

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

10/2020

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresca-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Masera, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Ennio Amodio, Gastone Andreatza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrococo, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vighè, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri (coordinatore), Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Alessandra Galluccio, Cecilia Pagella, Tommaso Trincherà, Maria Chiara Ubiali

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili).

Il testo completo della licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

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 *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen. (o SP)*, 1/2020, p. 5 ss.

INDICE DEI CONTRIBUTI

G. FRANCOLINI, <i>La prova nel procedimento di prevenzione: identità, alterità o somiglianza con il processo penale?</i>	5
A. ROSANÒ, <i>Dopo Aranyosi e Căldăraru: la prassi della Corte di cassazione italiana in materia di diritti fondamentali e MAE</i>	51
G. MASTRANGELO, <i>Il Sudan non è poi così lontano. Circoncisione ed infibulazione dei minorenni tra cultura, repressione penale ed autodeterminazione</i>	67
V. GIORDANO – R. MUZZICA, <i>Le nuove frontiere della particolare tenuità del fatto: l'applicazione con sentenza predibattimentale</i>	99
E. FUSCO – B. FRAGASSO, <i>Sul presunto obbligo di impedimento in capo all'organismo di vigilanza: alcune note a margine della sentenza BMPS</i>	113
M. GRIFFO, <i>Sono inutilizzabili i dati intercettati a mezzo di captatore informatico al di fuori dei luoghi consentiti</i>	127
D. VIGONI, <i>Italia – Nuova Zelanda: una convenzione di estradizione che non c'è?</i>	143

LA PROVA NEL PROCEDIMENTO DI PREVENZIONE: IDENTITÀ, ALTERITÀ O SOMIGLIANZA CON IL PROCESSO PENALE? (*)

di Giovanni Francolini

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Il tema di prova. – 3. Cenni sui principi costituzionali e convenzionali relativi alla disciplina del procedimento di prevenzione. – 4. La mancanza del c.d. doppio fascicolo e i poteri di indagine del tribunale. – 5. La contestazione nel procedimento di prevenzione. – 6. Il procedimento e la formazione della prova nel contraddittorio: le norme rilevanti. – 7. (*segue*): l'esegesi giurisprudenziale. – 8. (*segue*): una discrasia. – 9. I rapporti con il procedimento penale: il principio di autonomia. – 10. (*segue*): le prove inutilizzabili – 11. (*segue*): le dichiarazioni dei collaboratori di giustizia. – 12. Lo *standard* probatorio e il diritto alla prova in relazione alla provenienza illecita dei beni oggetto di proposta patrimoniale – 13. Le misure di prevenzione patrimoniali e le statuizioni del giudice penale: le preclusioni. – 14. Conclusioni e prospettive *de iure condendo*.

1. Considerazioni introduttive.

Non possono dirsi poco diffusi, sia tra chi si occupa della materia a livello teorico sia tra chi vi si confronta nelle aule di giustizia, i dubbi sulla conformità delle norme in materia di misure di prevenzione ai principi che governano il nostro sistema penale¹.

(*) Lo scritto riproduce, con integrazioni e con l'inserimento di alcune note e dei riferimenti bibliografici, l'intervento svolto il 20 novembre 2019 all'incontro di studi sul tema "Il diritto di difesa e il contraddittorio nel processo penale" presso la Scuola Superiore della Magistratura.

¹ Non è questa la sede per dilungarsi sulla *genesì* delle misure di prevenzione. In estrema sintesi, basti ricordare che esse nacquero nell'ambito del c.d. diritto penale di polizia – ossia fuori dalla sfera del diritto penale classico, liberale, conforme ai principi a tutti ben noti – come strumenti finalizzati al controllo della devianza, degli oziosi, dei vagabondi, ecc. (cfr. M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in AA. VV., *Storia d'Italia. Legge, diritto, giustizia*, vol. 29, Torino, 1998 – Milano, rist. 2006, p. 487 ss., spec. 489 ss.); in seguito, sono diventate uno strumento per il controllo anche delle persone socialmente pericolose indiziate di appartenere alle associazioni di tipo mafioso (L. 575/1965) e di altre categorie di soggetti pericolosi per la sicurezza pubblica (L. 152/1975, c.d. legge Reale); a partire dalla c.d. legge Rognoni – La Torre (L. 646/1982), sono state utilizzate per attingere i patrimoni formati illecitamente; e negli anni la platea dei soggetti cui applicare una misura di prevenzione patrimoniale è stata man mano ampliata. Cfr., per tutti, F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali. La confisca allargata (art. 240-bis. c.p.)* – Vol. I. *Aspetti sostanziali e processuali*, Milano, 2019; si vedano pure A. MANGIONE, *Le misure di prevenzione*, in A. Cadoppi – S. Canestrari – A. Manna – M. Papa (a cura di), *Trattato di diritto penale*, P. gen., III, Torino, 2014, p. 434 ss.; P. TRONCONE, *Origine ed evoluzione delle misure preventive antimafia*, in G. Amarelli – S. Sticchi Damiani (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Torino, 2019, p. 1 ss. Anteriormente all'emanazione del D. Lgs. 159/2011, come si sa contenente il *Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136* (che di seguito sarà indicato

Ebbene, sin da subito vorrei osservare come tale conformità possa oggi in definitiva ravvisarsi (nei termini che proverò a chiarire nel prosieguo, in particolare alla luce degli insegnamenti della giurisprudenza, sia pure senza pretesa di completezza²); e ciò perché la prevenzione personale e quella patrimoniale – si consenta l’espressione – *non sono quelle che erano fino ad alcuni anni fa*. Tale asserto credo possa valere anche con riferimento alle regole cui si uniforma il procedimento di prevenzione, nonostante questo sia l’aspetto spesso oggetto di minore attenzione, quantomeno in termini di puntuale disciplina normativa.

Difatti, il processo di piena giurisdizionalizzazione delle misure di prevenzione – che negli anni ha visto sempre più impegnata la giurisprudenza (sia il Giudice delle leggi e la Corte di legittimità, sia i giudici di merito che hanno pure *sistematizzato* le ormai imprescindibili indicazioni provenienti dalla giurisprudenza europea³) e il legislatore che, spesso, ha dato crisma normativo a opzioni ermeneutiche consolidate – non può prescindere dalla chiara elaborazione dello statuto del procedimento volto all’applicazione di esse. Sotto tale profilo, nonostante l’emanazione del codice antimafia (ossia di un corpo normativo tendenzialmente esaustivo della materia), uno dei più recenti interventi legislativi – vale a dire la L. 161/2017 – ha ancora apportato rilevanti modifiche alla disciplina in rito posta dallo stesso codice, in ampia misura corrispondente al disposto della L. 1423/1956 e della L. 575/1965; tali modifiche in realtà hanno interessato il procedimento applicativo delle misure di prevenzione personali

anche come *codice antimafia*), cfr. G. PIGNATONE, *Le recenti modifiche alle misure di prevenzione patrimoniali (l. 125/2008 e l. 94/2009) e il loro impianto applicativo*, in G. Fiandaca – C. Visconti (a cura di), *Scenari di mafia. Orizzonte criminologico e innovazioni normative*, Torino, 2010, p. 311 ss.

² Ovviamente, una riflessione *funditus* su un tema – così ampio e denso di implicazioni sia sotto il profilo sostanziale che quello processuale – richiederebbe una disamina che non può esaurirsi nell’arco di questo scritto.

³ Il riferimento, necessario ma non esaustivo, è alle pronunce rese a seguito di Corte EDU, Grande Camera, sent. 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia; tra esse basti il rimando a Cass., S.U., 27 aprile 2017, n. 40076, Paternò, Rv. 270496; e più di recente a Corte cost., 27 febbraio 2019, n. 24. Tra i commenti della sentenza della Corte EDU appena citata, cfr. A.M. MAUGERI, [Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte Europea condanna l’Italia per la mancanza di qualità della “legge”, ma una rondine non fa primavera](#), in *Dir. pen. cont.*, 3/2017, p. 17 ss.; V. MAIELLO, *De Tommaso c. Italia e la cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 1039 ss.; F. MENDITTO, [La sentenza De Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione](#), in *Dir. pen. cont.*, 4/2017, p. 127 ss.; F. VIGANO, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, *ivi*, 3/2017, p. 370 ss. A proposito della pronuncia delle Sezioni Unite, cfr. *Id.*, *Le Sezioni Unite ridisegnano i confini del delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione alla luce della sentenza de Tommaso: un rimarchevole esempio di interpretazione conforme alla CEDU di una fattispecie di reato*, *ivi*, 9/2017, p. 146 ss. Per un commento della sentenza della Corte costituzionale e per le sue ricadute, cfr. S. FINOCCHIARO, [Due pronunce della Corte costituzionale in tema di principio di legalità e misure di prevenzione a seguito della sentenza de Tommaso della Corte EDU](#), in *Dir. pen. cont.*, 4 marzo 2019; A.M. MAUGERI – P. PINTO DE ALBUQUERQUE, [La confisca di prevenzione nella tutela costituzionale multilivello: tra istanze di tassatività e ragionevolezza, se ne afferma la natura ripristinatoria \(C. cost. 24/2019\)](#), in questa *Rivista*, 29 novembre 2019; F. MENDITTO, *Lo Statuto convenzionale e costituzionale delle misure di prevenzione, personali e patrimoniali. Gli effetti della sentenza della Corte costituzionale 27 febbraio 2019, n. 24*, in *Giur. Pen.*, 2019, 10.

nonché, in forza di un espresso rimando, anche quello funzionale all'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniale⁴.

Purtuttavia, il procedimento di prevenzione non ha ancora oggi un proprio autonomo statuto processuale e in ampia misura continua a uniformarsi a un paradigma snello – ossia al rito camerale *ex artt.* 127 e 666 c.p.p., non sempre del tutto funzionale alle più ponderose verifiche richieste al giudice della prevenzione, soprattutto in materia di misure patrimoniali –, paradigma che la giurisprudenza in ogni caso, già prima della novella appena menzionata, ha provato a rendere al contempo efficiente e pienamente rispettoso delle garanzie dei diritti costituzionali incisi dall'applicazione delle misure in discorso. E ciò è a dirsi non solo per il procedimento volto all'applicazione delle misure ablativo, ma anche per quel che attiene alle misure – per dir così – più blande, quali l'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche *ex art.* 34 D. Lgs. 59/2011 e il controllo giudiziario delle aziende *ex art.* 34-bis stesso decreto, oggetto di un significativo intervento legislativo proprio in forza della L. 161/2017.

In tale contesto normativo la giurisprudenza si è impegnata in significative puntualizzazioni in punto di diritto alla prova nel procedimento di prevenzione, pur nelle differenze che rimangono rispetto al giudizio penale; purtuttavia, permangono ancora differenze nella prassi delle corti di merito (ad esempio, a proposito dell'assunzione delle prove orali⁵).

I problemi di prova – vorrei ribadirlo – vengono enfatizzati proprio in materia di prevenzione patrimoniale, sia per la maggiore complessità, spesso, degli accertamenti necessari rispetto a quelli da compiersi nel procedimento volto all'applicazione delle sole misure personali, sia per la potenziale pervasività delle stesse (nella sostanza ben più *temute* di quelle personali) e per la conseguente centralità che hanno nel sistema⁶.

⁴ In particolare, ai sensi dell'art. 23, comma 1, D. Lgs. 159/2011, "salvo che sia diversamente disposto, al procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione patrimoniale si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni dettate dal titolo I, capo II, sezione I", del libro I del codice antimafia, vale a dire quelle poste in materia di misure personali applicate dall'autorità giudiziaria. L'art. 23 cit., a sua volta, è collocato nel titolo II dello stesso libro, ossia in quello che raccoglie la disciplina delle misure patrimoniali, nel capo I, intitolato al procedimento applicativo e che contempla le norme relative al sequestro e alla confisca; le misure patrimoniali diverse dalla confisca – tra cui pure il controllo giudiziario (art. 34-bis D. Lgs. 159/2011) – sono invece collocate nel capo V dello stesso libro dove pure vi è una disciplina in rito (cfr. la norma ult. cit.). Tuttavia, la disposizione di portata generale espressa dalla lettera dell'art. 23, comma 1, cit., unitamente al fatto che nel titolo II, capo I (anch'esso, come detto, dedicato al procedimento applicativo delle misure patrimoniali, senza ulteriori specificazioni), vi sono norme procedurali relative pure alla titolarità della proposta e alle indagini patrimoniali (cfr. artt. 17 e 19), consente di (a mio avviso, induce a) riferire il rimando normativo anche alle misure patrimoniali diverse da sequestro e confisca, pur nei limiti della compatibilità e nel rispetto anzitutto della clausola di salvaguardia che si legge nell'*incipit* dell'art. 23, comma 1, cit.

⁵ Sul punto si tornerà *infra*, par. 6.

⁶ Com'è noto, il nostro ordinamento conosce diverse forme di controllo dei patrimoni e di ablazione: tra esse, oltre alle ipotesi di confisca disposte all'esito di un procedimento penale, devono includersi le misure di prevenzione patrimoniali, strumenti mediante i quali, per l'appunto nell'ambito del (sotto-)sistema della prevenzione, lo Stato può intervenire per neutralizzare la pericolosità non soltanto di alcuni soggetti – rientranti nel novero delle persone socialmente pericolose – bensì di alcune *res*, la cui pericolosità è comunque *legata* a tali soggetti. D'altra parte, nessuno può dubitare della necessità di sottrarre al circuito

A proposito della prova, anche in materia di prevenzione sono due gli aspetti che rilevano:

- il *thema probandum*;
- e il modo della prova, ossia come si giunge alla prova nel procedimento di prevenzione.

2. Il tema di prova.

Occorre, allora, qualche considerazione sul *thema probandum* al fine di inquadrare più compiutamente l'argomento qui oggetto di disamina, vale a dire il modo in cui la prova si forma.

In proposito basterà, in primo luogo, ricordare schematicamente le principali misure di prevenzione che l'autorità giudiziaria può applicare ossia:

- quanto alle misure personali, la sorveglianza speciale di pubblica sicurezza (per una durata compresa tra uno e cinque anni), cui può aggiungersi l'obbligo e, nei casi consentiti, il divieto di soggiorno (cfr. artt. 6 e 8 D. Lgs. 159/2011);

- quanto alle misure patrimoniali, la confisca (di norma, preceduta dal sequestro finalizzato alla sua applicazione; cfr. artt. 20, 24 e 25 D. Lgs. 159/2011⁷), l'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche e delle aziende, il controllo giudiziario delle aziende (rispettivamente *ex artt.* 34 e 34-bis D. Lgs. 159/2011)⁸.

economico illegale, alla criminalità da profitto (mafiosa e non), i beni – ivi comprese le realtà produttive – frutto di illecita accumulazione o che traggono vantaggio dall'utilizzo del *know-how* criminale (ancora una volta, mafioso e non solo). È ormai evidente che le misure patrimoniali (disposte sia in seno al processo penale che nel procedimento di prevenzione) rivestono una centralità sempre maggiore tra i mezzi da impiegare per il contrasto alle forme più svariate di criminalità, non solo allorché l'agire *contra legem* sia riconducibile alle organizzazioni criminali, ma anche allorché l'agire illecito o le condotte antisociali pregiudichino gli interessi economici pubblici (compresi quelli dell'Unione Europea). Potremmo dire che è un segno dei tempi che il contrasto alla criminalità si svolga oggi (e debba svolgersi) tramite le misure patrimoniali: sinteticamente, l'attenzione del legislatore e degli operatori è passata *dalla persona al patrimonio* poiché oggi è più che mai assodata l'insufficienza delle sanzioni in pregiudizio della persona pure negli ambiti in cui svolgono una funzione indefettibile – quali la punizione delle più gravi condotte criminali che assumono rilevanza anche in materia di misure di prevenzione –, sanzioni cui devono affiancarsi strumenti giuridici che attingano i patrimoni illeciti. Sul punto è sempre attuale il rimando a G. FALCONE – G. TURONE, *Tecniche di indagine in materia di mafia*, relazione svolta all'incontro di studio, organizzato nel 1982 dal Consiglio Superiore della Magistratura sul tema *Riflessioni ed esperienze sul fenomeno mafioso*, oggi in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, Roma, 2013, n. 159, p. 83 ss., spec. 90 ss. Tanto più che non possiamo dubitare della coincidenza tra l'interesse pubblico alla *neutralizzazione* dei patrimoni illeciti e quello degli operatori privati che *rispettano le regole*. Nella giurisprudenza, a proposito delle "forme «moderne»" di confisca penale, di cui la confisca di prevenzione è "misura affine"⁷, è qui sufficiente il rimando a Corte cost., 21 febbraio 2018, n. 33.

⁷ Sui rapporti tra sequestro e confisca si veda *infra*, par. 12.

⁸ In questa sede non verranno svolte specifiche considerazioni a proposito della cauzione e dell'imposizione di garanzie reali, come anche dell'amministrazione giudiziaria dei beni personali (artt. 31 ss. D. Lgs. 159/2011), né sui divieti e le decadenze che per il prevenuto costituiscono effetti della misura applicata e che il tribunale può imporre anche ai soggetti diversi contemplati dalla legge dopo aver instaurato nei confronti

E, in secondo luogo, soggiungere che la sorveglianza speciale di pubblica sicurezza può applicarsi a chi rientra nelle categorie tipizzate dal legislatore⁹ ed è in atto socialmente pericoloso, secondo un percorso logico che la giurisprudenza ha compiutamente elaborato.

Più in particolare, al fine di decidere in ordine all'applicazione di una misura di prevenzione:

- la valutazione del giudice deve fondarsi, anzitutto, su una "ineliminabile componente «ricostruttiva»" (la c.d. fase constatativa) "tesa a rappresentare l'apprezzamento di «fatti» idonei (o meno) a garantire l'iscrizione del soggetto proposto in una delle categorie" richiamate¹⁰, "cui si unisce una seconda fase di tipo essenzialmente prognostico, per sua natura alimentata dai risultati della prima, tesa a qualificare come «probabile» il ripetersi di condotte antisociali, inquadrate nelle categorie criminologiche di riferimento previste dalla legge"¹¹;

- di tal che "il soggetto coinvolto in un procedimento di prevenzione [...] viene ritenuto «pericoloso» o «non pericoloso» in rapporto al suo precedente agire (per come ricostruito attraverso le diverse fonti di conoscenza) elevato ad «indice rivelatore» della possibilità di compiere future condotte perturbatrici dell'ordine sociale costituzionale o dell'ordine economico e ciò in rapporto all'esistenza delle citate disposizioni di legge che «qualificano» le diverse categorie di pericolosità"¹².

Dunque, vero è che nel procedimento di prevenzione il tema di prova ha ad oggetto una persona e non uno o più fatti di reato, come di regola è nel processo penale (dove pure la personalità del reo viene in rilievo¹³). Ma, a ben vedere, la persona viene sempre giudicata (in atto o già) socialmente pericolosa o meno per i suoi fatti, ovvero per le sue condotte precedenti – è utile rimarcarlo – oggetto di una ricostruzione che richiede il vaglio di elementi dimostrativi tratti dalle "diverse fonti di conoscenza".

L'assetto esegetico cui era pervenuta la giurisprudenza di legittimità ha trovato conferma ancora di recente da parte del Giudice delle leggi, il quale – chiamato a pronunciarsi a seguito della già richiamata sentenza della Corte EDU de Tommaso –:

- ha ribadito che "oltre alla verifica della riconducibilità del soggetto a una delle categorie oggi elencate nell'art. 4 D. Lgs. n. 159/2011, presupposto comune dell'applicazione della sorveglianza speciale, con o senza obbligo o divieto di soggiorno, è la pericolosità del soggetto medesimo per la sicurezza pubblica (art. 6, comma 1, del d.lgs. n. 159 del 2011)";

di costoro il contraddittorio (cfr. art. 67 ss. D. Lgs. 159/2011).

⁹ In particolare, nelle ben note categorie contemplate dagli artt. 1 e 4 D. Lgs. 159/2011, nel testo oggi vigente (a seguito di Corte cost., n. 24/2019, cit.), cui si rimanda. È, altresì, noto che i soggetti di cui all'art. 1 cit. sono i portatori della c.d. pericolosità generica.

¹⁰ Così si è espressa Cass., I, 24 marzo 2015, n. 31209, Scagliarini, Rv. 264320; cfr. pure *Id.*, I, 11 febbraio 2014, n. 23641, Mondini, Rv. 260104.

¹¹ Cass., n. 23641/2014, cit.

¹² Così ancora Cass., n. 31209/2015, cit.; conf. pure *Id.*, n. 23641/2014, cit.

¹³ Basti il richiamo dell'art. 133 c.p. in tema di commisurazione della pena e dell'art. 164 c.p. a proposito della sospensione condizionale.

- e, sotto il profilo che qui più interessa, ha rimarcato che “al riscontro probatorio delle sue passate attività criminose”, deve “affiancarsi una ulteriore verifica processuale circa la sua pericolosità, in termini – cioè – di rilevante probabilità di commissione, nel futuro, di ulteriori attività criminose”¹⁴, così non trascurando – quantunque non fosse oggetto della questione di legittimità costituzionale devoluta – il profilo per l’appunto *probatorio*, ossia processuale che deve caratterizzare l’accertamento della pericolosità sociale (sul punto si tornerà *infra*)¹⁵.

È poi noto che il sequestro e la confisca possono disporsi anche nei confronti di chi non sia più socialmente pericoloso, ma in relazione a beni da ritenersi illecitamente acquisiti proprio grazie alle condotte che hanno palesato la pericolosità sociale (c.d. applicazione disgiunta)¹⁶.

¹⁴ Corte cost., n. 24/2019, cit.

¹⁵ Si è già accennato nel testo che – com’è noto – la concreta pericolosità sociale deve essere connotata in termini di attualità, essendo evidente che irrilevanti appaiono le pregresse manifestazioni di pericolosità del proposto ove non si riscontrino, al momento dell’applicazione della misura, dei sintomi rivelatori della persistenza di comportamenti antisociali posti in essere dal soggetto *sub iudice*, che impongono una particolare vigilanza (in tal senso, *ex plurimis*, Cass., I, 17 gennaio 2011, n. 5838, Pardo, Rv. 249392; *Id.*, V, 22 settembre 2006, n. 34150, Comisso, Rv. 235203; *Id.*, VI, 27 maggio 1995, n. 1606, Guzzino, Rv. 201526; cfr. pure, più di recente, Corte cost., 25 settembre 2013, n. 291, e Cass. n. 23641/2014, cit.); invero, “ai fini dell’applicazione delle misure di prevenzione, la pericolosità desumibile... dalla condotta di vita del soggetto deve essere sussistente al momento della formulazione del relativo giudizio” (Cass., I, 16 gennaio 1991, n. 3930, Pantellaro, Rv. 186185), giacché trattasi di “misure il cui scopo essenziale è il controllo, per il futuro, della pericolosità sociale del soggetto interessato” (Corte cost., n. 24/2019, cit.). E ciò è a dirsi anche nel caso di pericolosità c.d. qualificata derivante dalla ritenuta appartenenza del proposto a un’associazione di tipo mafioso, poiché “l’applicazione della massima di esperienza desumibile dalla tendenziale stabilità del vincolo p[ro]prio applicarsi solo attraverso la previa analisi specifica dei suoi presupposti di validità nel caso oggetto della proposta e non può da sola genericamente sostenere l’accertamento di attualità” (Cass., S.U., 30 novembre 2017 – 4 gennaio 2018, n. 111, Gattuso, Rv. 271511).

¹⁶ Sul punto si veda oggi l’art. 18 D. Lgs. 159/2011, che disciplina pure la prosecuzione dell’azione di prevenzione o l’esercizio di essa – nel caso di decesso del soggetto socialmente pericoloso – nei confronti degli eredi o degli aventi causa: al riguardo è qui sufficiente il rimando a Cass., S.U., 22 dicembre 2016 – 16 marzo 2017, n. 12621, De Angelis e altro, Rv. 270081.

In pronunce di grande rilevanza la Suprema Corte di Cassazione:

- non solo ha osservato che la pericolosità sociale può individuarsi, come riportato poco sopra nel testo, in rapporto al precedente agire del proposto “elevato ad «indice rivelatore» della possibilità di compiere future condotte perturbatrici” sia “dell’ordine sociale costituzionale” che “dell’ordine economico” (Cass., n. 23641/2014, cit.);

- ma ha anche rimarcato che “l’interesse pubblico all’eliminazione dal circuito economico di beni di sospetta illegittima provenienza [...], sussiste per il solo fatto che quei beni siano andati ad incrementare il patrimonio del soggetto e prescinde dal fatto che perduri in capo a quest’ultimo lo stato di pericolosità”, proprio “perché la finalità preventiva che si intende perseguire con la confisca risiede proprio nell’impedire che il sistema economico legale sia funzionalmente alterato da anomali accumuli di ricchezza, quale che sia la condizione del soggetto che poi si trovi a farne in qualsiasi modo uso” (così Cass., II, 28 aprile 2017, n. 27430, Rappa, Rv. 270293, che richiama sul punto *Id.*, S.U., 26 giugno 2014 – 2 febbraio 2015, n. 4880, Spinelli e altro, Rv. 262604, e Cass., n. 23641/2014, cit.).

Nello stesso senso si è espressa la Corte costituzionale, la quale ha a chiare lettere rimarcato “un vizio genetico nella costituzione dello stesso diritto di proprietà in capo a chi ne abbia acquisito la materiale disponibilità” con condotte illecite, “risultando «sin troppo ovvio che la funzione sociale della proprietà privata possa essere assolta solo all’indeclinabile condizione che il suo acquisto sia

D'altra parte, non occorre qui dilungarsi per osservare – con riguardo ai casi in cui le misure di prevenzione patrimoniali attingano beni destinati all'esercizio dell'impresa (ovvero partecipazioni nelle società che la esercitano) – che difficilmente potrebbe ritenersi compatibile con i limiti che la Carta fondamentale pone alla libertà di iniziativa economica privata – la quale “non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana” (art. 41, comma 2, Cost.) – un'attività di impresa che si giovi di proventi illeciti ovvero ne consenta il reimpiego dissimulandone la provenienza e facendoli fruttare, si avvalga del *know-how* criminale per fare ingresso o rimanere sul mercato, oppure realizzi finalità criminali¹⁷.

Parimenti, non è questa la sede per approfondire il tema della compatibilità costituzionale delle misure usualmente ritenute più *blande* ed ispirate a quello che in dottrina è stato indicato come *paradigma terapeutico*, ossia quelle previste dai già citati artt. 34 e 34-bis D. Lgs. 159/2011¹⁸.

conforme alle regole dell'ordinamento giuridico” (Corte cost., n. 24/2019, cit.); la pronuncia, che pure espressamente richiama Cass., S.U., n. 4880/2015, cit., tanto soggiunge: “Non può, dunque, ritenersi compatibile con quella funzione l'acquisizione di beni *contra legem*, sicché nei confronti dell'ordinamento statutale non è mai opponibile un acquisto inficiato da illecite modalità”. Nello stesso ordine di idee, cfr. pure Corte cost., n. 33/2018, cit. (resa in relazione alla confisca c.d. allargata già prevista dall'art. 12-*sexies*, comma 1, D.L. 306/1992, convertito, con modificazioni, in L. 356/1992, ed oggi contemplata dall'art. 240-*bis* c.p.), secondo cui finalità della confisca è “contrastare in modo adeguato il fenomeno dell'accumulazione di ricchezze illecite da parte della criminalità, e in specie della criminalità organizzata: fenomeno particolarmente allarmante, a fronte tanto del possibile reimpiego delle risorse per il finanziamento di ulteriori attività illecite, quanto del loro investimento nel sistema economico legale, con effetti distorsivi del funzionamento del mercato”.

¹⁷ Sull'infiltrazione delle imprese criminali nei settori produttivi la letteratura è amplissima. Per tutti, si vedano – anche per ulteriori rimandi – A. BALSAMO – A. LO PIPARO, *La contiguità all'associazione mafiosa e il problema del concorso eventuale*, in B. Romano (a cura di), *Le associazioni di tipo mafioso*, Torino 2015, p. 139 s; M. FABRIZI – P. MALASPINA – A. PARBONETTI, *Caratteristiche e modalità di gestione delle aziende criminali*, in *Riv. st. ric. crim. org.*, 2017, III, n.1, p. 47 ss.; C. VISCONTI, *Strategie di inquinamento criminale dell'economia: il nodo dei rapporti tra mafie e imprese*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 705 ss.

Alla luce dell'oggetto di questo contributo (incentrato sui profili processuali), a proposito della compatibilità costituzionale delle misure di prevenzione basti il rimando a F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, cit., *passim*; e – con più diretto riguardo agli effetti di Corte cost., n. 24/2019, cit.; *ID.*, *Lo Statuto convenzionale e costituzionale delle misure di prevenzione*, cit.; nell'ambito di una disamina inerente più direttamente alle c.d. interdittive antimafia “generiche” prevista dal D. Lgs. n. 159/2011, cfr. G. AMARELLI, *Le interdittive antimafia “generiche” tra interpretazione tassativizzante e dubbi di incostituzionalità*, in G. Amarelli – S. Sticchi Damiani (a cura di), *Le interdittive antimafia*, cit., spec. p. 209 ss.

¹⁸ Con riguardo a tali misure e al modello cui sono ispirate, cfr. C. VISCONTI, *Strategie di inquinamento criminale dell'economia*, cit., p. 716 ss.; *ID.*, *Il controllo giudiziario “volontario”: una moderna “messa alla prova” aziendale per una tutela recuperatoria contro le infiltrazioni mafiose*, in G. Amarelli – S. Sticchi Damiani (a cura di), *Le interdittive antimafia*, cit., p. 237 ss.; cfr. pure R. CANTONE – B. COCCAGNA, *L'impresa raggiunta da interdittiva antimafia tra commissariamenti prefettizi e controllo giudiziario*, in G. Amarelli – S. Sticchi Damiani (a cura di), *Le interdittive antimafia*, cit., p. 283 ss.; G. PIGNATONE, [Mafia e corruzione: tra confische, commissariamenti e interdittive](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2015, p. 259 ss. Nella giurisprudenza di legittimità, cfr. Cass., S.U., 26 settembre 2019, n. 46898, Ricchiuto, Rv. 277156, e *Id.*, I, 7 maggio 2019, n. 29487, confl. di competenza Trib. Trento-Trib. Catanzaro, Rv. 276303 – 01.

Sotto il profilo della conformità alla Carta fondamentale delle misure in discorso, fermo il più generale rinvio

Per rimanere, invece, sull'oggetto della presente disamina, allorché si debba provvedere su una proposta di confisca *ex art.* 24 D. Lgs. 159/2011 (e, di regola, ancor prima su una richiesta, ai sensi dell'art. 20 dello stesso decreto, di sequestro finalizzato alla stessa ablazione), i profili oggetto di vaglio probatorio (o indiziario) sono:

- la disponibilità, diretta o indiretta, dei beni in discorso in capo alla persona di cui si assume la pericolosità sociale;
- l'illegittima provenienza di tali *res*¹⁹.

Vedremo *infra* (par. 12) che, in maniera non così dissimile dal procedimento penale, la normativa vigente giustifica l'applicazione di uno *standard* probatorio (o indiziario) diverso a seconda che debba ordinarsi il sequestro o la confisca. Sin d'ora, invece, si evidenzia come sia l'art. 20 cit. (che pone i presupposti del sequestro) sia l'art. 24 cit. (che indica quelli della confisca), a proposito della provenienza illegittima dei cespiti oggetto di misura reale, elenchino non solo il caso in cui gli stessi debbano ritenersi il "frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego" ma anche – come ipotesi alternativa e autonoma ("ovvero": art. 20; "nonché": art. 24) – il caso in cui il loro valore risulti "sproporzionato al reddito dichiarato" o "all'attività economica svolta"²⁰. A ben vedere, con tale seconda previsione il Legislatore ha normativizzato uno degli indici che più chiaramente, in mancanza di elementi di segno contrario, denuncia la provenienza non legittima di un bene nella disponibilità di una persona socialmente pericolosa²¹, come chiarisce per vero l'inciso posto dall'art. 24 che – come esposto – indica

di cui alla nt. che precede, si rimanda a Corte cost., 20 novembre 1995, n. 487, resa in relazione alla confisca conseguente alla sospensione temporanea dall'amministrazione di beni (cfr. artt. 3-*quater* e 3-*quinquies* L. 575/1965; a seguito della novella *ex art.* 24 D.L. 306/1992, cit.), istituito oggi disciplinato – come già rilevato – dall'art. 34 D. Lgs. 159/2011 con il *nomen iuris* di amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche e delle aziende.

¹⁹ Tanto che, ai sensi dell'art. 20, comma 3, D Lgs. 159/2011, "il sequestro è revocato dal tribunale quando risulta che esso ha per oggetto beni di legittima provenienza o dei quali l'indiziato non poteva disporre direttamente o indirettamente", oltre che "in ogni altro caso in cui è respinta la proposta di applicazione della misura di prevenzione patrimoniale".

²⁰ Cfr. di recente Cass., II, 6 giugno 2019, n. 31549, *Simply Soc. Coop.*, Rv. 277225: "l'analisi testuale del primo comma dell'art. 24 del d.Lgs. 159/2011 tiene ben distinte le due situazioni nelle quali può procedersi alla confisca: a) quella nella quale "risulti" che il soggetto interessato (anche per interposta persona) sia titolare od abbia la disponibilità a qualsiasi titolo di beni in valore sproporzionato al proprio reddito od alla propria attività economica; b) quella nella quale "risulti" che i beni *de quibus* siano frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego. Ciò significa, innanzitutto, che non è necessario che i beni oggetto del provvedimento appartengano simultaneamente ad entrambe le citate categorie bastando la loro riconducibilità anche ad una sola di esse: la congiunzione "nonché" preceduta da una virgola ha infatti nel testo della norma la sola funzione di elencare le situazioni nelle quali può procedersi a confisca (distinguendo i beni dal primo tipo da quelli del secondo tipo) e non consente di ritenere che sia necessaria la contestuale ricorrenza delle due ipotesi".

²¹ Cfr. A. BALSAMO, voce *Codice antimafia*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, 2014, p. 59, secondo cui con "il parametro della sproporzione [...] è stata positivizzata una tipologia indiziaria di frequente applicazione"; si veda pure *ivi*, p. 89: il "criterio della sproporzione va dunque inteso non come un elemento autosufficiente, ma come un importante dato indiziario che, unito ad altri (come la natura e le tipiche implicazioni economiche delle attività delittuose attribuite al proposto, i collegamenti del soggetto con circuiti criminali organizzati, la mancanza di ragionevoli spiegazioni alternative offerte dall'interessato), consente di raggiungere una piena prova dell'effettiva anti giuridicità dell'accumulazione patrimoniale riscontrata". Cfr.

tra i beni passibili di confisca quelli di cui il proposto “non possa giustificare la legittima provenienza”, così comprendendo in tale unica espressione entrambe le ipotesi predette²². Non occorre, però, com’è ovvio in materia di prevenzione, la prova del nesso causale tra l’acquisto di uno specifico bene e un determinato reato^{23 24}.

Invece, per disporre l’amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche e delle aziende il tribunale deve verificare che:

- sussistano sufficienti indizi per ritenere che il libero esercizio di determinate attività economiche, comprese quelle di carattere imprenditoriale, sia direttamente o indirettamente sottoposto alle condizioni di intimidazione o di assoggettamento previste dall’articolo 416-*bis* c.p. o possa comunque agevolare l’attività di persone nei confronti delle quali è stata proposta o applicata una delle misure di prevenzione personale o patrimoniale previste dagli artt. 6 e 24 D. Lgs. 159/2011, ovvero di persone sottoposte a procedimento penale per taluni reati²⁵;

- e che non ricorrano i presupposti per l’applicazione del sequestro e della confisca di prevenzione (art. 34, comma 1, D. Lgs. 159 cit.)²⁶.

altresì F. MENDITTO, *Le confische di prevenzione e penali. La tutela dei terzi*, Milano, 2015, p. 43, e G. PIGNATONE, *Le recenti modifiche alle misure di prevenzione patrimoniale*, cit., p. 330 ss.

²² Cfr. Cass., n. 31549/2019, cit.

²³ Cfr., per tutte, Corte cost., n. 33/2018 e n. 24/2019, cit., e Cass., n. 31549/2019, cit.

²⁴ Si ricorda che il codice antimafia, all’art. 25 (peraltro, oggetto di modifica da parte della L. 161/2017), contempla anche il sequestro e la confisca per equivalente, che – in estrema sintesi – attingono beni di derivazione lecita sol perché quelli illeciti non sono più nella disponibilità del soggetto socialmente pericoloso. Di seguito si riporta il testo dell’art. cit.: “1. Dopo la presentazione della proposta, se non è possibile procedere al sequestro dei beni di cui all’articolo 20, comma 1, perché il proposto non ne ha la disponibilità, diretta o indiretta, anche ove trasferiti legittimamente in qualunque epoca a terzi in buona fede, il sequestro e la confisca hanno ad oggetto altri beni di valore equivalente e di legittima provenienza dei quali il proposto ha la disponibilità, anche per interposta persona. 2. Nei casi di cui all’articolo 18, commi 2 e 3, si procede con le modalità di cui al comma 1 del presente articolo nei riguardi dei soggetti nei cui confronti prosegue o inizia il procedimento con riferimento a beni di legittima provenienza loro pervenuti dal proposto”.

²⁵ In particolare, per i delitti di cui all’articolo 4, comma 1, lettere a), b) e i-*bis*), D. Lgs. 159/2011 ovvero per i delitti di cui agli articoli 603-*bis*, 629, 644, 648-*bis* e 648-*ter* c.p.

²⁶ La giurisprudenza, a proposito della sospensione temporanea dall’amministrazione dei beni e della successiva confisca già previste dagli articoli 3-*quater* e 3-*quinqies* L. 575/65, poi disciplinate dall’art. 34 D. Lgs. 159/2011 (cfr. *retro*, nt. 18), nella vigenza della formulazione originaria di tale ultima norma ha chiarito che l’amministrazione giudiziaria e la confisca che eventualmente ne conseguono non colpiscono i beni nella disponibilità diretta o indiretta del proposto, diversamente da quanto disciplinato dall’art. 24 D. Lgs. 159/2011, bensì i beni che rappresentano un mezzo rispetto agli scopi dell’associazione mafiosa (cfr. Cass., I, 24 maggio 2017, n. 30859, P.G. in proc. Società Italiana Dragaggi S.p.A., che richiama pure Corte cost., n. 487/1995, cit.); difatti, l’art. 34 “non richiede l’esistenza di un rapporto di interposizione fittizia tra il terzo ed il proposto, come avviene nell’art. 24, ma si limita a richiedere sufficienti indizi per ritenere che l’esercizio di determinate attività economiche possa comunque agevolare l’attività delle persone affiliate al clan” e, dunque, “il «terzo» destinatario delle misure previste dall’art. 34 si distingue dal «terzo» titolare dei beni che possono essere appresi ai sensi dell’art. 24, il quale è raggiunto dal sospetto di essere il titolare soltanto formale di beni nella effettiva disponibilità del proposto” poiché “il destinatario del provvedimento di amministrazione giudiziaria è [...] l’effettivo titolare dei beni che sono ritenuti essere in rapporto di strumentalità con la condotta agevolatrice” (*ivi*). Tale esegesi non è mutata neppure a seguito della novella dell’art. 34 cit. in forza della L. 161/2017, la quale ha mantenuto nel corpo della norma, quale condizione

Qualora, infine, l'agevolazione appena richiamata risulti occasionale, il tribunale ordina il controllo giudiziario delle attività economiche e delle aziende (oggi previsto, a seguito della L. 161/2017, come istituto autonomo), se sussistono circostanze di fatto da cui si possa desumere il pericolo concreto di infiltrazioni mafiose idonee a condizionarne l'attività (art. 34-*bis*, comma 1, D. Lgs. 159/2011)²⁷.

negativa dell'applicazione dell'amministrazione giudiziaria, il difetto dei presupposti per l'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali di cui al capo I del titolo II del D. Lgs. 159 cit., ossia dei presupposti per l'applicazione del sequestro e della confisca *ex artt.* 20 e 24 dello stesso decreto (cfr. Cass., VI, 4 aprile 2019, n. 22889, Consorzio Go Service s.c.a.r.l. in liquidazione, Rv. 275531, secondo cui le misure di prevenzione patrimoniali diverse dalla confisca di cui agli artt. 33, 34 e 34-*bis* D. Lgs. 159/2011, "partecipano di una comune caratteristica, rappresentata dall'assenza dei presupposti per addivenire all'applicazione della misura del sequestro finalizzato alla confisca, e costituiscono misure sussidiarie, applicabili ove venga riscontrato il tratto dell'agevolazione/soggezione dell'attività economica, intesa in senso lato, rispetto ad entità mafiose ovvero criminali").

²⁷ Com'è noto, l'art. 34-*bis*, comma 6, D. Lgs. 159/2011 prevede pure che "le imprese destinatarie di informazione antimafia interdittiva ai sensi dell'articolo 84, comma 4, [dello stesso decreto] che abbiano proposto l'impugnazione del relativo provvedimento del prefetto, possono richiedere al tribunale competente per le misure di prevenzione l'applicazione del controllo giudiziario" nella forma *più penetrante* prevista dalla art. 34-*bis*, comma 2, lettera *b*), dello stesso articolo, ossia quella che prevede la nomina di un giudice delegato e di un amministratore giudiziario. A proposito dei presupposti applicativi delle misure in discorso, si rimanda, in giurisprudenza, a Cass., n. 46898/2019, cit.; in dottrina, a F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, cit., 905 ss., e agli scritti citati alla nt. 18; volendo, sotto il profilo processuale, si veda G. FRANCOLINI, *Questioni processuali in tema di applicazione del controllo giudiziario delle aziende ex art. 34 bis, comma 6, d. lgs. n. 159/2011*, in G. Amarelli – S. Sticchi Damiani (a cura di), *Le interdittive antimafia*, cit., p. 257 ss. In questa sede, ci si limita a rilevare che – secondo la giurisprudenza di legittimità – il Legislatore ha previsto le "misure 'alternative'" al sequestro e alla confisca (per l'appunto l'amministrazione giudiziaria e il controllo giudiziario) come strumenti che consentono di intervenire alla luce della specifica "qualificazione della «relazione» intercorrente tra i beni in questione ed il soggetto indicato come portatore di pericolosità tipica", nel senso che "lì dove non ci si trovi [...] in presenza di una relazione definibile in termini di 'avvenuto investimento' da parte del soggetto pericoloso (del profitto delle condotte illecite nei beni) o di una strumentalizzazione piena di una azienda al fine di consentire l'esercizio di attività economica da parte del soggetto appartenente al gruppo criminale (casi tipici di adozione del sequestro in vista della confisca), risulta possibile applicare le misure della amministrazione o del controllo, con graduazione della intensità dell'intervento giudiziario, in chiave di potenziale «recupero» dell'ente economico ad una diversa condizione operativa, ove si sia constatata l'esistenza:

a) di una coartazione di volontà o di una oggettiva agevolazione (non propriamente dolosa e/o frutto della coartazione) realizzata dall'azienda verso persone 'esterne' portatrici di pericolosità qualificata (qui va disposta l'amministrazione giudiziaria dei beni utilizzabili per lo svolgimento della attività economica, ai sensi dell'art. 34, con modalità gestionali affini a quelle del sequestro tipico);

b) di un semplice pericolo di infiltrazione mafiosa nell'attività di impresa (l'agevolazione, seppure sussiste, è occasionale) con applicazione in tal caso del controllo giudiziario di cui all'art. 34 *bis*, consistente in una sorta di 'vigilanza prescrittiva', nelle forme e con le modalità di cui al comma 2 della medesima disposizione (obblighi di comunicazione di determinate attività o, in alternativa, nomina di un amministratore giudiziario con funzioni di controllo ed eventuali prescrizioni); difatti, "mentre l'amministrazione ed il controllo mirano – essenzialmente – ad un ripristino funzionale dell'attività di impresa – una volta ridotta l'ingerenza dei soggetti portatori di pericolosità esterni – il sequestro deriva da una constatazione di pericolosità del soggetto che gestisce l'attività economica e mira alla recisione del nesso tra persona pericolosa e beni" (Cass., n. 29487/2019, cit.).

D'altra parte, se un'impresa è in effetti nella disponibilità della persona socialmente pericolosa, anche se formalmente (fittiziamente) intestata a terzi, non è neppure in concreto ipotizzabile che possa recidersi

3. Cenni sui principi costituzionali e convenzionali relativi alla disciplina del procedimento di prevenzione.

I parametri costituzionali (e convenzionali) cui deve uniformarsi la disciplina del procedimento di prevenzione sono stati di recente (ulteriormente) sottolineati dalla Consulta e, per vero, anche dalla giurisprudenza di legittimità già prima della nota sentenza de Tommaso.

Difatti, da ultimo la Corte costituzionale:

- ha a chiare lettere affermato che le misure di prevenzione, che pure non hanno natura punitiva, “in tanto possono considerarsi legittime, in quanto rispettino i requisiti cui l’art. 13 Cost. subordina la liceità di ogni restrizione alla libertà personale, tra i quali vanno in particolare sottolineate la riserva assoluta di legge (rinforzata, stante l’esigenza di predeterminazione legale dei «casi e modi» della restrizione) e la riserva di giurisdizione”;

- e, quantunque non venisse direttamente in rilievo rispetto alle questioni di costituzionalità esaminate, ha richiamato il concetto di “tassatività processuale, concernente il *quomodo* della prova”, che più in dettaglio “attiene [...] alle modalità di accertamento probatorio in giudizio, ed è quindi riconducibile a differenti parametri costituzionali e convenzionali – tra cui, in particolare, il diritto di difesa di cui all’art. 24 Cost. e il diritto a un «giusto processo» ai sensi, assieme, dell’art. 111, Cost. e dell’art. 6 CEDU”, definiti “di fondamentale importanza al fine di assicurare la legittimità costituzionale del sistema delle misure di prevenzione”²⁸. E ciò, nonostante abbia dato

tramite le misure non ablativo in discorso il nesso tra tale soggetto e i beni, non potendosi ritenere che l’attività di impresa (o il *modus* del suo esercizio) possa essere passibile di *bonifica*. In tali casi, qualora non possano disporsi (in presenza di una proposta in tal senso) il sequestro e la confisca ai sensi degli artt. 20 e 24 D. Lgs. 159/2011, perché – ad esempio – gli elementi in atti non depongono per l’investimento nelle attività di beni di derivazione illecita ovvero per un loro esercizio con modalità che denunciano la piena strumentalizzazione dell’azienda all’esercizio di un’attività economica *criminale* (come nel caso di imprese che impiegano il *know-how* illecito del loro effettivo titolare o si giovano, sul mercato, della sua collocazione criminale), il rimedio previsto dal codice antimafia, per neutralizzare l’agire (anche mediato) dei soggetti socialmente pericolosi, deve individuarsi nei divieti e nelle decadenze di cui all’art. 67 D. Lgs. 159 cit., che possono imporsi pure ai conviventi dei propositi e a coloro che esercitino un’impresa di cui i propositi medesimi determinino in qualsiasi modo scelte e indirizzi (art. 67, comma 4, cit.).

²⁸ Corte cost. n. 24/2019, cit., che – nell’ottica che qui importa – tanto ha puntualizzato: “nelle numerose occasioni in cui la Corte EDU ha sinora esaminato doglianze relative all’applicazione della confisca di prevenzione, mai è stata riconosciuta natura sostanzialmente penale a questa misura. È stato conseguentemente escluso che ad essa possano applicarsi gli artt. 6, nel suo “*volet pénal*”, e 7 CEDU; e si è invece affermato che la misura rientra nell’ambito di applicazione dell’art. 1, Prot. addiz. CEDU, in ragione della sua incidenza limitatrice rispetto al diritto di proprietà (*ex multis*, Corte EDU, sezione seconda, sentenza 5 gennaio 2010, Bongiorno e altri contro Italia; decisione 15 giugno 1999, Prisco contro Italia; sentenza 22 febbraio 1994, Raimondo contro Italia)”; ed ha richiamato, altresì, tra le pronunce della Corte EDU, “la sentenza Gogitidze e altri contro Georgia del 2015, che ha ritenuto compatibile con la Convenzione una confisca specificamente rivolta ad apprendere beni di ritenuta origine illecita, nei confronti di pubblici ufficiali imputati di gravi reati contro la pubblica amministrazione e di loro prossimi congiunti: una confisca,

conto – sul punto torneremo oltre – del fatto che il procedimento di prevenzione sia “retto da regole probatorie e di giudizio diverse da quelle proprie dei procedimenti penali”²⁹.

In maniera convergente, la giurisprudenza di legittimità, “pur senza voler[ne] negare la diversità di struttura e di finalità rispetto al processo penale”, a proposito “della natura del processo di prevenzione [...], tenendo conto dell’interpretazione ormai consolidata della giurisprudenza costituzionale e sovranazionale”, ha rilevato come non sia “discutibile che si tratti di procedimento giurisdizionale, sottoposto al rispetto di principi fondamentali del processo penale e qualificato come tale dall’intervento decisionale di autorità giudicante terza rispetto alle parti, dalla contestazione di una forma specifica di pericolosità e dalla formulazione di precisa «proposta» nel rispetto dei principi di legalità e tassatività della stessa e delle misure da applicarsi, dal contraddittorio in tutte le fasi procedurali, dall’inviolabilità del diritto di difesa, dal doppio grado di giurisdizione di merito e dalla possibilità di esperire mezzi d’impugnazione per ottenere la revisione della decisione denunciata come ingiusta o illegittima”³⁰.

Sul punto è preferibile non dilungarsi oltre in questa sede, per entrare – esaurita questa parte introduttiva – *in medias res*³¹.

4. La mancanza del c.d. doppio fascicolo e i poteri di indagine del tribunale.

Quando si esamina il tema della prova nel procedimento di prevenzione vi è un presupposto dal quale occorre muovere: in esso non è previsto il c.d. doppio fascicolo, che nel procedimento penale è frutto di una specifica opzione legislativa correlata alla sua distinzione in fasi³². Infatti, nel procedimento di prevenzione (in cui organo

più in particolare, operante sulla base di meccanismi presuntivi simili a quelli previsti nell’ordinamento italiano, e comunque in assenza di condanna”. In ogni caso, sempre con riferimento alla confisca di prevenzione, la Consulta, argomentando alla luce degli artt. 41 e 42 Cost. e dell’art. 1 Prot. addiz. CEDU, sotto il profilo processuale, ha rimarcato “la necessità che la sua applicazione sia disposta in esito a un procedimento che – pur non dovendo necessariamente conformarsi ai principi che la Costituzione e il diritto convenzionale dettano specificamente per il processo penale – deve tuttavia rispettare i canoni generali di ogni “giusto” processo garantito dalla legge (artt. 111, primo, secondo e sesto comma, Cost., e 6 CEDU, nel suo “*volet civil*”), assicurando in particolare la piena tutela al diritto di difesa (art. 24 Cost.) di colui nei cui confronti la misura sia richiesta”. Nella giurisprudenza di legittimità si veda, per tutte, proprio nella prospettiva esegetica espressa dal Giudice delle leggi, Cass., n. 31549/2019, cit.

²⁹ *Ivi*. Cfr. pure Cass., n. 31549/2019, anche per ulteriori rimandi alla giurisprudenza costituzionale; e *Id.*, II, 12 marzo 2019, n. 20239, Sansone, per una disamina della disciplina vigente anche alla luce della giurisprudenza della Corte EDU. Si veda pure la nt. 52.

³⁰ Cass., I, 6 luglio 2016, n. 49180, Barberio e altro, Rv. 268652.

³¹ Qui basti, dunque, oltre ai precedenti rimandi, il rinvio a A. BALSAMO, voce *Codice antimafia*, cit., spec. 112 ss., e F. MENDITTO, *Lo Statuto convenzionale e costituzionale delle misure di prevenzione*, cit.

³² Il dato normativo posto dal codice di rito è noto, così come ne sono note le implicazioni in punto di utilizzazione probatoria degli atti. Qui basti ricordare la finalità delle indagini e, dunque, la valenza dei relativi atti nel procedimento penale (di norma funzionali “alle determinazioni inerenti all’esercizio dell’azione penale” – così l’art. 326 c.p.p.), salve le eccezioni previste dal codice di rito conformemente alle

proponente, peraltro, non è solo il procuratore della Repubblica)³³ non esiste un fascicolo del pubblico ministero processualmente distinto – una volta esercitata l’azione di prevenzione – dal fascicolo del tribunale.

Sono, quindi, utilizzabili per la decisione anche gli elementi di prova non formati nel contraddittorio, compresi ovviamente quelli acquisiti tramite le indagini difensive. Nella prassi, difatti, alla proposta si accompagnano anche elementi diversi dalle prove dibattimentali e i difensori, negli anni, sempre più spesso hanno prodotto e producono – sia al fine del provvedimento definitivo sia per ottenere la revoca del sequestro – l’esito delle investigazioni da loro svolte. Gli elementi in discorso, di frequente, si sono formati nei procedimenti penali già instaurati nei confronti dei proposti, ma non necessariamente nel contraddittorio: in altri termini, non è raro che il giudice della prevenzione utilizzi per la decisione atti che, nel procedimento penale nel quale sono stati acquisiti o compiuti, sono inclusi nel fascicolo del pubblico ministero.

D’altra parte, le indagini relative alle misure di prevenzione non sono oggetto di un’autonoma disciplina dettagliata, come invece la fase investigativa del procedimento penale, essendo in sostanza regolate dall’art. 19 D. Lgs. 159/2011, rubricato “indagini patrimoniali” ed in effetti collocato nell’ambito della disciplina delle misure patrimoniali, che indica (in particolare, ai primi tre commi)³⁴:

previsioni dell’art. 111 Cost. (e dell’art. 6 Carta EDU; cfr. pure l’art. 14 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, concluso a New York il 16 dicembre 1966).

³³ Cfr. artt. 5 e 17 D. Lgs. 159/2011.

³⁴ Per facilità di consultazione, si riportano i commi in discorso dell’articolo in commento:

“1. I soggetti di cui all’articolo 17, commi 1 e 2, procedono, anche a mezzo della guardia di finanza o della polizia giudiziaria, ad indagini sul tenore di vita, sulle disponibilità finanziarie e sul patrimonio dei soggetti indicati all’articolo 16 nei cui confronti possa essere proposta la misura di prevenzione della sorveglianza speciale della pubblica sicurezza con o senza divieto od obbligo di soggiorno, nonché, avvalendosi della guardia di finanza o della polizia giudiziaria, ad indagini sull’attività economica facente capo agli stessi soggetti allo scopo anche di individuare le fonti di reddito.

2. I soggetti di cui al comma 1 accertano, in particolare, se dette persone siano titolari di licenze, di autorizzazioni, di concessioni o di abilitazioni all’esercizio di attività imprenditoriali e commerciali, comprese le iscrizioni ad albi professionali e pubblici registri, se beneficiano di contributi, finanziamenti o mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concesse o erogate da parte dello Stato, degli enti pubblici o dell’Unione europea.

3. Le indagini sono effettuate anche nei confronti del coniuge, dei figli e di coloro che nell’ultimo quinquennio hanno convissuto con i soggetti indicati al comma 1 nonché nei confronti delle persone fisiche o giuridiche, società, consorzi od associazioni, del cui patrimonio i soggetti medesimi risultano poter disporre in tutto o in parte, direttamente o indirettamente”.

Si segnala che l’art. 34, comma 1, D. Lgs. 159/2011 (nel testo oggi vigente a seguito della L. 161/2017) indica, quale attività all’esito della quale possono emergere i presupposti per disporre l’amministrazione giudiziaria disciplinata dallo stesso articolo, proprio gli accertamenti svolti ai sensi dell’art. 19 cit., nonché “quelli compiuti per verificare i pericoli di infiltrazione mafiosa” – il testo previgente si esprimeva *in parte qua* in maniera quasi corrispondente, facendo riferimento a “quelli compiuti per verificare i pericoli di infiltrazione da parte della delinquenza di tipo mafioso” – questi ultimi oggi indicati più in dettaglio a seguito della novella appena richiamata in quelli “previsti dall’articolo 92” D. Lgs. 159 cit., ossia quelli funzionali al rilascio delle informazioni antimafia, “ovvero di quelli compiuti ai sensi dell’articolo 213 del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, dall’Autorità nazionale anticorruzione”. A proposito delle interdittive, anche con riguardo ai poteri di accertamento strumentali all’emissione di esse, e delle relazioni di esse con il sistema delle misure di prevenzione (e in particolare, con

- i soggetti cui è attribuito il compimento delle indagini, vale a dire i medesimi uffici proponenti, specificando che questi ultimi possono svolgerle anche a mezzo della guardia di finanza o della polizia giudiziaria;

- le persone rispetto alle quali devono essere svolte, ossia i soggetti nei cui confronti può essere proposta la misura di prevenzione della sorveglianza speciale della pubblica sicurezza, i loro più stretti congiunti (coniuge e figli), chi ha convissuto con gli stessi soggetti passibili di proposta nell'ultimo quinquennio e le persone fisiche o giuridiche, società, consorzi od associazioni del cui patrimonio i soggetti medesimi risultano poter disporre in tutto o in parte, direttamente o indirettamente³⁵;

- l'oggetto delle indagini, individuato nel tenore di vita, nelle disponibilità finanziarie e nel patrimonio di costoro e nell'attività economica facente capo agli stessi soggetti, allo scopo anche di individuare le fonti di reddito, oltre che nella verifica sulla titolarità di licenze, autorizzazioni, concessioni o abilitazioni all'esercizio di attività imprenditoriali e commerciali, comprese le iscrizioni ad albi professionali e pubblici registri, e la concessione o l'erogazione, da parte dello Stato, degli enti pubblici o dell'Unione Europea, di contributi, finanziamenti o mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate.

Quanto ai mezzi mediante i quali ricercare gli elementi su cui fondare la proposta, lo stesso art. 19 reca una disciplina piuttosto scarna³⁶, prevedendo la possibilità:

- di "richiedere [...] ad ogni ufficio della pubblica amministrazione, ad ogni ente creditizio nonché alle imprese, società ed enti di ogni tipo informazioni e copia della documentazione ritenuta utile ai fini delle indagini nei confronti dei soggetti" già menzionati;

- di accedere, senza nuovi o maggiori oneri, al Sistema per l'interscambio di flussi dati (SID) dell'Agenzia delle entrate e richiedere quanto ritenuto utile ai fini delle indagini;

- e che, "previa autorizzazione del procuratore della Repubblica o del giudice precedente", gli ufficiali di polizia giudiziaria procedano al sequestro della documentazione appena sopra indicata con le modalità di cui agli artt. 253, 254 e 255 c.p.p. (art. 19, comma 4, cit.)³⁷.

il controllo giudiziario delle aziende) si rinvia ai contributi raccolti in G. Amarelli – S. Sticchi Damiani (a cura di), *Le interdittive antimafia*, cit.

³⁵ Sin d'ora si osserva che l'art. 19, comma 3, cit., nell'esegesi giurisprudenziale riveste importanza anche sotto il profilo della prova: cfr. *infra*, par. 12.

³⁶ Cass., I, 11 marzo 2016, n. 27147, Costa, Rv. 267058, ha rilevato "l'assenza di puntuali prescrizioni in ordine alle modalità di acquisizione delle notizie necessarie alla formulazione della proposta di applicazione di misura di prevenzione da parte del titolare del relativo potere".

³⁷ Sempre per agevolarne la lettura, si trascrive pure il testo dell'art. 19, comma 4, D. Lgs. 159/2011: "I soggetti di cui all'articolo 17, commi 1 e 2, possono richiedere, direttamente o a mezzo di ufficiali o agenti di polizia giudiziaria, ad ogni ufficio della pubblica amministrazione, ad ogni ente creditizio nonché alle imprese, società ed enti di ogni tipo informazioni e copia della documentazione ritenuta utile ai fini delle indagini nei confronti dei soggetti di cui ai commi 1, 2 e 3. Possono altresì accedere, senza nuovi o maggiori oneri, al Sistema per l'interscambio di flussi dati (SID) dell'Agenzia delle entrate e richiedere quanto ritenuto utile ai fini delle indagini. Previa autorizzazione del procuratore della Repubblica o del giudice precedente, gli

Non meravigli la previsione alternativa, quale organo che può rendere l'autorizzazione al sequestro, del procuratore della Repubblica o del giudice procedente. Difatti, e questo è un aspetto che merita di essere sottolineato, il successivo alinea dell'articolo in commento (ossia il comma 5), dispone che nel corso del procedimento di prevenzione, iniziato nei confronti dei soggetti passibili di misura patrimoniale, il tribunale possa procedere ad ulteriori indagini oltre a quelle già compiute dal proponente³⁸. E nella prassi non sono infrequenti vere e proprie deleghe di indagine alla polizia giudiziaria da parte del tribunale, sia al fine di decidere in ordine all'applicazione o meno di un sequestro (eventualmente, talora a seguito di quanto rassegnato dall'amministratore giudiziario, a proposito di beni ulteriori rispetto a quelli già sottoposti a cautela) sia al fine di decidere sulla domanda ablativa.

Questo potere dell'ufficio giudicante, dalla chiara connotazione inquisitoria³⁹, è rimasto nel codice antimafia anche dopo che la novella del 2017 ne ha modificato l'art. 20, comma 2, prevedendo che il tribunale – investito di una proposta di sequestro finalizzato alla confisca – prima di fissare l'udienza, restituisca gli atti all'organo proponente quando ritiene che le indagini non siano complete ed indichi gli ulteriori accertamenti patrimoniali indispensabili per valutare la sussistenza dei presupposti per l'applicazione del sequestro o delle misure di cui agli articoli 34 e 34-bis⁴⁰.

ufficiali di polizia giudiziaria possono procedere al sequestro della documentazione «di cui al primo periodo» con le modalità di cui agli articoli 253, 254, e 255 del codice di procedura penale.”

³⁸ Ancora una volta, si riporta il testo integrale della norma: “Nel corso del procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione iniziato nei confronti delle persone indicate nell'articolo 16, il tribunale, ove necessario, può procedere ad ulteriori indagini oltre quelle già compiute a norma dei commi che precedono”.

³⁹ Sulla distinzione tra modelli processuali inquisitori, accusatori e misti, si veda P. FERRUA, *La prova nel processo penale, Vol. 1, Struttura e procedimento*, Torino, 2017, II ed., p. 7 ss.

⁴⁰ Questa connotazione inquisitoria sotto il profilo della ricerca della prova (o degli elementi di prova funzionali a un sequestro) fa il paio con i poteri officiosi che il codice antimafia riconosce al tribunale in materia di prevenzione patrimoniale: ci si riferisce, segnatamente, alle previsioni degli artt. 20, comma 1, 24 comma 1, 34, comma 2, e 34-bis, comma 1, a proposito del potere del tribunale di disporre – per l'appunto d'ufficio – il sequestro, la confisca o le misure non ablativo. Al riguardo, sia consentito il rinvio a G. FRANCOLINI, *Questioni processuali*, cit., p. 257 ss., ove – anteriormente all'intervento delle Sezioni Unite (cfr. Cass., n. 46898/2019, cit.), sulla base dell'esegesi fino ad allora resa dalla Corte regolatrice – si è rilevato che l'esercizio di detti poteri non possa prescindere di norma dall'iniziativa di parte (e, dunque, di regola, dalla proposta della parte pubblica), poiché solo in tal caso il tribunale è ritualmente investito del *thema decidendum* rispetto al quale devono essere paramtrate ed esercitate le sue attribuzioni (si veda pure, *ivi*, p. 258, nt. 9, per ulteriori notazioni e per i riferimenti giurisprudenziali). La necessità della domanda della parte pubblica ha trovato conferma proprio nel detto arresto dell'Alto Consesso, secondo cui – a seguito della domanda della parte privata *ex art. 34-bis*, comma 6, D. Lgs. 159/2011, di applicare il controllo giudiziario – il Tribunale, oltre che disporre il rigetto, in presenza dei presupposti prescritti potrebbe determinarsi per “l'accoglimento [della domanda], di parte avversa, relativa alla più gravosa misura della amministrazione giudiziaria o di altra ablativa”, avanzata – come può trarsi dalla pronuncia di discorso – in quella stessa sede (cfr. Cass., n. 46898/2019, cit.). A commento della pronuncia ult. cit., sul punto si veda F. BALATO, *Le Sezioni Unite e il doppio grado di giudizio per il controllo giudiziario delle aziende: verso il crepuscolo della tassatività delle impugnazioni?*, in questa *Rivista*, 5/2020, p. 153 ss., spec. 165 ss. Si dara, invece, conto *infra* dei poteri officiosi che il giudice della prevenzione può esercitare *ex art. 666 c.p.p.*

Per il resto, un riferimento normativo all'attività di indagine funzionale all'esercizio dell'azione di prevenzione, si rinviene solo nelle disposizioni finali relative alle misure di prevenzione (Titolo V, capo IV del libro I del codice antimafia) laddove, nel disciplinare la istituzione presso gli uffici giudiziari dei registri per le annotazioni relative ai procedimenti di prevenzione, si fa espressa menzione dell'annotazione nominativa dei soggetti nei cui confronti vengono svolti "gli accertamenti personali e patrimoniali" da parte delle autorità titolari del potere di proposta. Tale previsione, in sostanza, si limita a prevedere la previa iscrizione dei soggetti da sottoporre alle investigazioni, iscrizione che a sua volta dovrebbe essere preceduta soltanto dalla selezione di coloro "sui quali concentrare l'attenzione investigativa sulla base di segnalazione da parte delle forze dell'ordine, dell'autorità di pubblica sicurezza o dell'individuazione compiuta in via autonoma dai magistrati requirenti"⁴¹.

Oltre a quelle qui menzionate, e fermo quanto sopra osservato alla luce dell'art. 19 cit. (nel cui testo non può ravvisarsi un limite o una proibizione alle attività di indagine che possono essere svolte), non vi è nessuna disposizione che regoli le investigazioni, tanto che la giurisprudenza:

- ne ha inferito l'ampia autonomia operativa dei titolari dell'azione di prevenzione e la libertà di forme nella raccolta di dati informativi da parte di costoro (cui deve ritenersi riconosciuta la possibilità di escutere fonti dichiarative), "con gli unici limiti, coesenziali al sistema ed ai principi dello Stato di diritto, del rispetto della persona e delle prescrizioni del codice di procedura penale sulle prove illegali perché acquisite in violazione di espressi divieti imposti dalla legge, secondo la previsione generale di cui all'art. 191 cod. proc. pen., prove illegali il cui impiego è interdetto per qualsiasi tipo di procedimento, compreso quello finalizzato all'applicazione delle misure di prevenzione" (sul punto si tornerà al par. 10);

- ed ha escluso che, per le peculiari finalità di tale ultimo procedimento e sulla scorta del dato normativo richiamato, alle investigazioni funzionali ad avanzare una proposta al giudice della prevenzione possa estendersi in via generalizzata la disciplina posta per le indagini preliminari nel procedimento penale, con la conseguenza che gli atti investigativi compiuti sono parte del compendio che il giudice stesso deve valutare direttamente per decidere sulla proposta⁴².

La Corte regolatrice ha, pure, puntualizzato che: tale attività di indagini è "inquisitoria e segreta" ed è esclusa la partecipazione dell'interessato, a meno che non si compiano atti che interferiscono con i diritti fondamentali della persona e richiedono l'assistenza difensiva; ma, ovviamente, una volta esercitata l'azione di prevenzione e instaurato il contraddittorio, l'interessato ha diritto di esaminare gli atti ottenuti e formati nel corso delle indagini e di avere piena contezza del contenuto e della valenza dimostrativa di essi, oltre che di controdedurre, indicando elementi di prova documentali o dichiarativi, allegare l'esito delle indagini difensive e sollecitare

⁴¹ Cass., n. 27147/2016, cit.

⁴² *Ivi*.

l'esercizio dei poteri officiosi del giudici previsti dall'art. 19, comma 5, cit. e dall' art. 666 c.p.p. (anche sul punto si tornerà più avanti)⁴³.

