

L'INDICE PENALE

Rivista fondata da
PIETRO NUVOLONE

Diretta da
ALESSIO LANZI

Tra l'altro in questo numero:

- ◇ **Sulla riforma del processo penale**
- ◇ **In tema di legalità**
- ◇ **La presunzione di innocenza e l'informazione**
- ◇ **In tema di prevenzione**
- ◇ **In tema di atti coercitivi**
- ◇ **Tematiche comparatistiche e storiche**



GIURIDICA

Direttore

Alessio Lanzi

Comitato di Direzione

Alberto Cadoppi, Luigi Stortoni, Piermaria Corso. Stefano Canestrari, Gaetano Insolera, Nicola Mazzacuva. Antonio Cavaliere. Vittorio Manes.

Comitato Scientifico

Franco Coppi, Angelo Giarda, Antonio Pagliaro, Mario Pisani, Fabrizio Ramacci, Roland Riz, Giorgio Spangher, Sergio Vinciguerra, Renato Bricchetti, Ubaldo Giuliani Balestrino, Bartolomeo Romano, Giulio Ubertis, Paolo Veneziani, Salvatore Aleo.

Luciano Eusebi, Giovanni Fiandaca, Fausto Giunta, Domenico Pulitanò, Francesco Tagliarini, Marco Zanotti, Roberto E. Kostoris. Daniele Negri.

Josè de Faria Costa-*Coimbra*, Fermin Morales Prats-*Barcelona*, Jean Pradel-*Poitiers*, Alexander McCall Smith-*Edinburgh*, Gonzalo Quintero Olivares-*Tarragona*.

Kai Ambos-*Göttingen Georg August*, Nilo Batista-*Rio de Janeiro*, Luisa Cuerda Arnau-*Castellon*, Victor Moreno Catena-*Madrid Carlos III*, Helmut Satzger-*Monaco di Baviera*, Josep Maria Tamarit Sumalla-*Lleida*, John Vervaele-*Utrecht*.

Comitato di Redazione Milanese

Paolo Aldrovandi, Daniele Carra, Paolo Damini, Gian Paolo del Sasso, Stefano Delsignore, Letizia d'Altília, Massimiliano Lanzi, Luca Monticelli, Cosimo M. Pricolo, Stefano Putinati, Lorenza Tosato, Luca Beltrami, Jessica Bertolina, Malaika Bianchi, Mario L'Insalata, Maria Chiara Parmiggiani, Angelo Giuliani (Segretario), Matteo Leonida Mattheudakis, Flavio Argirò, Pietro Sorbello.

Comitato di Redazione Bolognese

Enrico Amati, Davide Bertaccini (Segretario), Marco Bortoluzzi, Gian Marco Caletti, Paolo Caroli, Francesca Consorte, Désirée Fondaroli, Emanuela Fronza, Alessandro Gamberini, Tommaso Guerini, Pietro Insolera, Federico Mazzacuva, Fabio Nicolichia, Antonio Pugliese, Nicola Recchia, Valeria Torre.

Comitato Scientifico per la valutazione

Enrico Mario Ambrosetti, Giuseppe Bellantoni, Alessandro Bernardi, David Brunelli, Andrea Castaldo, Luigi Foffani, Gabriele Fornasari, Giovanni Grasso, Roberto Guerrini, Vincenzo Maiello, Marco Mantovani, Oliviero Mazza, Alessandro Melchionda, Sergio Moccia, Michele Papa, Costantino Visconti, Pier Paolo Paulesu, Laura Scomparin, Elena Maria Catalano.

Javier Alvarez Garcia-*Madrid Carlos III*, Carlos Maria Romeo Casabona-*Bilbao*, Miriam Cugat Mauri-*Barcelona Autònoma*, Roberto D'Ávila-*Rio Grande do Sul Cattolica*, Nicolas Garcia Rivas-*Castilla La Mancha*, Guillermo Portilla Contreras-*Jaen*, Inmaculada Valeije Alvarez-*Vigo*, Eugenio Raul Zaffaroni-*Buenos Aires*.

Hanno diretto la Rivista:

Pietro Nuvolone dal 1967 al 1984

Mario Pisani dal 1985 al 1996

Pubblicazione quadrimestrale

ISSN 0019-7084

Novissima Serie - Anno VIII - N. 1

Gennaio-Aprile 2022

L'INDICE PENALE

Rivista fondata da
PIETRO NUVOLONE

Diretta da
ALESSIO LANZI

Tra l'altro in questo numero:

- ◇ Sulla riforma del processo penale
- ◇ In tema di legalità
- ◇ La presunzione di innocenza e l'informazione
- ◇ In tema di prevenzione
- ◇ In tema di atti coercitivi
- ◇ Tematiche comparatistiche e storiche



La disciplina della revisione e valutazione per le pubblicazioni nella Rivista

In linea con il vigente Regolamento ANVUR per la classificazione delle riviste nelle aree non bibliometriche, per essere pubblicati nelle rubriche “Saggi e studi”, “Rassegne critiche” e “Diritto penale europeo, internazionale e comparato”, tutti i lavori (salvo casi eccezionali che dovranno essere segnalati) vengono sottoposti a revisione e valutazione.

Tali procedure vengono svolte – a seguito della presentazione del contributo da parte di un componente della Direzione o del Comitato Scientifico – da parte di almeno un professore ordinario della materia interessata componente del “Comitato Scientifico per la valutazione”. La procedura di valutazione viene attivata dal Direttore responsabile, trasmettendo, in forma anonima, il lavoro al valutatore.

Questi, esaminato il contributo, compila e sottoscrive una scheda con la quale esprime il proprio giudizio, favorevole o sfavorevole alla pubblicazione; se del caso, può anche esprimere un giudizio “positivo condizionato”, segnalando la necessità di modifiche; in tal caso il lavoro potrà essere pubblicato solo se l’Autore lo adeguerà a quanto indicatogli.

Le schede di valutazione a firma del valutatore sono conservate – in modo riservato – dal Direttore responsabile.

(n. 1 – gennaio-aprile 2022)

Editoriali e Opinioni

GIOVANNI PAOLOZZI, <i>Giustizia “A passo di carica”: la Legge n. 134 del 2021</i>	1
ALBERTO CADOPPI, <i>Una tessera in più per il puzzle della legalità. La Sentenza n. 98/2021 della Corte Costituzionale</i>	62
LUCA MARAFIOTI, <i>Presunzione di innocenza e diritto di informazione: una difficile convivenza</i>	79

Saggi e Studi

SILVIA TORDINI CAGLI, <i>Il disastro ferroviario di Viareggio: il punto su rischio lavorativo ed oggetto di tutela della normativa prevenzionistica</i>	95
FRANCESCO MORELLI, <i>Quando la Legge non regola la forza: risvolti procedurali dei reati commessi dagli esponenti delle Forze dell'Ordine e disciplina degli atti coercitivi</i>	111
FEDERICA CENTORAME, <i>Verso un nuovo processo penale in assenza: chiaroscuri della legge delega n. 134 del 2021</i>	131

Rassegne, giurisprudenza, note e commenti

Corte Costituzionale, sentenza 3 dicembre 2020 / 11 gennaio 2021 n. 1, con nota di MARCO FUSAROLI, <i>La Corte costituzionale esclude il sindacato giudiziale sulla concessione del patrocinio a spese dello Stato alla “vittima vulnerabile”. Osservazioni a margine della sentenza n. 1/2021 Corte cost.</i>	151
--	-----

Diritto penale europeo, internazionale e comparato

ANTONINO DI MAIO, <i>I dinamici sviluppi dogmatici della tutela penale del segreto d'impresa in Spagna: il fenomeno criminoso dell'Espionaje empresarial</i>	165
--	-----

FEDERICA COPPOLA – PIETRO INSOLERA, <i>Ergastolo senza possibilità di parole irrogato a minorenni sotto l’VIII Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d’America. Un’analisi critica alla luce della pronuncia della Corte Suprema Jones v. Mississippi 593 U.S. (2021)</i>	204
--	-----

Temi e questioni della giustizia penale e politica criminale

ENRICO LANZA, <i>Neuroscienze e tendenza a delinquere: la possibile rivitalizzazione dell’art. 108 c.p.</i>	253
EMILIO DI SOMMA, <i>Politica e Magistratura: una lunga storia tra delega e conflitto</i>	295

Vecchie pagine e prospettive storiche

MARIO IANNUZZIELLO, <i>Il “pubblico esempio” e i luoghi della giustizia criminale. Una ricostruzione storica a partire da Piazza della Vicaria di Napoli</i>	319
<i>Hanno collaborato</i>	339

On Line:

• Osservatori	
– Corte europea dei diritti dell’uomo (di MARIO ARBOTTI, LAURA BARTOLI, MATILDE BOTTO, GIAN MARCO CALETTI, FABIO NICOLICCHIA e ANTONIO PUGLIESE)	1
– Corte costituzionale italiana (di MARCO FUSAROLI, PIETRO INSOLERA e GIANLUCA TAIANI)	26
– Tribunale costituzionale spagnolo (di ANTONIO PUGLIESE)	45
– Corte suprema britannica (di PAOLO BECCARI e GIAN MARCO CALETTI)	48

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

Art. 2 Cedu

Corte europea dei diritti dell'uomo, Quarta Sezione, 30 novembre 2021, *Dere-nik Mkrtchyan e Gayane Mkrtchyan c. Armenia* (ric. n. 69736/12)

<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-213519>

1.1. La pronuncia in commento trae origine dalla morte di un ragazzo di dieci anni a seguito di una colluttazione avvenuta in una scuola statale. I ricorrenti, rispettivamente il nonno e la madre dell'alunno, lamentavano, ai sensi dell'articolo 2 della Convenzione, che lo Stato convenuto non avesse protetto adeguatamente la sua vita mentre era sotto il controllo dell'autorità scolastica e, ai sensi degli articoli 2 e 13 della Convenzione, che le autorità nazionali avessero disatteso l'obbligo di svolgere un'indagine efficace sulle circostanze del decesso.

Questi, sinteticamente, i fatti: alle 9.30 del 5 giugno 2010 la ricorrente accompagnò il figlio a scuola, dove era previsto un esame di matematica; l'insegnante, dopo aver fatto sedere gli alunni in classe e annotato i compiti sulla lavagna, lasciò l'aula per conversare con un'altra docente. Durante l'assenza nacque un litigio fra gli alunni, a seguito del quale il nipote del ricorrente fu percosso da due suoi compagni di classe. Sentendo le urla, entrarono in aula dapprima il bidello e successivamente l'insegnante, trovando il nipote del ricorrente privo di sensi sul pavimento. Dopo vari tentativi infruttuosi di primo soccorso, fu trasportato in ospedale dove, però, arrivò già privo di vita.

1.2. Lo stesso giorno del decesso, la polizia dispose un esame medico forense per determinare la causa della morte, l'esistenza di eventuali ferite sul corpo, la loro posizione e tipologia, le probabili tempistiche, le modalità e la gravità della loro inflizione. Al perito fu anche chiesto di determinare se il figlio del ricorrente avesse sofferto di qualche malattia in vita e l'eventuale rilevanza eziologica di quest'ultima rispetto alla morte. A distanza di un mese, il medico incaricato concluse che la causa del decesso fosse da ricondurre ad un'insufficienza respiratoria acuta e alla privazione di ossigeno, conseguenza di una serie di alterazioni degli

organi e tessuti interni. Fu, inoltre, individuata un'emorragia nell'area della tempia e della guancia sinistra, verosimilmente riconducibile all'azione di un oggetto contundente, ritenuta non eziologicamente rilevante rispetto al decesso.

Il 21 luglio 2010 si diede avvio ad un procedimento penale: la madre, escussa dalle autorità inquirenti, affermò di non aver mai avanzato agli insegnanti una richiesta di prestare particolare attenzione alla particolare vulnerabilità dello stato di salute del proprio figlio.

A distanza di qualche mese, il ricorrente presentò una denuncia al Procuratore Generale, chiedendo l'avvio di un procedimento penale in relazione alla morte del nipote che non fosse, però, limitato alle sole percosse subite, ma si estendesse alle eventuali responsabilità omissive dell'amministrazione scolastica, lamentando la generale negligenza operativa delle agenzie di *law enforcement*.

Le autorità inquirenti deferirono la valutazione sull'eventuale responsabilità omissiva del personale scolastico all'Ispettorato statale per l'istruzione (un organismo di controllo costituente un'articolazione amministrativa del Ministero dell'istruzione) che, con una lettera del 15 novembre 2010, concluse che la morte del nipote del ricorrente non fosse imputabile ad alcuna inerzia dell'amministrazione scolastica o del personale docente.

Il 18 novembre 2010 il procedimento penale fu chiuso, rilevando che gli autori materiali delle percosse non fossero perseguibili in ragione della mancanza dell'età necessaria per l'eventuale ascrizione di una responsabilità penale.

A seguito di un'ulteriore denuncia presentata dal ricorrente al Tribunale regionale di Kotayk, il procedimento fu riaperto. Nello specifico il Tribunale regionale – con decisione poi confermata dalla Corte Penale d'Appello – ritenne che l'autorità inquirente non avesse adeguatamente indagato su una serie di circostanze decisive, tra cui l'esatto lasso temporale in cui l'insegnante si era assentata dall'aula, l'ora esatta della colluttazione, l'eventuale reperibilità di un medico nella scuola al momento degli eventi e la potenziale efficacia salvifica di un suo ipotetico intervento tempestivo. Ulteriormente, il Tribunale evidenziò che non erano state approfondite le cause dell'alterazione degli organi interni e l'eventuale connessione con i colpi subiti.

A seguito di un ulteriore esame medico forense disposto dalle autorità inquirenti, emerse che i colpi subiti, associati allo stato psicologico ed emotivo di quel particolare momento, potrebbero aver contribuito alla crisi epilettica, all'insufficienza respiratoria acuta e ai disturbi della funzione cardiaca che hanno causato la morte.

Ciononostante, il 7 dicembre 2011 le autorità inquirenti disposero nuovamente la chiusura del procedimento: sebbene la conclusione del collegio di esperti avesse rilevato un nesso di causalità tra il decesso e la colluttazione, gli aggressori non potevano comunque essere ritenuti responsabili dell'omicidio in ragione dell'assenza del necessario coefficiente soggettivo («*the element of intention on their part was absent*») e dell'età legale per l'eventuale ascrizione di una responsabilità penale. Si concluse, inoltre, che i membri del personale scolastico non fossero a conoscenza delle crisi epilettiche del nipote del ricorrente e che, tenute in debita considerazione

le peculiari circostanze di contesto, non avrebbero, comunque, potuto prevedere il pericolo insito nella loro inazione.

Il Tribunale regionale, a seguito di un nuovo ricorso presentato dal ricorrente contro la decisione delle autorità inquirenti, accolse i nuovi motivi di doglianza, ritenendo che, anche dopo la riapertura del procedimento, la polizia non fosse ancora riuscita a determinare se un medico fosse o meno presunte presso la scuola al momento dell'incidente e se un suo ipotetico intervento tempestivo avrebbe potuto svolgere un effetto impeditivo del tragico evento.

Il 3 aprile 2012 la Corte Penale d'Appello accolse il ricorso del Pubblico Ministero e annullò la decisione del Tribunale, ritenendo, *inter alia*, che la polizia non avesse risolto la questione della controfattuale efficacia impeditiva di un intervento salvifico del personale sanitario perché il giorno del decesso il medico competente aveva regolarmente prestato servizio presso un'altra scuola.

2.1. La Corte, nell'*incipit* del proprio *legal reasoning*, ha cura di riaffermare i principi basilari relativi agli obblighi positivi di tutela del diritto alla vita gravanti sugli Stati membri ai sensi dell'art. 2 della Convenzione elaborati dalla giurisprudenza della Grande Camera nella decisione *Center for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu c. Romania* (GC, n. 47848/08, §§ 130-31, 2014) e ribaditi, da ultimo, in *Kurt c. Austria* (GC, n. 62903/15, §§ 157-160, 15 giugno 2021).

In particolare, si è affermato che gli obblighi positivi di tutela sono rilevanti anche nel contesto della pubblica istruzione, pertanto le autorità scolastiche sono gravate dal dovere di proteggere la salute e il benessere degli alunni, soprattutto di quelli di giovane età, in quanto soggetti particolarmente vulnerabili e sotto la propria esclusiva vigilanza (cfr., ulteriormente, *Ilbeyi Kemaloğlu e Meriye Kemaloğlu c. Turchia*, n. 19986/06, §35, 10 aprile 2012 e *Kayak c. Turchia*, n. 60444/8, §59, 10 luglio 2012).

Tenuta in debita considerazione la difficoltà di un controllo ubiquitario della pluralità delle fonti di rischio coesenziali alle società moderne, l'imprevedibilità dei comportamenti umani e la circostanza che le scelte operative devono comunque essere compiute nel rispetto delle priorità e delle risorse disponibili, la portata degli obblighi positivi deve essere interpretata in modo tale da non imporre all'autorità doveri di protezione sproporzionati o impossibili, all'atto pratico di fatto irrealizzabili. Non tutti i rischi per la vita, inoltre, possono determinare l'automatica genesi di un obbligo per le autorità di adottare misure operative atte ad impedire la loro effettiva concretizzazione.

Affinché un obbligo positivo di tutela possa sorgere è, difatti, necessario stabilire che le autorità sapevano o, quantomeno, avrebbero dovuto conoscere dell'esistenza di un rischio reale e immediato per la vita di un individuo determinato e, purtuttavia, non hanno adottate le misure (rientranti nell'ambito delle proprie attribuzioni) che ragionevolmente ci si sarebbe potuti attendere per neutralizzare la concretizzazione di quel particolare rischio (c.d. *Osman test*; cfr. *Osman c. Regno Unito*, 28 ottobre 1998, § 116; *Kurt c. Austria*, cit., §158).

L'osservanza degli obblighi positivi di tutela *ex art. 2* della Convenzione richiede, pertanto, *in primis* un'adeguata valutazione del rischio da parte delle autorità nazionali e – solo in presenza di un rischio reale e immediato per la vita di un determinato individuo – l'adozione di idonee misure preventive.

La Corte ribadisce, poi, che la scelta dei mezzi per garantire il rispetto degli obblighi di tutela rilevanti rientra nel margine di discrezionalità dello Stato membro e il dovere di salvaguardare il diritto alla vita richiede sempre, in caso di gravi lesioni o morte, la presenza di un sistema giudiziario efficace e indipendente, in grado di assicurare la disponibilità di risorse per accertare tempestivamente i fatti, individuare gli eventuali responsabili e fornire un'adeguata riparazione alle vittime.

Pur non esigendo necessariamente la previsione di rimedi di natura penale, gli obblighi discendenti dall'articolo 2 della Convenzione non saranno soddisfatti se la tutela offerta dal diritto interno esiste solamente 'sulla carta', senza una corrispondente declinazione nella prassi (cfr., *ex multis*, *Center for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu c. Romania*, cit., § 132-33).

2.2. Venendo al merito della decisione, la Corte rileva anzitutto come sia pacifico tra le parti la circostanza che le autorità scolastiche non fossero a conoscenza della condizione di particolare vulnerabilità del nipote del ricorrente. Non è oggetto di contestazione, altresì, che il giorno della colluttazione non fosse presente nella scuola personale medico per fornire assistenza all'alunno.

Premesse tali pacifiche acquisizioni, le questioni che i Giudici si trovano a risolvere sono essenzialmente due: a) se l'insegnante conoscesse o avrebbe dovuto conoscere l'esposizione del nipote ricorrente ad un serio rischio per la propria vita durante la sua assenza in aula e se, conseguentemente, misure per proteggere la vita dello stesso; b) se, non assicurando la presenza di personale medico nei locali della scuola il giorno del decesso, le autorità nazionali non hanno implementato le misure necessarie per neutralizzare un rischio concreto ed immediato per la vita dell'alunno.

Per quanto concerne la prima questione, a parere della Corte si dovrebbe dimostrare l'esistenza di un significativo livello di vulnerabilità per imporre al docente un rigoroso obbligo di non allontanarsi dall'aula in nessun momento e in nessuna circostanza. I Giudici ribadiscono la posizione espressa nella sentenza *Kayak* secondo cui, nonostante in linea di principio l'istituto d'istruzione abbia l'obbligo di vigilare sugli alunni durante il periodo che trascorrono sotto il proprio controllo, non è ragionevole esigere la supervisione costante di ogni studente per fronteggiare istantaneamente qualsiasi inopinato comportamento *ex ante* imprevedibile.

