in materia sorgono dal fatto che in questo tipo di responsabilità la determinazione dei presupposti della posizione di garanzia coincide con la stessa definizione delle regole cautelari cui il medico avrebbe dovuto attenersi, nel senso che in queste ultime devono ritrovarsi i limiti della prima: come si è perspicuamente osservato in dottrina, "ogni qual volta il medico si sia attenuto al dovere oggettivo di diligenza ricavato dalla regola cautelare – e quindi l'evento avverso non sia a lui rimproverabile – viene a mancare, già a monte, un'omissione penalmente rilevante, non trovandoci al cospetto di una azione doverosa inosservata" [3].
In questo quadro, carico di incertezze, l'operatore giuridico è chiamato ad operare un bilanciamento tra due valori che talvolta, purtroppo, finiscono per scontrarsi: da una parte, il corretto svolgimento dell'attività psichiatrica, dove – come in generale nella *ars medica*, e forse non a torto – mancano precise linee guida che dettino puntualmente le doverose cautele; dall'altra, la protezione della vita, e prima ancora dell'incolumità, del paziente sottoposto alle cure mediche. Ma la doverosa tutela (discendente anche dallo stesso art. 2 Cedu) di questi ultimi beni, d'altro canto, deve fare i conti con il rispetto di altri valori costituzionalmente protetti, quali la libertà, l'autonomia e la dignità del paziente. E, dunque, la partita non potrà che giocarsi, caso per caso, sul filo della corretta ricostruzione delle regole cautelari che vincolano il medico: in quest'ottica, dunque, ben potranno venire in soccorso del penalista italiano le considerazioni svolte dalla Corte di Strasburgo circa la necessità di riscontrare, in capo allo psichiatra, una concreta prevedibilità dell'evento suicidario e, al contempo, di riconoscere l'evoluzione della scienza psichiatrica verso un approccio terapeutico di tipo "aperto", nel quale la restrizione della libertà del paziente – anche se sottoposto a trattamento sanitario obbligatorio – sia relegata davvero ad *extrema ratio.*

[1] Il caso riguardava il suicidio di un detenuto, per il quale la Corte ha escluso una violazione dell'art. 2 da parte del personale penitenziario – e, dunque, dello Stato di appartenenza portato a Strasburgo – sulla scorta della considerazione che un simile evento non era in alcun modo prevedibile (Corte EDU, Grande Camera, sent. 3 aprile 2001, Keenan c. Regno Unito).
[2] Cfr., *ex multis*, Cass. pen., 6 novembre 2003, in *Riv. pen.*, 2004, p. 626 e ss.; Cass. pen.,12 gennaio 2005, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, p. 826 e ss; Cass. pen., 27 novembre 2008, in *CED*, 242390; Cass. pen., 1 febbraio 2012, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, p. 1104 e ss.

[3] C. Cupelli, *La colpa dello psichiatra. Rischi e responsabilità tra poteri impeditivi, regole cautelari e linee guida*, in *Dir. pen. cont.*, 21 marzo 2016, al quale si rinvia per una puntuale analisi della questione.