Va da sé, lo si rileva sin d'ora, che anche le risultanze acquisite a seguito degli accertamenti disposti dal tribunale *ex art.* 19, comma 5, cit., il cui compimento pure deve rimanere segreto, potranno essere poste a fondamento della decisione sulla proposta solo dopo che saranno ostese agli interessati nel contraddittorio, potendo fondarsi su di esse solo una decisione cautelare (quale il sequestro finalizzato alla confisca) o comunque non definitiva del procedimento fintantoché gli interessati non abbiano potuto esercitare le loro facoltà difensive in ordine ai medesimi elementi.

5. La contestazione nel procedimento di prevenzione.

Solo dopo la novella *ex lege* 161/2017 la normativa in materia di misure di prevenzione ha previsto una *contestazione* degli elementi adottati a carico del proposto. Nel sistema della prevenzione, il cui procedimento – come si esporrà meglio – si svolge secondo il rito camerale⁴⁴, non vi era alcuna norma sovrapponibile, o almeno assimilabile, all'art. 417, comma 1, lett. b), c.p.p., a mente del quale – per quel che qui rileva – la richiesta di rinvio a giudizio contiene “l'enunciazione, in forma chiara e precisa, del fatto, delle circostanze aggravanti e di quelle che possono comportare l'applicazione di misure di sicurezza, con l'indicazione dei relativi articoli di legge”⁴⁵. Difatti, era prevista unicamente la notificazione dell'avviso della data dell'udienza.

La riforma, invece, ha interpolato l'art. 7, comma 2, D. Lgs. 159/2011, disponendo che l'avviso contenga “la concisa esposizione dei contenuti della proposta”. Nella prassi non è infrequente che l'avviso presidenziale di fissazione dell'udienza per l'applicazione di una misura soltanto personale, al fine della concisa esposizione dei contenuti della proposta, richiami quest'ultima *per relationem* e che la proposta sia allegata all'avviso stesso e notificata in uno a esso.

Quantunque tale modifica normativa possa dirsi dettata dall'intenzione del Legislatore di determinare il *thema decidendum* anche nel procedimento di prevenzione ed essa rimetta al giudice, e non anche all'ufficio proponente, di *fare una sintesi* dell'atto di esercizio dell'azione di prevenzione, deve osservarsi:

- che il *quid* di tale *contestazione* – a differenza dell'imputazione – non viene indicato in un fatto (o più fatti, nel caso di più condotte per cui è esercitata l'azione penale) bensì nel contenuto della proposta;

⁴³ *Ivi*.

⁴⁴ E ferma la facoltà dell'interessato di avanzare richiesta che il procedimento si svolga in pubblica udienza (art. 7, comma 1, D. Lgs 159/2011).

⁴⁵ Com'è noto, il contenuto del decreto che dispone il giudizio (art. 429, comma 1, lett. c), c.p.p.) e del decreto di citazione a giudizio, previsto per i casi di citazione diretta (art. 552, comma 1, lett. c), c.p.p.), è *in parte qua* il medesimo.

- e che il codice antimafia non individua il contenuto della proposta, limitandosi – quanto meno *ex professo* – a individuare i soggetti titolari del relativo potere e disciplinarne il deposito presso il tribunale competente⁴⁶.

Nel procedimento volto all'applicazione delle misure patrimoniali – nel quale, si è già anticipato⁴⁷, si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni dettate in materia di misure personali applicate dall'autorità giudiziaria – la concisa esposizione dei contenuti della proposta nel provvedimento di citazione del proposto (e degli eventuali altri interessati) deve ritenersi che possa trarsi dal decreto del tribunale, sia esso di accoglimento o di rigetto della richiesta di sequestro finalizzato alla confisca avanzata dal proponente con l'atto di esercizio dell'azione di prevenzione, che dovrà esporre gli elementi addotti a sostegno della domanda cautelare e motivare in ordine a essi (ed eventualmente anche con riguardo a quelli ulteriori, comunque presenti in atti). Tanto che nella prassi (quantomeno di alcuni uffici) agli interessati viene notificato l'atto che provvede sulla domanda cautelare e che contiene anche la citazione a comparire per l'udienza nel contraddittorio (così configurandosi come atto complesso)⁴⁸.

In sostanza, sotto il profilo della contestazione, è decisivo che ad essere noti agli interessati siano gli elementi di fatto su cui si fonda la proposta e su cui può fondarsi la decisione.

Il tema è stato in più occasioni affrontato dalla giurisprudenza di legittimità⁴⁹. E al riguardo la Suprema Corte ha rimarcato che il potere – “generale che spetta ad ogni giudice procedente”⁵⁰– di qualificare *sub specie iuris* gli elementi di fatto “non viola il diritto di difesa nella misura in cui il «fatto» introdotto nel processo sia stato portato a

⁴⁶ Si veda sul punto l'art. 5 D. Lgs. 159/2011. Al riguardo, la proposta di applicazione di una misura di prevenzione pare oggi assimilabile sotto il profilo del suo contenuto, più che agli atti mediante i quali si esercita l'azione penale, alla richiesta di applicazione di una misura cautelare (cfr. artt. 291, comma 1, e 292, comma 1, c.p.p.; cfr. pure, per tutte, Cass., VI, 3 ottobre 2017, n. 51065, La Selva, Rv. 272736).

⁴⁷ Cfr. *retro*, nt. 4.

⁴⁸ Nel caso si disponga il sequestro, il decreto verrà ovviamente notificato dopo l'esecuzione della cautela. Nell'ipotesi di citazione successiva di altri soggetti legittimati a partecipare, di cui ad esempio si ha notizia dopo l'emissione del provvedimento di sequestro, la citazione a comparire o a intervenire di norma richiama il provvedimento cautelare che viene notificato unitamente ad essa.

⁴⁹ In particolare, in relazione alle censure mosse al potere del giudice della prevenzione di attribuire una diversa qualificazione al tipo di pericolosità del proposto rispetto a quella prospettata dal proponente, qualificazione talora censurata innanzi alla Corte regolatrice quale violazione del principio di correlazione tra accusa e decisione ovvero adducendo l'emissione di una decisione che iscrivesse il proposto in una categoria di pericolosità in ordine alla quale non era stata esercitata l'azione da parte dagli organi legittimati e, dunque, il difetto di impulso processuale.

⁵⁰ Cass., VI, 15 giugno 2017, n. 43446, Cristodaro e altri, Rv. 271220, che dà conto pure del potere dell'autorità giudiziaria, nel procedimento di prevenzione, di operare una diversa qualificazione giuridica della domanda e ritenere, in presenza dei presupposti e delle condizioni di legge, che la richiesta di aggravamento di una misura di prevenzione (oggi formulata ai sensi dell'art. 11, comma 2, D. Lgs. 159/2011), possa qualificarsi come richiesta di una nuova misura; conf. *Id.*, I, 10 giugno 2013, n. 32032, De Angelis, Rv. 256451. Cfr. pure *Id.*, VI, 29 ottobre 2008, n. 45815, Cammarata, Rv. 242005, e *Id.*, VI, 7 giugno 2010, n. 26820, Lunetto, Rv. 253116, relative al caso, speculare, in cui una richiesta di aggravamento di una misura di prevenzione è stata qualificata come richiesta di nuova misura.

conoscenza del destinatario della decisione, con concreta possibilità di controdeduzione⁵¹. Più in dettaglio, in applicazione del detto principio generale “il «fatto» su cui va garantito il contraddittorio” nel procedimento di prevenzione è “rappresentato dagli «accadimenti idonei a sostenere la valutazione di pericolosità», ossia “gli elementi fattuali che caratterizzano il percorso di vita del soggetto”⁵².

Tuttavia, è rispetto alla necessità che gli elementi di fatto in discorso siano necessariamente enunciati o richiamati in proposta che pare oggi registrarsi un’evoluzione giurisprudenziale. Vi è infatti un orientamento – un tempo senz’altro consolidato e per vero riaffermato da ultimo – secondo cui, nel procedimento di prevenzione, non si ha violazione del principio di correlazione tra contestazione e pronuncia qualora gli elementi fattuali posti dal giudice a fondamento della prognosi di pericolosità, pur non essendo stati espressamente enunciati nella proposta, siano stati acquisiti nel contraddittorio con l’interessato, sicché costui abbia avuto la possibilità di interloquire, così pienamente esercitando il diritto di difesa⁵³.

Più di recente, pur ribadendo tale ultimo principio, la giurisprudenza di legittimità ha invitato i giudici di merito a una puntuale valutazione in concreto allorché “la difformità dei contenuti della proposta dagli elementi di fatto infine posti a fondamento del giudizio di pericolosità po[ssa] rivelarsi così consistente da dover essere qualificata quale vera e propria deroga al principio” (di cui in materia di prevenzione è consentita una “applicazione meno stringente”) di correlazione tra contestazione e pronuncia, che in tali ipotesi diverrebbe “non tollerabile, e non già come una mera attenuazione della forza prescrittiva dello stesso”⁵⁴. In altri termini, nel caso in cui il

⁵¹ Cass., n. 32032/2013, cit.

⁵² *Ivi*. La pronuncia tanto puntualizza: “Inoltre, sempre ragionando in termini sistematici, va anche affermato che le particolari «rigidità» della disciplina penalistica, rapportate al peso sanzionatorio della decisione, non sono in modo automatico «esportabili» al procedimento di prevenzione, governato in via generale – anche nel nuovo testo normativa introdotto con il decreto legislativo n. 159 del 6.9.2011 – da modalità procedurali che realizzano forme differenziate di esercizio del diritto di difesa [...] ritenute non in contrasto con i principi costituzionali [...] (Corte Cost. decisioni numero 321 del 2004 e n. 21 del 2012 che, a fronte di diversi dubbi di costituzionalità, hanno rimarcato la diversa natura del giudizio di prevenzione rispetto al giudizio penale classico, il che comporta la possibilità per il legislatore di «modulare diversamente le forme di esercizio del diritto di difesa in rapporto alle caratteristiche di ciascun procedimento, allorché di tale diritto siano comunque assicurati lo scopo e la funzione»). Ciò esclude, in particolare, che nel procedimento di prevenzione possa venire in rilievo un deficit di contraddittorio lì dove la difesa non sia stata «chiamata ad esprimersi» prima della decisione sulle diverse ipotesi qualificatorie del reato, come invece ritenuto in sede penale da alcune decisioni di questa Corte in applicazione della nota decisione emessa dalla Corte Europea dei diritti dell’uomo in data 11.12.2007 (caso Drassich)”.

⁵³ Cass., I, 25 febbraio 2009, n. 11494, Corica, Rv. 243494, che muove dal presupposto secondo cui, “in difetto di disposizione analoga a quella contenuta nel combinato disposto dell’art. 521 c.p.p., comma 2, e art. 522 c.p.p., nel procedimento di prevenzione non operi, nella sua assolutezza e perentorietà, il principio della necessaria «correlazione tra contestazione e pronuncia»”; la stessa pronuncia rimanda a *Id.*, I, 21 gennaio 1993, n. 226, Caliandro, Rv. 193246; *Id.*, V, 18 settembre 1997, n. 3839, Garofalo, Rv. 208715; e *Id.*, II, 6 marzo 2008, n. 28638, Bardellino, Rv. 240611. Di recente, il principio è stato espresso da Cass. II, 15 gennaio 2020, n. 12001, Leuzzi, Rv. 278681.

⁵⁴ Cass., I, 8 aprile 2013, n. 29966, Costa e altro, Rv. 256415.

provvedimento applicativo di una misura di prevenzione alteri “la relazione di corrispondenza” con “gli elementi di pericolosità [...] inizialmente rinvenuti, ad opera del proponente [...] a nulla vale [...] che nel contraddittorio camerale l’interessato abbia potuto conoscere (e quindi dedurre su) dati di fatto poi posti a fondamento del provvedimento medesimo”, se dei medesimi dati di fatto “l’interessato abbia potuto cogliere solo alcuni dei possibili significati inferenziali, inevitabilmente selezionati dal necessario riferimento alla prospettiva imposta dalla proposta”⁵⁵. In tale ottica, però, la verifica della violazione del principio di correlazione tra contestazione e pronuncia “non può essere affidato soltanto alla comparazione tra i dati descritti in proposta e quelli accolti nella decisione finale, ma deve essere condotto con una compiuta valutazione del contesto di fatto in cui è iscritto il giudizio di pericolosità”, il che può imporre sul punto un maggior onere di motivazione del giudice di merito⁵⁶.

Talune pronunce, ancora, hanno espressamente ritenuto che gli elementi fattuali sulla base dei quali apprezzare la pericolosità “ed in relazione ai quali il soggetto è chiamato a controdedurre” vadano “introdotti nel procedimento già in sede di formulazione della proposta”⁵⁷. In questa prospettiva, pur affermandosi a chiare lettere “la fluidità degli addebiti tipica del giudizio di prevenzione” (e il correlato potere del giudice di merito di “riqualificare in sede di decisione la «tipologia» di pericolosità sociale ravvisata in concreto”), si è sottolineato non solo che deve “essere sempre garantito il contraddittorio sugli elementi fattuali sintomatici della pericolosità sociale”, ma soprattutto “che detti elementi non possono essere individuati dal giudice ma devono essere introdotti nel procedimento già in sede di formulazione della proposta” (fermo restando che “al proposto, una volta apertosi il procedimento, deve essere sempre consentito di controdedurre”)⁵⁸.

⁵⁵ *Ivi*; la sentenza – resa in una fattispecie in cui il proponente aveva prospettato l’appartenenza del soggetto in discorso ad un gruppo criminale e il provvedimento applicativo della misura ne aveva ritenuto la pericolosità in ragione di indizi di appartenenza ad altro gruppo criminale – così si esprime: “Il significato indiziario di uno stesso fatto è strettamente correlato al parametro di necessaria comparazione che, nell’ambito del giudizio di prevenzione, è costituito dalla proposta. Non può allora essere argomento decisivo, per escludere una compromissione dei diritti difensivi, che un fatto sia stato comunque offerto al contraddittorio camerale, se di quel fatto l’interessato abbia potuto cogliere solo alcuni dei possibili significati inferenziali, inevitabilmente selezionati dal necessario riferimento alla prospettiva imposta dalla proposta. A diverse conclusioni si potrebbe pervenire se il provvedimento impugnato ponesse in evidenza dati di fatto capaci di far comprendere come il mutamento di compagine associativa di riferimento per il giudizio di pericolosità non abbia vanificato l’impegno difensivo di contrasto critico alla contestazione; ciò, ad esempio, potrebbe dirsi per il caso in cui l’apprezzamento di merito indicasse cointeressenze organizzative o funzionali dei due gruppi di ipotizzata appartenenza dell’interessato, perché il giudizio finale di pericolosità fondato sulla ritenuta appartenenza all’altro gruppo criminale sarebbe comunque ricompreso nello spettro ricostruttivo offerto dalla proposta al contraddittorio tra le parti”.

⁵⁶ *Ivi*.

⁵⁷ Cass., n. 32032/2013, cit.

⁵⁸ Cass., I, 5 febbraio 2019, n. 8038, Manauero, Rv. 274915, che così prosegue: “Pur non operando nel procedimento di prevenzione i principi della nota decisione emessa dalla Corte Europea dei diritti dell’uomo in data 11.12.2007 (caso Drassich) e non essendo, quindi, necessario che la difesa sia «chiamata ad esprimersi» prima della decisione sulle diverse ipotesi qualificazione del reato, il giudice può legittimamente ritenere una «categoria normativa» di pericolosità in cui inquadrare il soggetto diversa da

6. Il procedimento e la formazione della prova nel contraddittorio: le norme rilevanti.

Per l'applicazione di tutte le misure di prevenzione (personali e patrimoniali) opera il rito camerale ai sensi dell'art. 666 c.p.p. (relativo al procedimento di esecuzione), in virtù del rimando a tale norma presente nel codice antimafia, pur dopo la novella *ex lege* 161/2017, per quanto nello stesso codice non espressamente previsto⁵⁹; e ciò ad eccezione del controllo giudiziario delle aziende (cfr. art. 34-bis, commi 5 e 6, D. Lgs. 159/2011), l'unica delle misure patrimoniali per la cui applicazione il codice antimafia rimanda al procedimento in camera di consiglio disciplinato dall'art. 127 c.p.p.⁶⁰

Com'è noto, l'art. 127 c.p.p. – sotto il profilo degli elementi che possono essere offerti al giudice per la decisione e delle allegazioni delle parti – si limita a prevedere che, fino a cinque giorni prima dell'udienza, possano essere presentate memorie in cancelleria (comma 2) e che i soggetti legittimati a partecipare all'udienza camerale siano "sentiti se compaiono" (con la facoltà dell'interessato ristretto fuori della circoscrizione del giudice di chiedere di essere sentito dal magistrato di sorveglianza competente), senza recare un'autonoma disciplina dei poteri istruttori del tribunale.

Invece, l'art. 666, comma 5, c.p.p. attribuisce al giudice il potere di "chiedere alle autorità competenti tutti i documenti e le informazioni di cui abbia bisogno" precisando che, "se occorre assumere prove, procede in udienza nel rispetto del contraddittorio". Tale previsione, che può sembrare limitata rispetto agli accertamenti da compiere in seno a un giudizio (essendo, in effetti, stata dettata dal legislatore del 1988 per l'istruzione necessaria in fase esecutiva, ossia dopo la conclusione del giudizio penale)⁶¹, pone comunque a chiare lettere quale criterio generale – e non potrebbe essere diversamente – il principio del contraddittorio. Essa trova specificazione nell'art. 185 d. att. c.p.p. (rubricato "assunzione delle prove nel procedimento di esecuzione"), ai sensi del quale

quella originariamente ipotizzata, facendo applicazione del generale principio cui è sottesa la formulazione dell'art. 521, comma 1 cod. proc. pen., solo se la nuova definizione giuridica sia fondata sui medesimi elementi fattuali posti a fondamento della proposta e se su tali elementi sia stato assicurato lo sviluppo di un contraddittorio effettivo e congruo rispetto alla decisione finale. Scopo del procedimento di prevenzione è, in prima battuta, accertare se il proposto sia inquadrabile in una delle categorie di pericolosità tipizzate negli art. 1 e 4 del d.lgs., 6 settembre 2011, n. 159, sulla scorta degli elementi fattuali oggetto di contraddittorio tra le parti; di conseguenza la decisione finale, che comprende anche la valutazione prognostica sulle future condotte offensive, è inficiata se il nuovo inquadramento risulta fondato su elementi fattuali sui quali il diritto di difesa è stato esercitato in modo parziale ed incompleto".

⁵⁹ È utile ricordare che il rimando è contenuto nell'art. 7, comma 9, D. Lgs. 159/2011 – che, come osservato, disciplina il procedimento funzionale all'applicazione delle misure di prevenzione personali da parte dell'autorità giudiziaria – ed opera anche per le misure patrimoniali in forza del già richiamato rinvio a sua volta operato, in materia di misure di prevenzione patrimoniali, dall'art. 23, comma 1, cit.

⁶⁰ Per il resto, oggi il D. Lgs. 159/2011 prevede l'applicazione dell'art. 127 c.p.p. per il reclamo avverso gli atti dell'amministratore giudiziario compiuti in assenza di autorizzazione scritta del giudice delegato (art. 40, comma 4) e per l'esame nel contraddittorio della relazione *ex art.* 41 dello stesso codice contenente il programma di prosecuzione o di ripresa dell'attività dell'impresa con riguardo alla quale è stato disposto un sequestro (art. 41, comma 1-sexies).

⁶¹ Cfr. A. BALSAMO, voce *Codice antimafia*, cit., 111 ss.

“il giudice, nell'assumere le prove a norma dell'articolo 666 comma 5 del codice, procede senza particolari formalità anche per quanto concerne la citazione e l'esame dei testimoni e l'espletamento della perizia”. Dunque, rispetto alle previsioni dell'art. 127 c.p.p., l'art. 666 c.p.p. e l'art. 185 d. att. dello stesso codice espressamente contemplano i poteri istruttori del giudice⁶².

Pure sotto tale ultimo profilo non vi è dubbio che (anche) il procedimento finalizzato all'applicazione di una misura di prevenzione regolato dall'art. 666 c.p.p. abbia ancora una connotazione in parte inquisitoria⁶³, sia alla luce del disposto di quest'ultimo articolo sia in ragione dei poteri officiosi che il codice antimafia attribuisce all'organo giudicante.

I poteri istruttori del tribunale della prevenzione sono stati, per dir così, enfatizzati dalla L. 161/2017, che ha modificato l'art. 7 (relativo al procedimento applicativo delle misure di prevenzione, come esposto, di certo operante anche per l'applicazione di sequestro, confisca e amministrazione giudiziaria):

- espressamente prevedendo che, dopo l'accertamento della regolare costituzione delle parti, il tribunale ammette le prove rilevanti (cfr. il comma 4-bis), che riecheggia, seppur solo in parte, il disposto dell'art. 190 c.p.p. in tema di prove nel procedimento penale;

- e confermando la possibilità dell'esame a distanza dei “soggetti informati su fatti rilevanti per il procedimento” (cfr. comma 8), sia pure non definendoli più “testimoni” come la previgente formulazione, ma comunque ribadendo il potere di assumere prove dichiarative⁶⁴.

La laconica disciplina in discorso ha ingenerato diverse prassi relative alla modalità dell'escussione di costoro (poiché a tali soggetti non sempre viene attribuita da parte dei giudici di merito, quanto meno *ex professo*, la qualità di testimone e di conseguenza non sempre vengono loro rivolti gli avvisi e ha luogo la lettura della dichiarazione di cui all'art. 497, comma 2, c.p.p., incombenti prescritti a pena di nullità *ex art. 497, comma 3, c.p.p.*); ed ha ingenerato dubbi sulle conseguenze di un'eventuale

⁶² Con riguardo al giudizio dibattimentale le Sezioni Unite della Corte Suprema hanno rimarcato, con un arresto ancora recente, la tassatività delle ipotesi di poteri officiosi in tema di prova; cfr. Cass., S.U., 21 dicembre 2017, n. 14800, P.G. in proc. Troise, Rv. 272431 – 01: “È la legge, infatti, a stabilire «i casi in cui le prove sono ammesse di ufficio» (art. 190, comma 2, cod. proc. pen.), spettando al legislatore sia la tassativa indicazione delle ipotesi in cui il giudice può ammettere ex officio i mezzi di prova, sia la disciplina dei relativi presupposti, con il logico corollario del divieto di estensione analogica dell'ambito di applicazione di un potere officioso al cui effettivo esercizio il vigente sistema processuale attribuisce un carattere solo residuale”.

⁶³ Secondo una distinzione dottrinaire potrebbe ricondursi al paradigma processuale c.d. misto; si veda pure la nt. 39.

⁶⁴ D'altra parte, la giurisprudenza ha già chiarito che il decreto che conclude il procedimento di prevenzione ha natura di sentenza (per tutte Cass., S.U., 29 ottobre 2009 – 8 gennaio 2010, n. 600, Galdieri, Rv. 245174; cfr. pure già *Id.*, V, 30 ottobre 2002, n. 40995, Ferrara, Rv. 223218; e, più di recente, *Id.*, VI, 1 ottobre 2015, n. 40999, Viviani, Rv. 264742). E tale dato ha trovato conferma proprio ad opera della L. 161/2017 che, nel novellare il D. Lgs. 159/2011, ha uniformato la disciplina del termine di deposito del decreto a quella prevista dagli art. 544 c.p.p. e 154 d. att. dello stesso codice (cfr. art. 7, commi 10-septies, e 10-octies).

reticenza di essi o di falsità del loro narrato (*sub specie* della responsabilità penale *ex art.* 372 c.p.)⁶⁵.

Infine, il codice antimafia, pur dopo la L. 161/2017, continua a prevedere il potere del giudice di disporre perizia (artt. 24, comma 2, e 36, comma 4), mezzo di prova la cui disciplina – in mancanza di specificazione da parte del codice antimafia e alla luce del *nomen iuris* a esso attribuito – non può che essere ricercata nella regolamentazione posta sul punto dal codice di procedura penale (dunque, formulazione dei quesiti e conferimento dell’incarico nel contraddittorio, facoltà di nomina di consulenti di parte, esame in udienza dei periti con la facoltà di consultare documenti, note scritte e pubblicazioni, che possono essere acquisite anche d’ufficio “in ogni caso” *ex art.* 501, comma 2, c.p.p.)⁶⁶.

7. (segue): l’esegesi giurisprudenziale.

Queste sono le (poche) norme dettate dal codice antimafia e quelle da esso richiamate.

Già prima delle modifiche al rito apportate dalla più volte richiamata L. 161/2017 e, dunque, facendo diretto riferimento alle norme del codice di procedura penale che disciplinano il rito camerale pure sopra menzionate, in tema di procedimento di prevenzione la giurisprudenza ha chiarito che:

- “il termine di cui agli artt. 127, comma secondo, cod. proc. pen. e 7, comma terzo, D. Lgs. n. 159 del 2011 relativo al deposito di atti deve ritenersi ordinatorio, non risultando, quindi, precluso alle parti procedere, oltre tale scadenza, al deposito di atti integrativi, memorie o documenti, sempre che venga rispettato il diritto della parte contro-interessata al contraddittorio”^{67 68};

⁶⁵ Al riguardo, in una prospettiva *de iure condendo*, si veda il par. 14.

⁶⁶ Per vero, in ragione degli aspetti tecnico-contabili che di solito costituiscono il *quid* della perizia in materia di prevenzione patrimoniale, il Tribunale di Palermo, nei casi di perizia, ha provato a strutturare il procedimento – senza incontrare l’opposizione delle parti (le cui facoltà in effetti non sono in alcun modo limitate) – sul modello che la novella del 2009 al codice di procedura civile ha previsto per la consulenza tecnica d’ufficio nel processo civile, secondo il seguente modulo procedimentale:

- prima bozza della relazione peritale, trasmessa alle parti dallo stesso ausiliario (o dal collegio peritale), entro un termine fissato dal tribunale;
- osservazioni da parte degli interessati, eventualmente per il tramite di consulenti tecnici di parte, entro un secondo termine;
- deposito da parte dell’elaborato peritale definitivo, che argomenti anche in ordine a quanto osservato nell’interesse delle parti, entro un ultimo termine;
- esame peritale nel contraddittorio, cui spesso le parti rinunciano (almeno in parte) perché ritengono esaustivo il menzionato contraddittorio cartolare.

⁶⁷ Cass., VI, 10 luglio 2013, n. 44408, Qoshja e altro, Rv. 257747; nella fattispecie la Corte ha ritenuto legittima la decisione della Corte di appello che aveva acquisito in udienza una relazione redatta dalla Questura.

⁶⁸ L’esegesi secondo cui, nelle ipotesi in cui si applichi l’art. 666 c.p.p., la produzione di documenti, effettuata nel rispetto del contraddittorio, non soggiace al termine dei cinque giorni antecedenti all’udienza (da ritenersi previsto solo per le memorie) può dirsi prevalente: non mancano tuttavia in giurisprudenza, con particolare riguardo ai procedimenti regolati dall’art. 127 c.p.p., arresti recenti di segno contrario: cfr. Cass.,

- “il procedimento camerale, per la sua struttura scarsamente formale, consente al giudicante di acquisire informazioni e prove, anche di ufficio, senza l'osservanza dei principi sull'ammissione della prova di cui all'art. 190 c.p.p., essendo essenziale l'accertamento dei fatti, nel semplice rispetto della libertà morale delle persone e con le garanzie del contraddittorio”⁶⁹;

- la facoltà del presidente del collegio, prevista dall'art. 7, comma 8, D. Lgs. 159 cit., di disporre l'esame a distanza *ex art. 147-bis*, comma 2, disp. att. c.p.p. (come detto, all'epoca della pronuncia in discorso, definiti testimoni, oggi soggetti informati su fatti rilevanti per il procedimento) “rafforza la tesi che rifiuta la circoscrizione dell'istruttoria nel procedimento di prevenzione all'acquisizione di prove precostituite e considera consentito qualsiasi mezzo istruttorio indicato dalle parti, anche se avente natura dichiarativa o di accertamento peritale” sempre con il rispetto “ineludibile nell'istruttoria del procedimento di prevenzione” del principio del contraddittorio⁷⁰;

- però, “non è necessaria l'assunzione delle prove dichiarative in contraddittorio tra le parti, essendo sufficiente che al proposto sia consentito, mediante l'esame degli atti, la possibilità di piena conoscenza del loro contenuto ed il diritto di controdedurre”⁷¹.

Purtuttavia, la Corte di legittimità, in tema di confisca di prevenzione, ha pure affermato che il terzo chiamato a partecipare al procedimento perché destinatario della presunzione relativa di fittizia intestazione di beni in realtà riferibili al proposto – e, quindi, un soggetto distinto da quello portatore di pericolosità sociale (come colui che chiede la sottoposizione a controllo giudiziario dell'azienda *ex art. 34-bis*, comma 6, cit.) – ha il diritto, ai sensi (già dell'art. 2-ter L. 575/1965, oggi) dell'art. 23 D. Lgs. 159/2011 e

V, 9 gennaio 2018, n. 5458, Bernini, Rv. 272444, che in motivazione fa riferimento pure all'art. 127 e 666 c.p.p. e dà atto “di isolate pronunzie” difformi. A tale ultimo riguardo si veda *Id.*, II, 20 giugno 2018, n. 41012, C., Rv. 274083, che per l'udienza preliminare (in virtù della disciplina speciale per essa posta in particolare dagli artt. 421, comma 3, e 422, comma 1, c.p.p.) esclude che la produzione di nuovi documenti soggiaccia al limite temporale di cui all'art. 127 c.p.p., così ammettendone l'operatività nelle ipotesi regolate da tale norma.

⁶⁹ Cass., II, 18 gennaio 2017, n. 3954, Raccagno, Rv. 269250; nella fattispecie la Suprema Corte non ha ravvisato alcuna lesione del principio del contraddittorio nel fatto che, nell'ambito di procedimento per l'applicazione della confisca di prevenzione, regolato dall'art. 666 c.p.p. in virtù del rinvio di cui all'art. 7, comma 9, D. Lgs. 159/2011, nel corso della prima udienza in appello erano state disposte, su istanza del procuratore generale, ulteriori indagini su operazioni immobiliari mediante delega alla Guardia di Finanza, senza concedere alcun termine a difesa per l'esame del rapporto integrativo dopo il suo deposito o per richiedere prove a discarico, e senza dare avviso al difensore del deposito stesso. Tuttavia, ad avviso di chi scrive, è preferibile la prassi – per vero, invalsa, di molti uffici di merito – di concedere in tali ipotesi un termine per esaminare e, eventualmente, controdedurre.

⁷⁰ Cfr. Cass., n. 27147/2016, cit., la quale pure osserva: “le fonti di conoscenza compulsabili di più frequente ed agevole impiego nel giudizio di prevenzione sono costituite da sentenze, verbali di prove formati in separati procedimenti penali e documenti e quindi [...] l'acquisizione del materiale indiziario ha natura essenzialmente cartolare”, pur non potendosi ignorare “il differente oggetto della prova, collegato alla distinta finalità delle misure di prevenzione rispetto alla condanna da reato, [...] per le ricadute che il tema ha anche sul piano istruttorio”.

⁷¹ Cass., VI, 19 luglio 2017, n. 40552, Maggi e altro, Rv. 271055; fattispecie in cui la misura di prevenzione patrimoniale era stata disposta anche sulla base di sommarie informazioni, oltre che su prove dichiarative assunte nel corso del parallelo giudizio penale.

dell'art. 6 CEDU, di fornire qualsiasi prova contraria a detta presunzione, anche di natura testimoniale⁷².

8. (segue): una discrasia.

Resta una questione, dato il difforme rimando normativo, non all'art. 666 c.p.p. ma all'art. 127 c.p.p., per il controllo giudiziario delle aziende.

In sostanza, individuati i poteri di acquisizione di elementi rilevanti per la decisione che il giudice della prevenzione può esercitare di norma – ossia quando è investito, facendo applicazione anche del disposto dell'art. 666 c.p.p., della decisione sull'applicazione delle misure diverse dal controllo giudiziario delle aziende –, non può dirsi oggi con chiarezza se anche quando è chiamato a disporre o meno tale ultima, più blanda misura, il tribunale possa esercitare i medesimi poteri, che consentono di andare ben oltre l'acquisizione di prove precostituite. E ciò può essere di rilievo, poiché non può affatto escludersi che in concreto occorra lo svolgimento di una vera e propria istruttoria per verificare se ricorrano i presupposti della misura, segnatamente sotto il profilo della occasionalità o meno dell'agevolazione che per essa rileva (e che potrebbe richiedere, ad esempio, l'escussione di taluni soggetti).

A questo proposito, nel recente arresto in materia di controllo giudiziario, le Sezioni Unite⁷³ hanno osservato come “nella riedizione degli artt. 34 e 34-bis effettuata con la legge 161 [del 2017], l'intervento del legislatore sembra essersi concentrato [...] sulla previsione di procedure camerali *ex art.* 127 cod. proc. pen. destinate a garantire, in molti dei casi previsti, la conoscenza ed il contraddittorio anticipati”⁷⁴; e, pur argomentando a proposito del regime delle impugnazioni dei provvedimenti relativi alle misure di prevenzione patrimoniali (che era la questione rimessa all'Alto Consesso), hanno rimarcato come la normativa sia stata posta da un “legislatore che ha parlato in maniera occasionale e poco coerente”⁷⁵. Può affermarsi, allora, che tale difetto di

⁷² Cass., n. 49180/2016, cit.: la pronuncia ha puntualizzato che l'interessato può dedurre col ricorso per cassazione il vizio di violazione di legge nel caso in cui il provvedimento impugnato non offra alcuna motivazione in ordine al rigetto delle sue istanze istruttorie. E, con un ragionamento di portata generale sul procedimento di prevenzione, ha affermato che anche in esso debba riconoscersi la “facoltà di «difendersi provando», indicata dall'art. 6 della Convenzione europea per i diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali quale garanzia perché il processo sia equo, che esplicita come tale facoltà si possa esercitare mediante il diritto di interrogare e fare interrogare i testi che riferiscono circostanze a carico, di ottenere la citazione e l'esame dei testi a discarico e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova che incrementi la base conoscitiva a disposizione del decidente in riferimento ai fatti oggetto della decisione”.

⁷³ Le Sezioni Unite sono state chiamate a pronunciarsi sul tema – oggetto di contrasto interpretativo a seguito della L. 161/2017 – dell'impugnabilità del provvedimento reso dal tribunale *ex art.* 34-bis, comma 6, D. Lgs. 159/2011 e dell'individuazione dell'eventuale strumento processuale utile a tal fine e che si sono determinate nel senso dell'appellabilità di esso.

⁷⁴ La pronuncia anche in un altro passo fa espresso riferimento a proposito del controllo giudiziario alla “regolamentazione della procedura camerale e del contraddittorio che in essa deve essere garantito, ai sensi della norma citata”.

⁷⁵ Cass., n. 46898/2019, cit.

coordinamento tra i procedimenti volti all'applicazione di differenti misure si evidenzia anche sotto il profilo dei poteri istruttori del giudice della prevenzione.

D'altra parte, le Sezioni Unite hanno espressamente dato conto dell'interesse della parte privata (e, quindi, delle facoltà processuali ad esso funzionali), allorché è stato ordinato il controllo giudiziario e sono stati disposti controlli e accertamenti ai sensi dell'art. 34-*bis*, comma 3, D. Lgs. 159/2011, di addurre anche "elementi di fatto acquisiti successivamente all'udienza camerale anticipata": in altri termini, il Supremo Collegio nella sua più autorevole composizione ha espressamente contemplato la possibilità degli interessati di allegare elementi ulteriori rispetto a quelli che il tribunale può acquisire in costanza di controllo giudiziario ("per verificare il corretto adempimento degli obblighi" imposti con il provvedimento applicativo della misura) ai sensi dell'art. 34-*bis*, comma 4, D. Lgs. 159/2011⁷⁶ e rilevanti pure per la decisione all'esito del controllo⁷⁷.

Rimane da capire che tipo di elementi possano essere offerti e, soprattutto, il *mezzo* per allegarli in una procedura – come detto – regolata dall'art. 127 c.p.p. Al di là degli obblighi di relazione e segnalazione da parte dell'amministratore giudiziario che restano fermi, l'art. 34-*bis*, comma 4, cit., oltre al potere del tribunale di acquisire – per il tramite della polizia giudiziaria – copia della documentazione utile, prevede quello di "acquisire informazioni". Sebbene – come già osservato (cfr. *retro*, par. 4) – nel contesto della per nulla esaustiva disciplina delle indagini in materia di prevenzione la giurisprudenza abbia riconosciuto autonomia operativa e libertà di forme nella raccolta degli elementi che i proponenti possono offrire al giudice, senza che ciò equivalga all'estensione *in toto* della disciplina posta dal codice di procedura penale, quest'ultima può comunque costituire *in parte qua* un riferimento anzitutto sotto il profilo della documentazione degli atti. Può, di conseguenza, assumersi che la polizia giudiziaria possa trasmettere in tal caso annotazioni (redatte *ex art.* 357 c.p.p.). Peraltro, l'espressione "informazioni" (di cui all'art. 34-*bis*, comma 4, cit.)⁷⁸ può riferirsi pure all'assunzione di dati utili da parte di soggetti che ne sono a conoscenza, mediante la redazione del relativo verbale (*ex artt.* 351 e 357, comma 2, lett. c), c.p.p.). Così ritenendo, pare allora difficile – poiché evidentemente ne sarebbero pregiudicati il diritto di difesa da un lato, le prerogative della parte pubblica dall'altra – escludere che il pubblico ministero (o le altre autorità proponenti) e gli interessati (come rilevato dalle Sezioni Unite) possano addurre anche elementi a integrazione o confutazione di tali dati. Occorre comprendere,

⁷⁶ Così dispone l'art. 34-*bis*, comma 4, D. Lgs. 159/2011: "Per verificare il corretto adempimento degli obblighi di cui al comma 3, il tribunale può autorizzare gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria ad accedere presso gli uffici dell'impresa nonché presso uffici pubblici, studi professionali, società, banche e intermediari mobiliari al fine di acquisire informazioni e copia della documentazione ritenute utili. Nel caso in cui venga accertata la violazione di una o più prescrizioni ovvero ricorrano i presupposti di cui al comma 1 dell'articolo 34, il tribunale può disporre l'amministrazione giudiziaria dell'impresa".

⁷⁷ La norma fa riferimento non solo al caso di "accertata la violazione di una o più prescrizioni" ma anche a quello in cui consti la ricorrenza dei presupposti *ex art.* 34, comma 1, D. Lgs. 159 cit. per "disporre l'amministrazione giudiziaria dell'impresa".

⁷⁸ La norma non qualifica tali informazioni come "sommarie" (cfr. art. 351 c.p.p.): ma può ragionevolmente ritenersi che il difetto di tale specificazione in materia di prevenzione – nel cui procedimento, come già osservato, non vi è il c.d. doppio fascicolo – non avrebbe rilievo in tale sede o quanto meno non è necessaria.

tuttavia, se potranno farlo anche tramite una prova costituenda, segnatamente, chiedendo l'esame di alcuni soggetti davanti al tribunale, dati i *limiti* più volte rimarcati posti dall'art. 127 c.p.p.; e se sia condivisibile e ragionevole limitare tale integrazione del compendio probatorio al momento successivo all'applicazione della misura e non consentire invece l'assunzione di tali elementi anche prima che il tribunale deliberi in ordine a essa.

9. I rapporti con il procedimento penale: il principio di autonomia.

La Suprema Corte ha tradizionalmente affermato che "il procedimento di prevenzione è del tutto autonomo da quello penale, diversi essendo l'oggetto dell'accertamento (che nel primo è costituito dalla pericolosità del soggetto, desunta da circostanze specifiche, indicative)⁷⁹, gli strumenti dell'accertamento (la individuazione di circostanze specifiche aventi rilevanza indiziante della pericolosità), e la finalità del procedimento (che nel giudizio di prevenzione è quella di garantire la sicurezza collettiva, individuando e sottoponendo a misure le persone pericolose e non la repressione punitiva per i fatti-reato accertati)"⁸⁰.

⁷⁹ Sulla diversità dell'oggetto dell'accertamento in punto di pericolosità e sul modello di ragionamento cui esso deve ispirarsi si rimanda quanto esposto al par. 2.

⁸⁰ Per tutte, Cass., I, 13 febbraio 1992, n. 181, Marafioti; cfr. pure, più di recente, *Id.*, 11 novembre 2014 – 12 gennaio 2015, n. 921, Gelsomino e altro, Rv. 261842. Da ultimo, Cass., n. 31549/2019, cit., ha trovato conferma di tale principio, tra le norme poste dal D. Lgs. 159/2011:

- nell'art. 29, rubricato "indipendenza dall'esercizio dell'azione penale", secondo cui "l'azione di prevenzione può essere esercitata anche indipendentemente dall'esercizio dell'azione penale";

- nell'art. 18, commi 2 e 3, che ne costituiscono "riscontro" poiché prevedono che le misure di prevenzione patrimoniali possano essere disposte anche in caso di morte del soggetto proposto e che il procedimento di prevenzione patrimoniale possa essere iniziato anche in caso di morte del soggetto nei confronti del quale potrebbe essere disposta la confisca, avanzando richiesta di applicazione nei riguardi dei successori a titolo universale o particolare entro il termine di cinque anni dal decesso";

- nell'art. 28, che – nel disciplinare la revocazione della confisca – non la prevede *ex se* in ogni caso di giudicato penale favorevole (cfr. art. 28, comma 1, lett. b).

La stessa pronuncia ha tratto ulteriore conferma del principio di autonomia dal fatto che:

- da una parte, il codice penale già preveda una serie di norme (artt. 102, 105, 108 c.p.) che stabiliscono che, ove un soggetto riporti determinate condanne, è dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza, con l'effetto che ad esso si applicano le misure di sicurezza (art. 109 c.p.);

- e, dall'altra, il codice antimafia "non prenda minimamente in considerazione la normativa che il codice penale ha previsto per il soggetto socialmente pericoloso", il che "è un indice inequivoco della diversità dei procedimenti penali e di prevenzione" (*ivi*).

A proposito della revocazione, si veda pure Cass., I, 16 gennaio 2019, n. 13638, Ahmetovic e altri, Rv. 275244 (cui la sentenza n. 31549/2019, cit. rimanda), secondo cui "l'opzione del Legislatore del 2011 verso la tendenziale prevalenza del giudicato favorevole venuto in essere in sede penale, con regolamentazione espressa del particolare caso di contrasto tra giudicati, non esclude, a determinate condizioni, la legittimità di una autonoma valutazione dei profili di pericolosità soggettiva da parte del giudice della prevenzione, lì dove risulti adeguatamente motivata la permanenza dell'inquadramento del soggetto in una delle categorie tipizzate di cui agli articoli 1 e 4 del d.lgs. n.159 del 2011".

E di recente la Corte di Cassazione ha ulteriormente puntualizzato – richiamando la giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Corte EDU – che le misure di prevenzione non solo non “implicano un giudizio di colpevolezza”, ma che “la loro imposizione non dipende dalla preventiva pronuncia di una condanna per infrazione penale”⁸¹.

Pertanto, il giudice della prevenzione “ben può [...] utilizzare le emergenze di un procedimento penale pendente o concluso, ma non facendo riferimento acritico ad esse, bensì considerando i fatti in esso emersi e rivalutandoli nell’ottica propria del procedimento di prevenzione, prescindendo dalle eventuali conclusioni cui il giudice penale è pervenuto”⁸². Invero, “l’unico limite (insieme, ovviamente, con quello di non avvalersi di prove vietate [...]) posto all’autonomia valutativa del giudice della prevenzione” è il seguente: “i fatti storici ritenuti sintomatici della pericolosità del proposto non devono essere stati smentiti in sede di cognizione penale”⁸³.

Dunque, rispetto al processo penale, è diverso lo “statuto probatorio del giudizio di prevenzione”⁸⁴, senza che però – come anticipato – esso possa dirsi costituzionalmente illegittimo: difatti, “il giudizio di pericolosità, in un’ottica costituzionalmente orientata, si fonda sull’oggettiva valutazione di fatti sintomatici collegati ad elementi certi e non su meri sospetti, senza alcuna inversione dell’onere della prova a carico del proposto”⁸⁵.

Quantunque lo *standard* probatorio richiesto in materia di misure di prevenzione oggi possa dirsi senz’altro più elevato rispetto al passato, e ciò proprio grazie all’evoluzione esegetica degli ultimi anni, la giurisprudenza di legittimità continua a rimarcare la differenza tra “l’onere probatorio che occorre”⁸⁶ per la condanna penale

⁸¹ Così da ultimo Cass. n. 31549/2019 cit., che richiama Corte EDU, 17 maggio 2011, Capitani e Campanella c. Italia, e Corte cost. n. 24/2019, cit., e che così descrive le ipotesi di *interferenza* tra il processo penale e quello di prevenzione: “Le ipotesi che la prassi può evidenziare sono due: a) materiale probatorio prodotto nell’ambito del giudizio di prevenzione, derivante da processi penali già conclusi; b) materiale probatorio acquisito dal Pubblico Ministero a seguito di indagini: b1) ma non sottoposto al vaglio del giudice penale; b2) sottoposto al vaglio di un giudizio penale in corso”.

⁸² Cass., n. 181/1992, cit.; conf. *Id.*, n. 921/2015, e *Id.*, n. 27147/2016, cit.

⁸³ Cass., II, 30 aprile 2013, n. 26774, Rv. 256820, che richiama Cass., S.U., 25 marzo 2010, n. 13426, Cagnazzo, Rv. 246271; cfr. pure *Id.*, II, 1 marzo 2018, n. 30974, Saracchini, secondo cui: “l’unico limite all’autonomia del giudizio di prevenzione è quello della negazione in sede penale, con pronunce irrevocabili [,] di determinati fatti: ciò in quanto la negazione penale irrevocabile di un determinato fatto impedisce di ritenerlo esistente e quindi di assumerlo come elemento iniziale del giudizio di pericolosità sociale”.

⁸⁴ *Ivi*; Cass., n. 14326/2010, cit., si esprime in termini di “diversa «grammatica probatoria». Cfr. pure Corte cost., n. 24/2019, cit., secondo cui “l’attività criminosa – descritta nelle varie fattispecie elencate oggi nell’art. 4 del d.lgs. n. 159 del 2011, e il cui riscontro probatorio funge da base sulla quale sviluppare il giudizio in ordine alla pericolosità del soggetto per la sicurezza pubblica –” è sufficiente che “risulti da evidenze che la legge indica ora come «elementi di fatto», più spesso come «indizi»; evidenze che debbono essere vagliate dal tribunale nell’ambito di un procedimento retto da regole probatorie e di giudizio diverse da quelle proprie dei procedimenti penali”; sulla motivazione della pronuncia della Consulta si tornerà pure *infra*, nt. 101.

⁸⁵ Cass., n. 30974/2018, cit. (che pure rimanda a Cass., n. 13426/2010, cit.) e alla quale si rinvia per ulteriori riferimenti giurisprudenziali, secondo cui – pur operando in materia di prevenzione il “meccanismo delle presunzioni in presenza di indizi” – questi ultimi “devono essere comunque provati dalla pubblica accusa, rimanendo a carico dell’interessato soltanto un onere di allegazione per smentirne l’efficacia probatoria”.

⁸⁶ Cass. n. 31549/2019, cit.

rispetto all'accertamento della pericolosità sociale. E continuano ad essere ancora consolidati i seguenti principi:

- anzitutto, la prova indiretta o indiziaria nel procedimento di prevenzione non deve essere dotata dei caratteri prescritti dall'art. 192, comma 2, c.p.p. (ossia gravità, precisione e concordanza)⁸⁷;

- ancora, le chiamate in correità o in reità non necessitano degli ordinari riscontri esterni di cui all'art. 192, comma 3, c.p.p. (il principio, elaborato segnatamente per gli indiziati di appartenere ad associazioni mafiose e di evidente rilevanza, sarà trattato più specificamente al par. 11)⁸⁸;

- possono, poi, essere vagliati gli elementi risultanti dal giudizio penale conclusosi con sentenza di patteggiamento che, pur non accertando la responsabilità dell'imputato, non costituisce comunque una conclusione assolutoria⁸⁹;

- non c'è dubbio, infine, che sia consentito al giudice della prevenzione valutare autonomamente i fatti accertati in sede penale che non abbiano dato luogo a sentenza di condanna, in presenza di pronunce di proscioglimento diverse dall'assoluzione nel merito, come è a dirsi nei casi di sentenza di non doversi procedere (per esempio, per mancanza o remissione di querela) ovvero di "sentenza di proscioglimento per prescrizione, amnistia o indulto che contenga in motivazione un accertamento della sussistenza del fatto e della sua commissione da parte di quel soggetto"⁹⁰, "lì dove il fatto risulti delineato con sufficiente chiarezza o sia comunque ricavabile in via autonoma dagli atti"⁹¹.

Va da sé, tuttavia, che le statuizioni del giudice penale possono comunque avere refluenza nel procedimento di prevenzione che si fonda sui medesimi fatti⁹². Invero, i

⁸⁷ Cass., I, 21 ottobre 1999 – 4 gennaio 2000, n. 5786, Castelluccia, Rv. 215117; *Id.*, I, 29 aprile 2011, n. 20160, Bagalà, Rv. 250278; *Id.*, V, 12 novembre 2013, n. 49853, L., Rv. 258939; *Id.*, V, 15 marzo 2018, n.17946, Buggea, Rv. 273036. Cass. n. 31549/2019 cit., ha rilevato che la normativa vigente in materia di misure di prevenzione non prevede "una soglia così elevata" (come quella del giudizio penale di condanna) per l'accertamento della pericolosità sociale: "In sede penale, l'imputato può essere condannato solo ove l'accusa abbia fornito un quadro probatorio formato da indizi «gravi, precisi e concordanti» (art. 192 cod. proc. pen.) che consenta di ritenere l'imputato colpevole «al di là di ogni ragionevole dubbio» (art. 533/1 cod. proc. pen.), tant'è che deve pronunciarsi assoluzione anche «quando manca, è insufficiente o è contraddittoria la prova che il fatto sussista, che l'imputato lo ha commesso, che il fatto costituisce reato o che il reato è stato commesso da persona imputabile» (art. 530/2 cod. proc. pen.)".

⁸⁸ Si rimanda alle medesime pronunce indicate nella nt. precedente.

⁸⁹ Cass. n. 31549/2019, cit.

⁹⁰ Per tutte, Corte cost., n. 24/2019, cit., che richiama Cass., II, 19 gennaio 2018, n. 11846, Carnovale, Rv. 272496, *Id.*, VI, 21 settembre 2017, n. 53003, D'Alessandro, Rv. 272268 (sulla quale si veda però *infra*, nt. 100), e *Id.*, I, 24 marzo 2015, n. 31209, Scagliarini, Rv. 264320; cfr. pure Cass., I, 5 marzo 2019, n. 14629, Calabretto, e Cass. n. 31549/2019, cit.

⁹¹ Cass., n. 30974/2018, cit.; *Id.*, n. 31209/2015, cit. In tali ipotesi il giudice della prevenzione può "utilizzare quegli stessi fatti, dare ad essi una qualificazione (incidentale) giuridica sussumendoli nell'ambito di fattispecie penalmente rilevanti e pronunciare, quindi, un giudizio di pericolosità" (Cass. n. 31549/2019 cit.).

⁹² Per tutte, Cass. n. 31549/2019, cit., che definisce "facile [...] il giudizio di prevenzione ove il processo penale si sia concluso con la condanna dell'imputato"; cfr. pure, con specifico riguardo alla categoria degli indiziati di appartenere alle associazioni di cui all'art. 416-bis c.p., Cass., n. 111/2018 cit., secondo cui "un accertamento definitivo di responsabilità per reato associativo" nei confronti del proposto "sul piano logico

fatti di reato accertati in sede penale con pronuncia di condanna potranno, anzi dovranno, essere fondamento del giudizio sulla pericolosità sociale. Di converso, nel caso di pronuncia assolutoria – ossia di una statuizione liberatoria nel merito – piena (e irrevocabile), segnatamente perché il fatto non sussiste o perché l'imputato non l'ha commesso, in più occasioni la Corte regolatrice ha rimarcato che, se la proposta di misura di prevenzione si basa sullo stesso materiale probatorio, pur non sussistendo un rapporto di pregiudizialità tra procedimento penale e procedimento di prevenzione, “il giudice della prevenzione deve tenerne conto, per l'effetto del giudicato penale in tutti gli altri giudizi, sempre che il fatto sia identico e che non sussistano altri elementi, diversi da quelli valutati dal giudice penale, sui quali fondare un autonomo giudizio di pericolosità sociale”⁹³.

Ancora, in giurisprudenza si è affermato – tradizionalmente, ma anche di recente – che possono essere ritenuti sufficienti a fondare un giudizio di pericolosità sociale anche quegli indizi che, in sede penale, hanno portato all'assoluzione dell'imputato *ex art. 530, comma 2, c.p.p.*⁹⁴

Il principio può considerarsi pacifico a proposito delle categorie di soggetti definiti dal codice antimafia come “indiziati”⁹⁵. Sotto tale profilo, sicuramente indicativo è quanto hanno ribadito le Sezioni Unite a proposito dell'*archetipo* della persona indiziata in materia di prevenzione, ossia l'indiziato di appartenere a un'associazione di tipo mafioso⁹⁶, proprio sulla base del principio di autonomia del procedimento di prevenzione rispetto al giudizio penale. In particolare, secondo la Corte regolatrice, non

giuridico, costituisce una base più solida al fine di formulare un giudizio sulla pericolosità, proprio per la già accertata presenza di un vincolo tendenzialmente stabile che si proietta fisiologicamente verso il futuro”.

⁹³ Cass., I, 14 marzo 1988, n. 806, Amerato, Rv. 178118; *Id.*, I, 19 aprile 2018, n. 43826, Righi, Rv 273976 (espressamente richiamata da Corte cost. 24/2019); Cass. n. 31549/2019, cit.

⁹⁴ Da ultimo Cass. n. 31549/2019, cit., che rimanda a *Id.*, n. 921/2014 cit.; *Id.*, n. 806/1988, cit.; *Id.*, I, 4 gennaio 1985, n. 2, Viola, Rv 167762.

⁹⁵ La platea di tali soggetti, com'è noto, negli anni si è incrementata a seguito delle novelle legislative; si rinvia sul punto al testo dell'art. 4 D. Lgs. 159/2011.

⁹⁶ Si tratta di un concetto giuridico distinto dal partecipe la cui condotta è incriminata dall'art. 416-bis, comma 1, c.p. Difatti, “per univoca interpretazione giurisprudenziale e dottrinale, nell'ampio concetto di appartenenza, richiamato nell'art. 4 d.lgs. [cit.], quale condizione legittimante l'applicazione della misura, si ritengono rilevanti anche condotte non connotate dal vincolo stabile, ma astrattamente inquadrabili nella figura del concorso esterno di cui agli artt. 110, 416-bis cod. pen., per definizione caratterizzata da una collaborazione occasionale, espressa in unico o diluito contesto temporale, che si realizza con riferimento a circoscritte esigenze del gruppo, in correlazione con la loro insorgenza, ed è quindi ontologicamente priva della connotazione tipica della condotta partecipativa, costituita dallo stabile inserimento nell'organizzazione criminale con caratteristica di spiccata e persistente pericolosità, derivante dalla connotazione strutturale, mentre risulta estranea a tale concetto la mera collateralità che non si sostanzia in sintomi di un apporto individuabile alla vita della compagine” (Cass., S.U. 111/2018 cit., che rimanda a *Id.*, I, 14 giugno 2017, n. 54119, Sottile, Rv. 271543), dovendosi invece ritenere “l'impossibilità di qualificare come appartenenza la condotta che, nella consapevolezza dell'illecito, si muova in una indefinita area di contiguità o vicinanza al gruppo, che non sia riconducibile ad un'azione, ancorché isolata, che si caratterizzi per essere funzionale agli scopi associativi” (*ivi*). “Il concetto di appartenenza, evocato dalla norma, è più ampio di quello di partecipazione, con il conseguente rilievo attribuito in tema di misure di prevenzione a condotte che non integrano neppure in ipotesi di accusa la presenza del vincolo stabile tra il proposto e la compagine, ma rivelano una attività di collaborazione, anche non continuativa” (*ivi*).

deve negarsi “la possibilità di valorizzare, al fine dell'accertamento di pericolosità, specifiche circostanze di fatto che emergano [anche] da pronunce liberatorie, condizione che risulta fisiologicamente connessa alla mancanza di correlazione tra le misure di prevenzione e la consumazione di reati, posto che proprio la finalità preventiva consente l'intervento in presenza di fatti espressivi di una elevata pericolosità, sui quali è dato intervenire previamente per evitare la commissione di reati”, dovendosi solo ritenere che “l'onere argomentativo in tali condizioni non p[ossa] che uscirne rafforzato”⁹⁷.

Invece, con riguardo alle categorie di pericolosità generica, la giurisprudenza di legittimità:

- talora, ha continuato a ribadire la possibilità, anche quando l'imputato sia assolto ai sensi dell'art. 530, comma 2, c.p.p. oppure “perché la prova (ad es. intercettazioni) sia ritenuta inutilizzabile”⁹⁸, di porre alla base del giudizio di pericolosità quei fatti “accertati nella loro oggettività” nel corso di un procedimento penale e “ritenuti non sufficienti (nel merito o per preclusioni processuali) per una condanna”⁹⁹;

- talaltra, pur non revocando in dubbio che il giudice della prevenzione possa ricostruire in via totalmente autonoma gli episodi storici in questione – anche in assenza di procedimento penale correlato – in virtù della assenza di pregiudizialità e della possibilità di azione autonoma di prevenzione, ha puntualizzato che per l'affermazione della pericolosità non sono sufficienti meri indizi, perché la locuzione utilizzata va considerata volutamente diversa e più rigorosa delle espressioni utilizzate dall'art. 4 D. Lgs. 159/2011, che qualifica *indiziati* i soggetti da annoverare nelle categorie espressive della pericolosità c.d. qualificata¹⁰⁰.

⁹⁷ Cass., n. 111/2018, cit.

⁹⁸ Il tema dell'inutilizzabilità verrà esaminato nel par. seguente, nel quale si darà conto più in dettaglio degli orientamenti giurisprudenziali ad esso relativi.

⁹⁹ Cass. n. 31549/2019, cit., che così si esprime: “Sul punto, quindi, si ritiene di dissentire da quella giurisprudenza che, in modo assertorio, ha sostenuto che, nel caso di proscioglimento dell'imputato «l'unica ipotesi – a ben vedere – di possibile valutazione autonoma dei 'fatti accertati' in sede penale che non abbiano dato luogo a sentenza di condanna, lì dove si discuta dell'inquadramento del soggetto proposto nella categoria di cui all'art. 1, co.1, lett. b, d.Lgs. n.159 del 2011, riguarda le ipotesi di proscioglimento per intervenuta prescrizione (limite esterno alla punibilità del fatto) lì dove il fatto risulti delineato con sufficiente chiarezza nella decisione di proscioglimento o sia comunque ricavabile in via autonoma dagli atti»: Sez. 1, n. 43826/2018, Rv 273976 (in motivazione)” (di tale ultima pronuncia si darà conto appena oltre nel testo).

¹⁰⁰ Cass., n. 43826/2018, cit. Si rimanda, in particolare, alle espressioni utilizzate dall'art. 4, comma 1, lett. a), b), d), i), *i-bis*, e *i-ter*, D. Lgs. 159/2011.

Si segnala che Cass., n. 53003/2017, cit., nel distinguere le ipotesi di pericolosità generica da quelle riconducibili alla pericolosità qualificata – per quel che qui rileva, a seguito della più volte menzionata declaratoria di incostituzionalità (Corte cost., n. 24/2019, cit.) – argomentando pure sulla base di Corte EDU, 23 febbraio 2017, de Tommaso c. Italia, cit., ha ricostruito i rapporti tra procedimento penale e procedimento di prevenzione (limitatamente alle ipotesi di pericolosità generica esaminate) secondo una prospettiva che pare ancor più rigorosa e, per vero, non pienamente convergente con il richiamato principio di autonomia. Più in particolare:

- ha affermato che “il termine 'abituale' che ricorre” nell'art. 1, lett. b). D. Lgs. 159 cit. “postula di necessità pregresse occasioni di accertamento in sede penale [...] della consumazione di condotte costituenti reato dai quali i soggetti traggano o abbiano tratto, anche in parte, i proventi del loro sostentamento”;

- ha censurato la statuizioni di merito rese nel procedimento di prevenzione *de quo*, perché “Tribunale e

Può dirsi che sia tale ultima, più rigorosa, esegesi ad aver ricevuto l'avallo della Corte costituzionale¹⁰¹ e a sembrare oggi prevalente.

Per quanto si tratti dell'ipotesi meno frequente, il procedimento di prevenzione può essere incoato anche allorché il proposto non sia mai stato tratto a giudizio ovvero (ipotesi più rara) nei suoi confronti non sia stato neppure instaurato un procedimento

Corte di Appello hanno condotto le rispettive valutazioni esclusivamente sulla base del materiale indiziario proprio del procedimento penale, finendo nella sostanza per equiparare i reati [...] in rilievo" (nella specie si trattava di reati tributari) "a quelli che fungono da presupposto per l'attivazione della procedura di prevenzione per pericolosità specifica"; e dunque, deliberando "sulla base del medesimo compendio probatorio di procedimenti *in itinere*", gli stessi giudici di merito "hanno di fatto integrato un'indebita attribuzione di funzioni spettanti al giudice penale";

- ed ha espresso il principio di diritto secondo cui: "il concetto di abitudine rilevante ai fini della pericolosità generica non [possa...] prescindere dal pregresso accertamento in sede penale – ancorché non definito da una sentenza di condanna ma in ipotesi mediante applicazione di amnistia, indulto, causa di non punibilità derivante da collaborazione volontaria di cui all'art. 5-quater della l. n. 227 del 1990, prescrizione, etc. – dell'avvenuta commissione di fatti integranti delitti che danno luogo a proventi illeciti".

¹⁰¹ Cfr. Corte cost. 24/2019 cit., che:

- così ha ricostruito l'esegesi della disciplina vigente compiuta da ultimo dalla Suprema Corte: "l'aggettivo «delittuoso» [...] viene letto nel senso che l'attività del proposto debba caratterizzarsi in termini di «delitto» e non di un qualsiasi illecito (Corte di cassazione, sezione prima, sentenza 19 aprile 2018-3 ottobre 2018, n. 43826; sezione seconda, sentenza 23 marzo 2012-3 maggio 2012, n. 16348), sì da escludere, ad esempio, che «il mero status di evasore fiscale» sia sufficiente a fondare la misura, ben potendo l'evasione tributaria consistere anche in meri illeciti amministrativi (Corte di cassazione, sezione quinta, sentenza 6 dicembre 2016-9 febbraio 2017, n. 6067; sezione sesta, sentenza 21 settembre 2017-21 novembre 2017, n. 53003). L'avverbio «abituale» [...] viene letto nel senso di richiedere una «realizzazione di attività delittuose [...] non episodica, ma almeno caratterizzante un significativo intervallo temporale della vita del proposto» (Cass., n. 31209 del 2015), in modo che si possa «attribuire al soggetto proposto una pluralità di condotte passate» (Corte di cassazione, sezione prima, sentenza 15 giugno 2017-9 gennaio 2018, n. 349), talora richiedendosi che esse connotino «in modo significativo lo stile di vita del soggetto, che quindi si deve caratterizzare quale individuo che abbia consapevolmente scelto il crimine come pratica comune di vita per periodi adeguati o comunque significativi» (Corte di cassazione, sezione seconda, sentenza 19 gennaio 2018-15 marzo 2018, n. 11846);

- e ne ha tratto la compatibilità costituzionale della previsione normativa *de qua*, concludendo nei seguenti termini: "La locuzione «colui che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose» è oggi suscettibile [...] di essere interpretata come espressiva della necessità di predeterminazione non tanto di singoli «titoli» di reato, quanto di specifiche «categorie» di reato. Tale interpretazione della fattispecie permette di ritenere soddisfatta l'esigenza – sulla quale ha da ultimo giustamente insistito la Corte europea, ma sulla quale aveva già richiamato l'attenzione la sentenza n. 177 del 1980 di questa Corte – di individuazione dei «tipi di comportamento» («*types of behaviour*») assunti a presupposto della misura. Le «categorie di delitto» che possono essere assunte a presupposto della misura sono in effetti suscettibili di trovare concretizzazione nel caso di specie esaminato dal giudice in virtù del triplice requisito – da provarsi sulla base di precisi «elementi di fatto», di cui il tribunale dovrà dare conto puntualmente nella motivazione (art. 13, secondo comma, Cost.) – per cui deve trattarsi di a) delitti commessi abitualmente (e dunque in un significativo arco temporale) dal soggetto, b) che abbiano effettivamente generato profitti in capo a costui, c) i quali a loro volta costituiscano – o abbiano costituito in una determinata epoca – l'unico reddito del soggetto, o quanto meno una componente significativa di tale reddito. Ai fini dell'applicazione della misura personale della sorveglianza speciale, con o senza obbligo o divieto di soggiorno, al riscontro processuale di tali requisiti dovrà naturalmente aggiungersi la valutazione dell'effettiva pericolosità del soggetto per la sicurezza pubblica, ai sensi dell'art. 6, comma 1, del d.lgs. n. 159 del 2011" (Corte cost., n. 24/2019, cit.).

penale¹⁰². In tali casi il principio di autonomia opera, per dir così, con la sua massima espansione e deve essere il giudice della prevenzione ad apprezzare i fatti – e, quindi, anche incidentalmente la sussumibilità di essi entro le fattispecie penali rilevanti in relazione alle diverse categorie di pericolosità – sempre al fine di statuire se tali condotte siano sintomatiche della pericolosità sociale¹⁰³.

Non è infrequente, invece, il caso in cui il procedimento penale e il procedimento di prevenzione siano contemporaneamente pendenti: anche in tale ipotesi e nei medesimi termini appena esposti, in forza del principio di autonomia dei due giudizi, il giudice della prevenzione, dovrà stabilire se le condotte in discorso – che dovrà qualificare *sub specie iuris* – siano dimostrative della pericolosità del proposto¹⁰⁴.

Merita, infine, un cenno un'ipotesi in cui *ex lege* viene meno l'autonomia del procedimento di prevenzione e il suo esito è necessitato in ragione di una statuizione del giudice penale, ossia il caso della condanna a pena condizionalmente sospesa, la quale “non può costituire in alcun caso, di per sé sola, motivo per l'applicazione di misure di prevenzione” (art. 166, comma 2, c.p.). In tale evenienza, se già il giudice penale ha già formulato una prognosi favorevole al soggetto – potendo presumere che egli si asterrà dal commettere ulteriori reati e non ricorrendo i presupposti per applicargli una misura di sicurezza personale in quanto persona socialmente pericolosa (cfr. art. 164 c.p.) – in mancanza di elementi sintomatici ulteriori non potrà essere ritenuta la pericolosità da parte del giudice della prevenzione.

10. (segue): le prove inutilizzabili.

Dopo aver esaminato, più in generale, il tema dei rapporti tra procedimento penale e procedimento di prevenzione, può essere utile dar conto di alcuni profili più specifici di quest'ultimo, vale a dire i limiti entro i quali vi opera l'inutilizzabilità e il rilievo probatorio delle dichiarazioni a carico del proposto rese da chi – secondo le previsioni del codice di rito penale – dovrebbe essere qualificato coimputato del medesimo reato, imputato in un procedimento connesso o di reato collegato *ex art. 371*, comma 2, lett. b), c.p.p. oppure testimone assistito.

Sotto il primo profilo, occorre anzitutto ricordare che nel procedimento di prevenzione non è previsto il c.d. doppio fascicolo, con la conseguenza che non rilevano nell'ambito di esso:

- l'inutilizzabilità fisiologica¹⁰⁵, ossia l'impossibilità – salve le ben note eccezioni di legge – di porre a fondamento della decisione elementi non acquisiti nel

¹⁰² Cass. n. 31549/2019 cit.: “ad es. perché la *notitia criminis*, è stata archiviata; perché l'indagato è deceduto; perché le prove raccolte non furono ritenute sufficienti a sostenere un'accusa penale; perché l'azione penale era già paralizzata, al momento della conoscenza della *notitia criminis*, da una causa di estinzione o di improcedibilità”.