Nonostante l'estesa gamma di rischi a cui possono essere esposti i minori e il dovere fondamentale delle autorità scolastiche di adottare adeguate misure di vigilanza per garantire la sicurezza degli alunni e proteggerli da ogni forma di violenza a cui potrebbero essere soggetti mentre sono sotto la loro supervisione, nulla suggerisce che il giorno dell'incidente esistessero fattori eccezionali che giustificassero

un'attenzione particolare o l'adozione di misure speciali da parte dell'insegnante (cfr. *Kayak*, cit. § 61-62 e *Ilbeyi Kemaloğlu e Meriye Kemaloğlu*, cit., § 41).

Ulteriormente, non esistono elementi in grado di indiziare una situazione di pericolosità 'qualificata' della classe, dovuta, ad esempio, al precedente verificarsi di analoghi episodi di violenza tra gli alunni, tali da invalidare un legittimo affidamento sull'assenza di un rischio concreto e attuale per la loro vita.

La Corte, allora, ritiene difficile sostenere che semplicemente uscendo dall'aula il docente abbia compromesso la sicurezza del nipote del ricorrente, violando così gli obblighi positivi di tutela discendenti dall'articolo 2 della Convenzione.

Con riguardo alla seconda questione, in considerazione della dimostrata assenza di conoscenza, o anche solo di doverosa conoscibilità, dell'esistenza di un rischio reale e immediato per la vita dell'alunno (primo livello dell'*Osman test*), la Corte non giudica necessario valutare se le autorità avessero o meno adottato le misure che ragionevolmente ci si sarebbe potuti aspettare al fine di neutralizzare la concretizzazione del rischio esistente (secondo livello dell'*Osman test*).

Per tali ragioni, i Giudici di Strasburgo ritengono che non vi siano elementi probatori sufficienti per ravvisare una violazione dell'articolo 2 della Convenzione nel suo *volet* sostanziale.

3. Di grande interesse sono, poi, le osservazioni della Corte concernenti la potenziale violazione dell'articolo 2 nel suo *volet* procedurale.

I Giudici evidenziano che, considerate le circostanze del caso oggetto di scrutinio, un'efficace indagine penale fosse in linea di principio idonea a soddisfare gli standard qualitativi richiesti dall'articolo 2 della Convenzione. Per potersi considerare tale, un'indagine deve presentare i requisiti qualitativi di indipendenza, tempestività, ragionevole celerità, adeguatezza, completezza, obiettività e sufficiente coinvolgimento dei parenti più prossimi della vittima (cfr. *Ribcheva e altri c. Bulgaria*, nn. 37801/16 e altri, §139, 30 Marzo 2021).

Nel caso di specie, solo il 21 luglio 2010, un mese e mezzo dopo l'incidente scolastico e solo a seguito di specifica sollecitazione da parte del ricorrente, le autorità investigative hanno avviato un procedimento penale, tra l'altro unicamente orientato a valutare gli eventuali profili di responsabilità relativi alla colluttazione, senza mai vagliare la possibilità di muovere un rimprovero per le eventuali omissioni del personale scolastico. A giudizio della Corte, tale decisione ha ristretto significativamente la portata dell'indagine, indirizzandola verso il solo episodio delle percosse, senza esaminare adeguatamente l'intera catena di azioni ed omissioni che hanno portato alla morte del nipote del ricorrente, su tutte l'assenza sul luogo della colluttazione del personale docente incaricato.

I Giudici rilevano come sebbene nella decisione di chiudere il procedimento siano state affrontate sinteticamente le questioni relative alla potenziale responsabilità del personale scolastico, ciò è avvenuto in maniera superficiale ed incompleta e, difatti, la stessa Corte d'Appello censurò la scelta dell'autorità inquirente di deferire all'Ispettorato statale per l'istruzione l'esame delle questioni concernenti

le potenziali responsabilità del personale scolastico, in assenza di un'autonoma valutazione sull'operato dell'amministrazione scolastica.

L'indagine, ulteriormente, non ha mai affrontato la questione relativa all'assenza dell'assistenza medica nella scuola il giorno della colluttazione e la potenziale efficacia salvifica di un ipotetico intervento tempestivo, nonostante il Tribunale regionale avesse richiamato più volte l'attenzione delle autorità inquirenti sulla questione.

Di più, la Corte d'Appello ha accolto acriticamente l'argomento dell'accusa, dedotto nei motivi del ricorso avverso la decisione del Tribunale regionale di riaprire nuovamente il procedimento, secondo cui il medico scolastico era regolarmente assente il giorno della lite, senza alcun vaglio specifico sulla rilevanza di tale assenza rispetto alla maggiore esposizione a rischio delle condizioni di salute del nipote del ricorrente.

Considerate le gravi carenze investigative, la Corte ritiene che l'indagine sulla morte del nipote del ricorrente non abbia soddisfatto il requisito di completezza e, in generale, gli standard qualitativi richiesti dall'articolo 2 della Convenzione, realizzando, pertanto, una violazione dell'articolo 2 della Convenzione nel suo *volet* procedurale.

4. Infine, di sicuro interesse è l'opinione parzialmente dissenziente del Giudice Harutyunyan.

Oggetto di dissenso è anzitutto la scelta di applicare al caso in analisi il c.d. *Osman test* – in forza del quale, come si è visto, si è ritenuta superflua l'analisi sull'adeguatezza delle misure preventive adottate, considerata l'assenza di conoscenza o, anche solo, di ragionevole conoscibilità dell'esistenza di un rischio reale e immediato per la vita dell'alunno –, giudicato eccessivamente rigoroso in relazione alle peculiari circostanze di contesto, tenuto in debita considerazione il fondamentale obbligo delle autorità scolastiche di tutelare la salute e la sicurezza degli alunni e sotto il proprio controllo esclusivo (cfr. *İlbeyi Kemaloğlu e Meriye Kemaloğlu*, cit., § 35).

Altrettanto avversata è la scelta della maggioranza di concentrarsi principalmente sulla prevedibilità del rischio per la vita del nipote del ricorrente, relegando in una condizione di subalternità il vaglio della responsabilità di un istituto di istruzione di svolgere il suo dovere fondamentale di tutelare adeguatamente gli alunni mentre sono nella sfera del proprio controllo esclusivo. L'adempimento di tale dovere, per di più, richiede un livello di diligenza e attenzione ancora maggiore nel caso di alunni di così giovane età (cfr. *Ercankan c. Turchia*, n. 44512/12, § 51, 15 maggio 2018).

Secondo il Giudice dissenziente era legittimo aspettarsi che l'insegnante fosse presente in classe durante la colluttazione o che, quantomeno, prima di allontanarsi si fosse debitamente assicurata che gli stessi non risultassero esposti a rischi per più di pochi istanti.

In questa prospettiva, considerata la giovane età degli alunni, la semplice assenza del docente deve ritenersi un fattore in grado di per sé di esporre gli stessi a un

rischio reale e immediato per la propria vita e per la propria sicurezza, in ragione dell'imprevedibilità dei comportamenti di soggetti non ancora sufficientemente maturi: se la morte in un contesto siffatto può di norma ritenersi un evento imprevedibile, non altrettanto può dirsi per una rissa o un incidente.

Con riguardo all'ulteriore questione concernente l'assenza di personale medico il giorno della colluttazione si evidenzia che il diritto interno rilevante pare comunque imporre all'autorità scolastica un obbligo – manifestamente disatteso nel caso di specie – di garantire l'assistenza medica al fine di tutelare la salute degli alunni.

In definitiva, la *dissenting opinion* in commento rileva che, in relazione alle specifiche circostanze di contesto e considerata la negligenza mostrata dal personale scolastico e l'inosservanza dell'obbligo di fornire la necessaria assistenza medica, l'obbligo di vigilanza sugli alunni affidati alle autorità scolastiche non sia stato adeguatamente adempiuto, con conseguente violazione dell'articolo 2 della Convenzione anche nel suo *substantive limb*.

MARIO ARBOTTI

* * *

Art. 3 Cedu

Corte europea dei diritti dell'uomo, Terza Sezione, 14 dicembre 2021, *Tunikova e altri c. Russia* (ricc. nn. 55974/16, 53118/17, 27484/18 e 28011/19)

<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-213869>

1. Nella pronuncia in esame la Corte europea dei diritti dell'uomo si confronta con il tema della violenza domestica, aggiungendo un importante tassello alla sua giurisprudenza in materia. La pronuncia si delinea infatti come una sentenza pilota *ex art. 46 Cedu*, in cui vengono indicate modalità di intervento che dovranno essere seguite dallo Stato russo per risolvere gli inadempimenti strutturali in materia di tutela delle donne dalla violenza domestica. La Corte, come si avrà modo di vedere, sceglie di qualificare i fatti di abuso domestico come rilevanti ai sensi dell'art. 3 Cedu (§§ 114 ss.), in linea con una tendenza ravvisabile in altri precedenti di Strasburgo, tra cui la storica pronuncia *Volodina c. Russia* (Corte Edu, sez. II, ric. n. 41261/17, 9 luglio 2019). Ad avviso dei giudici sovranazionali, inoltre, posto che la violenza contro le donne – comprensiva anche della violenza domestica – costituisce una forma di discriminazione contro le donne in ragione del loro sesso, si ritiene integrata anche una violazione del divieto di discriminazione di cui all'art. 14 Cedu (§§ 127 ss.).

Al di là delle vicende concrete delle quattro ricorrenti, che saranno brevemente sintetizzate, l'attenzione sarà focalizzata principalmente su due aspetti della pro-

nuncia. In primo luogo, la scelta da parte dei giudici di Strasburgo di rilevare che le condotte subite dalle vittime superano il c.d. livello minimo di gravità che consente sussumerle all'interno dell'art. 3 della Convenzione; in secondo luogo, l'approccio della Corte Edu alla tematica della prevenzione e della lotta alla violenza domestica che, nel caso di specie, si traduce in una vera e propria elencazione delle aree e delle modalità di intervento al fine di risolvere le lacune che caratterizzano l'ordinamento giuridico russo.

2. Ripercorrere l'oggetto dei quattro ricorsi posti all'attenzione della Corte Edu è un'operazione "preliminare" necessaria al fine di approfondire questi due punti e, al contempo, allo scopo di iniziare a confrontarsi con il (lacunoso) quadro legislativo russo in materia di violenza domestica. Quanto alle ricorrenti, si tratta di quattro vittime di episodi di violenza domestica, in cui gli autori sono i partner o *ex* mariti; una serie di vicende che, nella specie, sono sfociate in episodi di aggressione alla vita (così per quanto riguarda la prima ricorrente, la sig.ra Tunikova, che ha rischiato di essere spinta dal partner giù dal balcone del loro appartamento, sito al quindicesimo piano), di violenze reiterate nel tempo (nei casi della sig.ra Gershman e della sig.ra Petrakova) e di gravi mutilazioni permanenti (è con tale atto che si conclude la vicenda della quarta ricorrente, la sig.ra Gracheva, alla quale, l'*ex* marito ha mozzato entrambe le mani con un'ascia, cagionandole la perdita della mano destra ed un'invalidità permanente a quella sinistra, § 49).

Ciascuna delle ricorrenti ha evidenziato nel proprio ricorso dinnanzi a Strasburgo l'assenza di tutela da parte delle autorità russe per coloro che si trovano a vivere in una condizione di violenza o abuso domestico, da combinarsi ai *deficit* che caratterizzano la fase investigativa, concernenti le condotte persecutorie e gli atti di violenza fisica o psichica subiti, che discendono direttamente dall'assenza di una legislazione adeguata in materia.

Nel dettaglio, per quanto riguarda la prima ricorrente, la sig.ra Tunikova, il quadro che si delinea dalla ricostruzione dei fatti è quello di un rapporto di convivenza con il partner caratterizzato da un crescendo di episodi nei quali il compagno ha minacciato di morte la donna. L'"evento finale", nell'ambito di questo contesto di reiterati episodi di violenza domestica, ha luogo a seguito della decisione della donna di denunciare le vessazioni, ed è il tentativo di ucciderla spingendola giù dal balcone dell'appartamento in cui convivevano, interrottosi non per un cambiamento nella volontà del compagno ma a causa della reazione difensiva della Tunikova, la quale, trovandosi in cucina, era riuscita ad afferrare un coltello con cui aveva ferito il compagno che la stava aggredendo (§§ 5 e 6).

Con riferimento alla storia della sig.ra Gershman si è di fronte ad un caso in cui emerge chiaramente non solo la difficoltà di intervenire a protezione delle vittime di abusi e di violenza domestica, ma anche la reticenza delle autorità nel qualificare gli episodi denunciati dalle protagoniste come crimini dotati di una certa rilevanza, attestata dalla tendenza a considerare i singoli episodi come "entità autonome" e non come tasselli di un contesto di violenza dentro le mura domestiche. Le de-

nunce della ricorrente, infatti, hanno inizio nel 2015, anno in cui la donna, riporta grossi lividi sulle spalle e sulle costole (§ 15), provanti la veridicità del contenuto del suo racconto alle autorità, in cui riferiva di essere stata presa a calci e pugni dal marito. I fatti vengono tuttavia qualificati come “mere percosse” (ai sensi dell’allora vigente art. 116 c.p. russo¹). Nel corso dell’anno successivo episodi di aggressione analoghi al primo continuano a verificarsi, ma non muta la loro interpretazione da parte delle autorità, le quali continuano a definire i fatti “di scarsa gravità”, nonostante a seguito di uno degli episodi sia derivata per la donna un’inabilità al lavoro della durata di sette giorni (§ 16).

Analogamente per la terza ricorrente, la sig.ra Petrakova, si assiste alla tendenza a definire gli episodi denunciati dalla donna come «ordinari conflitti domestici» (§ 31) e a ritenerli come integranti esclusivamente la fattispecie di “repeat battery” (ex art. 116, comma 1, del codice penale russo, una sorta di “percosse reiterate”). Infine, anche per la sig.ra Gracheva, la cui vicenda si conclude con la mutilazione, premeditata, di entrambe le mani da parte dell’ex marito, si apprende che nonostante fosse evidente che la donna viveva una situazione di persecuzione fisica e verbale da parte dell’uomo iniziata dall’ottobre 2017, ossia dal momento in cui ella aveva deciso chiedere il divorzio (§ 46 ss.), le uniche misure protettive disposte per la tutela della ricorrente, dopo l’avvenuta minaccia di morte da parte del marito², erano consistite nel “consiglio” di limitare le proprie comunicazioni con lo stesso (§ 50) seguite dal rilievo che le condotte dell’uomo altro non erano se non “manifestazioni d’amore”. Si osserva che sarà circa un mese dopo la summenzionata minaccia di morte che avverrà la pianificazione e la realizzazione della mutilazione delle mani della donna.

3. La Corte, una volta giudicato ammissibile il ricorso ai sensi dell’art. 35 (§ 70), si sofferma innanzitutto nel valutare se le forme di violenza, fisica e psicologica, subite dalle ricorrenti possano superare il livello minimo di gravità necessario per qualificare i maltrattamenti come rilevanti ai sensi dell’art. 3 Cedu. Concludendo la valutazione positivamente, i giudici di Strasburgo colgono l’occasione per ribadire che la valutazione del superamento del *minimum level of severity* deve essere effettuata in concreto, tenendo conto non solo del contesto, della natura, della durata e degli effetti (fisici e psichici) dei maltrattamenti, ma anche considerando altri fattori, quali il sesso della persona offesa e il suo rapporto con l’autore della condotta lesiva (§ 73). Inoltre, richiamando la pronuncia della Grande Camera *Bouyid c. Belgio* (ric. n. 23380/09, 28 settembre 2015, §§ 86-87), si ribadisce che, anche

¹ Il reato di “battery” (art. 116 c.p. russo) è stato parzialmente depenalizzato il 3 luglio 2016, per poi vedere ulteriormente ridotta la sua portata a partire dal 2017; ad oggi, infatti, le ipotesi non rientranti nella fattispecie di “aggravated battery” o di “repeat battery” sono rilevanti solamente come illecito amministrativo (*administrative offence*), cfr. §§ 56 ss.

² L’uomo, infatti, nel novembre del 2017 aveva costretto la donna a salire nella sua autovettura, la aveva condotta in un luogo isolato (in un bosco) e la aveva minacciata asserendo che, se non avesse confessato il suo tradimento, l’avrebbe uccisa e avrebbe sciolto il suo corpo nell’acido.

al di fuori delle anzidette coordinate, un trattamento può dirsi quantomeno inumano se ha cagionato nella vittima una sensazione di svilimento in grado di ledere la sua dignità al punto di inibire la sua capacità (fisica e morale) di reagire resistendo allo stesso. Ad avviso dei giudici di Strasburgo, non ci sono pertanto dubbi sul fatto che tutti e quattro i casi gli episodi di violenza, ampiamente documentati sia a livello medico-clinico (dai referti) sia dal contenuto dei rapporti di polizia, superino la soglia minima di rilevanza richiesta dalla disposizione convenzionale (§ 74).

Inoltre, prosegue la Corte, senza guardare al lato “fisico” dei maltrattamenti inferti alle vittime, la violazione sostanziale dell’art. 3 Cedu risulterebbe integrata anche solo con riferimento al danno psicologico subito dalle ricorrenti. Nella pronuncia si evidenzia espressamente, infatti, che lo «*psychological impact*» costituisce «*an important aspect of domestic violence*» (cfr. la pronuncia *Valiulienė c. Lituania*, Corte Edu, II sez., ric. n. 33234/07, 26 marzo 2013, § 69 e la già più volte citata *Volodina c. Russia*, cit., §§ 74-75). Le ripetute minacce e persecuzioni perpetrate dai partner e dagli *ex* mariti delle ricorrenti, infatti, le hanno poste nella condizione di temere che la violenza a loro danno potesse continuare a ripetersi per un lungo periodo di tempo, come risulta dimostrato dagli svariati tentativi delle donne di allontanarsi dai compagni e di rivolgersi alle autorità competenti continue richieste di aiuto. Il silenzio e l’inattività nella risposta da parte delle forze statali, dal canto loro, hanno contribuito a peggiorare la condizione di *stress* psicologico e di disagio emotivo delle donne, aumentandone il livello di paura per la propria incolumità (§ 76).

Ed è a questo punto che i giudici di Strasburgo, richiamando il precedente *Ćwik c. Polonia* (Corte Edu, I sez., ric. n. 31454/10, 5 novembre 2020, §§ 82-84), ritengono che, differentemente da quanto richiesto dalle ricorrenti, poiché la soglia minima di gravità dell’art. 3 è stata superata non è necessario spingersi oltre e valutare se si tratti o meno di veri e propri casi di tortura (§ 77).

Si tratta, peraltro, della linea già seguita dai giudici sovranazionali nel già menzionato caso *Volodina c. Russia*³; a tal proposito, risultano particolarmente interessanti le considerazioni espresse dal giudice Pinto De Albuquerque nella *separate opinion* scritta in occasione della menzionata sentenza, in cui si trova un’argomentazione a favore della necessità di qualificare eventi dalla portata analoga a taluni di quelli oggetto della presente decisione quali vere e proprie forme di tortura. Si legge, infatti, al § 6 dell’opinione dell’autorevole giudice che stando alle storiche coordinate del *leading case* *Irlanda c. Regno Unito* (ric. n. 5310/1971, 13 dicembre 1977, § 167) la tortura può definirsi come «*a deliberate inhuman treatment causing very serious and cruel suffering*»; laddove tali elementi sussistano ed emerge quindi chiaramente l’intenzionalità della condotta

³ Corte Edu, sez. II, *Volodina c. Russia*, ric. n. 41261/17, 9 luglio 2019, in questa pronuncia, anticipando di fatto il contenuto di sentenza pilota in commento, la Corte di Strasburgo aveva evidenziato che la violenza domestica costituiva un problema “strutturale” per la Russia.

degli autori, dunque, la qualificazione di un maltrattamento come “tortura” è imprescindibile e lo diventa ancora di più quando ci si muove nel contesto della violenza domestica. Ad avviso del giudice sovranazionale, infatti, la distinzione tra tortura e trattamento inumano è cruciale nel contesto della *domestic violence* (§ 9 della *separate opinion*), poiché uno Stato viene condannato per la sua incapacità di tutelare le proprie donne da atti di tortura. Qualificando i fatti come “tortura”, infatti, il dovere dello Stato parte di attuare pienamente la proibizione di cui all’art. 3 Cedu, in particolare di adempiere ai c.d. obblighi positivi di attuazione della disposizione, diventa ancor più stringente e, al contempo, si troverà a doversi riferire ad uno *standard* più elevato quando dovrà definire l’ammontare del risarcimento dei danni spettante alle vittime⁴.

4. Il riferimento ai c.d. obblighi positivi che discendono dall’art. 3 Cedu a cui si riferisce Pinto De Albuquerque, consente di focalizzarci su quello che si è definito come il secondo punto di analisi della decisione in esame. La Corte Edu, infatti, come si anticipava, non si limita a qualificare i maltrattamenti subiti dalle ricorrenti come integranti una violazione dell’art. 3, ma ritiene che la norma è stata violata anche dal punto di vista del mancato rispetto da parte dello Stato convenuto degli obblighi positivi di attuazione della predetta disposizione, rilevando che per adempiere a tutti gli obblighi convenzionali è necessario che si garantisca una risposta globale e mirata, tanto a livello legislativo, quanto sul piano delle politiche pubbliche, dei programmi, dei quadri istituzionali e dei meccanismi di monitoraggio (§ 153).

Nell’ordine, i giudici di Strasburgo individuano tre macro-categorie di obblighi positivi concernenti il divieto di cui all’art. 3 Cedu nell’ambito del particolare contesto della violenza domestica: (a) la predisposizione di un adeguato *legal framework* (quadro normativo); (b) l’obbligo di rispondere tempestivamente alle denunce di violenza domestica e di porre in essere tutte le misure necessarie a tutelare le vittime dal rischio di maltrattamenti futuri (*obligation to prevent the known risk of ill-treatment*); (c) l’obbligo di procedere ad un’attività investigativa effettiva (*obligation to carry out an effective investigation*). Se i primi due obblighi (lett. a e b) possono essere definiti “*substantive*” *obligations*, il terzo (lett. c) è quello che si definisce un obbligo procedurale (“*procedural*” *obligation*); è proprio su questi tre piani di intervento che la decisione assume la veste di sentenza pilota, laddove vengono espressamente indicate aree e modalità dell’intervento che lo Stato dovrà operare (§§ 148 ss.).

⁴ Per completezza, si osserva che l’Autore rilevava come una criticità della pronuncia il fatto che nella sentenza *Volodina c. Russia* la Corte non avesse optato per redigere una sentenza pilota ex art. 46, avvalendosi, dunque dei poteri ingiuntivi che da tale forma decisionale derivano, atteso che si era già arrivati a rilevare un problema strutturale nell’ordinamento giuridico russo (cfr. §§ 13 ss. della *separate opinion*).

4.1. Per quanto riguarda la necessità per lo Stato di disporre un adeguato *legal framework* (a), sia a livello sostanziale che processuale, la Corte statuisce che incombe sugli Stati parti l'obbligo di intervenire sul piano del diritto penale al fine di criminalizzare adeguatamente gli atti di violenza che avvengono nell'ambito del contesto domestico e familiare, di talché l'assetto sanzionatorio risulti essere dotato di effettività, proporzionalità e di una adeguata portata dissuasiva, nell'ottica di far sì che gli autori vengano assicurati alla giustizia e che si ottenga un reale effetto deterrente nei loro confronti (§ 86 e 154).

Attraverso l'analisi comparata i giudici di Strasburgo osservano che le soluzioni possibili sul piano del diritto sostanziale possono essere diverse: si può infatti optare per criminalizzare introducendo una fattispecie *ad hoc* per la violenza domestica oppure decidere di prevederla come circostanza aggravante di altri crimini. Con riferimento al quadro legislativo russo la Corte Edu si rifà alle conclusioni espresse nella pronuncia *Volodina c. Russia*, cit., §§ 80-85 osservando che, nonostante siano trascorsi due anni dalla menzionata sentenza, non sono state adottate riforme significative in materia. Come si anticipava manca ancora una definizione giuridica del concetto di "violenza domestica" che sia comprensiva da un lato anche dei casi in cui le vittime siano soggetti che non hanno un legame di sangue con l'autore o non siano al momento dei fatti sposate con lo stesso (§ 148 e 154)⁵; e dall'altro, che sia in grado di coprire atti di violenza in varie forme, comprese la violenza fisica, sessuale, psicologica o economica, manifestazioni di controllo e comportamento coercitivo, *stalking* e molestie, che avvengano fisicamente o nel *cyberspazio* (§ 153). La lacunosità sul piano del diritto criminale riguarda infatti anche il fatto che le condotte che non si traducono in lesioni fisiche o che siano connesse alla causazione di un *physical pain* (come, ad esempio, lo *stalking* o la violenza verbale, economica o psicologica) sono, allo stato attuale, a monte non rilevanti in quanto considerate non atte ad integrare una violazione dell'integrità fisica e psichica della vittima (cfr. § 89).

Dal punto di vista processuale, la Corte osserva che è necessario che a fronte di una denuncia di un caso di violenza domestica le autorità devono essere poste nella condizione di avviare un procedimento d'ufficio (§ 155) a dispetto di quanto avviene nella regolarità dei casi (§ 90), in cui non solo l'iniziativa di agire o meno esclusivamente affidata alla vittima stessa ma su di essa, peraltro, incombono stringenti oneri probatori che se si sommano alla lentezza dei procedimenti e alla scarsa probabilità di giungere alla condanna degli autori, di fatto si traducono in un rilevante disincentivo a denunciare.

⁵ La Corte ribadisce espressamente che: «*The protection from domestic violence must include all current and former members of a family or domestic unit and current and former spouses and partners, whether living under the same roof or separated. Domestic violence affects married couples as much as people who have not formalised their relationship [...] It does not end with the dissolution of a marriage*», § 154.

Un altro *deficit* rilevato dalla Corte risiede nel fatto che, essendo le vicende di violenza domestica oggetto di diversi regimi (come si è visto il reato di “*battery*” è stato parzialmente reso un illecito amministrativo) e di competenza di diverse autorità (penali e amministrative, appunto), si richiede che vi sia un reale coordinamento tra le autorità che spesso manca: ciò impedisce, inoltre, di avere quell’approccio globale che si è detto essere necessario sia sul piano della prevenzione, quanto su quello della repressione del fenomeno (§ 94).

Con riguardo, infine, alle misure di protezione per le vittime, si osserva come da una parte se il fatto assume mera rilevanza amministrativa, queste non possano essere disposte e dall’altra come anche il quadro di quelle che possono prendere avvio se il fatto rileva penalmente risulta essere fortemente lacunoso (§ 98), anche perché le misure restrittive presenti non possono essere applicate nella fase di *pre-investigation inquiry* (prima dell’istruzione di un procedimento penale), dunque sono incapaci di intervenire in via d’urgenza, come, invece, sarebbe necessario. Pertanto, citando la Corte: «*Unable to access immediate and effective protection, victims are often forced to live under constant threat of escalating violence, as in the present case*» (§ 99). A tal proposito i giudici di Strasburgo ritengono che sia necessario intervenire *without further delay* per modificare la legislazione in materia introducendo misure di protezione a carattere extragiudiziale e giudiziale, le quali possono individuarsi attraverso uno sguardo comparato con gli ordinamenti che le prevedono e consistono nei cc.dd. “ordini restrittivi”, “ordini di protezione” o “ordini di sicurezza” e sono volte a proteggere la vittima disponendo (attraverso diverse modalità) l’allontanamento dell’autore dalla stessa (§ 157, in cui peraltro si rinvia ai modelli individuati dal Comitato CEDAW).

4.2. Con riferimento alla *obligation to prevent the known risk of ill-treatment* (b), le storie delle quattro ricorrenti, fanno emergere come manchi di fatto una preparazione specifica e una qualificazione da parte degli agenti chiamati a rispondere alle denunce in tema di violenza domestica, sia nell’approccio diretto con la vittima che dal punto di vista dell’analisi del rischio delle singole situazioni, al fine di prevenire il verificarsi di nuovi episodi, attraverso l’adozione di misure preventive e protettive adeguate e proporzionate alla vicenda.

Sul come le autorità possano adempiere a tale obbligo i giudici di Strasburgo rilevano che in primo luogo esse hanno il dovere di rispondere “immediatamente” ad una denuncia di violenza e di trattarla con particolare diligenza (§ 156), poiché la conseguenza di un ritardo o di un atteggiamento passivo porta con sé quella di togliere utilità alla denuncia, creando il substrato per una situazione di impunità per l’autore delle vessazioni. È qui che rileva la valutazione della “*immediacy*” del rischio, che deve essere effettuata alla luce di vari parametri, tra cui il ripetersi degli episodi nel tempo, l’aumento della loro frequenza e l’aggravarsi del pericolo della vittima (§ 104). Per essere tale, il *risk assesment* deve essere «“*autonomous*”, “*pro-active*” and “*comprehensive*”» (§ 104 e 156), per cui è necessario che si consideri la possibilità di avvalersi anche di standard di valutazione del rischio (*standardised*

risk assesment tools), andando al di là di quella che è la soggettiva percezione della vittima dello stesso, e di *checklists* e documentazioni in materia, sì da individuare i *risk factors* da riferirsi al caso. I dati raccolti dovrebbero essere comunicati tanto alla vittima quanto alle persone che regolarmente frequenta ed essere utilizzati per fornirle adeguate informazioni sulle misure di protezioni legali e operative che potrebbe adire.

4.3. Quanto all'*obligation to carry out an effective investigation* (c), rilevato che perché un'indagine sia efficace ai sensi dell'art. 3 Cedu è necessario che questa sia "*prompt*" (tempestiva) e "*thorough*" (completa) e che sia condotta in modo imparziale, si osserva che nei casi di violenza domestica si richiede una particolare diligenza e una *gender-sensitive manner*, al fine di evitare che le vittime siano nuovamente traumatizzate (ad esempio perché viene chiesto loro di ripetere, senza che sia necessario, la propria testimonianza oppure di avere un confronto con l'autore delle violenze), §§ 114 e 155. Dinnanzi a denunce corroborate da referti medici o da rapporti di terze parti, quindi, scatta automaticamente l'onere per le autorità di operare un'attività di indagine che presenti i suddetti caratteri (§ 115 e 155 della presente decisione, con rinvio al § 93 della sentenza *Volodina c. Russia*, cit.). In aggiunta, si ritiene necessario che anche gli agenti di polizia, che ricevono le denunce, abbiano ricevuto un'adeguata formazione operativa sul come trattare e condurre le indagini, che consenta loro di valutare anche se, nel caso di ritiro della denuncia, sia comunque il caso di procedere d'ufficio (in considerazione della gravità dei singoli casi concreti).

5. La decisione si conclude con il riconoscimento di una violazione dell'art. 14 in combinato disposto con l'art. 3 Cedu, in relazione alla quale la Corte rinvia anche all'ultimo monitoraggio concernente l'effettiva esecuzione del piano d'azione "*Co-operation on the implementation of the Russian Federation National Action Strategy for Women (2017-2022)*" riportato al § 66 della pronuncia, che evidenzia come non si sia ad oggi concretamente operata una svolta né nella raccolta dei dati sulle vittime e sugli autori né in relazione ai casi di violenza domestica e di genere e al loro sviluppo giudiziario. Si è dunque dinnanzi ad un quadro che presenta numerose lacune e che fa concludere che non si sia operato efficacemente al fine di cambiare quella che è la percezione pubblica del tema della violenza di genere contro le donne neanche sul piano dell'introduzione di percorsi formativi per gli agenti che operano in contatto con le vittime (giudici, agenti di polizia, pubblici ministeri, operatori sanitari, assistenti sociali e altri funzionari) e mediante una adeguata informazione diretta alle persone offese in materia di rimedi esperibili, § 158.

MATILDE BOTTO E GIAN MARCO CALETTI

Art. 6 Cedu

1) Corte europea dei diritti dell'uomo, Seconda Sezione, 18 gennaio 2022, *Faysal Pamuk c. Turchia* (ric. n. 430/13)

<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-215162>

Nell'ultima metà degli anni '90, quattro persone appartenenti al gruppo armato del PKK dichiaravano alla polizia di aver conosciuto un "guerriero" di nome Avareş, a loro dire coinvolto in una serie di sanguinosi attacchi ai posti di blocco dell'esercito turco.

Nel 2003, il Tribunale di Magritz ordinava la detenzione di undici persone, tra cui il ricorrente. Egli, un mese dopo, si consegnava volontariamente alla polizia e iniziava a collaborare alle indagini, confessando di essere stato membro del PKK dal 1994 al 2005; rivelava il suo nome in codice – Avareş-Tekoşin – e descriveva nel dettaglio le sue attività e i suoi spostamenti. Negava però d'esser stato coinvolto negli episodi già noti alla polizia e legati all'Avareş menzionato dagli altri membri dell'organizzazione terroristica; faceva inoltre notare che il nome in codice "Avareş" non era raro: almeno altri due o tre combattenti l'avrebbero portato.

Nel 2010, la Corte d'assise di Malatya veniva chiamata a pronunciarsi sulla responsabilità del ricorrente rispetto a tre attentati avvenuti tra il 1995 e il 1997. La difesa, a processo, continuava a sostenere l'estraneità del ricorrente rispetto a quegli specifici episodi e chiedeva che la Corte convocasse i testimoni per raccogliere le loro dichiarazioni; domandava inoltre che fosse disposto un confronto tra l'imputato e i testimoni.

La Corte si limitava a ordinare l'audizione dei testimoni presso il tribunale del loro luogo di residenza. Tre di loro risultavano detenuti in diversi istituti di pena: i giudici dei rispettivi luoghi procedevano ad ascoltarli senza che fosse presente né l'imputato, né il suo difensore – pur regolarmente avvisato. Nessuno di loro ricordava il nome in codice Avareş-Tekoşin, né riuscivano a identificare fotograficamente l'imputato. Tutti confermavano inoltre che "Avareş" fosse uno pseudonimo diffuso. Dopo ripetute ricerche vane, la Corte rinunciava all'ascolto di un ultimo testimone, irreperibile; le dichiarazioni che aveva reso negli anni '90 venivano quindi acquisite.

Nel novembre del 2010, la Corte d'assise condannava l'imputato all'ergastolo, riconoscendolo responsabile di tutti gli episodi contestati: la Corte turca valorizzava soprattutto le dichiarazioni rese negli anni '90, specie per la compatibilità della descrizione fisica resa durante le indagini con le sembianze dell'imputato.

Una volta esauriti i rimedi interni, Faysal Pamuk ha presentato ricorso alla Corte e.d.u. lamentando la violazione del suo diritto a esaminare direttamente i testimoni d'accusa.

Prima di scendere nel merito, la Corte di Strasburgo ha riepilogato i propri precedenti, ricordando che il principio che regola l'applicazione dell'art. 6 Conv. e.d.u. è la globale equità del processo. Per quanto riguarda l'esame dei testimoni,

la Corte e.d.u. ha descritto innanzitutto la soluzione “fisiologica”: normalmente, prima che possa essere pronunciata una sentenza di condanna, tutte le prove dovrebbero essere prodotte in pubblica udienza, alla presenza dell’accusato, così che egli abbia l’opportunità di interrogare i testimoni e contrastare la loro versione. La Corte ha ricordato che sono possibili eccezioni: non ogni deviazione da questo standard comporta ineluttabilmente una violazione dell’art. 6 Conv. e.d.u., purché siano rispettati i criteri stabiliti nelle note decisioni *Al-Khawaja e Tahery* c. Regno Unito e *Schatachaschwili* c. Germania. In particolare, occorre chiedersi: a) se l’assenza dei testimoni fosse giustificata; b) se le dichiarazioni rese fuori dal processo fossero prove decisive per la condanna; c) se siano stati adottati contrappesi sufficienti a compensare lo svantaggio subito dalla difesa, così da rendere globalmente equo il processo nonostante lo strappo alla regola.

Nell’applicare tali principi al caso concreto, la Corte e.d.u. ha subito affermato che la residenza dell’individuo in un’altra città, di per sé, non giustifica la sua assenza a processo; anziché disporre l’audizione dei tre detenuti in sedi diverse, il giudice interno avrebbe dovuto disporre la traduzione in udienza, così che potessero partecipare di persona e potessero essere ascoltati di fronte all’imputato e al difensore. Le ricerche svolte dalle autorità per rintracciare il quarto testimone, inoltre, sono apparse insufficienti. L’assenza delle quattro fonti di prova, insomma, non è parsa giustificata.

Le dichiarazioni, inoltre, sono sembrate decisive per l’attribuzione degli specifici episodi per cui il ricorrente era stato condannato.

La Corte e.d.u. ha quindi affrontato il tema dei fattori compensativi, che devono essere proporzionali al peso specifico dell’elemento mal acquisito: tanto più importante è la prova, quanto più occorrerà bilanciare la compressione del diritto alla difesa con precauzioni quali la cautela nella valutazione del frammento; la presenza di riscontri; le misure processuali prese per rimediare alla mancata cross-examination. Sul punto, il governo turco ha affermato che il giudice interno aveva sempre invitato il difensore dell’imputato all’esame dei testimoni “fuori sede”.

La Corte e.d.u. ha ritenuto insufficiente questa sola attenzione: in primo luogo, l’avvocato sarebbe stato costretto a vagare di tribunale in tribunale per controesaminare testimoni a causa di una scelta ingiustificata della Corte d’assise precedente; il peso addossato al difensore sarebbe stato eccessivo. La partecipazione sarebbe stata comunque preclusa all’imputato, cioè al soggetto con cui era stato richiesto un confronto e che i testimoni avrebbero dovuto identificare come “Avareş”. Il sacrificio del principio d’immediatezza ha avuto impatto pure sulla valutazione: il giudice che ha personalmente ascoltato i testimoni era diverso da quello che si è trovato a dover “pesare” le dichiarazioni rese durante le indagini contro quelle rese in udienza. La valutazione della loro credibilità non poteva che uscirne depotenziata, senza una valida giustificazione.

La Corte e.d.u. ha quindi dichiarato la violazione dell’art. 6 § 1 e 6 § 3 *d* della Convenzione.

2) Corte europea dei diritti dell'uomo, Terza Sezione, 18 gennaio 2022, *Atristain Gorosabel c. Spagna* (ric. n. 15508/15)

<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-215166>

In questa decisione, la Corte e.d.u. torna ad affrontare il tema delle restrizioni al diritto di scegliere un difensore di fiducia e al diritto di conferirvi privatamente.

Nell'ambito di un'indagine sull'organizzazione terroristica ETA, gl'investigatori chiedevano al giudice istruttore di autorizzare otto perquisizioni finalizzate alla localizzazione e al recupero di esplosivi; chiedevano inoltre di disporre una misura cautelare di estremo rigore nei confronti del ricorrente, sospettato di aver organizzato e gestito le armi.

Il giudice autorizzava le perquisizioni e disponeva la custodia cautelare "in isolamento" di Gorosabel: stando a questa particolare forma d'esecuzione della cautela, all'indagato era impedito ogni contatto, anche con il proprio avvocato; gli era inoltre preclusa la scelta di un difensore di fiducia: gliene sarebbe stato assegnato uno d'ufficio all'occorrenza, per lo svolgimento di determinati atti, ma senza garantirgli il diritto a conferire in privato. Tale precauzione, ad avviso del giudice, era giustificata dalla gravità delle accuse: l'eventuale fuga di notizie avrebbe vanificato un'operazione di particolare importanza.

Mentre gli agenti sequestravano i dispositivi informatici dell'indagato, egli veniva sottoposto a interrogatorio: gli veniva spiegato che aveva diritto a non deporre contro sé stesso e che aveva diritto a rimanere in silenzio; il difensore d'ufficio era presente, ma non aveva avuto modo di parlare con l'assistito in privato, prima che si compisse l'atto. Nel rispondere alle domande della polizia, l'accusato ammetteva d'essere parte di una cellula dell'ETA, riferiva dettagli di alcune operazioni cui aveva partecipato e rivelava alle forze dell'ordine l'esatta posizione di un magazzino d'esplosivi da lui utilizzato.