¹⁰³ Cfr. Cass. n. 31549/2019 cit., che ribadisce come tale valutazione debba compiersi “senza i limiti stringenti della prova penale”; cfr. pure *Id.*, n. 31209/2015, cit.

¹⁰⁴ Cfr. Cass. n. 31549/2019 cit.; *Id.*, 7 gennaio 2016, n. 6636, Pandico, Rv. 266364.

¹⁰⁵ A proposito delle categorie di utilizzabilità qui basti il rimando a Cass., S.U., 21 giugno 2000, n. 16,

contraddittorio delle parti, correlata alle caratteristiche del processo ispirato al modello accusatorio ed alla distinzione tra atti delle indagini e prove dibattimentali (cfr. in particolare, gli artt. 514 e 526 c.p.p.);

- né le ipotesi di inutilizzabilità relativa stabilite dalla legge con riferimento alla fase dibattimentale¹⁰⁶.

Giova rammentare che in materia di prevenzione, a differenza che nel procedimento penale, l'utilizzabilità degli elementi in discorso e la loro valenza probatoria non è subordinata al consenso dell'interessato.

Di converso, anche nel procedimento di prevenzione opera l'inutilizzabilità patologica, ossia quella che deriva dalla violazione di divieti probatori: in altri termini, la decisione non può fondarsi su elementi probatori assunti *contra legem*, poiché "la prova vietata [...] è «inutilizzabile» *tout court*, senza aggettivi, limiti o deroghe di sorta, che ne consentano un qualsivoglia «recupero», sia pure in ambiti ed a fini diversi da quelli del processo penale"¹⁰⁷.

Nella medesima prospettiva esegetica, la Corte di legittimità ha escluso che la prognosi di pericolosità del proposto possa legittimamente fondarsi su dichiarazioni accusatorie indirette, rese in violazione dell'art. 195, comma 7, c.p.p., in quanto è rimasta non identificata né identificabile la fonte conoscitiva della dichiarazione accusatoria riportata dal teste¹⁰⁸.

Ancora, con riguardo ai risultati delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, è stato chiarito:

- da una parte, che l'inutilizzabilità di essi "accertata nel giudizio penale di cognizione, ha effetti in qualsiasi tipo di giudizio, e quindi anche nell'ambito del procedimento di prevenzione"¹⁰⁹;

Tammaro, Rv. 216246.

¹⁰⁶ Cfr. Cass., n. 13426/2010, cit., secondo cui per "l'inutilizzabilità definita «fisiologica» [...] non si pongono problemi di sorta circa la possibilità di «utilizzare», come elementi di valutazione e di giudizio, anche gli atti delle indagini ai fini del processo di prevenzione, posto che i «limiti» [previsti dalla legge] sono soltanto interni ed esclusivi al procedimento penale". Cfr. pure A. BALSAMO, voce *Codice antimafia*, cit., p. 115.

¹⁰⁷ Cass., n. 13426/2010, cit., che a suffragio del proprio *dictum*, richiama pure la giurisprudenza della Corte EDU e la giurisprudenza costituzionale (in particolare, Corte cost., 12 marzo 2010, n. 93) che "impongono [...] una «lettura» del procedimento di prevenzione che sia in linea con i principi del «giusto processo». Il che, evidentemente, avvalorata la tesi di quanti ritengono preclusa la «fruibilità», anche se ai limitati fini del giudizio di prevenzione, di intercettazioni inutilizzabili a norma dell'art. 271 del codice di rito [penale]" – era questo l'oggetto del quesito posto in quell'occasione alle Sezioni Unite, ma il principio con evidenza vale per ogni ipotesi di violazione di divieti probatori –, "in quanto la inosservanza delle relative garanzie di legalità finirebbe, altrimenti, per contaminare e compromettere il «giusto procedimento di prevenzione», che tale può definirsi soltanto se basato su atti «legalmente» acquisiti" (in senso conforme alla sent. ult. cit., si veda pure Cass., n. 27147/2016, cit.). D'altra parte – come rilevato al par. 3, spec. nt. 28 – ancora di recente la Corte costituzionale (Corte cost. n. 24/2019) ha espresso la medesima prospettiva, allorché ha sottolineato come l'applicazione della confisca di prevenzione debba avere luogo all'esito di un procedimento che si uniformi ai canoni generali di ogni giusto processo garantito dalla legge (artt. 111, primo, secondo e sesto comma, Cost., e 6 CEDU, nel suo "*volet civil*") in seno al quale ha piena tutela il diritto di difesa (art. 24 Cost.).

¹⁰⁸ Cass., V, 27 ottobre 2010 – 1 febbraio 2011, n. 3687, Cassano e altri, Rv. 249691.

¹⁰⁹ Cass., n. 13426/2010, cit. Pare difforme da detto arresto delle Sezioni Unite, che ha composto un contrasto

- dall'altra, che la decisione del giudice della prevenzione può fondarsi sui risultati delle intercettazioni telefoniche e ambientali la cui utilizzabilità sia accertata nel giudizio penale di cognizione, senza che in tal caso occorra una valutazione *ad hoc* nel procedimento di prevenzione, trattandosi di prova la cui conformità all'ordinamento è stata deliberata nella sede propria, nel contraddittorio delle parti, all'esito di un giudizio con la partecipazione di tutte le parti interessate al suo utilizzo^{110 111}.

11. (segue): le dichiarazioni dei collaboratori di giustizia.

Come anticipato, la Corte regolatrice – proprio alla luce del richiamato principio di autonomia del giudizio di prevenzione –, a proposito dei parametri di valutazione del compendio probatorio in seno a quest'ultimo, ha puntualizzato, in particolare con riguardo all'ipotesi di pericolosità qualificata dell'indiziato di appartenere a un'associazione di tipo mafioso e alle provalazioni dei collaboratori di giustizia, che le chiamate in correità o in reità non devono essere necessariamente sorrette da riscontri individualizzanti *ex art. 192, comma 3, c.p.p.*¹¹²

Purtuttavia, ciò non esonera il giudice della prevenzione da una compiuta valutazione di tali provalazioni. In ogni caso le dichiarazioni eteroaccusatorie devono essere sottoposte all'ordinario vaglio di attendibilità e credibilità (c.d. intrinseca), che è un momento distinto dalla ricerca dei detti riscontri (c.d. estrinseci) e non può mancare neppure nel procedimento di prevenzione, poiché è un presupposto necessario per determinare la valenza probatoria del narrato, ovviamente sempre allo specifico fine della verifica della pericolosità sociale del proposto e nella specifica ottica che sul punto deve assumersi.

La necessità del detto vaglio intrinseco, oltre ad essere imposto dai generali principi (oggetto di consolidata elaborazione giurisprudenziale) che regolano la formazione della prova (in particolare, della prova orale), trova conferma, proprio in

giurisprudenziale, Cass. n. 31549/2019 cit., la quale ha contemplato, tra gli elementi probatori acquisiti nel corso di un procedimento penale (conclusosi per il proposto – in esso imputato – con una pronuncia liberatoria *ex art. 530, comma 2, c.p.p.*) che “possono essere posti alla base di un giudizio di pericolosità” nel procedimento di prevenzione, anche “la prova (ad es. intercettazioni)” [in quella sede] ritenuta inutilizzabile”.

¹¹⁰ Cass., V, 29 ottobre 2014, n. 52095, Bonura, Rv. 261337 – 01, la quale ha puntualizzato che il giudice della prevenzione non deve compiere alcuna nuova valutazione al riguardo, salva la verifica della capacità dimostrativa della prova in questione ai fini del giudizio di pericolosità del proposto.

¹¹¹ Talora, ai fini della confisca di prevenzione, è stata negata l'utilizzabilità delle dichiarazioni provenienti dai prossimi congiunti del proposto, in particolare se con lui conviventi, posto che si tratta di soggetti sottoposti essi stessi ad indagini patrimoniali e rispetto ai quali sussiste la presunzione che il proposto possa, direttamente o indirettamente, disporre dei loro beni: cfr. Cass., I, 5 novembre 2009, n. 48127, De Meo, Rv. 245873 – 01; A. BALSAMO, voce *Codice antimafia*, cit., p. 115, ha fatto riferimento all'applicazione, in tale ipotesi, di “un peculiare regime di utilizzabilità discendente dalla struttura del procedimento di prevenzione”.

¹¹² Tra le tante, si rimanda alle pronunce citate alla nt. 87.

materia di misure di prevenzione, nelle pronunce di legittimità che hanno escluso che il giudice possa però fondare il proprio convincimento:

- su dichiarazioni *ictu oculi* inattendibili o smentite da elementi contrari¹¹³;
- ovvero sulla narrazione di chi vi sia ragione di sospettare che, nel rendere una narrazione *contra alios*, possa essere stato fuorviato da ragioni personali¹¹⁴.

In sostanza, con tali pronunce la giurisprudenza di legittimità ha invitato il giudice della prevenzione, allorquando è chiamato a valutare la portata probatoria di una dichiarazione, ad avere riguardo a taluni dei parametri che usualmente nel processo penale sono oggetto di attenzione in presenza di una chiamata in (cor)reità, secondo il percorso argomentativo che la Suprema Corte ha in più occasioni tracciato (per l'appunto, per le provalazioni provenienti dal coimputato del medesimo reato, da una persona imputata in un procedimento connesso a norma dell'art. 12 c.p.p. o di reato collegato a quello *ex art. 371, comma 2, lett. b), c.p.p.* o ancora da un testimone assistito; cfr. artt. 192, commi 3 e 4, c.p.p. e 197-*bis*, u.c., stesso codice).

Ne deriva che la dichiarazione accusatoria deve essere verificata sotto il profilo dell'attendibilità intrinseca *sub specie* della credibilità del dichiarante, cui deve fare seguito il controllo della intrinseca consistenza della narrazione¹¹⁵, tenendo conto della genesi, prossima e remota, delle ragioni che hanno indotto alla confessione e all'accusa di altri nonché alla luce dei canoni della spontaneità, costanza, coerenza e precisione, della logica interna del racconto, della mancanza di interesse diretto all'accusa, dell'assenza di contrasto con altre acquisizioni e di contraddizioni eclatanti o difficilmente superabili¹¹⁶. Sotto tale ultimo profilo non può prescindersi dall'apprezzare la ricchezza di contenuti descrittivi, prestando attenzione anche al fatto che il racconto sia o meno articolato e dettagliato o comunque passibile di controllo, avendo ad oggetto fatti obiettivamente verificabili.

12. Lo *standard* probatorio e il diritto alla prova in relazione alla provenienza illecita dei beni oggetto di proposta patrimoniale.

Quanto allo *standard* probatorio necessario per pervenire a una statuizione ablativa e al "*riparto del carico probatorio*" tra le parti del procedimento di prevenzione a proposito della provenienza illecita dei beni oggetto di proposta patrimoniale, una pronuncia delle Sezioni Unite ha ribadito che:

- "spetta [...] alla parte pubblica l'onere della prova in ordine alla sproporzione tra beni patrimoniali e capacità reddituale nonché all'illecita provenienza, da dimostrare

¹¹³ Cass., II, 19 marzo 1998, n. 1976, Bonventre, Rv. 211908.

¹¹⁴ Cass., VI, 26 aprile 1995, n. 1605, Calà, Rv. 201700.

¹¹⁵ Cass., S.U., 30 ottobre 2003, n. 45276, Andreotti e altro, Rv. 226090.

¹¹⁶ Sul punto si vedano, Cass., I, 12 marzo 1998, n. 5270, Di Martino, Rv. 210475 – 02; *Id.*, II, 8 ottobre 2010, n. 39241, Montesarchio, Rv. 248771; *Id.*, VI, 20 dicembre 2011 – 7 maggio 2012, n. 16939, De Filippi e altri, Rv. 252630; *Id.*, VI, 30 ottobre 2013, n. 46483, Scognamiglio, Rv. 257389.

anche in base a presunzioni mentre è riconosciuta al proposto la facoltà di offrire prova contraria”;

- affinché possa disporsi la confisca, “è sufficiente che sussistano una sproporzione tra le disponibilità e i redditi denunciati dal proposto ovvero indizi idonei a lasciar desumere in modo fondato che i beni dei quali si chiede la confisca costituiscano il reimpiego dei proventi di attività illecite e che il proposto non sia riuscito a dimostrare la legittima provenienza del danaro utilizzato per l’acquisto di tali beni. Ne deriva che, al riguardo, non si verifica alcuna inversione dell’onere della prova, perché la legge ricollega a fatti sintomatici la presunzione di illecita provenienza dei beni e non alla mancata allegazione della loro lecita provenienza, la cui dimostrazione è idonea a superare quella presunzione”;

- “l’assunto della provenienza illecita del patrimonio deve pur sempre essere la risultante di un processo dimostrativo, che si avvalga anche di presunzioni, affidate ad elementi indiziari purché connotati dei necessari coefficienti di gravità, precisione e concordanza”;

- “per l’assolvimento dell’onere probatorio posto a carico del soggetto inciso [...] è sufficiente la mera allegazione di fatti, situazioni o eventi che, ove riscontrabili, siano idonei, «ragionevolmente e plausibilmente», ad indicare la lecita provenienza dei beni”¹¹⁷.

Al riguardo si è pure osservato che l’impianto normativo vigente, così interpretato, pone a carico del proposto non un onere probatorio, bensì quantomeno un onere giustificativo della legittima provenienza dei beni, giacché solo allorché l’accusa abbia assolto il proprio onere, questo sì, probatorio (cui corrisponde il dovere del giudice di merito di accertare la ricorrenza di concreti e validi elementi della provenienza illecita dei beni), il proposto non deve necessariamente dimostrarne la legittima provenienza, essendo piuttosto gravato dall’onere di allegare fondati elementi volti a confutare la contraria prospettazione, sminuendo o elidendo l’efficacia rappresentativa degli elementi su cui essa si fonda; e ciò in conformità al c.d. “principio di vicinanza della prova”¹¹⁸.

¹¹⁷ Cass., S.U., 26 giugno 2014 – 2 febbraio 2015, n. 4880, Spinelli e altro, Rv. 262604; conf. *Id.*, V, 12 dicembre 2007 – 7 gennaio 2008, n. 228, Campione, Rv. 238871; *Id.*, V, 23 gennaio 2014, n. 16311. Cfr. pure Cass., n. 27147/2016, cit., che – nel prestare adesione a quanto affermato da Cass., n. 4880/2015, cit. – ha rimarcato come il legittimo ricorso anche a presunzioni per individuare l’origine illecita dei beni sia corroborato dalla giurisprudenza della Corte EDU (cfr. *Id.*, II, sent. 17 giugno 2014, Cacucci e Sabatelli c. Italia) ed espressamente previsto dalla normativa dell’Unione Europea (cfr. direttiva del Parlamento Europeo n. 2014/42/UE, approvata il 25 febbraio 2014); e, più di recente, Cass., n. 31549/2019, cit., la quale – nell’escludere che possa ravvisarsi “una vera e propria inversione” dell’onere della prova sulla legittima provenienza dei beni – ha osservato che, se l’inversione “sussistesse, non si sottrarrebbe a fondati sospetti di (il)legittimità costituzionale”.

¹¹⁸ Cass., n. 31549/2019, cit.: “Ciò del resto corrisponde al c.d. «principio di vicinanza della prova» ben noto in dottrina ed in giurisprudenza (v. Sez. 2, n. 7484 del 21/01/2014, Baroni, Rv. 259245), principio che, pur essendo stato coniato con riferimento al procedimento penale, ben può essere esteso anche al procedimento di prevenzione e secondo il quale «in tema di distribuzione dell’onere probatorio, spetta alla pubblica accusa la prova del reato; tuttavia, ove l’imputato deduca eccezioni o argomenti difensivi, spetta a lui provare o allegare, sulla base di concreti ed oggettivi elementi fattuali, le suddette eccezioni perché è l’imputato che,

La giurisprudenza di legittimità ha pure puntualizzato:

- che "l'onere di allegazione difensiva in ordine alla legittima provenienza dei beni non può essere soddisfatto con la mera indicazione della esistenza di una provvista sufficiente per concludere il negozio di acquisto degli stessi, dovendo invece il soggetto sottoposto al procedimento di prevenzione indicare gli elementi fattuali dai quali il giudice possa dedurre che il bene non sia stato acquistato con i proventi di attività illecita, ovvero ricorrendo ad esborsi non sproporzionati rispetto alla sua capacità reddituale"¹¹⁹;

- e che "sostenere che il denaro provenga dall'elargizione di un terzo senza spiegarne le ragioni equivale a (tentare di) aggirare l'onere di allegazione, dovendo il soggetto fornire una spiegazione credibile in ordine ai mezzi e alle circostanze che gli hanno consentito un determinato incremento patrimoniale. Fornire una spiegazione priva di riferimenti concreti equivale, dunque, ad una «allegazione apparente»"¹²⁰.

Parimenti, si è escluso che determini un'inversione dell'onere della prova il principio consolidato secondo cui, in materia di misure di prevenzione patrimoniali, l'accertamento giudiziale della disponibilità in capo al proposto dei beni formalmente intestati a terzi (disponibilità che non deve necessariamente concretarsi in situazioni giuridiche formali, essendo sufficiente che il prevenuto possa di fatto utilizzarli, anche se formalmente appartenenti a terzi, come se ne fosse il vero proprietario) opera diversamente per il coniuge, i figli ed i conviventi dello stesso prevenuto, rispetto a tutte le altre persone fisiche o giuridiche. I primi, infatti, sono considerati separatamente rispetto a tutti gli altri (oggi dall'art. 19, comma 3, D. Lgs. 159/2011, già prima l'art. 2-bis, comma 3, L. 575/1965, che individua – come detto – i soggetti nei confronti dei quali devono sempre svolgersi le indagini patrimoniali: cfr. *retro*, par. 4) e, dunque, tale disponibilità è legittimamente presunta senza la necessità di specifici accertamenti, quando risulti l'assenza di autonome risorse economiche del terzo intestatario: proprio perché deve essere posta in correlazione con l'accertata assenza di disponibilità economiche proprie del terzo intestatario, elemento sintomatico della fittizietà dell'intestazione dei beni in discorso, tale presunzione costituisce "nel ragionamento giudiziale" un "lecito criterio interpretativo della situazione di fatto" che non comporta illegittime inversioni dell'onere della prova a carico dei terzi¹²¹, in quanto il rapporto

in considerazione del principio della cd. "vicinanza della prova", può acquisire o quantomeno fornire, tramite l'allegazione, tutti gli elementi per provare il fondamento della tesi difensiva». Al proposto, infatti, non si chiede di allegare o provare un fatto negativo («non ho commesso attività illecite»), ma di indicare specifiche circostanze positive, contrarie a quelle provate dalla pubblica accusa («la mia attività è stata lecita, i miei averi sono proporzionati ai miei redditi ed alla mia attività imprenditoriale»), con indicazione, quindi, dei dati fattuali che contraddicono le conclusioni alle quali sono pervenuti i consulenti dei Giudici, dalle quali possa desumersi che l'attività illecita contestata non è avvenuta".

¹¹⁹ Cass., VI, 9 giugno 2015, n. 31751, Rv. 264461; conf. pure Cass., n. 30974/2018, cit.

¹²⁰ Cass., n. 30974/2018, cit., che richiama *Id.*, V, 7 marzo 2014, n. 20743, D'Agostino, Rv. 260402, e *Id.*, VI, 9 giugno 2015, n. 31751, P.G. in proc. Catalano, Rv. 264461.

¹²¹ Così Cass., I, 10 novembre 2015 – 9 febbraio 2016, n. 5184, Trubchaninova, Rv. 266247; in termini, tra le pronunce più recenti, *Id.*, V, 26 ottobre 2015 – 3 marzo 2016, n. 8922, Poli e altro, Rv. 266142, *Id.*, VI, 15 giugno 2017, n. 43446, Cristodaro e altri, Rv. 271222.

esistente tra detti terzi ed il proposto costituisce circostanza di fatto significativa, con elevata probabilità, della solo apparente formale disponibilità giuridica in capo alle persone di maggior fiducia dei beni dei quali il proposto non può dimostrare la lecita provenienza, laddove il terzo familiare convivente sia sprovvisto di effettiva capacità economica¹²². Invece, con riferimento a tutte le altre persone fisiche o giuridiche, devono essere acquisiti specifici elementi di prova circa il carattere fittizio dell'intestazione.

Quanto poco sopra esposto, in particolare a proposito della necessità che la provenienza illecita dei beni sia il risultato di un processo dimostrativo, di un ragionamento che può fondarsi su presunzioni ed elementi indiziari che devono essere però gravi, precisi e concordanti – diversamente da quel che la giurisprudenza ha chiarito, nei termini già esposti (cfr. par. 9), per l'apprezzamento della pericolosità sociale quantomeno dei c.d. indiziati – induce a ritenere che lo *standard* probatorio su cui deve fondarsi una statuizione ablativa sia, sotto tale profilo, più rigoroso rispetto a quello che può giustificare l'applicazione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, potendosi perciò affermare che il procedimento di prevenzione – quanto alla decisione sulla proposta – sia regolato da uno *statuto probatorio variabile*.

Va, poi, rilevato che in giurisprudenza si è individuato un livello probatorio – anzi indiziario – diverso, inferiore rispetto a quello prescritto per la confisca, quale presupposto per ordinare un sequestro di prevenzione. Sul punto si è rimarcata la diversità dei termini utilizzati dal legislatore che:

- ha previsto il sequestro dei beni dei quali il proposto risulti poter disporre, direttamente o indirettamente (oltre che quando il loro valore risulti sproporzionato al reddito dichiarato o all'attività economica svolta), quando, “sulla base di sufficienti indizi, si ha motivo di ritenere” che essi siano di derivazione illecita o ne costituiscano il reimpiego (art. 20, comma 1, cit.);

- mentre per la confisca (sempre oltre al caso del valore sproporzionato rispetto al reddito o all'attività economica) ha richiesto che i beni “risultino essere frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego” (art. 24, comma 1, cit.).

E si è ritenuto che la “differenza terminologica sia semplicemente finalizzata a richiedere un maggiore substrato probatorio in caso di ablazione definitiva dei beni mediante confisca, situazione non richiesta per il sequestro di prevenzione che mantiene, invece, una funzione eminentemente cautelare”; e ciò senza “alcuna incidenza sulla ripartizione dell'onere della prova che continua a rimanere il medesimo che permea l'intero campo delle misure di prevenzione”^{123 124}.

¹²² Cass., I, 7 marzo 2014, n. 17743, Rienzi e altri, Rv. 259608.

¹²³ Cass., n. 31549/2019, cit.

¹²⁴ In dottrina e in talune pronunce si sostiene, alla stregua di un'opzione ermeneutica risalente al periodo anteriore all'emanazione del Codice antimafia (cfr. Cass., S.U., 13 dicembre 2000 – 7 febbraio 2001, n. 36, Madonia, Rv. 21766, secondo cui “fra sequestro e confisca intercorr[e] un rapporto di stretta connessione”, poiché “la lettera della legge” – in parte qua immutata: cfr. art. 24, comma 1, D. Lgs. 159/2011 – prevedendo “la «confisca dei beni sequestrati» dei quali non sia stata dimostrata la legittima provenienza, indica l'inscindibile collegamento tra cautela e provvedimento ablatorio”), che la perenzione del sequestro di prevenzione per decorso del termine massimo di efficacia previsto dalla legge determinerebbe l'improcedibilità della domanda ablativa, pur permanendo la possibilità di instaurare un nuovo

D'altra parte, anche nel procedimento penale lo *standard* indiziario per adottare un decreto di sequestro preventivo (il *fumus commissi delicti*), pur dovendosi sostanziare in concreti e persuasivi elementi di fatto, quantomeno indiziari, è inferiore non solo alla piena prova del reato (richiesta per la statuizione all'esito del giudizio) ma anche rispetto al livello indiziario (i gravi indizi di colpevolezza) prescritto per l'applicazione di una misura cautelare personale¹²⁵.

13. Le misure di prevenzione patrimoniali e le statuizioni del giudice penale: le preclusioni.

Si è già dato conto, in generale, del principio di autonomia come parametro che governa i rapporti tra il procedimento di prevenzione e il procedimento penale.

procedimento e, dunque, disporre una nuova cautela sugli stessi beni (tale interpretazione, di recente, è stata tratta dalle argomentazioni svolte da Cass., VI, 26 giugno 2019, n. 41735). Tuttavia, a mio avviso, è preferibile un'esegesi – fondata su un orientamento della Suprema Corte formatosi nella vigenza del Codice antimafia e seguito pure da più pronunce di merito (cfr., ad esempio, Trib. Palermo, Sez. I penale – Misure di prevenzione, decr. 19 novembre 2017, Rappa) – secondo la quale deve escludersi che dalla perenzione delle cautele consegua una preclusione rispetto all'emissione della confisca e ciò nello stesso procedimento in cui si è verificata la perdita di efficacia del sequestro. In quest'ottica, piuttosto, il sequestro di prevenzione dovrebbe essere assimilato alla misura cautelare nel processo penale e, dunque, nel caso di perenzione del termine massimo di durata previsto dal codice antimafia, nel procedimento in discorso non si potrà più disporre il sequestro ma si potrà disporre la confisca e l'eventuale distrazione dei beni nelle more troverà sanzione, per esempio, nel disposto dell'art. 512-*bis* c.p. Più in dettaglio, può giungersi a tale conclusione sulla base dell'opzione ermeneutica secondo cui, nella vigenza del D. Lgs. 159/2011, "il sequestro non costituisce né un presupposto applicativo né un momento procedimentale ineludibile rispetto alla confisca" (così Cass., I, 24 settembre 2015, n. 43796, Buccellato e altri, Rv. 264754), poiché "la lettura logico-sistematica degli artt. 24, 20 e 22 d. lgs. n. 159 del 2011 rende evidente che il sequestro è una misura cautelare eventuale, suscettibile di adozione al fine di anticipare in via provvisoria, per il tempo necessario alla conclusione del procedimento applicativo della misura ablatoria della confisca, l'apprensione di beni nella disponibilità di uno dei soggetti indicati dall'art. 16 per garantire, nell'interesse pubblico, la praticabilità e l'efficacia della misura di prevenzione reale. La sua adozione risponde, quindi, ove ne sussistano i presupposti, all'esigenza di impedire al proposto di occultare o disperdere i beni per sottrarli alla definitiva acquisizione al patrimonio dello Stato da parte dei pubblici poteri" (*ivi*). Tale esegesi – espressa pure in altri precedenti di legittimità (cfr. Cass., II, 24 maggio 2016, n. 26303, Wang, Rv. 267152; Id., I, 25 maggio 2016, n. 38028, Wu, Rv. 268104) – ha trovato l'avallo da parte delle Sezioni Unite (Cass., S.U., 23 febbraio 2017, Yang, n. 20215, Rv. 269590). Tanto che nei gradi di merito si provvede non più dichiarandone l'improcedibilità, bensì statuendo nel merito (di norma, disponendone il rigetto), sulla domanda ablativa avente ad oggetto i beni il cui sequestro non era stato disposto (perché non era stata accolta *in parte qua* la domanda cautelare del proponente) o era stato già revocato nel corso del procedimento (sulla base delle allegazioni e degli elementi addotti successivamente al provvedimento cautelare). Questa soluzione pare conforme al principio di ragionevole durata del processo (che la Suprema Corte ha richiamato pure nella sentenza n. 41735/2019, cit.) e ben lo contempera con gli altri principi rilevanti (indicati dalla Corte nella pronuncia), perché non impone – per la sola revoca del sequestro – la celebrazione di un *novum iudicium*. Potrebbe, tuttavia, essere utile un'espressa modifica dell'art. 24, comma 1, D. Lgs. 159/2011, che dia crisma normativo all'orientamento della Corte regolatrice da ultimo richiamato (per ulteriori considerazioni *de iure condendo*, si veda il par. conclusivo).

¹²⁵ Cass., V, 11 dicembre 2019 – 29 gennaio 2020, n. 3722, Gheri, Rv. 278152.

Purtuttavia, con più diretto riferimento all'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali può essere utile qualche altra considerazione, che inerisce pure al piano probatorio oggetto di esame in questa sede.

È noto, infatti, che il codice antimafia disciplina i rapporti tra il sequestro e la confisca di prevenzione, da una parte, e il sequestro e confisca disposti in seno a procedimenti penali, dall'altra (cfr. art. 30 D. Lgs. 159/2011).

Per limitarsi agli aspetti che qui rilevano, oltre a contemplare espressamente la possibilità di disporre il sequestro e la confisca di prevenzione anche in relazione a beni già sottoposti a sequestro in un procedimento penale (art. 30, comma 1, cit.) e la correlativa ipotesi che il sequestro disposto nel corso di un giudizio (*rectius*: procedimento) penale sopravvenga al sequestro o alla confisca di prevenzione (art. 30, comma 5, cit.), l'articolo in commento prevede che:

- se la confisca definitiva di prevenzione interviene prima della sentenza irrevocabile di condanna che dispone l'ablazione dei medesimi beni (oggetto di sequestro) in sede penale, il giudice penale, ove successivamente ne disponga la confisca, dichiara la stessa già eseguita in sede di prevenzione (comma 2);

- se, invece, la sentenza irrevocabile di condanna che dispone la confisca interviene prima della confisca definitiva di prevenzione, il giudice della prevenzione – ove abbia disposto il sequestro e sia ancora in corso il procedimento – dichiara con decreto che la stessa è stata già eseguita in sede penale (comma 3)¹²⁶.

In sostanza, la disposizione regola solo i casi in cui in entrambi i procedimenti si pervenga a statuizione ablativa.

Più problematico è il caso in cui il procedimento penale si concluda con il diniego della domanda di confisca.

Sul punto, occorre ricordare un'altra previsione – già sopra richiamata – ossia l'art. 28, comma 1, lett. b), D. Lgs. 159, cit., che annovera, tra i casi di revocazione della decisione definitiva sulla confisca di prevenzione, l'ipotesi in cui i fatti accertati con sentenze penali definitive, sopravvenute o conosciute in epoca successiva alla conclusione del procedimento di prevenzione, escludano in modo assoluto l'esistenza dei presupposti di applicazione della confisca. E occorre rimandare pure alla lettura che di essa ha dato la giurisprudenza, secondo la quale non deve di per sé escludersi che –

¹²⁶ Per facilità di consultazione, si riporta – nella parte di interesse – il testo oggi vigente dell'art. 30 cit., rubricato "rapporti con sequestro e confisca disposti in seno a procedimenti penali":

"1. Il sequestro e la confisca di prevenzione possono essere disposti anche in relazione a beni già sottoposti a sequestro in un procedimento penale. [...]"

2. Nel caso previsto dal comma 1, primo periodo, se la confisca definitiva di prevenzione interviene prima della sentenza irrevocabile di condanna che dispone la confisca dei medesimi beni in sede penale [...] Il giudice, ove successivamente disponga la confisca in sede penale, dichiara la stessa già eseguita in sede di prevenzione.

3. Se la sentenza irrevocabile di condanna che dispone la confisca interviene prima della confisca definitiva di prevenzione, il tribunale, ove abbia disposto il sequestro e sia ancora in corso il procedimento di prevenzione, dichiara, con decreto, che la stessa è stata già eseguita in sede penale.

4.[...]

5. Le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 si applicano anche nel caso in cui il sequestro disposto nel corso di un giudizio penale sopravvenga al sequestro o alla confisca di prevenzione".

in presenza di un giudicato penale favorevole – il giudice della prevenzione possa comunque accogliere la proposta (v. *retro*, par. 9)¹²⁷.

Ma soprattutto, deve sottolinearsi che l'art. 28, comma 1, lett. b), cit., disciplina il caso in cui, dopo una statuizione definitiva di confisca, sopravvengano (o vengano conosciute) sentenze penali, anch'esse definitive, il cui *dictum* impedisce di affermare l'esistenza dei presupposti dell'ablazione; e che, ciononostante e ovviamente, di regola dovrà tenersi conto del giudicato penale anche in costanza di procedimento di prevenzione¹²⁸.

In ogni caso, neppure tale ultima norma regola i rapporti tra l'applicazione del sequestro e della confisca di prevenzione patrimoniale e le decisioni sulle misure reali rese dal giudice penale, prima che in tale ultimo ambito intervenga una sentenza con autorità di giudicato.

Al riguardo, negli ultimi anni si registra nella giurisprudenza di legittimità un orientamento che, argomentando sulla base della categoria processuale della preclusione, ha almeno in parte superato "la tradizionale opinione che pretendeva pienamente autonomi e reciprocamente indifferenti il procedimento cautelare e quello preventivo": in breve, "qualora una questione sia stata già decisa, per esigenze di certezza del diritto e di efficienza processuale, la stessa non può formare oggetto di rinnovata delibazione in diverso procedimento, salva l'ipotesi di deduzione di nuovi elementi non previamente considerati"¹²⁹; e ciò anche nel caso di una precedente decisione cautelare penale non determinata da ragioni di mero rito (segnatamente, un provvedimento in materia di sequestro preventivo finalizzato alla confisca), la quale:

- se ha ritenuto la legittima provenienza dei medesimi cespiti oggetto di procedimento di prevenzione;
- se è fondata sulle medesime informazioni probatorie ("gli stessi specifici elementi fattuali") o sugli stessi profili di diritto del procedimento di prevenzione;
- se, dunque, ha deciso l'identica questione di diritto o di fatto nei riguardi della stessa parte;
- e se è definitiva;

preclude l'applicazione della confisca di prevenzione (e, quindi, anche del sequestro ad essa funzionale), sia pure con effetti più limitati rispetto alla sentenza

¹²⁷ D'altra parte, anche Corte cost. n. 24/2019, cit. (che sul punto ha richiamato Cass., n. 43826/2018, cit.) ha ammesso, annoverandola tuttavia tra le "ipotesi eccezionali", la possibilità di fondare una misura di prevenzione su un fatto in relazione al quale è stata emessa dal giudice penale una sentenza di proscioglimento nel merito.

¹²⁸ Sul punto deve essere richiamata Cass., I, 3 giugno 2015, n. 36301, Di Somma, Rv. 264568, secondo cui "l'intervenuta esclusione con ampia formula [...] della condotta di fittizia intestazione" oggi incriminata dall'art. 512-bis c.p., "per l'insussistenza degli elementi costitutivi del delitto" accertata "in sede di giudizio di cognizione definito con sentenza irrevocabile comprende, invero, il medesimo fatto materiale posto a fondamento anche della misura di prevenzione patrimoniale e, avendo carattere logicamente preliminare ed assorbente, preclude, con riferimento alla clausola processuale di presunzione, qualsiasi ulteriore onere di allegazione probatoria della parte".

¹²⁹ Cass., I, n. 27147/2016, cit., che comunque ribadisce "la non riferibilità alle misure di prevenzione, stante la natura della decisione che le applica, della nozione di giudicato in senso proprio".

passata in giudicato perché circoscritta alle sole questioni dedotte senza estendersi a quelle deducibili¹³⁰.

Può essere, allora, utile esplicitare in cosa debba consistere il *novum* che impedisce l'operare delle preclusioni. È agevole comprendere come esso sia stato individuato nelle nuove informazioni probatorie da cui si traggono elementi tali da mutare il quadro che ha formato oggetto di valutazione nella precedente pronuncia, ossia nuovi elementi di fatto idonei a superare l'accertamento effettuato in passato sulla lecita provenienza dei beni in discorso, non potendo invece valere *ex se* il sopravvenire di una sentenza di condanna per il delitto per il quale è stato instaurato il procedimento penale¹³¹. Tra tali nuovi elementi di fatto, in materia di prevenzione patrimoniale, spesso hanno rilevanza più specifiche indagini patrimoniali e, una volta instaurato il contraddittorio, l'esito dell'accertamento peritale disposto dal tribunale.

14. Conclusioni e prospettive *de iure condendo*.

Provando a tirare le somme, anche ritenendo corretta l'interpretazione più rigorosa in ordine ai presupposti della confisca, in effetti preferibile, il procedimento di prevenzione è comunque regolato da un regime probatorio generalmente *più blando* rispetto al procedimento penale. E ciò:

- sia sotto il profilo del materiale sul quale il giudice può legittimamente fondare il proprio convincimento (poiché – nei termini esposti e fermi i casi di inutilizzabilità patologica e nullità insanabili – non occorre che la prova si sia formata nel contraddittorio);

- sia in ordine allo *standard* probatorio richiesto per la valutazione della pericolosità, in particolare con riguardo alle categorie di soggetti definiti "indiziati" dalla normativa vigente.

Ciò posto, provvedendo nell'alveo della cornice costituzionale e convenzionale tratteggiata dalle pronunce delle Alte Corti già richiamate, il Legislatore potrebbe valutare taluni interventi normativi, la cui opportunità – si rimarca – si ravvisa segnatamente per i procedimenti aventi ad oggetto l'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali.

1. In particolare, potrebbe essere utile intervenire sulla qualificazione dei dichiaranti – come detto, non più definiti testimoni dal codice antimafia (cfr. *retro*, par. 6) – in maniera corrispondente alle previsioni del codice di procedura penale. Infatti, pur mantenendo ferma la piena utilizzabilità delle dichiarazioni rese in precedenza (anche in altri procedimenti), la piena esplicazione del principio del contraddittorio potrà giovare di una espressa qualificazione di questi soggetti (e dell'operatività delle norme dettate per il procedimento penale non solo in punto di *cross examination*, ma anche a

¹³⁰ Cass., I, n. 27147/2016, cit., e *Id.*, I, 11 febbraio 2013, n. 20476, Capriotti ed altri, Rv. 255383, alle quali si rinvia per ulteriori rimandi.

¹³¹ Cass., I, 14 ottobre 2009, n. 41942, Caridi, relativa a un'ipotesi di condanna per il delitto di cui all'art. 416-bis c.p.

proposito delle contestazioni fondamentali per apprezzarne la credibilità e l'attendibilità), coniugando garanzie (ossia l'impiego del contraddittorio nella formazione della prova e non solo sulla prova) ed effettività (su cui può confidarsi maggiormente se non vi è dubbio che il dichiarante potrà essere chiamato a rispondere, secondo la disciplina del codice penale, del contenuto delle proprie provalazioni o del rifiuto di deporre).

Ancora, sotto tale profilo potrebbe ipotizzarsi pure il deposito di una lista dei testimoni (e dei consulenti di parte) entro un termine anteriore alla prima udienza con le relative decadenze, come previsto nel procedimento penale. Invero, il procedimento di prevenzione patrimoniale ha un *tempus* di celebrazione in sostanza dettato dal termine di efficacia del sequestro e l'assenza assoluta di qualsivoglia forma di preclusione legittimamente consente alle parti di addurre elementi di prova fintantoché il procedimento non sia trattenuto per la decisione. Ciò può determinare non poche difficoltà operative per il giudice di merito, che dovrà tenere conto di tutti gli elementi addotti fino a tale momento, talvolta non avendo neppure il tempo di svolgere gli approfondimenti che si possono rendere necessari sulla base di essi (ovviamente sia a favore che *contra* il proposto e gli intervenienti), si ribadisce anche se addotti *in limine* della perenzione della cautela. Tale opzione normativa potrebbe essere adeguatamente compensata con la previsione di una maggiore durata del termine a comparire previsto per le parti dopo la fissazione dell'udienza; sul punto si segnala che, nella prassi, talora si fissa la prima udienza in una data il più possibile vicina all'emissione del decreto (salvo il caso in cui il numero elevato dei soggetti da citare o la necessità di eseguire la notificazione all'estero possa determinare difficoltà nella rituale citazione di tutti) ma spesso si concede alle parti un differimento quando esse lo chiedano per poter apprestare una difesa il più possibile effettiva, talora non agevole nel rispetto del solo termine di dieci giorni posto dall'art. 7, comma 2, D. Lgs. 159/2011.

2. Considerazioni del medesimo tenore possono svolgersi con riguardo alla perizia.

Non occorre dilungarsi per osservare come in proposito si debba temperare l'esigenza di comprimere per il minor tempo necessario la libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.) e la proprietà (art. 42 Cost.) per il tramite di un sequestro di prevenzione con la necessità di svolgere un compiuto accertamento sulla ricorrenza dei presupposti di applicazione della confisca. Tale necessità, peraltro, spesso non collima affatto con le esigenze difensive del proposto e degli intervenienti, poiché non è infrequente la richiesta da parte di costoro di un differimento della decisione del procedimento perché impegnati nell'attività di ricostruzione patrimoniale e, soprattutto, nella raccolta degli elementi a tal fine necessari, non sempre di facile reperimento perché relativi a fatti o atti risalenti. In tali ipotesi, soprattutto in presenza di patrimoni ingenti formati nell'arco di molti anni, se non di decenni, e di imprese operanti da lunghissimo tempo sul mercato, possono rivelarsi insufficienti novanta giorni per l'espletamento della perizia, indicati dall'art. 24, comma 2, D. Lgs. 159/2011 (nel testo oggi vigente) come durata massima della sospensione del termine di efficacia del sequestro in tale ipotesi. Tanto più che nulla impedisce alle parti, pur dopo gli accertamenti peritali e il decorso del periodo di sospensione del termine durante le operazioni degli ausiliari, di offrire

ulteriori elementi che impongono un approfondimento o un'integrazione dell'attività del perito.

Deve sottolinearsi nuovamente che il tema non è di secondaria importanza allorché la proposta ablativa ha ad oggetto patrimoni ingenti.

Ebbene, in questi casi, se non si intende prevedere preclusioni (segnatamente, alla produzione di atti e documenti) che inciderebbero sul diritto alla prova delle parti, potrebbe riponderarsi l'opzione legislativa che – come detto – ha limitato a novanta giorni la durata massima della sospensione del procedimento nel caso in cui occorra una perizia, non necessariamente ritornando al precedente assetto normativo sul punto (ossia alla sospensione *sine die*), bensì prevedendo almeno nei casi più complessi una sospensione per un periodo più lungo (ad esempio, sei mesi) oppure consentendo al Tribunale di prorogare il termine di novanta giorni proprio alla luce della specifica complessità o difficoltà degli accertamenti peritali¹³².

Rimedi di tale tipo non sono estranei al sistema penale, dove peraltro non è prevista la perenzione delle misure cautelari reali, ma la sospensione opera con riguardo al termine di durata delle misure cautelari personali, che pure incidono su un bene non certo di minore rilevanza costituzionale (art. 13 Cost.) rispetto ai diritti economici incisi dal sequestro di prevenzione e la cui durata massima – quantomeno per i più gravi delitti – è superiore alla durata massima dell'efficacia del sequestro di prevenzione (cfr. artt. 303 e 304 c.p.p. e, spec., art. 304, comma 2, cit.).

Di tal guisa, peraltro, può ipotizzarsi che si limiterebbero anche le ipotesi in cui si renda necessario il rimedio straordinario della revocazione della confisca, previsto – per quel che qui rileva – “in caso di scoperta di prove nuove decisive, sopravvenute alla conclusione del procedimento” (art. 28, comma 1, lett. a), D. Lgs. 159/2011).

¹³² Per completezza si ricorda che l'art. 24, comma 2, cit., “nel caso di indagini complesse o compendi patrimoniali rilevanti”, consente al tribunale di prorogare di sei mesi il termine di efficacia del sequestro (fissato in un anno e sei mesi dalla data di immissione in possesso dei beni da parte dell'amministratore giudiziario); e che analoga disciplina è posta per il grado di appello ai sensi dell'art. 27, comma 6, D. Lgs. 159/2011. Per le rimanenti ipotesi di sospensione, si rimanda all'art. 24, comma 2, cit.

**DOPO ARANYOSI E CĂLDĂRARU:
LA PRASSI DELLA CORTE DI CASSAZIONE ITALIANA
IN MATERIA DI DIRITTI FONDAMENTALI E MAE ^(*)**

di Alessandro Rosanò

Dopo una panoramica relativa alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia di tutela dei diritti fondamentali nel contesto della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, lo scritto si concentra sulle pronunce con le quali la Corte di Cassazione italiana si è conformata alla sentenza Aranyosi e Căldăraru della Corte di Lussemburgo e ha richiamato talune Corti d'Appello ad applicare il test elaborato in quella decisione. Si dà conto di due tendenze che paiono emergere dall'orientamento della Cassazione e che attengono, l'una, ai materiali giuridici utilizzati al fine dello svolgimento del test e, l'altra, alla ripartizione dell'onere di allegazione, evidenziando come questa seconda sia suscettibile di critiche.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di diritti fondamentali e MAE. – 3. L'applicazione della giurisprudenza *Aranyosi e Căldăraru* da parte della Corte di Cassazione italiana. – 4. Alcuni spunti relativi alla giurisprudenza della Corte di Cassazione. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione.

Come affermato da tempo dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, i giudici nazionali sono anche giudici del diritto dell'Unione e dunque spetta ad essi provvedere all'applicazione a livello interno del diritto sovranazionale, assicurandone l'effettività¹. Ciò vale parimenti con riferimento agli strumenti di cooperazione giudiziaria in materia

^(*) L'Autore desidera ringraziare il Professor Stefano Montaldo e il *referee* anonimo per i consigli e i suggerimenti ricevuti. Rimane dell'Autore stesso ogni responsabilità per eventuali errori e/o omissioni.

¹ Si fa qui riferimento evidentemente alla sentenza 9 marzo 1978, causa 106/77, *Amministrazione delle finanze dello Stato / Simmenthal*, ECLI:EU:C:1978:49. In tempi più recenti, interpretando l'art. 19 del Trattato sull'Unione europea relativo alla tutela giurisdizionale effettiva nell'ordinamento dell'Unione, la Corte ha avuto modo di affermare che i giudici nazionali "adempiamo, in collaborazione con la Corte, una funzione loro attribuita congiuntamente al fine di garantire il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati" (*ex multis*, sentenza 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, ECLI:EU:C:2018:117, punto 33). Sul tema, D. LECZYKIEWICZ, *Effectiveness of EU Law before National Courts: Direct Effect, Effective Judicial Protection, and State Liability*, in A. Arnulf – D. Chalmers, *The Oxford Handbook of European Union Law*, Oxford, OUP, 2015.

penale², quindi anche per quel che attiene al mandato d'arresto europeo (MAE)³. Il successo di questo meccanismo è confermato dalle statistiche che lo riguardano: nel 2005 (anno in cui è entrato in vigore) furono emessi 6.894 MAE e ne furono eseguiti 836. Nel 2010 i numeri erano aumentati considerevolmente: 13.891 MAE emessi, 4.293 MAE eseguiti. Nel 2017 si sono registrati 17.491 MAE emessi e 6.317 MAE eseguiti⁴. Nel 2018, infine, i MAE emessi sono stati 17.471 e quelli eseguiti 6.976⁵.

La questione che intende porsi con il presente scritto riguarda gli effetti della sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea nelle cause riunite *Aranyosi e Căldăraru* nell'ordinamento giuridico italiano e, più precisamente, nella giurisprudenza della Corte di Cassazione italiana. Con tale sentenza – come si avrà modo di ricordare più diffusamente *infra* – la Corte di giustizia ha elaborato un test funzionale a stabilire se eseguire o meno un MAE in ragione di possibili violazioni del divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti cui sarebbe sottoposto il soggetto consegnando nel caso in cui venisse trasferito nello Stato membro di emissione del mandato.

Appare interessante allora verificare se e come si stia applicando il test *Aranyosi e Căldăraru* a livello statale. Sul tema, si sono già registrate delle prime analisi relative a singole decisioni di Corti nazionali⁶, concernenti anche la variante del test elaborata dalla Corte di giustizia nella causa *LM* con riferimento al diritto a un processo equo⁷. Come

² Al riguardo, M. JIMENO-BULNES, *European Judicial Cooperation in Criminal Matters*, in *European Law Journal*, 2003, p. 614 ss.; C.M. PAOLUCCI, *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale*, Torino, UTET, 2011; T. Rafaraci (a cura di), *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, Giuffrè editore, 2011; S. MONTALDO, *I limiti della cooperazione in materia penale nell'Unione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015; A. Marandola (a cura di), *Cooperazione giudiziaria europea*, Milano, Giuffrè editore, 2018.

³ Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio del 13 giugno 2002 relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, in GU L 190, 13 luglio 2002, 1 ss. Per un'introduzione al MAE, si rinvia, senza pretese di completezza, a L. SALAZAR, *Il mandato di arresto europeo: un primo passo verso il mutuo riconoscimento delle sentenze penali*, in *Diritto penale e processo*, 2002, p. 1041 ss.; M. Bargis – E. Selvaggi (a cura di), *Mandato d'arresto europeo. Dall'estradizione alle procedure di consegna*, Torino, G. Giappichelli editore, 2005; R. Blekxtoon – W. van Ballegooij (eds), *Handbook on the European Arrest Warrant*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2005; A. DAMATO, *Il mandato d'arresto europeo e la sua attuazione nel diritto italiano (I)*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2005, p. 21 ss.; ID., *Il mandato d'arresto europeo e la sua attuazione nel diritto italiano (II)*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2005, p. 203 ss.; N. Keijzer – E. van Sliedregt (eds), *The European Arrest Warrant in Practice*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2009; L. KLIMEK, *European Arrest Warrant*, Berlin, Springer, 2015.

⁴ I dati sono disponibili sul [Portale europeo della giustizia elettronica](#) (accesso effettuato il 20 settembre 2020).

⁵ Così Commissione europea, *Commission staff working document: Replies to questionnaire on quantitative information on the practical operation of the European arrest warrant – Year 2018*, SWD(2020) 127 final, 2 luglio 2020, 29. I dati relativi al 2019 non sono ancora disponibili.

⁶ Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, G. ASTA, *La sentenza della Corte di Lussemburgo sul caso Aranyosi e Căldăraru: una (difficile) coesistenza tra tutela dei diritti fondamentali e mandato di arresto europeo*, in Osservatorio AIC, 19 luglio 2016. Per quanto riguarda l'ordinamento tedesco, S. RÖß, *The Conflict Between European Law and National Constitutional Law Using the Example of the European Arrest Warrant*, in *European Public Law*, 2019, 25 ss.

⁷ Con riferimento a due pronunce rese da parte della *High Court* di Inghilterra e Galles e della *High Court* d'Irlanda, M.A. SIMONELLI, "... And Justice for All?" *The right to an independent tribunal after the ruling of the Court of Justice in LM*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2019, 329 ss.

confermato da una recentissima pubblicazione relativa all'ordinamento olandese⁸, i tempi paiono ora maturi per svolgere un discorso più ampio, che prenda in considerazione la prassi sviluppata da parte degli organi giurisdizionali di diritto interno.

Pertanto, il presente contributo intende concentrarsi sull'orientamento emerso nella giurisprudenza della Corte di Cassazione italiana⁹. L'analisi viene condotta fornendo in primo luogo una ricostruzione dell'evoluzione registratasi nella giurisprudenza della Corte di giustizia quanto alla tutela dei diritti fondamentali nell'ambito della decisione quadro sul MAE (paragrafo 2) e una panoramica delle sentenze rese dalla Suprema Corte (paragrafo 3). Si procede poi a identificare alcuni spunti ed elementi di criticità per quel che attiene ai documenti considerati dalla Cassazione ai fini del test e alla ripartizione dell'onere di allegazione (paragrafo 4). Nelle conclusioni (paragrafo 5) si conferma il ruolo che le Corti nazionali assolvono al fine di non lasciare il diritto dell'Unione europea e, soprattutto, le sentenze della Corte di giustizia lettera morta.

2. La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di diritti fondamentali e MAE.

Per diversi anni la Corte di giustizia dell'Unione ha fornito un'interpretazione aprioristica del principio di fiducia reciproca¹⁰ quale fondamento del principio del reciproco riconoscimento¹¹, della cooperazione giudiziaria in materia penale e, tra i vari

⁸ A. MARTUFI – D. GIGENGACK, *Exploring mutual trust through the lens of an executing judicial authority: The practice of the Court of Amsterdam in EAW proceedings*, in *New Journal of European Criminal Law*, 6 agosto 2020.

⁹ Si ricorda che, secondo quanto previsto dalla legge 22 aprile 2005, n. 69 recante disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, la decisione circa la consegna di un soggetto all'estero è assunta da parte della Corte d'Appello competente per territorio (art. 5). Avverso tale pronuncia è ammesso ricorso per cassazione, anche per il merito, da proporsi entro dieci giorni dalla conoscenza legale del provvedimento. La Corte di Cassazione decide entro quindici giorni dalla ricezione degli atti con sentenza depositata a conclusione dell'udienza con contestuale motivazione o, nel caso di impossibilità, con deposito della motivazione entro cinque giorni dalla pronuncia. Se la Cassazione annulla con rinvio, gli atti vengono trasmessi al giudice competente, che decide entro venti giorni dalla ricezione (art. 22).

¹⁰ Sul principio di fiducia reciproca, senza pretese di completezza, G. STESENS, *The Principle of Mutual Confidence between Judicial Authorities in the Area of Freedom, Justice and Security*, in G. De Kerchove – A. Weyembergh (eds.), *L'espace pénal européen: enjeux et perspectives*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2002, 93 ss.; D. FLORE, *Réflexions sur l'idée de la "confiance mutuelle"*, in G. De Kerchove – A. Weyembergh (eds.), *Sécurité et justice: enjeu de la politique extérieure de l'Union européenne*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2003, 133 ss.; B. NASCIBENE, *Le traité de Lisbonne et l'espace judiciaire européen: le principe de confiance réciproque et reconnaissance mutuelle*, in *Revue des Affaires Européennes*, 2011, 787 ss.; T. WISCHMEYER, *Generating Trust Through Law? Judicial Cooperation in the European Union and the "Principle of Mutual Trust"*, in *German Law Journal*, 2016, 339 ss.; E. REGAN, *The role of the principles of mutual trust and mutual recognition in EU law*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2018, 231 ss.; C. RIZCALLAH, *The challenges to trust-based governance in the European Union: Assessing the use of mutual trust as a driver of EU integration*, in *European Law Journal*, 2019, 37 ss.

¹¹ Sul principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie, anche qui senza pretese di completezza, C. AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali nell'Unione Europea*,

strumenti adottati nell'ambito di quest'ultima, della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo (MAE).

Nella fiducia reciproca, infatti, è stato individuato un dato definitivamente acquisito per quanto riguardava la protezione dei diritti fondamentali negli ordinamenti degli Stati membri. Propriamente, non sussistendo uno specifico motivo di non riconoscimento ed esecuzione dei MAE relativo alla tutela dei diritti, non sono state ammesse eccezioni alla regola secondo la quale un MAE deve essere sempre eseguito, a meno che non sussista una delle ragioni tipizzate nella decisione quadro per non provvedervi¹². Le risposte alle sollecitazioni pur formulate da parte delle Corti nazionali attraverso il rinvio pregiudiziale sono state basate su di una sorta di presunzione quanto alla sussistenza di un livello adeguato di tutela dei diritti in parola in tutti gli Stati membri¹³. E questo nonostante numerose voci discordi in dottrina evidenziassero le difficoltà connesse al rispetto dei diritti fondamentali in diversi Stati aderenti all'Unione¹⁴.

Milano, Giuffrè editore, 2006; A. SUOMINEN, *The Principle of Mutual Recognition in Cooperation in Criminal Matters*, Cambridge, Intersentia, 2011; N. PARISI, *Tecniche di costruzione di uno spazio penale europeo. In tema di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie e di armonizzazione delle garanzie procedurali*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2012, p. 33 ss.; C. JANSSENS, *The Principle of Mutual Recognition in EU Law*, Oxford, OUP, 2013; K. LENAERTS, *The Principle of Mutual Recognition in the Area of Freedom, Security and Justice*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2015, p. 525 ss.; W. VAN BALLEGOOIJ, *The Nature of Mutual Recognition in European Law*, Cambridge, Intersentia, 2015 e L. KLIMEK, *Mutual Recognition of Judicial Decisions in European Criminal Law*, Berlin, Springer, 2017.

¹² Sentenza 1° dicembre 2008, causa C-388/08 PPU, *Leymann e Pustovarov* ECLI:EU:C:2008:669, punto 51 e sentenza 6 ottobre 2009, causa C-123/08, *Dominic Wolzenburg*, ECLI:EU:C:2009:616, punto 57. Al riguardo, C. JANSSENS, *Case C-123/08, Dominic Wolzenburg, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 6 October 2009*, in *Common Market Law Review*, 2010, 831 ss.

¹³ In questo senso, è emblematico quanto affermato da parte della Corte di giustizia in *Radu* ove è stato riconosciuto che le autorità giudiziarie di esecuzione non possono rifiutare l'esecuzione di un MAE per il fatto che la persona ricercata non è stata sentita nello Stato membro emittente prima dell'emissione del mandato (sentenza 29 gennaio 2013, causa C-396/11, *Radu*, ECLI:EU:C:2013:39). Per un commento, si rinvia a A. TINSLEY, *The Reference in Case C-396/11 Radu: When does the Protection of Fundamental Rights Require Non-execution of a European Arrest Warrant?*, in *European Criminal Law Review*, 2012, 338 ss.; C. AMALFITANO, [Mandato d'arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali? Note a margine delle sentenze Radu e Melloni della Corte di giustizia](#), in *Diritto Penale Contemporaneo*, 4 luglio 2013.

¹⁴ Si vedano per esempio G.L. TOSATO, *Some Remarks on the Limits to Mutual Recognition of Judicial Decisions in Civil and Criminal Matters within the European Union*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2002, 869 ss.; M. LUGATO, *La tutela dei diritti fondamentali rispetto al mandato d'arresto europeo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2003, 27 ss.; S. PEERS, *Mutual recognition and criminal law in the European Union: has the Council got it wrong?*, in *Common Market Law Review*, 2004, 5 ss.; H. NILSSON, *Mutual Trust or Mutual Mistrust?*, in G. De Kerchove – A. Weyembergh (eds), *La Confiance Mutuelle dans l'Espace Pénal Européen*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2005, 29 ss.; V. MITSILEGAS, *The Constitutional Implications of Mutual Recognition in Criminal Matters in the EU*, in *Common Market Law Review*, 2006, 1277 ss. e ID., *The Limits of Mutual Trust in Europe's Area of Freedom, Security and Justice: From Automatic Inter-State Cooperation to the Slow Emergence of the Individual*, in *Yearbook of European Law*, 2012, 319 ss.

Solo nel 2016, con la sentenza *Aranyosi e Căldăraru*¹⁵, la Corte è arrivata a cambiare la propria impostazione in materia a causa delle condizioni di detenzione estremamente carenti in alcuni Stati membri¹⁶.

Riprendendo quanto affermato nel parere 2/13 sull'adesione dell'Unione alla CEDU¹⁷, la Corte ha ribadito che la fiducia reciproca implica per ciascuno Stato membro di ritenere che gli altri Stati membri siano in grado di garantire una tutela equivalente ed effettiva dei diritti fondamentali riconosciuti a livello sovranazionale, in particolare nella Carta dei diritti fondamentali, a meno che non si verificano circostanze eccezionali che mettano in discussione tale assunto. In ragione di ciò, come detto sopra, l'autorità giudiziaria di esecuzione è tenuta a eseguire un MAE e può rifiutarsi di provvedervi soltanto ove si verifichi uno dei motivi di rifiuto tipizzati nella decisione quadro¹⁸.

Partendo dal ragionamento già svolto nella pronuncia N.S. sul sistema d'asilo¹⁹ ed elaborando ulteriormente quanto al caso in cui si verificano circostanze eccezionali, la Corte di giustizia ha riconosciuto che il divieto di tortura e di trattamenti inumani o

¹⁵ Sentenza 5 aprile 2016, cause riunite C-404/15 e C-659/15, *Aranyosi e Căldăraru*, ECLI:EU:C:2016:198. Per un commento, G. ANAGNOSTARAS, *Mutual confidence is not blind trust! Fundamental rights protection and the execution of the European arrest warrant: Aranyosi and Căldăraru*, in *Common Market Law Review*, 2016, 1675 ss.; S. GÁSPÁR-SZILÁGYI, *Joined Cases Aranyosi and Căldăraru: Converging Human Rights Standards, Mutual Trust and a New Ground for Postponing a European Arrest Warrant*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2016, 197 ss.; N. LAZZERINI, *Gli obblighi in materia di protezione dei diritti fondamentali come limite all'esecuzione del mandato di arresto europeo: la sentenza Aranyosi e Căldăraru*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, 445 ss.; M. BARGIS, [Mandato di arresto europeo e diritti fondamentali: recenti itinerari "virtuosi" della Corte di giustizia tra compromessi e nodi irrisolti](#), in *Diritto penale contemporaneo*, 26 aprile 2017.

¹⁶ Per un'introduzione a questo tema, D. VAN ZYL SMIT, S. SNACKEN, *Principles of European Prison Law and Policy: Penology and Human Rights*, Oxford, OUP, 2009; V. ECHAUDT, *Member State Differences in Prison Disciplinary Regimes and Implications for European Union Cooperation*, in P. Ponsaers et al. (eds), *Crime, Violence, Justice and Social Order: Monitoring Contemporary Security Issues*, Antwerp, Maklu, 2013, p. 255 ss.; M.L. AVERSANO, *Il sovraffollamento carcerario (art. 3 CEDU)*, in A. Di Stasi (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Padova, CEDAM, 2016, 205 ss.; T.P. MARGUERY, *Towards the end of mutual trust? Prison conditions in the context of the European Arrest Warrant and the transfer of prisoners framework decisions*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2019, 704 ss.

¹⁷ Parere del 18 aprile 2014, Avis 2/13, *Adhésion de l'Union à la CEDH*, punto 191. Per un commento, B. DE WITTE – Š. IMAMOVIĆ, *Opinion 2/13 on Accession to the ECHR: Defending the EU Legal Order against a Foreign Human Rights Court*, in *European Law Review*, 2015, 683 ss.; V. DI COMITE, *Autonomia o controllo esterno? Il dilemma dell'adesione dell'UE alla CEDU alla luce del parere 2/13*, in *La Comunità internazionale*, 2015, 223 ss.; E. NANOPOULOS, *Killing Two Birds with one Stone? The Court of Justice's Opinion on the EU's Accession to the ECHR*, in *Cambridge Law Journal*, 2015, 185 ss.; E. SPAVENTA, *A Very Fearful Court? The Protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2015, 35 ss.; S. VEZZANI, *L'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione Europea. Riflessioni all'indomani del parere 2/13 della Corte di giustizia*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2016, 68 ss.

¹⁸ *Aranyosi e Căldăraru*, punti 77-78.

¹⁹ Sentenza 21 dicembre 2011, cause riunite C-411/10 e C-493/10, *N.S. e a*, ECLI:EU:C:2011:865. Per un commento, G. MORGESE, *Regolamento Dublino II e applicazione del principio di mutua fiducia tra Stati membri: la pronuncia della Corte di giustizia nel caso N.S. e altri*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2012, 147 ss. Per quanto riguarda gli sviluppi giurisprudenziali successivi, si vedano sentenza 16 febbraio 2017, causa C-578/16 PPU, *C.K. e a.*, ECLI:EU:C:2017:127; sentenza 19 marzo 2019, causa C-163/17, *Jawo*, ECLI:EU:C:2019:218 e sentenza 19 marzo 2019, cause riunite C-297/17, C-318/17, C-319/17 e C-438/17, *Ibrahim*, ECLI:EU:C:2019:219.

degradanti è affermato nella Carta dei diritti fondamentali (art. 4) e che esso integra una figura di diritto avente carattere assoluto, ossia con riferimento alla quale non sono previste eccezioni o deroghe a causa del peculiare legame di questa con il valore della dignità umana²⁰.

Pertanto, se l'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione ha a propria disposizione elementi relativi a un rischio concreto di trattamento inumano o degradante nello Stato emittente, essa sarà tenuta a svolgere una valutazione fondandola su fattori oggettivi, attendibili, precisi e opportunamente aggiornati (come, per esempio, sentenze della Corte di Strasburgo, decisioni delle autorità giudiziarie dello Stato di emissione, documenti predisposti da organi del Consiglio d'Europa o delle Nazioni Unite), comprovanti la presenza di carenze sistemiche o generalizzate che colpiscano determinati gruppi di individui o determinati centri di detenzione²¹.

Se ritiene provato il rischio in questione, l'autorità giudiziaria di esecuzione è tenuta a verificare "in modo concreto e preciso, se sussistono motivi gravi e comprovati di ritenere che l'interessato corra tale rischio a causa delle condizioni di detenzione previste nei suoi confronti nello Stato membro emittente"²². A tal fine, bisognerà domandare informazioni all'autorità giudiziaria emittente ai sensi dell'art. 15, paragrafo 2 della decisione quadro, fissando eventualmente un termine affinché detta autorità provveda²³.

A partire da queste informazioni, l'autorità giudiziaria di esecuzione potrà eseguire il MAE o rinviarne l'esecuzione, comunque procedendo a informare Eurojust ex art. 17, paragrafo 7 della decisione quadro e a mantenere il destinatario del MAE in stato di detenzione per una durata non eccessiva²⁴.

Se le informazioni ottenute conducono a escludere la sussistenza del rischio concreto, il MAE dovrà essere eseguito. Altrimenti, l'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione potrà decidere di porre fine alla procedura di consegna²⁵.

Nella successiva causa *Generalstaatsanwaltschaft (Conditions de détention en Hongrie)* (detta anche *ML*), la Corte ha chiarito che l'introduzione nell'ordinamento giuridico dello Stato membro di emissione di un mezzo di ricorso funzionale a permettere ai reclusi di contestare la legittimità delle condizioni di detenzione non è sufficiente a escludere che il destinatario del MAE, una volta consegnato, subisca trattamenti inumani o degradanti. Dunque, l'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione deve provvedere a un esame in concreto delle condizioni di detenzione a cui sarà sottoposto²⁶.

²⁰ *Aranyosi e Căldăraru*, punti 80, 84-85.

²¹ *Ibidem*, punto 89.

²² *Ibidem*, punto 92.

²³ *Ibidem*, punto 95.

²⁴ *Ibidem*, punti 98-100.

²⁵ *Ibidem*, punto 104.

²⁶ Sentenza 25 luglio 2018, causa C-220/18, *Generalstaatsanwaltschaft (Conditions de détention en Hongrie)*, ECLI:EU:C:2018:589, punti 74-75. Per un commento, A. ROSANÒ, "Du côté de chez Aranyosi", ovvero ancora su come la Corte di giustizia ha chiarito alcuni aspetti applicativi del test *Aranyosi e Căldăraru*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2019, 427 ss.

Questo non significa che la richiesta di informazioni e la valutazione successiva debbano riguardare qualunque istituto di pena dello Stato membro di emissione, dato che in tal caso verrebbero compromesse le ragioni di efficienza che sottostanno all'introduzione del MAE²⁷, ma solo le strutture in cui sia concretamente previsto che il destinatario del MAE sia detenuto, anche temporaneamente o transitoriamente²⁸.

In *Dorobantu*, la Corte ha sottolineato che l'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione deve realizzare una valutazione complessiva delle condizioni materiali di detenzione²⁹. Al riguardo, la Corte di giustizia ha fatto riferimento a quanto sostenuto da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU) nella sentenza *Mursić c. Croazia*, ossia che se un detenuto dispone di uno spazio calpestabile inferiore ai tre metri quadri sussiste una forte presunzione di violazione del divieto di trattamenti inumani o degradanti. Tale presunzione può essere vinta dal governo dello Stato convenuto se viene dimostrata almeno una tra tre circostanze, ossia che la limitazione dello spazio personale è stata breve, occasionale e minore, che è riconosciuta un'idonea libertà di movimento fuori dalla cella, la quale si espliciti in attività adeguate, o che il carcere preso in considerazione presenti condizioni generalmente dignitose e non si registrino fattori che aggravino la detenzione³⁰.

Nell'ottica della Corte di giustizia, ciò implica che debbano essere considerati lo spazio personale disponibile per ciascun detenuto nella cella, le condizioni sanitarie e l'ampiezza della libertà di movimento del detenuto nell'ambito dell'istituto di pena, senza limitare la propria analisi alle sole insufficienze manifeste³¹. Anche in questo caso, l'autorità giudiziaria di esecuzione deve fondare il proprio giudizio sulle informazioni fornite da quella emittente³².