Dopo l'interrogatorio, l'avvocato nominato d'ufficio provava più volte a mettersi in contatto con l'assistito, ma i tentativi restavano infruttuosi: la Guardia civile rispondeva che l'interazione con l'indagato era inibita dalla legge, dato il suo particolare stato di custodia.

Qualche giorno dopo, la polizia interrogava nuovamente il detenuto, sospettando che non avesse detto tutto. Ancora una volta, Gorosabel era messo a conoscenza dei suoi diritti; il difensore era presente e si opponeva fermamente al nuovo interrogatorio, suggerendo anche all'indagato di non rispondere. Gorosabel, tuttavia, rispondeva alle domande, individuando altri depositi d'esplosivi e altro materiale utilizzato dall'organizzazione terroristica.

Una volta esauriti i rimedi interni contro la condanna a 17 anni per associazione a delinquere e possesso d'esplosivi, Gorosabel ha proposto ricorso alla Corte e.d.u., lamentando la violazione del diritto a essere assistito da un legale di sua fiducia garantito dall'art. 6 § 3 l. c Conv. e.d.u.

La Corte di Strasburgo ha individuato gli snodi critici, offrendo per ciascuno una sintesi dei precedenti rilevanti. Innanzitutto, ha ribadito che l'art. 6 Conv.

e.d.u. è pienamente applicabile anche alla fase delle indagini preliminari, spiegando effetti a partire dal primo atto che rivela al sospettato l'ipotesi d'accusa o dal momento in cui la vita dell'indagato è sostanzialmente alterata da provvedimenti dell'autorità.

Tra le componenti fondamentali dell'equità del processo, ha proseguito la Corte, c'è senza dubbio il diritto a essere assistiti da un difensore sin dai primi atti del procedimento. Le autorità nazionali possono imporre restrizioni, purché queste ultime rispondano a esigenze particolarmente stringenti e purché non pregiudichino la globale equità del processo. La Convenzione, inoltre, non declina il diritto di difesa tecnica come possibilità di essere rappresentati da un avvocato qualunque; lo stesso tenore letterale dell'art. 6 § 3 l. c Conv. e.d.u. garantisce all'imputato il diritto a scegliersi il difensore: è essenziale che tra chi è soggetto al procedimento e chi lo rappresenta esista una relazione di piena fiducia. Anche tale diritto, però, non è assoluto: può conoscere limitazioni qualora sussistano motivi rilevanti e sufficienti a far ritenere che la soppressione della preferenza dell'imputato sia nell'interesse della giustizia.

In linea di principio, quindi, forzare il soggetto ad avvalersi dell'opera di un difensore d'ufficio non è automaticamente contrario ai principi della Convenzione, ma, ha precisato la Corte e.d.u., non basta che le autorità mettano un professionista a disposizione dell'imputato: occorre soddisfare alcuni requisiti minimi, senza i quali la difesa tecnica sarebbe un elemento del tutto astratto, privo di concrete conseguenze sullo sviluppo della vicenda. In particolare, è necessario che l'avvocato e l'assistito possano conferire in privato, affinché possano mettere a punto una strategia riferita all'atto che stanno per affrontare. La Corte e.d.u. ha anche ricordato alcuni dei casi più spinosi che s'è trovata ad affrontare: in *Erdem c. Germania* e *Khodorkowsky e Lebedev c. Russia*, per esempio, essa ha avallato alcune restrizioni in materia di terrorismo e criminalità organizzata, ma ciò non toglie che le deroghe possano essere disposte solo rispetto a situazioni di fatto del tutto eccezionali e a condizione che siano prese precauzioni adeguate a impedire abusi.

Nell'applicare i principi così riassunti al caso concreto, i giudici di Strasburgo sono partiti dal primo nodo, esaminando le ragioni che hanno condotto il giudice spagnolo a imporre al ricorrente d'avvalersi di un difensore d'ufficio. La Corte, a questo proposito, ha osservato come la sola giustificazione offerta fosse il titolo di reato contestato: l'eliminazione del diritto di scegliere il proprio avvocato è stata affermata sulla base della sospetta affiliazione dell'indagato all'ETA; il provvedimento, però, non spiegava quali circostanze rendessero necessaria l'esclusione di un difensore di fiducia. La legge spagnola, senza dubbio, rendeva possibile la restrizione sulla sola base dell'accusa; il sistema convenzionale, invece, richiede motivi rilevanti e sufficienti a far ritenere che la compromissione del diritto di scegliere il proprio difensore sia nell'interesse della giustizia. In questo caso, tali motivi non sono emersi. L'esclusione dei colloqui riservati, inoltre, è parsa ancor più problematica: ancora una volta, il ragionamento del giudice spagnolo si era basato su un automatismo, senza che fossero valutate le peculiarità del caso.

L'assenza di colloqui riservati e l'imposizione del difensore d'ufficio, dunque, non sono apparsi giustificati; la Corte e.d.u. s'è quindi chiesta se tali mancanze fossero tali da compromettere l'equità del procedimento, globalmente considerato. A questo riguardo, si è evidenziato che la prima confessione, resa senza aver mai parlato riservatamente col difensore d'ufficio, ha avuto un impatto enorme sul resto del procedimento: essa ha permesso agl'inquirenti di trovare esplosivi, materiale informatico e altri indizi che hanno fortemente contribuito all'esito condannatorio. Le Corti nazionali, inoltre, non si sono mai occupate del profilo, né hanno cercato di bilanciare lo svantaggio subito dalla difesa in quella fase così cruciale del procedimento.

La mancanza di una valutazione individuale e la mancanza di fattori compensativi hanno così portato alla dichiarazione d'iniquità del processo e, quindi, alla condanna della Spagna per violazione dell'art. 6 § 1 e 6 § 3 l. c Conv. e.d.u.

3) Corte europea dei diritti dell'uomo, Terza Sezione, 18 gennaio 2022, *Nevzlin c. Russia* (ric. n. 26679/08)

<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-215133>

Il ricorrente era un dirigente dell'azienda Yukos, già coinvolta in vicende che ne avevano portato alla chiusura per evasione fiscale e alla condanna del responsabile della sicurezza – il signor Pichugin – per diversi omicidi, tentati omicidi e rapina aggravata.

All'affacciarsi di quei procedimenti, il ricorrente si trasferiva in Israele e acquisiva la cittadinanza di quello stato. Nel 2004, gli investigatori russi aprivano un'indagine nei suoi confronti, sospettandolo d'esser stato il mandante dei crimini del signor Pichugin. Tra il 2005 e il 2007, le autorità russe chiedevano l'extradizione del signor Nevzlin, che veniva rifiutata dallo stato d'Israele.

Il 17 dicembre 2007, il difensore di fiducia russo del ricorrente veniva invitato dagl'investigatori a studiare il fascicolo d'indagine in vista del processo; l'avvocato rispondeva però adducendo un legittimo impedimento e chiedendo di rimandare. Rispondeva allo stesso modo a un secondo invito, ricevuto il 20 dicembre. Gli inquirenti, a quel punto, nominavano difensore d'ufficio e lo invitavano a consultare le risultanze d'indagine, quasi 19.000 pagine divise in 84 faldoni: egli iniziava il lavoro senza mettersi in contatto né con l'assistito, né con il difensore di fiducia. A fine gennaio, egli dichiarava di aver preso confidenza con tutto il materiale e non avanzava alcuna richiesta istruttoria; le richieste d'accesso agli atti del difensore di fiducia venivano negate.

Contro Nevzlin veniva quindi formalizzata l'imputazione come concorrente in vari omicidi, tentati omicidi e una rapina aggravata. All'udienza preliminare, egli era regolarmente rappresentato dal difensore di fiducia, che chiedeva almeno tre mesi per poter studiare le carte; il giudice gli accordava quattordici giorni, notando che per due volte era stato convocato per la consultazione del fascicolo e per due

volte aveva declinato. L'avvocato, alla prima udienza, domandava un rinvio per consentirgli di ultimare lo studio del caso, ma la corte non lo disponeva: il processo andava dunque avanti e i testimoni, gli stessi sentiti al processo del signor Pichugin, si limitavano a confermare le dichiarazioni precedentemente rese, che individuavano l'imputato come il mandante di tutti i reati contestati. Una sola fonte di prova si discostava dal racconto e diceva di aver subito pressioni dalle autorità sia affinché nominasse Nevzlin durante le indagini, sia affinché confermasse le proprie dichiarazioni in sede dibattimentale.

Il ricorrente, incassata la condanna, si rivolgeva alla Corte e.d.u. lamentando l'ingiustizia del processo sotto molteplici profili; ci limiteremo qui alle doglianze valutate ammissibili, a partire dall'asserita violazione dell'art. 6 § 3 l. b Conv. e.d.u., che conferisce all'imputato il diritto di godere del tempo e delle facilitazioni necessarie alla preparazione della propria difesa.

La Corte e.d.u., nell'esaminare il caso, si è concentrata sia sulle fasi preliminari, sia sul dibattimento. In entrambe le sedi, hanno osservato i giudici di Strasburgo, il difensore di fiducia ha chiesto invano il tempo di studiare un fascicolo corposo, che era servito per istruire accuse particolarmente gravi. Né il giudice dell'udienza preliminare né quello del dibattimento, però, gli hanno dato ascolto, rimproverandogli le iniziali richieste di rinvio per legittimo impedimento. La Corte e.d.u. non ha ritenuto soddisfacente la spiegazione, sottolineando come l'assistenza del difensore d'ufficio si sia rivelata del tutto fittizia. I quattordici giorni concessi per l'esame degli atti, inoltre, non sono parsi sufficienti per preparare le attività immediatamente successive, come il controesame della vittima di rapina aggravata ascoltata nella seconda udienza. Per queste ragioni, la Corte e.d.u. ha riconosciuto l'iniquità del processo e condannato la Russia per violazione dell'art. 6 § 3 l. b Conv. e.d.u.

4) Corte europea dei diritti dell'uomo, Prima Sezione, 24 gennaio 2022, Sy c. Italia (ric. n. 11791/20)

<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-215359>

Il ricorrente, assolto perché incapace d'intendere e di volere al momento del fatto, era giudicato pericoloso per la comunità; gli veniva quindi applicata una misura di sicurezza da trascorrere in una delle apposite residenze (REMS) per la durata di sei mesi. Tuttavia, la struttura competente non aveva posti disponibili e a Sy veniva accordata la libertà vigilata. Meno di un mese dopo, egli veniva arrestato in flagrante per furto aggravato e resistenza a pubblico ufficiale. Condotta al carcere di Rebibbia, veniva esaminato dallo psichiatra: il medico confermava la permanenza dei disturbi della personalità che stavano alla base della prima valutazione di pericolosità e consigliava di collocare Sy in isolamento e di sottoporlo alle necessarie terapie farmacologiche. A seguito di un lieve miglioramento, il ricorrente veniva spostato in una cella ordinaria, evento cui seguiva il rifiuto delle cure.

La macchina processuale, intanto, era al lavoro: il giudice disponeva una perizia per valutare la capacità dell'imputato di partecipare al processo, nonché per

accertarne l'imputabilità. L'esperto confermava le precedenti diagnosi e affermava la sussistenza di un vizio parziale di mente al momento del fatto; riteneva però che l'imputato fosse in grado di partecipare al processo. Quest'ultimo veniva condannato a due mesi di reclusione; contro la sentenza, la difesa proponeva appello.

Insieme alla sentenza, veniva applicata la misura cautelare della custodia in un luogo di cura. Violati i termini della cautela, il soggetto veniva nuovamente condotto in carcere, dove tentava il suicidio. Lo psichiatra dell'istituto di pena constatava l'incompatibilità tra lo stato di detenzione e le condizioni di salute di Sy; il Tribunale ordinava quindi il trasferimento presso una struttura penitenziaria per pazienti psichiatrici – trasferimento che, però, non è mai avvenuto.

Intanto, la Corte d'appello rideterminava la pena e ordinava la liberazione dell'imputato, mentre il giudice d'esecuzione della prima misura di sicurezza revocava la libertà vigilata sostituendola con la permanenza presso una residenza per l'esecuzione delle misure di sicurezza. Entrambe le decisioni restavano ineseguite: Sy era trattenuto in carcere, in attesa che il DAP trovasse un posto libero in una struttura adeguata.

Contro tale stallo, il ricorrente s'è rivolto alla Corte e.d.u. sostenendo la violazione di diritti garantiti da più articoli della Convenzione: l'art. 3, l'art. 5 e, per quanto riguarda la mancata esecuzione dei provvedimenti, dell'art. 6 § 1 Conv. e.d.u. Ci limiteremo qui all'ultimo profilo.

La Corte e.d.u., richiamando la propria giurisprudenza in materia, ha affermato che l'esecuzione delle sentenze è parte integrante della nozione convenzionale di "giusto processo": il diritto d'accesso a un tribunale sarebbe del tutto illusorio se le decisioni del giudice restassero lettera morta. L'Italia è dunque stata condannata anche per la violazione dell'art. 6 § 1 Conv. e.d.u.

LAURA BARTOLI

* * *

Art. 8 Cedu

1) Corte europea dei diritti dell'uomo, Quinta Sezione, 14 ottobre 2021, *Lysyuk c. Ucraina* (ric. n. 72531/13)

<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-212137>

Nel caso in esame il ricorrente ha censurato innanzi al giudice di Strasburgo alcune attività compiute durante le indagini a suo carico, relative ad un'accusa di corruzione.

Tra le operazioni in questione assumeva in particolare rilievo la videoregistrazione – avvenuta di concerto tra il corruttore e gli inquirenti, in difetto di un'apposita autorizzazione che sarebbe invece stata necessaria in base al diritto

nazionale – di un incontro tra l'indagato e lo stesso corruttore presso l'abitazione di quest'ultimo.

A giudizio della Corte il coinvolgimento delle autorità statali era sufficiente a far ricadere la misura nell'ambito di applicabilità dell'art. 8 della Convenzione. In aggiunta, il fatto che la sorveglianza fosse stata materialmente effettuata in contesto privato e con il consenso del proprietario non bastava ad escludere l'esistenza di un'ingerenza rilevante a mente del medesimo art. 8 § 1.

In forza della ricordata assenza di qualsivoglia autorizzazione al controllo i giudici ravvisavano dunque all'unanimità la violazione del diritto al rispetto della vita privata.

2) Corte europea dei diritti dell'uomo, Terza Sezione, 16 novembre 2021, *Särgava c. Estonia* (ric. n. 698/19)

<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-213208>

Con un'interessante pronuncia la Corte si è espressa sulla delicata fattispecie della perquisizione condotta a carico di avvocati sospettati della commissione di illeciti di natura penale.

Nel caso di specie il ricorrente, appunto avvocato e partner di uno studio associato, era stato destinatario di un decreto di perquisizione locale relativo alla sua abitazione, ai veicoli in suo possesso ed allo studio professionale, espressamente esteso anche all'esame di dispositivi informatici e telefonici ad egli in uso. Tale ricerca esitava nel sequestro del telefono cellulare del legale e del *laptop* rinvenuto presso l'abitazione; il contenuto dei due dispositivi veniva successivamente copiato in forma integrale e messo a disposizione delle autorità.

Il ricorrente non censurava in sé la materiale apprensione dei supporti informatici di cui sopra, avvenuta nel rispetto delle rilevanti previsioni di legge, quanto piuttosto il successivo esame del relativo contenuto, giudicato irrispettoso del segreto professionale stabilito a tutela dell'attività difensiva. Le autorità nazionali reclamavano per contro l'inapplicabilità del suddetto segreto al caso in cui lo stesso legale fosse sospettato di aver direttamente preso parte ad attività illecite. Inoltre, l'inviolabilità dei dati non avrebbe riguardato casi quali quello in esame, in cui il titolare degli oggetti sequestrati non aveva mantenuto una netta distinzione tra informazioni relative alla propria professione di avvocato ed altri contributi estranei alla garanzia.

Nella propria decisione i giudici hanno immediatamente ribadito alcune affermazioni di principio secondo cui la Convenzione non impedisce di per sé l'adozione di qualsiasi misura coercitiva nei riguardi di chi svolga la professione di avvocato, sebbene proprio in forza di tale ruolo il diritto nazionale si deve premurare di assicurare garanzie particolarmente stringenti nell'eventualità in considerazione.

Passando all'esame della fattispecie concreta, e ravvisata la pacifica esistenza di una base legale a giustificazione dell'ingerenza, la Corte si è soffermata

proprio nell'analisi dell'adeguatezza delle garanzie stabilite dall'ordinamento domestico.

Un primo profilo di sicuro interesse riguardava la portata dell'inviolabilità delle informazioni afferenti all'attività difensiva, aspetto come si è visto oggetto di una netta contrapposizione tra la tesi del ricorrente e quella del governo. La compiuta disamina della spinosa questione era resa superflua dalle successive notazioni contenute nella pronuncia ma i giudici, attraverso un significativo *obiter dictum* e pur ricordando che la competenza primaria ad interpretare il diritto nazionale va pur sempre riservata alle autorità statali, si sono mostrati scettici rispetto alla prevedibilità delle disposizioni domestiche. Più nel dettaglio, pur prendendo atto dell'argomento che ritiene inapplicabile il privilegio di riservatezza normalmente riconosciuto al legale qualora egli stesso risulti sospettato della commissione di un reato, la Corte ha evidenziato la natura apparentemente assoluta segreto difensivo così come sancito dal diritto nazionale, la cui operatività non parrebbe dunque condizionata ad eccezioni di sorta.

Il profilo assorbente nell'economia della decisione è però integrato dalla carenza di adeguate garanzie a seguito dell'ingerenza, in particolar modo per ciò che concerne l'esame delle informazioni sequestrate e la distinzione tra dati afferenti all'attività difensiva in quanto tali coperti da segreto e contributi per cui non opera la protezione.

Non è stata infatti rinvenuta nel diritto nazionale alcuna norma appositamente diretta a disciplinare questo cruciale frangente, ancor più problematico qualora il sequestro riguardi come nel caso di specie una consistente mole di dati informatici solo in parte riconducibili all'attività professionale. Nemmeno il giudice per le indagini preliminari aveva altresì fornito alcuna esplicita indicazione al riguardo nel proprio decreto, sebbene fosse chiaro *ab origine* che la ricerca avrebbe portato ad imbattersi in informazioni potenzialmente coperte da segreto.

Per quanto il ricorrente avesse poi ricevuto rassicurazioni dalle autorità circa il fatto che l'esame degli apparecchi sarebbe stato materialmente condotto mediante l'utilizzo di alcune "parole-chiave", senza dunque riguardare indiscriminatamente l'intera memoria, tale circostanza non poteva essere positivamente valorizzata posto che conseguiva ad una libera scelta degli inquirenti, in alcuna maniera imposta dal diritto nazionale o dal decreto di perquisizione. Peraltro, alcune delle "parole-chiave" adoperate risultavano scarsamente selettive ed al ricorrente non era stato consentito di assistere alle operazioni di ricerca.

Le lacune delle previsioni domestiche, in contrasto con l'importanza della necessità di assicurare concretezza al segreto difensivo, conducevano dunque i giudici a ravvisare a maggioranza una violazione dell'art. 8.

FABIO NICOLICCHIA

Art. 10 Cedu

Corte europea dei diritti dell'uomo, Prima Sezione, 25 novembre 2021, *Biancardi c. Italia* (ric. n. 77419/16)

<https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-213827>

È posto alla Corte europea dei diritti dell'uomo un quesito in ordine al bilanciamento tra libertà d'espressione e tutela della riservatezza, nell'ambito di un invocato diritto all'oblio. La questione poggia su basi teoriche solo apparentemente già affrontate dai giudici di Strasburgo. Della de-indicizzazione, dell'aspettativa legittima a "sparire" dal mondo selvaggio del web, della tutela della riservatezza, della reputazione e dell'onore, della libertà di cronaca la Corte, in effetti, si è altre volte occupata. Eppure, il procedimento in commento la pone innanzi nuovi orizzonti.

Il ricorrente si duole innanzi i giudici della Convenzione in ragione d'una condanna civilistica a un risarcimento dei danni, patita in Italia, per avere mantenuto sul sito internet di un giornale *online*, per un tempo eccessivo e nonostante le richieste e le diffide dei danneggiati, notizie inerenti a un procedimento penale. Nel dettaglio, nel 2008 Egli pubblicava, quale capo redattore, sul sito internet del giornale, una notizia relativa a una rissa occorsa in un locale pubblico e delle indagini svolte nei confronti di due privati cittadini. Nel settembre del 2010 i due privati coinvolti diffidarono il ricorrente, intimando la rimozione dell'articolo, in ragione del tempo trascorso dai fatti che lì si commentavano. Lo stesso ricorrente veniva di seguito citato in giudizio in Italia, nel 2010. Nelle more del procedimento Egli provvede a de-indicizzare la notizia, cionondimeno venne condannato al risarcimento dei danni patiti dai due privati per l'illecito trattamento dei loro dati personali e per la lesione alla loro reputazione.

Si duole di ciò il ricorrente sulla scorta di alcune argomentazioni così riassumibili. Egli non aveva facoltà di de-indicizzare la notizia, appannaggio dei soli motori di ricerca, secondariamente le considerazioni e le valutazioni svolte dai giudici nazionali si ponevano in contrasto col suo diritto di manifestare liberamente il pensiero, ex art. 10 C.e.d.u. A tal proposito sosteneva che al tempo del processo civile per danni, il processo penale a carico dei due privati oggetto della notizia era ancora in corso.

Ciò premesso in fatto, conviene in effetti rendersi consapevoli di come le tematiche affrontate dalla Corte di Strasburgo vadano collocandosi in un crocevia di diritti e legittime aspettative oggi di grande interesse. Lo è il diritto di cronaca, lo è quello al rispetto della propria riservatezza. Entrambi si trovano maggiormente sollecitati quando oggetto della notizia siano fatti di penale rilevanza. Anche i recenti atti legislativi, sia eurounitari sia nazionali, pongono con emergente centralità il tema. Si guardi su tutto alla normativa in tema di protezione dati personali (D.lgs 196/2003 ss.mm.ii., al Reg. UE/2016/679 e al D.lgs 101/2018). Oltre a ciò, la Corte nota che nella portata limitata della questione a lei devoluta si rinviene un profilo

di certa novità. Non è oggetto di giudizio, infatti, alcuno dei temi che solitamente impegnano i Giudici di Strasburgo. Non è posto un interrogativo sulla liceità del trattamento dei dati a fini giornalistici, per quanto utile all'art. 10 C.e.d.u., ad esempio. È rimessa alla Corte la sola questione afferente al bilanciamento fra diritti della personalità e diritto di cronaca, sotto il solo versante della permanente presenza in rete, se non sono adottati i giusti rimedi, di notizie afferenti risalenti fatti di cronaca a carico di privati. Non meno rilevante, in questo caso si discute del dovere di adoperarsi per la de-indicizzazione della notizia a carico di soggetti terzi, ad esempio detentori o gestori di siti internet, diversi dai motori di ricerca (per la quale invero si adoperò il ricorrente).

La Corte ha stabilito dei principi guida in tema di bilanciamento tra libertà di espressione e diritto alla reputazione: a) che sia ravvisabile un contributo a un dibattito di interesse generale; b) occorre tenere in adeguata considerazione il grado di notorietà della persona oggetto della notizia; c) occorre vigilare sul modo a mezzo del quale vengono reperite le informazioni e la loro veridicità; d) il contenuto, la forma e le conseguenze della pubblicazione; e) la severità delle eventuali sanzioni (cfr. Axel Springer AG c. Germania ([GC], no. 39954/08, §§ 89-95, 7 febbraio 2012). I criteri così enucleati dalla giurisprudenza di Strasburgo debbono essere accuratamente adeguati al caso di specie, inerente alla pubblicazione di notizie riguardanti due privati cittadini, maggiormente danneggiati per il vedersi continuamente esposti in rete. Ciò detto, la Corte deve quindi comprendere se la condanna civilistica al risarcimento dei danni sia occorsa nei casi previsti dalla legge e se si sia posta come necessaria in una società democratica per le finalità perseguite. A questo fine, pone l'accento su tre aspetti: a) il tempo in cui l'articolo è stato tenuto online; b) la tipologia dei dati in trattati per finalità giornalistiche; c) la gravità della sanzione imposta al ricorrente.

Sotto il primo profilo, emerge come le informazioni, pure riferite a procedimento penale in corso, non fossero state nel tempo aggiornate, pur permanendo di agile ritrovamento. Sotto questo versante, il diritto del ricorrente a diffondere le dette informazioni si affievolisce col passare del tempo, a maggior ragione trattandosi di notizie inerenti privati cittadini. La tipologia della notizia di per sé, venendo al secondo profilo, dovrebbe accendere l'attenzione e la cura nel maneggiare certe informazioni: trattavasi di procedimento penale a carico dei privati, ove cioè più alto è il rischio di una triturazione mediatica dell'onore. Per ultimo, la sanzione cui è andato incontro il ricorrente è di natura civilistica e non contiene neppure un ordine in grado di incidere sull'originario diritto di informare. La sentenza italiana non dispone la cancellazione a sua cura della notizia, che il ricorrente stesso, nelle more del procedimento ha provveduto a fare de-indicizzare. Deve dunque concludersi che non v'è stata compressione alcuna del diritto di cui all'art. 10 C.e.d.u.

CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA

**Corte cost., sent. n. 68 del 2021 (ud. 27 gennaio 2021, dep. il 28 gennaio 2021),
Pres. Giancarlo Coraggio, Red. Franco Modugno**

<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2021/04/21/T-210068/s1>

Con la sentenza n. 68 del 2021 la Corte costituzionale ha aggiunto un nuovo elemento nella costruzione dello statuto garantistico delle sanzioni amministrative sostanzialmente punitive. Muovendo dalle più recenti acquisizioni della giurisprudenza sulla rideterminazione in sede esecutiva di “pene illegali” e dall’estensione del principio di retroattività della *lex mitior* anche al campo delle sanzioni amministrative punitive, la sentenza riconosce la cedevolezza del giudicato applicativo di una particolare sanzione amministrativa punitiva, successivamente dichiarata illegittima.

La questione sottoposta ai giudici della Consulta trae origine dagli effetti della sentenza n. 88 del 2019, pronuncia che aveva dichiarato illegittimo l’art. 222, comma 2, quarto periodo, del Codice della strada, laddove non prevedeva, in caso di condanna o patteggiamento per il reati di omicidio e lesioni stradali, la possibilità per il giudice di irrogare, in alternativa alla sospensione della patente di guida, la più mite sanzione della sospensione allorché non ricorressero le circostanze aggravanti del secondo e terzo comma degli artt. 589-bis e 590-bis c.p.

A seguito di questa declaratoria di incostituzionalità, numerose persone destinatarie della sanzione irrogata in forza di quella norma si sono rivolte al giudice dell’esecuzione per chiedere la rimodulazione del trattamento sanzionatorio, cioè la sostituzione della revoca con la semplice sospensione del titolo di guida. Tale operazione risultava tuttavia preclusa dal dettato dell’art. 30, comma 4 della l. n. 87 del 1953 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), norma che prevede che cessi l’esecuzione delle sentenze irrevocabili di condanna pronunciate in forza di una norma dichiarata illegittima e che ne cessino anche tutti gli effetti penali. Secondo l’interpretazione fornitane dalla sentenza n. 43 del 2017 la norma non consentiva racchiudere nel suo perimetro le sanzioni amministrative sostanzialmente punitive, limitando i propri effetti alle sole sanzioni formalmente penali.

Il Tribunale ordinario di Milano, investito da una di queste richieste, sollevava il dubbio sulla legittimità dell'art. 30, comma 4 della l. n. 87 del 1953, nella pare in cui – nello stabilire «che quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali – non estende tale disposizione anche alle sanzioni amministrative che assumano natura sostanzialmente penale ai sensi della Convenzione EDU».

Il giudice *a quo* censurava la disposizione sotto diversi profili. In primo luogo, la giudicava in contrasto con l'art. 136 Cost., poiché il principio ivi enunciato secondo cui la norma dichiarata incostituzionale cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione imporrebbe di rimuovere tutti gli effetti pregiudizievoli delle sanzioni in corso di esecuzione. La norma censurata avrebbe creato una irragionevole disparità di trattamento con la disciplina applicabile alle sanzioni penali, così violando l'art. 3 Cost.: mentre per queste ultime l'art. 30, comma 4 l. 87 del 1953 consente di eliminare qualsiasi distinzione tra soggetti condannati in via definitiva prima della sentenza della Consulta e quelli il cui comportamento sia ancora *sub iudice*, per le sanzioni amministrative il giudicato si porrebbe come limite invalicabile, pur potendo comprimere – al pari delle sanzioni penali – diritti di rango costituzionale. Ulteriore possibile contrasto era quello con gli artt. 35 e 41 Cost., poiché l'applicazione (irrimediabile pur a fronte di una declaratoria di illegittimità) della revoca della patente avrebbe compromesso il diritto al lavoro e la libertà di iniziativa economica. Infine, la disciplina sottoposta al giudizio della Corte avrebbe violato il principio di legalità dei reati e delle pene, sancito dall'art. 25 Cost. e dall'art. 117, comma 1 Cost. in relazione agli artt. 6 e 7 CEDU, impedendo di sanare la patologica attuazione di sanzioni amministrative punitive dichiarate illegittime.

La pronuncia in commento si premura di svolgere una preliminare ricognizione dell'interpretazione dell'art. 30, comma 4 l. n. 87 del 1953 fornita dalla giurisprudenza. La Corte constata che, con una serie di decisioni delle Sezioni Unite della Corte di cassazione (tra le quali è richiamata la ben nota sentenza n. 42858 del 2014, ric. Gatto, legata alla pronuncia della Consulta n. 32 del 2014), si è affermata nel diritto vivente una interpretazione ampia: il giudicato deve ritenersi tangibile non solo in presenza di una pronuncia ablativa di una norma incriminatrice, ma anche di una che incida in senso mitigativo sul trattamento sanzionatorio. In quest'ultima ipotesi, il condannato in via definitiva può richiedere al giudice dell'esecuzione la sostituzione della pena inflittagli (ancora in esecuzione), e successivamente dichiarata illegittima, con quella riformulata in conformità al dettato costituzionale. La soluzione ermeneutica in questione è stata ritenuta applicabile anche alle sanzioni amministrative sostanzialmente penali. La sentenza rileva come la Cassazione abbia tuttavia escluso che la revoca della patente potesse essere ricondotta a tale novero di sanzioni, in ragione di una sua finalità preventiva e di un basso grado di afflittività. Una simile qualificazione, si osserva, precludendo la sua assimilazione ad un effetto penale della

condanna, renderebbe impossibile al giudice dell'esecuzione – come nel caso del rimettente – di disporre la modifica della sanzione.

Alla luce di questa premessa la Corte ridetermina il *thema decidendum*. Osservato che il risultato della generale applicabilità dell'art. 30, comma 4 a tutte le sanzioni amministrative punitive è già stato raggiunto dal diritto vivente, limita il proprio intervento alla sola verifica della legittimità del trattamento riservato alla specifica sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente. Il sindacato si sposta quindi dal giudizio sulla legittimità dell'art. 30, comma 4 alla valutazione della sua interpretazione giurisprudenziale che vuole la sanzione della revoca della patente sottratta allo statuto garantistico delle sanzioni amministrative punitive.

La verifica dà esito positivo: la revoca della patente rientra tra le sanzioni amministrative sostanzialmente penali. Indicazioni in questa direzione provengono, da un lato, dalla giurisprudenza convenzionale, che in diversi arresti ha preso posizione sul carattere punito e dissuasivo delle misure che incidono sulla possibilità di condurre veicoli a motore a seguito di infrazioni delle norme stradali (compresa la decurtazione dei punti della patente), tale da condurle nel perimetro della materia penale. In seconda battuta, anche in una prospettiva interna si deve riconoscere la spiccata carica afflittiva e dissuasiva della sanzione che, accompagnata dal divieto di nuovo conseguimento del titolo per un quinquennio, può risultare più temibile della pena principale della reclusione, suscettibile di essere condizionalmente sospesa.

La Corte giunge così ad affermare che l'interpretazione dell'art. 30, comma 4 che ne escluda l'applicabilità alla sanzione in esame è in contrasto con l'art. 3 Cost. Nel farlo deve però superare gli argomenti di segno contrario che aveva speso nella sentenza n. 43 del 2017. In quella occasione si era affermato che nella giurisprudenza CEDU non si rinveniva un principio che impedisse l'esecuzione di una sanzione comminata con una sentenza irrevocabile emessa sulla base di una norma poi dichiarata incostituzionale. La questione era allora stata rigettata evidenziando che la scelta di estendere o meno alle sanzioni amministrative punitive garanzie ulteriori a quelle prefigurate dalla CEDU rientrava nell'insindacabile discrezionalità del legislatore, che ben poteva riservarle alle sole sanzioni formalmente penali. Al tempo della pronuncia del 2017, l'estensione delle garanzie penalistiche alle sanzioni amministrative aveva riguardato solo il nucleo essenziale dell'art. 25, comma 2 Cost. e i principi più strettamente legati al precetto. La giurisprudenza costituzionale successiva ha però ampliato il novero dei principi estensibili al diritto amministrativo punitivo: dal già consolidato principio di irretroattività sfavorevole (sentenze n. 68 del 2017, n. 223 del 2018 e n. 96 del 2020) al principio di tassatività e determinatezza dell'illecito e delle sanzioni (sentenze n. 121 del 2018 e n. 134 del 2019); sino a giungere alla recente affermazione dell'applicabilità alle sanzioni amministrative punitive del principio di retroattività favorevole grazie alla sentenza n. 63 del 2019 (pronuncia che ricorda il diverso fondamento costituzionale di questo principio, legato più propriamente all'art. 3 Cost.).

Affermatosi anche per le sanzioni amministrative sostanzialmente penali il principio di retroattività della *lex mitior*, che consente al condannato di beneficiare di modifiche mitigative d’iniziativa legislativa, a maggior ragione – secondo la Corte – va escluso che taluno debba continuare a scontare una sanzione amministrativa sostanzialmente penale affetta da un vizio genetico, accertato con una sentenza della Corte costituzionale. L’esecuzione di una sanzione illegale, sia essa formalmente o solo sostanzialmente penale, non può trovare cittadinanza nell’ordinamento, nemmeno in presenza di una sentenza irrevocabile; il principio di legalità della sanzione investe tutto il diritto punitivo.

Con questi argomenti la Corte ha pronunciato una sentenza interpretativa di accoglimento, dichiarando costituzionalmente illegittimo l’art. 30, comma 4 l. n. 87 del 1953 in quanto interpretato nel senso che la disposizione non si applica in relazione alla sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente, disposta con sentenza irrevocabile ai sensi dell’art. 222 comma 2 Codice della strada.

GIANLUCA TAIANI

* * *

Corte cost., sent. n. 140 del 2021 (ud. 25 maggio 2021, dep. 6 luglio 2021), Pres. Giancarlo Coraggio, Red. Giovanni Amoroso

www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2021/07/07/T-210140/s1

La Corte anzitutto dichiara manifestamente infondate e manifestamente inammissibili le questioni relative all’art. 83, c. 4, d.l. n. 18/2020, in quanto muovevano censure riguardanti la violazione del principio di irretroattività, con riferimento tanto all’art. 25, c. 2, Cost., quanto all’art. 117, c. 1, Cost. in relazione agli artt. 7 CEDU e 49 CDFUE, già giudicate, rispettivamente, infondate e non ammissibili nella sentenza n. 278/2020 (§§ 5-7.2). Si passa dunque a esaminare le questioni sull’art. 83, c. 9, d.l. n. 18/2020 (§ 8). Svolta la ricostruzione degli interventi normativi emergenziali succedutisi allo scopo di contrastare l’epidemia (i d.l. n. 9/2020, 11/2020, 18/2020, 23/2020) (§ 9, 9.1), la Corte muove dalla disposizione di cui all’art. 83, c. 6, d.l. n. 18/2020, la quale per il periodo tra il 12 maggio e il 30 giugno 2020 ha previsto che: “i capi degli uffici giudiziari, sentiti l’autorità sanitaria regionale, per il tramite del Presidente della Giunta della Regione, e il Consiglio dell’ordine degli avvocati, adottano le misure organizzative, anche relative alla trattazione degli affari giudiziari, necessarie per consentire il rispetto delle indicazioni igienico-sanitarie fornite dal Ministero della salute, anche d’intesa con le Regioni, dal Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri, dal Ministero della giustizia e delle prescrizioni adottate in materia con

decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, al fine di evitare assembramenti all'interno dell'ufficio giudiziario e contatti ravvicinati tra le persone. Per gli uffici diversi dalla Corte suprema di cassazione e dalla Procura generale presso la Corte di cassazione, le misure sono adottate d'intesa con il Presidente della Corte d'appello e con il Procuratore generale della Repubblica presso la Corte d'appello dei rispettivi distretti".

In seguito alle molteplici modifiche normative intervenute, il potere dei capi degli uffici giudiziari previsto dalla disposizione dianzi citata è rimasto riferito allo stesso periodo, tra il 12 maggio e il 30 giugno 2020. Rispetto alle finalità definite nell'art. 83, c. 6, d.l. n. 18/2020, oltre alle misure generali di tipo organizzativo-amministrativo di cui all'art. 83, c. 7, lett. a, b, c, è stato attribuito ai capi degli uffici giudiziari, salvo eccezioni (art. 83, c. 3: procedimenti con persone detenute, misure cautelari, di sicurezza o di prevenzione, procedimenti urgenti per l'esigenza di assumere prove indifferibili), il potere di disporre il rinvio delle udienze a data successiva al 30 giugno 2020 (art. 83, c. 7, lett. g). In tale ipotesi di rinvio, il comma 9 dell'art. 83 censurato ha previsto la sospensione del termine prescrizione, in ogni caso non oltre il 30 giugno 2020 (§ 9.2). Poste queste premesse, e giudicata manifestamente inammissibile la questione di legittimità dell'art. 83, c. 9, cit. sollevata con riferimento all'art. 117, in relazione all'art. 7 CEDU (§ 10), la Corte ritiene la questione fondata rispetto al parametro interno dell'art. 25, c. 2, Cost. (§ 11). Si ribadisce "l'intrinseca natura sostanziale della prescrizione che chiama in causa la garanzia del principio di legalità" (§ 12), il quale richiede "che la norma, la quale in ipotesi ampli la durata del termine di prescrizione ... ovvero ne preveda il prolungamento come conseguenza dell'applicazione di una regola processuale, sia 'sufficientemente determinata' ..., e, ove tale, sia anche non retroattiva (e pertanto applicabile solo a reati commessi successivamente alla data della sua entrata in vigore)" (§ 13). Si richiama la sentenza n. 278/2020, ove la Corte ha giudicato costituzionalmente legittimo l'art. 83, c. 4 proprio perché la sospensione del procedimento/processo, recata dai primi due commi del censurato art. 83, era riconducibile nella fattispecie di cui all'art. 159, c. 1, c.p.

Lo stesso non si può affermare con riferimento alla norma censurata (§ 14). Essa, infatti, prevede il rinvio delle udienze – salvo eccezioni – cui si ricollega la sospensione del decorso della prescrizione, per effetto di una misura organizzativa che il capo dell'ufficio giudiziario può adottare ai sensi del comma 6 del medesimo art. 83; facoltà questa che solo genericamente è delimitata dalla legge nei presupposti e nelle finalità da perseguire. La norma censurata "introduce sì una fattispecie di rilievo processuale, in quanto essa può comportare il rinvio delle udienze penali per alcuni processi e non per altri, secondo quanto prescritto nelle linee guida del capo dell'ufficio; ma da essa conseguono significativi effetti di natura sostanziale nella misura in cui il comma 9 dell'art. 83 dispone la sospensione del corso della prescrizione per il tempo in cui il processo è rinviato, non oltre comunque il 30 giugno 2020" (§ 15). Quindi, "per la sua valenza sostanziale, pur mediata dalla regola processuale, tale previsione normativa ricade comunque nell'area di

applicazione del principio di legalità”, il quale richiede “che essa, incidendo sulla punibilità del reato, sia determinata nei suoi elementi costitutivi sì da assicurare un sufficiente grado di conoscenza o di conoscibilità”. Le misure organizzative del dirigente dell’ufficio, invece, non trovano adeguata specificazione nelle disposizioni di cui all’art. 83, cc. 6, 7 e 9, d.l. n. 18/2020. Da un lato, il presupposto, il contenuto e le finalità di tali misure organizzative, sono solo genericamente fissate dalla legge; dall’altro, “tale vincolo per il giudice del processo, chiamato poi a disporne, caso per caso, il rinvio sulla base di siffatte linee guida (e non già a richiesta della difesa dell’imputato), non è neppure assoluto, perché è sempre possibile che egli ritenga invece che il processo abbia carattere d’urgenza per la necessità di assumere prove indifferibili (art. 83, c. 3, lett. c), con l’effetto di rendere non operante la regola posta nelle linee guida del capo dell’ufficio” (§ 15).