Infine, va ricordato che nella pronuncia *Minister for Justice and Equality* (detta anche *LM*), contemporanea a *ML* e precedente a *Dorobantu*, la Corte di giustizia aveva già avuto modo di estendere l'applicazione del test *Aranyosi e Căldăraru* a violazioni sistemiche o generalizzate del diritto a un processo equo (nella specifica declinazione del diritto a un giudice indipendente³³), richiedendo anche in questo caso lo svolgimento

²⁷ *Generalstaatsanwaltschaft*, punti 80-81.

²⁸ *Ibidem*, punto 87.

²⁹ Sentenza 15 ottobre 2019, causa C-128/18, *Dorobantu*, ECLI:EU:C:2019:857, sulla quale E. CELORIA, *Le condizioni di detenzione nello Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia: nuove prospettive dopo la sentenza Dorobantu?*, in *La legislazione penale*, 2 giugno 2020; L. LIONELLO, *Nuovi sviluppi per il test Aranyosi e Căldăraru ed il rapporto tra giurisdizioni: il caso Dorobantu*, in *Eurojus*, 10 marzo 2020.

³⁰ *Mursić c. Croazia*, n. 7334/13, sentenza 20 ottobre 2016.

³¹ *Dorobantu*, punti 62, 71-79.

³² *Ibidem*, punto 67.

³³ La causa in questione si collocava nel più ampio contesto della crisi dello Stato di diritto in Polonia. Per un'introduzione al tema, R. MASTROIANNI, *Stato di diritto o ragion di stato? La difficile rotta verso un controllo europeo del rispetto dei valori dell'Unione negli Stati membri (dialogo con Ugo Villani)*, in *Eurojus*, 13 febbraio 2017; B. NASCIBENE, *Lo Stato di diritto e la violazione grave degli obblighi posti dal Trattato UE*, in *Eurojus*, 24 ottobre 2017; K. KOVÁCS – K.L. SCHEPPELE, *The fragility of an independent judiciary: Lessons from Hungary and Poland – and the European Union*, in *Communist and Post-Communist Studies*, 2018, 189 ss.; A. ROSANÒ, *Il caso "Celmer" dinanzi all'Alta Corte d'Irlanda: il test 'Aranyosi e Căldăraru' e il diritto a un processo equo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, 432 ss.; W. SADURSKI, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford, OUP, 2019; P. MORI, *La*

di una valutazione in primo luogo di ordine generale e in seguito di carattere concreto quanto al rischio corso da parte del destinatario del MAE di veder violato quel diritto³⁴.

Dunque, può affermarsi che, nel volgere di alcuni anni, l'impostazione della Corte di giustizia sia mutata in maniera significativa. La fiducia reciproca quale base della cooperazione giudiziaria non è più intesa come fiducia cieca quanto al fatto che gli Stati membri tutelino adeguatamente i diritti fondamentali e le autorità giudiziarie nazionali hanno la possibilità di porre in discussione ciò che in passato era un assunto strenuamente difeso dai giudici di Lussemburgo³⁵.

3. L'applicazione della giurisprudenza *Aranyosi e Căldăraru* da parte della Corte di Cassazione italiana.

La Corte di Cassazione italiana ha avuto modo di richiamare per la prima volta il ragionamento sviluppato dalla Corte di giustizia in *Aranyosi e Căldăraru* nella sentenza *Barbu*, con riferimento al caso di un soggetto nei cui confronti le autorità romene avevano emesso un MAE in relazione ad una condanna alla pena di un anno e otto mesi di reclusione per traffico di stupefacenti. La Corte d'Appello di Catanzaro, quale autorità giudiziaria di esecuzione, aveva disposto la consegna. Avverso tale decisione, era stato proposto ricorso per cassazione per una serie di motivi tra i quali la violazione dell'art. 18, comma 1, lettera h) della legge 69/2005, di recepimento della decisione quadro sul MAE. Secondo tale previsione – e in aggiunta rispetto ai motivi tipizzati nella decisione quadro – la Corte d'Appello è tenuta a rifiutare la consegna se sussiste un serio pericolo che la persona ricercata venga sottoposta a pena di morte, tortura o altre pene o trattamenti inumani o degradanti.

La Corte di Cassazione ha deciso nel senso dell'annullamento con rinvio, valorizzando non tanto questa disposizione, quanto l'impostazione della Corte di

questione del rispetto dello Stato di diritto in Polonia e in Ungheria: recenti sviluppi, in *Federalismi.it*, 1° aprile 2020; U. VILLANI, *Sul controllo dello Stato di diritto nell'Unione europea*, in *Freedom, Security & Justice*, 2020, 10 ss.

³⁴ Sentenza 25 luglio 2018, causa C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality (Défaillances du système judiciaire)*, ECLI:EU:C:2018:586, punti 48-54, 64-66. Per un commento, P. BÁRD – W. VAN BALLEGOOIJ, *Judicial independence as a precondition for mutual trust? The CJEU in Minister for Justice and Equality v. LM*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2018, 353 ss.; M. KRAJEWSKI, *Who is Afraid of the European Council? The Court of Justice's Cautious Approach to the Independence of Domestic Judges: ECJ 25 July 2018, Case C-216/18 PPU, The Minister for Justice and Equality v LM*, in *European Constitutional Law Review*, 2018, 792 ss.; T. KONSTADINIDES, *Judicial independence and the Rule of Law in the context of non-execution of a European Arrest Warrant: LM*, in *Common Market Law Review*, 2019, 743 ss.; D. SARMIENTO, *A comment on the CJEU's judgment in LM*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2018, 385 ss. Sull'evoluzione giurisprudenziale ora riassunta, S. MARINO, *La mutua fiducia ai tempi della crisi dei valori: il caso del mandato d'arresto europeo*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2018, 633 ss.; H. SATZGER, *Mutual Recognition in Times of Crisis – Mutual Recognition in Crisis? An Analysis of the New Jurisprudence on the European Arrest Warrant*, in *European Criminal Law Review*, 2018, 317 ss.

³⁵ Sul punto K. LENAERTS, *La vie après l'avis: exploring the principle of mutual (yet not blind) trust*, in *Common Market Law Review*, 2017, 805 ss.; E. XANTHOPOULOU, *Mutual trust and rights in EU criminal and asylum law. Three phases of evolution and the uncharted territory beyond blind trust*, in *Common Market Law Review*, 2018, 489 ss.

giustizia. In primo luogo, gli ermellini hanno richiamato alcune sentenze della Corte EDU con le quali era stata condannata la Romania per violazione dell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), relativo al divieto di trattamenti inumani o degradanti, per via delle condizioni di detenzione registrate nei suoi istituti di pena. Inoltre, è stato fatto riferimento a un rapporto del Comitato europeo per la prevenzione della tortura (CPT) inerente alla situazione delle carceri in quello Stato³⁶.

Alla luce di ciò, la Cassazione ha criticato la Corte d'Appello per non aver tenuto conto degli elementi risultanti dal rapporto quanto al sovraffollamento delle celle nelle carceri romene, all'igiene carente e allo scarso livello di illuminazione e aerazione e per aver ritenuto anzi che tale documento non dimostrasse "il pericolo attuale e concreto che il consegnando fosse esposto al rischio di pratiche inumane o torture"³⁷. Pertanto, la Corte d'Appello è stata esortata a svolgere il supplemento di attività istruttoria al fine di ottenere informazioni aggiuntive, inerenti al fatto che il consegnando sarebbe stato detenuto in una struttura carceraria, al nome della struttura, allo spazio minimo intramurario a lui riservato, alle condizioni igieniche e di salubrità dell'alloggio e ai meccanismi nazionali o internazionali di controllo delle condizioni effettive di detenzione³⁸.

Nel caso in cui le informazioni fossero state sufficienti a escludere il rischio di trattamento inumano o degradante, il MAE avrebbe dovuto essere eseguito; nell'ipotesi contraria, la consegna avrebbe dovuto essere rifiutata in attesa di interventi da parte della Romania diretti a rendere le condizioni di detenzione conformi ai requisiti di tutela dei diritti fondamentali³⁹.

Con riferimento alla seconda parte del test, la Corte ha poi affermato che deve svolgersi un accertamento concreto e preciso il quale deve riguardare in particolar modo l'istituto di destinazione, le caratteristiche del regime di detenzione, i servizi disponibili, i benefici, i tempi e le modalità delle attività da svolgersi all'esterno della cella e lo spazio individuale a disposizione⁴⁰.

In seguito, si sono registrate diverse sentenze di annullamento con rinvio per la mancata applicazione del test *Aranyosi e Căldăraru*.

Ferma la valorizzazione degli elementi oggettivi, attendibili, precisi e opportunamente aggiornati sopra richiamati, in alcuni casi la ragione alla base dell'annullamento è stata identificata nel mancato svolgimento del test e, di

³⁶ Corte di Cassazione, sentenza 1° giugno 2016, n. 23227, punti 4.2 e 4.7. La Cassazione ha fatto riferimento, *inter alia*, a *Iacov Stanciu*, n. 35972/05, sentenza 24 luglio 2012; *Bujorean c. Romania*, n. 13054/12 sentenza 10 giugno 2014 e a *Constantin Aurelian Burlacu c. Romania*, n. 51318/12. Quanto al rapporto si tratta del *Rapport au Gouvernement de la Roumanie par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 5 au 17 juin 2014*, CPT/Inf (2015) 31.

³⁷ Corte di Cassazione, 1° giugno 2016, cit., punto 4.7.

³⁸ Corte di Cassazione, 1° giugno 2016, cit., punto 4.8.

³⁹ Corte di Cassazione, 1° giugno 2016, cit., punto 4.10.

⁴⁰ *Ex multis*, Corte di Cassazione, sentenza 21 agosto 2018, n. 38920. In questo caso, con riferimento a un MAE emesso da autorità romene, la Suprema Corte ha ritenuto che la Corte d'Appello avesse svolto una valutazione di merito adeguata, rigettando le istanze della difesa.

conseguenza, nella mancata richiesta di informazioni alle competenti autorità dello Stato membro di emissione⁴¹.

In altri, la Corte ha fondato la propria pronuncia sul fatto che le informazioni pur ottenute da parte delle Corti d'Appello non erano sufficienti a svolgere la valutazione richiesta dalla Corte di giustizia, in quanto inadeguate a permettere di individuare l'istituto in cui il consegnando avrebbe scontato la pena e/o il regime di detenzione che sarebbe stato applicato nei suoi confronti e/o lo spazio a disposizione nella cella.

Più specificamente, quanto alla Romania, la Corte ha ritenuto che indicazioni generiche relative al fatto che l'ordinamento penitenziario romeno miri al reinserimento sociale dei detenuti offrendo loro l'opportunità di prendere parte ad attività di lavoro, di istruzione scolastica e professionale, sportive, religiose e di assistenza psicologica o al fatto che sia permesso l'accesso agli istituti di pena ai rappresentanti di organismi internazionali di controllo non fossero sufficienti⁴². Ulteriormente, la Corte ha reputato che talora le informative inviate da parte delle autorità romene non fossero individualizzate, dato che si limitavano a indicare il tipo di regime che sarebbe stato applicato al consegnando (regime semiaperto di detenzione) senza chiarire in cosa sarebbe consistito in concreto e senza indicare lo spazio di cui avrebbe potuto godere il consegnando⁴³. Quanto al regime semiaperto di detenzione, la Cassazione ha altresì preso atto di come questo comporti l'apertura delle porte delle celle per l'intera giornata con possibilità di svolgimento di attività all'esterno, in orari determinati di volta in volta dalla direzione della struttura carceraria. Queste circostanze sarebbero state idonee in astratto a compensare il fatto che il consegnando avrebbe avuto a disposizione uno spazio in cella ridotto, pari a due metri quadrati ma, posto quanto sostenuto dalla Corte EDU in *Mursić c. Croazia*, la Cassazione ha richiesto alla Corte d'Appello competente di svolgere un accertamento ulteriore diretto a definire in termini più chiari il regime applicabile in concreto⁴⁴.

Con riferimento alla Bulgaria, in alcune occasioni la Corte di Cassazione ha rilevato che le autorità nazionali si sono limitate ad affermare che il consegnando sarebbe stato sottoposto in un primo momento a un regime chiuso della durata di almeno sei mesi e in seguito a un regime più sostenibile, determinato in ragione della sua buona condotta⁴⁵. Di conseguenza, è stato richiesto alle Corti d'Appello di ottenere ulteriori dati per stabilire se consegnare o meno il destinatario del MAE. Anche in questi casi si è assistito alla valorizzazione di sentenze della Corte EDU, in particolar modo se sentenze

⁴¹ Corte di Cassazione, sentenza 1° gennaio 2016, n. 23277 (MAE emesso da autorità romene); sentenza 18 agosto 2016, n. 35255 (MAE emesso da autorità romene); sentenza 21 settembre 2016, n. 40032 (MAE emesso da autorità romene); sentenza 3 novembre 2016, n. 46686 (MAE emesso da autorità romene); sentenza 1° dicembre 2016, n. 51937 (MAE emesso da autorità romene); sentenza 29 marzo 2017, n. 16175 (MAE emesso da autorità bulgare) e sentenza 6 novembre 2017, n. 51499 (MAE emesso da autorità romene).

⁴² Corte di Cassazione, sentenza 9 novembre 2017, n. 53031.

⁴³ Corte di Cassazione, sentenza 5 giugno 2018, n. 26383.

⁴⁴ Corte di Cassazione, sentenza 11 ottobre 2017, n. 47891 e sentenza 6 novembre 2017, n. 51287.

⁴⁵ Si veda Corte di Cassazione, sentenza 30 ottobre 2019, n. 44733.

pilota⁴⁶, e di rapporti del CPT al fine di annullare con rinvio le decisioni con le quali le Corti d'Appello avevano disposto la consegna dei destinatari dei MAE⁴⁷.

Un caso particolare ha riguardato il Belgio, nei cui confronti è stato ritenuto che una consegna non potesse avvenire in ragione del fatto che l'autorità giudiziaria di emissione non aveva fornito informazioni quanto al rischio di trattamenti inumani o degradanti derivante da scioperi e azioni collettive del personale penitenziario, evidenziato anch'esso in una dichiarazione pubblica e in un rapporto del CPT⁴⁸.

In altre ipotesi, invece, la Corte di Cassazione ha ritenuto di rigettare i ricorsi proposti da parte delle difese dei consegnandi, dato che le Corti d'Appello avevano ricevuto informazioni adeguate a svolgere la loro analisi, escludendo il pericolo anche solo ipotetico di trattamento inumano o degradante⁴⁹ o, più di frequente, perché le difese si erano limitate a richiamare i principi espressi in *Aranyosi e Căldăraru* senza allegare alcun elemento che permettesse di ritenere dimostrato quel pericolo. Al riguardo, gli ermellini hanno escluso che l'esercizio dei doveri istruttori gravanti d'ufficio in capo alle Corti d'Appello ai sensi dell'art. 15, paragrafo 2, della decisione quadro possa colmare le lacune nelle allegazioni difensive, che devono invece configurarsi come piene deduzioni di merito rappresentative della situazione sostanziale di cui il consegnando richiede la tutela⁵⁰.

Proprio a questa conclusione si è pervenuti nelle prime due vicende con riferimento alle quali è stato chiesto alla Corte di Cassazione di dare applicazione a quanto sostenuto dalla Corte di giustizia in *LM* in relazione a MAE emessi da autorità polacche⁵¹.

In un caso più recente, invece, la Corte ha annullato con rinvio, ponendo l'accento sulle procedure d'infrazione avviate da parte della Commissione europea nei confronti della Polonia con riferimento all'età di pensionamento e ai profili di responsabilità disciplinare dei magistrati⁵². Posto che alcuni di questi sviluppi si erano registrati

⁴⁶ Per un'introduzione al tema F.M. PALOMBINO, *La procedura di 'sentenza pilota' nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2008, 91 ss.; D. HAIDER, *The Pilot-Judgment Procedure of the European Court of Human Rights*, Leiden, Brill Nijhoff, 2013.

⁴⁷ Corte di Cassazione, sentenza 3 giugno 2016, n. 23573. La Corte si è richiamata a *Neshkov c. Bulgaria*, n. 36925/10, 21487/12, 72893/12, 73196/12, 77718/12 e 9717/13, 27 gennaio 2015 (sentenza pilota) e a *Report to the Bulgarian Government on the visit to Bulgaria carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 13 to 20 February 2015*, CPT/Inf (2015) 36.

⁴⁸ Corte di Cassazione, sentenza 21 maggio 2019, n. 22893, in cui sono stati presi in considerazione *Public statement concerning Belgium*, CPT/Inf (2017) 18 e *Rapport au Gouvernement de la Belgique relatif à la visite effectuée en Belgique par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 27 mars au 6 avril 2017*, CPT/Inf (2018) 8.

⁴⁹ Corte di Cassazione, sentenza 10 marzo 2017, n. 11980 (MAE emesso da autorità romene); sentenza 10 gennaio 2020, n. 995 (MAE emesso da autorità bulgare) e sentenza 11 giugno 2020, n. 18352 (MAE emesso da autorità portoghesi).

⁵⁰ Corte di Cassazione, sentenza 10 maggio 2018, n. 21175 (MAE emesso da autorità greche); sentenza 6 luglio 2018, n. 31375 (MAE emesso da autorità maltesi) e sentenza 30 maggio 2019, n. 24436 (MAE emesso da autorità greche).

⁵¹ Così Corte di Cassazione, sentenza 29 novembre 2018, n. 54220 e in senso sostanzialmente analogo sentenza 3 dicembre 2019, n. 49548.

⁵² Per una ricognizione delle iniziative assunte dalla Commissione europea al riguardo si rinvia al sito della

successivamente alla sentenza con la quale la Corte d'Appello aveva disposto la consegna, la Corte di Cassazione ha richiesto una nuova verifica all'autorità giudiziaria di esecuzione⁵³.

4. Alcuni spunti relativi alla giurisprudenza della Corte di Cassazione.

Dalla lettura delle sentenze della Corte di Cassazione ora presentate in sintesi sembrano emergere almeno due profili di interesse.

Un aspetto da prendere in considerazione è una sorta di tendenza eurocentrica propria della giurisprudenza della Corte con riferimento alla prima parte del test. Gli elementi oggettivi, attendibili, precisi e opportunamente aggiornati sui quali fondare la valutazione quanto alla presenza di carenze sistemiche o generalizzate relative alla tutela dei diritti fondamentali nello Stato membro di emissione del MAE sono stati invariabilmente individuati in sentenze della Corte EDU e in rapporti del CPT. Ulteriori fonti pur enunciate da parte della Corte di giustizia nella propria sentenza, quali decisioni delle autorità giudiziarie dello Stato membro emittente e documenti predisposti da parte di organi delle Nazioni Unite, non sono stati considerati.

Indubbiamente vi sono degli ostacoli di ordine pratico che rendono complicato tanto per le difese, quanto per le Corti d'Appello, quanto per la Corte di Cassazione ottenere sentenze pronunciate in un altro Stato membro: si pensi ai problemi connessi all'accesso a database stranieri e alle ovvie difficoltà di ordine linguistico⁵⁴.

Diverso è il caso di documenti elaborati nell'ambito del sistema onusiano. Le comunicazioni del Comitato per i diritti umani, ancorché non in italiano, sono sicuramente di facile reperimento. Tuttavia, la giurisprudenza di tale organo non risulta adeguatamente sviluppata per poter costituire un punto di riferimento idoneo al fine dello svolgimento della prima parte del test, quanto meno per quel che riguarda gli Stati europei che presentano situazioni di particolare criticità in relazione allo stato delle loro carceri⁵⁵.

Dunque, la tendenza in parola pare essere una conseguenza necessaria dello stato dell'arte. È così da ritenere che le sentenze della Corte EDU e i documenti elaborati da

[Commissione.](#)

⁵³ Corte di Cassazione, sentenza 21 maggio 2020, n. 15924.

⁵⁴ Di più facile reperibilità sono i documenti elaborati dagli organi nazionali che si occupano di monitoraggio delle condizioni di detenzione, spesso redatti anche in inglese in modo da favorirne la diffusione. Al riguardo E. AIZPURUA – M. ROGAN, *Understanding new actors in European Arrest Warrant cases concerning detention conditions: The role, powers and functions of prison inspection and monitoring bodies*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2020, 204 ss. Per una prima ricognizione quanto alla situazione relativa a dimensione delle celle, tempo che i detenuti possono passare al di fuori di queste, condizioni igieniche, accesso a cure mediche e tutela dei detenuti rispetto a episodi di violenza nei diversi Stati membri, potrebbe prendersi in considerazione il Report predisposto dall'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali dal titolo *Criminal detention conditions in the European Union: rules and reality*, Luxembourg, 2019.

⁵⁵ Una ricerca condotta mediante il database del Comitato per i diritti umani con riferimento agli *usual suspects* quando si tratta di condizioni di detenzione precarie (Italia, Polonia, Romania, Ungheria) non ha condotto a risultati degni di nota.

organi operanti nell'ambito del Consiglio d'Europa resteranno il punto di riferimento elettivo della Corte di Cassazione e delle Corti d'Appello nello svolgimento della loro attività di controllo.

Quanto al secondo aspetto, devono considerarsi le pronunce di rigetto rese da parte della Corte di Cassazione per il fatto che le difese non avessero fatto fronte all'onere di allegazione gravante in capo a loro con riferimento al pericolo di carenze sistemiche o generalizzate.

La Corte di Cassazione ha ritenuto di non accogliere le istanze dei consegnandi, dato che questi si erano limitati a operare un richiamo generico ai principi emersi nella giurisprudenza del Kirchberg quando invece avrebbero dovuto circostanziare le loro affermazioni riferendosi a fonti adeguate.

Una simile impostazione solleva un dubbio. Dalla lettura della sentenza *Aranyosi e Căldăraru* non risultano indicazioni quanto all'onere di allegazione. Propriamente, la Corte di giustizia si è limitata a dire che “quando l'autorità giudiziaria dello Stato membro d'esecuzione *dispone* di elementi che attestano un rischio concreto di trattamento inumano o degradante dei detenuti nello Stato membro emittente” è tenuta a svolgere il test⁵⁶. Nulla è affermato con riferimento alla fonte delle informazioni di cui l'autorità giudiziaria dello Stato membro di esecuzione venga a disporre e presumibilmente, dato il principio di autonomia procedurale⁵⁷, è da ritenere che non possa che essere così. Ossia, spetta alle Corti nazionali svolgere le valutazioni rilevanti anche per quel che attiene a questo profilo di ordine procedurale alla luce della disciplina di diritto interno.

Allora, la Corte di Cassazione pone l'onere in capo alla difesa dato che è essa che avanza una pretesa quanto all'applicazione del test in senso favorevole alle proprie posizioni. Tuttavia, viene da chiedersi se quest'onere non possa essere aggirato attraverso il ricorso a una presunzione – semplice, evidentemente – basata su di un fatto noto. Posto che la Corte di giustizia limita l'applicabilità del test ai soli casi di carenze sistemiche o generalizzate e posto che l'art. 190, comma 3, c.p.p. stabilisce che sia il giudice a escludere le prove che sono manifestamente superflue, deve ritenersi che tali situazioni raggiungano un livello di gravità tale da non poter essere ignorate dai componenti di un organo giudiziario, oltre che dall'opinione pubblica in generale. Si pensi sotto questo punto di vista alla grave crisi dello Stato di diritto in atto in Polonia per quel che riguarda l'indipendenza del potere giudiziario. Non sembra davvero necessario che la difesa presenti sentenze e documenti che permettano di dimostrare che quel contesto risulta al momento gravemente compromesso, in quanto dovrebbe trattarsi di un dato di comune esperienza dal quale le Corti d'Appello potrebbero partire

⁵⁶ *Aranyosi e Căldăraru*, cit, punto 88 (corsivo aggiunto).

⁵⁷ Sul tema, C.M. KAKOURIS, *Do the Member States Possess Judicial Procedural “Autonomy”?*, in *Common Market Law Review*, 1997, 1389 ss.; D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost?*, Torino, G. Giappichelli editore, 2009; S. CIVITARESE MATTEUCCI – G. GARDINI, *Il primato del diritto comunitario e l'autonomia processuale degli Stati membri: alla ricerca di un equilibrio sostenibile*, in *Diritto Pubblico*, 2013, 1 ss.; A. IERMANO, *I principi di equivalenza ed effettività tra autonomia procedurale e 'limiti' alla tutela nazionale*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2019, 525 ss.

al fine di procedere in seguito allo svolgimento della seconda parte del test sulla base delle informazioni ottenute dall'autorità giudiziaria dello Stato membro di emissione.

Non a caso, con riferimento a una richiesta di estradizione formulata da parte della Romania, la Suprema Corte ha riconosciuto quanto segue: "È vero che questa Corte ha più volte affermato che grava sull'estradando un onere di allegazione degli elementi e delle circostanze idonei a fondare il timore che la sua estradizione preluda ad un trattamento incompatibile con i diritti fondamentali della persona (tra tante, Sez. 6, n. 22827 del 26/04/2016, Ramirez Melendez, Rv. 267066), tuttavia la grave situazione rappresentata dall'estradando solo in questa sede (il sovraffollamento carcerario in Romania) costituiva una situazione obiettiva rilevata, non solo da decisioni di organismi giudiziari sovranazionali (tra tante, Corte di giustizia U.E., sent. del 5/04/2016, Aranyosi e Caldăraru), ma anche da plurime decisioni di legittimità in tema di mandato di arresto europeo" e pertanto competeva alla Corte d'Appello verificare la presenza di cause ostative alla consegna⁵⁸.

5. Conclusioni.

Il diritto dell'Unione europea vive non solo negli atti adottati da parte delle istituzioni e nelle sentenze della Corte di giustizia e del Tribunale, ma anche – e ancor di più per quel che riguarda la pratica quotidiana di esso – nelle pronunce delle Corti nazionali che di quegli atti e di quelle sentenze fanno applicazione.

La sentenza *Aranyosi e Căldăraru* ha segnato un momento di passaggio nell'interpretazione della Corte di giustizia nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale, permettendo l'emersione di un'impostazione più coerente con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali. Tuttavia, le possibilità che questo cambiamento sia efficace riposano sul fatto che le autorità giudiziarie degli Stati membri, chiamate a eseguire un MAE, provvedano a conformarsi a quell'orientamento, eseguendo il test.

L'analisi condotta *supra* dimostra per quel che riguarda l'Italia che a un'iniziale indifferenza manifestata da parte di alcune Corti d'Appello rispetto alle questioni aperte dalla decisione della Corte di Lussemburgo è seguita una reazione significativa ad opera della Corte di Cassazione, diretta a rendere vivo e vitale il test *Aranyosi e Căldăraru*.

È da ritenersi dunque che la prassi delle Corti d'appello non potrà che uniformarsi sempre di più in senso coerente a quanto sostenuto da parte della Suprema Corte.

Resta da definire la questione relativa all'onere di allegazione che gli ermellini hanno posto in capo alla difesa. L'estrema gravità di certe situazioni spinge a ritenere che, trattandosi di fatti noti, si tratti in realtà di un peso di ordine procedurale che, ove non assunto ad opera della difesa, andrebbe lasciato da parte. Solo uno sviluppo

⁵⁸ Corte di Cassazione, sentenza 13 gennaio 2017, n. 8529, punto 4. In questo caso la procedura di consegna definita dal MAE non risultava applicabile per ragioni di diritto intertemporale.

10/2020

ulteriore della prassi italiana e una verifica che si estenda anche alle decisioni delle Corti di merito permetteranno di stabilire se questo orientamento arriverà a mutare.

**IL SUDAN NON È POI COSÌ LONTANO.
CIRCONCISIONE E INFIBULAZIONE DEI MINORENNI
TRA CULTURA, REPRESSIONE PENALE E AUTODETERMINAZIONE**

di Gennaro Mastrangelo

Circoncisione ed infibulazione, fenomeni meno “esotici” di quanto possa apparire, pur numericamente significativi sono scarsamente rappresentati nei repertori giurisprudenziali, anche a causa della forte pregnanza culturale che li accompagna. L’analisi della giurisprudenza e della dottrina italiane, assieme ad alcune sentenze europee, consente di apprezzarne le variegate tipologie e di mettere in discussione il paradigma del consenso dell’avente diritto, individuato tradizionalmente nell’esercente la responsabilità genitoriale, quale causa di giustificazione. Passando per una ragionata critica all’uso penalistico dell’incapacità di agire, di diritto civile, è possibile individuare una serie di problemi, bisognosi dell’intervento legislativo, e proporre un criterio pratico per la decisione dei casi controversi pur nell’assetto attuale dell’ordinamento.

SOMMARIO: 1. Il Sudan non è poi così lontano. – 2. La circoncisione maschile. Una decisione della Corte di Cassazione e la Legge 8.3.1989, n. 101. – 3. La “circoncisione” femminile. L’art. 583-bis c.p. ed una decisione di merito. – 4. Esercizio della responsabilità genitoriale ed autodeterminazione del minorenni sul proprio corpo. – 5. Le scriminanti degli articoli 50 e 51 C.p.: una sentenza della Corte di Appello di Colonia e della Alta Corte d’Inghilterra e Galles. – 6. Due decreti del Tribunale dei Minorenni e le stime del fenomeno. – 7. Gli strumenti internazionali. Segue: Risoluzione O.N.U. 67/146 del 20.12.2012 Segue: Risoluzione del Parlamento Europeo sull’abolizione delle mutilazioni genitali femminili 2012/2684 del 14.6.2012 Segue: Risoluzione del Consiglio d’Europa sull’integrità fisica dei minori, Doc. 13042 del 2.10.2012 – 8. Conclusioni: la necessità di un confronto aperto sul consenso dell’avente diritto anche in ambito minorile.

1. Il Sudan non è poi così lontano.

È dei primi giorni di maggio la notizia giornalistica che il Sudan avrebbe sanzionato penalmente le pratiche di mutilazione genitale femminile¹, problema che interessa almeno ventisette Stati africani – tra i quali, principalmente Egitto, Etiopia,

¹ Tra i media internazionali:

<https://www.bbc.com/news/world-africa-52502489>;

<https://www.nytimes.com/2020/04/30/world/africa/sudan-outlaws-female-genital-mutilation-.html>;

<https://www.timesofisrael.com/women-hail-victory-as-sudan-moves-to-ban-genital-mutilation/>.

Kenya, Burkina Faso, Nigeria, Gibuti e Senegal –, nonché parte dell'Asia e del Medio Oriente. In realtà il Governo di transizione ha proposto un emendamento al codice penale per punire con la detenzione fino a tre anni le M.G.F.², che interessano l'88% delle donne tra i 14 ed i 49 anni³, riscontrando l'ineffettività della precedente previsione legale⁴.

Un problema di *law enforcement* si presenta molto spesso in quei contesti dove una condotta, benché vietata dalla legge, sia sentita come doverosa o consigliata a livello religioso o culturale.

In Egitto, ad esempio, dove il 92% delle donne tra i 15 ed i 49 ha subito una qualche forma di mutilazione genitale⁵, esiste un divieto di legge dal 2008 e nel 2016 un emendamento ha punito più severamente – fino a sette anni di carcere e fino a quindici nel caso di morte della paziente – i genitori o i medici coinvolti. Nonostante nel 2007 il Grand Mufti Ali Gomaa's abbia emesso una *fatwa* per condannare queste pratiche e che il Supremo Consiglio di Azhar abbia chiarito che esse non hanno basi nella Sharia, le M.G.F. continuano ed i processi sono ancora pochi; è del febbraio 2020 la notizia della morte, e del processo a carico del medico e dei genitori, di una dodicenne che era stata sottoposta ad una M.G.F. in Egitto⁶. Non dissimile la situazione nel Sudan. Sin dal 1946 sono vietate le forme più invasive di M.G.F., ammesse quelle con rimozione totale o parziale della clitoride, ma, con l'introduzione della Sharia nel 1983, il divieto è stato rimosso⁷; da allora si sono succeduti più tentativi di riforma a livello nazionale, ma senza esito, mentre le autonomie locali hanno proceduto in ordine sparso verso la penalizzazione⁸. Allo stato, dunque, la proposta di modifica del codice penale avanzata dal governo centrale rappresenta un sicuro passo in avanti.

Il fenomeno, come si vedrà, non è proprio delle sole culture musulmane ma, senza dubbio, i fenomeni migratori hanno fatto emergere, anche in Europa⁹, forme diverse e più pervasive di manomissioni del corpo dei minori: circoncisione ed infibulazione vengono infatti praticate, per lo più, durante la minore età. Lo stesso fenomeno ha comportato, ancora, il confronto tra culture giuridiche diverse; basti

² Acronimo che sta per mutilazioni genitali femminili. Nei documenti in lingua inglese citati si troverà l'acronimo F.G.M., *female genital mutilation*.

³ I dati statistici del fenomeno sono reperibili sul sito dell'*United Nations Population Fund*: <https://www.unfpa.org/data/fgm/SD>.

⁴ Per un ampio e recente studio sul fenomeno si può consultare anche il *report* dell'U.N.I.C.E.F. al sito https://www.unicef.org/evaldatabase/files/fgmc_sudan_final.pdf.

⁵ <https://egypt.unfpa.org/en/node/22544>.

⁶ <https://www.reuters.com/article/us-egypt-women-crime/doctor-parents-face-trial-in-egypt-for-girls-death-after-genital-cutting-idUSKCN20I0MT>.

⁷ AHMED SAMIRA et al, "*Sudan: An In-depth Analysis of the Social Dynamics of Abandonment of FGM/C*", Innocenti Research Centre Working Paper, May 2009.

⁸ Per dettagli si veda https://www.unicef.org/evaldatabase/files/fgmc_sudan_final.pdf.

⁹ "*Female genital mutilation in the European Union - Report*" del 2013, <https://eige.europa.eu/>.

Occorre ricordare che anche la cultura europea conosce questo fenomeno; basti pensare alla circoncisione maschile, oppure alla foratura dei lobi delle bambine. Nel diritto romano classico la circoncisione, pur se praticata su uno schiavo, era incriminata e punita con le pene della *lex Cornelia de sicariis*, dunque con la pena capitale.

pensare che nel diritto islamico la condotta non è suddivisa soltanto nelle due classi del “permesso” e del “vietato”, ma ricade in cinque classi: obbligatoria, raccomandata, neutra, disapprovata e vietata. Gli ordinamenti di arrivo hanno anche dovuto fare i conti con un dato esperienziale, messo in luce da un famoso comparatista: «occorre in primo luogo insinuare l'idea di fonte del diritto nel modo in cui la gente ritiene che debbano essere governate le loro vite, e ciò richiede un processo graduale; non si possono semplicemente creare le fonti del diritto in quanto tali: verrebbero viste come illegittime»¹⁰. La discussione, da un punto di vista penalistico, richiama alla mente il c.d. reato culturalmente motivato, cioè «un comportamento realizzato da un soggetto appartenente ad un gruppo culturale di minoranza, che è considerato reato dall'ordinamento giuridico del gruppo culturale di maggioranza. Questo stesso comportamento, tuttavia, all'interno del gruppo culturale del soggetto agente è condonato, o accettato come comportamento normale, o approvato, o addirittura è incoraggiato o imposto»¹¹.

Sembra necessario riconoscere, allora, che il discorso penalistico non può prescindere da aspetti civilistici e costituzionali, nel decidere, nella prospettiva nazionale, quale sia il limite che la responsabilità genitoriale incontra nella manomissione del corpo del minorenne. Gli strumenti di analisi del fenomeno delle agenzie internazionali, nonché gli strumenti normativi internazionali, si affidano a ricostruzioni empiriche, ad una analisi dei dati che il legislatore nazionale talvolta trascura. I motivi che inducono alla circoncisione, termine che racchiude diverse pratiche e che qui va inteso, al momento, come indifferente al sesso del paziente¹², possono essere medici¹³, igienici¹⁴ o culturali. In ambito religioso la pratica è conosciuta dalla cultura musulmana ed ebraica, dai cristiani copti ed abissini e da alcune popolazioni australiane, polinesiane ed indiane. Se la pratica in persone adulte può essere fatta rientrare

¹⁰ H. PATRICK GLENN, *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*; Fourth Edition, Oxford-New York, Oxford University Press, 2010; trad. It. *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, Bologna, Società Editrice “Il Mulino”, 2011 (il brano citato è a p. 226 dell'edizione italiana).

¹¹ F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Giuffrè, 2010, p. 41-42, cui si rimanda anche per altre definizioni e per ulteriori approfondimenti.

¹² Dal latino *circumcidere*, “tagliare intorno”, è, in senso stretto, un'operazione chirurgica sul membro maschile, che, eseguita allo scopo di scoprire il glande, consiste nella rimozione parziale o totale, o nella sola incisione del prepuzio, ossia la pelle che ricopre il glande. In senso più lato, e piuttosto imprecisamente, si indicano come circoncisione anche altri tipi di interventi rituali sugli organi sessuali, sia maschili, sia femminili.

¹³ In ambito medico, la sola circoncisione maschile è indicata come terapia chirurgica per alcune patologie (fimosi, parafimosi, o quale tecnica di chirurgia plastica nei casi di ipospadia) mentre non risultano indicazioni terapeutiche per quella femminile.

¹⁴ Negli Stati Uniti, dove la circoncisione maschile è largamente praticata, l'*American Academy of Pediatric* reputa i benefici maggiori dei rischi; in particolare la circoncisione ridurrebbe le infezioni da HIV in maschi eterosessuali del 60%; a simili conclusioni è pervenuta la W.H.O. Si veda A. L. FREEDMAD, *The Circumcision Debate: Beyond Benefits and Risks*, in *Pediatrics* 2016, vol. 137, il cui articolo è stato pubblicato anche dall'*American Academy of Pediatric*. Non mancano posizioni differenti: *Circumcision Resource Center*, *Circumcision and HIV: Harm Outweighs Benefit*, Boston, www.circumcision.org/hiv.htm. V. anche D. L. GOLLAHER, *Circumcision: A History of the World's Most Controversial Surgery*, Basic Books, New York, 2000.

nell'ambito del diritto alla autodeterminazione¹⁵, i problemi più spinosi emergono nel caso di minorenni, qualora l'esito dell'intervento conduca alla morte nonché quando, per l'estensione delle aree fisiche interessate, si pongono problemi di compatibilità tra l'aspetto "culturale" dell'operazione ed il diritto.

2. La circoncisione maschile. Una decisione della Corte di Cassazione e la Legge 8.3.1989, n. 101.

Secondo le definizioni rinvenibili nei pareri del Comitato Nazionale per la Bioetica (C.N.B.)¹⁶, la circoncisione può essere rituale, terapeutico/profilattica o praticata per altri motivi. All'interno di quella rituale si distingue tra religiosa e tradizionale e da questa distinzione discendono conseguenze circa l'applicabilità della scriminante dell'esercizio del diritto – libertà religiosa – alla pratica circoncisoria. Secondo il C.N.B. la circoncisione ebraica avrebbe natura religiosa, mentre quella praticata dai musulmani sarebbe solo tradizionale. Nonostante si creda che tale pratica abbia un fondamento religioso anche per coloro che professano la religione islamica, il Corano non fa cenno alcuno alle mutilazioni genitali; l'unico riferimento si trova in un *hadit* – parere – che, secondo la tradizione, sarebbe stato reso dal Profeta¹⁷.

In materia non esiste una legislazione specifica, per cui si farà riferimento alla poca giurisprudenza e, in particolare, al caso deciso dal Tribunale di Padova, con sentenza del 9.11.2007¹⁸, confermata poi dalla Corte d'Appello di Venezia con sentenza del 12.10.2009¹⁹. Il procedimento è poi giunto in Cassazione, che si è pronunciata con la sentenza del 22.6.2011²⁰, annullando senza rinvio la sentenza di appello in quanto il fatto non costituisce reato. La decisione di legittimità è interessante anche perché, quasi in prevenzione di possibili accostamenti tra il fatto che aveva dato origine al processo ed

¹⁵ Il limite dell'art. 5 c.c. vieta, però, le forme più gravi di mutilazione genitale, anche se consentite dal soggetto maggiorenne. Il problema del coordinamento, anche storico, tra l'art. 5 c.c. e le norme penali, pure alla luce dei principi costituzionali, non può essere affrontato in questa sede. Si rimanda dunque a R. ROMBOLI, (a cura di), *Atti di disposizione del proprio corpo*, Edizioni Plus, 2007; S. SEMINARA, *La dimensione del corpo nel diritto penale*, in S. RODOTÀ – P. ZATTI (diretto da) *Trattato di biodiritto*, Vol. I diritti in medicina, Giuffrè, 2011, p. 189 ss. ed all'ampia bibliografia ivi citata.

¹⁶ Comitato Nazionale per la Bioetica, pareri del 25.9.1998, *La circoncisione: profili bioetici* e del 16.1.2008, *Problemi bioetici in una società multiculturale*, disponibili su www.governo.it/bioetica/.

¹⁷ Essa, inoltre, a differenza di quella ebraica, non è accompagnata dalla pregna ritualità dell'altra ed è compiuta da un medico, che può anche non essere di fede musulmana.

¹⁸ V. PLANTAMURA, *Brevi note in tema di circoncisione maschile rituale, esercizio abusivo della professione e lesioni*, nota a Trib. Padova, sentenza 9 novembre 2007, in *Giur. Mer.*, 2008, p. 2590 ss.

¹⁹ Entrambe le decisioni di merito sono commentate da F. BASILE, *Il reato di "pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili" alla prova della giurisprudenza: un commento alla prima (e finora unica) applicazione giurisprudenziale dell'art. 583 bis c.p.*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, www.statoechiese.it, n. 24/2013.

²⁰ Sez. VI, 22 giugno 2011, n. 43646, in *Cass. Pen.*, 2012, p. 3706 ss., con commento di E. D'IPPOLITO, *Kulturnormen ed inevitabilità dell'errore sul divieto: la Corte di Cassazione riconosce l'errore determinato da "fattori culturali" come causa di esclusione della colpevolezza* ed in *Ind. Pen.*, 2014, II, p. 623, con commento di A. GABOARDI, *Il rigorismo salvato dall'indulgenza: la circoncisione "culturalmente motivata" tra lesione personale ed esercizio abusivo della professione medica*.

altre pratiche simili, effettua una evidente digressione per trattare della circoncisione ebraica. Come si vedrà in seguito, anche grazie ad una decisione tedesca, decidere se una pratica sia religiosa o semplicemente culturale/tradizionale può comportare grandi differenze, quanto alla sua liceità ed alla possibilità che gli esercenti la responsabilità genitoriale possano validamente prestare il consenso per il figlio minore: il diritto alla libertà religiosa sembra la carta vincente.

Passando dunque ai fatti, un'immigrata nigeriana, di religione cattolica, fa sottoporre il figlio neonato alla circoncisione rituale, che viene effettuata in casa da una donna che è solita praticare questo tipo di interventi senza alcuna abilitazione. Il giorno dopo il bambino, in preda ad una grave emorragia, viene condotto dalla madre in pronto soccorso, in pericolo di vita. Si procede quindi per lesioni dolose gravi (art. 583, comma 1, n. 1, c.p.) e concorso in esercizio abusivo della professione medica (artt. 110 e 348 C.p.) nei confronti della sola madre del bambino, siccome la correa rimaneva ignota. Il giudice di primo grado, preliminarmente, qualifica la circoncisione come rituale/tradizionale e la ritiene in sé non illecita poiché essa può essere funzionale al raggiungimento della salute, questa intesa come integrazione di benessere fisico e psichico. Quanto alla imputazione di concorso nell'esercizio abusivo della professione medica, l'imputata, seppure immigrata, non poteva ritenersi scriminata da un errore scusabile, non poteva cioè affermare di aver ignorato che tale intervento, che nella sua cultura d'origine era praticato da personale non medico, in Italia doveva essere condotto da personale qualificato²¹. Ella, d'altronde, nemmeno poteva invocare, come scriminante, quale esercizio di un diritto, l'esistenza di usanze e tradizioni invalse nel proprio Paese d'origine poiché «l'ordinamento giuridico può e deve esigere che un genitore presti la massima attenzione alla salute del proprio figlio, e quindi chiedere che una legittima pratica tradizionale sia eseguita con modalità tali da garantire la sicurezza del minore»²². In sostanza, l'esistenza di precisi doveri di protezione dell'integrità psicofisica del figlio, in capo ai genitori, impone a costoro di agire, pur nell'effettuazione di una procedura rituale di per sé non illecita, secondo regole di prudenza e perizia, quale, nel caso di specie, far praticare la circoncisione da personale medico, non potendo essi invocare, come scriminante, l'esistenza di una diversa usanza nella propria cultura d'origine. L'imputata è assolta dall'imputazione di lesioni dolose gravi per la mancanza dell'elemento soggettivo del dolo: ella ha sicuramente voluto la circoncisione, ma non ha voluto né ha accettato il rischio della successiva emorragia.

La Corte d'Appello, confermando l'impianto della sentenza di primo grado, riconosce nella circoncisione un atto medico²³. Quanto alla natura della circoncisione, stante la religione cattolica dell'imputata, essa costituisce «una condotta in uso nella

²¹ In particolare, ella non aveva assunto informazioni prima di decidere di far praticare la circoncisione all'ignota conoscente, pur vivendo in una città nella quale tali problemi erano stati affrontati anche a livello di strutture sanitarie pubbliche. L'onere della prova sull'esistenza delle circostanze scriminanti è a carico di chi le invoca ma sul punto era stato sentito il responsabile del P.S. pediatrico.

²² Così Trib. Padova, sentenza 9 novembre 2007, cit.

²³ Ciò sia per la «materialità dell'atto», sia perché esso richiede «capacità tecniche e conoscenze di medicina tali da dover essere riservato solo ai soggetti abilitati alla professione medica» (cfr. Corte di Appello di Venezia).

comunità di appartenenza», dunque una circoncisione rituale/tradizionale, che le impedisce di invocare la scriminante dell'esercizio del diritto di professare liberamente la propria fede religiosa.

La Corte di Cassazione opera una premessa, ponendosi dal punto di vista del medico occidentale, per il quale la circoncisione è sicuramente un atto medico²⁴ e, in più, costituisce, sempre dal suo punto di vista, «una mutilazione genitale per il bambino ed una palese violazione del fondamentale comandamento che deve ispirare l'attività del sanitario: *primum non nocere*». «Tale percezione», osserva però la Corte, «non è, di per sé, decisiva [...] in quanto non tiene conto della complessa problematica connessa alle ragioni e al forte carico simbolico che connotano la pratica della circoncisione rituale in determinati contesti». Passa dunque a distinguere tra circoncisione rituale/religiosa e rituale/tradizionale.

Un esempio della prima è dato dalla circoncisione praticata dal *mohel*²⁵ nella religione ebraica che il parere del C.N.B. riconosce come religiosa. Essa è praticata l'ottavo giorno dalla nascita dei figli maschi con oggetti rituali²⁶, deriva da uno «specifico comando divino espressamente formulato nella Bibbia»²⁷, rappresenta in modo tangibile l'ingresso del soggetto nella comunità ebraica che, in questa occasione, riceve un nome biblico²⁸. La Legge 8.3.1989, n. 101, dando attuazione all'Intesa stipulata il 27.2.1987, implicitamente riconosce la circoncisione ebraica, che può essere fatta rientrare nei riti di quella religione, per cui essa, prosegue la Corte, non è in contrasto col nostro ordinamento ed ha una «preminente valenza religiosa che sovrasta quella medica, con l'effetto che giammai il *mohel* potrebbe incorrere nel reato di esercizio abusivo della professione medica e la sua condotta, che oggettivamente integra il reato di lesione personale, è scriminata»²⁹. Siccome il *mohel* non deve necessariamente essere un medico, e dato per incontestato che, anche secondo la sentenza che si sta riassumendo, la circoncisione è una operazione, un atto medico, il ragionamento della Corte, nel momento in cui esclude il reato di cui all'art. 348 c.p., lascia perplessi. In particolare, nella L. 101/1989, non c'è una espressa disciplina per questa pratica e far derivare la «abilitazione professionale» del *mohel*, oppure la liceità della sua condotta, dai principi generali di cui all'art. 2 della L. 101/1989, sembra un'operazione difficilmente sostenibile³⁰. Quanto al delitto di lesione personale, pur astrattamente configurabile, la

²⁴ «perché, pur in assenza di finalità terapeutiche, interferisce sull'integrità fisica della persona, presuppone un attento esame delle condizioni della medesima [...] richiede l'osservanza di determinate tecniche ed opportune precauzioni» (cfr. Corte di Appello di Venezia).

²⁵ Circoncisore, che di solito è un medico o comunque una persona specializzata nella circoncisione e nei relativi rituali.

²⁶ Un particolare coltello dotato di una lama particolare, un contenitore per il prepuzio ed uno scudo di protezione.

²⁷ Parere del 25.9.1998.

²⁸ Per approfondimenti si rimanda a P. LILLO, *La circoncisione ebraica: profili di diritto ecclesiastico*, in *Arch. giur.*, 2001, in particolare p. 378

²⁹ «se non determina una apprezzabile lesione permanente e non mostra segni di negligenza, imprudenza o imperizia», così precisa la Corte.

³⁰ Circa il rapporto tra la figura del *mohel* ed il reato di esercizio abusivo della professione medica si vedano anche i dubbi di A. LICASTRO, *La questione della liceità della circoncisione "rituale" tra tutela dell'identità religiosa*

condotta del circoncisore è ritenuta scriminata dalla causa di giustificazione del consenso dell'avente diritto, art. 50 c.p., «prestato validamente ed efficacemente dai genitori del neonato». La motivazione della Corte, circa la causa di giustificazione, perplime anche se si pone mente gli altri valori e diritti – sui quali la sentenza fa poco approfondimento –: quelli del minorenne. Essi, come si vedrà in seguito, possono essere ricostruiti in maniera più articolata rispetto a quanto avviene col solo riferimento all'art. 2 c.c.

La condotta dell'imputata deve, al contrario, rientrare nella circoncisione rituale/tradizionale giacché la religione da lei professata, quella cristiana, non annovera tale pratica tra quelle richieste ai fedeli; da ciò consegue che ella non può invocare la scriminante dell'esercizio del diritto di professare liberamente la propria fede religiosa. La Corte, a questo punto, fa espresso riferimento ai c.d. reati culturalmente orientati, ritenendo che, nel caso di specie, l'elemento del dolo, necessario per la configurazione del reato di concorso in esercizio abusivo della professione medica, manchi. Questo il punto centrale della decisione della Corte: «si tratta di cogliere, alla luce delle circostanze di fatto accertate dai giudici di merito, il processo di formazione di volontà dell'imputata, i suoi eventuali condizionamenti, la consapevolezza o meno in lei, nel decidere di far circoncidere il proprio bambino, di sottoporre lo stesso ad un intervento di chirurgia minore, che, secondo la nostra legislazione, è normalmente di competenza medica»³¹. Secondo il giudice di legittimità, «è certamente dato oggettivo incontestabile il difettoso raccordo che si determina tra una persona di etnia africana, che, migrata in Italia, non è risultata ancora integrata nel relativo tessuto sociale, e l'ordinamento giuridico del nostro Paese; non può tale situazione risolversi semplicisticamente a danno della prima, che, in quanto portatrice di un bagaglio culturale estraneo alla civiltà occidentale, viene a trovarsi in una oggettiva condizione di difficoltà nel recepire, con immediatezza, valori e divieti a lei ignoti». La Cassazione ritiene questi elementi non adeguatamente approfonditi nei precedenti gradi di giudizio e, valorizzando come l'imputata, accortasi dell'emorragia del figlio, non esitò a ricoverarlo in ospedale e a riferire ai sanitari, senza alcuna reticenza e con molta naturalezza, quanto era accaduto, annulla la sentenza mandando assolta l'imputata perché il fatto non costituisce reato, difettando il dolo³².

del gruppo e salvaguardia del diritto individuale alla integrità fisica, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale, rivista telematica, n. 22, 2019, p. 54.

³¹ La Corte fa riferimento alla notissima sentenza additiva della Corte Cost. n. 364 del 1988, che ha precisato il contenuto dell'art. 5 c.p.

³² La massima della sentenza: «la valutazione dell'inevitabilità dell'errore di diritto, rilevante ai fini dell'esclusione della colpevolezza, deve tenere conto tanto dei fattori esterni che possono aver determinato nell'agente l'ignoranza della rilevanza penale del suo comportamento, quanto delle conoscenze e delle capacità del medesimo».

3. La “circoncisione” femminile. L’art. 583-bis c.p. ed una decisione di merito.

La Legge 9.1.2007. n. 7 ha introdotto nel Codice Penale l’art. 583-bis³³, “Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili”³⁴, termine col quale, nel linguaggio non giuridico, si fa riferimento a pratiche molto differenziate, a seconda della zona di riferimento, dell’età della donna, dell’invasività dell’operazione, motivazione, reversibilità o irreversibilità.

L’Organizzazione Mondiale della Sanità definisce quali M.G.F.³⁵ «tutte le pratiche che comportano la rimozione parziale o totale dei genitali esterni femminili o altri danni agli organi genitali femminili, compiute per motivazioni culturali o altre motivazioni non terapeutiche»³⁶. La mutilazione, per essere penalmente rilevante, deve essere effettuata «in assenza di esigenze terapeutiche», elemento negativo del fatto tipico. Data la condizione personale dei soggetti coinvolti nelle M.G.F., l’errore sul fatto tipico, ai sensi dell’art. 47 C.p., può spesso ricorrere, così escludendo il dolo: il genitore spesso crede di agire per finalità terapeutiche. A giudizio di chi scrive occorre però procedere con particolare cura nell’accertamento dell’errore e dunque dell’elemento psicologico, sia per evitare zone franche o facili paraventi a chi non voglia inserirsi in contesti normativi differenti da quello di provenienza, sia per non frustrare la faticosa opera di sensibilizzazione, svolta da insegnanti ed operatori socioassistenziali, verso questi argomenti, cui spesso molti si sottraggono. Sovente, nella ripetizione di schemi culturali originari, gli uomini non partecipano al processo di acculturazione mediato dalle agenzie pubbliche e vietano alle loro mogli di prendervi parte; la giurisprudenza ha già trattato il caso di un padre, di fede islamica, che dichiara falsamente al medico che anche la madre, assente, acconsente alla circoncisione del minore³⁷. Se si ripete uno

³³ Per un esaustivo commento alla nuova figura criminosa si veda F. BASILE, in E. DOLCINI-G. MARINUCCI (a cura di), *Codice Penale Commentato*, IPOSA, 2006, art. 583-bis, nonché G. FORNASARI, *Mutilazioni genitali e pratiche rituali nel diritto penale*, in S. RODOTA – P. ZATTI (diretto da) *Trattato di biodiritto*, Vol. “I diritti in medicina”, cit., p. 715 ss, anche per profili comparatistica. Per una trattazione di ampio respiro, con riferimenti alle scienze non giuridiche ed alle fonti internazionali, si veda M. VENUTI, *Mutilazioni sessuali e pratiche rituali nel diritto civile*, in op. ult cit., p. 657 ss. Per le prime applicazioni giurisprudenziali, oltre a F. BASILE, *Il reato di “pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili” alla prova della giurisprudenza: un commento alla prima (e finora unica) applicazione giurisprudenziale dell’art. 583 bis C.p.. Nota a Corte d’Appello di Venezia 23 novembre 2012*, cit., anche C. PECORELLA, *La controversa interpretazione del dolo specifico del reato di lesioni agli organi genitali femminili*, in *www.immigrazione.it*, n. 196 del 15.7.2013

³⁴ Per i casi trattati dalla giurisprudenza antecedentemente si veda F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., pp. 224 e 225.

³⁵ Termine col quale, d’ora in poi, si indicheranno le mutilazioni genitali femminili.

³⁶ Cfr. F. BASILE, in E. DOLCINI-G. MARINUCCI (a cura di), *Codice Penale Commentato*, cit.

Esse sono suddivise in quattro tipi. I Tipo: escissione del prepuzio con o senza escissione parziale o totale della clitoride; II Tipo: escissione del prepuzio e del clitoride, con escissione parziale o totale delle piccole labbra; III Tipo: escissione di parte o della totalità dei genitali esterni con cucitura o restringimento del canale vaginale (infibulazione); IV Tipo: forare, trapassare o incidere la clitoride e/o le labbra; produrre una tensione della clitoride o delle labbra; cauterizzare, mediante ustione, la clitoride ed i tessuti circostanti; raschiare i tessuti attorno all’orifizio vaginale o incidere la vagina; introdurre nella vagina sostanze corrosive, causandone il sanguinamento, oppure erbe, per serrarla o restringerla.

³⁷ Cass. pen., sez. V, 20 agosto 2015, n. 35026, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2015, n. 3, p. 977 ss.

schema di separazione di genere nell'accesso alle plurime fonti di conoscenza delle norme e dei costumi del paese di immigrazione, tale condotta appare quantomeno negligente ai fini della conoscenza degli elementi materiali del fatto, se non della ignoranza della legge penale.

L'art. 583 *bis* c.p. annovera due reati, in ragione delle diverse condotte contemplate ai commi primo e secondo, che si pongono, a loro volta, in rapporto di specialità con il reato di cui all'art. 582 c.p. per la speciale indicazione della parte del corpo attinta dalla condotta – gli organi genitali della donna – e, per il comma secondo, in relazione al dolo specifico.

Al primo comma si rinvencono le condotte più gravi, che cagionano vere e proprie mutilazioni, puntualmente individuate dal legislatore «clitoridectomia, escissione, infibulazione e qualsiasi altra pratica che cagiona effetti dello stesso tipo» per la cui individuazione in concreto si può fare riferimento alla scienza medica per la clitoridectomia ed alle indicazioni dell'O.M.S. per le altre pratiche. Trattasi di reato a consumazione istantanea ad effetti permanenti, siccome la mutilazione integra la materialità del fatto.

Il secondo punisce chiunque «provoca, al fine di menomare le funzioni sessuali, lesioni agli organi genitali femminili diverse da quelle indicate al primo comma, da cui derivi una malattia nel corpo o nella mente», dunque delle lesioni. La formula utilizzata è identica a quella di cui all'art. 582 c.p. per cui, in base al più recente orientamento della Corte di Cassazione, occorre una limitazione funzionale o un significativo processo patologico o l'aggravamento di esso ovvero una compromissione delle funzioni dell'organismo, anche non definitiva, ma comunque significativa³⁸. In base alle classificazioni dell'O.M.S. possono rientrare in questa ipotesi quelle di cui al tipo IV (forare, trapassare o incidere la clitoride e/o le labbra; produrre una tensione della clitoride o delle labbra; cauterizzare, mediante ustione, la clitoride ed i tessuti circostanti; raschiare i tessuti attorno all'orifizio vaginale o incidere la vagina; introdurre nella vagina sostanze corrosive, causandone il sanguinamento, oppure erbe, per serrarla o restringerla), in alcuni casi certamente, in altri verificando il concreto insorgere della malattia. Le condotte vietate dal comma secondo, per essere penalmente rilevanti, debbono interessare gli organi genitali esterni³⁹.

L'unica sentenza nota a chi scrive è del Tribunale di Verona⁴⁰ che ha ritenuto sussistente il reato nel caso di «incisione della faccia antero-superiore del clitoride», effettuata su una minore in assenza di esigenze terapeutiche e per menomarne le funzioni sessuali.

³⁸ V. da ultimo, Sez. V, 15 maggio 2019, n. 33492, Rv. 276930 - 01. Questo orientamento restrittivo è seguito solo per le lesioni personali ma non, ad esempio, in tema di abuso dei mezzi di correzione o di disciplina (v. Sez. VI, 22 gennaio 2020, n. 7969, Rv. 27835201).

³⁹ F. BASILE, in E. DOLCINI – G. MARINUCCI (a cura di), *Codice Penale Commentato*, cit.

⁴⁰ Sentenza del 14 aprile 2010, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, p. 838–866, con nota di C. PECORELLA, *Mutilazioni genitali femminili: la prima sentenza di condanna*.

L'imputata, cittadina nigeriana ed ostetrica⁴¹, in realtà è condannata per due episodi, commessi in danno di due minorenni nigeriane, nella forma consumata per una bambina di due mesi e tentata – grazie all'arresto in flagranza – per una neonata di due settimane. Sono tratti a giudizio anche la madre della prima minore ed il padre della seconda. La richiesta dell'intervento della connazionale ostetrica è fatta per continuare una pratica diffusa nel Paese di origine e presso l'etnia Edo-bini; una delle madri riferisce delle forti pressioni della famiglia del marito affinché la figlia venga sottoposta all'operazione. L'istruttoria si concentra soprattutto sul dolo specifico e, in particolare, sui fini della pratica: occorre verificare se l'azione avesse lo scopo di «menomare le funzioni sessuali». Sebbene i testi più qualificati sentiti dal giudice – una docente di antropologia dell'educazione, una di pedagogia della mediazione ed un prete della Chiesa pentecostale appartenente all'etnica Edo-bini, alla quale aderiscono anche i genitori delle minori – riconducano la mutilazione ad un rito di inserimento della donna nella comunità, il Tribunale condivisibilmente dà maggiore peso alle dichiarazioni dei genitori delle minori: entrambi, infatti, confermano che l'intervento era stato richiesto per assicurare alle figlie una minore libidine sessuale in modo che i futuri sposi potessero essere sicuri della loro fedeltà; senza la pratica, inoltre, le due bimbe avrebbero rischiato l'esclusione sociale o il rifiuto delle nozze⁴², aspetto, quest'ultimo, che attiene però ai motivi dell'azione e non al dolo. Nel caso in esame, come risulta dall'accurata esposizione dei fatti in sentenza, che ha pure riconosciuto la diminuzione della lieve entità di cui all'ultima parte dell'art. 583 *bis*, c. 2, c.p., seppure, in via ipotetica, le lesioni non avrebbero necessariamente causato la limitazione della libertà sessuale, ciò non toglie nulla alla consumazione del delitto, poiché l'effettiva limitazione della libertà sessuale è estranea alla fattispecie. Quanto alla ignoranza scusabile della legge penale il Tribunale di Verona, pur dando atto che le condotte erano di pochi mesi successive all'introduzione della nuova fattispecie⁴³, ha stigmatizzato il mancato assolvimento dei doveri informativi e l'assenza di qualsivoglia fattore positivo esterno che abbia tratto in errore l'agente. Potrebbe aggiungersi anche che, pur prima dell'introduzione dell'art. 583 *bis* c.p., la condotta era vietata e sanzionata come lesione personale.

L'esigenza di coniare una disposizione *ad hoc* non è, dunque, frutto di un vuoto di tutela⁴⁴ ma risponde all'esigenza di dare uno specifico segnale circa la illiceità penale di tali comportamenti, fornendo una risposta sanzionatoria che è parsa, al legislatore, più adeguata: i beni giuridici tutelati, integrità psico-fisica, dignità e sessualità della donna, avevano bisogno di una norma che avesse una efficacia, anche simbolica, maggiore di quella offerta dal delitto di lesioni personali aggravate; una norma apposta, inoltre, manda un messaggio diretto alle donne, specialmente immigrate, facendo

⁴¹ La donna svolgeva questa professione nel solo Paese di origine ma non in Italia ed era stata imputata per un fatto identico, plausibilmente sussunto sotto la fattispecie della lesione personale per la sua data di commissione, poi dichiarato prescritto. Nel caso deciso dal Tribunale di Verona ella rispondeva anche di esercizio abusivo della professione.

⁴² In questo punto le deposizioni dei testi qualificati sostanzialmente convergono con quelle degli imputati.

⁴³ Questo elemento, assieme ad altri, è stato recuperato nel bilanciamento delle circostanze e nella commisurazione della pena.

⁴⁴ Il delitto di lesioni personali gravi o gravissime ben avrebbe potuto punire le medesime condotte.

percepire loro quale sia la regola di condotta vigente in Italia, così sollecitandole alla denuncia di comportamenti penalmente rilevanti. È infatti dato acquisito che nessuna religione impone esplicitamente queste pratiche, per cui esse ricadono nella categoria delle circoncisioni rituali/tradizionali e sono spesso segno evidente, *in corpore alieno*, della superiorità dell'uomo sulla donna e la sentenza scaligera dimostra anche quanto possa essere insidioso il ricorso a canoni ricostruttivi necessariamente astratti e lontani, anche geograficamente, dal territorio di provenienza – la testimonianze di esperti seppur molto qualificati –. Per queste considerazioni e per quanto risulta dai dati empirici e delle organizzazioni internazionali cui si è fatto riferimento nel primo paragrafo, non sembrano condivisibili le opinioni di chi ha stigmatizzato, nel reato di cui all'art. 583 *bis* c.p., l'aspetto "culturalmente dis-orientato" quale mezzo per imporre scelte di valore eurocentriche⁴⁵.

Ai sensi del comma n. 3, «la pena è aumentata di un terzo quando le pratiche di cui al primo e al secondo comma sono commesse a danno di un minore», così apprestando una tutela rafforzata ai minorenni, chiunque sia il soggetto attivo del reato, ed anche se il reato è nella forma concorsuale. Così, ad esempio, nel caso di M.G.F. su bambina minorenni, risponderanno del delitto, nella forma aggravata di cui al terzo comma, non solo chi materialmente pratica l'intervento, sia esso medico o meno, ma anche i genitori che lo hanno richiesto. Gli esercenti la responsabilità genitoriale, inoltre, possono rispondere del reato anche qualora la pratica non sia stata da loro richiesta, a titolo di causalità omissiva in base all'art. 40. c.p., per la posizione di garanzia costituita dall'art. 147 c.c. a tutela della integrità psicofisica della prole. Un esempio potrebbe essere quello delle nozze combinate laddove la pratica sia richiesta al "medico" dalla famiglia del futuro sposo, nulla opponendo i genitori della minorenni.

La dottrina ha anche evidenziato, forse con maggiore fondamento, l'asprezza del trattamento sanzionatorio⁴⁶. A giudizio di chi scrive deve però osservarsi come l'introduzione di fattispecie autonome sottragga al bilanciamento le circostanze attenuanti dell'art. 583 c.p. – come avveniva nell'applicazione delle lesioni personali dolose. Il fenomeno, inoltre, da un punto di vista giudiziario, emerge difficilmente e spesso per puro caso: esso solitamente è portato alla luce o da un'indagine per altri reati – come accaduto, ad esempio, nel caso deciso dal Tribunale di Verona, grazie ad una fortuita intercettazione – o quando si debba ricorrere alle cure mediche per scongiurare la morte del minore. Una pena edittale contenuta condannerebbe alla sicura ineffettività la sanzione penale per via della prescrizione. Tale eventualità non sarebbe scongiurata nemmeno dal comma 2 *bis* dell'art. 158 c.p., introdotto dalla L. n. 103/2917, dal momento

⁴⁵ In particolare, E. CESQUI, *Le mutilazioni genitali femminili e la legge*, in *Questione giust.*, 2005, e L. MIAZZI, *Il diverso trattamento giuridico delle modificazioni genitali maschili e femminili, ovvero: dai reati culturali ai reati coloniali*, in *Dir., Imm., Citt.*, 2010.

⁴⁶ F. BASILE, *Società multiculturali, immigrazione e reati 'culturalmente motivati' (comprese le mutilazioni genitali femminili)*, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 2007, IV, p. 1343; A. BERNARDI, B. PASTORE, A. PUGIOTTA, (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto oggi. Un percorso interdisciplinare*, Giuffrè Editore, 2008. Non mancano in dottrina voci favorevoli ed alla penalizzazione specifica ed al trattamento sanzionatorio scelto, con un'attenta analisi alla concreta realtà fenomenica e dei lavori preparatori: C. PECORELLA, *Mutilazioni genitali femminili: la prima sentenza di condanna*, cit., p. 860 e ss.

che l'articolo 583 *bis* c.p. non è contenuto nell'art. 392, c. 1 *bis* c.p.p., al quale la prima delle norme citate fa riferimento per fare decorrere il termine prescrizione dalla maggiore età del minore persona offesa. Nella condotta di mutilazione non c'è soltanto un "fatto di lesione personale" ma uno specifico intento penalizzante della donna e, talvolta, del minore, che merita un trattamento sanzionatorio differenziato rispetto a quello di cui all'art. 582 c.p.⁴⁷ Ad ogni modo, e per concludere in punto di dosimetria della pena, l'ultima parte del comma n. 2 dell'art. 583 *bis* c.p. prevede un'attenuante ad effetto speciale «se la lesione è di lieve entità» e la sentenza veronese ha saputo ricondurre, con appropriatezza, all'interno della forma più mite gli elementi "culturali" del fatto e dei suoi autori.