“In sostanza” – ha chiarito la Corte (§ 16) – “è solo al momento dell’adozione del provvedimento di rinvio ... che si completa e si integra, caso per caso, la fattispecie legittimante il rinvio stesso: in tal modo la regola speciale finisce per avere un’imprevedibile variabilità in sostanza non dissimile da quella che avrebbe avuto il contenuto della ‘regola Taricco’”, contenuto “deciso da un tribunale caso per caso, cosa che è senza dubbio vietata dal principio di separazione dei poteri di cui l’art. 25, secondo comma, Cost. declina una versione particolarmente rigida nella materia penale”. La fattispecie del rinvio del processo, pertanto “è integrata completamente con il richiamo di provvedimenti privi di natura normativa, quali appunto sono le misure organizzative del capo dell’ufficio giudiziario e le sue linee guida per la fissazione e la trattazione delle udienze”, il che, dal punto di vista processuale, è legittimo, “ma non soddisfa il canone della sufficiente determinatezza per legge della fattispecie da cui consegue l’effetto sostanziale dell’allungamento della durata del termine di prescrizione”. Come si afferma nel passaggio chiave: “la norma attualmente censurata, nel prevedere una fattispecie di sospensione del termine di prescrizione, rinvia a una regola processuale, recante la sospensione del processo, il cui contenuto è definito integralmente dalle misure organizzative del capo dell’ufficio giudiziario, così esibendo un radicale deficit di determinatezza, per legge, della fattispecie, con conseguente lesione del principio di legalità limitatamente alla ricaduta di tale regola sul decorso della prescrizione”.

Di qui la declaratoria di incostituzionalità dell’art. 83, c. 9, d.l. n. 18/2020, nella parte in cui prevede la sospensione del corso della prescrizione per il tempo in cui i procedimenti penali sono rinviati ai sensi del precedente comma 7, lett. g), e in ogni caso, non oltre il 30 giugno 2020.

PIETRO INSOLERA

Corte cost., sent. n. 143 del 2021 (ud. 26 maggio 2021, dep. 8 luglio 2021), Pres. Giancarlo Coraggio, Red. Giovanni Amoroso

www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2021/07/14/T-210143/s1

La Corte è investita della questione con ordinanza della Cassazione, chiamata a pronunciarsi su motivi di ricorso esclusivamente sulla determinazione della pena, ove si dà conto del fatto che la Corte di assise d'appello, giudicando il reato di concorso in sequestro di persona a scopo di estorsione aggravato ai sensi dell'art. 112, c. 1, c.p. per il numero dei concorrenti (cinque), riconosceva l'attenuante del fatto di lieve entità (art. 311 c.p.), giacché la condotta delittuosa si protraeva per poche ore ed era finalizzata a costringere la vittima a versare una modesta somma di denaro e a restituire una pistola appartenente al sodalizio. Mentre nei confronti di due imputati veniva riconosciuta la prevalenza dell'attenuante sull'aggravante dell'art. 112, c. 1, c.p., per altri tre si riteneva, stante la preclusione dell'art. 69, c. 4, c.p., l'equivalenza tra l'attenuante dell'art. 311 c.p. e la recidiva reiterata, confermandosi dunque la pena di anni 20 di reclusione inflitta in primo grado. A giudizio della Corte regolatrice, la preclusione dell'art. 69, c. 4, c.p. impedirebbe l'adeguamento della pena al lieve disvalore del fatto, in violazione del principio di proporzionalità, vulnerando l'art. 27 Cost., poiché il condannato percepirebbe come ingiusta la pena subita e sarebbe ostacolata la funzione rieducativa, e l'art. 3 Cost., risultando l'entità della pena irragionevolmente più elevata di quella inflitta ai coimputati concorrenti nel reato (§ 1). La Corte, premessa la natura facoltativa e non già obbligatoria della recidiva reiterata (sent. 120/2017, ord. 145/2018), che può essere applicata soltanto qualora il giudice ritenga che il nuovo episodio criminoso sia concretamente significativo sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e maggiore pericolosità del reo, giudica le questioni rilevanti, poiché i motivi di ricorso su cui è chiamata a pronunciarsi la Cassazione attengono esclusivamente alla pena applicata in appello, non censurando gli imputati l'applicazione della recidiva reiterata (§ 2). Si giudicano dunque le questioni fondate, con riferimento ad entrambi i parametri (§ 3). La Corte ripercorre anzitutto lo sviluppo storico del regime punitivo del sequestro di persona a scopo di estorsione. Originariamente punito con la reclusione da otto a quindici anni, oltre alla multa, tale delitto è stato poi sottoposto a molteplici interventi di riforma di cd. legislazione dell'emergenza (v. artt. 5, 6, l. n. 497/1974; art. 2, d.l. n. 59/1978) in ragione del particolare allarme sociale destato negli anni Settanta da numerosi episodi di sequestro di persona perpetrati da organizzazioni criminali con modalità tali da mettere a rischio la vita della vittima, e spesso cagionarne la morte, culminati con l'art. 1, l. n. 894/1980, che ha innalzato la pena editale, prevedendo la reclusione da venticinque a trenta anni. Come rilevato dalla Corte nella sentenza n. 68/2012, si tratta di "una risposta sanzionatoria di eccezionale asprezza", che tuttavia trova applicazione anche rispetto "a episodi marcatamente dissimili, sul piano criminologico e del tasso di disvalore, rispetto a quelli avuti di mira dal legislatore dell'emergenza", come sequestri di breve durata o finalizzati a ottenere dalla vittima una prestazione patri-

moniale cui l'agente ritiene di avere diritto. Proprio tale ampio spettro applicativo ha indotto il legislatore, nell'art. 3, c. 3, l. n. 718/1985, che prevede il diverso reato di sequestro di ostaggi, a introdurre una attenuante ad effetto speciale in forza della quale "se il fatto è di lieve entità si applicano le pene previste dall'articolo 605 del codice penale aumentate dalla metà a due terzi". Nella disciplina del codice, l'art. 311 c.p. prevede che per i delitti contro la personalità dello Stato, ed in particolare il sequestro terroristico o eversivo ex art. 289 bis c.p., le pene "sono diminuite quando per la natura, la specie, i mezzi, le modalità o circostanze dell'azione, ovvero per la particolare tenuità del danno o del pericolo, il fatto risulti di lieve entità". La Corte, nella sentenza n. 68/2012, attraverso una comparazione con tale fattispecie, ha censurato l'ingiustificata omessa previsione dell'applicabilità all'art. 630 c.p. di tale attenuante, la cui funzione "riequilibratrice" "consiste propriamente nel mitigare – in rapporto ai soli profili oggettivi del fatto ... – una risposta punitiva improntata a eccezionale asprezza e che, proprio per questo, rischia di rivelarsi incapace di adattamento alla varietà delle situazioni concrete riconducibili al modello legale" (§ 4). La Corte passa dunque a esaminare il regime derogatorio all'ordinario bilanciamento eterogeneo tra circostanze di cui all'art. 69, c. 4, c.p., nella parte in cui preclude la prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata. Tale preclusione è stata censurata parzialmente in diverse decisioni riguardanti attenuanti ad effetto speciale espressive di una minore offensività del fatto (sent. n. 251/2012, rispetto al delitto di produzione e traffico di stupefacenti di lieve entità; sent. 105/2014, per la ricettazione di particolare tenuità; sent. 106/2014, rispetto alla violenza sessuale di minore gravità; sent. 205/2017, per il danno patrimoniale di speciale tenuità nei delitti di bancarotta e ricorso abusivo al credito); tutte queste attenuanti, diversamente da quella dell'art. 311 c.p., erano tuttavia ad effetto speciale (§ 5). Più recentemente – prosegue la Corte – altre due pronunce hanno censurato l'art. 69, c. 4, c.p. in rapporto a circostanze ad effetto comune: la sent. n. 73/2020, ha ritenuto che, ove esso preclude la prevalenza del vizio parziale di mente ex art. 89 c.p. sulla recidiva reiterata, "non è compatibile con l'esigenza, di rango costituzionale, di determinazione di una pena proporzionata e calibrata sull'effettiva personalità del reo"; analogamente, la sent. n. 55/2021 ha censurato il divieto di prevalenza della attenuante dell'art. 116, c. 2, c.p., che svolge una "funzione di necessario riequilibrio del trattamento sanzionatorio" nel caso di reato diverso e più grave di quello voluto da taluno dei concorrenti (§ 6). La medesima funzione è svolta anche dalla circostanza dell'art. 311 c.p., funzionale a mitigare una cornice sanzionatoria assai severa, concepita dal legislatore storico per contrastare gravissimi fatti di criminalità, ma applicabile anche a fatti assai meno gravi. Tale attenuante, introdotta dalla sent. n. 68/2012, non diversamente da quelle censurate nelle sent. n. 251/2012; 105/2014; 106/2014; sent. 205/2017, "rileva marcatamente sul piano dell'offensività, in quanto presuppone una valutazione riferita al fatto nel suo complesso, in rapporto all'evento di per sé considerato e alla natura, specie, mezzi, modalità della condotta, nonché dell'entità del danno o del pericolo per la persona sequestrata, avuto riguardo alle modalità della privazione della libertà per-

sonale e alla portata dell'ingiusto profitto perseguito dall'autore della condotta estorsiva" (§ 7). Anche alla luce della "compressione" verso l'alto della pena editale dell'art. 630 c.p., con minimo di venticinque anni e massimo di trenta anni molto ravvicinati, l'impossibilità per il giudice di fare prevalere la diminvente produce esiti sproporzionati, frustrando la funzione mitigatrice svolta dall'art. 311 c.p., che attraverso la diminuzione fino a un terzo (otto anni e quattro mesi di reclusione) "realizza la finalità di riequilibrio di un trattamento sanzionatorio di particolare rigore" (§ 8). La preclusione di cui alla norma censurata comporta altresì una "abnorme enfattizzazione" della recidiva, indice di particolare rimproverabilità e pericolosità sul piano soggettivo, che non può assumere, nel processo di individualizzazione della pena, prevalenza assoluta e incondizionata sul fatto oggettivo. Oltre al "principio di determinazione di una pena proporzionata", è compromesso anche il principio di eguaglianza, poiché il divieto di prevalenza censurato determina irragionevoli equiparazioni sanzionatorie tra fatti diversi sul piano dell'offensività, venendo assoggettati alla stessa aspra sanzione dell'art. 630, c. 1, c.p. fatti di minore disvalore oggettivo, secondo i parametri dell'art. 311 c.p. La Corte, in conclusione, dichiara l'incostituzionalità dell'art. 69, c. 4, c.p. nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della attenuante del fatto di lieve entità ai sensi dell'art. 311 c.p. – introdotta con sentenza additiva n. 68/2012 in relazione al reato di cui all'art. 630 c.p. – sulla recidiva reiterata di cui all'art. 99, c. 4, c.p., per violazione degli artt. 27, c. 3, e 3, c. 1, Cost. (assorbita la questione sollevata in riferimento all'art. 25 Cost.) (§ 9-10).

PIETRO INSOLERA

* * *

Corte cost., sent. n. 173 del 2021 (ud. 7 luglio 2021, dep. 23 luglio 2021), Pres. Giancarlo Coraggio, Red. Francesco Viganò

<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2021/07/28/T-210173/s1>

La Corte richiama anzitutto il combinato disposto delle previsioni censurate, dalle quali si evince che il condannato cui siano stati revocati l'affidamento in prova, la detenzione domiciliare o la semilibertà non può ottenere alcuno dei benefici o delle misure alternative di cui all'art. 58 quater, comma 1 (assegnazione al lavoro all'esterno, permessi premio, affidamento in prova al servizio sociale nei casi di cui all'art. 47, detenzione domiciliare e semilibertà) prima che siano passati tre anni dalla revoca della misura alternativa ottenuta in precedenza (§§ 1-2). La Corte è sollecitata dal rimettente, che reputa tale preclusione incompatibile con i principi di ragionevolezza e funzione rieducativa della pena, a rimeditare, sulla scorta degli sviluppi giurisprudenziali intervenuti, un proprio precedente (ord. n. 87/2004) ove

la preclusione in parola era stata giudicata legittima, in quanto non automatica, “bensì basata su di una valutazione in concreto e caso per caso delle situazioni in cui il comportamento del condannato, contrario alla legge o alle prescrizioni, risulti incompatibile con la prosecuzione” della misura precedentemente concessa. Il rimettente, pur riconoscendo il carattere non automatico della revoca, denuncia l’eccessiva rigidità della preclusione, che non consentirebbe al giudice di sorveglianza di valutare le conseguenze della misura rispetto alla concreta gravità dei fatti ed al percorso rieducativo del reo; la lunga durata della misura, che potrebbe impedire la concessione di benefici o nuove misure alternative per tutta la durata della pena residua; nonché la portata indiscriminata, estesa a qualunque beneficio, che toglierebbe qualsiasi incentivo al condannato a progredire nel percorso di ri-socializzazione nell’intero triennio (§§ 3-3.2). La Corte non è persuasa da tali argomentazioni e ritiene che la preclusione *de qua* “pur indubbiamente severa e opinabile dal punto di vista delle scelte di politica penitenziaria, costituisca espressione della discrezionalità legislativa” non in contrasto con i parametri evocati. Si svolge dunque opera di *distinguishing*, precisando che la norma censurata non prevede un automatismo ostativo fondato sul titolo di reato (diversamente da quelli invalidati nelle sent. n. 149/2018 e 253/2019), né dipendente da un giudizio di maggior pericolosità espresso nel giudizio di cognizione (come per la preclusione connessa alla recidiva ex art. 47 ter, comma 01, ord. pen., caducata con sent. n. 56/2021). La preclusione oggetto di controllo, pensata “dal legislatore in chiave di deterrenza contro eventuali violazioni delle prescrizioni inerenti alla misura”, diversamente, “si fonda ... sul puntuale riscontro da parte del tribunale di sorveglianza di specifiche violazioni commesse dal condannato durante il godimento della misura”; tale valutazione discrezionale, peraltro, in seguito alla modifica dell’art. 51 ter, c. 1, ord. pen. con d.lgs. n. 123/2018, può esitare in una pluralità gradata di risposte, costituendo la revoca il presidio di massima severità per i casi più gravi e rientrando nella discrezionalità del tribunale di sorveglianza la possibilità di disporre la prosecuzione della stessa misura o la sostituzione con altra misura, nonostante la violazione. In definitiva, “la preclusione qui all’esame discende dunque da una valutazione caso per caso da parte del giudice di sorveglianza, effettuata sulla base non già di presunzioni legate al titolo di reato o allo status di recidivo del condannato, ma del percorso da lui concretamente compiuto durante l’esecuzione della pena, e in particolare di specifiche condotte in violazione delle prescrizioni inerenti alla misura alternativa, che ne hanno determinato un giudizio di non meritevolezza rispetto alla possibilità, già concessagli una prima volta, di eseguire la propria pena in regime extramurario” (§§ 3.3-3.3.3). Inoltre, sono inconferenti gli ulteriori precedenti costituzionali richiamati dal rimettente. La sent. n. 436/1999 ha invalidato la preclusione dell’art. 58 quater, c. 2, ma limitatamente ai condannati minorenni, rispetto ai quali le esigenze di valutazione individualizzata del percorso rieducativo, dotate di speciale pregnanza, sono incompatibili con la fissità del termine triennale. La sent. 189/2010, si è limitata a dichiarare inammissibili le questioni perché il rimettente aveva omissso il doveroso tentativo di interpretazione confor-

me – sulla base del “diritto vivente” – in relazione però alla preclusione derivante dalla commissione di delitti di evasione (art. 385 c.p.); interpretazione conforme che il rimettente ha motivatamente escluso rispetto alla diversa preclusione, derivante dalla violazione di misure alternative, oggetto di censura. Infine, la sentenza n. 187/2019 ha censurato la preclusione in esame, ma in riferimento al solo art. 31 Cost. e con riguardo alla sola detenzione domiciliare funzionale alla cura di figli minori di anni dieci, che non possano essere affidati all’altro genitore. Si trattava dunque di un bilanciamento diverso, ove rilevava non tanto la rieducazione del condannato, quanto il preminente interesse del bambino a essere accudito da almeno un genitore, refrattario a qualsiasi automatismo (v. in tal senso sent. 102/2020). Tale interesse non viene in rilievo nella questione odierna. In conclusione, la Corte giudica non fondate le questioni di costituzionalità dell’art. 58 quater, cc. 1, 2, 3, ord. pen., nella parte in cui prevedono che non possa essere concesso, per la durata di tre anni, l’affidamento in prova al servizio sociale previsto dall’art. 47 ord. pen., al condannato nei cui confronti è stata disposta la revoca di una misura alternativa, ai sensi dell’art. 47, co. 11, dell’art. 47 ter co. 6 o dell’art. 51 co. 1, della medesima legge, sollevate in relazione agli artt. 3 e 27 Cost. Si precisa in conclusione che resta peraltro ferma la possibilità per il legislatore di attenuare il rigore della disciplina, poiché, effettivamente, nella maggioranza dei casi, la preclusione triennale successiva alla revoca finisce per coprire la totalità o quasi della pena residua, rendendo improbabile un secondo accesso alle misure alternative o il godimento degli altri benefici in questione (§§ 3.4-3.5).

PIETRO INSOLERA

* * *

Corte cost., sent. n. 185 del 2021 (ud. 9 giugno 2021, dep. il 29 settembre 2021), Pres. Giancarlo Coraggio, Red. Franco Modugno

<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2021/09/29/T-210185/s1>

La sentenza in commento si inserisce nella crescente serie di pronunce inerenti al sindacato di legittimità sulle sanzioni amministrative di natura sostanzialmente penale, categoria a favore della quale si sta assistendo a una progressiva estensione di molte delle garanzie tipicamente poste a presidio degli illeciti penali. Facendo applicazione del principio di proporzionalità tra sanzione e gravità dell’illecito, la decisione si lega alle pronunce n. 88 e 112 del 2019, che per prime hanno affermato la sua vigenza anche nei giudizi riguardanti le risposte punitive diverse dalle pene in senso stretto.

La Corte ha dichiarato l’illegittimità dell’art. 7, comma 6 secondo periodo, del decreto-legge n. 158 del 2012 (meglio noto come “decreto Balduzzi”, convertito in

l. n. 189 del 2012) nella parte in cui prevedeva a carico dei concessionari di giochi d'azzardo e dei titolari delle sale e dei punti di raccolta dei giochi la sanzione amministrativa pecuniaria nella misura fissa di euro cinquantamila, per la violazione degli obblighi di avvertimento sul rischio di dipendenza dalla pratica di giochi con vincite in denaro (previsti dal comma 5 del medesimo articolo).

La vicenda da cui scaturiva la questione di legittimità è facilmente riassumibile nei suoi tratti essenziali. Il titolare di un bar, al cui interno si trovava un apparecchio da gioco, era destinatario della illustrata sanzione pecuniaria per aver omesso di esporre, all'interno della sala, targhe contenenti formule di avvertimento sui rischi del gioco d'azzardo patologico. L'esercente proponeva opposizione avverso l'ordinanza-ingiunzione dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli dinanzi al Tribunale ordinario di Trapani.