Il comma n. 4 prevede che «le disposizioni del presente articolo si applicano altresì quando il fatto è commesso all'estero da cittadino italiano o da straniero residente in Italia, ovvero di cittadino italiano o di straniero residente in Italia. In tal caso, il colpevole è punito a richiesta del Ministro della giustizia». Questa disposizione è particolarmente opportuna giacché le pratiche di cui si discorre sono praticate all'estero, nel Paese di origine, spesso durante una vacanza o un soggiorno *ad hoc*, e ciò avviene non solo per condividere tale momento con la comunità di appartenenza, ma anche nella speranza di sottrarsi ai rigori della legge penale dello Stato di residenza⁴⁸.

All'esercente una professione sanitaria ritenuto responsabile del delitto è applicabile la sanzione accessoria dell'interdizione dalla professione «da tre a dieci anni» (art. 583 *ter*, c.p., che prevede anche la comunicazione della sentenza all'Ordine di appartenenza).

4. Esercizio della responsabilità genitoriale ed autodeterminazione del minore sul proprio corpo.

Gli argomenti a cui si è fatto cenno, comportando la manomissione del corpo, possono essere riguardati in un'altra prospettiva, quella della responsabilità genitoriale e del consenso dell'avente diritto. La sentenza di legittimità che ha trattato, seppure incidentalmente, della circoncisione ebraica ritiene che il consenso prestato dal genitore renda lecita la pratica e tale affermazione è ricorrente in giurisprudenza⁴⁹. Si può provare a mettere in discussione quella che appare una opinione non sempre approfondita a sufficienza: il rapporto tra rappresentanza – dei genitori – ed incapacità – del minore. Se nel caso di interventi di tipo medico viene in rilievo il problema del rapporto medico paziente, dunque del diritto alla salute ed all'autodeterminazione, per tutte le altre

⁴⁷ Vedi anche le considerazioni di R. FATTIBENE, *Verso una Risoluzione dell'Onu per l'abolizione delle mutilazioni genitali femminili a livello mondiale. Il trattamento giuridico di questa pratica tra atti internazionali, modelli culturali e normative nazionali*, in *www.aic.it*, 4/2012, p. 8, che si esprime in senso favorevole al trattamento sanzionatorio.

⁴⁸ I due casi precedenti all'introduzione dell'art. 583 *bis* c.p. sono avvenuti in effetti all'estero. Vedi Trib. Milano, sez. IV penale, sent. 25.11.1999, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, II, 2000, pp. 148 ss.; la massima è pubblicata anche in *Gui. Dir.*, V, 2006, p. 23.

⁴⁹ V. anche, in motivazione, Sez. 3, n. 49778 del 18/05/2018 - dep. 31/10/2018, V, Rv. 27396401.

pratiche si dovrà fare riferimento ai diritti di volta in volta pertinenti, quali professare la religione o autodeterminarsi sul proprio corpo⁵⁰.

Il minorenne, seppur soggetto alla regola dell'art. 2 c.c., ma "paziente" nella pratica circoncisoria o infibulatoria, può esprimere un consenso? Se sì, in che termini e facendo riferimento a quali disposizioni?

La dottrina tradizionale ritiene che la regola dell'art. 2 c.c. sia insuperabile per cui l'infradiciottenne sarebbe rappresentato dai propri genitori anche per prestare il consenso ad un atto di natura medica e per qualsiasi manomissione del proprio corpo⁵¹. Questa opinione sembra però fortemente influenzata dal tempo storico in cui il Codice civile vide la luce, quello del fervore teorico intorno alla categoria del negozio giuridico: la concezione della volontà come elemento essenziale del contratto e, dunque, incapacità di agire in relazione alla invalidità contrattuale. L'incapacità, travolta dal profilo economico, taglia i ponti con gli altri aspetti per atteggiarsi come principio generale, funzionale all'intera categoria del negozio che, per ragioni di coerenza sistematica, va applicato sia alla dimensione patrimoniale che a quella personale, tanto che le disposizioni sulla capacità, gli artt. 1 e 2 c.c., vengono poste all'apertura del Codice, quali attributi della persona.

Le radici dell'opinione tradizionale sono state magistralmente illustrate, anche da un punto di vista linguistico e filosofico, osservando che «l'*auctoritas* è la proprietà dell'*auctor*, cioè della persona *sui iuris* (il *pater familias*) che interviene – pronunciando la formula tecnica *auctor fio* – per conferire validità giuridica all'atto di un soggetto che da solo non può porre in essere un atto giuridico valido. Così l'*auctoritas* del padre «autorizza», cioè rende valido, il matrimonio del figlio *in potestate* [...] il termine deriva dal verbo *augeo* [...] il significato originario del verbo [...] non è semplicemente «accrescere qualcosa che già esiste» ma «produrre qualcosa dal proprio seno, far esistere» [...] l'atto dell'*auctor* non si fonda su qualcosa come un potere giuridico di rappresentanza cui egli è investito (rispetto al minore o all'incapace): esso scaturisce direttamente dalla sua condizione di *pater*»⁵². La dottrina giuridica, dal canto suo, ha riconosciuto da tempo un'evidente commistione, nell'opinione tradizionale, che ha ascendenze romanistiche⁵³, tra aspetti patrimoniali e personali, con prevalenza dei primi⁵⁴. È però dubbio che la regola generale dell'incapacità di agire sino al compimento della maggiore età sia utilizzabile anche in ambiti non patrimoniali. Più in generale, se

⁵⁰ L'argomento, piuttosto complesso, qui può essere solo abbozzato, rinviando alla bibliografia in nota per maggiori approfondimenti.

⁵¹ G. IADECOLA, *Potestà di curare e consenso del paziente*, C.E.D.A.M., 1998, p. 59. In ambito civilistico, seppure non con specifico riferimento alla questione qui trattata, si veda la posizione di A. TRABUCCHI, *Il «vero interesse» del minore e i diritti di chi ha l'obbligo di educare*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, p. 716 ss., sui cui testi si sono formate generazioni di operatori del diritto. Recentemente F. RUSCELLO, *Minore età e capacità di discernimento: quando i concetti assurgono a "supernorme"*, commento a Trib. Min. Milano, Decreto 15.2.2010, in *Fam. Dir.*, n. 4, 2011, p. 717 ss.

⁵² G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Milano, Bollati Boringhieri, ristampa 2012, p. 97-99.

⁵³ v. A. GUARINO, *Pagine di diritto romano*, Napoli, Jovene, 1993, 105 ss.

⁵⁴ Si rimanda alle magistrali esposizioni di F. GIARDINA, *La Maturità del minore nel diritto civile*, in *Nuova. Giur. civ. Comm.*, 2004, p. 95 ss. e di P. ZATTI, *Maschere del diritto volti della vita*, Giuffrè, 2009, p. 124.

può essere messo in discussione, in base a dati testuali, che la regola dell'art. 2 c.c. abbia valore generale a fronte delle innumerevoli ipotesi di "anticipazione" dell'età richiesta per il compimento di singoli atti⁵⁵, risulta difficile costruire in maniera coerente il rapporto tra la regola e l'eccezione⁵⁶, quasi che la tradizione codicistica impedisca un ragionamento non condizionato dal profilo patrimoniale.

Per giustificare l'incapacità del minorenni anche negli aspetti personali si fa leva pure sull'art. 320 c.c., facendo rientrare nella dizione «atti civili» i profili di rappresentanza per le questioni non patrimoniali⁵⁷. Anche in ambito medico avviene tale spostamento poiché, in assenza di disposizioni speciali relative ai trattamenti sanitari, è sembrato inevitabile rifarsi all'unica regola certa, quella della maggiore età, anche a tutela del sanitario, ma essa è apparsa insoddisfacente, proprio perché ritagliata sul traffico giuridico e non sulle esigenze di cura e salute⁵⁸. A dire il vero già il dato testuale, «atti civili», inserito in un corpo di norme che fa unico e diretto riferimento ad aspetti patrimoniali, prova meno di quanto gli si voglia far dire⁵⁹. L'art. 320 c.c. se letto anche in relazione al successivo art. 321 c.c., sistematicamente, e sulla scorta dell'intenzione del

⁵⁵ L'incapace può compiere quegli atti che non richiedano una attività negoziale, come acquisire diritti per invenzione ed occupazione, oppure testimoniare, nonché quelli che, pur richiedendo attività negoziale, siano di poco rilievo economico, come l'acquisto di riviste, libri e vestiario; occorrerà invece valutare la sua capacità caso per caso per gli atti non negoziali, ammettendosi quelli volti a tutelare i propri interessi (messe in mora, diffide, interruzione della prescrizione), oppure quelli dovuti (es. l'adempimento). Relativamente agli aspetti personali, l'infanciotta deve prestare il proprio assenso al riconoscimento tardivo, può chiedere al giudice la nomina di un curatore speciale per promuovere l'azione di disconoscimento della paternità o di impugnazione del riconoscimento falso, può riconoscere il figlio naturale. Il minore dai quattordici ai sedici anni acquista la capacità lavorativa (l. 67/77), sebbene non quella per alcuni atti ad essa connessi come quietanze, rinunzie e transazioni; può decidere in merito all'insegnamento religioso confessionale, partecipare agli organi elettivi della scuola ed alla vita associativa in generale (anche politica); a quattordici anni può, ai sensi dell'art. 4, c. 3, D.P.R. 31 agosto 1994, n. 394, rinunciare alle comunicazioni all'autorità consolare previste dall'art. 7, D.L.vo 286/1998.

Dalla ricognizione di queste norme si evince che prima della maggiore età l'ordinamento riconosce al minorenni una serie variegata di "capacità anticipate", sia in ambito patrimoniale che personale, e che pertanto la sola considerazione dell'art. 2 c.c. è limitativa.

⁵⁶ «Comunemente si afferma che l'ordinamento giuridico, in virtù dell'articolo in esame, riconosce all'individuo la capacità di agire nel momento in cui questi raggiunge la maggiore età, sì che le altre situazioni comprese nell'espressione "età diverse" degradano ad eccezioni [...] se la legge consente di porre in essere un atto giuridico a un'età inferiore, si è di fronte a un'ipotesi di capacità d'agire speciale», così P. STANZIONE, sub art. 2, in G. PERLINGIERI (a cura di), *Codice civile annotato*, U.T.E.T., 1980, p. 174.

⁵⁷ Anche dottrina molto attenta alle indicazioni costituzionali e di certo non tacciabile di posizioni conservatrici fa propria questa ricostruzione: L. LENTI, *Il consenso informato ai trattamenti sanitari per i minorenni*, in S. RODOTÀ'- P. ZATTI (diretto da) *Trattato di biodiritto*, Vol. "I diritti in medicina", cit., p. 417.

⁵⁸ G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente. Consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, Giuffrè, 2008, p. 148 ss.; C. VIGNALI, *La tutela della salute del minore*, in *Dir. Fam. Pers.*, 2005, p. 1430.

⁵⁹ Secondo G.T. Parma, dec. 7.6.2011, in *Fam. Dir.*, 2011, p. 791: «non sussiste un principio generale secondo cui al sostituto ex lege nell'attività giuridica (cioè al rappresentante legale) va riconosciuto sempre e comunque il potere di esprimere il consenso informato in nome e per conto del rappresentato, peraltro difficilmente conciliabile con l'orientamento giurisprudenziale di legittimità che neppure nella più grave ipotesi dell'interdizione per infermità di mente riconosce al Tutore il potere di compiere gli atti c.d. personalissimi in mancanza di una specifica attribuzione normativa, non rinvenibile nella generica rappresentanza dell'interdetto in tutti gli atti civili».

legislatore, fa esplicito riferimento alle sole questioni patrimoniali.⁶⁰ Ma, a monte, è proprio l'interpretazione tradizionale della norma a non convincere, poiché essa è rimasta ferma, quanto a teoria delle fonti, evoluzione legislativa, acquisizioni psicologiche, all'epoca dell'emanazione del Codice. Esistono innumerevoli ipotesi in cui il minore, per espressa disposizione di legge o per interpretazione sistematica, può – e deve – prestare personalmente il consenso ad un trattamento sanitario e dunque alla manomissione del proprio corpo⁶¹.

Dando per scontato che l'operatore sanitario debba rifiutarsi di intraprendere qualunque intervento che, pur assentito dai genitori e dal minore, sia pregiudizievole per quest'ultimo⁶², possono essere individuate alcune macro-aree.

Nel caso di minore incapace di autodeterminarsi l'unica volontà giuridicamente rilevante è quella dei soggetti che ne hanno la legale responsabilità. Il potere rappresentativo legalmente attribuito assurge a strumento di protezione di un soggetto che, sebbene sia titolare di diritti, non può ancora esercitarli. Progredendo nella maturazione, possono aversi soggetti che, sebbene non del tutto incapaci, non siano ancora però del tutto maturi. In questa ampia e scivolosa zona possono individuarsi diverse categorie di atti: per alcuni il soggetto ha una sufficiente capacità di autodeterminarsi, per altri non ancora. «Il rapporto tra la potestà genitoriale e la libertà

⁶⁰ In questi termini P. DI MARZIO, *Istituti di protezione del figlio naturale minore e consenso alla donazione di midollo osseo*, nota a T. M. Perugia, dec. 26.4.1999, in *Dir. Fam. Pers.*, 2000, p. 645 ss. e, in giurisprudenza, Corte d'Appello di Ancona, dec. 26.3.1999, in *Dir. Fam. Pers.*, 1999, p. 665. L'opinione è ritenuta abbandonata da autorevole dottrina (cfr. L. LENTI, *Il consenso informato ai trattamenti sanitari per i minorenni*, cit., 429, anche per ulteriori riferimenti bibliografici) che, per giustificare tale conclusione, fa riferimento all'art. 155, c. 3, c.c., come novellato dalla L. 54 del 2006. In realtà l'articolo distingue sì tra decisioni di ordinaria e straordinaria amministrazione, ma non fa riferimento al potere rappresentativo per gli atti civili e dunque non supera il rilievo secondo cui gli articoli 320 e 321 c.c., ed il relativo potere di rappresentanza, sono riferibili ai soli aspetti patrimoniali della potestà e non a quelli di natura personale.

⁶¹ Per una disamina più approfondita, che è impossibile in questa sede, si rimanda a V. SELLAROLI, F. CUCCA, A. SANTOSUOSSO, *Shared genetic data and the rights of involved people*, in *“Revista de Derecho y Genoma Humano/Law and the Human Genome Review”*, Universidad de Deusto di Bilbao, Spagna, 2007, n. 26, pp. 193-23; G. LA FORGIA, *Il consenso informato del minore “maturo” agli atti medico-chirurgici: una difficile scelta d'equilibrio tra l'auto e l'etero-determinazione*, in *Fam. Dir.*, 2004, p. 413; L. NANNIPIERI, *Il corpo (ovvero la salute) dei minori: il difficile e dinamico equilibrio tra libertà e potestà, autonomia ed eterodeterminazione*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Atti di disposizione del proprio corpo*, cit.; M. PICCINNI, *Il consenso al trattamento medico del minore*, CEDAM, 2007; G. MASTRANGELO – V. SELLAROLI, *Trattamento medico e lesioni dell'integrità fisica del minore. Autodeterminazione, tutela, responsabilità dei genitori, dei professionisti sociosanitari e delle forze dell'ordine*, Maggioli, 2014.

Fuori dal giuridico si segnalano le bellissime pagine di P. CARBONE (a cura di), *L'adolescente prende corpo*, Il Pensiero Scientifico, 2010 nonché R. BRANCATELLA, *Problematiche medico legali legate all'infezione da Hiv per i minori che si rivolgono ai servizi pubblici*, in *Minorigiustizia*, 2/2009.

In giurisprudenza, sebbene con riferimento al T.S.O. ma con una esaustiva trattazione del problema, Trib. Min. Milano, Decreto 15.2. 2010, in *Fam. Dir.*, n. 4, 2011, p. 717 ss., con commento di F. RUSCELLO, *Minore età e capacità di discernimento: quando i concetti assurgono a “supernorme”*; Trib. Min. Milano, Decreto 21.1.2011, in *Fam. Min.*, n. 3, 2011, p. 63 ss., con commento di F. BILOTTA, *Il rappresentante legale non può imporre la sua volontà sulla salute del ragazzo*.

⁶² Pregiudizievole perché dannoso alla salute, inadatto alla patologia, sintomatico di uno scorretto esercizio dei compiti dei genitori, sintomatico di maltrattamento, ecc.

dei minori, nella sfera degli atti personali tra i quali rientrano certamente il diritto alla salute e la libertà di disporre del proprio corpo, risulta inevitabilmente dinamico, sotto una duplice prospettiva: diacronica (affievolendosi progressivamente la potestà con il progredire dell'età) e sincronica (essendo possibile che, in un dato momento, il minore sia "capace" per un certo atto ed "incapace" per un altro)⁶³. L'individuazione di quali siano, in concreto, gli atti rientranti in ciascuna delle due categorie non potrà prescindere da una valutazione caso per caso di vari indici⁶⁴. L'apprezzamento della capacità sarà operato, in prima battuta, dai soggetti, diversi dall'autorità giudiziaria, coinvolti nel caso. Quando permanga il dissidio, il caso potrà essere segnalato all'autorità giudiziaria minorile oppure ordinaria che, per il tramite di un provvedimento limitativo della responsabilità genitoriale, definirà il contenuto ed i limiti dei diritti in questione. Se si rinuncia, come appare ormai doveroso, a ritenere lo sbarramento posto dall'art. 2 c.c. insuperabile, deve ammettersi la capacità del minore ad autodeterminarsi in alcuni aspetti relativi alla cura di sé, con innegabili riflessi anche sui nostri temi. L'art. 336 c.c., "Ascolto del minore", introdotto dal D.L.vo 28.12.2013 n. 154, offre ulteriori argomenti in tal senso.

5. Le scriminanti degli articoli 50 e 51 c.p.: una sentenza della Corte di Appello di Colonia e della Alta Corte d'Inghilterra e Galles.

Se ci si pone in una prospettiva diversa rispetto al rapporto tra la rappresentanza legale ed i diritti del minore, è possibile rileggere i problemi affrontati dalla giurisprudenza a cui si è fatto cenno.

Per la circoncisione ebraica, la Cassazione ritiene che la condotta astrattamente configurabile il reato di lesioni personali sia scriminata dalla causa di giustificazione del consenso dell'avente diritto, «prestato validamente ed efficacemente dai genitori del neonato»⁶⁵. Tale opinione, *de iure condito*, condivisibile circa il limitato aspetto della titolarità al consenso, nel caso di un bambino entro gli otto giorni di vita⁶⁶, non può essere seguita qualora il paziente abbia un'età maggiore e certamente qualora esso sia capace di esprimere un aperto dissenso. Allargando la visuale ad altri aspetti – intangibilità del corpo, libertà religiosa⁶⁷, libertà sessuale –, se è pur vero che gli articoli della Costituzione 19 e 30 offrono protezione alla scelta di far circoncidere i figli, il rispetto dei diritti

⁶³ L. NANNIPIERI, *Il corpo (ovvero la salute) dei minori*, cit., p. 270.

⁶⁴ Quali età, esperienze di vita, educazione ricevuta, famiglia d'origine, precedenti esperienze in ambito sanitario, stato della tecnica, reversibilità o meno dell'intervento. Per numerose esemplificazioni sia consentito rimandare a G. MASTRANGELO – V. SELLAROLI, *Trattamento medico e lesioni dell'integrità fisica del minore*, cit.

⁶⁵ Cfr. Sez. VI, 22 giugno 2011, n. 43646. Anche da ultimo la III sezione penale (n. 49778 del 18/05/2018 - dep. 31/10/2018, V, Rv. 27396401) ha ritenuto, sebbene sotto altro profilo, che ai fini del consenso ad un tampone vaginale fosse sufficiente il consenso del genitore, senza motivare specificamente il convincimento.

⁶⁶ Termine entro il quale tale pratica culturale deve essere praticata.

⁶⁷ Critico sulla prevalenza della libertà di culto rispetto ai diritti dei minori si mostra R. BOTTA, *La condizione degli appartenenti a gruppi religiosi di più recente insediamento in Italia*, in *Dir. Eccl.*, 2000, p. 362 ss.

inviolabili di costoro deve prevalere qualora il minore abbia gli strumenti per manifestare proprie idee al riguardo. La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989⁶⁸ riconosce al minore il diritto alla libertà di coscienza e di religione e la Legge del 18.6.1986, n. 141, all'art. 1, regola la scelta circa l'insegnamento della religione cattolica, riconoscendo tale diritto allo studente minorenni.

Non possono sottacersi, inoltre, le concrete difficoltà di gestire un'eventuale disparità di opinioni tra gli esercenti la responsabilità genitoriale. Le ipotesi di soggetto talmente piccolo da ritenere scriminante il consenso prestato dai genitori possono risultare complicate nei casi di affidamento esclusivo del minore ad uno solo di essi dal momento che, sia in dottrina che in giurisprudenza, si registrano due opinioni divergenti. Per un primo orientamento⁶⁹, salva diversa indicazione nel provvedimento che decide in ordine all'affidamento, le scelte sanitarie, ed in tal caso anche religiose, sarebbero comunque da effettuarsi col consenso di entrambi i genitori. Altri sostengono che il genitore affidatario in via esclusiva possa assumere tale decisione in tutta autonomia, proprio perché l'altro è stato ritenuto inadatto ad una condivisione delle responsabilità genitoriali⁷⁰; questo ultimo, dunque, potrà agire solo nei limiti del potere di vigilanza sulle condizioni di vita del figlio⁷¹, comunque riconosciutigli, eventualmente attivandosi, anche in via d'urgenza, qualora l'altro genitore metta in pericolo il figlio – ad esempio avendo intenzione di far circoncidere in casa e da personale non medico il figlio neonato – oppure non ne rispetti i diritti personali – qualora il minore rifiuti l'operazione di circoncisione che il genitore affidatario esclusivo voglia fargli praticare ad ogni costo. Nel caso di contrasto tra genitori conviventi circa l'opportunità dell'operazione o le modalità della sua effettuazione, la norma di riferimento è l'art. 316 c.c., novellato.

Il consenso dell'avente diritto, di cui all'art. 50 c.p., può scriminare il comportamento illecito nelle altre ipotesi, quali la circoncisione non sorretta da motivi religiosi e le pratiche di M.G.F.?

Iniziando dal paziente minorenne naturalisticamente incapace, le ipotesi di cui al primo comma dell'art. 583-bis c.p. non possono essere mai scriminate dal consenso eventualmente prestato dai suoi genitori. Innanzitutto l'art. 5 c.c. vieta gli atti di disposizione «del proprio corpo» quando cagionino «una diminuzione permanente dell'integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico ed

⁶⁸ Ratificata dall'Italia con la Legge 176/1991.

⁶⁹ T. M. Catania, dec. 23.5.2007; T. M. Trento, dec. 11.4.2006 e da ultimo, seppure *obiter*, Cass. Civ. sez. I., sent. 10 Maggio 2011, n. 10265, in *Fam. e dir.*, 2011, p. 1095 ss., con commento di G. MANSI, *Figli naturali e potestà genitoriale tra l'art. 317-bis c.c. e la L n. 54/2006*. In dottrina G. CASABURI, *Il nuovo regime dell'affidamento*, in *Giur. mer.*, 2006, p. 51; G. DE MARZO, *L'affido condiviso. Profili sostanziali*, in *Foro It.*, 2005, p. 91

⁷⁰ Trib. Catania, ord. 1.6.2006; T. M. Cagliari, dec. 16.4.2007, in *Fam. Min.*, 2007, p. 82. In dottrina, M. SESTA, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: profili sostanziali*, in *Fam. Dir.*, 2006, p. 380.

⁷¹ Per i problemi che si pongono per il minore convivente con un solo genitore, in mancanza di provvedimenti di affidamento Trib. Min. di Milano, Decreto 7.2.2012, in *Fam. Dir.*, n. 6/2012, p. 607-611, con commento di M. SESTA, *Per l'esercizio comune della potestà dei genitori naturali occorre la convivenza*; in *Nuov. Giur. Civ. Comm.*, n. 9/2012, pp. 736-742, con commento di G. MANSI, *L'art. 317 bis cod. civ. resta il referente normativo primario per l'esercizio della potestà sui figli naturali*.

al buon costume». Ciò che è vietato sul proprio corpo lo è, a maggior ragione, sul corpo di soggetti di cui si ha la responsabilità. Le suddette pratiche inoltre, provocano, indubbiamente, una diminuzione permanente dell'integrità fisica e, se praticate su minori, possono essere ritenute contrarie al buon costume⁷². I genitori rivestono una posizione di garanzia a tutela dell'integrità psicofisica dei figli minori, non solo in ambito sessuale⁷³, per cui le pratiche di mutilazione sono assolutamente da escludere, anche perché, a ben vedere, il genitore che le facesse praticare sui propri figli ben potrebbe essere limitato nella responsabilità genitoriale⁷⁴.

Più dubitativa è la soluzione per le ipotesi di lesione di cui al comma n. 2, art. 583-bis c.p. e per le pratiche circoncisorie. A giudizio di chi scrive, pur nella consapevolezza di autorevoli opinioni discordanti⁷⁵, esse non possono comunque essere autorizzate dai genitori, e dunque non sono scriminate. Trattasi, pur sempre, di interventi sul corpo del figlio minore, spesso praticati senza anestesia, anche per la valenza iniziatica di tali pratiche, non sorretti da giustificazioni religiose, e comunque non utili alla salute del minore. Di fronte alla valenza meramente culturale/tradizionale di tali pratiche, al loro collegamento con il diritto del genitore ad impartire al figlio la cultura che egli desidera⁷⁶, dunque all'attinenza alle esigenze dell'adulto, alla possibilità di trasmettere valori con strumenti forse più aggiornati e certamente meno invasivi, ed alla possibilità del figlio, una volta naturalisticamente o giuridicamente capace di

⁷² La nozione di ordine pubblico e di buon costume, termini non riferibili alla sola dimensione sessuale, è molto discussa; per diffusi riferimenti si veda R. SACCO, in R. SACCO- G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, U.T.E.T., 2004, Tomo II, 66). La dottrina sta tentando, da tempo, una lettura del concetto più in linea con i valori costituzionali; in argomento si veda L. CRUCIANI, *Limiti agli atti di disposizione del corpo: dal binomio ordine pubblico-buon costume alla dignità*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Atti di disposizione del proprio corpo*, cit., p. 197 ss.

⁷³ Sez. III, sentenza 1.12.2005, n. 3124, in *Riv. Pen.*, 2006, p. 684: «la posizione di garanzia verso i propri figli, costituita dall'art. 147 cod. civ. in capo al genitore, comporta l'obbligo per costui di tutelare la vita, l'incolumità e la moralità sessuale dei minori contro altrui aggressioni».

⁷⁴ Si veda T. M. Torino, decreto 17 Luglio 1997, in *Min. Giust.*, 1999, p. 145.

⁷⁵ S. SEMINARA, *La dimensione del corpo nel diritto penale*, cit., p. 204, afferma che «rispetto a queste lesioni [...] la loro natura non permanente consente di affermare l'efficacia scriminante del consenso dell'interessata e, nel caso di condotta praticata – come di consueto avviene – su minore, non esclude in linea di principio il valido consenso dei genitori». A favore dell'opinione esposta nel testo si esprime M. VENUTI, *Mutilazioni sessuali e pratiche rituali nel diritto civile*, cit., p. 678 ss.

⁷⁶ Seppure sussiste un diritto dei genitori ad educare i figli secondo le proprie convinzioni religiose e filosofiche, come riconosciuto anche dalla C.E.D.U., caso *Folgerø*, 29.6.2007, parimenti sussiste, in capo ai figli, seppur minori d'età, quella che in dottrina è stata definita "libertà di formarsi una coscienza", di cui l'ordinamento reca traccia in alcune previsioni sull'istruzione – libertà di coscienza degli alunni, libera scelta dell'ora di religione, che diventa personale dal quattordicesimo anno d'età ex artt. 2 e 310 del T. U. sull'istruzione, d.lgs. 297/1994, divieto di insegnamenti religiosi "diffusi", ex art. 9, L. 449/1984 –, nonché nella tutela dei minori nella disciplina radiotelevisiva – art. 4, c. 1, T. U. della radiotelevisione, D.lgs. 177/2005 – e nelle fonti internazionali (Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989, resa esecutiva in Italia con la L. 176/1991, che riconosce al minore sia il diritto alla libertà di coscienza che di religione). Prima della L. 7/2006 il rapporto tra questi due fasci di diritti è stato affrontato da T. M. Torino, decreto 17.7.1997, cit., sul quale si sono espressi A. FACCHI, *Politiche del diritto, mutilazioni genitali femminili e teorie femministe: alcune osservazioni*, in *Dir., Imm. e Citt.*, 2004, p. 13; A. GUAZZAROTTI, *Giudici e Islam. La soluzione giurisprudenziale dei «conflitti culturali»*, in *Studium Iuris*, 2002, p. 871.

accedere, seppure in seguito, a tali riti, la tutela della persona minore da interventi di terzi, seppure genitori, sembra prevalente. Nella giurisprudenza inglese, la *England and Wales High Court (Family Division)*, sebbene per superare le contrapposte idee dei genitori, si è dato rilievo alla necessità di attendere che i due minorenni acquisissero la maturità richiesta per dare il loro eventuale consenso all'intervento⁷⁷.

Del resto, e concludendo sul punto, lo stesso art. 5 c.c., nelle letture più aggiornate⁷⁸, deve essere interpretato alla luce del principio della dignità umana e della realizzazione del pieno sviluppo della personalità: ora, se è pur vero che la trasmissione di valori tradizionali e/o culturali è indubbiamente un fattore di arricchimento e di sviluppo della personalità, quantomeno in termini identitari, ciò non toglie che la trasmissione di tali valori per il tramite della manomissione del corpo su soggetti di cui si ha la responsabilità appare comunque lesiva della dignità di costoro e, a fronte della possibilità di ottenere i medesimi scopi con misure meno cruenti⁷⁹, questa seconda modalità sembra più conforme al diritto e dunque prevalente. Tale opinione sembra rafforzata se si confronta quanto detto coi limiti all'intervento sul corpo del minorenne per la tutela del diritto alla salute. La Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina, nota come Convenzione di Oviedo⁸⁰ all'art. 6, Protezione delle persone che non hanno la capacità di dare consenso, dispone che «[...] un intervento non può essere effettuato su una persona che non ha capacità di dare consenso, se non per un diretto beneficio della stessa». L'interpretazione più convincente della disposizione tutta e del sintagma «diretto beneficio» è quella che lo intende: medico, quindi con esclusione di interventi che non abbiano una valenza terapeutica⁸¹, e volto alla esclusiva e diretta tutela di un interesse del minore, con esclusione di benefici anche indiretti, quale può essere il riferito processo di trasmissione di valori.

Per le medesime ragioni non può ritenersi operante la scriminante prevista dall'art. 51 c.p., qualora invocata dal genitore. A titolo di esempio valga l'argomento del genitore che, intendendo adempiere ad un dovere sentito come inderogabile nella propria cultura d'origine, faccia circoncidere la figlia minore, giacché senza tale pratica ella sarebbe esclusa da matrimoni con correligionari o comunque destinata ad una sorte nuziale deteriore. Siccome il diritto da esercitare o il dovere da adempiere debbono essere valutati alla stregua dell'intero ordinamento, la giustificazione avanzata dal genitore, per i motivi già esposti, non potrebbe trovare accoglimento⁸².

Se si aderisce all'opinione secondo cui l'infradiciottenne è titolare del diritto ad autodeterminarsi, seppure con i limiti visti in precedenza, occorre domandarsi se egli

⁷⁷ England and Wales High Court (Family Division), 5 aprile 2016, [2016] EWHC 849 (Fam).

⁷⁸ R. ROMBOLI (a cura di), *Atti di disposizione del proprio corpo*, cit.

⁷⁹ Si pensi alla trasmissione dei valori tradizionali/culturali con l'esempio, la trasmissione orale e scritta.

⁸⁰ Ratificata dall'Italia con la L. 28.3.2001, n. 145.

⁸¹ Ad esempio, un intervento di chirurgia estetica.

⁸² Da un punto di vista civilistico, sul piano risarcitorio il pregiudizio arrecato al minore sarebbe risarcibile, grazie al combinato operare degli articoli 2043 c.c., 2, 3, 13, 32 Cost.

Il genitore, inoltre, non potrebbe invocare le norme del proprio Paese d'origine, scritte o consuetudinarie, che eventualmente ammettano le pratiche suddette, poiché l'art. 31 della L. 218/1995 impedisce l'ingresso di tali norme in quanto contrarie all'ordine pubblico.

possa esprimere un valido consenso alle “pratiche circoncisorie”. Quanto alle ipotesi più gravi di cui al primo comma dell’art. 583-*bis* c.p. deve escludersi una tale possibilità, siccome esse contemplanò una lesione permanente dell’integrità fisica⁸³. Le ipotesi, più lievi, di cui al secondo comma, a giudizio di chi scrive, possono essere autorizzate dal minore naturalisticamente capace⁸⁴. Occorrerà valutare attentamente la maturità della minore che voglia sottoporsi a tale pratica, specialmente per escludere qualsiasi condizionamento da parte di soggetti diversi, specialmente i genitori. Per la circoncisione ebraica, se è vero che la Cassazione ne ha riconosciuto la liceità in base all’esercizio del diritto alla libertà religiosa, non può non rilevarsi come, di fronte a pratiche che sono sia religiose che culturali, la scelta dell’una o dell’altra categoria da parte del giudice sia insidiosa e – come visto a proposito del caso trattato dal Tribunale di Verona – fondata su elementi ricostruttivi, dal punto di vista antropologico, non sempre affidabili⁸⁵.

Nella giurisprudenza tedesca sembra molto interessante, anche per il profilo dell’errore inevitabile, un caso infine deciso dalla Corte di Appello di Colonia⁸⁶.

Un bambino viene sottoposto ad una circoncisione effettuata secondo la migliore arte medica e col consenso di entrambi i genitori, musulmani, ma, dopo qualche giorno, per una emorragia, è condotto in ospedale e da lì la incriminazione del medico - anch’egli musulmano. La sentenza di primo grado è di piena assoluzione: la circoncisione da un lato assicura al minore l’appartenenza alla comunità⁸⁷ ed evita che egli sia escluso dai suoi pari, dall’altra, sotto l’aspetto dell’integrità fisica del paziente, essa è giustificata dai vantaggi igienici e profilattici. Anche in appello il medico viene assolto ma per un’altra ragione: di fronte alla giurisprudenza che ammetteva, seppur incidentalmente tale pratica, egli sarebbe incorso in un errore di diritto inevitabile. In secondo grado – ed è questo il punto interessante della decisione – i giudici affermano che il diritto di educare i figli non può prevalere sul diritto, del minore, all’autodeterminazione ed alla integrità fisica. La decisione ha suscitato vive polemiche in Germania e, come si vedrà, ha reso necessario un intervento legislativo apposito.

⁸³ In pratica, debbono applicarsi gli stessi principi elaborati per le lesioni personali.

⁸⁴ G. FORNASARI, *Mutilazioni genitali e pratiche rituali nel diritto penale*, cit., p. 720, limita tale possibilità alla «donna maggiorenne».

⁸⁵ Si veda I. RUGGIU, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, FrancoAngeli, Milano, 2012.

⁸⁶ È disponibile il testo in italiano della decisione, *Landgericht Köln*, 7 maggio 2012, assieme alla nota di W. BEULKE, A. DIEBNER, “... Un piccolo taglio per un uomo, una grande tematica per l’umanità”. *Perché la sentenza del Landgericht di Colonia sulla circoncisione di un minore per motivi religiosi non convince*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, n. 2, 2013, p. 839 ss. Su questa decisione v. inoltre A. RATTI, [Circoncisione rituale maschile: riflettendo su una recente decisione della corte distrettuale di Colonia](#), in *diritticomparati.it*, 17 settembre 2012.

⁸⁷ Certo il minore, un domani, volendo decidere a quale credo accedere, si sarebbe trovato con un ben evidente segno dell’appartenenza all’Islam.

6. Due decreti del Tribunale dei Minorenni e le stime del fenomeno.

Premesso che le decisioni assunte circa l'esercizio della responsabilità genitoriale si basano su valutazioni diverse da quelle prese in sede penale, possono essere brevemente esaminati alcuni casi partendo da quanto deciso dal T. M. di Torino nel 1997⁸⁸.

Una bimba di sei mesi viene condotta in Nigeria dai genitori e sottoposta ad intervento di escissione che interessa le piccole labbra e parte del clitoride. Rientrata in Italia è ricoverata per le complicanze dell'intervento. Il T.M. l'affida ai servizi socioassistenziali del Comune, disponendo che alle dimissioni dal nosocomio fosse collocata in comunità, potendo incontrare i genitori con modalità protette. Viene disposta un'istruttoria per verificare le competenze genitoriali, anche con la consulenza di una mediatrice culturale⁸⁹ e la minore riaffidata ai genitori⁹⁰. Il T.M. di Bologna nel 2006⁹¹ si è occupato di un caso analogo: famiglia di origine egiziana in cui il padre esercita sulle figlie e la moglie un potere tradizionale ed autoritario, in adesione a suoi codici culturali. La maggiore, sedicenne, allontanatasi da casa, aveva subito una infibulazione in Egitto ed è promessa sposa di un connazionale ventinovenne, la sorella dodicenne è in predicato per un intervento simile, la più piccola subisce l'atteggiamento dispotico del padre⁹². Il Tribunale, dunque, colloca la maggiore in una comunità stabilendo incontri osservati e protetti con i genitori, subordinati al suo consenso. Il profilo di maggiore interesse è rappresentato da una specifica limitazione della potestà⁹³ consistente nel divieto di sottoporre le minori a «pratiche che comportano lesioni corporali e mutilazioni»⁹⁴.

Sembra sussistere uno scollamento tra la realtà sociale dell'infibulazione sui minori e le decisioni assunte dall'A.G. minorile in proposito.

A fronte di due precedenti editi e delle ricerche sui motori di ricerca, le cifre riportate da altre fonti sembrano suggerire la presenza di un fenomeno assai più

⁸⁸ T. M. Torino, decreto 17.7.1997, cit., sul quale si sono espressi A. FACCHI *Politiche del diritto, mutilazioni genitali femminili e teorie femministe*, cit., p. 13; A. GUAZZAROTTI, *Giudici e Islam*, cit., p. 871.

⁸⁹ Il parere si può leggere in *Minorigiustizia*, 1999, p. 144 ss: E. AGHATISE, *Parere in ordine alla circoncisione femminile in uso presso l'etnia Edo Benin del sud-ovest della Nigeria*.

⁹⁰ Nel provvedimento si sottolineano le ragioni culturali della scelta, il fatto che l'intervento era stato praticato in una struttura sanitaria nigeriana e dunque da medici, che la bimba era stata condotta in ospedale in Italia ai primi sintomi

⁹¹ T. M. Bologna, decreto 8.5.2006, in *Dir. Imm. Citt.*, 2006, p. 175 ss.

⁹² Divieto di studiare, matrimoni combinati, percosse quali metodo educativo.

⁹³ In tali casi, a dire il vero, i genitori potrebbero essere addirittura dichiarati decaduti dalla stessa. Il problema sta nell'applicazione di eventuali norme straniere di diritto internazionale privato (L. 218/1995, art. 36, "Rapporti tra genitori e figli": «I rapporti personali e patrimoniali tra genitori e figli, compresa la responsabilità genitoriale, sono regolati dalla legge nazionale del figlio») che, qualora non consentissero limitazioni nel lato paterno o la sua ablazione, dovrebbero essere dichiarate contrarie all'ordine pubblico (L. 218/1995, art 16). Per quanto a conoscenza di chi scrive non esistono provvedimenti di tal genere.

⁹⁴ A ciò il T.M. aggiungeva il divieto di condurle all'estero, ma tale limitazione della responsabilità genitoriale è ricorrente nei casi di genitori stranieri che possano sottrarre i figli alla giurisdizione italiana.

diffuso⁹⁵, che però sfugge alla giurisdizione e che, stando ai rapporti delle Nazioni Unite, riguarda minori sempre più piccoli, perché così è più facilmente nascosta. Stando al *“Female genital mutilation in the European Union - Report” -2013*, secondo uno studio statistico nel 2011:

A) sarebbero giunte in Italia 3.095 donne provenienti da Paesi in cui si praticano le M.G.F.;

B) l’Italia, dopo Malta, sarebbe la nazione con la più alta percentuale sul totale di donne richiedenti asilo;

C) l’Italia, dopo la Svezia e la Francia, avrebbe il numero più alto (1.092), di richiedenti asilo a cui, nei Paesi di origine, sarebbe stata praticata una M.G.F.

Data la forte trasmissione culturale di queste pratiche, è facile comprendere il numero di minorenni che, in Italia, hanno subito queste pratiche. Nessuno dei Paesi europei ha un sistema di raccolta dati affidabile e le decisioni giudiziarie disponibili sono sparute per tutta l’Unione; sebbene il Regno Unito sia stato il primo Paese europeo a proibire le mutilazioni genitali femminili col *Prohibition of Female Circumcision Act del 1985* la stampa ha denunciato, anche lì, una enorme differenza tra la realtà giudiziaria ed il costume sociale⁹⁶. Il caso trattato dal Tribunale di Verona dimostra come, in fase d’indagine, a questi reati ci si arrivi per pura casualità o, come dimostrato dalle altre decisioni, in seguito ad un accesso in ospedale.

7. Gli strumenti internazionali.

Da tempo gli strumenti internazionali si occupano di questi problemi, forse anche nella piena consapevolezza del significato culturale delle mutilazioni femminili⁹⁷. Esse possono considerarsi come un «“marcatore sessuale”, che incide sui corpi delle donne la loro appartenenza di genere. Da una parte provvedono ad asportare la parte “maschile” dell’apparato genitale femminile, la clitoride [...] dall’altra, oltre a manipolarne il corpo,

⁹⁵ http://www.conquistedellavoro.it/cdl/it/Diritto_Rovescio/Immigrati/info-428374962.htm,
<http://www.ausl.bologna.it/news/archivio-2013/ausnews.2013-02-05.3367974893>,
<http://www.qelsi.it/2012/infibulazione-una-pratica-atroce-e-disumana-sulla-donna-da-debellare-in-italia-e-nel-mondo/>,
<http://www.angelilli.it/it/page.asp?VisImg=S&Art=2839&Cat=1&IdTipo=0&TB=&CCA=23&IdMenu=&IdMenu2>,
<http://www.assistentsociali.org/immigrazione/infibulazione-e-mutilazioni-dei-genitali-femminili-3.htm>.

La Risoluzione O.N.U. 67/146 del 20.12.2012 sottolinea il dato statistico: «evidence of an increase in the incidence of female genital mutilations being carried out by medical personnel in all regions in which they are practised». Un dato è ancora più allarmante: l’età della pratica si è abbassata di molto nei Paesi che la sanzionano penalmente poiché quanto più essa è precoce tanto più può essere nascosta. Nel 2015 chi scrive ha contattato tutti i T.M. d’Italia per chiedere se fossero state assunte decisioni limitative della responsabilità genitoriale in ragione di MGF ricevendo risposta negativa.

⁹⁶ *Hidden world of female genital mutilation in the UK*, BBC Newsnight.

Cfr. <http://www.bbc.co.uk/news/health-18900803>.

⁹⁷ Per un’ampia ed aggiornata rassegna dei principali strumenti si segnala questo sito:

<https://www.saperidoc.it/flex/cm/pages/ServeBLOB.php/L/IT/IDPagina/823>.

le Mgf costruiscono anche l'aspetto fisico di ogni donna, le proporzioni e l'armonia tra le sue varie parti, l'*exis*, le posture e il portamento, dotandola di quegli automatismi corporei che in maniere diverse rappresentano in ogni cultura la "femminilità". Le Mgf sono dunque una forma di disciplinamento del corpo femminile, attraverso cui viene perseguita una strategia di assoggettamento delle donne, in vista dello scambio matrimoniale»⁹⁸.

Il problema risulta avvertito già nel 1979, Convenzione ONU sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti della donna⁹⁹, che impegna ciascun Stato firmatario a prendere ogni misura adeguata «al fine di modificare gli schemi ed i modelli di comportamento socioculturale degli uomini e delle donne e di giungere ad una eliminazione dei pregiudizi e delle pratiche consuetudinarie o di altro genere, che siano basate sulla convinzione dell'inferiorità o della superiorità dell'uno o dell'altro sesso o sull'idea di ruoli stereotipati degli uomini e delle donne» (art. 5, lettera a)¹⁰⁰. Con specifico riferimento ai minori, la Convenzione ONU sui diritti del fanciullo¹⁰¹, impegna i suoi firmatari ad adottare «ogni misura efficace atta ad abolire le pratiche tradizionali pregiudizievoli per la salute dei minori»¹⁰². Passando agli strumenti non vincolanti¹⁰³, deve segnalarsi la Risoluzione ONU n. 48/104 del 1993 sull'eliminazione della violenza contro le donne che, nel definire tale fenomeno, include le mutilazioni genitali¹⁰⁴. Questi primi interventi a livello internazionale hanno aumentato la consapevolezza del problema sia nei Paesi di provenienza delle pratiche mutilatorie che in quelli di immigrazione. Tre strumenti recentissimi appaiono particolarmente interessanti.

⁹⁸ C. PASQUINELLI, *Donne africane in Italia (Mutilazioni dei genitali femminili, identità di genere e appartenenza etnica)*, in *Quest. Giust.*, 2001, p. 487. Qui è possibile solo accennare anche ad un altro problema: l'impatto della pratica di M.G.F. e delle sue ragioni culturali su una minore lesbica o con disturbo dell'identità di genere.

⁹⁹ Del 18.9.1979, firmata dall'Italia e ratificata con la L. 14.3.1985, n. 132.

Le Convenzioni ONU sono trattati internazionali veri e propri che vincolano gli Stati firmatari al loro rispetto, come comunemente accade per gli accordi bilaterali o plurilaterali tra Stati al di fuori dell'Organizzazione delle Nazioni Unite.

¹⁰⁰ Il testo integrale è consultabile sul sito www.onuitalia.it.

¹⁰¹ Del 20.11.1989, firmata dall'Italia e ratificata con la L. 27.5.1991, n. 176

¹⁰² Il testo integrale è consultabile sul sito

http://www.camera.it/_bicamerale/leg14/infanzia/leggi/Legge%20176%20del%201991.htm.

¹⁰³ Le risoluzioni dell'Assemblea Generale dell'O.N.U. non sono vincolanti. Hanno però, a determinate condizioni, valore come prassi degli Stati oppure come veri e propri trattati qualora equiparino la loro violazione alla violazione della Carta O.N.U. Sul punto si veda B. CONFORTI, *Diritto Internazionale*, Napoli, E.S., 2006, p. 54 ss. e, dello stesso Autore, *Le Nazioni Unite*, Padova, CEDAM, 1996, p. 285 ss.

¹⁰⁴ «La violenza contro le donne dovrà comprendere, ma non limitarsi a, quanto segue: a) La violenza fisica, sessuale e psicologica che avviene in famiglia, incluse le percosse, l'abuso sessuale delle bambine nel luogo domestico, la violenza legata alla dote, lo stupro da parte del marito, le *mutilazioni genitali femminili e altre pratiche tradizionali dannose per le donne*, la violenza non maritale e la violenza legata allo sfruttamento [...]» (art. 2). «Gli Stati dovrebbero condannare la violenza contro le donne e *non dovrebbero appellarsi ad alcuna consuetudine, tradizione o considerazione religiosa* al fine di non ottemperare alle loro obbligazioni quanto alla sua eliminazione. Gli Stati dovrebbero perseguire con tutti i mezzi appropriati e senza indugio una politica di eliminazione della violenza contro le donne» (art. 4).

Per il testo in italiano: http://unipd-centrodirittiumani.it/it/strumenti_internazionali/Dichiarazione-sulleliminazione-della-violenza-contro-le-donne-1993/27.

7.1. Segue: Risoluzione O.N.U. 67/146 del 20.12.2012.

Richiamando quanto già detto sul valore legale delle risoluzioni, quella che ci interessa¹⁰⁵, la risoluzione dell'O.N.U.:

1) segue un approccio pragmatico, evidenziando la materialità del problema: *«female genital mutilations are an irreparable, irreversible abuse that impacts negatively on the human rights of women and girls, affecting about 100 million to 140 million women and girls worldwide, and that each year an estimated further 3 million girls are at risk of being subjected to the practice throughout the world [...] female genital mutilations are a harmful practice that constitutes a serious threat to the health of women and girls, including their psychological, sexual and reproductive health, [...] and that the abandonment of this harmful practice can be achieved as a result of a comprehensive movement that involves all public and private stakeholders in society, including girls and boys, women and men»;*

2) dà esatto e grande rilievo all'educazione di tutti i soggetti coinvolti nel problema¹⁰⁶ nonché al diretto coinvolgimento dei minori in azioni positive a loro tutela: *«calls upon States to strengthen advocacy and awareness-raising programs, to mobilize girls and boys to take an active part in developing preventive and elimination programs to address harmful practices, especially female genital mutilations, and to engage community and religious leaders, educational institutions, the media and families »;*

3) sottolinea la necessità di intervenire sul versante dei servizi socioassistenziali nonché sul processo di acculturazione verso una sensibilità maggiormente consapevole delle tematiche relative al genere¹⁰⁷;

4) valorizza i mezzi di comunicazione come veicolo per la trasmissione, anche all'interno delle famiglie, di una immagine adeguata della donna;

5) richiede una verifica degli impegni assunti e delle strategie di contrasto alle mutilazioni femminili di modo che i principi siano tradotti in fatti – *« to put in place adequate accountability mechanisms at the National and local levels to monitor adherence to and implementation of these legislative frameworks»* – evidenziando, come già rappresentato circa i provvedimenti della giurisdizione minorile, la necessità di sviluppare metodi

¹⁰⁵ Consultabile integralmente in lingua inglese :

http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/67/146&Lang=E.

¹⁰⁶ *«Calls upon States to enhance awareness-raising and formal, non-formal and informal education and training in order to promote the direct engagement of girls and boys, women and men and to ensure that all key actors, Government officials, including law enforcement and judicial personnel, immigration officials, health-care providers, community and religious leaders, teachers, employers, media professionals and those directly working with girls, as well as parents, families and communities, work to eliminate attitudes and harmful practices, in particular all forms of female genital mutilations, that negatively affect girls».*

¹⁰⁷ *«Reviewing and revising school curricula, educational materials and teacher-training programmes and elaborating policies and programmes of zero tolerance for violence against girls, including female genital mutilations, and to further integrate a comprehensive understanding of the causes and consequences of gender-based violence and discrimination against women and girls into education and training curricula at all levels».*

affidabili di rilevazione e misurazione delle forme di violenza e discriminazione contro le ragazze «*especially forms that are underdocumented, such as female genital mutilations*».

L'approccio seguito, multidisciplinare, a vasto raggio, non concentrato sulle sole misure penali ma esteso all'acculturazione, agli interventi socioassistenziali ed alla partecipazione attiva delle comunità interessate alla risoluzione del problema sembra però poco in linea con il *modus operandi* dei legislatori nazionali, troppo spesso disorganici; inoltre dovrebbe riflettersi anche circa le dotazioni dei servizi socioassistenziali per farsi carico, tra i mille problemi della minore età, anche di questo. Gli imputati nel caso trattato dal Tribunale di Verona – par. n. 3) –, per dimostrare la ignoranza incolpevole del precetto, avevano fatto leva sul fatto che, sebbene la L. n. 7 del 2006, assieme all'introduzione dell'art. 583 *bis* c.p., prevedesse anche campagne di informazione, queste non fossero state fatte nel loro territorio.

7.2. *Segue: Risoluzioni del Parlamento Europeo sull'abolizione delle mutilazioni genitali femminili 2012/2684 del 14.6.2012 e 2014/2511 del 6.2.2014.*

La risoluzione è un atto privo di valore legale vincolante, risolvendosi in un documento del Parlamento europeo con valore di raccomandazione rivolto al Consiglio o alla Commissione europea. Data però la legittimazione politica del Parlamento europeo, eletto direttamente dai cittadini degli Stati membri, nonché i rapporti tra questa assise e gli altri Organismi dell'Unione Europea, la sua forza "persuasiva", da un punto di vista politico, è maggiore di quella della raccomandazione delle Nazioni Unite.

Questi i punti di maggiore interesse della risoluzione del 2012:

1) si sottolinea, ancora una volta, l'estraneità della mutilazione a ragioni mediche di sorta – «*injury to female genitals for non-medical reasons*» –;

2) il fenomeno, allarmante in Europa, è sottostimato dalle statistiche ufficiali¹⁰⁸;

3) esso, «*cannot be considered part of a religion*» e l'eventuale giustificazione da un punto di vista antropologico culturale è inammissibile – «*such violations can under no circumstances be justified on grounds of respect for cultural traditions of various kinds or for initiation ceremonies*»–;

4) è necessaria un'opera di sensibilizzazione multilivello¹⁰⁹, come già richiesta dai documenti O.N.U. cui il Parlamento Europeo fa ampio richiamo, nonché l'impiego di appropriate risorse economiche.

¹⁰⁸ «*At least 500 000 women and girls in Europe are living with female genital mutilation and an estimated 180 000 girls are at risk, according to the WHO; whereas, according to experts, these figures are underestimated and do not take into account second-generation or undocumented migrants*».

¹⁰⁹ «*[...] the Commission [...] stresses the importance of awareness-raising, community mobilization, education and training [...] the full involvement of all key actors, including religious and community leaders and those working directly with girls, including parents, families and communities*».

Nella risoluzione del 2014¹¹⁰ il Parlamento Europeo si è mosso ancora in avanti, consapevole anche di una maggiore forza e legittimazione politica. Oltre a quanto c'è di comune con la risoluzione precedente, sembra importante sottolineare questi aspetti:

1) l'affermazione, nel considerando B, che la M.G.F. costituisce una «violazione dei diritti fondamentali» di donne e bambine ed è «contraria ai principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea»;

2) lo scollamento tra la diffusione del fenomeno e la sua repressione penale¹¹¹ e l'invito ad un sistema effettivo di rilevazione dei dati che permetta anche una comparazione tra i dati di ciascun Paese;

3) il pressante invito rivolto alla Commissione affinché assuma «una posizione rigida nei confronti dei paesi terzi che non condannano la mutilazione genitale femminile».

7.3. *Segue: Risoluzioni del Consiglio d'Europa sull'integrità fisica dei minori, n. 13042 del 2.10.2012 e n. 1952 del 2013.*

Nonostante anche questi documenti non siano vincolanti, essi riguardano un numero di Stati ben maggiore di quelli dell'Unione Europea e si segnalano per la loro accuratezza¹¹². La trattazione delle mutilazioni genitali è inserita in un contesto più ampio, che permette di raccordare, in questo paragrafo, i vari temi trattati sinora. La necessità di tale atto del Consiglio d'Europa risiede nella scarsa attenzione prestata al fenomeno dalle politiche e dalla legislazione europea¹¹³.

Si fa qui riferimento principalmente alla prima delle due risoluzioni, anche perché la seconda non se ne discosta di molto. La risoluzione si concentra sulle «*violations of the physical integrity of children*», realizzabili in diversi modi: MGF, circoncisione maschile per ragioni religiose, «*medical interventions during the early childhood of intersex*

¹¹⁰ Disponibile in italiano <https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0105+0+DOC+XML+V0//IT>.

¹¹¹ «Il numero delle donne che hanno subito mutilazioni genitali o ne sono a rischio in Europa è stimato a 500 000, mentre le azioni penali contro tali reati sono ancora rare».

¹¹² <http://www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-DocDetails-EN.asp?FileID=20057&lang=EN>; <https://www.biodiritto.org/Biolaw-pedia/Normativa/Consiglio-d-Europa-Risoluzione-1952-2013-integrita-fisica-dei-minori>.

¹¹³ «*The Assembly points out, however, that a certain category of human rights violations against children is not yet explicitly covered by any international or European policy or legal instrument: the medically unjustified violations of children's physical integrity as specified in Assembly Resolution 1952 (2013) on "Children's right to physical integrity"*» (3., Recommendation).

children»¹¹⁴, *piercing*, tatuaggi e chirurgia plastica¹¹⁵. Essa riconosce che il semplice dato della minore età è insufficiente per ritenere scriminante il consenso manifestato dagli esercenti la responsabilità genitoriale, laddove esorta gli Stati ad adottare «*specific legal provisions to ensure that certain operations and practices will not be carried out before a child is old enough to be consulted*» (7.7, Resolution)¹¹⁶. Gli Stati sono esortati ad esaminare le «*non-medically justified operations and interventions impacting on the physical integrity of children [...] and to carefully consider them in light of the best interests of the child in order to define specific lines of action for each of them*» (7.1, Resolution).

Il criterio discrezionale per valutare l'ammissibilità delle pratiche manomissorie del corpo del minore è il suo miglior interesse. La categoria del “*best interest*”, tradotto in italiano, anche grazie alla formula utilizzata nella lingua francese, come “miglior interesse” del minore o “superiore interesse del minore”, non è nuova ed è ampiamente utilizzata dalle convenzioni internazionali. Le clausole aperte sono scivolose non solo nel diritto penale ma, sebbene per altre ragioni, anche nel diritto civile: «nell'interpretazione giurisprudenziale, l'interesse del minore è spesso servito per far entrare nel giudizio l'ideologia dell'interprete o è stato utilizzato come vuota clausola di stile»¹¹⁷. Chi scrive riterrebbe più opportuno parlare di diritti¹¹⁸ perché la clausola aperta dell'interesse del minore si presta a manipolazioni e fraintendimenti, tanto che ne è dubbia la sua legittimità costituzionale. Il punto critico del criterio di soluzione improntato sull'interesse del minore risiede nella «ambiguità del rapporto tra interesse del minore e suoi diritti (è l'interesse del minore strumento di attuazione o sostitutivo rispetto ai diritti del minore?)»¹¹⁹.

La risoluzione richiama la necessità di penalizzare le condotte stigmatizzate, prevedendo clausole di punibilità anche per i fatti commessi all'estero, come ha fatto il legislatore italiano nell'articolo 583 *bis* c.p.

Per quanto concerne le pratiche circoncisorie, a valenza religiosa e dunque ritenute scriminate nell'ordinamento italiano, la risoluzione raccomanda un quadro operativo più preciso, a garanzia dei minori, ritenendo necessario «*clearly define the*

¹¹⁴ «The term “intersex” refers to atypical and internal and/or external anatomical sexual characteristics, where features usually regarded as male or female may be mixed to some degree. This is a naturally occurring variation in humans and not a medical condition. It is to be distinguished from transsexuality, a phenomenon where someone has an evident sex, but feels as if he or she belongs to the other sex and is therefore ready to undergo a medical intervention altering his or her natural sex. The notion of intersex however, does not clearly indicate whether one needs to speak about a third sex between the two others or if a clear indication of a sex is simply renounced» (49., Explanatory Memorandum).

¹¹⁵ Elementi contenuti nel *Summary*. Si tralasceranno qui i problemi relativi a *piercing*, tatuaggi, chirurgia plastica, emotrasfusioni nei minori figli di Testimoni di Geova.

¹¹⁶ Anche la *Recommendation* contiene uno specifico riferimento alla «*child participation*» tra i «*main pillars of effective child rights strategies*» (1.)

¹¹⁷ M. PICCINNI, *Informazione e consenso nel caso del paziente minore*, in *Curare e prendersi cura. Temi di bioetica e di biodiritto*, a cura di P. FUNGHI, FrancoAngeli, 2009, p. 171.

¹¹⁸ Invero il riferimento ai diritti – *rights* – dei minori è presente nell'*Explanatory Memorandum* della risoluzione.

¹¹⁹ M. PICCINNI, *op. loc. ult. cit.* Non sono mancate riflessioni per definire che cosa sia l'interesse del minore, come, recentemente, AA.VV., *L'interesse del bambino: proviamo a ripensarlo davvero in ogni situazione*, in *Min. Giust.*, FrancoAngeli, 2011, III.

medical, sanitary and other conditions to be ensured for practices which are today widely carried out in certain religious communities, such as the non-medically justified circumcision of young boys» (7.5.2, Resolution). Nei casi di circoncisione maschile il miglior interesse del minore può essere inteso in maniera così ampia da comprendere il diritto a «not to be discriminated against or marginalised within the own religious community» (21., Explanatory Memorandum), e questa è la posizione dei rappresentanti religiosi, dimentica però che i minori sono titolari di diritti¹²⁰ e dunque non dovrebbero essere oggetto di interventi non strettamente necessari alla tutela di diritti fondamentali o il cui esercizio, se rimandato all'acquisizione della capacità di autodeterminarsi, possa risultare comunque utile.

L'Explanatory Memorandum dedica grande attenzione ad un fenomeno di solito negletto e sul quale le riflessioni sono forse state più medico scientifiche che giuridiche: i minori intersex.

In Italia sembra esserci stato un solo caso giudiziario, deciso dal T.M. di Potenza nel 1993¹²¹, relativo ad un minore con pseudoermafroditismo¹²². La condizione personale dei soggetti intersex è trattata con vari tipi di interventi, chirurgici ed ormonali¹²³, ciascuno dei quali è comunque fortemente impattante sul paziente e spesso l'assegnazione chirurgica prematura del sesso – cioè nei primi anni o mesi di vita – si rivela errata da un punto di vista psicologico¹²⁴. Ancora una volta il consenso del minore appare qualificante: gli interventi dovrebbero essere effettuati «at an age where children can give their consent. Legal loopholes therefore need to be overcome in most countries, now that

¹²⁰ «children are subjects of rights», (21., Explanatory Memorandum).

¹²¹ T. M. Potenza, dec. 29 Luglio 1993, in *Dir. Fam. Pers.*, 1993, p. 1199 ss.

¹²² T. M. Potenza, ult. cit. I dati statistici non sono numerosi; in Svizzera si calcola che ogni anno tra i 20 ed i 30 bambini nascono con tali problemi, cfr. *Swiss National Advisory Commission on Biomedical Ethics, Zum Umgang mit Variationen der Geschlechtsentwicklung (On the Handling of Variations of Sex Development)*, Stellungnahme No. 20/2012, Bern, November, 2012.

¹²² Complesso di condizioni patologiche in cui non si ha completa concordanza tra l'aspetto degli organi genitali esterni ed il tipo delle gonadi. In altre parole, in questi soggetti si possono avere organi genitali esterni di tipo maschile, mentre le gonadi sono di tipo femminile, cioè ovaie (p. femminile), oppure organi genitali esterni di tipo solo parzialmente maschile, o incerto, e le gonadi di tipo maschile, cioè testicoli (p. maschile). Questo termine si contrappone a quello di ermafroditismo, condizione in cui coesistono nello stesso individuo gonadi di entrambi i sessi, o con caratteri bisessuali. Lo pseudoermafroditismo femminile è una condizione patologica più frequente di quella maschile.

¹²³ «Different empirical studies in Germany have shown that until now 96% of all intersex persons across different categories had received hormonal therapy. 64% of persons concerned had received a gonadectomy, 38% a reduction of their clitoris, 33% vaginal operations and 13% corrections of their urinal tract. Many had been submitted to a series of operations and were confronted with post-operative complications. Relevant treatment was traumatising for them and often involved humiliating procedures such as being exposed to large groups of medical professionals and students studying this curious phenomenon. For many, the interventions linked to their syndrome had long-term effects on their mental health and well-being» (54., Explanatory Memorandum).

¹²⁴ Occorre infatti tenere presente che la percezione della propria sessualità è data non solo dai caratteri sessuali fisici, ma anche da una componente psicologica, come appare evidente nei casi di transessualismo. Queste le considerazioni della relatrice sul problema: «where such conditions appear, they have a considerable impact on people's lives, especially if sex-determining operations are undertaken at an early age and without asking children's consent. Next to medical complications and subsequent suffering, there are cases where the "wrong" sex had been assigned to children at an early age, which did not correspond to their own feeling» (55., Explanatory Memorandum).

more medical knowledge about the phenomenon is available, in particular to differentiate between the few cases where operations in early childhood are acceptable or appropriate and the great number of cases where the children concerned must participate in decisions concerning their sex in order to be heard about their personal perceptions and feelings» (56., Explanatory Memorandum).

La discussione sui problemi accennati coinvolge diverse posizioni giuridiche, *in primis* i diritti dei minori, quelli dei genitori ed in particolare il diritto alla libertà culturale e religiosa; la relattrice, Ms. Rupperecht, riassume benissimo i problemi di queste intersezioni: *«the rights of parents (and their possible limits) need to be examined closely, as they are generally the ones giving their consent to the interventions in question. Some of the central questions to be examined in this respect are: under which circumstances can it be justified to interfere with the physical integrity of children and under which conditions? Through which means (political or legal) shall these conditions be guaranteed, in other words should parents' possibilities to decide on behalf of their children be limited by law and how could they be made aware of risks and alternatives through other means?» (8., Explanatory Memorandum).* Il diritto al rispetto della vita privata e familiare e quello alla libertà di pensiero, coscienza e religione, rispettivamente tutelati dagli articoli 8 e 9 della CEDU costituiscono un limite all'intervento legislativo: non può esservi ingerenza di una pubblica autorità nell'esercizio di tali diritti a meno che essa, oltre ad essere prevista per legge, costituisca *«una misura che, in una società democratica, è necessaria alla [...] protezione della salute [...] o dei diritti e delle libertà altrui»*¹²⁵.

Il conflitto tra i diritti dei minori e quelli di chi ne ha la responsabilità deve essere risolto casisticamente, senza gerarchie di valori precostituite, ma tenendo chiari alcuni punti:

1) *«“children are not mini human beings with mini human rights” but enjoy the full set of human rights just like any adult person, and that, additionally, they benefit from the right to special protection and support for their development as set out by various international standards and national legislations» (71., Explanatory Memorandum);*

2) il *munus* genitoriale, da un lato strumento di protezione e dall'altro di limitazione dei diritti altrui, si giustifica se e solo se è diretto a tutelare o implementare i diritti del minore¹²⁶;

3) nel rispetto dei diritti dei genitori, lo Stato deve operare un bilanciamento tra le posizioni coinvolte, anche munendo di sanzione penale alcuni comportamenti particolarmente gravi.

¹²⁵ Questa clausola di salvaguardia, contenuta in entrambi gli articoli, ha numerose sfaccettature; si veda C. PITEA, L. TOMASI, *sub art. 8, II*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, CEDAM, 2012

¹²⁶ Sulle ragioni giustificatrici delle autorità private si veda C. M. BIANCA, *Le autorità private*, Jovene, 1977; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. II, *La famiglia, Le successioni*, Giuffrè, 2005, 5 ss, sottolinea come la potestà perda spazio «di fronte al prevalere dell'autonomia personale dei figli nella condotta e nelle scelte di vita».

8. Conclusioni: la necessità di un confronto aperto sul consenso dell'avente diritto anche in ambito minorile.

Se il consenso dell'avente diritto viene liberato, come sembra necessario, dagli aspetti storici, dalle incrostazioni della tradizione – quelle patrimoniali –, mostra un volto ben poco teorico e, potremmo dire, drammaticamente pratico; i numeri forniti dalle associazioni internazionali mostrano un fenomeno statisticamente assai significativo che però gli Stati europei, non solo l'Italia, faticano a calare in dati concreti e sui quali modellare politiche – non solo giudiziarie – d'intervento. Il Parlamento Europeo, nella risoluzione 2014/2511 del 6.2.2014, invita tutti gli Stati a porre in essere un sistema effettivo di rilevazione dei dati che permettesse anche una comparazione tra i Paesi; ad oggi non risultano passi in avanti in questa direzione. I repertori di giurisprudenza, d'altro canto, mostrano, anch'essi, la sottostima del fenomeno: se le agenzie di rilevamento delle pratiche circoncisorie e di M.G.F. – scuola, servizi sociali, medici in primo luogo – non sono attrezzate, anche culturalmente, ad intercettare e segnalare il fenomeno, ciò non può non comportare la ineffettività della sanzione penale e degli strumenti giurisdizionali a tutela dei minorenni. Non solo il Sudan ed i Paesi africani hanno un problema di *law enforcement*.