Il giudice *a quo* sollevava la questione di legittimità con l'ordinanza n. 69 del 2020, con la quale si denunciava il contrasto dell'art. 7 comma 6, secondo periodo, del Decreto Balduzzi con l'art. 3 Cost. L'automatismo sanzionatorio, caratterizzato da tale eccezionale severità, non consentiva – a parere del rimettente – di adeguare la risposta dell'ordinamento al disvalore della singola violazione, reagendo in maniera eguale dinanzi alla trasgressione di una sola o più delle prescrizioni imposte dal comma 5 della norma in esame. In secondo luogo, la sanzione appariva irragionevolmente sproporzionata rispetto ad altre fattispecie di non minore gravità, come quella prevista nei confronti di chi consenta la partecipazione ai giochi pubblici a persone minorenni, punita con una sanzione pecuniaria da cinquemila a ventimila euro (art. 24, comma 21, del d.l. n. 98 del 2011, convertito in l. n. 111 del 2011).

Il rimettente denunciava il possibile contrasto anche con il combinato disposto tra l'art. 3 e gli artt. 41 e 42 Cost. e con l'art. 117, comma 1 Cost., in relazione all'art. 1 del Protocollo addizionale CEDU e agli artt. 16 e 17 CDFUE. L'applicazione in misura fissa di una sanzione pecuniaria di tale importo avrebbe potuto incidere in maniera irragionevole sul diritto di proprietà e sul diritto al libero esercizio dell'attività d'impresa dell'autore dell'illecito, soprattutto se titolare di un'attività di modeste dimensioni.

Interveniva in giudizio la Presidenza del Consiglio dei ministri per il tramite dell'Avvocatura dello Stato che, oltre ad alcuni argomenti sulla non fondatezza nel merito della questione, formulava una preliminare eccezione sull'inammissibilità della stessa. A parere dell'Avvocatura dello Stato il giudice rimettente non aveva indicato in che modo colmare la lacuna conseguente all'eventuale ablazione della norma censurata, che avrebbe così lasciato sguarniti di una risposta sanzionatoria condotte gravemente rischiose per la salute dei cittadini.

L'eccezione formulata dalla difesa dello Stato offre alla Corte l'occasione per chiarire il proprio orientamento sui confini e possibilità dello scrutinio di ragionevolezza-proporzionalità, dopo l'ormai assodato congedo dallo schema triadico. Il nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in materia, inaugurato con la sentenza n. 236 del 2016, adotta infatti un modello diadico, poggiato sul confronto tra

la misura legale della sanzione (penale, in quel caso) e la gravità dell'illecito, senza impegnare nella comparazione un *tertium comparationis*, invocato unicamente per individuare la sanzione da sostituire a quella dichiarata incostituzionale. Il giudizio sulla proporzionalità perde la componente estrinseca e si risolve in un apprezzamento intrinseco e diretto tra gravità dell'illecito e della sanzione.

Le nuove coordinate seguite da questa giurisprudenza della Corte costituzionale hanno posto con forza il problema del confronto con le lacune create dalle dichiarazioni di illegittimità costituzionale relative alle scelte sanzionatorie del legislatore. Sotto il vigore del modello triadico, l'ammissibilità delle questioni in materia di proporzionalità sanzionatoria era rimasta subordinata all'individuazione da parte del giudice rimettente di una disposizione idonea – per similarità di struttura e disvalore – a fornire le c.d. “rime obbligate” da cui trarre il nuovo trattamento sanzionatorio da sostituire a quello dichiarato illegittimo. Le sentenze più recenti, svincolandosi dalla necessaria esistenza di una disposizione da cui “prendere a prestito” il trattamento sanzionatorio, hanno ritenuto sufficiente a legittimare un intervento manipolativo l'esistenza di precisi punti di riferimento offerti dal sistema normativo tali da fornire una soluzione sanzionatoria più congrua, una soluzione non più obbligata, ma “costituzionalmente adeguata”.

La pronuncia che si annota ha ricordato le ragioni che hanno motivato questo cambio di paradigma, con un significativo aumento dell'impiego delle sentenze manipolative. Da un lato, vi è l'esigenza di scongiurare il crearsi di “zone franche”, intangibili dal controllo di legittimità costituzionale, in ambiti in cui è impellente l'esigenza di garantire una tutela effettiva dei diritti individuali, primo tra tutti il diritto alla libertà personale, incisa dalle scelte sanzionatorie del legislatore (sentenza n. 40 del 2019). Dall'altro, vi è l'urgenza di scongiurare le irrimediabili lacune che deriverebbero da una rimozione “secca” della norma dall'ordinamento. In simili ipotesi il vuoto normativo sarebbe definitivo, poiché un intervento normativo del legislatore mirato a colmarlo – per quanto immediato – non potrebbe operare retroattivamente, ripristinando la natura illecita di fatti ormai privati di qualsiasi rilievo penale dalla declaratoria di illegittimità costituzionale (art. 30, comma 4 l. n. 87 del 1953).

Con la sentenza n. 185 del 2021 la Corte aggiunge un nuovo tassello a questa elaborazione: richiamata la *ratio* della giurisprudenza delle “rime possibili”, ne indica le condizioni di applicabilità. L'adozione di una pronuncia manipolativa, che individui una soluzione sanzionatoria sostitutiva, deve essere limitata al solo caso in cui l'ablazione della norma censurata leda la tutela di diritti fondamentali dell'individuo o di beni di particolare rilievo per l'intera collettività rispetto a gravi forme di aggressione, con eventuale conseguente violazione di obblighi costituzionali o sovranazionali di protezione.

Tale condizione, a parere dei giudici, non ricorre nella fattispecie oggetto del caso di specie. Le misure di contrasto ai rischi del gioco d'azzardo patologico sono certamente poste a tutela del fondamentale diritto alla salute, ma le condotte sanzionate dall'art. 7, comma 6 del d.l. 158 del 2012 sono sensibilmente antecedenti

ti alla concreta offesa dell'interesse protetto: si tratta di inosservanza di obblighi informativi a carattere preventivo, destinati a richiamare l'attenzione di chi già pratica, o è intenzionato a praticare, tali giochi sulla possibile deriva patologica derivante da un loro abuso. L'ablazione della norma censurata non avrebbe creato un effettivo vuoto di tutela, tale da richiedere l'individuazione di una soluzione sanzionatoria alternativa.

Svolta questa premessa sull'ammissibilità della questione e sullo strumento decisorio più adatto alla soluzione della questione, la pronuncia prosegue nello scrutinare nel merito le censure individuate dal giudice rimettente. La Corte dichiara fondata la questione sollevata in riferimento all'art. 3 Cost., in combinato disposto con gli artt. 42 e 117, comma 1 Cost., in relazione all'art. 1 del Prot. addiz. CEDU¹.

I principi progressivamente enucleati dalla giurisprudenza costituzionale rispetto alla necessaria individualizzazione del trattamento sanzionatorio, inizialmente elaborati in materia penale (ben riassunti nella sentenza n. 222 del 2018), devono essere estesi, *mutatis mutandis*, anche alle sanzioni amministrative a carattere punitivo. Anche rispetto a questa categoria, le «previsioni sanzionatorie rigide [...], che colpiscono in egual modo, e quindi equiparano, fatti in qualche misura differenti, debb[o]no rispondere al principio di ragionevolezza». Di qui, richiamando la sentenza n. 212 del 2019, sorge la necessità di verificare che anche le violazioni meno gravi tra quelle sanzionate dalla norma «siano connotate da un disvalore tale da non rendere manifestamente [...] sproporzionata la sanzione amministrativa».

Rispetto alla sanzione amministrativa di cui all'art. 7, comma 6 d.l. 158 del 2012 – la cui natura sostanzialmente punitiva non è dichiarata dalla Corte, ma solo implicitamente affermata – l'accertamento ha avuto esito negativo: la fissità della previsione impedisce di tenere conto della diversa gravità dei singoli illeciti. La sanzione fissa apprestava una risposta irragionevolmente omogenea rispetto alla concreta eterogeneità delle singole possibili inadempienze: è incomparabile la gravità delle omissioni informative relative a giochi di ampia diffusione, come schedine e tagliandi, con l'inadempienza rispetto agli stessi obblighi nelle sale da gioco; anche rispetto a quest'ultima tipologia di violazione la gravità può variare in forza delle dimensioni e collocazione della sala, nonché del numero di apparecchi da gioco che vi sono installati. La sproporzione si manifestava infine nell'indistinta punizione dell'inosservanza totale o parziale delle prescrizioni imposte dal comma 5.

La reazione sanzionatoria appariva manifestamente sproporzionata per eccesso rispetto al disvalore concreto dei fatti ricompresi nella sfera applicativa della norma. Nel caso di specie, il titolare del bar disponeva di un solo apparecchio e

¹ L'eccezione di incostituzionalità relativa agli artt. 16 e 17 CDFUE viene invece rigettata dalla Corte, poiché inammissibile: il giudice *a quo* non ha adeguatamente illustrato la condizione di applicabilità della Carta di Nizza (art. 51), ossia la riconducibilità della disciplina interna che regola la fattispecie all'ambito di applicazione della normativa dell'Unione Europea.

aveva adempiuto agli obblighi di esposizione del materiale informativo predisposto dall'azienda sanitaria locale in chiave di prevenzione della ludopatia. Per la sola omissione dell'esposizione di una targa di avvertimento all'interno della sala si trovava destinatario di una sanzione di cinquantamila euro.

Raggiunta questa conclusione, la sentenza corrobora il risultato ricordando che le sanzioni in materia di contrasto alla diffusione dei disturbi del gioco d'azzardo sono state improntate dal legislatore «a marcata severità, ma risultano in genere graduabili: il che conferma anche sotto altro profilo l'irragionevolezza della diversa scelta operata con la norma oggi in esame».

La sentenza ribadisce infine l'impossibilità di rinvenire nell'ordinamento quei punti di riferimento necessari a dettare a un nuovo trattamento sanzionatorio conforme al dettato costituzionale, giudicando inidoneo a tal fine il riferimento alla sanzione prevista per chi consenta la partecipazione ai giochi pubblici a persone minorenni, trattandosi di condotte eterogenee e non assimilabili (art. 24, comma 21, del d.l. n. 98 del 2011).

Richiamando lo scrutinio svolto in punto di ammissibilità della questione di costituzionalità, la Corte pronuncia una sentenza dal contenuto meramente ablativo.

GIANLUCA TAIANI

* * *

Corte cost., sent., n. 238 del 2021 (ud. 20 ottobre 2021, dep. 7 dicembre 2021), Pres. Giancarlo Coraggio, Red. Stefano Petitti

<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2021/12/09/T-210238/s1>

1. Con la sentenza che qui brevemente si annota, i Giudici di Palazzo della Consulta sono tornati ad occuparsi dell'annoso tema concernente la preclusione dell'accesso a taluni benefici, contemplati nella fase esecutiva del processo penale, ai condannati per i reati catalogati dall'art.4-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354 (norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà, di seguito "o.p.").

La questione di legittimità costituzionale ha avuto ad oggetto l'art. 656, comma 9, lettera a), del codice di rito, in relazione agli artt. 3, comma 1, e 27, comma 3, della Costituzione, nella parte in cui stabilisce che la sospensione dell'esecuzione contemplata al comma 5 della medesima disposizione non può essere ordinata nei confronti di soggetti condannati per i delitti di cui all'art. 4-*bis* o.p.; con particolare riferimento al delitto di cui all'art. 291-*ter*, comma 1, del d.p.r. 23 gennaio 1973, n. 43 (Approvazione del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale).

L'incidente di costituzionalità è stato promosso nell'ambito della presentazione – nel caso di specie – di un'istanza di revoca dell'ordine di esecuzione della pena di anni uno e mesi quattro di reclusione, irrogata per il delitto di trasporto di tabacchi lavorati esteri, occultati all'interno di un autoveicolo, con l'aggravante di aver adoperato mezzi di trasporto appartenenti a persone estranee al reato e con recidiva reiterata specifica. La difesa del condannato, subordinatamente all'istanza di revoca dell'ordine di carcerazione, eccepiva l'illegittimità costituzionale dell'art. 656, comma 9, lettera a), c.p.p., richiamando il parere favorevole reso dal medesimo ufficio del pubblico ministero in altro procedimento di esecuzione. Infatti, l'accoglimento dell'istanza di revoca è precluso da tale norma, la quale vieta di disporre la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva nei confronti dei condannati per i delitti di cui all'art. 4-*bis* o.p., tra i quali è, appunto, compreso il delitto di contrabbando di tabacchi lavorati esteri aggravato.

La norma censurata comporta un più grave trattamento in tema di esecuzione della detenzione non superiore a quattro anni – nonostante il titolo di reato e la pena breve irrogata – ed impedisce al condannato di accedere “da libero”, come previsto dall'art. 656, comma 5, c.p.p., alle misure alternative, salve le valutazioni di merito del tribunale di sorveglianza.

2. Con ordinanza del 19 marzo 2020, il giudice *a quo*, dunque, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dubitando della compatibilità della norma *de qua* con i richiamati parametri costituzionali, basando le proprie argomentazioni, in particolare, sulla contestabile equiparazione tra il comma 1 e il comma 2 dell'art. 291-*ter* del d.p.r. n. 43 del 1973, fattispecie per cui, appunto, il legislatore nega l'operatività della sospensione dell'ordine d'esecuzione della pena. Segnatamente, il rimettente ha osservato che l'ipotesi aggravata del delitto di contrabbando di tabacchi lavorati esteri, indicata dal comma 1 della citata disposizione, dovrebbe differenziarsi nelle modalità di esecuzione della pena dalle ipotesi invece contemplate nel comma 2 dello stesso articolo, che costituiscono aggravanti ad effetto speciale, ricollegate all'uso di armi, alla presenza di più persone e agli ostacoli o violenza opposta agli organi di polizia giudiziaria, nonché al collegamento con reati contro la fede pubblica o contro la pubblica amministrazione o a circuiti finanziari e societari dediti al riciclaggio. Stante la diversità delle condotte e del correlato allarme sociale dei reati di contrabbando, si è evidenziato che il delitto di cui all'art. 291-*ter*, comma 1, del d.p.r. n. 43 del 1973 non richiede necessariamente l'esistenza di una stabile organizzazione criminale, ma può essere realizzato anche con condotte estemporanee, di limitato impatto ed è ben diverso da quei reati che sacrificano il patrimonio, la libertà e la vita delle vittime, pure ricompresi nella “seconda fascia” dell'art. 4-*bis* o.p.

La norma censurata determinerebbe, peraltro, un ingiustificato deterioro trattamento tra le diverse fattispecie di detenzione e trasporto di tabacchi lavorati esteri di contrabbando, nonché rispetto ad altre più gravi fattispecie: la detenzione e lo spaccio di droghe pesanti, non interessate dal divieto (se non aggravate dall'ingen-

te quantità *ex art.* 80, comma 2, del d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309, recante il Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza), o i delitti di rapina ed estorsione, parimenti non interessati – nelle forme non aggravate – dal divieto di sospensione dell'esecuzione.

Ebbene, a parere del rimettente, il rinvio che l'art. 656, comma 9, c.p.p., pone all'art. 4-*bis* o.p. è certamente giustificato dalla stessa *ratio* della disposizione codicistica: la sospensione dell'ordine di esecuzione di una pena detentiva mira ad evitare che un soggetto condannato ad una pena che rientri nei limiti di cui al comma 5 della medesima, entri a contatto con il carcere, potendo beneficiare di misure alternative alla detenzione da libero. Per i soggetti condannati per uno dei reati catalogati nell'art. 4-*bis* o.p. diversamente, essendo prevista una presunzione di pericolosità relativa fondata, in ragione del titolo di reato, sulla possibile sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, l'accesso al carcere sarebbe proprio funzionale ad interrompere tale legame. Dunque, la disposizione codicistica fonda la preclusione alla sospensione dell'ordine di esecuzione della pena su una presunzione relativa di pericolosità.

A parere del rimettente – facendo espresso richiamo alla recente giurisprudenza costituzionale in materia di reati ostativi² – il meccanismo che la disposizione censurata contempla non sarebbe compatibile con l'art. 3 Cost. in quanto si fonda, appunto, su di una «aprioristica presunzione di pericolosità, oltrepassando il limite della non manifesta irragionevolezza delle scelte legislative», colpendo anche chi abbia commesso un reato di modesta gravità e abbia riportato una condanna a una pena detentiva breve, come il condannato nel giudizio *a quo*.

Inoltre, la disposizione in parola violerebbe anche l'art 27, terzo comma, Cost., poiché sarebbe irragionevole applicare la modalità intramuraria di esecuzione della pena a prescindere da ogni valutazione in concreto del percorso di emenda intrapreso.

3. Tali censure, tuttavia, non hanno persuaso i Giudici di Palazzo della Consulta. Primariamente, la Corte ha fatto riferimento ad un proprio pregresso orientamento in relazione al raccordo tra disposizioni codicistiche e norme sull'ordinamento penitenziario. La Corte ha rilevato che l'art. 656 c.p.p., nella parte in cui prevede la preclusione alla sospensione dell'esecuzione delle pene detentive brevi per i soggetti condannati per i reati di cui all'art. 4-*bis* o.p., costituisce un vincolo per l'attività del pubblico ministero, posto «in funzione della presunzione di pericolosità che concerne i condannati per i delitti compresi nel catalogo appena citato [di cui appunto all'art. 4-*bis*]». Spetta poi al tribunale di sorveglianza «la valutazione delle istanze di condannati, i quali, dopo l'ordine di carcerazione e

² V. Corte cost. sent. n. 253 del 2019 che si può leggere con nota di M. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in www.sistema-penale.it; sul punto si veda anche Corte cost. sent. n. 125 del 2016.

l'eventuale provvedimento sospensivo che può accompagnarlo, chiedano l'accesso a forme alternative di esecuzione della pena»³. È dunque ragionevole e possibile, a parere della Corte, che peculiari situazioni suggeriscano al legislatore di imporre un periodo di carcerazione in attesa che l'organo competente decida sulle istanze per l'esecuzione della pena alternativa alla detenzione. Ciò può dipendere, ad esempio, dalla particolare pericolosità di cui, secondo il legislatore, sono indice determinati reati. Pericolosità alla quale si intende rispondere inizialmente con il carcere, secondo la *ratio* sottesa all'art. 656, comma 9, c.p.p., indicando specifici delitti per i quali è esclusa la sospensione dell'ordine di esecuzione.

In relazione alla possibile violazione dell'art. 27, terzo comma, Cost. poi, la Corte ha evidenziato che l'art. 656, comma 9, c.p.p., non esclude la valutazione individualizzata del condannato, in relazione alla possibilità di concedergli i benefici previsti dall'ordinamento penitenziario. Tale valutazione resta, infatti, demandata al tribunale di sorveglianza in sede di esame dell'apposita istanza, che il medesimo condannato può comunque presentare una volta passata in giudicato la sentenza che lo riguarda. Se, allora, è indubbio che il meccanismo di sospensione automatica dell'ordine di esecuzione di cui all'art. 656, comma 5, c.p.p., sia anche funzionale a evitare l'inutile ingresso nel sistema penitenziario di condannati che potrebbero essere ammessi a misure alternative sin dall'inizio dell'esecuzione della pena, non può d'altra parte negarsi un «margine di discrezionalità del legislatore, sempre entro i limiti segnati dalla non manifesta irragionevolezza, nella definizione delle categorie di detenuti che di tale meccanismo possono beneficiare»⁴.

Sulla base di tali argomentazioni la Corte ha escluso la manifesta irragionevolezza della scelta di escludere dalla possibilità di sospendere l'ordine di esecuzione della pena, per chi commette fatti di contrabbando di tabacchi lavorati esteri adoperando mezzi di trasporto appartenenti a persone estranee al reato. Infatti, l'aggravante ex art. 291-ter, comma 1, del d.p.r. n. 43 del 1973 intende reagire alla prassi dei contrabbandieri volta all'impiego di mezzi non propri (come, per esempio, quelli presi a noleggio). L'autore del delitto di contrabbando che utilizza un mezzo di trasporto appartenente ad un terzo estraneo al reato, e cioè a persona che risulti non aver avuto alcun collegamento, né diretto né indiretto con la commissione del contrabbando, dimostra pericolosità, tenuto conto che al terzo è consentito di sottrarre il veicolo alla confisca ove dimostri di non averne potuto prevedere l'illecito impiego anche occasionale e di non essere incorso in un difetto di vigilanza (art. 301, comma 3, del d.p.r. n. 43 del 1973).

Dunque, la presunzione di pericolosità è inerente a tutte le ipotesi previste dall'art. 291-ter in quanto è posta a fondamento del loro inserimento tra le fattispecie incriminatrici ostative alla sospensione dell'esecuzione della pena ai sensi dell'art. 656, comma 9, c.p.p. Ciò, trova giustificazione nella comparazione delle

³ Entrambi i virgolettati sono tratti dall'ord. n. 166 del 2010 Corte cost. richiamata nella sentenza in commento.

⁴ Virgolettato tratto dalla sent. n. 216 del 2019 Corte cost.

diverse caratteristiche delle condotte di contrabbando di tabacchi lavorati esteri semplice o aggravate.

In questa prospettiva, non può ritenersi manifestamente irragionevole la scelta del legislatore di considerare il comma 1 e il comma 2 (dell'art. 291-*ter*) attratti in un unico regime. Il divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione della condanna per il delitto di contrabbando di tabacchi lavorati esteri commesso adoperando mezzi di trasporto appartenenti a persone estranee al reato trova, dunque, la propria *ratio* nella discrezionale, e non manifestamente irragionevole, presunzione del legislatore relativa alla particolare gravità del fatto e alla speciale pericolosità soggettiva manifestata dall'autore, risultando per tale motivo non sindacabile. Infine, la Corte ha poi escluso la violazione dell'art. 27, terzo comma, dal momento che – come ricordato – la disposizione codicistica non esclude comunque la valutazione individualizzata del condannato per il delitto di contrabbando di tabacchi.

MARCO FUSAROLI

TRIBUNALI COSTITUZIONALE SPAGNOLO

Tribunal Constitucional, Sala Segunda, sentencia 165/2021, de 4 de octubre de 2021 (BOE núm. 268 de martes 9 de noviembre de 2021, ECLI:ES:TC:2021:165)

<https://bj.tribunalconstitucional.es/HJ/docs/BOE/BOE-A-2021-18368.pdf>

Il *Tribunal Constitucional* con la pronuncia in oggetto appunta le sue riflessioni sull'effetto devolutivo delle impugnazioni e sulla concreta portata del divieto di *reformatio in peius*.

La questione prende piede da alcuni fatti riconducibili a sostenuti episodi di traffico di stupefacenti e associazione per delinquere. Trattavasi pertanto di procedimento plurisoggettivo. Il ricorrente veniva condannato dall'*Audencia Provincial de Pontevedra* per i fatti riconducibili al traffico di sostanze e assolto dall'accusa di associazione per delinquere. Con lo stesso provvedimento i coimputati venivano invece condannati per entrambi i delitti. In ordine al trattamento sanzionatorio la sentenza veniva impugnata innanzi il *Tribunal Supremo* dalla pubblica accusa, sostenendosi il bisogno di addivenire ad un diverso computo della pena correttamente stimando il concorso di reati.

Il *Tribunal Supremo*, in accoglimento del ricorso, tuttavia condannava anche il ricorrente in *amparo* per il delitto associativo, dal quale risultava essere stato assolto nei precedenti gradi di merito, con conseguenti effetti peggiorativi anche in punto di trattamento sanzionatorio.

Il ricorrente inutilmente sollecitava una correzione di ciò che riteneva un errore materiale e di fatto del *Tribunal Supremo*, argomentando dell'impossibilità di addivenire, nei suoi confronti, ad una condanna senza che sia occorsa un'impugnazione avverso la sua assoluzione per quel capo d'accusa. Segnalava, nello specifico, che il gravame interposto dall'accusa riguardava esclusivamente coloro i quali si videro condannati per ambedue i delitti, denunciando un errore nel trattamento sanzionatorio. A fronte di ciò, tuttavia, il *Tribunal Supremo* argomentava che, in verità, il ricorso dell'accusa poteva ragionevolmente ritenersi diretto anche verso il ricorrente in *amparo*, sicché del pari poteva ritenersi devoluta alla sua cognizione il tema della responsabilità di quest'ultimo e, di conseguenza, alcuna violazione del divieto di *reformatio in peius* era ravvisabile.

Il ricorrente pone al *Tribunal Constitucional* argomentazioni analoghe a quelle che non si videro condivise dal *Tribunal Supremo*, lamentando in questa sede di avere sofferto di una lesione del suo diritto di difendersi nell'ambito un giudizio con tutte le garanzie. I Giudici costituzionali ripercorrono alcuni tratti ineludibili di un processo equo. Si assume a dato di partenza la necessità che vi sia corrispondenza fra le contestazioni mosse dall'organo d'accusa e le conseguenti decisioni giudiziarie. È impedito al giudice di giudicare su fatti per i quali alcuna accusa è mossa all'imputato (della necessità che vi sia corrispondenza tra la sentenza e le contestazioni, d'altronde, si occupa anche il codice di rito italiano. Si veda l'art. 522 c.p.p. in tema di nullità della sentenza per difetto di contestazione). Proiettando lo stesso principio per i diversi gradi del processo, facendo buon uso degli effetti devolutivi e del divieto di una riforma peggiorativa, è impedito al giudice di seconda istanza di pronunciarsi su questioni per le quali non si è a lui rinnovato il potere conoscitivo. E così una assoluzione in primo grado non può essere ribaltata in assenza di un'impugnazione dell'organo cui è demandato il potere di sostenere l'accusa. La giurisprudenza del *Tribunal* ha d'altronde e pacificamente ricondotto il divieto in questione nel solco della tutela giudiziale effettiva e dei canoni accusatori, nel segno di un processo con tutte le garanzie (art. 24 CE, V. fra le altre, SSTC 183/2005, 203/2007 e più recentemente 47/2020).

Tutto ciò considerato, il *Tribunal* ha evidenziato come nel caso di specie la sentenza che assolveva il ricorrente per il delitto associativo, in ordine alla posizione di quest'ultimo non si vedeva impugnata, con la conseguenza che non era devoluto al giudice del diverso grado il tema della responsabilità di costui. Neppure vale ad aggirare il perimetro conoscitivo un impreciso richiamo a non sussistenti riferimenti impliciti che pure si dovrebbero rintracciare nell'impugnazione dell'accusa a dire del *Tribunal Supremo*. In effetti, al di là della generale avversità a simile constatazione manifestata dal *Tribunal Constitucional*, nel caso *de quo* essa si pone come illogica. Difatti, l'impugnazione diretta a fare valere un diverso calcolo della pena per chi veniva condannato di ambedue i delitti (traffico di stupefacenti e associazione per delinquere) presuppone, come precedente logico, che gli imputati siano stati in effetti e di già condannati, nel grado che precede, per quei delitti. Ne deriva, *a fortiori*, che di certo quell'impugnazione non si riferiva a chi veniva assolto dal delitto associativo, per il quale non può certo porsi alcun tema di correttezza del computo sanzionatorio per il ricorrere del concorso di reati. Il giudizio innanzi il *Tribunal Supremo*, pertanto, non poteva riguardare la responsabilità del ricorrente per il reato associativo, tema mai devoluto alla conoscenza di quei giudici e l'essersi pronunciati sulla questione, infine condannandolo anche per il detto delitto, lede il divieto di una riforma peggiorativa. Quale conseguenza di quanto esposto, la decisione assunta va annullata.

Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección Primera, procedimiento 5632/2019, sentencia 920/2021, 24/11/2021 (ECLI:ES:TS:2021:4348)

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/836490745eb28280/20211213>

Il *Tribunal Supremo* con la pronuncia in oggetto appunta le sue riflessioni sulla valutazione della prova dichiarativa in contesti particolari. Il caso *de quo* pone all'attenzione dei giudici alcuni fatti di abusi sessuali su minorenni.

Il tema, invero, è spesso dibattuto anche in Italia, collocandosi nella *querelle* attorno alla più corretta valutazione della prova testimoniale allorquando siano da valutarsi le dichiarazioni della persona offesa dal reato. Le difficoltà interpretative assumono a dato di partenza anche una considerazione empirica fatta propria anche dal *Tribunal Supremo*: gli abusi sessuali sono, per loro stessa natura, atti che solitamente si consumano in privato. Sovente, quindi, la persona offesa è poi anche l'unica testimone dell'accaduto. Questo impone ai giudici di merito di attenzionare con maggior rigore la testimonianza, cautela imposta in ragion del fatto che si tratti delle dichiarazioni di chi è anche denunciante.

Orbene, il *Tribunal* precisa dunque come la motivazione debba farsi carico di assicurare il più attento vaglio. Occorre che sia effettuato un giudizio sulle prove, inteso come quello atto a assicurare sulla legittimità d'ognuna di essa; che non siano state acquisite, dunque, in violazione di legge. Occorre, poi, dar conto della sufficienza istruttoria, vale a dire della consistenza del materiale probante raccolto, anche quale prova orale. Esiste un'asimmetria nel processo penale, come noto. L'imputato è presunto innocente. La raccolta delle prove deve quindi valere a superare la presunzione. Per ciò che attiene alle dichiarazioni della persona offesa del reato, anche e specie nei delitti contro la sfera sessuale, si necessita un'analisi in ordine alla credibilità intrinseca o verosimiglianza della testimonianza. Le dichiarazioni debbono anzitutto apparire logiche (c.d. coerenza interna). Occorre poi porsi alla ricerca di un supporto aggiuntivo di natura periferica (c.d. coerenza esterna). Così ricostruiti, i criteri valutativi spendibili in Spagna avvicinano l'onere del giudice a ciò che in Italia è previsto all'art. 192, co. 3 e 4, c.p.p. Sul punto può apprezzarsi un non perfetto allineamento con quanto afferma la giurisprudenza di legittimità italiana, tesa invece a precisare come la valutazione delle dichiarazioni della persona offesa, anche nell'ambito dei delitti a sfondo sessuale, non debba spingersi sino a pretendersi quei riscontri esterni propri della valutazione dei coimputati (da ultimo Cass. Pen., III Sez., 2911/2021).

Tutto ciò considerato, il *Tribunal* ha evidenziato come nel caso di specie la sentenza impugnata si poneva nel solo interpretativo così delineato, ampiamente motivando circa la coerenza della testimonianza raccolta, la credibilità della vittima e la verosimiglianza del suo narrato, spingendosi anche a spiegare le ragioni per le quali le tesi difensive, atte a minare quella testimonianza, non potevano trovare accoglimento. Quale conseguenza di quanto esposto, la decisione gravata va immune da censure e il ricorso s'è visto rigettato.

ANTONIO PUGLIESE

CORTE SUPREMA BRITANNICA

Crown Prosecution Service (Appellant) v Aquila Advisory Ltd (Respondent) **[UKSC 2019/0105]**

<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2019-0105-judgment.pdf>

La sentenza segnalata si sofferma su un caso di responsabilità *ex delicto* dell'ente, prendendo le mosse da una “*breach of fiduciary duty*” – una violazione del dovere fiduciario – commessa dagli amministratori di una società di revisione contabile e di consulenza fiscale. In particolare, la Corte Suprema, interpellata dal *Crown Prosecution Service* (“CPS”), coglie l'occasione per offrire la propria interpretazione di alcuni aspetti della disciplina inglese della responsabilità delle persone giuridiche, con peculiare riferimento alla misura di sicurezza patrimoniale della confisca di somme di denaro. Tuttavia, la sentenza risulta di particolare interesse soprattutto in relazione al problema della contrapposizione tra gli interessi statuali sottesi alla confisca da reato e quelli del terzo di buona fede proprietario del bene sequestrato, sciogliendo il bilanciamento in favore del diritto di proprietà.

Il caso scaturiva dalle condotte di David Perrin e Robert Faichney, amministratori della *Vantis Tax Ltd* (“VTL”), i quali avevano sfruttato la loro posizione per realizzare un profitto di 4,55 milioni di sterline di natura segreta e illecita. Tale profitto era stato ottenuto mediante frodi fiscali, facilitando e inducendo disonestamente soggetti terzi a presentare false richieste di sgravi fiscali.

A seguito delle condanne penali intervenute in capo ai due amministratori, il CPS otteneva ordini di confisca ai sensi del *Proceeds of Crime Act 2002* (“POCA”) contro i predetti, per una somma quantificata dal Tribunale nella misura indicata. Gli importi nella disponibilità degli amministratori risultavano, tuttavia, notevolmente inferiori. Venivano dunque emessi nuovi ordini di sequestro per gli importi disponibili, per cui subentrava allora in giudizio l'ulteriore società di revisione contabile *Aquila Advisory Ltd* (“Aquila”), lamentando un diritto di proprietà sul profitto segreto e illecito (totale) di 4,55 milioni di sterline, comprensivo anche delle somme rimaste nelle mani degli amministratori della VTL. Quest'ultima aveva infatti ceduto tutti i diritti di proprietà sui propri beni ad *Aquila*, tra cui quelli riguardanti i fondi patrimo-

niali, che la società cessionaria, costituitasi in giudizio, intendeva far valere di fronte agli ordini di confisca ottenuti dal CPS contro Perrin e Faichney ai sensi del POCA.

In primo grado, il Tribunale stabiliva che *Aquila*, che aveva acquisito i diritti di proprietà di VTL, aveva il pieno diritto di far valere il proprio diritto sui fondi in contestazione in via prioritaria rispetto alla richiesta del CPS. Veniva dunque disposto dal Giudice l'equo rimedio del "*constructive trust*" – una dichiarazione tale da lasciare impregiudicato il diritto patrimoniale di cui sarebbe stata privata *Aquila* in base all'iniziale ingiusto arricchimento provocato dalla *breach of fiduciary duty*. La dichiarazione prevedeva anche, secondo un accordo intercorso tra le parti, l'obbligatorietà per il CPS di istruire il curatore per trasferire ad *Aquila* i proventi netti realizzati dai beni elencati negli ordini di confisca.

In seguito, tuttavia, il CPS si rivolgeva alla Corte d'Appello, sostenendo che il Giudice di prime cure avrebbe dovuto statuire la prevalenza del principio di illegalità – per cui un soggetto non può trarre beneficio dalle proprie azioni criminose – sul diritto di proprietà delle somme, attribuendo le condotte degli amministratori alla società VTL (e dunque alla cessionaria *Aquila*) e così recuperando i proventi dei reati da loro commessi.

All'unanimità, la Corte rigettava l'appello: per i Giudici di seconda istanza, anche a volersi ammettere la prevalenza dell'ordine di confisca del CPS sulla titolarità delle somme illecite ricavate dalle condotte degli amministratori condannati, tali condotte non potevano certo essere ascritte né ricadere sulla VTL (né, *a fortiori*, su *Aquila*) cui appartenevano le somme, e ciò neppure se le stesse azioni criminose avevano in seguito coinvolto la società nella frode o nell'illegalità. Ciò, in quanto Perrin e Faichney avevano agito con una "*breach of fiduciary duty*" in danno della società stessa, la quale aveva in seguito citato in giudizio entrambi gli amministratori. Pertanto – proseguiva la Corte – gli amministratori non potevano essere identificati nella VTL né dunque vi erano i presupposti, da parte dell'appellante, per minare l'equo titolo della nuova società ai 4,55 milioni di sterline («*the CPS has no claim to the £4.55m, which belongs in equity to Aquila*»), inevitabilmente destinato a prevalere.

Successivamente, il CPS ricorreva dinanzi alla Corte Suprema.

Sosteneva di nuovo l'accusa che le condotte di frode degli amministratori della VTL avrebbero dovuto essere attribuite a quest'ultima, in circostanze in cui la società – come nel caso di specie – non aveva subito alcuna perdita, ma piuttosto giungeva a trarre profitto dalle azioni illecite dei suoi dirigenti, ottenendo un diritto proprietario sui proventi del crimine che essi avevano commesso. In via ulteriore, rilevava in punta di diritto che neppure il regime stabilito dal POCA avrebbe permesso alla VTL di beneficiare dei profitti generati dalle azioni degli amministratori (in ciò essendo erronea la decisione della Corte d'Appello) e, da ultimo, che il Tribunale non avrebbe potuto concedere ad *Aquila* in primo grado alcuna "*declaratory relief*" – ovvero un sollievo dichiarativo – con ciò impedendo la confisca dei proventi illegali.

La UKSC, presieduta da Lord Lloyd-Jones ed ulteriormente composta dai giudici Lord Sales, Lord Burrows, Lord Stephens e Lady Rose, affronta una ad una le questioni sollevate.

Quanto all'attribuzione dei comportamenti degli amministratori alla società VTL, la *Supreme Court*, ritenendo infondate le doglianze del CPS, conferma la decisione del Giudice di seconde cure: non può esservi, infatti, alcuna intenzione da parte della VTL di trarre vantaggio da qualche piano fraudolento, a meno che l'intenzione dei dirigenti in tal senso possa essere attribuita alla società. Non così nel caso di specie, ove gli amministratori avevano violato in danno della VTL il proprio "*fiduciary duty*", aspetto di cui la UKSC evidenzia la "*protective function*" – il ruolo difensivo – nei confronti della società: privato della sua funzione, tale dovere non avrebbe, altrimenti, alcun senso, posto che un amministratore sarebbe autorizzato ad evitare la propria responsabilità sostenendo che ogni operazione da lui compiuta e a lui contestata era stata comunque effettuata nell'interesse della società.

Peraltro, secondo il Collegio, la citazione in giudizio intervenuta da parte della società contro i suoi amministratori doveva dirsi emblematica per non attribuire la disonestà degli amministratori allo stesso ente – in assoluta buona fede. Tanto premesso, la Corte respinge il primo motivo.

Infondato si rivela anche il secondo motivo di ricorso, su cui la Corte Suprema procede ad offrire un'interpretazione della disciplina del POCA.

Secondo i Giudici, la *ratio* generale del POCA non è quella di interferire con i diritti di proprietà di soggetti terzi («*The scheme... is not to interfere with existing third-party property rights*»), diritti che dal provvedimento vengono protetti indipendentemente dalla loro fonte, qui costituita da un "*constructive trust*". Nel POCA vi sono comunque specifiche disposizioni che consentono allo Stato di "scalzare" i diritti di proprietà (e.g.: inibendo la cessione di tali diritti prima dell'emissione di ordini di confisca dei beni), disposizioni tuttavia non impegnate dal CPS nel caso di specie.

Di conseguenza, il Collegio giunge a ritenere che la decisione dell'*Appeal Court* – nell'accordare la prevalenza alla titolarità delle somme – non è incoerente con la struttura del POCA.

Infine, quanto alla doglianza relativa alla concessione della dichiarazione di "*constructive trust*" da parte del Tribunale, la Corte si limita a rilevare che tale "equo rimedio" si limita a riconoscere (e non a correggere) una situazione di fatto esistente nel rapporto tra le due società tale da lasciare impregiudicati i diritti coinvolti e ceduti, con ciò dovendosi escludere l'erroneità della dichiarazione del Tribunale.

Unanime è dunque il "verdetto" della Suprema Corte nel respingere integralmente il ricorso, pur non esimendosi la stessa dal ricostruire il quadro normativo e i presupposti della misura della confisca nei casi di responsabilità degli enti derivante da reato. Fatti salvi, certo, i diritti dei terzi in buona fede.

Hanno collaborato alla sezione online di questo fascicolo:

MARIO ARBOTTI, Dottorando di ricerca in diritto penale nell'Università di Bologna

LAURA BARTOLI, Assegnista di ricerca in procedura penale nell'Università di Torino

PAOLO BECCARI, Cultore della materia in diritto penale nell'Università di Bologna

MATILDE BOTTO, Dottoranda di ricerca in diritto penale nell'Università di Bologna

GIAN MARCO CALETTI, Assegnista di ricerca nella Libera Università di Bolzano

MARCO FUSAROLI, Dottorando di ricerca in procedura penale nell'Università di Bologna

PIETRO INSOLERA, Dottore di ricerca in diritto penale nell'Università di Trento

FABIO NICOLICCHIA, Assegnista di ricerca in procedura penale nell'Università di Ferrara

ANTONIO PUGLIESE, Assegnista di ricerca in procedura penale nell'Università di Bologna

GIANLUCA TAIANI, Dottorando di ricerca in diritto penale nell'Università di Trieste

€ 43,00