Come visto la Germania, per note ragioni storiche, ha mostrato una particolare sensibilità all'argomento della circoncisione maschile¹²⁷ e, dopo la sentenza della Corte di Appello di Colonia, il Parlamento ha approvato una legge, *Gesetz über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes*, che autorizza i genitori a far sottoporre i propri figli ad interventi di circoncisione da parte di personale sanitario qualificato dopo i sei mesi di età, con 434 voti a favore, 100 voti contrari e 46 astensioni. E negli altri Paesi chi decide la soglia del lecito? Se la Germania, con una votazione parlamentare, ha effettuato una scelta, è possibile accettare che altrove agisca la sensibilità del singolo, con le sue idee sui confini tra diritti dei figli e dei genitori o dei limiti o dei vantaggi del multiculturalismo, nel momento in cui stabilire cosa segnalare all'autorità giudiziaria e cosa no?

Sembra dunque necessaria una discussione aperta a diversi saperi che renda noto il fenomeno – così permettendo un dibattito quanto più condiviso possibile¹²⁸ –, faccia i

¹²⁷ Il presidente della conferenza dei rabbini europei e rabbino di Mosca, Pinchas Goldschmidt, ha definito la decisione "il più grave attacco alla comunità ebraica dai tempi dall'Olocausto".

¹²⁸ In alcuni ricorsi per la protezione internazionale i migranti invocano proprio la necessità di sottrarre la prole minore alla circoncisione nei Paesi di origine (v. Corte di Appello Napoli, sentenza del 3.5.2018, n. 2021, inedita), le minacce subite per essersi fatti promotori di un movimento contro le M.G.F. (v. Corte di Appello Bologna sez. I, sentenza 26.2.2018, n. 572, inedita) o le conseguenze giudiziarie dell'appartenenza a tali movimenti (Corte di Appello Brescia sez. II, sentenza 12.5.2017, n. 698, inedita).

Come osservato in dottrina, «le donne vittime di questo abuso possono inoltre – e questo è importantissimo – essere considerate, a tutti gli effetti, delle rifugiate in forza dell'art. 1, c. 2, Convenzione ONU. L'articolo citato stabilisce che è rifugiato colui che trovandosi al di fuori dello Stato a cui appartiene non ha la possibilità di rientrarvi a causa di una motivata paura derivata da persecuzione dovuta alla religione, nazionalità, razza, in quanto membro di un gruppo sociale o per le sue idee. Nel 1985 l'UNHCR ha, infatti, dato la possibilità di riconoscere le donne a rischio infibulazione come appartenenti a un gruppo sociale», così C. COLOMBO, *L'articolo 583 bis c.p. un illecito compiuto in nome della religione?*, in *Riv. Crim. Vitt. Sic.*,

conti con l'evidente scollamento tra la realtà e la sua percezione e con le implicazioni "culturali" delle pratiche di cui si è detto, per fornire, finalmente, una normativa specifica sul rapporto tra la minore età e la manomissione del corpo. Ciò è stato fatto per l'interruzione volontaria di gravidanza ed aborto farmacologico, plasma ed emoderivati, prelievi ed innesti di cornea¹²⁹, per fare alcuni esempi. Proprio sull'I.V.G. la scelta legislativa è stata da un lato necessitata dal bisogno di sottrarre alla clandestinità ed ai rischi sanitari un fenomeno invalso nella pratica, dall'altra frutto di un acceso confronto politico e valoriale. Entrambi questi aspetti sono propri anche delle M.G.F. e della circoncisione.

Un orientamento al dibattito giuridico potrebbe rinvenirsi, tra l'altro, in una decisione della Corte Costituzionale. Con la sentenza n. 238 del 9.7.1996¹³⁰ la Corte ha dichiarato parzialmente illegittimo l'art. 244 c.p.p. «nella parte in cui consente che il giudice, nell'ambito delle operazioni peritali, disponga misure che comunque incidano sulla libertà personale senza determinare la tipologia delle misure esperibili e senza precisare i casi ed i modi in cui esse possono essere adottate». In un passaggio della motivazione, la Corte, spostandosi dal parametro della libertà personale, dà specifico rilievo al consenso quale presupposto per ogni intervento sul corpo: «il prelievo ematico comporta certamente una restrizione della libertà personale quando se ne renda necessaria la esecuzione coattiva perché la persona sottoposta all'esame peritale non acconsente spontaneamente al prelievo. E tale restrizione è tanto più allarmante – e quindi bisognosa di attenta valutazione da parte del legislatore nella determinazione dei casi e modi in cui può essere disposta dal giudice – in quanto non solo interessa la sfera della libertà personale, ma la travalica perché, seppur in minima misura, invade la sfera corporale della persona [...] e di quella sfera sottrae [...] una parte che è, sì, pressoché insignificante, ma non certo nulla». Se nel dibattito sulla circoncisione ebraica si sottolinea, per giustificarne la liceità, anche la minima invasività¹³¹, questo argomento sembra poco sostenibile ad un'analisi più approfondita¹³². Come notato in dottrina¹³³, «all'interno degli atti genericamente limitativi della libertà personale, si è iniziato a distinguere l'atto coercitivo, ossia limitativo 'soltanto' della libertà personale intesa in senso tradizionale – come può essere l'ispezione o la perquisizione – rispetto all'atto

Maggio-Agosto 2009, p. 63.

¹²⁹ Per l'analisi degli ambiti in cui la legge stabilisce un rapporto tra minore età e trattamento sanitario e quelli in cui ciò manca sia permesso di rinviare a G. MASTRANGELO – V. SELLAROLI, *Trattamento medico e lesioni dell'integrità fisica del minore*, cit.

¹³⁰ In *Giur. Cost.*, 1996, 2142 ss.

¹³¹ Che appare minima però solo al momento e nella sua componente materiale, giacché il segno dell'appartenenza è irreversibile ed accompagnerà il paziente per tutta la vita.

¹³² Come notato da M. BORDIERI, *Sul valore probatorio del rifiuto ingiustificato dell'imputato di sottoporsi al prelievo di DNA*, in *Cass. Pen.*, 2004, p. 4169: «La giurisprudenza e la dottrina, sulla scia di quella decisione, hanno esteso il divieto di prelievo coattivo – fino a che non venga approntata una apposita legge – con riferimento a ogni materiale biologico, anche quello la cui acquisizione non è propriamente invasiva della sfera corporale dell'individuo: asportazione di capelli, unghie, materiale di desquamazione della pelle o del cavo orale».

¹³³ M. GIALUZ, *L'accesso al corpo tramite strumenti diagnostici*, in *Le indagini atipiche*, a cura di A. SCLAFATI, Giappichelli, 2014.

invasivo, all'accertamento corporale, limitativo anche della libertà corporale, come può essere il prelievo ematico». In mancanza di un celere intervento legislativo, l'interprete veniva chiamato ad una difficile distinzione, spesso casistica, tra atto invasivo ed atto non invasivo¹³⁴ e questi dubbi, allargando il campo d'indagine oltre le "circoncisioni", sono propri di qualunque operatore sociosanitario che abbia a che fare con i minorenni, quantomeno quelli adolescenti¹³⁵. Anche per tale ragione un intervento legislativo sulla materia, su ogni spetto, sembra necessario.

Anche la Corte di Cassazione, pronunciandosi proprio sul T.U. immigrazione, rivolge un invito, quanto mai attuale, ad una visione integrata e propulsiva dei diritti dei minorenni quando afferma che «è scelta ben condivisibile quella della Costituzione [...] di porre il minore sul medesimo piano di ogni altro cittadino [...]. Da un lato, è il riconoscimento e la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo, come singolo e nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità, dall'altro l'impegno pubblico a rimuovere gli ostacoli che – limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini – impediscono il pieno sviluppo della persona umana. Significativamente, nell'una e nell'altra norma è presente il riferimento alla personalità e al suo sviluppo: un'indicazione siffatta, se appare diretta a tutti i cittadini o, ancor di più, a tutti gli individui, pure, come si è detto, si attaglia particolarmente al fanciullo [...] Dunque, tutela dei diritti fondamentali del minore (come di ogni individuo) anche nelle formazioni sociali in cui egli è inserito (si pensi alla famiglia, alla scuola, all'organizzazione del lavoro, all'istituto di assistenza ecc.) ed impegno (che è dello Stato: il legislatore, innanzitutto, ma pure di tutta l'organizzazione pubblica, amministrativa e giudiziaria – e, specificatamente della magistratura minorile – e più in generale dell'intera società) a garantire (e rimuovere in tal senso ogni ostacolo ad) un compiuto ed armonico sviluppo della sua personalità»¹³⁶.

¹³⁴ Ad esempio, se il limite della invasività è individuato nel superamento della barriera fisica del corpo, l'analisi di parti distaccate – quali capelli, peli, sangue già prelevato per accertamenti medici, saliva – non è soggetta ai limiti individuati dalla Corte Costituzionale, così come il prelievo di tali parti, seppur ancora adese al corpo, siccome tale operazione attiene a parti non sensibili del corpo. L'inserimento di un sondino che leda la cute sarebbe un atto invasivo, ma altrettanto potrebbe sostenersi per una micro-sonda da deglutire. Dubitativa la soluzione per gli accertamenti radiologici, effettuati senza lesione della cute o inserimento di sonde di qualsiasi tipo, in quanto solo la loro ripetizione, allo stato delle conoscenze scientifiche, sembra comportare una mutazione delle strutture biologiche interne. Si veda in dottrina G. UBERTIS, *Attività investigativa e prelievo di campioni biologici*, in *Cass. Pen.*, n. 1 del 2008, p. 7; R. G. CILIBERTI e F. DE STEFANO, *L'ispezione corporale e l'accertamento radiografico coattivo. Considerazioni etiche e medico-legali*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2007, 1, 87.

¹³⁵ Nel caso trattato da Cass. pen., sez. V, 20 agosto 2015, n. 35026, cit., il medico aveva invocato la scriminante putativa del consenso dell'avente diritto in base alle assicurazioni del padre del minore circa la sussistenza del consenso anche della madre del bambino.

¹³⁶ Cass. civ., sez. I, n. 22080 del 2009, Rv. 610065, in *Fam. Dir.*, 2010, III, p. 225, con commento di F. ASTIGGIANO, *Superiore interesse del minore ed immigrazione: sull'interpretazione dell'art. 31 D.Lgs. n. 286/1998*.

LE NUOVE FRONTIERE DELLA PARTICOLARE TENUITÀ DEL FATTO: L'APPLICAZIONE CON SENTENZA PREDIBATTIMENTALE

Nota a [Trib. Napoli, sent. 11 giugno 2020, Giud. Bove](#)

di Vincenzo Giordano e Raffaele Muzzica ^(*)

Il Tribunale di Napoli, con un'innovativa pronuncia, ha applicato in sede predibattimentale la particolare tenuità del fatto prosciogliendo così un'imputata arrestata in flagranza per il reato di cui all'art. 13 co. 13 d. lgs. 286/1998. La decisione, affrontando numerose questioni processuali e sostanziali relative all'istituto di cui all'art. 131 bis c.p., offre lo spunto per analizzare sul piano processuale i rapporti tra la particolare tenuità del fatto ed il rito direttissimo, soffermandosi in particolar modo sulla possibilità per il Giudice di emettere una pronuncia ex art. 469 co. 1 bis c.p.p. in sede di predibattimento e non in un'anticipata udienza camerale ad hoc. Inoltre, da un punto di vista sostanziale, induce a ragionare sulle problematiche valutazioni in punto di tenuità dell'offesa del fatto concreto, parametro di riferimento per il giudice, secondo l'insegnamento delle Sezioni unite Tushaj, nelle fattispecie astratte di pericolo.

Emerge così un rinnovato ruolo, proattivo e propositivo, dell'organo giudicante che, nell'opera di verifica della sussistenza dei presupposti dell'art. 131 bis c.p. nel caso di specie, assume su di sé il compito di bilanciare gli interessi e le risorse sostanziali e processuali in gioco, riservando l'applicazione concreta dello strumentario penale soltanto ai casi che ne richiedono (e meritano) l'attivazione.

SOMMARIO: 1. Il fatto ed il processo. – 1.1. Le questioni processuali – 1.1.1. Sulla applicabilità della particolare tenuità del fatto nel giudizio direttissimo – 1.1.2. Sull'applicabilità del proscioglimento predibattimentale ex art. 469 co. 1 bis c.p.p. nel giudizio direttissimo – 1.1.3. Una questione più generale: l'applicabilità del proscioglimento ex art. 469 co. 1 bis c.p.p. in udienza pubblica – 1.1.4. Gli atti utilizzabili: un nuovo rito "pretorio"? – 2. Le questioni di diritto sostanziale. La motivazione della sentenza. – 2.1 La fattispecie incriminatrice: la trasgressione del divieto di reingresso da parte dello straniero espulso. – 2.2. La particolare tenuità dell'offesa tra reati di pericolo e fattispecie concreta. – 3. Un rinnovato ruolo del giudice penale.

^(*)Il dott. Giordano ha curato la stesura dei paragrafi 2; 2.1.1, 2.2 e 3 mentre il dott. Muzzica i paragrafi 1, 1.1, 1.1.1, 1.1.2, 1.1.3, 1.1.4 e 3, ferma la congiunta condivisione dell'impianto complessivo dell'elaborato.

1. Il fatto ed il processo.

L'imputata veniva presentata in stato di arresto per il giudizio di convalida e contestuale rito per direttissima dinnanzi al Giudice monocratico del Tribunale di Napoli, dovendo rispondere del reato previsto dall'art. 13 co. 13 del d. lgs 286/98, in quanto, quale destinataria di un provvedimento prefettizio di espulsione con il quale le si imponeva il divieto di rientrare in Italia per un periodo di cinque anni dal suo allontanamento, faceva rientro nel territorio dello Stato senza alcuna autorizzazione.

All'esito dell'udienza, sussistendone i presupposti di legge, il Tribunale convalidava l'arresto eseguito nei confronti dell'imputata e, rigettata per carenze delle esigenze cautelari la richiesta di applicazione della misura cautelare, disponeva procedersi al giudizio direttissimo.

Sentiti il pubblico ministero e l'imputato, Il Tribunale prendeva atto della mancanza di opposizione ai sensi dell'art. 469 co 1-*bis* c.p.p. ed acquisiva, con il loro consenso, tutti gli atti del fascicolo del giudizio per direttissima, dichiarandoli utilizzabili ai fini della decisione.

Al termine della discussione, il Giudice si ritirava in camera di consiglio, a scioglimento della quale pronunciava sentenza di non doversi procedere ai sensi dell'art. 469 co. 1-*bis* c.p.p. per la particolare tenuità del fatto.

1.1. Le questioni processuali.

La sentenza in commento rappresenta un'applicazione originale e – a parere di chi scrive, assolutamente condivisibile – dei principi di matrice processualpenalistica sui quali è incardinato l'istituto della particolare tenuità del fatto.

Ed infatti, autorevole dottrina¹ ha diffusamente evidenziato come, almeno tra gli auspici del legislatore delegante, l'introduzione della particolare tenuità del fatto sia stata animata dalla volontà di contribuire all'attuazione del principio di ragionevole durata del processo², alla necessità di deflazionare il carico giudiziale e, più in generale, di concretizzare un uso proporzionato della "risorsa giustizia" per fatti connotati da un disvalore concreto poco più che bagatellare³.

¹ C. SANTORIELLO, *La clausola di particolare tenuità del fatto. Dimensione sostanziale e prospettive processuali*, Milano, 2015; V. BOVE, *Particolare tenuità del fatto*, Milano, 2019, 28 ss.; V. MAIELLO, *La particolare tenuità del fatto. Intervento*, in *Diritti & Giurisdizione*, 2015, n. 3, 22.

² Criticamente T. PADOVANI, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, in *Guida al Diritto*, 2015, 15, 19 ss.; G. ROSSI, *Il nuovo istituto della "non punibilità per particolare tenuità del fatto": profili dommatici e politico-criminali*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 537 ss.

³ Tuttavia, invita a non enfatizzare le *rationes* processuali dell'istituto a discapito di quelle, preminenti, sostanziali G. AMARELLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto. Inquadramento dommatico, profili politico-criminali e problemi applicativi del nuovo art. 131 bis c.p.p.*, in *Studium Iuris*, 2015, 9-10. Più diffusamente, ID., *Particolare tenuità del fatto (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Agg., XI, Milano, 2017, 557 ss.; ID., *Particolare tenuità del fatto e offensività: similitudini apparenti e differenze sostanziali*, in AA.VV., *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, a cura di A. CAVALIERE - C. LONGOBARDO - V.

1.1.1. Sulla applicabilità della particolare tenuità del fatto nel giudizio direttissimo.

Preliminarmente, nella sentenza in commento il giudice estensore affronta la problematica relativa alla compatibilità dell'istituto della particolare tenuità del fatto con il giudizio per direttissima.

Senza trascendere negli aspetti sostanziali dell'istituto, che saranno affrontati nei paragrafi successivi, condivisibilmente il Tribunale monocratico di Napoli rileva come non rappresenti alcun ostacolo il disposto di cui all'art. 385 c.p.p., a norma del quale «L'arresto o il fermo non è consentito quando, tenuto conto delle circostanze di fatto, appare che questo è stato compiuto nell'adempimento di un dovere, o nell'esercizio di una facoltà legittima, ovvero in presenza di una causa di non punibilità».

Ed infatti l'inciso finale della norma, relativo alla presenza di una causa di non punibilità che impedisce l'arresto, sembrerebbe in astratto rendere incompatibile l'istituto della particolare tenuità del fatto con il rito direttissimo che, tra le varie ipotesi, ha luogo quando una persona è stata arrestata in flagranza di reato: sul punto, va tuttavia evidenziato che le cause di non punibilità rilevanti ai sensi dell'art. 385 c.p.p., sono ritenute essere soltanto quelle *ictu oculi* ravvisabili in relazione a mere circostanze del fatto, situazione, questa, non assimilabile a quel giudizio complesso ed articolato che richiede la particolare tenuità del fatto.

A sostegno della sua condivisibile interpretazione, il giudice di merito cita una sentenza della Suprema Corte di Cassazione, conformandosi al principio di diritto dalla stessa enunciato⁴.

Nel caso all'attenzione della Suprema Corte l'ordinanza con la quale il g.i.p. aveva convalidato l'arresto ed applicato la misura cautelare degli arresti domiciliari veniva impugnata dalla difesa dell'arrestato, asserendo che il fatto in contestazione era connotato da particolare tenuità e, trattandosi di soggetto incensurato per il quale ricorrevano le altre condizioni previste dall'art. 131-bis c.p., avrebbe dovuto ritenersi esistente una causa di non punibilità impeditiva dell'arresto.

Il ricorso è stato dichiarato inammissibile dalla Suprema Corte, la quale precisava che «*Il giudice della convalida dell'arresto in flagranza, peraltro, deve operare con giudizio ex ante, avendo riguardo alla situazione in cui la polizia giudiziaria ha provveduto, senza tener conto degli elementi non conosciuti o non conoscibili dalla stessa, che siano successivamente emersi*» (Sez. 6, n. 18196 del 13/04/2016, Barnaba, Rv. 266930).

Come condivisibilmente evidenziato tanto dalla Suprema Corte quanto dal giudice di merito, il giudizio sull'eventuale sussistenza della causa di non punibilità di cui all'art. 131-bis c.p. - che presuppone un approfondito vaglio sulla sussistenza dei relativi presupposti ed un giudizio di merito riservato all'autorità giudiziaria - è del tutto incompatibile con la sommaria valutazione che la polizia giudiziaria deve compiere al

MASARONE - F. SCHIAFFO - A. SESSA, Napoli, 2017, 393 ss.

⁴ Cass. Sez. 3, sentenza n. 28522 del 15/03/2018 (dep. 20/06/2018), non massimata.

momento della decisione sull'arresto in flagranza e non rientra, pertanto, tra le cause di non punibilità *ictu oculi* ravvisabili in relazione alla mere "circostanze del fatto" alle quali soltanto si riferisce l'art. 385 c.p.p..

Peraltro, il vaglio di merito necessario per l'applicazione dell'art. 131-*bis* c.p. non solo non può essere demandato *hic et nunc* agli organi di polizia ma implica, altresì, una discrezionalità valutativa che compete solo all'autorità giudiziaria in una fase di cognizione successiva e diversa da quella della convalida dell'arresto.

In via preliminare, dunque, il giudice di merito esclude ogni possibile incompatibilità tra l'istituto della particolare tenuità del fatto e la celebrazione del giudizio direttissimo.

1.1.2. Sull'applicabilità del proscioglimento predibattimentale *ex art. 469 co. 1-bis* c.p.p. nel giudizio direttissimo.

La sentenza in commento viene emessa, in fase predibattimentale, nell'ambito di un giudizio per direttissima instauratosi a seguito della convalida dell'arresto effettuato nei confronti dell'imputata.

Dopo aver appurato l'astratta compatibilità tra l'istituto della particolare tenuità del fatto ed il giudizio direttissimo, il Giudice monocratico fornisce una risposta positiva ad un successivo interrogativo, rappresentato dalla possibilità di emettere una sentenza predibattimentale di non doversi procedere per particolare tenuità del fatto – e, dunque, di dare applicazione al disposto dell'art. 469 co. 1-*bis* c.p.p. – nell'ambito del giudizio per direttissima.

Condivisibilmente il Tribunale monocratico di Napoli non ritiene sussistente alcun ostacolo normativo all'applicazione dell'art. 469 co. 1-*bis* c.p.p. nel giudizio direttissimo, sia con riferimento alla disciplina generale delle sentenze predibattimentali, che, nello specifico, riguardo al proscioglimento per la particolare tenuità del fatto, in piena conformità con il dettato normativo, con particolare riferimento alla assenza di espressa opposizione delle parti (e all'audizione, nel secondo caso, della persona offesa qualora compaia).

È pur vero che, da un punto di vista letterale, l'art. 469 co. 1-*bis* c.p.p. non è espressamente richiamato dalle norme che disciplinano il giudizio direttissimo, giacché l'art. 451 co. 1 c.p.p. nel determinare *per relationem* le norme applicabili a tale rito fa riferimento alle disposizioni di cui agli artt. 470 e segg. c.p.p.

Tuttavia, il Giudice monocratico di Napoli nella sentenza in commento colma il silenzio legislativo attraverso l'utilizzo di canoni ermeneutici di tipo teleologico.

Ed infatti, condivisibilmente il Tribunale sostiene che l'applicazione di una disposizione normativa quale quella di cui all'art. 469 c.p.p. è funzionale ad evitare la celebrazione di dibattimenti inutili pervenendo ad una rapida decisione, in linea con l'esigenza, avvertita ormai come impellente, di deflazionare il carico giudiziario e di ricorrere alla sanzione penale quale *extrema ratio*, in ossequio al principio generale – nel caso del proscioglimento per particolare tenuità del fatto – di proporzionalità,

sussidiarietà e senza pregiudizio per l'esercizio dell'azione civile per il risarcimento del danno.

Sotto questo profilo, il giudice estensore espressamente definisce la sentenza predibattimentale introdotta con l'art. 469, co. 1- *bis* c.p.p., «*la chiave di volta per assicurare le finalità e le funzioni per le quali è stata estesa all'intero la particolare tenuità del fatto*»⁵: la *ratio legis* – pur a fronte di un vuoto legislativo – impone all'interprete di ritenere possibile e razionale l'applicazione dell'art. 469 co. 1-*bis* c.p.p. giacché il predibattimento, insieme con la sede procedimentale dell'archiviazione, deve ritenersi sede privilegiata in cui applicare la causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto, considerando le ragioni sistematiche che ispirano l'istituto.

1.1.3. Una questione più generale: l'applicabilità del proscioglimento *ex art. 469 co. 1-bis c.p.p.* in udienza pubblica.

La sentenza in commento ha il pregio di offrire una sintetica ma efficace ricostruzione relativa ad una tematica più generale, ancorché connessa a quella affrontata nel sottoparagrafo precedente.

Il Tribunale monocratico di Napoli, infatti, enuncia i termini di un contrasto giurisprudenziale sorto in seno alla Suprema Corte di Cassazione circa la qualificazione come sentenza predibattimentale *ex art. 469 c.p.p.* di quella emessa dal giudice *in limine* all'udienza dibattimentale vera e propria.

Secondo un orientamento⁶, definito come minoritario dal Giudice monocratico ma dallo stesso condiviso, deve qualificarsi come sentenza predibattimentale *ex art. 469 c.p.p.* (anche) quella adottata al di fuori dei casi di legge, ossia non in un'udienza camerale *ad hoc*, ma in pubblica udienza, nello spazio tra la costituzione delle parti e prima dell'apertura del dibattimento.

Dal punto di vista normativo, un'interpretazione di questo tipo si discosta dal dato letterale nella sola parte in cui l'art. 469 c.p.p., contenuto nel Titolo I del Libro VII dedicato agli "atti preliminari al dibattimento", prevede la sua applicazione in un'udienza camerale (presupposto, questo, non sanzionato in alcun modo a pena di nullità e in ogni caso agevolmente superabile per il fatto che l'udienza pubblica costituisce una garanzia anche maggiore per le parti).

A ben vedere, tale interpretazione evolutiva riesce altresì a spiegare l'apparente ostacolo all'utilizzabilità dell'art. 469 c.p.p. in seno al giudizio direttissimo, rappresentato dal mancato richiamato normativo effettuato dall'art. 451 c.p.p. alle norme antecedenti agli articoli disciplinati dagli artt. 470 c.p.p. e ss.

⁵ Cfr. pag. 5 della sentenza in commento.

⁶ Cfr. Cass. Sez. 5, Sentenza n. 4386 del 03/02/2000 Ud. (dep. 07/04/2000), in CED Rv. 215837; Cass. Sez. 1, Sentenza n. 2441 del 16/12/2008 Ud. (dep. 21/01/2009), in CED Rv. 242707; Cass. Sez. 2, Sentenza n. 8667 del 07/02/2012 Ud. (dep. 06/03/2012), in CED Rv. 252481; Cass. Sez. 6, Sentenza n. 28151 del 24/06/2014 Ud. (dep. 30/06/2014), in CED Rv. 261749; Cass. Sez. 5, Sentenza n. 19517 del 15/04/2016 Ud. (dep. 11/05/2016), in CED Rv. 267241.

Ed invero sol considerando che, da un punto di vista storico e testuale, l'art. 469 c.p.p. contempla, sulla carta, la fissazione di un'udienza camerale *ad hoc*, precedente all'udienza dibattimentale vera e propria, appare evidente come sarebbe risultato un fuor d'opera il richiamo della suddetta norma nel giudizio per direttissima, in cui nessuno spazio – pratico prima ancora che giuridico – vi è per la fissazione di una siffatta udienza camerale ed anticipata.

La rilettura innovativa dell'art. 469 c.p.p. sposata dall'orientamento citato della Suprema Corte e condiviso dal giudice di merito, invece, contribuisce a privare di pregnanza argomentativa il dato secondo il quale l'art. 469 c.p.p. non è richiamato dall'ordito normativo che disciplina il rito direttissimo, rendendolo, di fatto, un argomento neutrale.

Per converso, da un punto di vista teleologico, l'interpretazione sostenuta dal giudice di merito ha il pregio di superare in parte il *vulnus* della mancata modifica dell'art. 129 c.p.p. che, differentemente da quanto previsto durante i lavori preparatori, nella versione definitiva del d. lgs. 28/2015 non ha subito modifiche, non contemplando pertanto tra le formule di proscioglimento la non punibilità per la particolare tenuità del fatto⁷ giacchè, come sostenuto da una parte della dottrina, l'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto avrebbe richiesto spazi e tempi di accertamento non compatibili con il celere *iter* processuale correlato all'art. 129 c.p.p.⁸.

L'interpretazione proposta, inoltre, consente altresì di neutralizzare quell'ulteriore illogicità data dall'eliminazione della modifica dell'art. 129 c.p.p., che si riflette anche nei vari riti alternativi, potendo ricorrere all'art. 469, co. 1-*bis* c.p.p. nei casi in cui, in giudizio, siano stati richiesti la sospensione del procedimento con messa alla prova o il patteggiamento o siano stati attivati gli altri riti speciali, quali ad esempio, proprio il giudizio direttissimo, come nel caso all'attenzione del Giudice nella sentenza qui commentata.

L'orientamento sostenuto dal giudice di merito, dunque, ha il pregio di recuperare, mediante un'innovativa interpretazione dell'art. 469 c.p.p., uno spazio all'applicazione della particolare tenuità del fatto che, altrimenti, senza questa lettura, sarebbe del tutto precluso, con la conseguenza, qualora si accedesse al giudizio, di poter dichiarare la non punibilità per la particolare tenuità del fatto solo ed esclusivamente all'esito del dibattimento e dunque dopo il suo svolgimento.

Seguendo l'orientamento contrario⁹, infatti, l'art. 469 co. 1-*bis* c.p.p. troverebbe applicazione in quei casi – di per sé rari, e resi ancora più sparuti dalle prassi operative invalse nei diversi tribunali della penisola nei quali non è contemplata la cosiddetta “udienza di smistamento”, senza la cui previsione difficilmente il giudice ha contezza del fascicolo processuale in tempi così anticipati da permettere la fissazione di

⁷ Sul punto, cfr., per tutti, V. BOVE, *Particolare tenuità del fatto*, cit., 252 ss.; A. PANETTA, *La declaratoria di estinzione del reato per prescrizione prevale sulla esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2017, 1144 ss.

⁸ A. TRINCI, *Particolare tenuità del fatto*, Milano, 2016, 52.

⁹ Sostenuto, *ex multis*, da Cass. Sez. 2, n. 2153 del 16/12/2016 - dep. 17/01/2017, P.C. in proc. Vicario, Rv. 26900201; Cass. Sez. 2, n. 51513 del 04/12/2013 - dep. 20/12/2013, P.G., P.C. in proc. Di Marco, Rv. 25807501.

un'udienza camerale *ad hoc ex art. 469 c.p.p.* – in cui il giudice ritenga inopportuno aspettare la già fissata udienza di comparizione, perché, avendo deliberato una causa di proscioglimento, risulterebbe maggiormente proficuo fissare un'udienza camerale, dandone avviso alle parti le quali, a fronte della proposta di proscioglimento avanzata dal giudice, potranno opporsi o meno.

Infine, l'interpretazione "innovativa" dell'art. 469 c.p.p. e dell'art. 469, co. 1-*bis* c.p.p. fa sì che la sentenza eventualmente pronunciata dal Giudice sulla scorta del mancato dissenso delle parti, in quanto sentenza comunque predibattimentale, sarà inappellabile – con ulteriore effetto deflattivo del carico giudiziale nel "lungo periodo" - ma solo ricorribile per cassazione, iscritta nel casellario giudiziale oltre che sprovvista, ai sensi dell'art. 651-*bis* c.p.p., di efficacia extrapenale.

In conclusione, dunque, può ritenersi possibile per il Giudice che procede al giudizio direttissimo l'applicazione del disposto normativo di cui all'art. 469 c.p.p.; pertanto l'organo giudicante, nel dare l'avviso alla parte della facoltà di chiedere l'abbreviato, il patteggiamento, un termine a difesa, ma anche altri riti alternativi, quali la sospensione del procedimento con messa alla prova, ben potrà sollecitare il contraddittorio sulle cause di proscioglimento dichiarabili con sentenza predibattimentale, raccogliendo la mancata opposizione delle parti (che possono avere interesse a pronunce di merito di proscioglimento "pieno", con formule più ampie).

In altri termini non si ravvisano ostacoli normativi alla pronuncia, in sede di giudizio direttissimo, di una sentenza predibattimentale purché il Giudice faccia interloquire su di essa le parti e, qualora le stesse (nello specifico l'imputato ed il p.m., non anche la persona offesa) non si oppongano, chiuda rapidamente il procedimento con una decisione di proscioglimento, da iscrivere sul casellario giudiziale ad uso interno e che, per il disposto di cui all'art. 651-*bis* c.p.p., non avrà efficacia di giudicato extrapenale (scelta, questa, a tutela della persona offesa, che non ha potuto esplicitare quei diritti e quelle facoltà che, attraverso l'istruzione probatoria, le viene consentito a dibattimento).

1.1.4. Gli atti utilizzabili: un nuovo rito "pretorio"?

Un'ulteriore questione affrontata dal giudice di merito nella sentenza in commento attiene all'individuazione degli atti costituenti la piattaforma conoscitiva a disposizione del giudicante al fine di giungere ad una pronuncia predibattimentale di non doversi procedere per particolare tenuità del fatto.

La struttura dell'art. 469 c.p.p. presuppone un evidente ruolo propositivo del giudice il quale, nei fatti, avanza alle parti una "proposta" di sentenza, interloquendo con le stesse e raccogliendo il loro eventuale mancato dissenso. Nulla osta, tuttavia, ad una formazione ancora più consensuale della comune volontà delle parti le quali, anziché limitarsi ad una mancata opposizione, ben potranno avanzare di comune accordo una richiesta al giudice di valutare la fattibilità di una pronuncia *ex art. 469 c.p.p.*

In ogni caso, è bene sottolineare che l'interlocuzione con le parti di per sé non comporta alcuna deroga al principio di separazione delle fasi e dei fascicoli processuali,

di talché non si verifica alcun automatico inserimento degli atti contenuti nel fascicolo del PM (intrinsecamente, maggiormente corposo di quello dibattimentale, in ragione dello stato del procedimento in cui trova applicazione l'art. 469 c.p.p.).

Nel caso in esame, condivisibilmente il giudice di merito rileva come, per poter arrivare ad una decisione di merito, sia imprescindibile utilizzare quegli atti che già sono contenuti nel fascicolo del giudizio direttissimo (ovvero quelli relativi all'arresto e alla sua convalida) ma corredandoli di un'efficacia diversa rispetto all'udienza di convalida, per ottenere la quale è necessario il consenso delle parti, quale eccezione costituzionalmente prevista alla formazione della prova nel contraddittorio.

Ed infatti, nel caso di specie le parti, oltre a non manifestare alcuna opposizione ad una pronuncia predibattimentale da parte del Giudice, prestavano il consenso all'utilizzazione, ai fini della decisione, degli atti contenuti nel fascicolo del rito direttissimo, consentendo pertanto un ampliamento della piattaforma conoscitiva del giudicante e la possibilità per lo stesso di porre i suddetti atti a fondamento della decisione.

Tale meccanismo, del tutto in linea con il dato testuale delle norme coinvolte nonché con i principi fondamentali di funzionamento del codice di rito, nella prassi giudiziale comporta la strutturazione, in via pretoria, di una sorta di rito alternativo, di matrice consensuale, mediante le quali le parti consentono (non diversamente da quanto si verifica in altri riti premiali, come il rito abbreviato e la sospensione del procedimento con messa alla prova) l'utilizzabilità degli atti contenuti nel fascicolo del PM sebbene, eventualmente, parziale e selettiva, e concorrono in tal modo a delineare il provvedimento giurisdizionale, il cui contenuto (analogamente a quanto accade, per esempio, nel caso di pena concordata) risulta limitato ad una serie definita di possibili esiti (pronuncia predibattimentale *ex* art. 469 c.p.p. o rigetto, con ulteriori problematiche – non affrontabili in questa sede, in quanto esulanti dal provvedimento in commento – in primis, in tema di possibile incompatibilità dell'organo giudicante a seguito della lettura degli atti contenuti nel fascicolo delle indagini).

2. Le questioni di diritto sostanziale. La motivazione della sentenza.

Oltre alle innovative prospettive di diritto processuale appena esaminate, la sentenza in commento si segnala quale paradigma di efficace ipotesi applicativa dell'art. 131-*bis* c.p., rispetto ad un'incriminazione che sovente affolla le aule dei Tribunali italiani.

Come anticipato, la fattispecie concreta che si è posta all'attenzione del giudice riguarda un'imputata del reato previsto dall'art. 13 co. 13 d. lgs. 286/1998 perché, legalmente espulsa dal territorio italiano in data 15 dicembre 2005, con accompagnamento coatto alla frontiera eseguito in pari data, rientrava nei nostri confini, senza la speciale autorizzazione del Ministero dell'Interno.

In particolare, gli operanti rinvenivano l'imputata, dedita all'attività di meretricio, in data 10/6/2020, quindi sei mesi prima della scadenza del divieto di reingresso stabilita nel provvedimento del Prefetto di Bari.

Così ricostruita sinteticamente la vicenda, il giudice, in una corretta prospettiva gradualistica ed argomentativa, attesta la sussistenza del reato, nelle sue componenti oggettive e soggettive.

Per quanto concerne la fattispecie oggettiva, infatti, il giudice rileva la sussistenza del provvedimento, adottato in data 15 dicembre 2015 dal Prefetto di Bari ai sensi dell'art. 13, con il quale viene decretata l'espulsione dal territorio nazionale dell'imputato, mediante accompagnamento alla frontiera, tramite forza pubblica; dell'ordine del Questore di Bari con il quale in data 15 dicembre 2015 viene disposto l'accompagnamento coattivo dell'imputato alla frontiera marittima di Bari, la cui esecuzione risulta essere stata sospesa fino all'emanazione del decreto di convalida del Giudice di Pace; infine anche del decreto con il quale il Giudice di Pace di Bari, in pari data, convalida il provvedimento di accompagnamento alla frontiera.

Tutti i predetti atti sono stati poi notificati all'imputata, che sottoscriveva il verbale di notifica, redatto in una lingua, l'italiano, da lei conosciuta, per cui si deduce agevolmente che la medesima abbia avuto piena contezza del contenuto degli atti che le sono stati notificati.

Sempre dalla documentazione in atti, poi, risulta che l'imputata è stata accompagnata alla frontiera marittima di Bari, ove veniva imbarcata su una motonave, diretta in Albania, e che veniva altresì "vista partire".

Infine, l'imputata veniva fermata, in data 10 giugno 2020, e quindi in epoca successiva al rimpatrio, nel territorio dello Stato italiano, e ciò nonostante il divieto sancito dal legislatore.

La conoscenza della sequenza procedimentale e fattuale appena descritta consente al giudice di accertare la realizzazione della fattispecie soggettiva, non sussistendo alcun elemento probatorio per delineare ipotesi alternative.

Stabilita la sussistenza del reato, il giudice affronta, con efficacia argomentativa, la problematica inerente all'eventuale tenuità dell'offesa.

In questa prospettiva, il giudice sottolinea come sia il fatto storico, nella sua irripetibilità, il referente della valutazione giudiziale di particolare tenuità, attraverso i parametri delle modalità della condotta e dell'eseguità del danno.

Di conseguenza, il giudice valorizza la condizione di disagio sociale ed economico della donna, priva di una fissa dimora e dedita all'attività di meretricio, quali indici fattuali di una condotta non allarmante, e la prossimità del termine di scadenza del divieto di reingresso nel territorio nazionale, quale indice concreto di una tenue violazione del bene giuridico protetto.

Non sussistono elementi ostativi nemmeno rispetto al secondo indice-criterio individuato dal legislatore, ossia la non abitudine del comportamento, trattandosi di un'imputata incensurata ed escludendosi ipotesi di condotte plurime, abituali e reiterate.

«Alla luce di quanto espresso, pur esistendo una condotta tipica ed offensiva, integrante i fatti di reato in contestazione, le stesse condotte si rivelano, ad una attenta valutazione in

concreto ed ex post, di scarso valore offensivo a cui segue, quindi, una pronuncia di non punibilità per particolare tenuità del fatto»¹⁰.

2.1. *La fattispecie incriminatrice: la trasgressione del divieto di reingresso da parte dello straniero espulso.*

Al fine di una corretta analisi e valorizzazione delle argomentazioni sentiticamente riportate, è necessaria una breve disamina della fattispecie incriminatrice contestata.

Si tratta di una figura di reato che - criminalizzando l'illecito reingresso - costituisce l'applicazione incriminatrice di una visione del fenomeno migratorio quale problema essenzialmente di sicurezza pubblica, "sanzionando, per così dire, la perseveranza dello straniero nel porsi in contrasto con le disposizioni dettate per una regolare immigrazione"¹¹.

Il bene giuridico tutelato dalla norma, perno della valutazione di offensività, è l'ordine pubblico¹², nell'accezione¹³, in questo caso, relativa alla tutela delle frontiere e dell'ordinato flusso migratorio, che rappresentano dei beni giuridici strumentali¹⁴, rispetto alla protezione in forma avanzata del bene di categoria o comunque del complesso di beni pubblici finali, «susceptivi di essere compromessi da fenomeni di immigrazione incontrollata»¹⁵

Di conseguenza, la *ratio* incriminatrice¹⁶ della fattispecie si sostanzia nella punizione di una particolare inosservanza dei provvedimenti dell'autorità¹⁷, nel tentativo del legislatore di impedire il rientro in Italia di soggetti in precedenza espulsi.

Chiariti già precedentemente i presupposti oggettivi e soggettivi per la consumazione del reato, è opportuno affrontare un'ultima questione problematica, utile anche ai fini della valutazione della particolare tenuità.

¹⁰ Pag. 15 della sentenza in commento.

¹¹ P. BARZELLONI, *Immigrazione (reati in materia di)*, in *Dig. Disc. Pen.*, II, 2004, pp. 369-370

¹² Per una ricostruzione in chiave critica del bene in questione cfr. S. MOCCIA, *Ordine pubblico (disposizioni a tutela dell')*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990, 1 ss. 1990, p. 1 ss.

¹³ Cfr P. M. CACCIALANZA, *Art. 13*, in E. DOLCINI – G.L. GATTA, a cura di, *Codice penale commentato*, Tomo III, Milano 2015, 2763 ss.

¹⁴ Sulla nozione di bene giuridico e sulla distinzione tra beni strumentali e finali cfr. E. CONTIERI, *Dialettica del bene giuridico. Per il recupero di una prospettiva costituzionalmente orientata*, Roma 2019, 134 ss.

Per il contesto concreto del diritto penale in tema di immigrazione v. V. MAISTO, *Il diritto penale dell'immigrazione: Profili socio-criminologici, esegetici, dommatici e di politica criminale*, Saarbrücken, 2013.

¹⁵ C Cost. 250/2010, pubblicata in *Rivista it. di dir. e proc. pen.* 2010, 1359 con nota di L. MASERA, *Corte Costituzionale ed immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, 1373 ss.

¹⁶ Per una corretta distinzione tra *ratio* dell'incriminazione e bene giuridico protetto v. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova 2013, 113 ss.

¹⁷ Per una critica alla nota teoria della tutela delle funzioni cfr. S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 343 ss.

La norma in esame, infatti, descrive la condotta penalmente rilevante come la trasgressione al divieto di reingresso in Italia, in presenza dei presupposti oggettivi richiesti.

La giurisprudenza si è a lungo interrogata, allora, sulla natura istantanea o permanente del reato, in correlazione all'individuazione dell'essenza della fattispecie, se focalizzata sulla permanenza nel territorio, ovvero sul semplice reingresso¹⁸.

Sino al 2004 prevaleva quest'ultima ipotesi, *“non esauendosi le turbative all'ordine pubblico interno col passaggio indebito alla frontiera, ma protraendosi, per sua volontaria condotta, durante tutto il tempo in cui lo straniero soggiornava senza autorizzazione nel territorio dello Stato”*¹⁹

A seguito delle modifiche normative introdotte nel 2004, invece, la giurisprudenza ha accolto la soluzione opposta, che ravvisa nella fattispecie in esame un reato istantaneo, interpretazione più aderente, in senso letterale e logico, al dettato dell'art. 13 c. 13-ter.

L'arresto obbligatorio anche fuori dai casi di flagranza, invero, se il reato fosse permanente, costituirebbe un evidente errore giuridico, in quanto la permanenza nel territorio italiano determinerebbe di fatto lo stato di flagranza; dunque, sembra doversi ritenere che il legislatore del 2004 abbia inteso superare il costante orientamento che ravvisava nell'art. 13 c. 13 un reato permanente, propendendo invece per la qualifica del delitto come istantaneo²⁰.

2.2. La particolare tenuità dell'offesa tra reati di pericolo e fattispecie concreta.

Dopo aver individuato gli elementi essenziali della fattispecie e l'entità valoriale protetta, è possibile apprezzare le motivazioni del giudice di prime cure.

In primo luogo, la motivazione della sentenza è modulata secondo l'insegnamento delle Sezioni Unite Tushaj²¹.

Come si ricorderà, le Sezioni Unite rimarcano la differenza tra offensività e particolare tenuità.

*“Il principio costituzionale di offensività, dalle potenzialità ancora inesprese, impone all'interprete di adattare le norme alla Costituzione in via ermeneutica, rendendole applicabili soltanto a fatti concretamente offensivi. I beni giuridici e la loro offesa costituiscono la chiave per una interpretazione teleologica dei fatti che renda visibile la specifica offesa già contenuta nel tipo legale del fatto. Tra i molteplici significati compatibili con la lettera della legge, l'interprete dovrà ritenere fuori dal tipo incriminato i fatti non offensivi dell'interesse protetto”*²².

¹⁸ Cfr. A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Torino, 2006, 181, e la giurisprudenza ivi citata.

¹⁹ Cass. pen., 30.1.1989.

²⁰ Della medesima opinione P.M. CACCIALANZA, *Art. 13*, cit., 2772 e la giurisprudenza ivi citata.

²¹ Cass. pen. Sez. Unite, 25 febbraio 2016, nn. 13681 e 13682. Per un esteso commento alla sentenza sia consentito rinviare, anche per la bibliografia citata, a V. GIORDANO, *Le sezioni Unite sanciscono la compatibilità dell'art 131 bis c.p. con i reati di pericolo presunto. Il difficile discrimen tra offensività in concreto e particolare tenuità*, in *Diritto e Giustizia Minorile*, 1-2/2016, 34 ss.

²² Punto 5 della sent. 13681 del 2016. Riecheggiano in queste parole gli insegnamenti di F. MANTOVANI, *Diritto*

L'art. 131-bis, differentemente, è legato ad esigenze di proporzione ed *extrema ratio*, da leggere in combinato disposto con le pretese di deflazione processuale. Rappresenta un istituto che attiene al piano del bisogno della pena, il quale richiede necessariamente una prospettiva di indagine concreta.

In quella sentenza, uno degli snodi argomentativi più importanti, e forse ancora poco valorizzati nella prassi, attiene alla relazione tra i reati di pericolo presunto o di mera disobbedienza, come quello in esame, e la valutazione di particolare tenuità.

“Si è qui entro la distinzione tra fatto legale, tipico, e fatto storico, situazione reale ed irripetibile costituita da tutti gli elementi di fatto concretamente posti in essere dall'agente; secondo l'insegnamento espresso nella pagina fondativa del fatto nella teoria generale del reato”²³.

L'art 131-bis, indubbiamente, si riferisce al fatto storico, pertanto nessuna limitazione tipologica o categoriale, oltre quelle espressamente previste, è sostenibile.

“Dunque pure nei reati senza offesa, di disobbedienza, o comunque poveri di tratti descrittivi, [...], la valutazione richiesta dalla legge è possibile e doverosa, dovendosi considerare la concreta manifestazione del fatto illecito”.

Rispetto a queste tipologie di reato, allora, nell'impossibilità di graduare l'entità del danno o dell'offesa, in quanto una reale entità valoriale di riferimento non sussiste, le modalità della condotta assumono un valore significativo.

Le Sezioni Unite, infatti, dopo aver individuato i tre indicatori fondamentali della valutazione di tenuità - il disvalore di evento, il disvalore di azione ed il grado della colpevolezza - chiariscono come, anche rispetto ai reati privi di note distintive, caratterizzati da una mera offesa formale, residua uno spazio in cui il giudice può apprezzare in concreto, *“al solo fine della ponderazione in ordine alla gravità dell'illecito”²⁴*, lo sfondo fattuale in cui si esplica la manifestazione del reato, ed il pericolo percorso dal bene giuridico

Non vi è dubbio, *in primis*, che sottesa alla motivazione del giudice vi sia la qualifica della fattispecie quale reato istantaneo, sia al fine di individuare l'offesa e la sua dimensione relativa di gravità, sia per escludere l'abitualità del comportamento²⁵.

Tanto premesso, è proprio in questo verso, allora, che la sentenza in commento si manifesta quale operazione di sapiente equilibrio nella valutazione degli elementi storici irripetibili della fattispecie concreta: il disagio economico - sociale dell'imputata, la scadenza prossima del divieto di reingresso²⁶, sono tutte manifestazioni evidenti di una condotta tenue, che certamente ha recato una offesa al bene giuridico protetto, senza, tuttavia, essere connotata da gravità.

In altri termini, il giudice ha saputo dimostrare di non esaurire la propria valutazione ad una semplicistica conformità della fattispecie concreta al paradigma

penale, cit., 185 ss.

²³ Punto 6 della sent. 13681 del 2016.

²⁴ Punto 11 della sent. 13681 del 2016.

²⁵ Questo non significa, tuttavia, che vi sia una preclusione categoriale per i reati permanenti, come giustamente sottolineato da V. BOVE, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 193 ss.

²⁶ Nell'assenza, ovviamente, di ulteriori dati probatori ai quali far risalire l'illecito reingresso, il giudice di prime cure ha dovuto far riferimento alla data dell'arresto operata dagli agenti.

normativo, bensì, ha interpretato correttamente l'invito delle Sezioni Unite a confrontarsi, attraverso gli indicatori specifici, con la vicenda concreta e le sue irripetibili diramazioni.

3. Un rinnovato ruolo del giudice penale.

L'analisi delle questioni processuali e sostanziali sollevate dalla sentenza in commento consente di abbozzare una riflessione maggiormente ampia circa le ricadute processuali dell'istituto della particolare tenuità del fatto.

Sebbene animato – almeno da un punto di vista teorico e politico-criminale – dall'intento di implementare e concretizzare tendenze “negative” del processo, quali la deflazione del carico giudiziale e la proporzionalità nell'utilizzo delle risorse processuali, l'istituto della particolare tenuità del fatto, ben lungi dal ridimensionare la componente processuale, contribuisce a rifondare un ruolo diverso e più moderno del giudice penale.

Come efficacemente riconosciuto dalla Suprema Corte, infatti, *«La scelta legislativa di edificare sul pilastro della particolare tenuità del reato l'eversione del meccanismo sanzionatorio può trovare sufficiente ragione anche nella sola consapevolezza della inadeguatezza della forma 'legge' ad attuare nella sua massima estensione il principio di sussidiarietà, che quindi può ancora pretendere di inverarsi di fronte al fatto concreto costituente reato: anzi può dirsi che il vincolo costituzionale all'uso del diritto penale quale extrema ratio impone di praticare la sussidiarietà anche nella dimensione applicativa; necessariamente attraverso la mediazione del giudice»*²⁷.

Le logiche della *extrema ratio* e sussidiarietà intese nella loro declinazione «secondaria»²⁸, cioè quali istanze di riduzione del penalmente rilevante che si realizzano (anche) tramite la degradazione dei fatti (tipici, antigiuridici e colpevoli) in concreto ritenuti di speciale tenuità, richiedono, necessariamente, un ruolo del giudicante proattivo, finalizzato ad effettuare un bilanciamento tra gli interessi sottesi alla concreta repressione di un fatto penalmente rilevante e dei tempi, dei costi (non solo economici) connessi al suo accertamento.

Il nuovo istituto risponde, difatti, alla necessità di evitare che una formale e rigida applicazione delle norme incriminatrici finisca per determinare la messa in moto del sistema processuale, “male necessario” la cui necessità, con riferimento all'accertamento ed alla repressione di fatti privi di quella carica di “disvalore globale” che dovrebbe legittimare l'intervento punitivo in un sistema orientato al perseguimento di istanze di prevenzione-integratrice della pena, finisce per smarrirsi dietro burocratici automatismi, restando soltanto un “male”.

Ed ecco che allora l'applicazione della particolare tenuità in sede di predibattimento, nell'ambito per altro di un rito speciale, molto diffuso, quale il giudizio

²⁷ Cass., Sez. IV, 44132, 9 settembre 2015, dep. il 2.11.2015 Rv. 264829.

²⁸ M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, *passim*.

direttissimo (ma potenzialmente estendibile, come detto, anche a quegli altri riti speciali che non lo impediscano espressamente) diviene concreta espressione di questo nuovo ruolo che il giudice penale può (e deve) assumere: quanto prima infatti si applica la speciale causa di non punibilità, tanto maggiori saranno i vantaggi, anche in termini processuali, che il nuovo istituto ha di mira, tra cui la necessità di evitare inutili e defatiganti processi, assicurando quella deflazione processuale che è oggi sentita quale impellente priorità nella gestione dei processi.

Parimenti, l'applicazione dell'istituto estesa, come ha fatto il giudice nella sentenza che qui si commenta, ad ogni possibile tipologia di reato ed effettuata confrontandosi, attraverso gli indicatori specifici, con la vicenda concreta e le sue irripetibili diramazioni, in ossequio all'invito delle Sezioni Unite, restituisce al giudice quel potere di valutazione discrezionale (che non vuol dire arbitrario) che gli compete.

Così inteso il ruolo del giudice, la causa di esclusione della punibilità di cui all'art. 131-*bis* c.p. aumenta le proprie potenzialità applicative²⁹, verso snodi del diritto penale connotati spesso da offese formali o, comunque, di scarsa entità valoriale³⁰, recuperando il senso autentico del principio di sussidiarietà in concreto del diritto penale³¹, grazie al prisma della valutazione giudiziale³².

²⁹ È opportuno rilevare infatti che la norma ha visto di recente ampliati i propri orizzonti applicativi grazie alla sentenza della Corte costituzionale n. 156 del 21 luglio 2020, in *www.penaledp.it*, 22 luglio 2021, che la ha estesa ai reati per i quali non è stabilito un minimo edittale di pena detentiva. Sul punto v. E. CONTIERI, *Una ragionevolezza a "rime sciolte". Breve commento alla sentenza della Corte Costituzionale n. 156 del 2020*, in *Questione Giustizia*, 8.9.2020.

³⁰ Correndo, tuttavia, il rischio concreto di legittimare categorie di reato verso le quali la dottrina da tempo esprime dubbi di legittimità costituzionale, preferendo l'agile soluzione della particolare tenuità, laddove le cornici edittali lo consentano. Ed infatti, pochi giorni dopo l'introduzione dell'art. 131 *bis*, autorevole dottrina segnalava tale possibilità. T. PADOVANI, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, in *Guida dir.*, 4 aprile 2015, 1.

³¹ Sul quale v. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, *passim*.

³² In attesa di un recupero normativo del principio di sussidiarietà in astratto o di *extrema ratio* del diritto penale, attraverso politiche di depenalizzazioni, a lungo invocate dalla dottrina. Cfr. S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, II ed., Napoli, 1997, *passim*.
Sulle tecniche di depenalizzazione, insuperabile C.E. PALIERO, «Minima non curat praetor». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985.

**SUL PRESUNTO OBBLIGO DI IMPEDIMENTO
IN CAPO ALL'ORGANISMO DI VIGILANZA:
ALCUNE NOTE A MARGINE DELLA SENTENZA BMPS**

Nota a [Trib. Milano, Sez. II, sent. 8 novembre 2019 \(dep. 12 maggio 2020\),
n. 13490, Pres. Trovato](#)

di Eugenio Fusco e Beatrice Fragasso

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il fatto in breve. – 3. L'iter argomentativo adottato dal Tribunale di Milano. – 4. La natura della responsabilità dell'ente: concorso *ex art.* 110 c.p. o colpa in organizzazione? – 5. L'Organismo di Vigilanza come organo di controllo sull'adeguatezza e sull'attuazione dei modelli organizzativi, non sui singoli atti gestori. – 6. Ancora sull'OdV e sul supposto obbligo di impedimento di reati: cenni alla vicenda Impregilo. – 7. Conclusioni.

1. Premessa.

La sentenza del Tribunale di Milano sul caso Banca Monte dei Paschi di Siena (BMPS) – nel riconoscere la responsabilità *ex d.lgs.* n. 231/2001 di NOMURA e DEUTSCHE BANK – London Branch, in relazione ai reati di aggio e false comunicazioni sociali commessi da soggetti apicali, in concorso con esponenti di BMPS – offre l'occasione per tornare a svolgere alcune riflessioni sulle modalità di ascrizione della responsabilità in capo all'ente e, soprattutto, sul ruolo e la funzione dell'Organismo di Vigilanza (OdV) nel sistema 231.

La parte in commento della sentenza è quella conclusiva, riguardante il giudizio di inidoneità dei modelli organizzativi predisposti dalla filiale londinese di DEUTSCHE BANK¹.

Alcuni passaggi motivazionali riecheggiano, senza richiamarla, la sentenza Impregilo², pronunciata dalla Corte di Cassazione nel 2013, anch'essa in materia di aggio. In quel caso, i Giudici di legittimità, nell'escludere l'applicabilità dell'esimente dell'*elusione fraudolenta* del modello, riscontravano – quale ulteriore criticità nel sistema di *compliance* – la mancata previsione della facoltà, in capo all'OdV,

¹ Le argomentazioni sviluppate dai Giudici del Tribunale di Milano per giungere alla condanna di Nomura sono sostanzialmente sovrapponibili a quelle richiamate in questa nota.

² Cass. pen., Sez. V, 18 dicembre 2013, dep. 30 gennaio 2014, n. 4677, Impregilo, in *Le Società*, 2014, n. 4, IPSOA, p. 469, con note di C.E. PALIERO, *Responsabilità degli enti e principio di colpevolezza al vaglio della Cassazione: occasione mancata o definitivo de profundis?*, e di V. SALAFIA, *La condizione di non punibilità per responsabilità amministrativa, delle società ed enti, nel recente intervento della Corte di Cassazione*

di esprimere una *dissenting opinion* sul contenuto del comunicato stampa, atto pacificamente di competenza dell'organo di gestione.

Nonostante la Cassazione – nella stessa sentenza Impregilo – affermi con chiarezza che «*la responsabilità dell'ente, ai sensi del decreto n. 231 del 2001, non trova certamente fondamento nel non aver impedito la commissione del reato (ai sensi dell'art. 40 c.p., comma 2)*», le conclusioni raggiunte dai giudici – come meglio si vedrà *infra* – rischiano di essere intese nel senso di legittimare l'Organismo di Vigilanza al controllo nel merito dell'operato degli amministratori della società, con la conseguente insorgenza, quantomeno potenziale, di un obbligo di impedimento

La sentenza del Tribunale di Milano pare muoversi nella medesima prospettiva, riconoscendo all'OdV una sorta di sindacato nel merito dell'attività gestoria, all'evidenza eccentrico rispetto allo “Statuto dell'Organismo di vigilanza”, così come delineato nel decreto 231.

Vale, allora, la pena di tornare sul tema del presunto obbligo di impedimento in capo all'OdV per cercare di fugare dubbi evidentemente ancora attuali.

2. Il fatto in breve.

I dirigenti di BMPS avevano concordato con DEUTSCHE BANK - London Branch un'operazione strutturata il cui obiettivo era quello di dotare la società Santorini – veicolo scozzese posseduto al 100% da BMPS – di un provento immediato tale da neutralizzare, contabilmente, la minusvalenza che stava maturando sul *collared equity swap* (CES), stipulato con DEUTSCHE BANK.

Solo per avere un ordine di grandezze: all'esito della operazione strutturata, SANTORINI realizzava una plusvalenza pari a 364 milioni di euro, grazie alla quale esponeva un utile di 61 milioni di euro anziché una perdita di circa 300 milioni di euro.

In questo modo, si evitava di evidenziare nel conto economico di BMPS un elemento che avrebbe avuto un impatto fortemente negativo sul risultato di esercizio e sul patrimonio di vigilanza.

3. L'iter argomentativo adottato dal Tribunale di Milano.

Ricostruiti i fatti e accertata la responsabilità dei funzionari di DEUTSCHE BANK – in concorso con gli esponenti di BMPS – per i reati di manipolazione del mercato e di false comunicazioni sociali, il Tribunale procede a verificare se sia configurabile una responsabilità della banca estera ai sensi del d.lgs. 231/2001, in forza del richiamo ai citati reati-presupposto operato dall'art. 25-*sexies* e dall'art. 25-*ter* del decreto.

Innanzitutto, va ricordata l'ininfluenza, rispetto alla normativa interna, del fatto che l'ente abbia sede all'estero.

Il Tribunale di Milano dà per assodato il principio di diritto – ripetutamente affermato da diversi giudici di merito³ – in base al quale i tribunali italiani hanno giurisdizione sulla responsabilità amministrativa dell'ente, qualora il reato-presupposto sia commesso in Italia, indipendentemente dal luogo in cui si trovi la sede della società. A sostegno di questa tesi, molteplici e convergenti sono le argomentazioni sviluppate: *i)* la formulazione dell'art. 1 d.lgs. 231, che individua l'ambito di applicazione della disciplina, non autorizza distinzioni tra enti aventi sede in Italia ed enti aventi sede all'estero; *ii)* da un punto di vista sistematico, occorre tener presente che l'art. 6, co. 1, c.p. dispone che la legge penale italiana si applichi a tutti i reati commessi in Italia, a prescindere dalla nazionalità dell'autore, e il principio di uguaglianza, sancito dall'art. 3 della Costituzione, non consente disparità di trattamento tra persona fisica e persona giuridica. Recentemente anche la Corte di Cassazione⁴, nel pronunciarsi per la prima volta sulla questione, ha confermato tale orientamento; ma è andata anche oltre, affermando che i tribunali italiani sono competenti anche per i reati commessi all'estero da enti stranieri in tutti i casi in cui sussiste la giurisdizione italiana per i reati-presupposto (perché, ad esempio, il reato è ascrivibile ad un cittadino italiano)⁵.

I Giudici del Tribunale di Milano, nel loro *iter* argomentativo, hanno accertato agevolmente che il reato fu commesso dagli apicali di DEUTSCHE BANK - London Branch, nell'interesse e a vantaggio dell'ente, ritenendo perciò sussistente il criterio ascrittivo previsto dall'art. 5, comma 1, d.lgs. 231/2001. Infatti, benché l'operazione avesse – come affermato dalla difesa – un fine cosmetico esclusivamente con riferimento ai bilanci di BMPS, l'origine e lo scopo della manovra erano già di per sé dimostrativi del fatto che gli imputati avessero agito al fine di procurare un vantaggio a DEUTSCHE BANK, che, in effetti, aveva conseguito un cospicuo margine di profitto.

Più complesso è il ragionamento seguito dal Tribunale per escludere la sussistenza dell'esimente di cui all'art. 6 d.lgs. 231/2001.

La difesa, in particolare, ha sostenuto che l'ente, ancorché non avesse adottato il Modello Organizzativo così come previsto dal decreto legislativo n. 231 del 2001, era comunque dotato di un sistema di *compliance* parimenti idoneo ad evitare il rischio di commissione degli illeciti penali e, segnatamente, dei reati del settore del *market abuse*.

I giudici hanno perciò verificato se la struttura organizzativa di DEUTSCHE BANK - London Branch, indipendentemente dalla qualificazione e dalla denominazione

³ Vd. Trib. Lucca, sent. 31 luglio 2017, n. 222, sulla nota vicenda dell'incidente ferroviario di Viareggio, in *Resp. amm. soc. enti*, fasc. 2, 2020, p. 145 ss., con nota di L. BASSI – M.M. MORELLI, *Società straniera e ... responsabilità italiana: la valutazione «in concreto» del sistema di compliance*; vd. anche Trib. Milano, sez. IV penale, sent. 4 febbraio 2013.

⁴ Cass., Sez. VI, 7 aprile 2020, n. 11626, in questa *Rivista*, 6 maggio 2020, con nota di G. PRINCIPATO – G. CASSINARI, [La \(imperfetta\) sovrapposibilità della giurisdizione per le persone fisiche e per gli enti stranieri: riflessioni a margine di una sentenza della Cassazione sull'art. 4 d.lgs. 231/2001](#); M.M. SCOLETTA, *Enti stranieri e "territorialità universale" della legge penale italiana: vincoli e limiti applicativi del D.Lgs. n. 231/2001*, in *Le Società*, 2020, p. 621 ss.

⁵ In senso critico, G. PRINCIPATO – G. CASSINARI, [La \(imperfetta\) sovrapposibilità della giurisdizione per le persone fisiche e per gli enti stranieri](#), cit.

formale, fosse comunque adeguata a prevenire il rischio-reato nei termini imposti dalla normativa interna.

Il consulente tecnico della difesa dell'ente ha cercato, in particolare, di avvalorare la tesi secondo cui le regole vigenti nel Regno Unito – sebbene non prevedano espressamente la necessità di attuare un “modello” – prescrivono l'adozione di un sistema organizzativo, gestionale e di controllo che è assimilabile a quello italiano.

In altre parole, secondo il consulente, DEUTSCHE BANK - London Branch disponeva, all'epoca dei fatti, di un sistema di *compliance* comunque efficace ad evitare la commissione degli illeciti contestati. L'assunto sarebbe confortato da una serie di documenti interni, contenenti linee guida, regolamenti, procedure di vigilanza, etc., ma, soprattutto, dalla operatività di diversi organismi con compiti di vigilanza, le cui funzioni, riguardate nel loro complesso, avrebbero dovuto essere equiparate a quelle dell'OdV. Segnatamente, il consulente di parte ha fatto riferimento al Dipartimento di *Compliance*, al Dipartimento *Legal*, nonché a quelli *Finance* e *Risk management*, dotati di «*autonomi poteri di iniziativa e controllo al fine di assicurare l'adozione, la supervisione, l'attuazione e l'aggiornamento delle procedure secondo la necessità*»; e, passando in rassegna le singole esigenze indicate all'art. 6, comma 2, d.lgs. 231/2001, cui i modelli organizzativi devono rispondere, individuava, per ciascuna di esse, l'organo di riferimento tra quelli dianzi elencati.

Con specifico riferimento all'operazione Santorini, il consulente ha sostenuto che «*fu richiesto un lungo e dettagliato processo di valutazione e approvazione interna*», che aveva coinvolto alti dirigenti nei gruppi *business* e un processo attivo di analisi da parte dei dipartimenti *Compliance* e *Legal*. In particolare, in relazione al “rischio globale di mercato”, la decisione di procedere con l'operazione era stata demandata al Comitato per la valutazione del rischio per l'Europa, il Medio Oriente e l'Africa (GMRAC), il quale, individuando un rischio-reato, aveva subordinato il via libera alla condizione che l'Amministratore Delegato e il Direttore Finanziario di BMPS attestassero che l'operazione fosse stata approvata dai contabili interni e dalla Revisione esterna.

Il Tribunale, dopo aver ripercorso le argomentazioni addotte dal consulente, rileva correttamente che la difesa si era limitata a tratteggiare, in termini generali e astratti, il sistema di presidi adottato dalla Banca estera, decantandone la completezza e la precisione «*senza mai procedere a verificarne l'attuazione e l'efficacia sul piano fattuale*». Alla luce di tali considerazioni, il giudicante giunge alla conclusione che la difesa non abbia provato che, all'epoca dei fatti, l'Ente era dotato di un Modello Organizzativo efficace, tale da integrare le condizioni di esonero da responsabilità previste dall'art. 6 d.lgs. 231/2001.

In particolare, i giudici assumono che il modello sia inadeguato sulla base delle seguenti argomentazioni:

(i) la natura, l'unitarietà e la finalità esclusivamente contabile, di “cosmesi di bilancio”, dell'operazione complessiva dimostrano che i protocolli in uso presso la Banca di investimento si erano in concreto rivelati inefficaci ed inadeguati «*a rilevare la vera natura del deal e a bloccarne l'approvazione*»;

(ii) nonostante il *deal team* proponente non avesse esplicitato le motivazioni “cosmetiche” alla base dell'operazione, i membri del GMRAC, al cui giudizio favorevole

era subordinato il via libera alle operazioni complesse, «*avevano perfettamente capito che quella era l'intenzione e l'obiettivo della transazione*» e ne avevano agevolato la riuscita: in particolare, il comitato aveva ommesso di approfondire gli aspetti contabili dell'operazione, nonché il rischio reputazionale e la debolezza dei dati finanziari del gruppo BMPS. Allo stesso modo, il Tribunale afferma che «*le funzioni di controllo si sono dimostrate concilianti rispetto al buon esito dell'“affare”, a dispetto del suo scopo illecito*», rilevando che i Dipartimenti *Finance*, *Compliance* e *Business* avrebbero dovuto sollevare obiezioni circa la legittimità dell'operazione;

(iii) era inoltre mancata un'effettiva indipendenza di ruoli fra le funzioni proponenti, decisorie e di controllo, dal momento che alcuni membri del GMRAC erano allo stesso tempo componenti del *team* che aveva curato il *deal*;

(iv) DEUTSCHE BANK, successivamente alla commissione del reato, aveva proceduto a modificare le *policies*: una coincidenza temporale sintomatica dell'inadeguatezza della struttura organizzativa precedentemente adottata.

4. La natura della responsabilità dell'ente: concorso *ex art. 110 c.p.* o colpa in organizzazione?

Le conclusioni cui perviene il Tribunale devono ritenersi condivisibili, essendo ampiamente dimostrate l'inadeguatezza e l'inefficacia del modello di DEUTSCHE BANK - London Branch, rispetto agli standard previsti dal d.lgs. 231/2001.

I Giudici, tuttavia, nel rigettare l'approccio formalistico della difesa e concentrando l'attenzione sul caso concreto e sulle modalità attraverso le quali fu possibile approvare un'operazione *ictu oculi* illegittima, evidenziano una sorta di *complicità organica* dell'ente rispetto ai fatti illeciti contestati ai soggetti apicali. I presidi preventivi adottati dalla sede londinese di DEUTSCHE BANK sono ritenuti inadeguati non in base ad una valutazione *ex ante*, volta a verificarne la conformità ai requisiti indicati dall'art. 6 d.lgs. 231/2001, ma perché «*non sono valsi a rilevare la vera natura del deal e a bloccarne l'approvazione*», e, anzi, ne avevano accettato la commissione come parte di una *policy* aziendale «*tesa a privilegiare il conseguimento di un risultato profittevole anche a discapito dell'osservanza delle regole*». È a questa logica “organicista” che sembra ispirarsi il Tribunale, quando afferma che «*le funzioni di controllo si sono dimostrate concilianti rispetto al buon esito dell'“affare”, a dispetto del suo scopo illecito*», sottolineando tutte le omissioni dei dipartimenti, che avrebbero dovuto rilevare il rischio-reato sotteso all'operazione finanziaria strutturata.

Sebbene non sia questa la sede per addentrarci nel dibattito dottrinale, seguito all'approvazione del d.lgs. 231/2001, circa la natura della responsabilità da reato dell'ente, è da rilevare che anche gli autori che hanno sostenuto la teoria unitaria dell'illecito societario⁶ – in base alla quale vi sarebbe una sostanziale coincidenza tra

⁶ Si vedano, per tutti, e con diverse sfumature dogmatiche, C.E. PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili sistematici*, in F. Palazzo (a cura di), *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, 2003, 17 ss.; A. ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche sulla nuova*

illecito attribuibile all'ente e reato – non si sono mai spinti ad affermare che la struttura della responsabilità dell'ente sia assimilabile alla disciplina del concorso di persone ex art. 110 c.p., in cui la condotta atipica del correo rileva in forza della sua *efficacia causale* nella realizzazione dell'evento. In primo luogo, infatti, nel testo del d.lgs. 231/2001, il legislatore ha predisposto una disciplina *ad hoc* tendenzialmente autosufficiente, senza operare alcun richiamo agli artt. 110 ss. c.p.⁷, né alla *causalità* quale modalità di ascrizione della responsabilità dell'ente; quest'ultima deve piuttosto ritenersi fondata sulla *colpa in organizzazione*. In secondo luogo, anche volendo aderire alla tesi minoritaria che ammette l'astratta configurabilità del concorso colposo nel reato doloso⁸, in questo caso ne difetterebbero i requisiti, poiché il concetto di “colpa in organizzazione” esprime la violazione non di regole precauzionali direttamente finalizzate a prevenire l'altrui comportamento doloso, quanto, piuttosto, l'infrazione di misure a contenuto organizzativo volte a minimizzare il rischio di commissione di reati⁹.

L'accertamento di idoneità del modello organizzativo, dunque, prescinde dalla verifica circa un presunto contributo causale dell'ente nella commissione del reato-presupposto, ma è un giudizio strettamente normativo, volto a verificare se l'autonormazione adottata dall'ente sia conforme alle esigenze di prevenzione enunciate dall'art. 6, co. 2 del decreto 231¹⁰: «a) individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati; b) prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire; c) individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati; d) prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli; e) introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello».

disciplina, in A. Alessandri (a cura di), *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002, 40 ss. Tra i fautori delle teorie pluraliste ricordiamo F. MUCCIARELLI, *Il fatto illecito dell'ente e la costituzione di parte civile nel processo ex d. lgs. n. 231/2001*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 431 ss.; F. GIUNTA, *Brevi appunti sul fondamento “dogmatico” della nuova disciplina sulla responsabilità degli enti collettivi*, in G. De Francesco (a cura di), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia punitiva*, Torino, 2004, 36 ss.

⁷ In questo senso vd. D. PIVA, *Concorso di persone e responsabilità dell'ente: vuoti normativi, incertezze giurisprudenziali e prospettive di riforma*, in *Arch. pen.*, 1/2016, 8.

⁸ Cass., sez. IV, 9 ottobre 2002, n. 39680, Cupecchi; Cass., sez. IV, 27 aprile 2015, n. 22042; la dottrina praticamente unanime esclude invece la configurabilità del concorso colposo in delitto doloso, argomentando che la responsabilità per colpa per i delitti, ai sensi dell'art. 42, co. 4, c.p., esige una previsione espressa e la norma che dà rilievo al concorso colposo nei delitti colposi (art. 113 c.p.) non può ritenersi applicabile ai casi di concorso colposo in delitto doloso, configurandosi altrimenti un'interpretazione analogica *in malam partem*; si veda per tutti G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè Francis Lefebvre, 9a ed., 2020, p. 570; la giurisprudenza più recente ha comunque avallato le conclusioni della dottrina, vd. Cass., sez. IV, 19 luglio 2018, 7032.

⁹ D. PIVA, *Concorso di persone e responsabilità dell'ente: vuoti normativi, incertezze giurisprudenziali e prospettive di riforma*, in *Arch. pen.*, 1/2016, 8. Vd. C.E. PALIERO – C. PIERGALLINI, *La colpa in organizzazione*, in *La resp. amm. soc. enti*, 3/2006, che affermano come il rischio che l'ente deve prevenire affonda le sue radici «nella violazione di una regola che non ha nulla di cautelare rispetto all'evento avvertatosi».

¹⁰ In questo senso v. F. D'ARCANGELO, *La introduzione di uno standard legale per la valutazione di idoneità dei modelli organizzativi*, in *Resp. amm. soc. enti*, fasc. 4, 2018, p. 73 ss.

5. L'Organismo di Vigilanza come organo di controllo sull'adeguatezza e sull'attuazione dei modelli organizzativi, non sui singoli atti gestori.

Appurato che, al fine del giudizio di idoneità, non rileva la denominazione formale dei presidi adottati dall'ente e non è decisiva la mera predisposizione di veri e propri "modelli organizzativi", l'accertamento che i giudici devono svolgere è quello inerente alla funzionalità del sistema di *compliance* rispetto allo scopo preventivo, così come delineato dall'art. 6, co. 2, d.lgs. 231/2001.

Nel caso in esame, la riscontrata mancanza di un organo assimilabile all'OdV – ossia dell'organismo avente il compito di «*vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli, di curare il loro aggiornamento*» e dotato di «*autonomi poteri di iniziativa e di controllo*» (art. 6, comma 1, lett. b) – sarebbe stata sufficiente ad escludere la rispondenza dei presidi adottati da DEUTSCHE BANK rispetto al sistema 231. Nonostante, infatti, il consulente di parte abbia elencato una serie di organi aventi, formalmente, le medesime funzioni dell'OdV, in realtà il GMRAC e i Dipartimenti *Legal, Compliance e Business* avevano (almeno all'epoca dei fatti) un ruolo *interno e diretto nella gestione* nonché di *controllo sull'amministrazione* e non, invece, di *vigilanza sull'adeguatezza e sull'attuazione dei modelli organizzativi*.

Il GMRAC, in particolare, ricopriva un ruolo incisivo nell'approvazione delle operazioni complesse – avendo il compito di valutare il "rischio globale di mercato" – ed era dotato di poteri *lato sensu* impeditivi. Una funzione di *controllo sulla gestione*, dunque, non di *controllo sulla prevenzione*, compito, quest'ultimo, precipuo dell'OdV. Anche dal punto di vista soggettivo, i componenti del GMRAC non avevano le caratteristiche di autonomia e indipendenza che la normativa interna prevede per i membri dell'OdV. I due presidenti del comitato – che avrebbero dovuto valutare la legalità e l'opportunità dell'operazione finanziaria – versavano in un evidente conflitto d'interessi, facendo parte della medesima divisione che aveva progettato e discusso il *deal*. Essi, d'altra parte, erano così implicati nelle scelte gestionali dell'ente da essere stati ritenuti responsabili, in concorso con altri dirigenti di DEUTSCHE BANK, per gli stessi reati presupposto.

La totale estraneità alle scelte gestionali è, invece, la quintessenza dell'OdV: l'Organismo di vigilanza può adempiere correttamente ai propri compiti solo nella misura in cui è *separato* rispetto alla gestione della società e verifica, in maniera indipendente, l'adozione e l'attuazione dei modelli organizzativi¹¹.

In assenza di espliciti obblighi – e dei correlativi poteri – di impedimento di reati, deve inoltre rimarcarsi che in capo ai membri dell'OdV non possa configurarsi una posizione di garanzia, idonea a fondare la responsabilità per omesso impedimento

¹¹ A. BERNASCONI, «*Razionalità e irrazionalità della Cassazione in tema di idoneità dei modelli organizzativi*», in *Dir. Pen. Proc.*, 2014, n. 12, IPSOA, p. 1436. La stessa giurisprudenza di merito si è talvolta espressa in questo senso, vd. Corte d'assise d'appello di Torino (27/05/2013), Thyssenkrupp, disponibile su [Dir. Pen. cont.](#): «*il modello organizzativo può ritenersi efficacemente attuato solo se l'Organismo di Vigilanza abbia autonomia nei poteri di controllo e di iniziativa e se non abbia compiti operativi*».

dell'evento lesivo, ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p.¹². Il principio di equivalenza sancito dal co. 2 dell'art. 40 c.p. stabilisce, infatti, che il reato omissivo improprio possa configurarsi esclusivamente in presenza di una norma giuridica *espressa* che imponga a determinati soggetti l'obbligo di impedire uno specifico evento, attribuendo i rispettivi poteri¹³. Una norma di questo tenore manca con riferimento all'Organismo di Vigilanza: il d.lgs. 231/2001 assegna all'OdV il «compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli, di curare il loro aggiornamento» (art. 6, co. 1, lett. b), d.lgs. 231/2001), nonché l'obbligo di prevedere meccanismi di verifica dell'implementazione degli stessi e un sistema disciplinare. L'art. 7, co. 4 prevede, infatti, che «l'efficace attuazione del modello richiede: a) 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; b) un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello», senza fare alcun cenno a obblighi di impedimento dei reati-presupposto. I compiti dell'OdV sono di *generica* prevenzione, prospettici e organizzativi, non volti ad impedire *singoli eventi lesivi*¹⁴.

Va inoltre rilevato che la il compito di vigilanza è assegnato all'organismo nel suo complesso, nella sua veste istituzionale (e, il più delle volte, collegiale), non ai singoli membri: un'ulteriore indicazione nel senso di escludere la sussistenza di una posizione di garanzia in capo ai componenti dell'OdV, atteso che gli obblighi imposti ad un soggetto collettivo non possono tradursi, automaticamente, in imposizioni a carico delle singole persone fisiche che ne fanno parte.

In sostanza, come affermato da autorevole dottrina, l'OdV ha una «finalità preventiva indiretta», poiché ha il compito di «assicurare l'effettività dei modelli di organizzazione e di gestione adottati», non quello di «prevenire concreti episodi delittuosi»¹⁵. La vigilanza sul modello non si estrinseca, allora, nel controllo sui singoli atti di gestione, ma deve piuttosto assolvere ai seguenti compiti:

¹² In questo senso si vedano *ex multis* A. PRESUTTI – A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, 2° ed., Giuffrè, 2018, p. 163; F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, Giuffrè, 2009, 407; A. ALESSANDRI, *I soggetti*, in A. Alessandri (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002, 42; F. GIUNTA, *Attività bancaria e responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, 19; O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in G. Lattanzi (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, Milano, 2010, 108; P. ALDROVANDI, *I "modelli di organizzazione e di gestione" nel D. lgs. 8 giugno 2001, n. 231: aspetti problematici dell'"ingerenza penalistica" nel "governo" delle società*, in *Riv. trim. dir. pen. proc.*, 2007, p. 460; F. CONSULICH, *Vigilantes puniri possunt. I destini dei componenti dell'organismo di vigilanza tra doveri impeditivi e cautele relazionali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 3/2015, p. 445-448. Anche l'ABI, nelle sue *Linee Guida per l'adozione di modelli organizzativi sulla responsabilità amministrativa delle banche*, esclude che l'OdV abbia obblighi impeditivi; *contra* A. MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo d'insieme*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, 511; A GARGANI, *Imputazione del reato degli enti collettivi e responsabilità penale dell'intraneo: due piani irrelati?*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 1066.

¹³ Si vedano, per tutti, G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè Francis Lefebvre, 9a ed., 2020, p. 271; F. MANTOVANI, *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 4, 2004, p. 984.

¹⁴ Così F. CONSULICH, *Vigilantes puniri possunt. I destini dei componenti dell'organismo di vigilanza tra doveri impeditivi e cautele relazionali*, cit., p. 446.

¹⁵ C. PEDRAZZI, *Corporate Governance e posizioni di garanzia: nuove prospettive?*, in AA.VV., *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, 2002, II, 1375.

« - vigilanza sull'effettività del modello, cioè sulla coerenza tra i comportamenti concreti e il modello istituito;

- esame dell'adeguatezza del modello, ossia della sua reale – non già meramente formale – capacità di prevenire i comportamenti vietati;

- analisi circa il mantenimento nel tempo dei requisiti di solidità e funzionalità del modello;

- cura del necessario aggiornamento in senso dinamico del modello, nell'ipotesi in cui le analisi operate rendano necessario effettuare correzioni ed adeguamenti»¹⁶.

Qualora riscontri criticità e difetti del modello organizzativo, l'OdV non interviene direttamente ma riferisce all'organo di gestione, che provvede eventualmente a deliberare e ad adottare le misure correttive necessarie¹⁷.

Problematica, in questo contesto, è la disposizione contenuta nel comma 4-bis dell'art. 6 d.lgs. 231 – introdotta con legge 12 novembre 2011 n. 183 – che prevede che «nelle società di capitali il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza e il comitato per il controllo della gestione possono svolgere le funzioni dell'organismo di vigilanza». In forza di tale norma, le medesime persone fisiche possono assumere le vesti di “controllori” e, allo stesso tempo, di “controllati” – con conseguente rischio di vanificazione del requisito di indipendenza dell'OdV – considerato che i sindaci sono, per alcuni aspetti, in rapporto “osmotico” con gli amministratori¹⁸, avendo progressivamente acquisito una serie di poteri di affiancamento e condivisione delle scelte gestorie. Si pensi, innanzitutto, alla vigilanza sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile (art. 2403, co. 1, c.c.), ma anche, per esempio, alla formulazione di osservazioni e proposte all'assemblea in ordine all'approvazione del bilancio (art. 2429, co. 2, c.c.) e al potere di convocare l'assemblea in casi di gravi irregolarità nella gestione (art. 2406 c.c.). Nella prassi, d'altra parte, la vigilanza sui profili di legittimità delle scelte gestionali e la verifica circa la correttezza dei procedimenti decisionali finiscono, non infrequentemente, per trasformarsi in valutazioni *di merito* sull'operato degli amministratori¹⁹.

I membri del collegio sindacale sono altresì potenziali autori di alcuni dei reati presupposto della responsabilità dell'ente (si pensi ai reati societari, cui fa riferimento l'art. 25-ter d.lgs. 231/2001): essi sono infatti titolari di una posizione di garanzia, il cui fondamento è rintracciabile nel generale dovere di vigilare sulla legalità dell'azione sociale *ex art.* 2403 c.c. e nel principio solidaristico che governa la responsabilità civile *ex art.* 2407, co. 2, c.c.²⁰. Il mancato controllo su alcuni atti gestori può, dunque, fondare una

¹⁶ [Linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo](#) (Confindustria, approvate il 7 marzo 2002 e aggiornate al marzo 2014).

¹⁷ F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, cit., 407.

¹⁸ L'espressione è di A. PRESUTTI – A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, 2° ed., Giuffrè, 2018, p. 161.

¹⁹ A. PRESUTTI – A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, 2° ed., Giuffrè, 2018, p. 162.

²⁰ La responsabilità omissiva dei sindaci si configura specialmente in relazione alle ipotesi di bancarotta, vd. Cass., 4 ottobre 2018, n. 44107; Cass., sez. V, 5 febbraio 2010, n. 15360; Cass., sez. II, 12 febbraio 2009, Frattini, in *Guida dir.*, 2009. Anche agli amministratori “indipendenti” è stata spesso riconosciuta una posizione di garanzia, vd. Cass., sez. V, 4 maggio 2011, n. 28932: «l'amministratore “indipendente” è soggetto pur sempre

responsabilità penale dei sindaci per omissione, ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p.²¹: è sommamente inopportuno che a soggetti che esercitano un controllo diretto sulla gestione della società possa essere attribuita la funzione di vigilare sulla prevenzione (*rectius*, sull'attuazione di strutture organizzative idonee a prevenire la commissione di reati)²².

6. Ancora sull'OdV e sul supposto obbligo di impedimento di reati: cenni alla vicenda Impregilo.

Incertezze circa il ruolo e le funzioni dell'OdV sono ravvisabili in molte pronunce, non solamente in quella in commento.

La sentenza sul caso Impregilo²³, cui già si è fatto cenno e con la quale la Suprema Corte di Cassazione ha annullato l'assoluzione dell'ente, rinviando gli atti alla Corte d'Appello di Milano²⁴, merita un chiarimento ed un approfondimento.

Alla pronuncia della Suprema Corte – concernente fatti di agiotaggio informativo commessi dai vertici della società – va certamente riconosciuto il merito di aver delineato con precisione il concetto di elusione fraudolenta, cui fa riferimento l'art. 6, co. 1, lett. c), d.lgs. 231/2001, e di aver conseguentemente escluso la sussistenza dell'esimente nel caso concreto, per il fatto che il Presidente e l'Amministratore Delegato della società avevano violato il modello organizzativo senza necessità di agire con condotte ingannevoli e falsificatrici, qualificabili, appunto, in termini di *elusione fraudolenta*²⁵.

La motivazione su questo aspetto è convincente e condivisa, ma non è il tema che si intende qui approfondire.

collocato dall'ordinamento in una posizione di garanzia, cioè, di protezione di interessi diffusi propri di categorie (azionisti, creditori, dipendenti, ecc.) che non dispongono di adeguate capacità cognitive della realtà societaria. Soggetto [...] la cui funzione, regolata dalla disciplina del codice civile, conosce espressi poteri e correlativi doveri (anzi, per quelli indipendenti, marcati obblighi di vigile attenzione, come esattamente osservano le parti civili ricorrenti). Paradigma obbligatorio che si rifrange sulla fattispecie regolante il nesso di causalità per fatto omissivo, prevista dall'art. 40 c.p., comma 2».

²¹ Sul punto si veda, più estesamente, N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Milano, 2003; F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, cit., 257 ss.

²² La previsione è stata criticata dall'ABI, nella [circolare 1/2012](#), nonché dall'AODV, nel [Position Paper del 31.10.2012](#). Il 28 giugno 2018 è stata inoltre depositata la proposta di legge n. 818/2018 che, per quanto interessa in questa sede, prevede l'abrogazione del citato comma 4-bis dell'art. 6 d.lgs. 231/2001, con l'obiettivo di «consolidare l'indipendenza dell'OdV».

²³ Cass. pen., Sez. V, 18 dicembre 2013, dep. 30 gennaio 2014, n. 4677, Impregilo, cit.

²⁴ La vicenda, peraltro, non ha ancora trovato il suo definitivo epilogo, atteso che non si conoscono le motivazioni adottate della corte di rinvio.

²⁵ La Cassazione ribaltava così le due pronunce di merito (G.I.P. Milano, 17 novembre 2009; C. appello Milano, 21 marzo 2012, dep. 18 giugno 2012) che avevano invece assolto la società dalle imputazioni, allegando che il modello – idoneo a prevenire il delitto di agiotaggio – era stato 'eluso fraudolentemente' dai vertici societari.

È necessario, invece, concentrare ancora l'attenzione sul ruolo e le funzioni dell'OdV, partendo proprio dal caso Impregilo.

Secondo la Corte di Cassazione, la funzione di controllo dell'organismo di vigilanza di Impregilo, così come delineata nel modello organizzativo, non era sufficientemente incisiva, dal momento che le bozze dei comunicati stampa predisposte dalle strutture amministrative potevano essere modificate dagli apicali, senza che «*all'organo di controllo [fosse] concesso di esprimere una dissenting opinion sul "prodotto finito" [il comunicato]*». Nonostante le considerazioni in senso contrario svolte nella parte introduttiva della sentenza («*La responsabilità dell'ente, ai sensi della L. n. 231 del 2001, non trova certamente fondamento nel non aver impedito la commissione del reato (ai sensi dell'art. 40 c.p., comma 2)*»), i Giudici di legittimità sembrano attribuire all'OdV una vera e propria funzione impeditiva dell'evento-reato, affermando che la vigilanza si riduce ad un "mero simulacro" se non si estrinseca in un controllo sui più importanti atti di gestione. In questo modo, però, si assegna all'OdV un ruolo di *sindacato diretto e totale sugli organi di amministrazione*²⁶, ruolo che, come abbiamo già avuto modo di sottolineare, è estraneo all'impianto del d.lgs. 231/2001 e poco funzionale alle esigenze del sistema. Non rientra infatti tra le competenze dell'Organismo di vigilanza la supervisione sui contenuti dei comunicati stampa, la cui predisposizione rappresenta tipica espressione dei poteri *lato sensu* gestori. Non si può, d'altra parte, confondere l'obbligo – previsto dalla lett. d), comma 2, art. 6 d.lgs. 231/2001 – di informare l'OdV circa l'adeguatezza e l'attuazione del sistema di prevenzione del rischio-reato (*controllo indiretto*) con la devoluzione di un potere decisorio sui singoli atti amministrativi dell'ente (*controllo diretto*)²⁷.

Se la responsabilità dell'ente per il reato commesso da apicali o dipendenti si fonda sul rimprovero, mosso alla società, di non aver predisposto sufficienti presidi preventivi del rischio-reato, è proprio sulla funzionalità, da verificarsi *ex ante*, di questi presidi – i "modelli organizzativi", nel lessico del decreto 231 – che avrebbe dovuto concentrarsi l'indagine dei giudici di legittimità. D'altra parte, l'inadeguatezza dei modelli di Impregilo a prevenire il reato di aggio-taggio era ben evidente, proprio per la carente proceduralizzazione del momento genetico dei comunicati stampa e, soprattutto, per la mancata previsione della collegialità nell'emanazione del testo definitivo. Un'esenzione di responsabilità per l'ente restava d'altra parte prospettabile soltanto qualora fosse risultato (e non era questo il caso) che l'OdV avesse in precedenza individuato una problematica nel procedimento di emissione dei comunicati – consistente nella mancanza di controlli sulle determinazioni del presidente e dell'amministratore delegato – e che, in seguito, l'avesse riferito al Consiglio di

²⁶ In questo senso vd. i commenti di C.E. PALIERO, cit., p. 476; V. SALAFIA, cit., p. 478, e A. BERNASCONI, «*Razionalità e irrazionalità della Cassazione in tema di idoneità dei modelli organizzativi*», cit., p. 1436; A. SALVINA VALENZANO, *L'illecito dell'ente da reato per l'omessa o insufficiente vigilanza. Tra modelli preventivi e omesso impedimento del reato*, Jovene, 2019, p. 228.

²⁷ Così V. SALAFIA, *La condizione di non punibilità per responsabilità amministrativa, delle società ed enti, nel recente intervento della Corte di Cassazione*, cit., p. 479.

amministrazione²⁸. L'unico strumento di reazione di cui dispone l'OdV, qualora ravvisi un'incompletezza nei protocolli di prevenzione o un mancato rispetto delle procedure da parte dei destinatari dell'autonormazione, è infatti quello della segnalazione ai vertici dell'ente²⁹. La circostanza che l'OdV non avesse riconosciuto una falla nei presidi a tutela del rischio-aggiotaggio esclude, in ogni caso, l'adeguatezza della vigilanza sul funzionamento e l'attuazione dei modelli.

Infine, le stesse caratteristiche dell'OdV di Impregilo rivelavano di per sé un *deficit* organizzativo, che avrebbe potuto costituire l'occasione, per la Suprema Corte, per meglio precisare il requisito di indipendenza desumibile dall'impianto del d.lgs. 231/2001: non solo l'organismo aveva natura monocratica – una scelta poco funzionale per un'impresa delle dimensioni di Impregilo – ma la medesima persona fisica che costituiva l'OdV era altresì responsabile dell'*internal audit* e, perciò, era alle dirette dipendenze dell'amministrazione³⁰. È evidente che tale sovrapposizione di ruoli, unita all'attribuzione ad una sola persona delle funzioni di vigilanza, rischia concretamente di minare l'indipendenza e l'autonomia dell'OdV, poiché il compito di verificare l'idoneità dei modelli organizzativi può porsi in conflitto con le esigenze tipiche del controllo interno, che si esplica in una prospettiva di massimizzazione del valore e di riduzione delle perdite economiche³¹.

In definitiva, i modelli organizzativi erano sì inadeguati, ma per ragioni in parte diverse da quelle addotte dalla Corte di Cassazione: non già perché l'OdV non era stato messo nelle condizioni di controllare l'operato degli organi di gestione e di *impedire* la commissione del reato di aggiotaggio, ma, piuttosto, perché Presidente e Amministratore Delegato avevano il potere di incidere unilateralmente e definitivamente sul contenuto dei comunicati stampa. L'OdV, da parte sua, aveva mostrato le sue carenze funzionali in quanto non in grado di individuare alcuna anomalia nel procedimento di approvazione ed emanazione dei comunicati stampa e, successivamente, di segnalarla all'organo di gestione.

²⁸ A. BERNASCONI, [«Razionalità» e «irrazionalità» della Cassazione in tema di idoneità dei modelli organizzativi](#), cit., p. 1437; V. SALAFIA, *La condizione di non punibilità per responsabilità amministrativa, delle società ed enti, nel recente intervento della Corte di Cassazione*, cit., p. 479.

²⁹ E. NAPOLETANI, *Omesso impedimento del reato e illecito amministrativo dell'ente: quale responsabilità per l'Organismo di Vigilanza in caso di omesso o insufficiente controllo?*, *Giur. pen. web*, 3/2020, p. 8.

³⁰ Come d'altra parte evidenzia C.E. PALIERO, in *Responsabilità degli enti e principio di colpevolezza al vaglio della Cassazione: occasione mancata o definitivo de profundis?*, cit., l'attribuzione della funzione di vigilanza e di quella di *internal audit* alla medesima persona non era, all'epoca dei fatti, percepita come problematica, ma era anzi incoraggiata, tanto che le già citate [Linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo](#) (Confindustria, approvate il 7 marzo 2002 e aggiornate al marzo 2014) presentano un paragrafo dedicato proprio a "La compatibilità tra il ruolo di Internal Audit e le funzioni di Organismo di vigilanza".

³¹ A. BERNASCONI, [«Razionalità» e «irrazionalità» della Cassazione in tema di idoneità dei modelli organizzativi](#), cit., p. 1437.

7. Conclusioni.

Il Tribunale di Milano, nella sentenza in commento, pur non affermando espressamente l'esistenza di un obbligo di impedimento dei reati-presupposto in capo all'OdV, aderisce, senza richiamarla, alla prospettiva avanzata dai Giudici di legittimità nel caso Impregilo, laddove ammette un controllo *diretto* degli atti del potere gestionale da parte dell'Organismo di vigilanza.

Occorre prestare molta attenzione, perché, partendo da questo assunto, il ragionamento, se portato alle sue estreme conseguenze, condurrebbe ad una vera e propria trasfigurazione dell'OdV, che, da controllore della *compliance*, diverrebbe organo di prevenzione e repressione dei "reati commessi dalla società": una sorta di Procura interna all'ente, magari con facoltà di interrogare i presunti colpevoli.

D'altro canto, se fosse attribuito ai modelli organizzativi 231 un ruolo *impeditivo* degli eventi-reato e non prevenzionistico, sarebbe difficile dare torto a chi vede, nella responsabilità derivante da reato, un'inaccettabile applicazione della logica del *versari in re illicita*.

Un'interpretazione del ruolo dell'OdV aderente alla normativa deve esaltarne il carattere di estraneità rispetto alla gestione: la *non ingerenza* nelle scelte degli amministratori è *condicio sine qua non* di *autonomia* e *indipendenza*, requisiti che devono sempre connotare i componenti dell'Organismo di Vigilanza e, conseguentemente, l'organismo stesso.

In conclusione, la vigilanza sull'adeguatezza e attuazione dei modelli organizzativi è coerentemente esercitabile da parte dell'OdV solo se limitata alle regole precauzionali che l'ente si è autoimposto (o avrebbe dovuto autoimporsi) per mitigare il rischio-reato; estendere il controllo al merito dell'attività gestoria aprirebbe il varco a potenziali forme di responsabilità omissiva, non previste dall'ordinamento e capaci di mettere in crisi tutto il sistema 231.

**SONO INUTILIZZABILI I DATI INTERCETTATI
A MEZZO DI CAPTATORE INFORMATICO
AL DI FUORI DEI LUOGHI CONSENTITI**

*Nota a [Cass., Sez. I, sent. 25 giugno 2019 \(dep. 17 dicembre 2019\),
n. 50972, Pres. Di Tomassi, Est. Cairo](#)*

di Mario Griffo

Con un raro pronunciamento in tema di inutilizzabilità delle intercettazioni eseguite attraverso captatore informatico, la Corte di cassazione ha affrontato il problema della tassativa individuazione dei luoghi di svolgimento delle relative attività. In particolare, muovendo dalla “sentenza Scurato”, i giudici di legittimità hanno censurato la prassi investigativa di attivazione del microfono al di fuori dei luoghi di svolgimento della attività delittuosa previamente individuati nel decreto autorizzativo emesso dal giudice procedente. Il dato più significativo, che rende la decisione particolarmente interessante, comunque, dato dal fatto che nel caso specifico le captazioni poi dichiarate inutilizzabili erano state effettuate in luogo pubblico e non già in “luogo di privata dimora”.

SOMMARIO: 1. Il *casus belli*. – 2. Un breve *excursus* disciplinare. – 3. Le modalità intercettive quanto ai “luoghi” ed al “tempo”. – 4. Le declinazioni della prassi. – 5. Le cause di inutilizzabilità. – 6. Riflessioni conclusive.

1. Il *casus belli*.

Quella annotata costituisce sentenza non particolarmente valorizzata dalla ermeneutica corrente probabilmente a causa della cristallizzazione, nella massima, di un principio di diritto alla apparenza scontato: sono inutilizzabili le intercettazioni eseguite attraverso captatore informatico in luoghi diversi da quelli ove si stia svolgendo attività criminosa.

La pronuncia, viceversa, letta nella sua interezza possiede significativo rilievo nella generale economia del dibattito instauratosi in ordine alle potenzialità operative del captatore informatico. Essa, infatti, connette la (in)utilizzabilità dei risultati incamerati tramite *trojan horse*, esclusivamente, alla individuazione del *locus* presidiato dalle guarentigie di cui all’art. 614 c.p.p. nel relativo provvedimento autorizzativo.

Nel caso posto alla attenzione della Corte di legittimità si discuteva, non a caso, di intercettazioni eseguite tramite captatore a mo’ di microspia, con la limitazione che le captazioni non avvenissero in luoghi di privata dimora.

A voler schematizzare, il Giudice per le indagini preliminari (procedente) emetteva due decreti in successione fissando le relative condizioni di applicazione, escludendo i domicili privati dagli ambiti di impiego del captatore.

Tutto questo avrebbe determinato, in ipotesi, la utilizzabilità di alcune intercettazioni di colloqui svoltisi sulla pubblica via in quanto non avvenute in luogo di privata dimora, procedendosi per delitti diversi da quelli di criminalità organizzata.

Al cospetto di un simile quadro, il Giudice di legittimità ha osservato che le intercettazioni per delitti diversi da quelli di criminalità organizzata, non possono essere eseguite nei luoghi di privata dimora, attraverso il captatore informatico, se non vi sia fondato motivo di ritenere che ivi sia in corso attività criminosa. Il captatore, infatti, “accedendo a dispositivi portatili e che hanno possibilità di realizzare ascolti itineranti, non sarà, pertanto, utilizzabile come strumento di impiego delle intercettazioni se non alle anzidette condizioni, giacché la caratteristica degli strumenti stessi condiziona la modalità di autorizzazione e acquisitiva delle conversazioni, oltre a rischiare di esporre ad acquisizioni non conformi al testo di legge, allo stato in vigore...Né risulta possibile una legalizzazione successiva”.

La conclusione impone di tracciare, sia pure per grandi linee, le direttrici lungo le quali si è mosso il legislatore – su *input* della giurisprudenza di legittimità – nel disciplinare le intercettazioni (ambientali) esperibili attraverso captatore informatico.

2. Un breve *excursus* disciplinare.

Come è noto le Sezioni unite della Corte di cassazione, con la “sentenza Scurato”, si sono soffermate sulla possibilità di impiegare, per lo svolgimento delle intercettazioni tra presenti, programmi informatici inseriti a distanza in apparecchi elettronici (smartphone, computer o tablet)¹.

Il nucleo centrale della questione e l’aspetto di maggiore rilevanza della pronuncia hanno interessato il carattere dei dispositivi anzidetti.

Essi seguono ordinariamente l'utilizzatore e ne permettono l'impiego come “microspie”. A ciò si aggiunge la possibilità di sfruttarne il profilo itinerante per effettuare intercettazioni all'interno di domicili con il conseguente rischio di possibili elusioni dei limiti normativamente fissati (attività delittuosa *in itinere*), senza indicazione, *ex ante*, dei luoghi in cui acquisire le informazioni attraverso la captazione delle conversazioni.

Sicché, la anzidetta decisione delle Sezioni unite, dopo una completa ricostruzione degli orientamenti susseguitisi nel tempo, ha ammesso l’uso del particolare strumento informatico laddove si proceda per i delitti di criminalità organizzata (art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p.), caso in cui troverebbe applicazione il disposto di cui all’art. 13 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv. con mod. nella l. 12 luglio

¹ Cass., Sez. Un., 28 aprile 2016, n. 26889, in *C.E.D. Cass.*, n. 266905.

1991, n. 203, che, in deroga all'art. 266 c.p.p., comma 2, ammette le intercettazioni domiciliari anche in difetto di attività delittuosa in corso.

Nelle altre evenienze, e de *iure condito*, avuto riguardo per il quadro normativo all'epoca vigente, per reati diversi da quelli di criminalità organizzata, le intercettazioni, attraverso l'impiego di strumenti portatili e captatori informatici, non sarebbero state ammissibili.

Detto questo, proiettando il ragionamento sul contesto ordinamentale nel quale si è innestata la decisione in commento bisogna, sia pure per sintesi, penetrare le matrici generali che hanno ispirato i più significativi interventi legislativi dell'ultimo triennio.

Le innovazioni hanno interessato, innanzitutto, i commi 2 e 2-*bis* dell'art. 266 c.p.p.

In specie, interpolando il comma 2 della norma anzidetta, si è prevista la possibilità di disporre intercettazioni di comunicazioni tra presenti anche mediante l'inserimento di un captatore informatico su un dispositivo elettronico portatile. Se tali intercettazioni avvengono in luoghi privati (614 c.p.) esse sono possibili solo se ivi si stia svolgendo attività criminosa.

La previsione circa la "ordinaria" possibilità di procedere con un captatore informatico su dispositivo elettronico portatile è stata introdotta con il d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216 [art. 4, comma 1, lett. a), n. 1)].

In via derogatoria, comunque, si è statuito – è bene specificarlo – che l'intercettazione delle conversazioni tra presenti a mezzo captatore e su dispositivo portatile è consentita per i delitti di criminalità organizzata nonché per quelli dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con pena non inferiore a cinque anni determinata ai sensi dell'art. 4 c.p.p., senza ulteriori condizioni.

Insomma, anche per i citati delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione si applica, per effetto del d.lgs. n. 216 del 2017, la disciplina del d.l. 13 maggio 1991, n. 152, contemplata per i reati di criminalità organizzata.

Al cospetto di tale quadro normativo, il "successivo" d.l. 30 dicembre del 2019, n. 161 (convertito con modificazioni dalla l. 28 febbraio 2020, n. 7) ha attuato una vera e propria controriforma in materia².

Il primo elemento significativo in tale direzione è rinvenibile nel riconoscimento per tutti i reati ricompresi nella previsione di cui all'art. 266 c.p.p. dell'uso del captatore informatico su dispositivo elettronico portatile³.

²Per una prima lettura critica del provvedimento, A. SCALFATI, *Intercettazioni, spirito autoritario, propaganda e norme inutili*, in *Arch. pen web*, 2020, 1, p. 1 ss.

³La disciplina dell'impiego del captatore informatico nel processo penale viene introdotta ad opera degli artt. 4 e 5 del d.lgs. n. 216 del 29 dicembre 2017. In relazione all'ambito di operatività del disposto, ai sensi del novellato art. 266, comma 2, c.p.p. «[n]egli stessi casi [di cui al comma 1] è consentita l'intercettazione di comunicazioni tra presenti che può essere eseguita anche mediante l'inserimento di un captatore informatico su un dispositivo elettronico portatile» (art. 4, comma 1, lett. a), punto 1 d.lgs. n. 216 del 2017). Inoltre, il novellato comma 2-*bis* dell'art. 266 c.p.p. prevede che «[l]'intercettazione di comunicazioni tra presenti mediante l'inserimento di captatore informatico su un dispositivo elettronico portatile è sempre consentita nei procedimenti per i delitti di cui all'articolo 51, commi 3 bis e 3 quater» (art. 4, comma 1, lett. a, punto 2 d.lgs. n. 216 del 2017). In argomento, L. CAMALDO, *Le innovazioni previste dalla legge anticorruzione*

L'ulteriore dato di rilievo è fornito dall'avallo della legittimità del ricorso al *trojan* anche per le comunicazioni tra presenti. Qui, tuttavia, l'intrusione nel domicilio è consentita, se in quei luoghi si svolge l'attività criminosa, presupposto che non opera per i reati di cui agli artt. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p. e, come già accennato, per i delitti dei pubblici ufficiali (riferimento esteso anche agli incaricati di pubblico servizio⁴) contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni determinata ai sensi dell'art. 4 c.p.p. (art. 266, comma 2-*bis*, c.p.p.).

Nei procedimenti relativi a questi ultimi reati, la riduzione della soglia di tutela si estende anche ad altri profili.

Invero, i delitti di criminalità organizzata e quelli contro la pubblica amministrazione vengono parificati in relazione ai presupposti ed alla durata dell'attività di intercettazione, in linea con quanto disposto dall'art. 13 del d.l. n. 152 del 1991, nonché rispetto al contenuto del decreto autorizzativo ed alla disciplina dell'urgenza.

Per vero, attraverso una modifica del comma 2-*bis* dell'art. 266 c.p.p.⁵, si è previsto che lo strumento può essere impiegato senza limiti spazio-temporali oltre che per i reati di cui all'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p., per l'appunto, «per i delitti dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni».

Rispetto alla formulazione previgente, il d.l. n. 161 del 2019 ha poi esteso, come detto, l'impiego del malware ai delitti commessi dagli incaricati di pubblico servizio, esclusi dalle precedenti formulazioni legislative⁶.

in tema di intercettazioni con captatore informatico, in penale contemporaneo.it, 24 settembre 2019; M. Torre, *Il captatore informatico dopo la legge spazzacorrotti*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 5, p. 648 ss.

⁴ Come noto, ex art. 357 c.p., sono considerati pubblici ufficiali «coloro che esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa. Agli stessi effetti è pubblica la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi»; sono, invece, incaricati di pubblico servizio ex art. 358 c.p., «coloro i quali, a qualunque titolo, prestano un pubblico servizio. Per pubblico servizio deve intendersi un'attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione, ma caratterizzata, dalla mancanza dei poteri tipici di quest'ultima, e con esclusione dello svolgimento di semplici mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente materiale». Dunque, a titolo esemplificativo, è considerato pubblico ufficiale, l'insegnante, l'ufficiale giudiziario, l'ufficiale sanitario; è, invece, incaricato di pubblico servizio, una guardia giurata, un idraulico o un operaio del comune, il controllore dell'autobus o del treno.

⁵ Il decreto incide, conseguentemente, anche sull'art. 267 c.p.p., al fine di coordinarlo con la modifica del comma 2-*bis* dell'art. 266. Cfr. art. 2, comma 1, lett. f), punti 1 e 2 del decreto.

⁶ Di tal che, implementando le categorie dei soggetti per i quali il captatore informatico può trovare legittimamente utilizzo, il legislatore ne ha allargato indirettamente la portata anche ai reati ascrivibili in capo agli incaricati di pubblico servizio. In tale direzione, già la legge n. 3 del 9 gennaio 2019, c.d. "spazzacorrotti", aveva segnato un passaggio importante nella estensione della portata operativa del captatore informatico.

In questo scenario, anche se non sembra agevole cogliere la portata dell'intervento giurisprudenziale oggetto di commento – insinuandosi, esso, tra i diversi prodotti legislativi che hanno interessato il peculiare istituto captativo in disamina – si può, in maniera del tutto perspicua, enunciare il tema di fondo sul quale appuntare le riflessioni indotte dal caso concreto: il rapporto tra luogo di (presunta) perpetrazione delle condotte delittuose e modalità di effettuazione delle intercettazioni ambientali.

3. Le modalità intercettive quanto ai “luoghi” ed al “tempo”.

Qualsivoglia ragionamento che interessi il captatore informatico non può prescindere dalla esplorazione delle dinamiche di reciproca interferenza tra legislazione e prassi, muovendo dal presupposto, tanto ovvio quanto ineludibile, a mente del quale ci si trova al cospetto di un istituto di pura creazione giurisprudenziale.

Partendo da tale abbrivio, bisogna subito constatare come il legislatore si sia discostato dalla decisione “Scurato” quanto alla possibilità di effettuare intercettazioni «ubiquitarie»⁷ in un luogo di privata dimora, al di fuori della disciplina derogatoria contemplata per i delitti di criminalità organizzata di cui all'art. 13 del d.l. n. 152 del 1991.

Secondo i giudici di legittimità, infatti, non sarebbe possibile prevedere in anticipo i luoghi di privata dimora in cui il dispositivo elettronico si troverebbe e, di conseguenza, indicarli nel decreto autorizzativo del giudice per le indagini preliminari⁸. Specularmente, non sarebbe proficuo, per gli organi di polizia giudiziaria, seguire gli spostamenti del “bersaglio” e disattivare la captazione al momento dell'ingresso in un luogo di privata dimora⁹.

Il legislatore, dal suo canto, ha adottato una opzione diametralmente opposta a quella avallata per via nomofilattica, ritenendo ammissibile la captazione itinerante/domiciliare nel caso in cui vi sia il fondato motivo di ritenere che in un luogo di privata dimora si stia svolgendo attività criminosa¹⁰. L'art. 266, comma 2, secondo

⁷ Parla di intercettazioni ubiquitarie G. COROSANTI, *Le intercettazioni “ubiquitarie” e digitali tra garanzia di riservatezza, esigenze di sicurezza collettiva e di funzionalità del sistema delle prove digitali*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2016, 1, p. 88.

⁸ Per dirla con le parole della Cassazione: «all'atto di autorizzare una intercettazione da effettuarsi a mezzo di captatore informatico installato su di un apparecchio portatile, il giudice non può prevedere e predeterminare i luoghi di privata dimora nei quali il dispositivo elettronico [...] verrà introdotto, con conseguente impossibilità di effettuare un adeguato controllo circa l'effettivo rispetto della normativa che legittima, circoscrivendole, le intercettazioni domiciliari di tipo tradizionale» (Cass., Sez. Un., 1 luglio 2016, n. 26889, cit., p. 6).

⁹ Tale ragionamento può ricavarsi da un'argomentazione *ad absurdum* della stessa Corte di Cassazione: «peraltro, anche se fosse teoricamente possibile seguire gli spostamenti dell'utilizzatore del dispositivo elettronico e sospendere la captazione nel caso di ingresso in un luogo di privata dimora, sarebbe comunque impedito il controllo del giudice al momento dell'autorizzazione, che verrebbe disposta “al buio”» (Cass., sez. un., 1 luglio 2016, n. 26889, cit., p. 6).

¹⁰ Precisa T. ALESCI, *Le intrusioni inter praesentes*, in Bene (a cura di), *L'intercettazione di comunicazioni*, Bari, 2018, p. 77, che «il fondato motivo di ritenere non postula che detta attività debba essere stata effettivamente

periodo, c.p.p. non ha subito, di tal che, alcuna variazione, ponendosi in continuità con il precedente periodo che ammette le operazioni captative di che trattasi¹¹.

La possibilità di procedere alla avanguardistica intercettazione nei luoghi di cui all'art. 614 c.p., peraltro, è – implicitamente – corroborata dal disposto di cui al comma 2-*bis* dell'art. 266 c.p.p. nonché dal rafforzato onere motivazionale imposto al giudice per le indagini preliminari dall'art. 267, comma 1, ultimo periodo, c.p.p.: il giudice per le indagini preliminari deve indicare nel provvedimento autorizzativo «i luoghi e il tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono».

I Giudici di legittimità al cospetto della problematica sollevata, di conseguenza, si sarebbero dovuti interrogare¹² sul livello di precisione richiesto al giudice per le indagini preliminari ai fini della indicazione, anche indiretta, dei “luoghi” e del “tempo”.

Il legislatore delegato era ben consapevole della difficoltà di prevedere, nel dettaglio, gli spostamenti di un dispositivo portatile e, di conseguenza, di indicare nel decreto autorizzativo i tempi ed i luoghi in cui attivare il microfono per la captazione audiofonica¹³; da tanto la necessità di fissare il margine argomentativo concesso al giudice per la statuizione autorizzativa, dal momento che una indicazione eccessivamente meticolosa avrebbe finito per rendere inutile lo strumento investigativo, mentre una indeterminatezza totale sarebbe sfociata nella illegittimità della tecnica captativa, poiché *ad explorandum*.

Il luogo, comunque, è uno dei due requisiti richiesti nel decreto giudiziale.

La novità della previsione, così, traccia una linea di cesura con quanto sancito dalle Sezioni unite Scurato, a mente delle quali l'indicazione logistica costituirebbe una mera modalità attuativa, funzionale a fornire indicazioni per l'esecuzione della intercettazione¹⁴. Viceversa, il legislatore ha ritenuto preferibile annoverare la

sussistente, dovendosi considerare sufficiente, sulla base del dato normativo [...], che dell'attività in questione possa, con giudizio *ex ante* ragionevolmente ritenersi la sussistenza dell'emanazione del provvedimento di autorizzazione all'effettuazione delle operazioni».

¹¹ Per semplicità espositiva si riporta il novellato art. 266, comma 2, c.p.p.: «negli stessi casi è consentita l'intercettazione di comunicazioni tra presenti, che può essere eseguita anche mediante l'inserimento di un captatore informatico su un dispositivo elettronico portatile. Tuttavia, qualora queste avvengano nei luoghi indicati dall'articolo 614 del codice penale, l'intercettazione è consentita solo se vi è fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa».

¹² Come fatto da C. GITTARDI, *Linee guida per l'applicazione del Decreto Legislativo 29.12.2017 n. 216 disposizioni in materia di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni. Prime direttive alla Polizia Giudiziaria*, in *penalecontemporaneo.it*, 13 aprile 2018, p. 24 s.

¹³ Si legge, infatti, nella relazione di accompagnamento al d.lgs. n. 216 del 2017 che «la formula – secondo la quale nel decreto autorizzativo i luoghi e il tempo, in cui il dispositivo può essere attivato da remoto, possono essere “anche indirettamente determinati” – si spiega, dunque, nell'impossibilità di prevedere specificamente tutti gli spostamenti dell'apparecchio controllato; da qui la necessità logica di delimitare gli ambiti ai verosimili spostamenti del soggetto, in base alle emergenze investigative. A titolo esemplificativo, valga il riferimento a formule del tipo: “ovunque incontri il soggetto x”; “ogni volta che si rechi nel locale y ecc. ecc.». Anche la dottrina sul punto ha evidenziato «l'impossibilità di predeterminare con certezza gli spostamenti del supporto informatico sul quale insiste il *trojan horse*» (T. ALESCI, *Le intrusioni inter praesentes*, cit., p. 78).

¹⁴ «La tesi sostenuta nella sentenza n. 27100/15 in ordine alla necessità di individuare con precisione, a pena

indicazione del luogo – insieme a quella del tempo – tra i presupposti del provvedimento autorizzativo (art. 267, comma 1, c.p.p.), supportandola da una espressa comminatoria di inutilizzabilità del risultato intercettivo (art. 271, comma 1, c.p.p.)¹⁵; il tutto al fine di garantire un bilanciamento tra esigenze investigative ed istanze di *privacy*, assicurando un controllo postumo da parte dell'ignaro destinatario della attività captativa.

4. Le declinazioni della prassi.

Sul fronte delle prassi, la materiale difficoltà di determinare aprioristicamente il luogo di effettuazione della captazione sollecita, inevitabilmente, il rimando ad accadimenti della vita quotidiana, strettamente connessi alle peculiarità dei delitti per i quali si procede¹⁶.

A titolo esemplificativo¹⁷, si consideri il caso della lotta allo spaccio di sostanze psicotrope o stupefacenti.

Nel caso si giunga a conoscenza di un imminente incontro per la cessione di un ingente quantitativo di sostanza, ma non si sia a conoscenza dell'ubicazione del luogo dello scambio, il provvedimento autorizzativo della intercettazione itinerante potrebbe rimandare, indirettamente, al luogo dello scambio con una formula del tipo: “nel luogo in cui Tizio incontrerà Caio per cedergli la sostanza stupefacente”.

In tale prospettiva, si può immaginare che i giudici di merito faranno ricorso a formule generali ed ampie per saggiare la precisione della delimitazione spaziale; le quali, tuttavia, di per sé non possono assumere un significato precettivo se non calate nel peculiare orizzonte della fattispecie concreta¹⁸.

Simili problematiche paiono ancor più amplificate ove si accolga, come fanno alcuni¹⁹, una accezione estesa di domicilio, tale da abbracciare “anche” il ricorrente concetto di domicilio informatico²⁰. Così argomentando, il luogo di privata dimora nel

di inutilizzabilità, i “luoghi” nei quali le intercettazioni tra presenti devono essere espletate, si pone altresì in palese difformità rispetto alla consolidata giurisprudenza che ha sempre escluso la necessità di una tale indicazione ad eccezione dei luoghi di privata dimora, per i quali vale il disposto dell'art. 266 c.p.p., comma 2» (Cass., Sez. Un., 1 luglio 2016, n. 26889, cit., p. 8).

¹⁵ Nel previgente regime, dal momento che l'indicazione del tempo e del luogo non erano espressamente annoverati tra i presupposti del provvedimento, la sanzione dell'inutilizzabilità non era comminabile. Il rimando operato dall'art. 271 c.p.p. all'art. 267 c.p.p. deve oggi considerarsi esteso interamente a questo ultimo articolo.

¹⁶ D. PRETTI, *Prime riflessioni a margine della nuova disciplina sulle intercettazioni*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 1, p. 216.

¹⁷ D. PRETTI, *Prime riflessioni a margine*, cit., p. 221.

¹⁸ Si pensi che vi sono già nel panorama giurisprudenziale affermazioni di principio che assumono significato esclusivamente se calate nel panorama applicativo. A mero titolo esemplificativo si pensi alla definizione di atto abnorme quale «provvedimento caratterizzato dall'esercizio di un potere totalmente al di fuori del principio di tassatività delle impugnazioni di cui all'art. 568 cod. proc. pen.» (Cass., Sez. Un., 26 marzo 2009, n. 25957, in *C.E.D. Cass.*, n. 24359).

¹⁹ S. SIGNORATO, *Le indagini digitali. Profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, Padova, 2018, p. 244 ss.

²⁰ Per un approfondimento della problematica, v., *ex multis*, R. KOSTORIS, *La costruzione dei diritti fondamentali, la Carta di Nizza e le prospettive di adesione dell'Unione alla Cedu*, in Kostoris, (a cura di), *Manuale di procedura*

quale viene effettuata l'intercettazione itinerante non si rinverrebbe nello spazio fisico nel quale è presente il dispositivo elettronico portatile infettato, bensì, nello smartphone stesso.

In altre parole, il captatore è la cimice, mentre il domicilio è lo smartphone, a condizione che quest'ultimo soddisfi «i requisiti dello *ius includendi se*; dello *ius includendi et excludendi alios* e della destinazione del luogo ad attività private tipiche della vita domestica o a spazio di attività lavorativa»²¹.

Corollario di tale ermeneusi: il fondato motivo di ritenere che “si stia svolgendo l'attività criminosa” andrebbe riferito al dispositivo elettronico portatile infetto e non già al luogo fisico in cui avviene la captazione, rimanendo così «del tutto residuale»²² l'ipotesi della intercettazione itinerante al di fuori di un luogo di cui all'art. 614 c.p.

L'approccio non sembra meritevole di condivisione se solo si esplora il valore semantico da attribuire alla nozione di luoghi “indirettamente determinati” ex art. 267, comma 1, c.p.p.

Prima facie potrebbe sostenersi che i luoghi sarebbero sempre determinati poiché non è dato comprendere come il dispositivo bersaglio possa essere indicato indirettamente. Tuttavia, il dispositivo bersaglio in uso ad un dato soggetto potrebbe non essere sempre lo stesso: l'utenza (*recte*: lo smartphone) oggetto di intercettazione potrebbe essere ceduta dal titolare ad un terzo; ovvero potrebbe accadere che il dispositivo *target* presenti dei malfunzionamenti o diventi inutilizzabile per i più vari motivi e, quindi, venga sostituito l'“organismo ospite”.

Ergo, la indicazione dei luoghi in modo indiretto potrebbe compendiarsi in formule generiche del tipo «il dispositivo mobile appartenente a Tizio», omettendosi qualsivoglia specificazione ulteriore, così consentendo l'intercettazione itinerante anche nel caso di successione nel tempo di dispositivi mobili.

Viepiù, un elemento di peculiare significanza sul fronte considerato è costituito dalla necessaria indicazione del tempo di attivazione del microfono già nel provvedimento autorizzativo della intercettazione itinerante, il quale si affianca – e non si sostituisce – alla durata delle disposte intercettazioni²³. Il dato, in tal modo, sancisce una netta cesura tra le captazioni tradizionali, le quali proseguono ininterrottamente per tutto l'arco temporale in cui sono autorizzate (normalmente 15 giorni ed eventuali successive proroghe), e quelle itineranti, i cui momenti temporali di attivazione necessitano di un apposito comando dell'autorità giudiziaria procedente²⁴, pur dovendo

penale europea, III ed., Milano, 2017, p. 51 ss.; S. SIGNORATO, *Le indagini digitali*, cit., p. 49 ss.; V. PAPA, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet. Tutela dei diritti e progresso tecnologico*, Torino, 2009.

²¹ S. SIGNORATO, *Le indagini digitali*, cit., p. 246.

²² S. SIGNORATO, *Le indagini digitali*, cit., p. 246.

²³ L'indicazione delle coordinate temporali costituisce un elemento di novità significativa, dal momento che le «limitazioni spaziali costituivano già, a seconda dei casi, patrimonio della disciplina delle intercettazioni» (D. PRETTI, *Prime riflessioni a margine*, cit., p. 221).

²⁴ Non bisogna dimenticare che se il virus informatico agisse indisturbato per tutto l'arco della giornata, il dispositivo captato andrebbe incontro ad un repentino consumo di batteria e ad un ingente consumo di traffico dati, così mettendo a rischio la copertura investigativa. Sul punto, v. F. PIO, *Intercettazioni a mezzo captatore informatico: applicazioni pratiche e spunti di riflessione alla luce della recente decisione delle Sezioni Unite*,

rimanere confinate nel perimetro di durata massima della intercettazione²⁵.

Anche in questo caso il giudice per le indagini preliminari potrà ricorrere ad una indicazione «indirettamente determinata» del tempo in cui si potrà procedere alla intercettazione virale-ambientale, a condizione comunque che non autorizzi una captazione *ad explorandum*²⁶; ed anche in questo caso non sembrano potersi definire aprioristicamente, ed in linea teorico-astratta, criteri di orientamento avulsi da agganci a fattispecie concrete.

È comunque indubbio che la indicazione spaziale, unita a quella temporale, non deve determinare una dilatazione eccessiva dell'ambito applicativo dell'istituto²⁷, sebbene permanga la possibilità che elementi utili alle indagini possano disvelarsi in un momento in cui la captazione itinerante non è autorizzata.

Ovviamente, le considerazioni appena articolate non trovano operatività nei casi in cui si procede per uno dei delitti di cui all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p., ai quali, come detto, si applica la menzionata disciplina derogatoria di cui all'art. 13 d.l. 152/1991²⁸.

in AA.VV., *Trojan horse: tecnologia, indagini e garanzie di libertà (profili di intelligence)*, in *parolaalladifesa.it*, 06 settembre 2016, p. 161.

²⁵ Esemplificando, se l'attività di intercettazione "tradizionale" è autorizzata dal giorno x al giorno y, è in questo lasso temporale (di 15 giorni) che il giudice deve indicare i tempi in cui il microfono potrà essere attivato, procedendo così all'intercettazione itinerante.

²⁶ Per esplicitare meglio l'assunto, si è fatto ricorso al seguente esempio: «si pensi al procedimento a carico di due sodali individuati quali autori di una rapina; ottenuta l'autorizzazione all'attivazione degli ascolti mediante *trojan horse* inoculato sul dispositivo telefonico portatile di uno dei due indagati in vista dell'incontro tra i due, in area campestre, per la spartizione del profitto del reato, potrà accadere che i due interlocutori si accordino, in quella sede, anche in vista di un ulteriore "colpo" da mettere a segno in seguito, dandosi appuntamento per un nuovo incontro finalizzato alla predisposizione delle specifiche modalità operative del nuovo reato da perpetrare. In tal caso, è possibile che l'autorizzazione abbia legittimato l'intercettazione in occasione del primo incontro limitando ad esso, e ad esso solo, la facoltà di attivazione del microfono, ragione per cui il decreto del pubblico ministero che ha disposto le operazioni avrà recepito la durata complessiva limitatamente a quell'incontro, con la conseguenza che sarà necessaria una nuova autorizzazione ed un nuovo decreto in vista dell'incontro successivo. Al contrario, è possibile ipotizzare anche che il giudice abbia autorizzato, indirettamente, la captazione in ragione di ogni incontro che si svolgerà in quel luogo (o in altri luoghi) in vista di tutte le possibili occasioni d'incontro tra i due sodali: in tal caso, non sarà necessaria una nuova autorizzazione e l'ascolto avrà luogo, con attivazione del microfono ad intermittenza, ad ogni occasione d'incontro, per tutta la durata fissata con il decreto del pubblico ministero, di cui si potrà comunque disporre la proroga ad opera del giudice» (D. PRETTI, *Prime riflessioni a margine*, cit., p. 221 ss.).

²⁷ V., *ex multis*, M. DI STEFANO, *Grande fratello sì, intercettazioni con lo smartphone ma solo per la criminalità organizzata*, in *Foro it.*, 2016, II, pp. 516 ss.

²⁸ Per tali delitti il compendio accusatorio *in fieri* non dovrà basarsi su «gravi indizi di reato» e su di una assoluta indispensabilità del mezzo di ricerca della prova ai fini della *prosecuzione* delle indagini (art. 267, comma 1, c.p.p.); ma i presupposti applicativi saranno soddisfatti da un quadro indiziario sufficiente («sufficienti indizi»), qualora l'intercettazione sia «necessaria ai fini dello svolgimento delle indagini» (art. 13 d.l. 152/1991). Quindi, sufficienti e non gravi indizi di reato, necessità e non assoluta indispensabilità ai fini dello svolgimento (non per la prosecuzione) delle indagini. Inoltre, il lasso temporale di utilizzo dello strumento captativo subisce una netta rimodulazione, laddove la legislazione speciale consente di ricorrere alle intercettazioni di comunicazioni o conversazioni telefoniche e di altre forme di telecomunicazione per un periodo iniziale di 40 giorni, con successive proroghe di 20, a fronte dei 15 giorni, con relative proroghe

5. Le cause di inutilizzabilità.

Gli itinerari ermeneutici tracciati consentono di apprezzare la indubbia significanza delle conclusioni rassegnate dalla Corte di legittimità: sebbene esperite in luogo pubblico o aperto al pubblico, le intercettazioni ambientali autorizzate rispetto ad uno specifico “luogo di privata dimora” all’interno del quale non si stia svolgendo attività delittuosa non sono utilizzabili.

Al contempo, tuttavia, non può omettersi di enfatizzare l’errore metodologico sul quale fonda la sentenza annotata, tale da svilirne la portata nella misura in cui la stessa trae scaturigine – esclusivamente – dai dettami della “sentenza Scurato”, oggetto di una ri-lettura non del tutto conferente.

In tale direzione, la ricostruzione delle linee normative ed esegetiche che hanno interessato lo sviluppo degli impieghi del captatore informatico dimostra come l’ancoraggio della sancita inutilizzabilità intercettiva ai contenuti della sentenza Scurato conduca a risultati opinabili, oltre che fuorvianti.

Ergo, è l’addentellato normativo ipostatizzato nelle richiamate previsioni di cui agli artt. 266 e 267 c.p.p. a corroborare la inappuntabilità dei risultati conseguiti sul fronte della inutilizzabilità dei risultati cognitivi acquisiti in maniera irrituale e, dunque, delle garanzie irrinunciabili e delle (fondamentali) prerogative individuali.

D’altro canto, la commendevolezza della soluzione prospettata, già sul fonte più propriamente metodologico, la si inferisce nel richiamo delle previsioni disciplinanti le “patologie” dei dati carpiti attraverso il cd. *trojan horse*.

È contemplato, infatti, che i risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati “fuori dei casi consentiti dalla legge” o se non siano state “osservate le disposizioni previste dagli art. 267 e 268 commi 1 e 3”, ossia le prescrizioni autorizzative ed operative (art. 271, comma 1, c.p.p.), nonché le disposizioni relative all’uso del captatore informatico (art. 271, comma 1-bis, c.p.p.).

Quanto ai requisiti di ammissibilità delle intercettazioni, l’art. 266 c.p.p., come visto, individua le categorie dei reati per i quali è consentito ricorrere allo specifico mezzo captativo, per titolo o secondo il livello di pena prevista.

Non sussistono, pertanto, particolari difficoltà per riscontrare quando l’intercettazione sia ammissibile, se non nel momento in cui intervenga la “modifica” del reato o si profilino fatti di reato nuovi o diversi rispetto alla contestazione utilizzata per la richiesta e la autorizzazione alla intercettazione.

Ad ogni modo, quanto alle ipotesi principali di inutilizzabilità *ex art. 271, comma 1, c.p.p.* dei risultati delle intercettazioni eseguite mediante captatore informatico appare chiaro che l’esecuzione “fuori dei casi consentiti dalla legge” rimanda agli artt. 266 c.p.p. e 266-bis c.p.p., nonché all’art. 13 del d.l. n. 152 del 1991, riferendosi, quindi, alla attività

di 15, prescritte dal codice di rito.

di captazione posta in essere per reati diversi da quelli per i quali le intercettazioni sono ammissibili.

Di conseguenza, nessun problema interpretativo discende dal richiamo, contenuto nell'art. 271 c.p.p., alla inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni "per inosservanza delle disposizioni di cui all'art. 267 c.p.p.", atteso che tale norma è richiamata nella sua integralità. Dunque, alla violazione delle disposizioni relative al cd. captatore informatico, introdotte dal d.lvo n. 216 del 2017, consegue la più grave sanzione della inutilizzabilità.

Insomma, saranno colpite da inutilizzabilità le intercettazioni tra presenti, mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile, nel caso in cui nel decreto autorizzativo manchi l'indicazione delle ragioni che rendono necessario il ricorso a tale modalità per lo svolgimento delle indagini.

Invece, per i reati diversi da quelli di cui all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p. e dai reati dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione puniti con pena non inferiore a 5 anni di reclusione, saranno sanzionati con la inutilizzabilità i risultati di quelle intercettazioni tra presenti, mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile, allorché nei decreti autorizzativi manchi l'indicazione dei luoghi e del tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono.

Tutto questo determina ovvie implicazioni di carattere pratico.

L'unica condizione legittimante l'impiego del captatore, qualora l'intercettazione avvenga in luoghi domiciliari e qualora si proceda per reati "non" di criminalità organizzata, è che sia dimostrata la attualità dello svolgimento dell'attività criminosa in tali luoghi.

Orbene, posto che la precipua preclusione a fondamento della limitazione imposta dalle Sezioni unite "Scurato" discende da un parametro di natura squisitamente tecnica in ordine alla certezza del luogo ove il monitoraggio dovrebbe avvenire, allorché il legislatore adotta una soluzione differente, indirettamente smentendo tale asserto, dimostra che con gli accorgimenti del caso è possibile conoscere, con certezza, i luoghi ove i soggetti monitorati si trovino durante le comunicazioni.

L'approccio autorizza, quindi, una lettura evolutiva della pronuncia della Suprema corte.

Nondimeno, è stato lo stesso legislatore, con il d.lgs n. 216 del 2018, art. 4 comma 1) lett. b) n. 1, ad aver circoscritto l'utilizzabilità del captatore informatico, disponendo che "se si procede per delitti diversi da quelli di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, [indica] i luoghi e il tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono".

In altre parole, consapevole della particolare insidiosità del predetto strumento per la riservatezza delle informazioni, al fine di evitare che esso possa essere adoperato per monitorare in modo indiscriminato i soggetti interessati ovunque e con chiunque si trovino, il legislatore ne ha sancito il ricorso limitatamente alle ipotesi in cui, alla luce delle circostanze concrete, risulti impossibile adoperare i tradizionali strumenti.

Anche per tale via risulta pienamente condivisibile lo spirito che ha animato la sentenza in commento, non potendosi avallare l'uso generalizzato del captatore

informatico per il sol fatto che ci si trovi al cospetto di luoghi pubblici o aperti al pubblico – al di là di tempi e dei luoghi (non) specificamente indicati –.

Non a caso, dalla lettura dei lavori preparatori della riforma Orlando (l. 23 giugno 2017, n. 103), le indicazioni palesanti una parziale rilettura del quadro delineato dalla giurisprudenza di legittimità²⁹ sono assai più precise di quanto statuito in tema di intercettazioni “tradizionali” ed, in questa sede, non possono che essere analiticamente richiamate.

a) L’attivazione del microfono potrà avvenire solo a seguito di un apposito comando inviato da remoto e non dal mero inserimento del captatore informativo, e ciò sempre nel rispetto dei limiti stabiliti da un decreto autorizzativo emanato da un giudice.

b) La registrazione audio dovrà essere avviata dalla polizia giudiziaria o dal personale incaricato su indicazione della polizia operante, la quale sarà tenuta ad indicare necessariamente l’ora di inizio e fine della registrazione, secondo circostanze da attestare nel verbale descrittivo delle modalità di effettuazione delle operazioni di cui all’art. 268 c.p.p.

c) L’attivazione del dispositivo dovrà essere sempre ammessa nel caso in cui si proceda per i delitti di cui all’art. 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p. e, fuori da tali casi, potrà essere disposta nei luoghi di cui all’art. 614 c.p. soltanto se negli stessi si stia svolgendo l’attività criminosa. In ogni caso, il necessario decreto autorizzativo del giudice dovrà indicare le ragioni per cui tale modalità di intercettazione particolarmente invasiva sia necessaria per lo svolgimento delle investigazioni.

d) Le intercettazioni così ottenute potranno essere utilizzate ai fini probatori soltanto per i reati oggetto del provvedimento autorizzativo e potranno essere impiegate in procedimenti diversi a condizione che siano indispensabili per l’accertamento di uno dei delitti di cui all’articolo 380 c.p.p.

Anche tali considerazioni consentono di apprezzare l’arresto giurisprudenziale in disamina, avuto specifico riguardo per prodotti legislativi promulgati a far data dal 2017.

6. Riflessioni conclusive.

La posizione espressa dal Supremo collegio assume rilievo ancor più pregnante se si considera che il primo settembre è entrata in vigore la riforma delle intercettazioni e, soprattutto, la biasimata disciplina che consente la inedita “pesca a strascico” mediante captatore informatico.

Dunque, le affermazioni di principio – di assoluta garanzia – dei giudici di legittimità paiono ancor più significative nella misura in cui con esse si mira a porre un argine allo strapotere investigativo del captatore informatico.

Sono ormai note le problematiche implicate da uno strumento tanto invasivo: un virus che riesce ad entrare, con inganno, nell’apparecchio che si vuole intercettare, non

²⁹ Cfr. C. PARODI, *La riforma “Orlando”: la delega in tema di “captatori informatici”*, Bologna, 2017, p. 38 ss.

per distruggerlo né tanto meno per danneggiarlo, ma per carpire qualsiasi dato ivi possa trovarvisi.

Un meccanismo, per vero, concepito per installarsi in modo occulto sui congegni elettronici che si vuole monitorare ed agendo senza far rilevare all'utente la propria presenza.

L'ufficiale di polizia giudiziaria che opera tale controllo, in particolare, può decifrare tutto ciò che viene digitato sulla tastiera; visualizzare quel che appare sullo schermo; monitorare la navigazione in internet; perquisire i *files* contenuti nell'hard disk o salvati in cloud; accedere alle applicazioni di posta elettronica e di messaggia; visualizzare gli sms inviati e ricevuti ed intercettare quelli in entrata e uscita; carpire le conversazioni telefoniche; attivare il microfono ed effettuare intercettazioni ambientali nel raggio di una decina di metri dall'apparecchio; attivare la videocamera e riprendere quanto viene inquadrato.

Insomma, il captatore informatico è in grado di penetrare nell'intimità di una persona in una misura finora sconosciuta, tanto profonda quanto pervasiva³⁰.

Non a caso, si è detto – forse in un pizzico di esagerazione – che l'intrusione informatica rasenta il controllo psichico.

Senza dubbio, il monitoraggio e la captazione in tempo reale da remoto di tutta la sfera individuale fa sembrare l'intercettazione su un'utenza telefonica o la videoripresa in una certa abitazione strumenti vecchi e polverosi.

Ecco perché l'intrusione informatica sollecita – sempre e comunque – profonde riflessioni; ecco perché vanno salutate con favore certe prese di posizione funzionali ad invaginare le immani – e forse non completamente esplorate – potenzialità investigative del captatore informatico entro ambiti di stretta legalità, che forniscono lo spunto anche per riflessioni *de iure condendo*.

A tal uopo, il reale aspetto problematico trascurato dalle novelle legislative innanzi richiamate è rappresentato dalla più volte rammentata natura “mobile” e dunque “itinerante” dello strumento intercettizio, che inevitabilmente potrebbe interferire con i beni primari di terzi estranei all'attività di indagine. In proposito, se è vero che la possibilità di intercettazione mediante captatore in ambiente domiciliare, pur in assenza del *fumus perdurantis delicti*, è stata limitata ai reati di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p. è altrettanto vero che il nuovo strumento captativo si sposta con chi detiene il dispositivo “infettato”. Ragione per la quale, nelle indagini relative a quei reati, in assenza di un onere di indicazione preventiva dei luoghi (*ex art. 267, comma 1*), l'intercettazione è destinata ad operare in una pluralità di domicili, cioè presso i luoghi di privata dimora di chiunque venga in contatto con il soggetto intercettato, con inevitabile lesione della libertà *ex art. 14 Cost. dei terzi*. Né l'onere di motivazione del decreto che autorizza l'intercettazione mediante captatore, rafforzato dalla necessaria indicazione delle “ragioni che rendono necessaria tale modalità per lo svolgimento delle indagini” (*art. 267, comma 1, secondo periodo*), sembra rappresentare un argine sufficiente per i possibili abusi dello strumento.

³⁰ G. PICA, *Diritto Penale delle tecnologie informatiche*, Torino, 1999, p. 66.

Peraltro, sembra da ricondurre ad imperfezione tecnica il riferimento allo svolgimento delle indagini anziché alla loro prosecuzione. Il coordinamento tra primo e secondo periodo del comma 1 dell'art. 267 c.p.p. vale a "neutralizzare" sul piano interpretativo il rischio che si possa ritenere attivabile il captatore informatico anche "ai fini" dello svolgimento e non solo "della prosecuzione" delle indagini. Inoltre, non può non osservarsi che la previsione di uno sforzo motivazionale ulteriore da parte del giudice lascia intendere come il legislatore – al di là dell'equiparazione "di principio" tra intercettazioni tra presenti tradizionali ed intercettazioni mediante agente intrusore – ne abbia valutato la differenza, avendo appunto imposto uno specifico onere motivazionale o, per dirla altrimenti, un ulteriore requisito applicativo per le seconde intendendo, di conseguenza, responsabilizzare gli operatori del diritto ad adottare, *cum grano salis*, tale strumento di ascolto, ricorrendovi non solo ove non sia diversamente surrogabile, ma soprattutto introducendo — per l'appunto — un onere di motivazione aggiuntiva da inserire nel decreto autorizzativo.

In tale prospettiva, l'approccio è stato francamente troppo timido. Sarebbe stato quanto mai opportuno, ad esempio, contemplare stringenti vincoli di allegazione da parte del pubblico ministero nella richiesta, con corrispondenti obblighi di motivazione da parte del giudice nel decreto autorizzativo. Ciò in relazione a due specifici aspetti, del tutto trascurati dalla disciplina in disamina. In primo luogo, con riferimento alla necessaria relazione tra la persona intercettata ed il fatto-reato su cui si indaga, magari rivedendo il presupposto dei gravi (o sufficienti) indizi di reato e sostituendolo con una connessione soggettiva all'indagine (indizi di colpevolezza).

Sulla rilevanza della sussistenza di un collegamento diretto tra la persona intercettata ed indagine in corso, si era, tra l'altro, opportunamente soffermata proprio la Suprema Corte nella vicenda Romeo³¹, ove si era precisato che il giudice, nel provvedimento autorizzativo, deve necessariamente dar conto delle ragioni che impongono l'intercettazione di una determinata utenza telefonica che fa capo ad una specifica persona, "indicando...il collegamento tra l'indagine in corso e la medesima, affinché possa esserne verificata, alla luce del complessivo contenuto informativo e argomentativo del provvedimento, l'adeguatezza rispetto alla funzione di garanzia prescritta dall'articolo 15, comma 2, della Costituzione".

In secondo luogo, in relazione alla affidabilità della qualificazione giuridica del fatto, che avrebbe dovuto essere ancorata a sufficienti, sicuri ed obiettivi elementi indiziari, così come proposto in un fondamentale passaggio della motivazione della sentenza "Scurato".

E però, nessuno di questi spunti è stato recepito nei progetti di riforma analizzati.

Altrettanto poco condivisibile, la modifica dell'art. 271 c.p.p. in tema di inutilizzabilità.

Con l'inserimento del comma 1-*bis*, il legislatore ha specificato che sono "in ogni caso" inutilizzabili "i dati acquisiti nel corso delle operazioni preliminari all'inserimento

³¹ Cass., Sez. VI, 13 giugno 2017, n. 36874, in *C.E.D. Cass.*, n. 254478.

del captatore informatico sul dispositivo elettronico portatile e i dati acquisiti al di fuori dei limiti di tempo e di luogo indicati nel decreto autorizzativo”.

La nuova ipotesi di inutilizzabilità – che all’apparenza sembra perseguire l’esigenza di tutela delle garanzie della persona sottoposta a procedimento penale e, più in generale, dei diritti fondamentali dell’individuo – appare piuttosto come un rozzo tentativo di celare inconfessabili verità. Anzitutto, in punto di tecnica normativa, la disposizione non pare di grande utilità, stante il generale divieto, sancito dal primo comma dell’art. 271 c.p.p., di utilizzo dei risultati delle intercettazioni eseguite fuori dei casi consentiti dalla legge. Dunque, non trattasi di una disposizione che eleva la soglia delle garanzie individuali – come invece sarebbe stato necessario – in considerazione della particolare invasività dello strumento considerato.

A ben vedere, comunque, non è nemmeno una disposizione di armonizzazione interna della disciplina esistente rispetto al *novum* normativo, superflua ma innocua. Una semplice previsione di raccordo avrebbe, invero, richiesto differente tecnica di “redazione” (“le disposizioni di cui all’articolo...si applicano anche ai risultati delle intercettazioni eseguite mediante captatore...”).

L’aspetto più allarmante della vicenda, comunque, è altro. Il riferimento ai “dati” acquisiti nel corso delle operazioni preliminari ed al di fuori dei limiti del provvedimento autorizzativo se da un lato rappresenta una scontata conferma delle potenzialità intrusive del captatore, dall’altro, desta estrema preoccupazione, essendo ben più ampio della locuzione “risultati delle intercettazioni” utilizzata nel primo comma. I dati che possono essere acquisiti inoculando un *malware* sono – come si è visto – potenzialmente infiniti: suoni, immagini, documenti, conversazioni mediante applicativi di *instant messaging*, siti web visitati, tasti digitati, *files*, e-mail, rubriche telefoniche, appunti, agende, geo-localizzazione ed altro ancora. E la sanzione dell’inutilizzabilità postuma – cioè soltanto dopo che ne sia avvenuta l’acquisizione – è del tutto inefficace, essendo evidente che la lesione dei diritti attinti dalla illegittima apprensione si realizza nel momento stesso in cui questa si consuma e non semplicemente inibendone l’utilizzo processuale.

A cagione di tanto, il legislatore avrebbe dovuto prevedere – in un’ottica di doverosa tutela dei beni primari attinti dallo strumento – il divieto assoluto di acquisizione di qualunque dato al di fuori delle intercettazioni autorizzate, cui avrebbe dovuto corrispondere l’obbligo di immediata distruzione in caso di violazione della prescrizione, con un corredo sanzionatorio di matrice penale e disciplinare nei casi di abuso.

**ITALIA – NUOVA ZELANDA:
UNA CONVENZIONE DI ESTRADIZIONE CHE NON C'È?**

*Note a margine di [Cass., Sez. VI, sent. 8 luglio 2020 \(dep. 2 settembre 2020\),
n. 24994, Pres. De Amicis, Est. Rosati](#)*

di Daniela Vigoni

SOMMARIO: 1. Il caso e i termini della questione relativa alla successione nei trattati internazionali: la Convenzione di estradizione fra Italia e Gran Bretagna del 1873 è in vigore nei rapporti fra Italia e Nuova Zelanda? – 2. Gli argomenti della Corte suprema per escludere la vigenza della Convenzione. – 3. Le ragioni per ritenere vigente la Convenzione fra i due Stati. – 4. Le criticità e gli aspetti problematici emersi nei rapporti con altri Stati sorti dalla decolonizzazione inglese: l'urgenza di una chiara soluzione e di nuovi accordi. – 5. L'emergenza epidemiologica da virus Covid-19 può essere "cagione del ritardo" rilevante ai fini del termine di caducazione dell'arresto?

1. Il caso e i termini della questione relativa alla successione nei trattati internazionali: la Convenzione di estradizione fra Italia e Gran Bretagna del 1873 è in vigore nei rapporti fra Italia e Nuova Zelanda?

Un cittadino neozelandese viene arrestato in Italia, per fini estradizionali, sulla base di un mandato di cattura emesso da un tribunale della Nuova Zelanda: è accusato, in quello Stato, di reati in materia di stupefacenti e armi.

Si tratta di capire qual è la disciplina da applicare al caso di specie, tenuto conto che, ai sensi dell'art. 696 c.p.p., in materia di rapporti giurisdizionali con autorità straniere prevalgono le convenzioni internazionali e il diritto internazionale generale, mentre se «tali norme mancano o non dispongono diversamente» si applica la disciplina del codice di procedura penale, che, quindi, data la sua collocazione subordinata, assume funzione residuale e integrativa.

È perciò necessario previamente verificare se, fra i due Stati, vi sia un accordo in materia di estradizione.

La Convenzione fra l'Italia e la Gran Bretagna per la reciproca estradizione dei malfattori, sottoscritta a Roma il 5 febbraio 1873 (r.d. 25 marzo 1873, n. 1295, in *G.U.* 1° aprile 1873, n. 91), si applica, ai sensi dell'art. 18, anche alle «colonie» e ai «possedimenti stranieri (*foreign possessions*) delle due alte parti contraenti». Fra le colonie inglesi rientrava quel territorio insulare che corrisponde all'attuale Nuova Zelanda.

Al termine della Seconda Guerra Mondiale, l'art. 44 del Trattato di pace fra l'Italia e le Potenze Alleate ed Associate, firmato a Parigi il 10 febbraio 1947 (d.lgs. C.p.S. 28 novembre 1947, n. 1430, in *G.U.* 24 dicembre 1947, n. 295) stabilisce che ciascuna delle

Potenze Alleate o Associate notificchi all'Italia, «entro sei mesi dall'entrata in vigore» del Trattato di pace, «i trattati bilaterali conclusi con l'Italia anteriormente alla guerra, di cui desideri il mantenimento o la rimessa in vigore», dovendo intendersi abrogati «tutti i trattati che non formeranno oggetto di notifica» registrata presso il segretario delle Nazioni Unite *ex art.* 102 del relativo Statuto.

Fra le notifiche al governo italiano effettuate ai sensi dell'art. 44 del Trattato di pace risulta, in base al Comunicato del Ministero degli Affari Esteri (in *G.U.* 17 settembre 1948, n. 217), anche la Nota della Nuova Zelanda del 18 giugno 1948, n. 434/25/48, nella quale si faceva espressa menzione della Convenzione italo-britannica di estradizione del 1873 (e della relativa dichiarazione del 7 maggio 1873 di rettifica di un errore materiale incorso nella citata Convenzione).

Proprio sulla base del remoto accordo in materia di estradizione, la difesa del cittadino neozelandese chiede la revoca o la sostituzione della misura cautelare carceraria, richiamando l'art. 14 – il quale prevede che «se l'arrestato non sia consegnato e condotto via fra due mesi dall'arresto (...), sarà liberato» – e sostenendo che quel termine nel caso di specie fosse già decorso.

La Corte d'appello di Roma respinge l'istanza, non ritenendo in vigore nei rapporti fra i due Paesi la Convenzione citata, perché dopo la Nota della Nuova Zelanda sarebbe mancata da parte dell'Italia una concorde volontà manifestata formalmente o per fatti concludenti. La Corte rileva comunque che, anche applicando la disciplina convenzionale, il termine di estinzione della misura non sarebbe ancora decorso. E ciò in quanto, trattandosi di estradizione processuale, al termine di due mesi previsto dall'art. 12 per esibire i documenti attestanti la «sufficiente prova per la estradizione» (pervenuti tempestivamente), si aggiungerebbe quello ulteriore – sempre di due mesi dalla data dell'arresto – di cui all'art. 14, che, riferendosi invece all'esecuzione della consegna, implica la previa delibazione giurisdizionale sull'extradizione (fase non ancora iniziata). Peraltro, lo stesso art. 14 facendo salvo il caso «che sia sufficientemente dimostrata la cagione del ritardo», non esclude che la pandemia da virus Covid-19 possa costituire «un fattore del tutto eccezionale» che giustifichi il ritardo. Ancora, la Corte afferma che l'inosservanza del termine è dipesa anche dalla necessità di rispettare le garanzie attualmente riconosciute dalla disciplina interna, che s'innestano in un assetto più articolato rispetto a quello previsto dall'ordinamento del tempo in cui era stata conclusa la Convenzione.

Avverso la decisione della Corte d'appello il difensore propone ricorso per cassazione, lamentando la violazione dell'art. 14 della Convenzione del 1873, dell'art. 696 c.p.p. e degli artt. 10 e 117 Cost., che stabiliscono i principi di prevalenza del diritto internazionale pattizio e di sussidiarietà della disciplina interna.

Sostenendo l'applicabilità fra i due Stati della Convenzione del 1873, nel ricorso si ricorda che la Nota del 1948 trova legittimazione nel Trattato di Pace del 1947 ratificato dall'Italia, è stata pubblicata nella Gazzetta Ufficiale e quindi è «da intendersi recepita dal nostro Stato». A fronte della requisitoria scritta del Procuratore generale che esclude l'applicazione della Convenzione tra Italia e Nuova Zelanda, nella memoria difensiva di replica si aggiunge che una nota dell'Ambasciata neozelandese in Italia inviata alla Corte d'appello confermerebbe il vincolo pattizio; a quella Convenzione, peraltro, è fatto

espesso riferimento nell'archivio storico dei trattati internazionali tenuto dal Ministero degli affari esteri. Nel ricorso si osserva altresì che i termini di cui agli artt. 12 e 14 della Convenzione in discorso vanno considerati in modo distinto e non cumulativamente, sottolineando che in base all'art. 14 la decorrenza del termine per la consegna è ancorata comunque all'arresto. Anche riguardo alla causa del ritardo, si pone in rilievo che essa debba avere natura eccezionale, e che non possa rinvenirsi nella necessità di rispettare le procedure di garanzia attualmente previste in materia, in quanto da ciò deriverebbe, paradossalmente, non una maggior tutela, ma un pregiudizio per i diritti di libertà della persona la cui consegna è richiesta.

2. Gli argomenti della Corte suprema per escludere la vigenza della Convenzione.

La Corte di Cassazione per risolvere la questione di fondo – se sia vigente oppure no fra l'Italia e la Nuova Zelanda la Convenzione di estradizione fra l'Italia e la Gran Bretagna del 1873 – muove dall'individuazione delle regole che governano la successione dei trattati internazionali¹.

Nella sentenza si legge che, secondo il diritto internazionale consuetudinario, per i trattati c.d. "localizzabili", ossia per quelli che prevedono delle regole per l'uso di un determinato territorio (stabilendo, ad esempio, servitù di passaggio, libertà di navigazione e di pesca), vale il principio di continuità, per cui i trattati conclusi dallo Stato predecessore vincolano anche quello successore. Invece, per i trattati c.d. "non localizzabili", se si formano nuovi Stati (come nel caso dei Paesi sorti dalle *ex* colonie inglesi), opera il principio della *tabula rasa*, per cui non vi è alcun vincolo per il nuovo Stato derivante dai trattati stipulati da quello predecessore. Questo principio è stato recepito anche dalla Convenzione di Vienna sulla successione degli Stati in materia di trattati (1978)² che, pur non essendo stata firmata da Italia e Nuova Zelanda, resta comunque rilevante, secondo la Corte, proprio in quanto andrebbe a codificare una regola di diritto consuetudinario³.

Quale conseguenza del principio della *tabula rasa*, i trattati bilaterali stipulati dallo Stato predecessore potranno ritenersi in vigore – è questo l'assunto centrale – soltanto «se rinnovati attraverso un apposito accordo tra il nuovo Stato e la controparte, anche soltanto di tipo ricognitivo o comunque mediante un concreto comportamento concludente, tale da far inequivocamente desumere, alla luce di circostanze atte a creare

1 Per un quadro di sintesi della complessa tematica e per i riferimenti bibliografici v. B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, XI ed., a cura di M. Iovane, Napoli, 2018, p. 120 ss.

2 *Vienna Convention on Succession of States in respect of Treaties (done at Vienna on 23 August 1978)*, A/CONF.80/31. V. *United Nations Conference on Succession of States in Respect of Treaties, Official Records, vol. III, Documents of the Conference*, United Nations, New York, 1979, A/CONF.80/16/Add.2.

3 La Corte cita la Relazione all'articolato della Commissione di diritto internazionale delle Nazioni Unite, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1974, vol. II, *Part One - Documents of the twenty-sixth session: Reports of Special Rapporteurs, other documents submitted by members of the Commission and report of the Commission to the General Assembly*, United Nations, New York, 1975 (v. p. 7 ss., in cui si fa riferimento al «*clean slate principle*»), A/CN.4/SER.A/1974/Add.1 (Part 1).

un reciproco affidamento, l'esistenza di un atteggiamento volitivo al riguardo assunto anche dall'altro Stato interessato». E in proposito la Corte richiama l'orientamento espresso in una precedente sentenza relativa all'extradizione richiesta da un altro Stato sorto per distacco dal Regno Unito: la Repubblica di Mauritius⁴.

Dall'art. 44 del Trattato di pace non può desumersi, secondo la Corte, alcun consenso anticipato e generale («preventivo e – per così dire – in bianco») da parte dell'Italia, né può ritenersi sufficiente la sola notifica del trattato ad opera del nuovo Stato per vincolare anche l'Italia.

In mancanza di una formale ed espresa manifestazione italiana di consenso – che la Corte rinviene in «un ordine di esecuzione con legge ordinaria ovvero un altro atto normativo, ma anche, in alternativa, di tipo diplomatico o giurisprudenziale» – occorre verificare se il consenso possa derivare da un concreto e inequivoco comportamento concludente.

Nella sentenza si esclude che, a tal fine, rilevi la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Nota del 1948 con cui la Nuova Zelanda ha comunicato l'intenzione di mantenere in vigore la Convenzione, dovendo attribuirsi a tale pubblicazione mero valore informativo.

Anche l'inserimento del trattato nell'Archivio dei Trattati Internazionali *on line* (ATRIO), che costituisce una banca dati del Ministero degli Affari Esteri, non rileverebbe, stante il carattere compilativo e la funzione soltanto ricognitiva di dati formali già conosciuti dagli Stati interessati.

Quanto alla nota dell'Ambasciata neozelandese con la quale il rappresentante diplomatico comunica alla Corte d'appello la ritenuta vigenza della Convenzione del 1873 da parte del proprio Stato, essa è ritenuta significativa della volontà di una sola Parte dell'accordo.

Non vale, poi, il richiamo, contenuto nella nota, alla Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope (Vienna, 1988) certamente vigente per entrambi gli Stati⁵ – che definisce la tipologia di condotte rilevanti (art. 3) da ritenersi incluse in ogni trattato di estradizione in vigore fra gli Stati contraenti (art. 6) – perché lascia evidentemente irrisolta la questione relativa all'esistenza di un accordo bilaterale in materia.

Stabilito che nei rapporti fra i due Stati non può applicarsi la Convenzione del 1873, la Corte rigetta il ricorso, rilevando che, in base alla disciplina codicistica, non

⁴ Cass., Sez. VI, 3 febbraio 2017, n. 14237, in *Cass. pen.*, 2017, p. 3128, con nota di G. STAMPANONI BASSI, *Un'importante sentenza in tema di estradizione passiva: la Cassazione fa il punto su successione nei trattati da parte degli Stati di nuova indipendenza, condizione di reciprocità e intervento nel procedimento da parte dello Stato richiedente*; sulla sentenza citata v. anche G. BORGNA, *Dichiarazioni unilaterali di successione nei trattati e limiti temporali all'intervento dello Stato richiedente nei procedimenti di estradizione*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2018, p. 81. Per una sintesi della pronuncia v. C. VASSALLI, *Successione nei trattati da parte degli Stati sorti dalla decolonizzazione e intervento nel procedimento di estradizione passiva: la Corte di Cassazione si esprime su condizione di reciprocità e tempestività*, in *Dir. pen. cont.* 3 maggio 2017.

⁵ È la l. 5 novembre 1990, n. 328 ad autorizzare la ratifica ed esecuzione della Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope, con annesso, atto finale e relative raccomandazioni, fatta a Vienna il 20 dicembre 1988 (in *G.U.* 15 novembre 1990, n. 267, suppl. ord. n. 71).

risulta decorso il termine massimo di durata della misura cautelare applicata all'estraddando. Infatti, secondo l'art. 714, comma 4 c.p.p. «le misure coercitive sono revocate se dall'inizio della loro esecuzione è trascorso un anno senza che la corte di appello abbia pronunciato la sentenza favorevole all'estraddizione»; in caso di ricorso in cassazione contro tale sentenza il termine è ulteriormente esteso a «un anno e sei mesi». Peraltro, questi termini sono suscettibili di ulteriori estensioni, in quanto il Procuratore generale può chiederne la proroga, «anche più volte, per un periodo complessivamente non superiore a tre mesi, quando è necessario procedere ad accertamenti di particolare complessità»⁶.

3. Le ragioni per ritenere vigente la Convenzione fra i due Stati.

Per diversi motivi, invece, la Convenzione di estraddizione italo-britannica del 1873 deve ritenersi in vigore nei rapporti fra Nuova Zelanda e Italia.

Posto che la regola consuetudinaria della *tabula rasa* si applica anche ai trattati bilaterali conclusi dallo Stato predecessore ed è ribadita, proprio con riferimento agli Stati sorti dalla decolonizzazione, anche dalla Convenzione del 1978 sulla successione nei trattati (art. 24), le peculiarità che assume la cooperazione in materia penale, in particolare l'estraddizione nei trattati bilaterali⁷, suggeriscono un'indagine mirata, volta alla ricognizione della prassi relativa alla Convenzione italo-britannica del 1873.

Riguardo a questo accordo, che da tempo non è più in vigore fra Italia e Gran Bretagna⁸, sono varie le soluzioni adottate nei rapporti con gli Stati *ex* territori coloniali.

⁶ Alla revoca correlata alla fase giurisdizionale del procedimento (art. 714, comma 4 c.p.p.) si affianca altra previsione di revoca quando siano decorsi tre mesi dalla pronuncia favorevole del Ministro della giustizia sulla richiesta di estraddizione senza che l'estraddando sia stato consegnato allo Stato richiedente, con sospensione del decorso del termine, che non può comunque essere superiore a sei mesi, nel caso di ricorso al giudice amministrativo contro la decisione del Ministro (art. 714, comma 4-bis c.p.p.).

⁷ Per un raffronto v. G. ROSSOLILLO, *Successione tra Stati e rapporti tra convenzioni e diritto interno in materia di estraddizione nella giurisprudenza svizzera*, in *Riv. dir. internaz.*, 1996, p. 952 ss.

⁸ Entrambi i Paesi hanno firmato e ratificato la Convenzione europea di estraddizione: questa convenzione multilaterale è in vigore, nei rapporti fra Italia e Regno Unito, dal 14 maggio 1991. Si applicano anche tre dei quattro Protocolli: Italia e Gran Bretagna non hanno firmato il Protocollo aggiuntivo alla Convenzione europea; sono invece in vigore fra i due Stati il Secondo (dal 6 giugno 1994), il Terzo e il Quarto Protocollo addizionale (dal 1° dicembre 2019). Peraltro, fra Italia e Regno Unito era stato firmato a Firenze il 12 marzo 1986 un trattato di estraddizione, reso esecutivo con l. 2 gennaio 1989, n. 11 (in suppl. ord. *G.U.* 25 gennaio 1989, n. 20). Questo trattato, però, non è mai entrato in vigore: di lì a poco la Gran Bretagna avrebbe firmato la Convenzione europea (al riguardo v. D. STRIANI, *L'estraddizione, Parte seconda - App. di aggiorn.*, Milano, 1987, p. 84 ss.; D. STRIANI, *Migliori rapporti internazionali con la Gran Bretagna?*, in *Ind. pen.*, 1986, p. 167 ss.; G. POLIMENI, *Il nuovo trattato di estraddizione fra l'Italia e la Gran Bretagna*, in *Quad. giust.*, 1986, n. 57, p. 60 ss.). Va altresì ricordato che nell'ambito dell'Unione europea, dove è operativa la decisione quadro 2002/584/GAI, la Brexit ha segnato anche il destino del mandato d'arresto europeo: riguardo a questo strumento, e più in generale relativamente alla cooperazione giudiziaria in materia penale in corso, occorre far riferimento agli artt. 62-65 dell'Accordo sul recesso del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord dall'Unione europea e dalla Comunità europea dell'energia atomica (v., in proposito, L. SALAZAR, *La cooperazione giudiziaria penale nell'Unione ai tempi della Brexit*, in questa *Rivista*, 3/2020, p. 185 ss.).

Alcune volte, la Convenzione del 1873 è stata oggetto di scambio di note o dichiarazioni congiunte, con cui è reso manifesto un espresso reciproco consenso.

Fra Italia e Bahamas si registra uno Scambio di note per il mantenimento in vigore della Convenzione italo-britannica del 1873 (Nassau-Santo Domingo-Nassau, 28 aprile-7 agosto-25 novembre 1980).

Anche fra Italia e Kenia è intercorso uno Scambio di note relativo alla conferma della citata Convenzione (Nairobi, 22 settembre 1967-8 dicembre 1967), dopo che essa era già stata rimessa in vigore con nota verbale dal 13 marzo 1948.

Sempre con nota verbale, la Convenzione del 1873 era stata rimessa in vigore dal 13 marzo 1948 pure nei rapporti fra Italia e Lesotho ed è poi intervenuta fra i due Stati una Dichiarazione di consolidamento per i trattati firmati dalla Gran Bretagna (Washington-ONU-7 settembre 1971).

Altre volte, invece, gli Stati di nuova indipendenza sono ricorsi a note analoghe a quella della Nuova Zelanda. La facoltà di ricorrere alla notificazione, che costituisce strumento espressivo del consenso del nuovo Stato al vincolo derivante dal trattato concluso con lo Stato predecessore, veniva, come si è detto, espressamente prevista dall'art. 44 del Trattato di pace del 1947.

Nella Gazzetta Ufficiale 17 settembre 1948, n. 217 in cui compariva la notifica della Nuova Zelanda venivano pubblicate le notifiche di altri Stati al governo italiano relative agli accordi bilaterali da «mantenere o rimettere in vigore» ai sensi del Trattato di pace del 1947, fra i quali si menziona espressamente anche la convenzione italo-britannica di estradizione del 1873. Oltre alla Nota della stessa Gran Bretagna (del 13 marzo 1948), n. 434/14/48, risulta anche quella del Canada (del 27 febbraio 1948, n. 25) e dell'Unione del Sud Africa (del 1° maggio 1948, n. T/5).

Nelle relazioni con i Paesi da ultimo citati la Convenzione è andata incontro a diverse sorti.

Assai significativi, ai fini della questione in oggetto, sono gli sviluppi delle relazioni in materia di estradizione con Canada, Australia e Sud Africa.

Italia e Canada hanno sottoscritto a Roma il 6 maggio 1981 un trattato di estradizione (l. 22 aprile 1985, n. 158, in *G.U.* 3 maggio 1985, n. 103), entrato in vigore il 27 giugno 1985 (*G.U.* 30 luglio 1985, n. 178). Nell'art. XXII di questo trattato si stabilisce che esso «sostituisce ed abroga» nei rapporti fra Italia e Canada «il Trattato fra la Gran Bretagna e l'Italia» del 1873.

Con Nota del 7 gennaio 1949⁹ l'Australia aveva pure inteso mantenere in vigore con l'Italia, sempre in virtù di quanto previsto dal Trattato di Pace, la citata Convenzione. Nel trattato di estradizione fra Italia e Australia, sottoscritto a Canberra il 28 novembre 1973 (l. 15 ottobre 1975, n. 655, in *G.U.* 23 dicembre 1975, n. 337)¹⁰, l'art. XXIV prevede

⁹ La Nota è riportata in *Riv. studi polit. e internaz.*, 1949, vol. 16, n. 3, pp. 326-327.

¹⁰ Il citato accordo è rimasto in vigore dal 10 maggio 1976 (*G.U.* 29 aprile 1976, n. 113) al 31 luglio 1990. Italia e Australia hanno sottoscritto a Milano il 26 agosto 1985 un altro trattato di estradizione (l. 2 gennaio 1989, n. 12, in suppl. ord. *G.U.* 25 gennaio 1989, n. 20), entrato in vigore il 1° agosto 1990 (*G.U.* 10 agosto 1990, n. 186). Questo trattato abroga espressamente (art. 22, comma 2) il precedente del 1973, applicandosi anche alle richieste relative a reati commessi prima della sua entrata in vigore (art. 22, comma 1).

che con l'entrata in vigore dell'accordo le disposizioni della Convenzione del 1873 «cesseranno di avere efficacia nei rapporti fra Italia e Australia».

L'esplicita abrogazione ad opera di successivi trattati bilaterali stipulati in materia induce a ritenere che, in base al Trattato di Pace e per effetto delle notifiche degli Stati interessati, il risalente trattato italo-britannico dovesse ritenersi precedentemente in vigore, senza la necessità, da parte italiana, di una dichiarazione espressa che manifestasse la perdurante vigenza dell'accordo italo-britannico. Anche perché l'art. 20 della Convenzione del 1873 dispone che ciascuna delle parti «potrà, in ogni tempo, por fine a questo trattato, il quale però rimarrà in vigore sei mesi dopo la denuncia».

Quando l'Italia ha inteso recedere dalla Convenzione del 1873, che ha durata indeterminata, lo ha fatto attraverso la denuncia, richiamando puntualmente la disposizione convenzionale che la prevedeva.

La tradizionale forma di manifestazione della volontà di recedere da un accordo internazionale è stata espressa dall'Italia riguardo al Sud Africa. In un comunicato del Ministero degli Affari Esteri (in *G.U.* 19 ottobre 2000, n. 245), infatti, risulta che la convenzione di estradizione italo-britannica del 1873, «che costituiva una convenzione tra la Repubblica italiana e la Repubblica del Sud Africa, in data 17 dicembre 1999, conformemente all'art. XX, è stata denunciata unilateralmente dal Governo italiano» e «non è pertanto più in vigore dal 17 giugno 2000»¹¹.

Quindi, proprio dalla prassi convenzionale relativa alle Note degli Stati che trovano la loro fonte nel Trattato di Pace emergono indici rivelatori che l'antico trattato italo-britannico sull'extradizione sia tuttora in vigore con la Nuova Zelanda: in assenza di un accordo espresso al riguardo, la volontà dell'Italia di mantenere in vita la Convenzione del 1873 risulta da fatti concludenti, in quanto manca un atto di denuncia da parte italiana e non vi è stata alcuna manifestazione in senso contrario al tacito rinnovo, quale può essere l'intenzione di rinegoziare l'accordo.

Risulterebbe perciò integrata l'eccezione al principio della *tabula rasa*, ulteriore rispetto al consenso espresso, costituita dal comportamento concludente circa la permanenza del vincolo convenzionale, prevista nell'art. 24, par.1 della Convenzione di Vienna del 1978 sulla successione degli Stati nei trattati¹². In sostanza, a fronte della dichiarazione unilaterale della Nuova Zelanda, che costituisce espressa manifestazione di consenso, l'Italia ha prestato acquiescenza, non avendo denunciato la Convenzione né dichiarato di volerla rivedere.

Conferme dirette derivano dai *database* ministeriali. Essi costituiscono la versione digitale – che attraverso *internet* consente un'ampia diffusione delle informazioni e un semplice accesso a dati e documenti – del volume intitolato “Situazione delle

11 Il Sud Africa ha poi aderito alla Convenzione europea di estradizione, aperta all'adesione anche degli Stati che non appartengono al Consiglio d'Europa, e la convenzione multilaterale è in vigore per questo Stato dal 13 maggio 2003.

12 In base all'art. 24, par.1 della Convenzione di Vienna sulla successione dei trattati «*A bilateral treaty which at the date of a succession of States was in force in respect of the territory to which the succession of States relates is considered as being in force between a newly independent State and the other State party when: (a) they expressly so agree; or (b) by reason of their conduct they are to be considered as having so agreed*».

convenzioni internazionali vigenti per l'Italia", una pubblicazione periodica, edita dall'Istituto poligrafico e Zecca dello Stato, prevista dalle norme sulla raccolta ufficiale degli atti normativi e sulla Gazzetta Ufficiale¹³.

La Convenzione del 1873 è indicata nel quadro convenzionale relativo alla Nuova Zelanda presente nell'archivio *on line* ATRIO (a cura del Servizio per gli affari giuridici, del contenzioso diplomatico e dei trattati - Ministero degli esteri) che – si legge nella stessa *home page* del sito – costituisce «versione aggiornata e potenziata del precedente portale Itra» e «ha lo scopo di rendere facilmente accessibili le informazioni relative al quadro convenzionale *in vigore* in Italia sul piano bilaterale e multilaterale». Anche all'interno del sito del Ministero della Giustizia (aggiornamento 25 settembre 2017), negli itinerari a tema, riguardo agli atti internazionali in materia di estradizione, con riferimento alla Nuova Zelanda si legge che la Convenzione italo-britannica del 1873 «è stata *rimessa in vigore* con Nota della Nuova Zelanda del 18 giugno 1948, n. 434/25/48 (G.U. n. 217 del 17 settembre 1948)».

Se l'inserimento negli archivi ministeriali ha una funzione informativa, proprio questa funzione, che viene attribuita ad essi dalla legge, oltre a rafforzare l'affidamento da parte neozelandese circa la vigenza della Convenzione, risulta significativa di un comportamento concludente da parte dell'Italia nel senso della perdurante vigenza.

In altra occasione, infatti, e sempre con riferimento all'extradizione, ma riguardo alla diversa ipotesi dello smembramento di uno Stato, la Corte suprema¹⁴ aveva ritenuto vigente fra Croazia e Italia la Convenzione bilaterale del 1922 stipulata fra Regno d'Italia e Regno serbo-croato-sloveno, dando rilievo, quale comportamento concludente, al fatto che fosse riportata nel volume cartaceo sopra citato la comunicazione della dichiarazione unilaterale inviata all'Italia dalla Croazia, la quale «si obbliga verso gli altri Paesi ed organizzazioni internazionali a rispettare in pieno gli obblighi della *ex* Repubblica socialista federale di Jugoslavia nella parte che riguarda la Repubblica di Croazia, così come previsto dalla Convenzione di Vienna».

13 L'art. 9, comma 3, l. 11 dicembre 1984, n. 839 - Norme sulla Raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica italiana e sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, prevede che «La Gazzetta Ufficiale pubblica annualmente, in allegato al volume contenente gli indici annuali o in apposito volume, la situazione delle convenzioni internazionali vigenti per l'Italia, con l'indicazione degli Stati per i quali queste convenzioni sono efficaci e delle riserve ad esse relative. Il volume è predisposto a cura del Ministero degli affari esteri».

14 Cass., Sez. VI, 6 luglio 1995, Jadranko, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3022. Cfr., in senso contrario, sempre riguardo ai rapporti fra Italia e Croazia in materia di estradizione, Corte App. Torino, 2 luglio 1993, in *Riv. dir. internaz.*, 1994, p. 197. In Cass., Sez. fer., 17 agosto 1995, Glicic, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2629 veniva invece disconosciuta la vigenza della Convenzione di estradizione del 1922 nei rapporti fra Italia e Repubblica federale di Jugoslavia della Serbia e del Montenegro. Nel caso di specie, la Corte aveva attribuito fondamentale rilievo alla comunicazione di una nota del Ministero della giustizia, dell'anno precedente e riguardante analogo procedimento, in cui si affermava che l'accordo del 1922 fra Italia e Jugoslavia non potesse considerarsi vigente finché la Repubblica Federale di Jugoslavia della Serbia e del Montenegro non fosse riconosciuta dall'Italia e non risultasse da parte del nuovo Stato espressa dichiarazione di voler succedere negli accordi conclusi dalla *ex* Repubblica socialista federale di Jugoslavia, di cui la Repubblica federale di Serbia e Montenegro costituisce «per fatto notorio, uno degli Stati successori e non il continuatore».

Proprio l'analisi dell'evoluzione della prassi convenzionale che si è sviluppata in seguito a quanto previsto dal Trattato di pace manifesterebbe che, seppure manca fra i due Stati un accordo formale espresso, la volontà di mantenere in vigore l'accordo concluso dall'Italia con lo Stato predecessore si può cogliere dalla Nota del 1947 della Nuova Zelanda e dal comportamento per fatti concludenti manifestato dall'Italia circa la volontà di mantenere il vincolo convenzionale anche con il nuovo Stato.

4. Le criticità e gli aspetti problematici emersi nei rapporti con altri Stati sorti dalla decolonizzazione inglese: l'urgenza di una chiara soluzione e di nuovi accordi.

Non può indurre a una diversa conclusione, tale da smentire la ritenuta vigenza dell'accordo fra Italia e Nuova Zelanda, il confronto con gli sviluppi a cui è andata incontro la Convenzione di estradizione italo-britannica del 1873 in relazione ad altri Stati di nuova indipendenza: ci si riferisce a Mauritius, Sri Lanka, Singapore, India, dove si prospettano ipotesi successorie differenti.

a) Con nota del Governo di Mauritius del 12 marzo 1968¹⁵ (data dell'acquisita indipendenza), indirizzata al Segretario Generale dell'ONU e destinata ad essere portata a conoscenza degli altri Stati, veniva espressa la volontà di succedere nei diritti e negli obblighi derivanti dai trattati in precedenza conclusi dal Regno Unito (ed estesi anche a Mauritius), con la riserva di indicare se, a un esame successivo, alcuni trattati dovessero escludersi.

Tale dichiarazione di successione, che costituisce atto unilaterale, è analoga ad altre dichiarazioni espresse, sia pur in vari termini e condizioni, da diversi Stati divenuti indipendenti dal dominio coloniale: Kenia (Dichiarazione del 25 marzo 1964), Malawi (Dichiarazione del 24 novembre 1964), Zambia (Dichiarazione del 1° settembre 1965), Guyana (Dichiarazione del 30 giugno 1966), Botswana (Dichiarazione del 6 ottobre 1966), Lesotho (Dichiarazione del 22 marzo 1967), Barbados (Dichiarazione del 16 marzo 1967)¹⁶. Queste dichiarazioni unilaterali sono espressione della prassi nota come "dottrina Nyerere"¹⁷, inaugurata da una lettera inviata il 9 dicembre 1961 dal Primo Ministro (Nyerere) del Tanganica (l'attuale Tanzania). Esse nascono dall'esigenza, per lo Stato di nuova indipendenza, di non interrompere bruscamente i rapporti internazionali in essere, dato che ciò potrebbe pregiudicare l'acquisita indipendenza, e al contempo di avviare una fase valutativa (il c.d. "periodo di riflessione") per esaminare i trattati in precedenza stipulati dalla *ex* madrepatria britannica al fine di stabilire se e quali debbano

15 V. UN International Law Commission, *Supplement prepared by the Secretariat to "Materials on Succession of States"* (ST/LEG/SER.B.14) – *Succession of States with respect to treaties*, A/CN.4/263, pp. 55-56.

16 V. ancora UN International Law Commission, *Supplement*, cit., p. 45 ss.

17 Per il testo della Dichiarazione v. *Yearbook of the International Law Commission*, 1962, vol. II, p. 121, § 127. In proposito R. SHAFFER, *Succession to Treaties: South African Practice in the Light of Current Developments in International Law*, in *Inter. Comp. Law Quart.*, vol. 30, 1981, in particolare p. 602 ss.

permanere in vigore o dichiararsi decaduti: un segno di continuità, almeno temporanea, che risponde a ragioni pratiche, politiche e giuridiche.

Proprio il carattere generale e la funzione svolta dalla dichiarazione unilaterale induce a ritenere imprescindibile l'esigenza di vagliare l'ulteriore manifestazione di volontà circa la persistenza del vincolo in rapporto a uno specifico trattato, specie se bilaterale, precedentemente concluso, soprattutto se, come nel caso della dichiarazione di successione di Mauritius, si fa riferimento a una verifica per ciascun trattato e non vi è una precisa determinazione della durata del "periodo di riflessione". Del resto, accordi in forma semplificata relativi alla Convenzione del 1873 sono intervenuti con Kenia e Lesotho: rispettivamente, uno Scambio di note e una Dichiarazione di consolidamento (v., *supra*, § 3). È perciò, in questa prospettiva, condivisibile l'orientamento accolto dalla Corte di Cassazione¹⁸, per la quale «una chiara ed univoca manifestazione di volontà, in qualsiasi maniera espressa, deve rendere palese l'intenzione, da parte dello Stato originariamente contraente» che abbia ricevuto la dichiarazione unilaterale «di continuare a vincolarsi alle clausole del trattato stipulato con lo Stato predecessore»: ciò non è avvenuto da parte dell'Italia e quindi non può ritenersi in vigore, nei rapporti con Mauritius, il Trattato italo-britannico del 1873.

Non è mancata, però, una diversa opinione secondo la quale¹⁹, per escludere la vigenza dell'accordo stipulato prima dell'indipendenza, rilevi un comportamento attivo, e occorra quindi verificare se vi sia una volontà espressa nel senso di rinegoziare o di non ritenersi più vincolati da quel singolo accordo stipulato dalla *ex* madrepatria, perché l'acquiescenza, ossia un comportamento passivo di entrambi gli Stati, sarebbe indice della permanenza del vincolo convenzionale. Dunque, in base a questo secondo orientamento, qualora né Mauritius (dopo la dichiarazione unilaterale espressa nella nota), né Italia (una volta conosciuta la nota dell'altro Stato) abbiano espresso una volontà contraria, permarrrebbe in vigore fra i due Stati l'accordo di estradizione italo-britannico del 1873, a maggior ragione, si direbbe, quando sia trascorso del tempo, che è segnale di una consolidata continuità.

Nessuna traccia informativa emerge, a proposito dei rapporti di estradizione fra Mauritius e Italia, nelle banche dati ministeriali, che non fanno alcun riferimento alla Convenzione italo-britannica.

b) Del tutto particolare è il caso dello Sri Lanka. Nei rapporti fra l'Italia e questo Stato, occorre tener conto che la Convenzione di estradizione del 1873 è stata rimessa in vigore, in base all'art. 44 del Trattato di Pace del 1947, con la Nota, già citata, della Gran Bretagna del 13 marzo 1948, n. 434/14/48²⁰.

18 Cass., Sez. VI, 3 febbraio 2017, n. 14237, cit.

19 V. G. BORGNA, *Dichiarazioni unilaterali di successione nei trattati*, cit., p. 88 ss. V., inoltre, più in generale, lo studio di T. TREVES, *La continuità dei trattati ed i nuovi Stati indipendenti*, in *Comunicazioni e Studi*, XIII, 1969, p. 333 ss. (in particolare, p. 392).

20 Con riguardo allo Sri Lanka v. il caso dell'extradizione di Sepala Ekanayake (autore nel 1982 del dirottamento di un aereo dell'Alitalia) riportato da D. STRIANI, in G. CATELANI – D. STRIANI, *L'extradizione*, Milano, 1983, pp. 498-499. Questo autore, peraltro, afferma (p. 464) che la Convenzione del 1873 è in vigore anche con la Nuova Zelanda (oltre che con il Kenia, lo Sri Lanka e il Sud Africa).

A confermarlo è il *Memorandum d'intesa* fra i due governi – italiano e srilankese – a modifica del trattato di estradizione del 1873, fatto a Colombo l'11 agosto 1999 e oggetto di esecuzione con l. 10 gennaio 2004, n. 7 (in *G.U.* 21 gennaio 2004, n. 16). Riconoscendo l'importanza dell'extradizione per la cooperazione in materia penale e sottolineando la necessità di procedure efficaci al riguardo, nel *Memorandum* si osserva che quel trattato di estradizione, «tuttora in vigore fra Italia e Sri Lanka, necessita di essere adeguato all'attuale sistema giuridico dei due Paesi e dovrebbe riflettere l'attuale evoluzione della legislazione». Le due Parti notano altresì che «hanno concordato di negoziare un Protocollo al summenzionato Trattato di estradizione del 1873», e si accordano per: l'abrogazione di talune disposizioni (gli artt. III, IV, e l'ultimo paragrafo dell'art. IX); l'efficacia temporanea delle disposizioni contenute nel *Memorandum* «in attesa» della conclusione di un Protocollo al trattato del 1873 fra le parti; l'attuazione dell'emendamento conformemente alle disposizioni dell'art. XIX del trattato del 1873. Si prevede poi che il *Memorandum d'intesa* entrerà in vigore «per ogni Parte non appena ciascuna di esse avrà espletato le procedure di attuazione interne» e che dell'«avvenuto espletamento di tale procedure» vi dovrà essere reciproca comunicazione.

Poiché non vi è notizia che tale reciproca comunicazione sia avvenuta – almeno di essa non vi è traccia nell'Archivio ministeriale ATRIO (in cui si dà atto solo che la Convenzione del 1873 è stata «rimessa in vigore il 10 febbraio 1947 (*G.U.* 17 settembre 1948, n. 217)»²¹ – è da ritenere che, nonostante entrambi gli Stati abbiano manifestato la necessità di più moderne e adeguate procedure in materia di estradizione, debbano paradossalmente valere ancora tutte le clausole convenzionali previste dal trattato italo-britannico, la cui permanente operatività è confermata proprio dall'atto che ne registra l'obsolescenza prefigurando immediate modifiche e annunciando future innovazioni.

c) Nei rapporti con Singapore risulta che il Ministero italiano degli affari esteri abbia ritenuto il trattato del 1873 in vigore perché, in base alla Costituzione di quello Stato, gli accordi conclusi dal Regno unito, e applicabili a Singapore, devono continuare a rimanere vigenti²².

Vi sarebbe però²³ una nota del 29 dicembre 1999, con la quale Singapore ha inteso comunicare di non considerarsi vincolato dai trattati stipulati dalla Gran Bretagna con l'Italia, in assenza di uno scambio di note, successivo al 9 agosto 1965 (data della sua indipendenza dalla Malaysia), che affermi l'intenzione di entrambe le Parti di essere vincolate da quel trattato. Questa nota del governo di Singapore non risulta, però, nella banca dati ministeriale ATRIO, che ancora riporta il trattato di estradizione del 1873,

21 Tuttavia, secondo G. BORGNA, *Dichiarazioni unilaterali di successione nei trattati*, cit., p. 92, nota 21, poiché in base all'ordinamento interno dello Sri Lanka questo tipo di atto internazionale non necessita di una ratifica parlamentare, il *Memorandum d'intesa* fra Italia e Sri Lanka a modifica del trattato di estradizione del 1873 sarebbe vincolante per lo Sri Lanka.

22 Questo è quanto si legge in *Yearbook of the International Law Commission*, 1970, vol. II p. 118, § 88, richiamato anche da Cass., Sez. VI, 3 febbraio 2017, n. 14237, cit.

23 È segnalato da G. BORGNA, *Dichiarazioni unilaterali di successione nei trattati*, cit., p. 92, nota 22.

«rimesso in vigore con Nota britannica, ai sensi dell'art. 44 del trattato di pace, il 13 marzo 1948».

La nota di Singapore verrebbe, da un lato, a confermare la pregressa vigenza dell'accordo di cui si tratta, dall'altro lato, ad escludere che, mancando un reciproco consenso, il trattato di estradizione del 1873 possa ritenersi, dall'acquisita indipendenza dalla Malaysia, ancora in vigore fra Italia e Singapore.

d) Riguardo all'India, la Corte di appello di Roma – nonostante il Ministero della giustizia, su richiesta di fornire informazioni al riguardo da parte della stessa Corte²⁴, con nota del 7 giugno 1980 abbia considerato vigente nei rapporti con l'Italia la Convenzione di estradizione italo-britannica del 1873 – ha ritenuto che, essendo da escludersi nel diritto internazionale l'esistenza di una norma consuetudinaria ispirata al principio della successione automatica nei trattati, quel trattato non sia in vigore fra Italia e India, in difetto di un accordo fra lo Stato di nuova indipendenza e l'altro Stato originariamente parte dell'accordo bilaterale.

Né gli accordi di devoluzione tra Stato predecessore e nuovo Stato con il quale quest'ultimo si assume diritti e obblighi convenzionali assunti dalla *ex* madrepatria²⁵ – che siano notificati allo Stato terzo originariamente contraente – né le dichiarazioni unilaterali di accollo dei trattati in vigore con lo Stato predecessore prima dell'indipendenza – anche quando essi siano specificamente indicati²⁶ – potrebbero, secondo la Corte, essere di per sé sufficienti ad accreditare l'idea che si possa prescindere dal consenso dell'altro Stato parte originario dell'accordo. A questa conclusione la Corte è pervenuta esaminando la prassi internazionale relativa alla successione degli Stati nei trattati bilaterali e osservando che essa «sembra (...) prevalentemente orientata» nel senso che occorra, ai fini dell'effettiva permanenza in vigore dei trattati conclusi con lo Stato predecessore, un «apposito accordo» fra il nuovo Stato e lo Stato originariamente Parte contraente, «frequentemente concluso mediante uno scambio di note fra i due Stati interessati». Non è stato dato rilievo alla nota ministeriale, quale manifestazione di consenso da parte dell'Italia, affermando anche la «notoria inesistenza di rapporti estradizionali tra i due Stati».

24 Corte App. Roma, 17 ottobre 1980, Bottali, in *Riv. dir. internaz.*, 1981, p. 882 ss.

25 La Corte App. Roma, 17 ottobre 1980, cit., osserva che «a questi accordi sembra potersi assimilare l'accordo, concluso il 6 agosto 1947 ed efficace dal 15 agosto dello stesso anno, tra l'Unione indiana ed il Pakistan, compreso nella "schedule" allegata all'*Indian Independence (international arrangements) Order 1947*, con il quale fu stabilita la devoluzione di tutti gli accordi già vincolanti per l'India britannica a ciascuno dei nuovi Stati, fatta eccezione per quelli di esclusiva applicazione territoriale all'uno o all'altro di essi, per i quali la devoluzione fu limitata allo Stato interessato».

26 È sempre la Corte d'appello a includere in questo ambito «la dichiarazione del governo indiano del 1956 (in *International Law Association, The effect of independence on treaties, A handbook*, London – South Hackensack, 1965, pp. 93 e 109 ss.), che ritiene vincolanti per l'Unione indiana quarantacinque convenzioni di estradizione concluse dalla Gran Bretagna (tra le quali è compresa la Convenzione italo-britannica del 1873): in conformità alla quale l'*Extradition Act 1962* indiano, nella sezione 2 (d), definisce "extradition treaty" "a treaty or agreement made by India with a foreign State relating to the extradition of fugitive criminals, and includes any treaty or agreement relating to the extradition of criminals made before August 15, 1947, which extends to and is binding on India"».

Nulla risulta, nelle raccolte *on line* ministeriali, a proposito di un accordo di estradizione vigente fra Italia e India²⁷.

I casi riferiti, nel rappresentare relazioni internazionali in divenire, con tavoli aperti, poi interrotti o semplicemente sospesi, quasi dimenticati per molto tempo, e nel rimarcare l'instabilità e i conseguenti dubbi sulla permanente efficacia della convenzione del 1873, sono paradigmatici delle difficoltà sorte, in materia di estradizione, nei rapporti con alcuni degli Stati che si sono resi indipendenti dal vasto impero coloniale britannico, e delle criticità derivanti da un accordo così risalente.

Al di là di ulteriori riflessioni, che esulano dalla presente nota, sul tema più generale della successione nei trattati internazionali e, in particolare, sui profili inerenti al tacito rinnovo derivante da comportamenti concludenti, è forse persino superfluo sottolineare l'urgenza di un espresso intervento chiarificatore da parte italiana circa la vigenza della citata convenzione di estradizione quando sia stata espressa, da parte del nuovo Stato, la volontà di considerare efficace l'accordo concluso con lo Stato predecessore, prima di avviare, in ragione dell'evidente obsolescenza dell'antico trattato bilaterale, i negoziati per nuovi accordi in materia.

Altrettanto scontato è segnalare la necessità di un diligente e costante aggiornamento delle raccolte ministeriali, prezioso registro della trama, ormai fitta, di accordi internazionali in materia penale, a volte anche diretti a definire contestualmente una cooperazione bilaterale nelle tre forme dell'extradizione, dell'assistenza giudiziaria e del trasferimento delle persone condannate²⁸.

5. L'emergenza epidemiologica da virus Covid-19 può essere "cagione del ritardo" rilevante ai fini del termine di caducazione dell'arresto?

Se, contrariamente all'orientamento espresso dalla Corte suprema, è dunque da ritenersi tuttora in vigore fra Italia e Nuova Zelanda la Convenzione del 1873, trovano applicazione, nel caso di specie, gli artt. 9-14.

La sequenza impressa e gli adempimenti previsti a livello convenzionale sono condizionati dalla disciplina inglese dell'*Extradition Act 1970* e, rispetto agli accordi della stessa epoca stipulati con la maggioranza degli altri Stati²⁹, presentano talune peculiarità: in particolare, non si fa cenno alla possibilità di chiedere l'arresto provvisorio da parte

²⁷ Vi è, invece, un Accordo fra Italia e India sul trasferimento delle persone condannate, firmato l'8 ottobre 2012 (l. 26 ottobre 2012, n. 183, in *G.U.* 29 ottobre 2012, n. 253), in vigore dal 4 gennaio 2013.

²⁸ Così, recentemente, nei rapporti con la Colombia: v. la l. 17 luglio 2020, n. 82 di ratifica ed esecuzione del trattato di estradizione, del trattato di assistenza giudiziaria in materia penale, e del trattato sul trasferimento delle persone condannate, tutti fatti a Roma il 16 dicembre 2016 (in *G.U.*, 28 luglio 2020, n. 188).

²⁹ V. al riguardo *Il codice penale per il Regno d'Italia*, interpretato da G. CRIVELLARI, vol. I, Roma-Torino-Napoli, 1890, in particolare, quanto all'elenco delle convenzioni stipulate dall'Italia, p. 537 e, riguardo all'Inghilterra, pp. 528, 543-544.

dello Stato richiedente prima della richiesta formale di estradizione³⁰; s'impone, conformemente alla prassi convenzionale con i Paesi anglosassoni, la verifica della *probable cause*³¹; viene, sia pur indirettamente, previsto un termine per la pronuncia sulla richiesta di estradizione³².

La domanda per l'extradizione di un imputato deve essere accompagnata da un «mandato di cattura» e «con tale prova che, secondo la legge del luogo dove il fuggitivo è trovato, giustificerebbe il suo arresto, se il reato fosse stato quivi commesso» (art. 9). Se la domanda è conforme a tali indicazioni, potrà procedersi alla cattura e l'arrestato verrà condotto davanti all'autorità giudiziaria competente che «lo interrogherà e farà le preliminari indagini sul fatto, nel modo stesso che se la cattura fosse avvenuta per un reato commesso in quel paese» (art. 10).

In una diretta prospettiva di celerità e di tutela della libertà personale, la Convenzione prevede che dovrà essere disposta la liberazione «se nel termine di due mesi, dalla data della cattura dell'imputato, non sarà esibita sufficiente prova per la estradizione» (art. 12). Risulta dagli atti, come si diceva, che nel caso *de quo* la documentazione a sostegno della richiesta³³ sia pervenuta tempestivamente.

A tutela dell'extradando da affrettate consegne, che non gli consentano di predisporre un'adeguata difesa³⁴, è previsto che «non sarà eseguita la estradizione prima che siano decorsi quindici giorni dal dì della cattura», e, conformemente al principio di *probable cause*, «solamente quando la prova sia stata trovata sufficiente, secondo le leggi dello Stato richiesto, a giustificare il rinvio del detenuto al giudizio, nel caso che il reato fosse stato commesso nel territorio del suddetto Stato» (art. 13).

30 A differenza della Convenzione con il Regno Unito del 1873 e del trattato con gli Stati Uniti d'America del 1868 che, rispettivamente, all'art. 10 e all'art. 5, prevedono l'arresto a seguito della domanda di estradizione, in genere la prassi convenzionale di allora era piuttosto orientata a non prevedere tale ipotesi di cattura successiva, in qualche modo ritenuta una naturale conseguenza rimessa all'iniziativa dello Stato richiesto, ma, piuttosto, quella preventiva, e a disciplinare, quindi, l'arresto prima della presentazione della richiesta di estradizione : v. al riguardo E. MARZADURI, *Libertà personale e garanzie giurisdizionali nel procedimento di estradizione passiva*, Milano, 1993, p. 46 ss. In generale, sull'evoluzione della disciplina interna italiana e della prassi convenzionale v. F. MOSCONI – M. PISANI, *Le convenzioni di estradizione e di assistenza giudiziaria - Linee di sviluppo e prospettive di aggiornamento*, Milano, 1984. Da D. STRIANI, *L'extradizione, Parte seconda - App. di aggiorn.*, cit., p. 91, si apprende che l'arresto provvisorio, pur non essendo stato previsto espressamente dal trattato del 1873, sia stato comunque «attuato (...) in via di interpretazione, per implicita deduzione dal contenuto dell'art. 12 della vecchia convenzione che prevede (in caso di mancato invio della documentazione entro 2 mesi) la cessazione dello stato detentivo disposto ai sensi dell'art. 10 e per prassi internazionale determinato dall'opera dell'INTERPOL».

31 In merito ai trattati con i Paesi anglosassoni e ai suoi sviluppi cfr. D. STRIANI, in G. CATELANI – D. STRIANI, *L'extradizione*, cit., p. 484 ss. e la relativa *Parte seconda, App. di aggiorn.*, cit., p. 3 ss.

32 Rileva che «gli Stati si dimostrano assai poco propensi ad assumere l'impegno di pronunciarsi entro una scadenza prefissata» sulla domanda di estradizione F. MOSCONI, *Le convenzioni di estradizione*, in F. MOSCONI – M. PISANI, *Le convenzioni di estradizione*, cit., p. 108.

33 Ai sensi dell'art. 11 le autorità dello Stato richiesto «ammetteranno, come prova intieramente valida, i documenti e le deposizioni testimoniali raccolte con giuramento nell'altro stato o copie di esse, e similmente i mandati e le sentenze ivi emanate, purché tali documenti siano firmati e certificati da un giudice o magistrato o ufficiale dello stato medesimo, e siano autenticati col giuramento di qualche testimone o contrassegnati col sigillo ufficiale del ministero di giustizia o di qualche altro ministero di stato».

34 F. MOSCONI, *Le convenzioni di estradizione*, loc. cit.

Senza stabilire un termine per la decisione, l'impulso nel provvedere celermente sulla richiesta deriva dal fatto che «se l'arrestato non sia consegnato e condotto via fra due mesi dall'arresto (...) sarà liberato, tranne il caso che sia sufficientemente dimostrata la cagione del ritardo» (art. 14).

Il trattato impegna, da un lato, lo Stato richiedente a fornire tempestivamente ogni atto e documento necessario ai fini del *prima facie case*, e, dall'altro lato, lo Stato richiesto a decidere prontamente sulla richiesta di estradizione, visto che la consegna dovrà avvenire non oltre due mesi dall'arresto, da intendersi nel senso della verifica della legittimità dello stato detentivo, visto che la disposizione convenzionale fa riferimento, nella prospettiva dell'ordinamento inglese, alla decisione sul *writ of habeas corpus*, che l'interessato ha diritto di chiedere³⁵.

Nella convenzione, perciò, la tutela della libertà dell'estradiabile³⁶ è determinante perché attraverso la prevista caducazione del provvedimento di arresto si vengono a dettare i tempi della procedura di estradizione.

La rigida e stringente tempistica³⁷ è però attenuata, riguardo alla consegna (e in questo modo dilatando, prima ancora, i tempi della decisione), dalla clausola di salvezza relativa all'eventualità che nel caso concreto «sia sufficientemente dimostrata la cagione del ritardo».

Si tratta di vagliare se l'emergenza derivante dalla pandemia da virus Covid-19 possa costituire una causa eccezionale di natura oggettiva che giustifichi il ritardo.

A tal fine, occorre considerare che, in base all'art. 83, comma 3, lett. b) del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 aprile 2020, n. 27, il criterio che stabilisce il rinvio d'ufficio delle udienze dei procedimenti penali pendenti e la sospensione del decorso dei termini per il compimento di qualsiasi atto del procedimento non opera nei «procedimenti di estradizione per l'estero di cui al capo I del titolo II del libro XI del codice di procedura penale»³⁸.

L'eccezione riguardante l'estradizione passiva è stata però introdotta nel decreto-legge in sede di conversione³⁹ e, com'è noto, in base all'art. 15, comma 5, l. 23 agosto 1988, n. 400, le modifiche di regola hanno effetti *pro futuro*, dal giorno successivo a quello della pubblicazione della legge.

³⁵ In base all'art. 9 della Convenzione l'arrestato sarà liberato se «non sia consegnato e condotto via fra due mesi dall'arresto o dalla decisione della corte sopra la domanda di un'ordinanza di *habeas corpus* nel Regno Unito».

³⁶ V. in argomento M. PISANI, *La storia dell'estradiabile e la persona dell'estradiabile*, in *Temi e casi di procedura penale internazionale*, Milano, 2001, p. 37.

³⁷ Cfr. un'analogia disposizione in cui è stabilito un termine che decorre dall'arresto in un accordo coevo in materia di estradizione – la Convenzione di estradizione fra Italia e Grecia del 1877 – dove l'art. 13 prevede che «*Si l'individu réclaté et arrêté dans les conditions de la présente Convention, n'est pas extradé et renvoyé à son pays dans lo délai do trois mois après son arrestation, il sera mis en liberté, et ne pourra plus être réclaté pour la même cause*» (così dopo la Dichiarazione di modifica dell'art. 13, a seguito del r.d. 5 agosto 1905, n. 481, in *G.U.* 30 settembre 1905, n. 228; originariamente il termine era di un mese).

³⁸ Così anche nei procedimenti per la consegna di un imputato o di un condannato ai sensi della l. 22 aprile 2005, n. 69 attuativa della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo.

³⁹ V., in proposito, la *Relazione n. 46/20*, del 6 maggio 2020, a cura dell'Ufficio del Massimario (pubblicata nel sito della Corte di Cassazione), pp. 4-5.

Poiché la legge n. 27 del 2020 è entrata in vigore il 30 aprile 2020, da quella data non può disporsi il rinvio d'ufficio dell'udienza per la decisione sulla richiesta di estradizione, e, di conseguenza, l'inerzia dell'organo giurisdizionale comporterebbe la perdita di efficacia del provvedimento coercitivo qualora complessivamente siano decorsi più di due mesi dall'arresto.

Nel periodo precedente (dal 9 marzo 2020), invece, vale, anche per il procedimento di estradizione, che non era incluso fra le eccezioni, la regola generale del rinvio d'ufficio, risultando così integrata dall'emergenza pandemica quella «cagione del ritardo» convenzionalmente prevista che giustifica il ritardo nella consegna e impedisce la caducazione della misura custodiale.

Nel caso concreto, poiché l'arresto, a seguito del mandato emesso dal tribunale neozelandese, era avvenuto il 2 febbraio e i documenti di supporto alla richiesta di estradizione erano pervenuti l'11 marzo, è da ritenere che, essendo la decisione della Corte d'appello di Roma del 5 maggio, al momento della richiesta non fossero ancora decorsi i termini di durata massima della misura restrittiva della libertà dell'estrando convenzionalmente previsti, data la parentesi temporale riconducibile ai provvedimenti legislativi del periodo più acuto di emergenza epidemiologica⁴⁰.

40 Secondo Cass., Sez. VI, 25 giugno 2020, n. 19395, l'emergenza sanitaria legata alla pandemia da virus Covid-19 che incida sulla materiale esecuzione dell'extradizione e sia «tale da impedire un'accoglienza in condizioni di sicurezza» può integrare un'ipotesi di forza maggiore che, precludendo le operazioni di consegna o di presa di consegna, giustifica il mancato rispetto della tempistica prevista dall'art. 708, commi 5 e 6 c.p.p. ed esclude l'inefficacia del provvedimento di estradizione e della misura cautelare in esecuzione; non sono invece applicabili cause di sospensione, correlate a situazioni di forza maggiore, al termine massimo, «operante *ab extrinseco*», di durata delle misure coercitive stabilito dall'art. 714, comma 4-bis c.p.p. per la fase successiva alla decisione del ministro. Nel caso di specie, la Federazione Russa aveva chiesto il differimento della consegna in conseguenza dell'emergenza sanitaria e poi manifestato la «perdurante impossibilità» di prendere in consegna l'estrando.

Editore

ASSOCIAZIONE
**"PROGETTO GIUSTIZIA
PENALE"**